

Istanbul Üniversitesi
Mukayeseli Hukuk
Araştırmaları Dergisi, No. 18
İstanbul, 1990

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN, SATIM SÖZLEŞMESİNDE
ALICININ AYIP HÜKÜMLERİNE YA DA HATA HÜKÜMLERİNE
BAŞVURMA YOLLARINDAN BİRİNİ SEÇEBİLECEĞİNE
İLİŞKİN 7 HAZİRAN 1988 TARİHLİ KARARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ.**

Doç. Dr. Halûk BURCUOĞLU
İ.Ü. Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 7 Haziran 1988 günlü kararı, alıcının ayıp ve hata hükümleri arasında seçim hakkına sahip olduğunu benimseyen, önceki içtihadını kesinleştirmekte, pekiştirmektedir. Türk hukukçusu için de ilginç yönleri olan bu kararın tama yakın bir çevirisi yapılacak ve daha sonra karar hakkında değerlendirmeye geçilecektir. Belirtelim ki karar JdT 1988 I 508 = BGE 114 II 131'de yayınlanmıştır.

I- 7 HAZİRAN 1988 TARİHLİ KARARIN ÇEVİRİSİ:

OLAY: A. 4 Ekim 1974 tarihinde X, A'ya bir tablo satar. Tablo Temmuz 46 tarihini taşımaktadır ve Picasso imzalıdır. Alıcı 25.000 frank olarak kararlaştırılan satış bedelini öder. Aynı gün, satıcı bir yazı ile resmin gerçekliğini garanti eder. Satıcı bu tabloyu Zervos'nun Picasso'nun eserleri kataloğuna kaydettirecektir.

Alıcı tablonun hakikiliğini ayrıca kontrol ettirmez. 1985 yılında, resmi, açık artırma ile satılmak üzere bir galeriye bırakmayı tasarladığında kuşku belirlir. Galeri, Picasso komitesine başvurur. Komite 6 Kasım 1985'te resmin Picasso'nun eseri olmadığını bildirir. A, arada ölen X'in dul eşine satışın iptali ve paranın kendisine iadesi amacıyla başvurur, ancak bir sonuç elde edemez.

B. A, bayan X'e karşı 17 Temmuz 1986'da dava açar, A'nın talebi 25.000 frankın faiziyle birlikte ödenmesidir. Talep özellikle ve öncelikle bir esaslı hata nedeniyle (B.K.nun 24/I, 4. maddesi çerçevesinde) satımın geçersizliğine dayandırılmıştır. A'nın talebine gerekçe olarak gösterdiği ikinci bir husus da hiledir. Davalı zamanaşımı def'inde bulunur.

Gerek ilk mahkeme, gerekse Argovie Kantonu Üst Mahkemesi zamanaşımı süresinin dolduğu nedeniyle talebin reddine hükmederler.

C. Davacı temyiz eder.

Federal Mahkeme, temyiz başvurusunu reddederek, Kanton Mahkemesi'nin kararını onar.

GEREKÇELER:

1. Uyuşmazlık, satılan bir şeyin açıkça vaad edilmiş bir niteliğine ilişkindir. Bununla birlikte, daha Kanton Mahkemesi'nde, davacı ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, yalnızca bir irade sakatlığına dayanmıştır. Federal Mahkeme huzurunda da davacının tavrı değişmemiştir.

a) Hakiki olduğu söylenen bir sanat eserinin sahteliği anlaşıldığında, alıcı bir çok yoldan harekete geçebilir. Olaydaki gibi, satıcı ferdileştirilmiş belli bir şeyi vaad edip daha sonra teslim ettiğinde, sözleşme (belki kötü ama) ifa edilmiştir. Alıcı bu durumda ifa davasından da, B.K.'nun 97 vd. maddelerinde öngörülen ifa etmeme nedeniyle tazminat davasından da yararlanamaz. Federal Mahkeme içtihadına göre, davalı B.K. md. 23 vd. çerçevesinde sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle geçersiz bırakılması yoluna başvurabilir. Alıcının yararlanabileceği bir başka olanak da, B.K. md. 197 vd. uyarınca, kötü ifa nedeniyle bir tazminat davasını veya ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan bir davayı açmaktır. Bu davaların seçenekli yarışması belli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalardan biri uyarınca, ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan dava ve tazminat davası, satılan malın muayenesi, ayıpların ihbar edilmesi ve zamanaşımı bakımından aynı kurallara tabidir. Bir diğer sınırlama da, hataya dayanması mümkün olmayan bir havyan alıcısı bakımından getirilmiştir. Buna karşılık, genel satım hukuku bakımından, Federal Mahkeme çok uzun süreden beri davaların yarışmasını kabul etmektedir. Şayet mal ayıplı ise (özellikle hatalı bilgi veya garantinin varlığı halinde), davalı, irade sakatlığına dayanarak sözleşmeyi geçersiz bıraktırma yoluna gidebilir. Böyle bir durumda alıcının davası, ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan davaya özgü şartlara tabi değildir.

Yine çok uzun süreden beri, öğretilerde bazı yazarlarca, satımın kötü ifasının, yalnızca ayıba karşı tekeffüle dayanan davaya yol açabileceği savunulmaktadır. Federal Mahkeme bu savı, açıkça veya örtülü olarak, her zaman reddetmiştir. Hatta Oftinger'e atıfta bulunarak, bu yerleşik içtihadına bir örf ve adet hukuku kuralı niteliği de vermiştir. Buna rağmen eleştiriler devam etti. Federal Mahkeme, kendi görüşünün aksini savunan tezi sadece zikretmekle veya esasına inmeden reddetmekle yetinebilecekti.

Daha 1916'da, Federal Mahkeme hatadan kaynaklanan dava ile ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan dava arasında yarışmayı kabul etti. Bu tarihten itibaren bugüne kadar, Federal Mahkeme bir çok kararında, bu içtihadını tekrar incelemek ve benimsemekle yetinmedi, öğretilerdeki karşıt görüş hakkında da tavır aldı. Bu tavrı özellikle van Gogh kararında kendini göstermektedir. Bu karardan sonra, Federal Mahkeme bazı ek açıklamalar ve basit yollamalarda bulundu. Federal Mahkeme diğer kararlarında da, yerleşik

içtihadını muhafaza ettiğini açıkça belirtti. Bu içtihadın muhafazasında, yeni öğretide de açıkça kendi görüşünü benimseyenler olduğunu görünce, Federal Mahkeme daha kararlı tavır takındı.

Daha van Gogh kararında, Federal Mahkeme, Fransa ve Almanya'daki baskın görüşün bir özetini verdi. Almanya'da içtihatlar ve yazarların çoğunluğu, hata hükümlerinin seçenekli olarak uygulanmasına karşı çıkmaktadırlar.

Bazı yazarlar ise, davaların seçenekli yarışmasını kabul etmektedir. Bu yazarlar kısmen İsviçre içtihatlarına dayanmaktadırlar. İsviçre Mahkeme içtihatları haklı olarak, adil olmayan çözümleri engellemekte ve alıcının asıl korunması gereken taraf olduğunu benimsemektedir. Almanya'da yeni öğreti, Alman mahkeme içtihatlarını eleştirmekte ve daha nüanslı bir çözüm önermektedir. Fransa'da, mahkemeler ve öğreti, ilke olarak, davaların seçenekli yarışmasını kabul etmektedir. Bazı yazarların ayıba karşı tekeffül hükümlerinin inhisari olarak uygulanması gerektiğini savunmaları, yalnızca, maddi malların yararlanabilirliğine etki yapan ayıplar bakımındandır.

b) Şayet yasa aynı olgular nedeniyle farklı davaların açılmasına olanak tanıyorsa, içerdiği kurallar da seçenekli olarak uygulanabilmelidir. Bunun tek istisnası, yorum sonucunda bir özel hükmün diğerlerine göre önceliği olduğu hallere ilişkindir. Bazı yazarlar, işte bu düşünce ile Federal Mahkeme içtihadını eleştirmektedirler. Onlara göre, satım hukuku, B.K. 24'e göre, özel hüküm niteliğindedir. Van Gogh kararı ile birlikte, bu savı hemen bertaraf etmek gerekir. Karşımızdaki davaların dayandıkları hukuki sebepler farklıdır. Hata nedeniyle geçersiz bıraktırma bir irade sakatlığının mevcudiyetini gerektirir; bu hüküm sözleşmenin oluşumuna ilişkindir. Tekeffülden kaynaklanan dava ise sözleşmenin ifasına ilişkin bir eksikliğin varlığını şart koşar.

Bazı yazarlar ise ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, şeydeki ayıplarla ilgili sorunlara inhisari olarak uygulanacağını ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, hata hükümlerinin seçenekli olarak uygulanmasına yer yoktur. Bu görüşü savunanlara göre, satım hukukunun hilenin sonucunu bağımsız olarak düzenliyor olması, görüşün doğruluğunun kanıtıdır. Van Gogh kararı bu iddiaya yanıt getirmiştir. Hataya ilişkin hükümler ve ayıba karşı tekeffül hükümleri birbiriyle kesişen, ancak, birinin diğeriyle tamamen kapsamadığı fiili durumları hedef almaktadır. Burada inhisari bir düzenlemeden söz edilemez. Ayrıca, ayıba karşı tekeffül hükümleri alıcıya, şeyin muayenesine, ayıp ihbarına ve kısa zamanaşımı süresine ilişkin özel yükümler getirmektedir. Pratikte alıcı, hata hükümlerine, yalnızca, satım hukukundan doğan davanın özel koşullarına riayet etmediği için, ayıba karşı tekeffülden doğan taleplerini yitirdiğinde başvuracaktır. Tekeffül hükümleri içinde hileye ilişkin bazı kayıtların mevcut olmasını (md. 198, 199, 201, 210) hataya da teşmil etmek mümkün olmaz. Bu iki irade sakatlığına bağlanan sonuçlar net olarak farklıdır.

Bazı bakımlardan, ayıba karşı tekeffülden doğan dava alıcı için daha elverişlidir. Alıcı, sözleşmenin feshi ve bedelin tenzili arasında seçim yapabileceği gibi tazminat davası da açabilecektir. Alıcının, ayıpları satış anında bildiğinin ispatı satıcıya düşer, alıcı-

ya getirilen yükümleri ona sağlanan maddi avantajlar dengeler. Bu durumda, ayıba karşı tekeffülden doğan davalar ile hatadan doğan davanın farklı şekilde düzenlenmelerinin haklılığı ortaya çıkar. Van Gogh kararı bütün bunları söylemiştir. Ayrıca, hataya dayanan dava sınırlamalara tabidir (md.25 ve 26). Bu hükümler, ayıba karşı tekeffülde olduğu gibi, menfaatlerin değerlendirilmesini sağlarlar. Yukarıda zikrolunan sınırlamaların anlam ve hedefleri dikkate alındığında, karşılaşılan menfaatlerin hata ve hile halinde özdeş olduğunu söylemek mümkün değildir.

Federal Mahkeme içtihadı md. 97 ve md. 41'de düzenlenen davaları, ayıba karşı tekeffülden doğan davalarla yarışma halinde, B.K. 197 vd. koşullarına tabi tutmaktadır. Buna karşılık, hataya dayanan dava aynı koşullara tabi tutulmamıştır. Bu durum bazı yazarların, Federal Mahkeme'ye mantığa aykırılık eleştirisini yöneltmelerine yol açmıştır. B.K. md 197 vd. B.K. 97 vd. karşısında özel hüküm sayılırlar, İlk hükümler, ikinciler karşısında önceliğe sahiptirler. Yasanın sistematüğinden çıkan sonuç budur. Bununla birlikte, iki dava da sözleşmenin ifasına ilişkindir. Hukuki açıdan her ikisinin sebebi aynıdır demek ki, genel dava, özel dava gibi değerlendirilecektir. Genel ifa davasına getirilen bu sınırlama, maddi ayıplar bakımından, tekeffül hükümlerinin inhisari olarak uygulanmasını gerekli gören bazı yazarlarca ciddi şekilde eleştirilmiştir. Cavin'e göre, zarar gören, sözleşmesel bir tekeffülün tabi olduğu kurallara bağlı olmaksızın, her zaman haksız fiil sorumluluğuna başvurabilmelidir. Bu hususta RO 90 II 88, c.2 (JdT 1964 I 561) de benimsenen görüşe bağlı kalınmalı mıdır? Soru yanıtı bırakılmıştır. Nihayet RO 109 II 335 (JdT 1984 I 209) da yer alan karara göre, B.K. 373/II hataya ilişkin hükümler karşısında özel hükümdür. Schöbi ne derse desin karar çelişkili değildir. Özel kural yalnızca ifaya ilişkin değildir. B.K. 24 gibi özel hüküm de sözleşmenin oluşumuna ilişkindir. Dayanakları ve içerikleri bakımından her iki düzenleme özdeştir.

c) Ayıba karşı tekeffülden doğan dava ile hata nedeniyle açılan dava arasındaki seçenekli yarışma, pratik nedenlerle de doğrulanmaktadır. Bucher'in yerinde bir gözlemine göre, ayıp ile kalite farkını birbirinden ayırdetmek oldukça zordur; yarışma görüşüne karşı çıkanlar için ise, ayıp yalnızca tekeffül nedeniyle davanın açılmasını sağlar ve hataya dayalı davayı dışlar, aksine, kalite farkı hata nedeniyle davanın açılmasını sağlar ve tekeffülden doğan davayı dışlar. Bu olaya benzeyen durumlarda özel güçlükler vardır: Bazı yazarlar için tablonun sahteliği bir ayıp değil, yalnızca bir irade sakatlığının konusudur. Hisse senedi satışlarında da aynı durumla karşılaşılır. Acaba, ayıp kavramı, hisse senedinin ekonomik değerini de kapsar mı, yoksa yalnızca satılan senetteki hakların kapsamı ve mevcudiyetine mi ilişkindir? Seçenekli yarışma yasanın hedefine ve anlamına uygun pratik çözümler sağlamaktadır.

Satımın önemi ve işleyişi, teknik gelişmenin ve yığınlara hitabeden sözleşmelerin genelleştirilmesi uygulamasının etkisiyle olmuştur. Şimdi alıcı her zamankinden daha az himayeden yararlanmaktadır ve korunmaya ihtiyacı vardır. Bu da ona, şeyi vaktinde muayene etmeyi ve B.K. 210'daki süre içerisinde tekeffülden doğan davayı açmayı ihmal ettiğinde, hataya dayanan davayı tanıyabilmek için bir diğer gerekçedir. Sürelerin kısalığı işlemlerin güvenliğinin bir gereği olarak düşünülmüştür. Gerçekte, bu kısalık da tek yanı olarak satıcıyı kollamakta ve alıcının menfaatlerini bir kenara itmektir. Karşılaşılan çıkarların çeşitliliği de bu iki davanın yarıştığı kabulü için bir başka gerekçe oluşturur.

d) Yeniden bir incelemeye tabi tutulduğunda, önceki içtihat muhafaza edilmelidir. Özellikle uzun süreden beri yerleşik olan içtihadın değiştirilmesi ciddi ve objektif nedenlere dayanmalıdır. Öğretinin bir kısmı bu içtihadı ısrarla eleştirdi veya temellerini kuşkuya düşürdü. Öğretinin en az bu kadar önemli diğer bir kısmı ise, içtihadı bugüne kadar benimsedi ve onayladı. Eğer görüşlerden hiçbiri diğerine üstün gelmedi ise, bunun sebebi her iki görüşün lehine iyi gerekçelerin mevcut oluşudur. Hukuk güvenliği için sebep olduğu ısrarlı eleştiriler nedeniyle, belki bir örf ve adet hukuku kuralı sayılmasa da, yerleşik bir içtihadın terkedilmemesi gerekir. Olayda olduğu gibi, belirli bir şeyin satımı söz konusu ise ve şeyin belli bir niteliği eksik ise, alıcı, şimdiye kadar olduğu gibi, tekeffül ya da hata hükümleri arasında seçim yapabilecektir.

2. Bir sözleşme, esaslı hataya düşen taraf için bağlayıcı değildir (B.K. 23). B.K. 24/I,4 anlamında temel hatası sayılan bir hata da esaslı hatadır. Sözleşmenin tarafı kendisi için sözleşmenin zorunlu temelini oluşturan ve objektif açıdan (ticaret ahlâkı kurallarına göre) böyle olan belli bir noktada yanılmışsa, bu hatasını ileri sürebilir.

a) Bir sanat eserinin hakikiliği objektif olarak sözleşmenin zorunlu bir temelidir. Basit bir saik hatasının konusunu oluşturmaz. Tanınmış bir sanatçı söz konusu ise hakikilik özel bir önem kazanır. Eserin değerine etki eder. Alıcı, hakikiliğine inanmamış olsaydı bu özgün yapıta bu bedeli ödemeyecekti. Olayda alıcının durumu aynen böyledir.

Hataya düşen tarafın yanlış düşüncesi, diğer sözleşen için de sözleşmenin zorunlu bir temeli sayılan noktaya mı ilişkin olmalıdır? Bir sözleşenin, hataya düşen taraf için yanlış düşüncenin ilişkin olduğu noktanın sözleşmenin vazgeçilmez unsuru olduğunu bilmesi gerekmesi aranacak mıdır? Olayda bu soruya yanıt vermek gerekmez. Satıcı resmin hakikiliğini açıkça temin etmiştir. Kanton Mahkemeleri haklı olarak, eğer resim sahte ise, alıcının sözleşmenin kuruluşu anında esaslı hataya düştüğünü kabul etmişlerdir.

b) B.K. 31'in metnine göre, hata ile sakatlanan bir sözleşmenin kendisi için bağlayıcı olmadığı sözleşen, diğer tarafa sözleşmeyi muhafaza etmek istemediğini bildirmeden bir yıl geçirdiği takdirde sözleşme geçerli hale gelmiş addolunur. Süre hatanın öğrenilmesi anında işlemeye başlar. Olayda bu süreye uyulmuştur. Bu noktada uyuşmazlık yoktur. Bununla birlikte, başka sorunlar ortaya çıkmaktadır. Hataya dayanan dava, zaman içerisinde bir sınırlamaya tabi midir? Bu davanın mutlak bir sınırı var mıdır? Dava, sözleşmenin kuruluşundan itibaren belli bir süre geçince kabul edilemez hale gelir mi?

Pr. 121/II BGB'ye göre, hata nedeniyle iptal davası, sakat irade açıklamasından itibaren 30 yıl geçmekle söner. İsviçre yasası bu yönde açık bir kural içermemektedir. Baskın görüşe göre, hataya düşen taraf yalnızca nisbi bir yıllık süreye uymalıdır. Kural olarak, sözleşmenin kuruluşundan itibaren on yıllarca süre geçmiş olsa dahi, iyiniyet kurallarına aykırı olmamak kaydı ile, irade sakatlığı ileri sürülebilir. Bazı yazarlar, on yıllık bir zamanaşımı süresi önermektedir. Diğerleri net bir tavır almamışlardır. Federal Mahkeme de RO 101 II 210 (JdT 1976 I 637) de yayınlanan kararında tavır almamıştır.

10 yıllık mutlak bir hak düşümü süresine taraftar olanlar von Tuhr'a dayanmak istemektedirler. Von Tuhr'a göre, nisbi süre çok uzundur. Bununla birlikte yazar 10 yıllık

mutlak bir ek süre önermemektedir. Bu yazarın ne Alman hukuku hakkındaki açıklamalarında, ne de 10 yıllık zamanaşımına tabi ifa edilenin iadesine yönelik dava hakkındaki açıklamalarında böyle bir husus yer almaktadır. İadenin istenmesi ve iptal davası iki ayrı şeydir. 31. madde yalnızca iadenin istenmesi için iptal gereklidir demektir. İptal iade istemi olmadan da düşünülebilir. Hataya düşenin henüz edimini yerine getirmediği ve bu nedenle iadesi istenecek bir şey olmadığı hallerde durum budur. Von Tuhr B.K. genel hükümleri hakkındaki kitabının ilk baskısında (Almanca 1924, Fransızca 1929, s.275, dn. 22) 31. maddenin B.K. 60 ve 67. maddelerde olduğu gibi ek bir on yıllık süre içermediğini belirtmişti.

B.K. 31. maddede, yasa yalnızca bir yıllık nisbi süreyi öngörmektedir; halbuki B.K. 60 ve 67'de bu nisbi bir yıllık sürenin yanında ek bir 10 yıllık süre de yer almaktadır. Ayrıca, B.K. 31. madde bir zamanaşımı süresi değil, bir hak düşümü süresi içermektedir.

c) Davacı zamanın akışı nedeniyle, irade sakatlığına dayanma hakkını yitirmemiştir. O hala, 1985 sonbaharında, Picasso Komitesi resmin hakikiliği konusundaki kuşkuları doğruladığında, irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi geçersiz kılabilecektir. Ödenen bedelin iadesi isteminin bu anda zamanaşımına uğramış olup olmadığı konusu, ileride görüleceği üzere, başka bir konudur.

3. Sakatlanmış sözleşme kendisini bağlamadığı için, alıcı bedelin iadesini sebep-siz zenginleşme kurallarına göre isteyebilir. B.K. md. 67/I'e göre, bu dava iadeyi isteme hakkının bulunduğu öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde ve her hal ve kârda bu hakkın doğmundan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar. Alıcının hakkının varlığını öğrendiği an ikinci sürenin işlemesine etki yapmaz.

a) Davacı nisbi bir yıllık süreyi zamanında kesmiştir. Bu nokta tartışmasızdır. Mutlak zamanaşımı süresi de kesilmiş midir? Bu sorun ihtilaflıdır. Çözüm için, iadeyi isteme hakkının doğum anını, yani on yıllık sürenin başlangıcını belirlemek gerekir. Bu an edimin yerine getirildiği an mıdır, yoksa geçersizlik anı mıdır? Bir *condictiosine causa* mı yoksa bir *codictio ob causam finitam* mı söz konusudur? Birinci halde zamanaşımı edim anından, ikinci halde ise, sebebin sona erdiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Şimdiye kadar, Federal Mahkeme bu soruyu müstakâr bir şekilde yanıtlamamıştır. RO 64 II 135, c.2 (JdT 1939 I 191) ve 92 II 179, c.6c (JdT 1967 I 141) de yayınlanan kararlarında Federal Mahkeme sözleşmenin geçersizliği nedeniyle iade davasını bir *condictio sine causa* olarak nitelendirmiştir. RO 87 II 139, c.7 (JdT 1961 I 606) ve 109 II 327 c.4c (JdT 1984 I 145 vd.) de yayınlanan kararlarında ise, irade sakatlığına dayanan dava *condictio ob causam finitam* olarak nitelendirilmiştir. Bütün bu olaylarda davanın mahiyeti zamanaşımı için belirleyici değildi.

b) Öğreti esaslı hatanın sonuçları hakkında çeşitli kuramlar geliştirmiştir. Geçersizlik kuramına göre (*Ungültigkeit, théorie de l'invalidité*), sözleşme baştan itibaren geçersizdir; sözleşmenin hataya düşen tarafından açıkça veya delalet edici fiillerle kabulü dışında hiçbir hükmü yoktur. Sözleşme geciktirici bir şarta bağlıdır. Geçersiz hale getir-

me kuramına göre (théorite de l'invalidation, annullabilité, Anfechtung), sözleşme başlangıçta geçerlidir, ancak iradesi sakatlanan tarafça geçersiz hale getirilebilir. Bu durumda sözleşme bozucu bir şarta tabidir. Bu kuram bir süre baskın kuramdı. Nihayet üçüncü bir kurama göre, sözleşme kısmi geçersizlikle sakattır (geteilte Ungültigkeit). Sözleşme hataya düşen taraf için baştan itibaren geçersiz, diğer taraf için geçerlidir. Hataya düşen taraf bakımından geciktirici şart, diğer taraf için bozucu şart söz konusudur. Hataya düşen taraf haklı olarak hatasına dayanıyorsa, iade davası açabilir. Bu davanın mahiyeti benimsenen kurama göre belirlenecektir. Geçersizlik kuramına göre, dava bir *condictio sine causa*'dır; mutlak zamanaşımı edimden itibaren işlemeye başlar. Geçersiz hale getirme kuramına göre ise, dava bir *condictio ob causam finitam*'dır; mutlak zamanaşımı, geçersiz hale getirmeden itibaren başlar. Kısmi geçersizlik kuramına göre ise, hataya düşen taraf bir *condictio sine causa*'ya, diğer taraf bir *condictio ob causam finitam*'a sahiptir.

(Tek taraflı ya da iki taraflı) geçersizlik kuramı, yasanın hazırlanışına ve amaçlarına uymaktadır. Sözleşme, hataya düşen taraf irade sakatlığını ileri sürmeden önce de geçersizdir. Gauch bunu tarihi gelişmeden hareketle ikna edici bir şekilde açıklamaktadır (Le centenaire de Code des Obligations, s.343 vd). Hazırlık safhasında, tek yanlı geçersizliğin, iptal edilebilirlik ile doldurulmasına yönelik bir tasarı açıkça reddedilmiştir. Böylece, İsviçre yasası, iptal edilebilirliği kabul eden Alman hukukundan net bir şekilde ayrılmıştır. İsviçre yasası karmaşık bir terminolojinin doğurduğu belirsizlikleri kaldırma- lı ve daha kolay uygulanabilir olmalıydı. İkna edici bu tarihsel yoruma yönelik eleştiriler (Piotet'nin RJB s.148 vd.ndaki eleştirisi de dahil olmak üzere) yeterli değildir. Geçersizlik kuramına göre, zenginleşme -bu gibi olaylarda- borç olmayan bedelin ödenmesi anlamında gerçekleşir. Şu halde, mutlak zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar.

Zamanaşımı bakımından geçersiz hale getirme kuramı da aynı sonuca varmaktadır. Bu kuramın yandaşlarına göre, sözleşme baştan itibaren (*ex tunc*) geçersiz hale getirilmiştir; sözleşme *ab initio* geçersiz sayılır. Pr. 142 BGB de açıkça geçmişe etkili olmayı öngörmektedir. Alman öğretisinde çoğunluk da zenginleşmenin varlığı sona eren bir sebepten kaynaklanmadığını kabul etmektedir. Baştan itibaren çift taraflı bir geçersizlik kabul edilmeli midir? Bu konu olay önem taşımamaktadır. İşlemin geçersizliği, her hal ve kârda, haklı olarak kendine karşı hatanın ileri sürüldüğü sözleşmenin kuruluşu anına rastlar (bkz. aynı anlamda pozitif hukukta pr. 200 BGB).

c) Olayda, 10 yıllık zamanaşımı Ekim 1974'ten itibaren, yani davacının bedel ödediği tarihten itibaren işlemeye başlamıştır. 1984 Ekiminde bu süre dolmuştur. Şu halde, 1985 sonbaharında, alıcının hatasını ileri sürdüğünde, iade davası zamanaşımına uğramıştır. Temyiz edilen karar onanmalıdır.

II- FEDERAL MAHKEME KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ:

Yukarıda çevirisini verdiğim kararda, Federal Mahkeme'nin asıl üzerinde durduğu üç konu şunlardır: Ayıba karşı tekeffül ile hata düzenlemesi arasındaki yarışma, hataya dayanılarak ileri sürülebilecek hakkın tabi olduğu süre ve esaslı hatanın sözleşmeye etkisi. Bu temel konular yanında şu ilginç iki nokta da kararda ele alınmış bulunmaktadır:

Yerleşik içtihadattan dönmenin ve örf ve adet hukuku kuralı sayılmanın koşulları. Aşağıda ilk plânda üç ana konu değerlendirilecek, sonra iki yan nokta birlikte ele alınacaktır.

1- Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile hata hükümleri arasında yarışma:

Federal Mahkeme kararın önemli bir bölümünü bu konuya ayırmış ve 1916 yılından beri benimsemiş olduğu yarışma lehindeki görüşünü, adeta, dişi ve tırnağıyla savunmuştur. Federal Mahkeme, ilk olarak, bu konudaki çeşitli kararlarının bir dökümünü yapmış ve hemen akabinde Fransız ve Alman Hukuklarındaki çözümlere yollanmada bulunmuştur.

Yarışma konusunun özü şu noktadadır: Somut olayın verileri hem ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, hem de hata hükümlerinin içeriğini karşıladığında, alıcı, bu hükümler arasında bir seçim yapabilmeli midir, yoksa, yalnızca tekeffül hükümleri mi devreye girmelidir? Federal Mahkeme bu soruya önce çok genel bir yanıt vermişti: "...yasa, aynı olgular nedeniyle farklı davaların açılmasına olanak tanıyorsa, bunu düzenleyen kurallar seçenekli olarak uygulanabilmelidir." Genelde kabul edilmesini gerekli gördüğü bu ilkeye Federal Mahkeme'nin getirdiği yegâne sınırlama, hükümler arasında özellik ve genellik ilişkisi bulunduğu hallere ilişkindir. Doğal olarak böyle bir ilişkinin varlığı halinde "lex specialis derogat lege generali" kuralı uygulanacaktır. Federal Mahkeme'nin bu kararında da yanıtlamaya çalıştığı yarışma görüşüne karşı çıkan yazarların temel eleştirileri de satımda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, hata hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğu, dolayısıyla, hata hükümlerinin seçenekli olarak uygulanmasına olanak bulunmadığıdır (1).

Yarışma görüşüne karşı çıkan yazarlar içerisinde konuyu en ayrıntılı olarak ele alan Merz'dir (2). Yazara göre, şayet tekeffül hükümleri alıcı için daha elverişli ise, yarışma kabul edilebilir, çünkü, çoğu isteyebilecek olan, azı da isteyebilmelidir. Buna karşılık, tekeffül hükümleri alıcının hukuki durumunu sınırlayıcı iseler, bu hükümlerin inhisari olarak uygulanmaları kabul edilmelidir. Merz tekeffül hükümlerinin daha avantajlı olduğunun dayandırıldığı gerekçelerden biri olan ispat yükünün kolaylığı sorununu şöyle değerlendiriyor: Hataya dayanan hatasını, hatasının esaslı olduğunu ve hata ile sözleşmenin kuruluşu arasındaki nedensellik bağının varlığını kanıtlamak zorunda iken, tekeffül hükümlerine başvuranın ayıbın esaslı olduğunu ispatlamakla yükümlü olmadığı düşüncesiyle, tekeffül hükümlerinin daha avantajlı olduğu ileri sürülmesi doğru değildir. Çünkü, hatada, yanılan, gerçeğin düşüncesine uymadığını, tekeffülde ise alıcı, satılanın vaad edilen veya normalde sahip olması gereken niteliklerin, yani alıcının kendi düşüncesinde var olan niteliklerin bulunmadığını ispatlayacaktır. Şu halde ispatın konusu bakımından

(1) Bkz. Becker, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatercht, Bd. VI, 1.Abt., Bern 1941-1945 Art. 24, N.22-23; Hans Merz, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in vom Kauf nach schw. Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, s.87 vd.; Pierre Cavin, La vente, l'échange, la donation, Traité de droit privé suisse, tome VII/1, Fribourg 1978, s.114 vd.; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973, s.68; Çok net olmamakla birlikte Pierre Tercier, La partie spéciale du code des obligations, Zürich 1988, s.37.

(2) Yukarıda 1 no.lu dipnotunda anılan makale.

fark yoktur. Yine Merz'e göre, hatanın objektif bakımdan esaslı olması yanında, yanlar için sübjektif önemi olması nasıl aranıyorsa, alıcı için de sübjektif bakımdan önem taşımayan niteliğin, beklenen yararlarla ilgisi olmadığı açıktır. Objektif bakımdan önemli olmayan bir nitelik bile, şayet garanti edilmişse, alıcıya tekeffül hükümlerinden yararlanma olanağı verir düşüncesinden, tekeffül hükümlerinin daha elverişli olduğu sonucu çıkarılamaz, çünkü böyle bir garanti, yanlar bakımından zaten B.Y. 24/I, b.4 anlamında sözleşmenin zorunlu temeli sayılacaktır. Tekeffül hükümlerinin daha avantajlı olmadığını kanıtlamak amacıyla Merz, bu açıklamalarına ek olarak, alıcının gerekli özeni gösterdiğinde bilmesi gerektiği ayıplar için, satıcının, ancak, ayrıca garanti etmişse sorumlu olacağını, oysa, bu durumda dahi, yanılan için bağlamazlığın söz konusu olacağını belirtmiştir. Yine yazara göre, tekeffül hükümlerinin alıcıya dönme, bedelin indirilmesi veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi olanağını verdiği, hata da ise böyle seçenekli olanakların bulunmadığı doğrudur; ancak, tekeffülün ihbar yükümü ve zamanaşımı süreleri bakımından, hata hükümlerine göre, daha elverişsiz sayılması gerektiği de unutulmamalıdır. Bu gözlemleri ile tekeffül hükümlerinin hata düzenlemesine göre özel hüküm mahiyetinde olduğunu kabul eden Merz, görüşünü doğrulamak üzere, Federal Mahkeme'nin hayvan satışına ilişkin içtihadına yollamada bulunmaktadır: Bu içtihada göre, hayvan satışında, tekeffül hükümleri inhisaridir, çünkü, yasa açıkça satıcıyı tercih etmiştir. Aynı gerekçe diğer satım türleri için de geçerli olmalıdır.

Cavin (3) de yarışma görüşüne karşı çıkmaktadır. Bu yazarın görüşleri şöyle özetlenebilir: Aynı temele dayanan koşut kurumlar söz konusu olduğunda, sözleşmenin özelliklerini ve tarafların karşılıklı menfaatlerini dikkate alan özel bir düzenleme varken, genel hükümler uygulanmamalıdır. Tekeffül hükümleri alıcıya daha kapsamlı, özel bir himaye getirmektedir. Hata düzenlemesinin yarıştığı kabul olunursa, tekeffül kurumunun getirdiği engellerin, alıcının özel menfaatlerince de doğrulanmaksızın kaldırılması sonucu doğar. Muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmeyen ve malın tesliminden itibaren bir yıl içinde harekete geçmeyen alıcının, özel menfaatinden söz edilemez. Öte yandan, hayvan satışında Federal Mahkeme de, yalnızca tekeffül hükümlerinin uygulanacağını kabul etmekte ve ticari işlemlerin güvenliğini buna gerekçe göstermektedir. Aynı gerekçenin diğer satım türleri için de kabulü mantığın gereğidir. Çünkü, alıcı için, çok katı bir özel kuralın inhisari olarak uygulanması kabul edildiğinde, alıcının menfaatlerinin çok daha geniş olarak dikkate alındığı kuralların inhisari olarak uygulanmaması doğru olmaz (4). Nihayet, satıcının hilesi, yani ayıpları bilerek gizlemesi veya mevcut olmayan nitelikleri vaad etmesi halinde, özel tekeffül hükümleri vardır ve bu hükümler, hileye ilişkin düzenlemeye yollamada bulunmamakta, ancak alıcının durumunu, tekeffülden doğan davalar çerçevesinde iyileştirmektedirler. Satıcının hilesinin alıcıyı yanıltması halinde tekeffül hükümleri inhisari olarak uygulanacaksa, basit hata halinde, aynı tekeffül hükümleri evleviyetle inhisari olarak uygulanmalıdır.

(3) Bkz. yukarıda 1 no.lu dipnotunda anılan eser, s.114 vd.

(4) Belirteyim ki, Engel, age, s.68, yarışma görüşüne karşı çıkarken, özellikle Cavin'in hayvan satışına ilişkin açıklamalarına dayanmaktadır.

İnceleme konusu kararında Federal Mahkeme, öğretinin yönelttiği bu eleştirileri yanıtlama çabasına girmiştir. Federal Mahkeme'nin asıl gerekçesi, tekeffül hükümlerinin, hata hükümleri karşısında özel hüküm sayılamayacağıdır: "...davaların dayandıkları hukuki sebepler farklıdır. Hata nedeniyle geçersiz hale getirme, bir irade sakatlığının varlığını şart koşar." Bu çıkış noktasından hareket eden Federal Mahkeme, aynı olgular nedeniyle farklı davaların açılacağı yasada öngörülmüşse, bu farklı davalardan hak sahipleri yararlanabilmelidir sonucuna varmaktadır. Federal Mahkeme bu görüşünü pratik bazı nedenlerle de doğrulamaya çalışmaktadır. Gerçekten, yarışma görüşüne karşı çıkan bazı yazarlar (5), ayıp ile kalite farkı arasında ayırım yaparak, birinci halde tekeffül hükümlerinin inhisari olarak uygulanmasını, ikinci halde ise, hata hükümlerine dayanılabileceğini kabul etmektedirler. Federal Mahkeme, benimsediği yarışma görüşünün, bu anlamda ayıp ile kalite farkı arasında ayırım yapmanın yaratacağı büyük güçlük ve belirsizliğe de son verdiğini vurgulamıştır. Federal Mahkeme'nin yarışma görüşü lehine ileri sürdüğü bir diğer gerekçe de, günümüzde satımın önemi ve işleyişinin ve yığınlara hitap eden tip sözleşmelerin genelleşmesinin, alıcıyı her zamankinden daha fazla himayeye muhtaç duruma getirmiş oluşudur. Tekeffüle dayanan davayı, tabi olduğu kısa sürede açamayan alıcıya, hata düzenlemesi aracılığıyla yeni bir koruma getirilmiş olunur. Nihayet Federal Mahkeme, bazı hukukçularca örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği kabul olunan yarışma lehindeki, çok uzun süreden beri sürdürülen içtihadın değiştirilmesi için yeterli gerekçe olmadığına değinmiştir.

İsviçre hukuk öğretisinde yarışma görüşüne katılan yazarlardan Bucher (6)'de tekeffül düzenlemesi ile hata düzenlemesinin farklı hukuki alanlara ilişkin olduklarını, hata düzenlemesinde bir sözleşmenin oluşumunun, bağlayıcılığının, tekeffül çerçevesinde ise aslında geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ele alındığını, yarışma görüşü kabul edilmediğinde hangi olguların tekeffül, hangilerinin hata düzenlemesine gireceğinin belirlenmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılacağını vurgulamıştır.

Hata düzenlemesi ile tekeffül hükümlerinin yarışması konusunda ayrıntılı bir inceleme yapmış olan Bühler (7), yarışma görüşünü birçok açıdan destekleyici gerekçe getirmektedir: Günümüzde, artık, satım yığınları ilgilendirmekte ve satıcı hazırladığı tip sözleşmedeki genel işlem şartları aracılığı ile, sorumsuzluk kaydı getirmektedir. Bu durumda asıl himaye edilmesi gereken alıcı -tüketicidir ve hata hükümleri bir çok halde alıcı için tek çıkış yolu durumundadır. Tekeffül düzenlemesi, hiçbir şekilde, irade sakatlıklarının özel bir görünümü değildir ve yalnızca sözleşmenin ifasına ilişkindir. Yarışma görüşüne karşı çıkanlar, bu iki düzenleme arasındaki sebep ve mahiyet farklarını unutmaktadırlar. Üstelik, yarışma görüşüne karşı çıkanlar gibi düşünülürse, örneğin malın iadesine yönelik menkul davası ve istihkak davası arasında da yarışmanın olmadığı kabul edilecektir. Hayvan satımına ilişkin kurallardan hareketle yarışma görüşüne karşı çıkılmaz, çünkü, hayvan satımı mahiyeti gereği, genel satım hukuku içerisinde bir özel du-

(5) Bkz. örnek olarak Cavin, age, s.115-116.

(6) Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Bası, Zürich 1988, s. 109.

(7) Zur sogenannten Alternative Gewährleistung-Irrtum im Kafrecht, in SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung) 1978, s.1 vd.

rum arz etmektedir. Şu halde, hayvan satımına ilişkin tavrın, bütün satım türleri için geçerli olması gerektiği ileri sürülemez.

İsviçre hukuk öğretisinde Oser/Schönenberger (8), Giger (9), Simonius (10) ve Stanislas (11) yarışma görüşünü benimseyen yazarlara örnek olarak zikrolunabilirler.

Türk hukuk öğretisinde de yazarların çoğunluğu ayıba karşı tekeffül hükümleri ile hata düzenlemesi arasında yarışma olduğunu kabul etmektedirler (12).

Federal Mahkeme'nin tekeffül hükümleri ile hata düzenlemesi arasında yarışma olduğunu kabul eden ve gerçekten uzun zamandan beri yerleşmiş olan içtihadının yerinde olduğu kanısındayım. Bu iki grup hüküm arasında, birincisinin sözleşmenin ifasına, ikincisinin ise, sözleşmenin oluşumuna yönelik olması nedeniyle, özellik ve genellik ilişkisinden söz edilemez. Ayrıca, günümüzdeki gelişmelerin giderek satıcının güçlenmesi şeklinde olduğu ve alıcının ihtiyacı olan himayenin, yarışma görüşüyle daha iyi sağlanacağı da kuşkusuzdur. Öte yandan, alıcının tekeffül hükümlerinin gerektirdiği muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemesi ve bu hükümlerden kaynaklanan davaları tabi oldukları süre içinde açmaması şeklindeki spekülasyonu karşısında, satıcı B.Y.'nin 25. ve 26. maddelerinden yararlanabilecektir (13).

2- Hataya dayanılarak ileri sürülen hakkın tabi olduğu süre:

İnceleme konusu kararında Federal Mahkeme, hataya dayanan davanın mutlak bir süre ile sınırlı olup olmadığı konusuna da değinmiştir. Federal Mahkeme'ye göre böyle bir süre söz konusu değildir, bu nedenle, olayda, 1974 yılında tabloyu satın alan ve tablonun sahteliğini 1985 yılında öğrenen davacının, 1986 yılında da sözleşmeyi geçersiz bıraktılabileceği kabul edilmiştir.

Kararda, Federal Mahkeme'nin mutlak bir azami süre olmadığı görüşünü dayandırdığı yazarlar arasında zikrolunan Oğuzman, L'annulation d'un contrat à cause de dol est-elle limitée par un délai maximum adlı incelemesinde (14) şu gerekçeleri ileri sürmektedir: B.Y.'nin 127. maddesi (Türk B.Y.125) ile bir kıyas yapılamaz, çünkü, bu hü-

(8) Zürcher Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Bası, Zürich 1936, Art. 197, N.5

(9) Berner Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Bd. VI, 2. Abt., 1. Teilb., Bern 1977, Vorb.zu Art. 197-210, N.62 vd.

(10) Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in vom Kauf nach Schweiz. Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, s.55 vd.

(11) Le droit de résolution dans le contrat de vente (sanction de l'inexécution des obligations contractuelles), Genève 1979, s.180

(12) Bkz. Seyfullah Edis, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.94 vd.; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I,6. Bası, İstanbul 1976, s.344-345; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s.593-594; Cevdet Yavuz, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.220-222.

(13) Bkz. Yavuz, age, s.221.

(14) Bkz. SJZ 1963, s.265 vd. Ayrıca bkz. M.Kemal Oğuzman, Akdin Hile Sebebiyle İptali Azami Bir Müddetle Tahdit Edilmiş midir? İstanbul Barosu Dergisi 1953, Sayı 4, s.177 vd. Yargıtay 1.HD.nin 17.3.1989 t. ve 3333/3063 sayılı bu yöndeki kararı için YKD 1990, Sayı 1, s.18 vd.

küm alacak haklarına ilişkindir, oysa 31. maddedeki hak bir alacak hakkı değildir. Aynı şekilde, sebepsiz zenginleşme için öngörülen on yıllık azami sürenin kıyasen uygulanması kabul olunamaz, çünkü, irade sakatlığı nedeniyle sözleşme geçersiz bırakılmışsa, bu sözleşmeye dayanılarak yapılan ifanın mülkiyeti geçirmesi mümkün değildir. Bu nedenle sebepsiz zenginleşmeden söz edilemez.

İrade sakatlığının ileri sürülmesi için mutlak bir azami süre olmadığı görüşü öğretilde egemendir (15). Buna karşılık, yasanın ruhunun on yıllık bir süre ile sınırlandırma yönünde olduğu da öğretilde belirtilmiştir (16).

Hukuki işlemlerin geçerliliğini, çok uzun yıllar sonra tartışmalı hale getiren bu görüşün adalet duygularını örseleyici sonuçlara yolaçması B.Y.'nin 25/I ve M.Y.'nin 2. maddelerinin geniş bir şekilde uygulanması yoluyla bertaraf edilebileceği söylenebilir. Bu nedenle, azami süre olmadığı görüşü kabul edilebilir.

3- Esaslı hatanın sözleşmeye etkisi sorunu:

İnceleme konusu kararda Federal Mahkeme'nin geniş yer ayırdığı üçüncü konu, hataya dayanılarak sözleşmeye ne gibi bir etki yapılabileceğine ilişkindir. Federal Mahkeme'ce yapılan ilk saptama, alıcının irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi geçersiz kılması halinde, ödenmiş olan satış bedelinin sebepsiz zenginleşme oluşturacağıdır. Şu halde, alıcı ödediği bedelin iadesini bu kurum çerçevesinde isteyebilecektir. Bilindiği üzere sebepsiz zenginleşmeden doğan iade istemi B.Y.'nin 67. maddesinde (Türk B.Y.66) öngörülen ikili bir zamanaşımı süresine tabidir: iadeyi isteme hakkının bulunduğu öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her hal ve kârda bu hakkın doğumundan itibaren on yıl. Tabiidir ki, alıcının iadeyi isteme hakkının varlığını öğrendiği an, ikinci (azami) sürenin işlemesine etki yapmaz. Olayda, Federal Mahkeme davacının nisbi 1 yıllık süreyi zamanında kestiğini, yani iadeyi isteme hakkına sahip olduğunu öğrenmesinden itibaren bir yıl geçmeden harekete geçtiğini saptamıştır. Tartışma on yıllık azami sürenin dolmuş olup olmadığına ilişkindir. Gerçekten, davacı satım sözleşmesini 1974'te akdetmiş, 1985'te yanıldığını anlamış ve bu davayı 1986'da açmıştır.

Federal Mahkeme on yıllık azami sürenin başlangıcı konusunda öğretilde ileri sürülen çeşitli görüşlere yer vermiştir: Geçersizlik görüşü, kısmi geçersizlik görüşü ve iptal edilebilirlik görüşü. Birinci görüşte, sözleşmenin hataya düşen tarafından açıkça veya delalet edici fiillerle kabulü dışında hiçbir hükmünün olmadığı, bir diğer söyleyişle sözleşmenin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmektedir. İptal edilebilirlik görüşünde ise, sözleşmenin başlangıçta geçerli olduğu, ancak sonradan iradesi sakatlanan tarafça geçersiz hale getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre sözleşme bozucu şarta tabidir. Nihayet, kısmi geçersizlik görüşünde, sözleşme, yanılan taraf için baştan itibaren geçersiz, diğer taraf için ise geçerlidir. Bir diğer anlatımla, bu son görüşte, sözleşme ya-

(15) Bkz. Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cevat Edege Tercümesi, Cilt 1-2, Ankara 1983, s.305; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I,2. Bası, Ankara 1987, s.437-438; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Bası, Zürich 1988, s. 213.

(16) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age, s.614; Engel, age, s.233.

nılan bakımından geciktirici şarta, diğer taraf bakımından ise bozucu şarta tabidir. Açılacak iade davası geçersizlik görüşünde bir *condictio sine causa*, iptal edilebilirlik görüşünde bir *condictio ob causam finitam*, kısmi geçersizlik görüşünde ise, yanılan bakımından bir *condictio sine causa*, diğer taraf için ise bir *condictio ob causam finitam* sayılacaktır.

Öğretideki görüşleri böylece özetleyen Federal Mahkeme, yasanın hazırlanış safhasına ve amaçlarına uygun bulduğu geçersizlik görüşünü benimsemiştir. Bu görüşe göre zenginleşme borç olmayan bedelin ödenmesi anında gerçekleşecektir. Şu halde, olayda zenginleşme bedelin ödendiği 1974 yılında gerçekleşmiştir. Dava 1986'da açıldığına göre, on yıllık azami süre aşılmıştır, bu nedenle davayı reddeden mahkeme kararı onanmalıdır.

Federal Mahkeme'nin bu kararına ilişkin incelemesinde Piotet (17) şu ağır eleştirileri yöneltmiştir: Geçersizlik görüşü yanlıştır, çünkü, madem ki sözleşme baştan itibaren geçersizdir ve geçersizlik bir onama ile kalkabilir, o halde iradesi sakatlanan tarafın bu onama girişimini yapması gerekir. Oysa bu görüşte, hiçbir şey yapmamak da onama sayılmaktadır. İptal edilebilirlik görüşü durumu gayet iyi açıklamaktadır. Sözleşme başta geçerlidir, yasa iradesi sakatlanana bir yıl içinde "iptal etme hakkı" tanımıştır. İradesi sakatlanan taraf bir yıl pasif kalırsa, sözleşmeyi iptal etme hakkında feragat etmiş sayılır. Olay bakımından geçersizlik görüşünün yarattığı sonuç abestir. Geçersiz bırakmanın amacı yalnızca ödenen bedelin iadesidir. Oysa, olayda, sözleşmenin geçersizliği kabul edilirken bedelin iadesi reddolunmuştur. Geçersizlik görüşü çerçevesinde zamanaşımının, olaydaki gibi abes sonuçlara yol açacak şekilde, sözleşmenin aktedildiği andan başlayacağı tabiidir. Oysa, iptal edilebilirlikte, iade istemi, ancak, iptal etme anında doğacağından zamanaşımı bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Öğretide çoğunluk (tek yanlı ya da tarafların her ikisi için) geçersizlik görüşünü benimsemiştir (18). İptal edilebilirlik görüşünü benimseyen yazarlar, Federal Mahkeme'nin de vurguladığı gibi, iptalin etkisinin *ex tunc* (baştan itibaren) olduğunu kabul etmektedirler (19). Şu halde, hangi görüş benimsenirse benimsensin, olayda, zamanaşımının 1974 tarihinden itibaren işleyeceği kabul olunacaktır.

Piotet'nin eleştirileri kanımca isabetli sayılamaz. İlkın, bir şey yapmamanın (pasif kalmanın) onama sayılmayacağı, onamanın (kabulün) mutlaka aktif bir davranışı gerektirdiği görüşü savunulamaz. Çünkü, İsviçre-Türk hukuk sisteminde, pasif davranmanın (susmanın) kabul anlamına geldiğine dair bir çok örnek vardır: Borçlar Yasasının 6. maddesi, satım sözleşmesinde ve eser sözleşmesinde ayıp ihbarına ilişkin düzenlemeler bu bağlamada zikrolunabilir. Ayrıca Piotet gibi iptal edilebilirlik görüşünü benimseyen yazarlar dahi, iptalin etkisinin sözleşmenin kuruluşu anında da kendini gösterdiğini kabul

(17) A propos de l'arrêt Picasso, JdT 1988 I 519 vd.

(18) Tek yanlı bağlamazlık için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age, s.609 vd.; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 1983, s.68 vd. Her iki taraf için geçersizlik görüşü hakkında bkz. von Tuhr (Edege çevirisi), age, s.218.

(19) Bkz. Bucher, Allgemeiner Teil ..., age, s.214; Eren, age, s.437-438).

etmektedirler. Bir diğer söyleyişle, bu yazarlar için dahi iade isteminin başlangıcı bu an sayılacaktır. Nihayet Piotet'nin sözleşmenin geçersiz olmasına rağmen ödenenin istenmemesinin abes olduğuna dair açıklamaları da yerinde değildir. Kanımca, bu uygulama abes olmak bir yana, işlemin yapılmasından çok uzun süre geçtikten sonra dahi hataya dayanılabilecek oluşunun yaratabileceği adalet duygularını örseleyici sonuçlar için frenleyici olabilir. Bunların yanında, Piotet'nin görüşünün yasanın metnine de aykırı olduğunu belirtmek isterim.

Sonuç olarak, Federal Mahkeme'nin, sözleşmenin geçersizliğine rağmen, ödeneenin iadesi talebini, on yıllık azami zamanaşımı süresinin geçmiş olması nedeniyle reddeden mahkeme kararını onaması yerindedir kanısındayım.

4- Yerleşik içtihattan dönmenin ve örf ve adet hukuku kuralı sayılmanın koşulları:

Federal Mahkeme, özellikle, tekeffül hükümleri ile hata düzenlemesi arasında yarışma olduğuna dair eski görüşünü savunurken, yerleşik içtihattan dönme ve örf ve adet hukuku kuralı sayılma koşullarına da kısaca değinmiştir.

Federal Mahkeme ATF 98 II 20 (JdT 1972 I 552)'de yayınlanan, bir parsel üzerinde inşaat müsaadesinin reddedilmesi olayına ilişkin olarak verdiği kararında, yarışma görüşünü benimserken, bu görüşün artık bir örf ve adet hukuku kuralı haline geldiğini ileri sürmüştü. Bu sav, öğretilerde de bazı yazarlarca benimsenmiştir (20).

Bilindiği üzere, örf ve adet hukukundan söz edilebilmesi, devamlılık, genel kabul görme ve yaptırım koşullarının varlığına bağlıdır. İsviçre hukuk öğretisinde çok sayıda yazar yarışma görüşüne karşı çıktığına göre, örf ve adet hukuku kuralı sayılmak için gerekli olan koşullardan "genel kabul görme" koşulu gerçekleşmiş sayılamaz. İşte, Federal Mahkeme de, yarışma görüşünün örf ve adet hukuku kuralı sayılmasının kuşkulu olduğunu bu kararında kabul etmiştir.

Bununla birlikte, kararda da belirtildiği gibi, yarışma görüşü Federal Mahkeme tarafından 1916 yılından beri, yani karar tarihi itibarıyla 72 yıldır benimsenmiş ve uygulanmıştır. Bu ölçüde yerleşik bir içtihattan dönülmesi gerçekten son derece güçlü karşı tezlerin varlığını gerektirir. Oysa, bu incelemede de ele alındığı üzere, yarışma görüşünü benimseyen yazarların sayı ve ileri sürdükleri gerekçeler itibarıyla, en az bu görüşe karşı çıkanlar kadar güce sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda 72 yıllık içtihadın terk edilmesi doğru olamazdı.

(20) Bkz. Giger, age, Vorb. zu Art. 197-210, N.65; Oftinger/Jeanprêtre, Jurisprudence du TF sur la partie générale du Code des Obligations, Zürich 1970, s.97.

SONUÇ

Federal Mahkeme'nin ayıba karşı tekeffül ile hata düzenlemesi arasındaki ilişkiler ve hatanın sözleşmeye etkileri ve sebepsiz zenginleşme ile olan ilişkileri açısından çok önemli olan bu kararının gerek kaleme alınış, gerekse içerik bakımından yerinde olduğu kabul edilmelidir. Tefekkül ile hata hükümleri arasındaki yerleşik içtihadını bir kez daha vurgulama olanağı bulan Federal Mahkeme, 22 Mayıs 1976 tarihli kararında (21) yanıt-sız bıraktığı, hatanın ileri sürülmesi için mutlak bir azami süreye tabi olup olunmadığı sorusuna, bu kararında olumsuz yanıt vererek, konuya açıklık kazandırmıştır. Kararın Türk hukuk uygulamasına da ışık tutacağı kanısındayım.

(21) Bu karar için bkz. ATF 101 II 203 vd, özellikle 210.