

BORÇLAR HUKUKU SİSTEMİMİZE GÖRE AKİTLERİN İN'İKADINDA İTİMAT PRENSİBİNİN

EHEMMİYETİ (*)

Yazan: Asis. Dr. Turhan Esener

PLÂN :

Birinci kısım

1-- İrade prensibi 2) Beyan prensibi 3) İtimat prensibi

İkinci Kısım: Akitlerin in'ikadında (B.K.m.l) İtimat prensibinin tatbiki.

1) İradenin izharı 2) Beyanların karşılıklı olması 3) İrade beyanlarının birbirine uygun olması 4) Ehliyet unsuru

Üçüncü kısım. İrade ile beyan arasındaki uygunsuzluk ve İtimat prensibi

1) Uygunsuzluğun istenerek yapılması a) Kaydı zihni b) Muvazaa

2) Uygunsuzluğun istenilmeyerek yapılması: Hatâ

3) İkraah ve hile

GİRİŞ :

Akitlerin in'ikadı sahasında itimat prensibi, hususile İsviçre hukukunda, mühim bir rol oynamaktadır. Derin ve esaslı bir tetkike ihtiyaç gösteren bu mevzu üzerinde fazla tafsilâta girişmeksizin bazı önemli noktalar üzerinde durmakla iktifa edeceğiz.

Borçlar kanunumuzun birinci maddesi doğrudan doğruya ve 18, 23 ve müteakip maddeleri dolayısı ile meselemizi ilgilendirmektedir. Buna mukabil temsil ve borcun doğum ve sebebi mevzularında itimat prensibinin tatbiki ehemmiyeti tetkikimizin haricinde bırakılmıştır.

Bilindiği üzere uzun bir çalışma mahsulü olan kanun maddeleri sık sık değiştirilemez. Buna mukabil hukukî telâkkiler zamanın ihtiyaçlarına göre değişmektedir. Bir taraftan mahkeme içtihatları müspet hukuka göre, yeni telâkkileri ve menfaatler durumunu nazarı itibara alarak hakkaniyete en uygun hal çarelerini ararken nazariyatla uğraşan hukuk bilginleri de olması lâzım gelen hukuk bakımından (De lege ferenda) yeni bazı teklifler yapmaktadırlar.

İtimat prensibi bu bakımdan yeni bir prensip olarak ortaya çıkmak-

(*) Son günlerde Cenevre Hukuk Fakültesinde M. Robert Patry'nin «Du Principe de la confiance dans la conclusion des contrats en droit suisse» isimli tezini müdafaa ettiğini haber aldık. Henüz basılmamış olduğundan, bu tezdən yazımızda istifade imkânını bulamadık.

ta, mevcut kanun hükümleri bu prensibe göre tatbik edilmek istenilmektedir. Diğer taraftan akitten doğan borçlar sahasında bu prensip ile kabili telif olmayan hükümlerin ideal hukuk bakımından değiştirilmesi teklif edilmektedir.

Hukuka uygun olarak yapılan ve hukukî netice tevhit eden fiillere hukukî fiiller (Actions juridiques-Rechtshandlungen) denilmektedir.

Hukukî muamele (Acte juridique) ise bir kimsenin muayyen bir hukukî netice elde etmek bir hakkı ihdas, tadil veya izale etmek için iradesini beyan etmesidir.

Şu halde, hukukî muamele mefhumu hukukî fiilden daha dar bir mefhumdur. Hukukî fiilden husule gelen hukukî netice irade beyanında bulunan kimsenin iradesi dahilinde olması şart olmadığı halde, hukukî muamelede bulunan şahıs muayyen bir hukukî neticeyi elde etmek için iradesini beyan etmektedir. İşte hukukî muamelede bulunmak kasdına muamele yapmak iradesi denir. Görülüyor ki bir hukukî muamelenin yapılması iradenin beyan edilmesine mütevakıftır. Hukukî muamelede bulunmak kastinin açığa vurulması için yapılan iradenin izharına irade beyanı denilmektedir.

Hukukî muameleler tek taraflı, iki taraflı ve çok taraflı olmak üzere bir tasnife tâbi tutulabilir. İki taraflı hukukî muamelelere akit veya mukavele diyoruz. Bir mukavele için tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun surette beyan etmeleri lâzımdır.

Borçlar hukuku sahasında cari olan iradenin muhtariyeti (Autonomie de la volonté) prensibine mukavele hukuku sahasında mukavele serbestisi (Vertragsfreiheit) denmektedir. Mukavele serbestisi ancak hukuk nizamı tarafından çizilen hudutlar dahilinde bahis mevzuu olabilir. Başka bir tâbirle irade, kanunî hudutlar içerisinde hakim bir rol oynamaktadır.

Mukavele hukuku sahasında bir de muamelâta emniyet (sécurité des affaires) prensibi vardır ki, bu prensibe göre hakikî iradeden ziyade iradenin beyan edilmiş şekli, yani objektif irade esastır. Objektif iradeye hüsnüniyetle istinat eden şahıs aldatılmamalıdır.

İşte derunî (sübjektif) irade beyan edilmiş iradeye uymadığı hallerde ortaya bunlardan hangisine itibar olunacağı meselesi çıkmaktadır.

Hukukî tekâmül boyunca bu meseleyi hal etmek için başlıca iki nazariye ileri sürülmüş zaman zaman bunlardan birisi diğerine galebe çalmıştır. Bunlar İrade ve beyan prensipleridir. Nihayet, son zamanlarda bir üçüncü nazariyenin revaç bulduğunu görüyoruz ki bu da itimat nazariyesidir.

Bu nazariyeleri birbirinden kolaylıkla tefrik edebilecek bir kıstas bulmak için Meier-Hayoz 1) tezinde bir ikilikten hareket etmektedir

Objektiflik-Sübjektiflik

Genellik-Şahsılık

Objektiflik ve sübjektifliğin karşılaştırılmasından bir hukukî münasebetin esas itibarıyla haricî veya derunî bir sebepten hangisine istinat ettiği anlaşılır. Başka bir tâbirle, bir irade beyanında ilgililer tarafından anlaşılan her keyfiyet objektif olduğu halde, bir hukuk süjesinin derunî iradesinde mevcut ve diğerleri tarafından tanınmayan keyfiyetler sübjektif olarak vasıflandırılır. Genellik-şahsılık : Genellik demek hukukî bir münasebette ilgili şahısların hususiyetlerini ve müşahhas halleri nazarı itibara almamak, şahsılık ise hususi hallerden hareket etmek demektir. Bu kıstası esas tutarak yukarda adı geçen üç prensibi kısaca tetkik edelim;

1- İRADE PRENSİBİ (Théorie de la volonté)

Eski bir tarihe malik olan bu prensip, 2) asıl 19. asrın ilk yarısında pandektistler tarafından ileri sürülmüştür. 3) 4).

Bu prensibe göre, bir irade beyanı ancak o beyan sahibinin dahilî iradesine uygun olduğu takdirde hukukî kıymet ifade eder. Bu nazariyenin karakteristik vasfı sübjektiflik ve şahsılıktır. Çünkü derunî bir mefhum olan irade hukukî muamelenin esasını teşkil etmekte ve bütün hususi haller nazarı itibara alınmaktadır. Bu prensibin tabîi neticesi olarak mukavelenin in'ikadı tarafların dahilî iradelerinin birbirine uyması şartına bağlıdır. Görülüyorki irade, beyana tefevvuk etmektedir.

İrade beyanının dahilî iradeye uygun olup olmadığını hâkim tefsir yolu ile araştırarak ve bunun için yalnız irade beyanını değil ve fakat dahilî iradeyi de ortaya çıkarabilecek her şeyi nazarı itibara alacaktır 5). Kaide olarak, iradenin beyana uygun olduğu kabul edilir. İradesi ile be-

1) Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschlusses, tez, Zürich, 1948. ss. 21 - 22.

2) Meier-Hayoz, op. cilt., s. 47, Grotius ve Wolf'a atıf yaparak irade nazariyesinin tabîi hukukta mevcut olduğuna işaret etmektedir.

3) Von Tuhr, Partie générale du code fédéral des obligations, Lausanne, c. I. s. 250

4) Roma klâsik hukukçuları ve Savigny sözün arkasındaki iradeye ehemmiyet vermişlerdir. Arsebük, Borçlar Hukuku, 1950, § 7, s. 56.

«Roma imparatorluk zamanının hukukçuları bir çok hallerde yalnız söze bakılmayacağını bilâkis meselenin tarafların iradesine göre vazı lâzım geldiğini beyan ettiler» Quæstio Voluntatis.» Von Tuhr, Die Bedeutung des Willens im Zivilrecht ZS R. 46 (1922) s. 267. Tercümesi : Ansay: İradenin Medenî Hukuktaki rolü, Ad. Der. 1938, s. 282.

5) Bosshart F., L'interprétation des contrats, tez, Genève, 1939, s. 46.

yanı arasında mübâyenet bulunduğunu iddia eden kimse, bunu ispat etmekle mükelleftir⁶⁾.

Tenkît: İrade prensibi iradenin serbestisi prensibinden hareket etmektedir. Hiç kimse istemediği birşeyle taahhüt altına sokulamaz. Fakat bu netice bugünkü hayat ihtiyaçlarını tatmin etmekten çok uzaktır. Tamamile ferdiyetçiliğin hâkim olduğu bir zamanda ileri sürülmüş olan irade prensibi beyan sahibini o kadar fazla himaye etmektedir ki, taraflar arasındaki müsavat prensibi tamamen ihmal edilmekte ve muhatabın hüsnüniyeti hiç nazarı itibara alınmamaktadır.

Diğer taraftan, dahilî iradeyi kıstas olarak kabul etmek birçok haksızlıklara yol açacaktır. Çünkü dahilî iradenin ne nisbette tanınabileceği meselesi mühimdir. Farzedelimki beyan sahibi hakikî iradesini tam ve doğru bir şekilde veya anlaşılır bir tarzda beyan etmemiş olsun. Bu eksik beyana hüsnüniyetle itimat eden muhatabın bu itimadı nazarı itibara alınmaksızın, derunî iradenin beyana galebe çalması kabul edilecek midir?

Böyle bir hal ticari hayat için lüzumlu emniyeti sarsacaktır; Zira, görünüşe göre muteber olarak aktedilmiş bir mukavelenin hakikatte in'ikat edip etmemiş olmasından şüpheye düşülecektir. İrade prensibinin en hararetli taraftarları bile doktrinlerinin bu mahzurunun fark etmişlerdir. Jhering «Culpa in Contrahendo» sistemi altında bu mahzuru önlemeye çalışmaktadır. 7). Bu prensibe göre, kusuru ile diğer âkit tarafa bir mukavelenin in'ikat etmiş olduğu zehabını veren taraf tazminatla mükellef olacaktır. Fakat Vogt'un dediği gibi birçok hallerde hataya düşen taraf için hakiki bir kusur mevcut olmadığından karşı tarafın gördüğü zarar tazmin ettirilemeyecektir 8). Diğer taraftan irade nazariyesi hususî bir hal olan kaydı zihniyi izah edememektedir. Bu noktayı ilerde göreceğiz 9).

2 – BEYAN PRENSİBİ. (Théorie de la déclaration)

19. Asrın ikinci yarısında birçok hukukçular irade prensibinin ticari emniyet için bir tehlike teşkil ettiğini müşahede etmişler ve beyan pren-

6) İrade nazariyesi hakkında fazla tafsilât için bak Meier - Hayoz, op. cit., s. 49 - 58

7) Jhering Rudolf, Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen - Jher. Jahrb. für die Dogmatik, Bd. 4, 1861, ss. 1 ve mütea.

8) Vogt Emile, Entwurf eines schweizerischen OR., Berne, 1877, s. 99 (Cunenod, s. 16).

9) Bk. aşağıda not 71

sibini ileri sürmüşlerdir. Böylece irade esasından (Willensdogma) uzaklaşarak onun yerine beyan esası (Erklärungsdogma) konulmuş ve böylece 19. asırda pandekt hukuk ilminde iki cereyan birbirinden ayrılmıştır (10). İrade nazariyesinin tam aksi olan bu nazariyeye göre, hukuken önemli olan irade değil, beyandır. Bu görüş tarzının karakteristik vasfı, objektif ve genel oluşudur (11).

Beyan prensibine göre, mukavele, derunî iradelerin birleşmesine lüzum olmaksızın beyanların birbirine uygunluğu neticesinde in'ikat eder. Bu görüş tarzının istinat ettiği nokta, muhatabın ancak haricî beyanlara ittilâ edeceği hususudur (12).

Beyan prensibi taraftarlarından Danz'a göre (13), hâkim, tarafların akdin in'ikadı sırasındaki gizli niyet ve düşüncelerini araştırmak mecburiyetinde olmayıp, mücerret olarak kullanılmış bir tâbirin mânâsını örf ve âdete, işin mâhiyet ve sebebine göre tayin eder (14).

Tenkît: Beyan prensibi esas olarak beyanı ele almaktadır. Beyan, hukuken mutlak bir kıymeti haiz olamaz, ancak bir ifade vasıtasıdır. Şahıslar arasında bir münasebetin tesisine hizmet eder. Bunların karşılıklı niyetlerini anlatmaya vasıta olur. Beyandan esas maksat, fikirlerin teatisi, niyetin tam olarak anlaşılmasıdır.

Kullanılan vasıta eksik olabilir. Bu bir şekil noksanıdır. Yalnız haricî şekle ehemmiyet verilecek olursa esas şekil ifade edilmiş olacaktır (15).

Diğer taraftan, beyan prensibi, irade prensibinin aksine olarak, muhatabı pek fazla himaye etmektedir. Neticede, taraflar arasında cari olması lâzım gelen müsavat esası, bu sefer de beyan sahibi aleyhine bozulmakta ve hiç istemediği bir şeyi taahhüt etmektedir.

Acaba bir beyana muhatap olan kimse, beyan sahibinin beyanı ile dahilî iradesi (16) arasındaki uygunsuzluğu bilir veya bilmesi lâzımg-

10) Schwarz Andreas, Medeni Hukuk Dersleri, 1935, İstanbul, Çev. Dr. H. Veldet, s. 163.

11) Meier - Hayoz, op. cit, s. 23.

12) Bk. Von Tuhr, op. cit, s. 250.

13) Danz Erich, Lie Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena, 1911, s. 65, 78 ve 199.

14) Beyan prensibi taraftarı diğer müellifler için Bk. Bosshart, op. cit, ss. 49 - 54.

15) Cuenod Bernard, Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats, tez, Lausanne, 1941, s. 15.

16) Psikolojik anlamda sübjektif irade.

lirse muhatap halâ himaye görecek midir? Bu noktadan hareket edilecek bir üçüncü nazariye ileri sürülmüştür.

3 – **İTİMAT PRENSİBİ.** (Vertrauensprinzip - Principe de la confiance).

Bu nazariye fikir itibariyle muhakkak ki çok eskidir. Fakat gerek tabir gerekse bugünkü manasındaki itimat prensibi, son zamanlarda tekâmül etmiştir.

Roma Hukukunda formalizmin tamamıyla hâkim olduğu bir devirde itimat prensibi şüphesiz ki tasavvur edilemezdi. Söylenen sözler karşılıklı irade beyanı olmayıp hakikî bir merasim teşkil ettiği zamanlarda ancak beyan prensibi hâkim bir rol oynayabilir. Binaenaleyh ne söyleneirse ona itibar olunur (17). Netice itibariyle irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk Roma Hukukunda hiç bir şekilde dermeyan edilemiyordu. Mamafih Pretör Hukuku buna bir çare buldu ve alacaklıya hüsnüniyete istinat eden bir «exceptio» tanıdı. Bu hal itimat prensibinin fikir itibariyle pretör hukukunda cari olduğunu gösterir. Bununla beraber itimat prensibi Roma hukukunda fazla inkişaf etmemiştir. Çünkü daha sonraları Roma hususî Hukukunda beyan sahibinin iradesi (animus) a itibar olunmuş ve Corpus İuris Civilis vasıtasıyla intikal eden Roma Hukuku tablosunda irade prensibi hâkim olmuştur (17).

Akitleri formalisme'den kurtaranlar asıl orta zamanın Kanonistleri olmuştur. Romalıların fides'inden hareket eden Kanonistler söz verenin sözü ile bağlı kalacağı neticesine vardılar (19). (Pacta sunt Servanda).

Nihayet M. Meier - Hayoz'un tezinde belirttiği gibi, (20) tabii hukukta Kant'dan evvel irade prensibinin muhatap bakımından tevhit ettiği haksız neticeler bazı hukukî âlimlerini hususiyle Pufendorf ve Thomasius'u, H. Grotius'un temsil ettiği irade prensibine rağmen, itimat prensibi üzerinde düşünmeye sevk etmiştir. Kant mektebi de itimatın himayesi fikrinin tesiri altında kalmıştır. Kant'a göre bir gayri menkul iktisabında üçüncü şahsın hüsnüniyeti müdafaa edilmelidir. Aynı görüş tarzı, irade ile beyan arasındaki münasebette de cari olmalı ve binaenaleyh bir beyana muhatap olan kimsenin bu beyana gösterdiği haklı itimat himaye edilmelidir (21).

17) Schwarz, op. cit, s. 162,

18) İbid.

19) Cf. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, vol. II, 1949, s. 15.

20) Meier - Hayoz, op. cit, ss. 69 - 73.

21) İbid. s. 71.

İtimat prensibi, esas itibariyle 19. asrın ikinci yarısında irade ve beyan prensiplerinin mahzurlarının müşahede edilmesi neticesinde ileri sürülmüştür. Fikir olarak eski bir tarihçeye istinat etmekte olan itimat prensibi, bugünkü anlamında pek yeni bir prensip olarak karşımıza çıkar. Bu prensibin tekâmülünü ve pratik sahadaki kıymetini İsviçre Hukukçularına borçluyuz. Bu meyanda Prof. Simonius'un hizmetini takdirle anmak bir vazifedir (22).

Bu kısa tarihçeden sonra itimat prensibinin hukukî mahiyeti ve tatbikî değeri üzerinde durmaya sıra gelmiştir sanıyoruz.

İtimat Prensibi şu formülle izah edilmektedir :

Bir irade beyanına muhatap olan kimsenin bu beyana hüsnüniyetle, dürüst ve makul bir insan «a reasonable man» sıfatıyla verebileceği mana hukuken muteber olacaktır (23). Görülüyor ki muhatapın beyana hüsnüniyetle atfettiği manâ beyan sahibinin hakikî iradesine uygun olmayabilir. Fakat bundan itimat prensibini, beyan prensibinin bir nevi olarak kabul etmek hatâlıdır (24). Beyan nazariyesinin karakteristik vasfı, objektiflik ve genellik olduğu halde itimat prensibinin hususiyeti objektiflik ve şahsılıktır. Objektiflik vasfının her iki prensipte de müşterek olduğu görülmektedir. Filhakika her iki prensibe göre muhatap beyana, beyan sahibinin iradesine tetabuk edip etmediğini araştırmaya mecbur olmadan, itimat edebilecektir. Fakat, bu noktadan itibaren itimat prensibi beyan prensibinden kesin olarak ayrılmaktadır. Çünkü beyan prensibi genel olduğu halde itimat prensibi şahsîdir. Muhatap beyanı harfi harfine, lâlettayin bir şahıs sıfatıyla değil, bilâkis işin mahiyetini, örf ve adeti, beyan sahibinin tabiatını ve beyan sahibile kendisi arasındaki münasebetleri nazarı itibara alarak beyana bir mana

22) Bâle Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Prof. olan Simonius'un konumuzu ilgilendiren başlıca yazıları şunlardır :

Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzip in der Vertragslehre, Basler Festgabe zum schweiz. Juristentag, Basel, 1942, ss. 235 ve mütea.

Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, Festgabe für Fritz Goetzinger, Basel, 1935, ss. 240 ve mütea.

Du principe de la Confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse, 25 Haziran 1948 de Cenevrede verdiği konferans, ay. bas. ve Sem. Jud. 71 (1949), s. 506 ve mütea.

23) Simonius, principe, s. 506, Vertragslehre, s. 235 hususile s. 240.

24) İtimat prensibini Beyan prensibinin bir nevi olarak kabul eder götürenler: Von Tuhr, ZSR, 15, Ueber die Mangel des Vertragsabschlusses nach schw. OR. ss. 279 - 282; Von Tuhr Partie Générale, s. 251; Guhl, s. 80; Daepfen - Raymond, Le Code Fédérale des Obligations, 1937, s. 24; RO 34 II 520; 41 II 558, Jd. T. 1916 s. 203; 42 II 29; RO 45 II 47, JdT, 1919 s. 305.

verecektir. Aksi halde kendisinden beklenen ihtimamı göstermemiş, suiniyetli olmuş olur.

Görüldüğü üzere itimat prensibi ilk önce muhatapın menfaatlarını ve sonra da, beyan prensibinin aksine olarak, beyan sahibinin menfaatlarını korumaktadır. Çünkü, o da beyanın hüsnüniyet kaidelerine göre muhatapta husule getireceği manaya, intibaya - itimat etmek hakkını haizdir. Şu hale göre itimat nazariyesi beyan nazariyesinden tamamen farklıdır 25).

Bunu daha bariz bir şekilde göstermek için Prof. Simonius'un verdiği misali burada ele alalım : A, B ye, ikametgâhta teslim, 30 000 Fr. a bir tablo satmayı teklif etmiştir. B buna sadece kabul diye cevap vermiştir. A'nın icabı kabul edildiğinden satış akdi in'ikad etmiştir; Fakat bütün mesele satıcının borçlarını tayin etmektedir. Aralarında evvelce hilâfına bir anlaşma olmadıysa A yalnız tabloyu B'nin emrine hazır bulundurmakla mükellef olmayacak, aynı zamanda 30 000 Fr. in ödenmesi mukabilinde, tabloyu masrafları kendisine ait olmak üzere iyi bir ambalaj yaptıracak B'nin evine kadar gönderecektir. Zira B «evde teslim» tâbirini başka türlü anlayamazdı. Buna mukabil, farzedelimki satıcı A, alıcı B ye evvelce sattığı malları umumiyetle alıcıların gelip evinden aldıklarını, ancak pek istisnâî olarak, alıcının evine gönderirse alıcının yol masrafını verdiğini söylemiş olsun. Bu takdirde A'nın evde teslim şeklindeki beyanına B, hüsnüniyetle ancak şu mânayı verebilir: A tabloyu göndermeye hazır, fakat yol masraflarını ödemiyecektir.

Henrici tezinde itimat prensibinin kendine has bir prensip olmayıp icaba göre irade veya beyan prensiplerine yaklaştığını, hususiyle irade prensibinin bir nevi olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir 26). Yukarıki izahlarımızdan itimat prensibinin irade prensibinden tamamen müstakil olduğu neticesi kolayca istihraç olunabilir.

Ne tamamen deruni bir mefhum olan iradeye, ne de sırf bir harici tezahür şekli olan beyana istinat eden itimat prensibi hakkında bir kıymet hükmü vermek icap ederse denebilir ki bu prensip hakkaniyete en uygun olanıdır. Bu prensibin dayandığı esas beyan sahibinin muhatap tarafından hüsnüniyetle tanınabilen iradesidir.

Bir beyana muhatap olan kimse evvela hüsnüniyetle ve kendisinden beklenen ihtimamı göstererek beyan sahibinin hakikî maksadını araştı-

25) Aynı fikirde : Cuenod, op. cit. ss. 14 - 15; Oser Kommentar zum schweiz. ZGB BandV, Obligationenrecht, 1929, s. 36, Jaton Roland, L' Article 24, Chiffre 4, CO, tez, Lausanne, 1939, s. 40

26) Henrici, Ueber den Irrtum beim Vertragsabschluss im schweiz. OR; tez, Zürich, 1914, ss. 29 - 30 ve 170.

racak, sonra hüsnüniyetle bu beyana atfettiği manâya muteber olarak itimat edebilecektir. Beyan sahibi de beyanın hüsnüniyet kaidelerine göre iş hayatında nasıl anlaşılacak idi ise ona göre anlaşılmasını ve muamele görmesini hoş görmeye mecburdur 27).

İrade ile beyan arasındaki uygunsuzluğun farkına varılıp varılamayacağı keyfiyeti üzerinde ihtilâf çıkacak olursa hâkim tarafların irade ve beyanlarını tefsir 28) ederek bir karar verecektir. Görülüyorki itimat prensibinin tatbiki kolay değildir. Bu prensibi tatbik edecek olan hâkim kendisini tarafların yerine koyacak, bütün hususi halleri nazarı itibara alarak, muhatabın, beyan sahibinin tanınabilen iradesini hüsnüniyetle, bonas fides, nasıl anladığını ve anlaması lâzım geldiğini araştıracaktır (29). Böylece hâkimin çok bilgili ve dikkatli olması icap eder. Binaenaleyh iptidaî bir hukuk sisteminde itimat prensibinin tatbik kabiliyeti çok zayıftır (30).

Pozitif hukuka geçmeden evvel itimadın himayesinin istinat ettiği fikir üzerinde durmanın faydadan hali olmayacağı kanaatındayız. Bu hususta üç görüş tarzı ileri sürülmüştür.

Birinci görüşe göre itimadın himayesi (Vertrauensschutz) herşeyden evvel ticarî emniyet prensibine istinat eder (Verkehrstheorie). Bu görüşe göre zamanımızdaki ticari hayat geniş ölçüde emniyet ve çabukluğu icap ettirmektedir. Bundan dolayı Wellspacher'e göre itimadın himayesi, araştırma mecburiyetine (Untersuchensollen) karşı ticari işlerin bir protestosudur 31).

İkinci noktai nazara göre tazminat hukuku sahasında kusur prensibi (Culpaprinzip) nasıl sebebiyet prensibi (Veranlassungsprinzip) tarafından tadil edilmişse mukavelelerin in'ikadında da irade prensibi sebebiyet

27) Egger, Komm. zum. schweiz. ZGB, Personenrecht, Zurich 1930, Mad. 2 N13, s. 69, Volf Çernis tercümesi s. 87.

28) İtimat prensibinin T. K. 678 maddesi ile mukayesesi için Bk. Hırş, Ticaret Hukuku dersleri, İstanbul, 1946, s. 613, No 631.

29) Birçok Alman müellifleri iradenin tefsirinde beyan nazariyesini kabul etmekle beraber şu veya bu şekilde bu sistemi tahfif etmişlerdir. Meselâ Oertmann (Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig, 1914, s. 135 (Bosshart s. 54 de) beyan nazariyesini yalnız ticari muamelelerde tatbik etmekte, âdi muamelelerde ise dahilî iradeyi esas olarak almaktadır. Leonhard (Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Arc. f. die ziv. Pr. 1922, s. 55 ve mütea.) da beyan prensibini kabul etmekle beraber bundan muhatabın suiniyetli olması halini istisna kılmaktadır. Fazla tafsilât için Bk. Oftinger, Karl, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58 (1939), s. 178 ve mütea.

30) Simonius, Vertragslehre, s. 24 I.

31) Wellspacher, Vertrauen auf aussere Tatbestände, Wien, 1936, s. 114; Meier - Hayoz s. 82 Not 83.

prensibi tarafından tâdil edilmiş veya büsbütün ortadan kaldırılmıştır. Şu hale göre itimadın himayesi itimat eden tarafa sebep olunan zararın tamiri fikrine istinat eder 32).

Nihayet üçüncü noktai nazara göre itimadın himayesi hüsnüniyete istinat eder 33). Bu hususta Egger şöyle diyor: Hüsnüniyet kaideleri hususi bir menfaata, itimat unsuruna bir işareti muhtevidir: Karşı taraf itimadında aldatılmamalı haklı ümitleri boşa çıkarılmamalıdır 34).

İKİNCİ KISIM

AKİTLERİN İNİKADINDA (B. K. m. 1) İTİMAT PRENSİBİNİN TATBİKİ

Zamanımızın en büyük hukukçularından birisi olan Von Tuhr borçlar kanunumuzun me hazını teşkil eden 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun, irade ve beyan prensipleri arasında mutavassıt bir sistem kabul ettiğini ifade etmektedir 34). Fakat son seneler zarfında İsviçrede yeni bir cereyan doğmuş ve gelişmiştir. Neticede akitlerin in'ikadı ve tefsiri sahasında itimat prensibinin muteber olduğu, müelliflerin ekseriyeti ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilmektedir 35). Buna mukabil, iradenin fesadı sebeplerinden olan hatâ halinde (B. K. M. 24) irade prensibi hâkimdir. Binaenaleyh, bugün pozitif hukukta itimat ve irade prensipleri birlikte caridir. İradenin fesadı halinde de itimat prensibinin tatbik edilerek mukavele hukukunda yegâne prensip olarak kabul edilmesi teklif edilmektedir. Belki de bu noktai nazar istikbalde revaç bulacak olan sistemin nüvesini teşkil etmektedir. Bu meseleyi ilerde göreceğimizden şimdi borçlar kanunumuzun 1. maddesini itimat nazariyesi zaviyesinden tetkik edelim. Bu madde hükmüne göre:

«İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur. Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımnî dahi olabilir.»

32) Meier - Hayoz, op. cit., s. 84.

33) Egger, op. cit., Mad. 2 No. 2, V. Çernis tercümesi s. 82.

34) Von Tuhr, op. cit., s. 251.

35) Oser, Kommentar zum OR, Allg. Teil, Zurich, 1929, Mad. 1, No. 51, s. 36. Seçkin terc. s. 47; Simonius, op. cit., «242 - 245; Henrici, op. cit., ss. 28 - 30; Cuenod, op. cit. s. 14; Jaton, op. cit., s. 40 - 41; Vogt, op. cit., s. 103 - 104; Secretan Roger, Note sur la jurisprudence du silence opposé à une lettre de confirmation d'un contrat (ou prétendu contrat), JdT 1936 s. 237 (239); Oftinger, op. cit., s. 178 ve mütea. Egger, op. cit., Mad. 2 No 13 ve Ueber die Rechtsethik der schweiz. ZGB, Zurich, 1930 İsviçre federal mahkemesi: RO 32 II 386, JdT 1907 s. 103, 34 II 528; 39 II 579; 41 558, Cons. 2. Vogel, JdT 1916 s. 204 (206); 42 II 130; 52 II 220; 64 II 11, 1939 s. 158. Aksi fikirde: FJS No. 114, s. 4 (Beguelin); Schneider et Fick, Commentaire du code des obligations, 1915, Neuchatel, Mad. 1 No 38 ve Mad. 18 No. 2; Oser tarafından not edilen Marcusen, ZbJV, 25 s. 250 ve Melliger. Culpa incontractando s. 197.

Bu hükümden, akitlerin in'ikadı için üç unsurun mevcudiyetinin şart olduğu anlaşılmaktadır:

1 — İradenin izharı: İradenin izharı hukukî muamelelerin doğumu için şarttır. Psikolojik ve derunî bir mefhum olan irade, izhar edilmedikçe hukukî bir kıymeti haiz olamaz. Ancak iradenin izhar edilmesi sayesinde muhatap, o iradeye ittilâ kesbeder. Bir irade beyanında (manifestation de volonté) iki unsur birbirinden ayrılmakta ve ancak bu iki elemanı ihtiva eden bir irade beyanı hukukî bir kıymeti haiz olmaktadır 36).

a) Beyanın muhtevası - (Animus contrehendi - Gesinnungswille). Bir hukukî muamelede bulunmak iradesi.

b) Beyan iradesi - (Erklärungswille). Beyan sahibinin iradesini izhar etmek hususundaki iradesi.

Acaba, iradenin beyanının itimat prensibine göre hukukî bir kıymeti haiz olması için, bu iki unsurun mevcudiyeti şart mıdır?

Vertrauenstheorie'ye taraftar olan bazı müellifler ile Federal mahkeme, hiç olmazsa beyan sahibinin bir hukukî muamelede bulunmak iradesinin mevcudiyetini aramaktadırlar 37). Fakat Cuenod buna, kanaatımızca haklı olarak, itiraz etmekte, itimat prensibi ile kabili telif olmayan bu şartın hakikat halde irade nazariyesinden başka birşey olmadığını beyan etmektedir 38). Filhakika böyle bir şart kabul edilecek olursa bundan şöyle garip ve haksız bir netice husule gelmektedir: Beyan sahibinin hatâli beyanına rağmen bu beyana itimat eden ve bütün ihtimamına rağmen hatayı farkedemiyen muhatap Vertrauenstheorie'ye göre himaye edilmektedir. Başka bir ifade ile mukavele meydana gelmiş addolunmaktadır. Ancak irade beyanında bulunan kimse hatâ sebebiyle mukaveleyi feshedebilecek, bu takdirde ise muhataba, B. K. m. 26 mucibince, sebep olduğu zararı tazmin edecektir. Halbuki beyan sahibinin mukavele akdetmek hususundaki iradesinin mevcut olmaması halinde muhatap, bütün hüsnüniyetine rağmen himaye edilmeyecektir. Mademki itimat prensibi akitlerin doğumunda menfaatler vaziyetine en uygun olan sistemdir, öyleyse niçin böyle bir istisna tanınmalıdır? Fikrimizce de muhatap, beyan sahibinin hukukî muamelede bulunmak iradesinin mevcudiyetine hüsnüniyetle inanmış ise bu irade beyanının hukuken bağlayıcı bir karakteri haiz olduğunu kabul etmek lâzımdır 39). İş akdetme iradesinin muhatap tarafından tanınabilmesi keyfiyeti, itimat prensibine

36) Von Tuhr, op. cit., s. 136; FJS No 115 ve 119.

37) Oser, op. cit., Mad. 1, No 4-10; Simonius, Vertragslehre, s. 243; RO 34 II 528 cons. 3 Barbezat/Schenker

38) Cuenod, op. cit., s. 21.

39) İbid. s. 21 in fine ve 22.

göre beyan sahibinin sübjektif telâkkilerine göre değil fakat ticarî emniyet, taraflar arasındaki örf ve âdete göre tayin olunacaktır.

Muhatap kendisine tevcih edilmiş olan beyanın bir lâtifeden ibaret bulunduğunu farkedebildiği ve etmeye mecbur olduğu hallerde, hukuken muteber bir irade beyanı mevcut olmadığından mukavele meydana gelmiyecektir 40). Fakat bazan öyle lâtife beyanları vardır ki objektif bir şekilde ciddiliklerinden şüphe edilemez. Buna fena lâtife (Böser Scherz) denilmektedir. ve kaydı zihniden bir farkı yoktur. Bunu biraz ileride göreceğiz.

Birçok irade beyanlarının hukukî bir netice husule getirebilmeleri için muayyen bir şahsa tevcih edilmiş olmaları lâzımdır. Bu türlü beyanlara «Muhatabına vusulü iktiza eden beyanlar» denilmektedir 41). İşte icap böyle bir beyandır. Acaba, bir icabın muhatabı nasıl tayin edilir? Genel olarak kabul edildiğine göre muhatap icap sahibi tarafından istihdaf edilmiş olan şahıstır. Binaenaleyh bir icap, sahibinin arzu ettiği şahıstan başka bir kimseye yapılmışsa bu icabın hukukî bir kıymeti olmayacak ve muhatap bunu kabul etmiş olsa bile bir mukavele meydana gelmiyecektir.

Bu netice irade prensibine uygun olup itimat prensibine aykırıdır. Burada itimat prensibi tatbik edilecek olursa şu neticeye varılacaktır: İcap sahibi tarafından muhatap olarak tayin edilen fakat şu veya bu sebeple icap kendisine yapılmamış olan şahıs, hüsnüniyetle icap sahibinin kendisini kastetmediğini farketmiş veya farketmeye mecbur olduğu hallerde meselenin hallinde bir değişiklik olmayacak, icap hükümsüz adde-dilecektir. Buna mukabil bütün hüsnüniyetine rağmen kastedilen muhatabın kendisi olduğunu zannetmiye hakkı olduğu hallerde hüsnüniyeti korunacak ve adı geçen icabı kabul ettiği takdirde akit in'ikad etmiş adde-dilecektir. Meselâ bir şehirde aynı isidme (B) iki şahıs vardır. (A), bunlardan B, ile bir mukavele yapmak istediği halde yanlışlıkla (B²) ye bir teklifte bulunuyor. (B²) bütün dikkatine rağmen yanlışlığın farkına varamıyor. Bu halde itimat prensibine göre akdin inikad ettiğini kabul etmek lâzımdır. Yalnız, borçlar kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre A isterse B. K. m. 23 ve müteakip maddelere göre mukaveleyi feshedebilecektir. Buna mukabil (B²), B. K. m. 26 ya göre tazminat isteyebilir.

Bir akdin meydana gelmesi için icabın muhakkak surette muhataba

40) İsviçre Federal Mahkemesi bu neticeyi beyan iradesinin bulunamaması ile haklı göstermektedir. (Ro 38 II 520; FJS No 119 a da Bk.)

41) Schwarz, op. cit., s. 165.

42) Déclarations exigeant réception. - Empfangsbedurftig'in Türkçe karşılığı hakkında Bk. Arsebük E., Borçlar Hukuku. 1950, s. 243, not. 5

vâsil olması lâzımdır. Muayyen bir şahsa karşı yapılan irade beyanının ne zaman tekemmül ettiği hususunda müteaddit nazariyeler ileri sürülmüş ise de, Borçlar kanunumuz bunlardan hiçbirine bağlı kalmaksızın ortalama bir sistem kabul etmiştir 43). Borçlar Kanununun 3, 5, 7. maddelerinde akdin inikadı için kabul haberinin icap sahibine vasıl olması kaide olarak kabul edilmiştir 44). Binaenaleyh bir irade beyanı, beyan ile ittila arasında, muhataba vusulü ile tekemmül eder. Bu sistem itimat prensibine tamamen uygundur. Çünkü muhatabın beyana ittilâı aranmamakta ve fakat beyanı tanıyabilir (Reconnaisable) olması kâfi gelmektedir.

Buna mukabil şifahen yapılmış beyanlar izhar edildikleri anda tekemmül ederler. Hâkim olan fikre göre, bir şifahi beyanın hüküm tevhit edebilmesi için muhatap tarafından aynen, söylendiği gibi anlaşılması lâzımdır. Binaenaleyh, bir sağıra veya dil bilmiyen bir kimseye veyahut dikkatsiz bir şahsa karşı yapılan beyanlar hukukî bir netice tevhit etmeyecektir 45).

Von Tuhr haklı olarak bu görüşü tenkit etmektedir. Zira, bu netice muhatabı himaye etmekte ise de beyan sahibinin menfaatlerini ihmal etmektedir 46). Bu hukukçuya göre, muhataptaki şahsî ve beyan sahibinin farkedemeyeceği - muhatabın anlamasına engel olan - hallerde beyanı muteber addetmek daha doğru olurdu. Von Tuhr'un bu görüş tarzı, itimat prensibine uygundur 47). Çünkü bu prensibe göre esas olan muhatabın beyanı bilfiil anlayıp kavraması değil, fakat normal olarak ve hüsnüniyetle bu beyandan anhyacağı manadır.

2) Beyanların karşılıklı olması: Borçlar Kanununun 1 inci maddesinden sarahaten anlaşılacağı veçhile bir akdin doğumu için irade beyanlarının karşılıklı olması lâzımdır. Bu karşılık, icabın kabulü suretinde kendisini göstermektedir 48). A, B ye bir icapta bulunur ve B de sırf tesadüfe bağlı olarak ve A nın icabından haberi olmaksızın B ye bir icapta bulunursa bu icap, A nın icabının kabulü mahiyetinde olsa dahi ortada bir akit mevcut olmayıp iki icap vardır. Acaba itimat nazariyesine göre iki icap ne zaman karşılıklı olur? Bu sualin cevabı pek basittir. İcap sahibi A, hüsnüniyetle muhatap B nin beyanını kendisinin icabına karşı

43) BK. Von Tuhr, Op. cit., S. 146, Arsebük. op. cit., S. 246, F. H. Saymen, Borçlar Hukuku dersleri, Cilt I, İstanbul, 1950., S. 92 ve mütea. FJS No 115 s. 4.

44) Cf. § 130. BGB.

45) Von Tuhr, op. cit., s. 148; Arsebük, op. cit., s. 249 III.

46) İbid.

47) Aynı netice: Cuenod, op. cit., s. 27.

48) Oser, op. cit., Mad. 1 No 20; FJS No 119.

yapılmış bir kabul mahiyetinde telâkki ettiği ve etmeğe mecbur olduğu hallerde beyanlar karşılıklıdır.

Bir icabın kabulü sarîh olabileceği gibi zımnî de olabilir. (B. K. m. 1) Filhakika, teklifin kabul edildiğini gösteren bir fiil ve hareket mukavelelenin inikat ettiğine delâlet edebilir. Meselâ bir kimse kendisine nümune olarak gönderilmiş bir şeyi istihlâk etmiş veya satmıştır (49). Muhatabın sükûtu zımnî bir kabul olarak kabul edilebilir mi? B. K. m. 6 dan anlaşılacağı veçhile bu hususta prensip kabulün sükûttan istidlâl olunamayacağıdır (40). Filhakika sükût kaideten bir iradenin ne müspet ne menfi ne de zımnî beyanı olarak kabul edilemez (51). Çünkü hiç kimse sebebiyet vermediği bir soruya cevap vermiye mecbur değildir (52). Bu prensibin istisnası B. K. m. 6 tarafından hükme bağlanmıştır (53). Bu maddedeki «işin hususi mahiyeti» tabiri 1881 tarihli İsviçre Borçlar kanunu m. 5/3 de mevcut olduğu halde «mevkiin icabından» kelimeleri 1911 de ilâve olunmuştur. Böylece B. K. m. 6, itimat prensibinin revaç bulmasından evvel kaleme alınmış olmasına rağmen, bu prensibin en mükemmel tatbik şekillerinden birisini teşkil etmektedir. Filhakika bir icapta bulunan kimsenin hüsnüniyetle, işin hususi mahiyetinden ve mevkiin icabından sarîh bir kabul beklemesine lüzum olmadığı hallerde mukavele in'ikad etmiş addolunur.

3) Irade beyanlarının birbirine uygun olması: Bir mukavelelenin in'ikat etmesi için tarafların birbirine uygun surette rızalarını beyan etmiş olmaları şarttır. Kanun vazının tarifinden, yalnız harici beyanların (ausserer consens) birbirine uymasının, akdin inikadı için kâfi olduğu, ayrıca deruni iradelerin (innerer consens) birbirine tetabukuna lüzum olmadığı anlaşılmaktadır. Böylece kanun vazın ilk bakışta beyan nazariyesini kabul etmiş görünmektedir (54). Bununla beraber mesele münakaşalıdır (55). Mukavelelenin in'ikat etmesi için acaba iradelerin de birbirine uyması lâzım değil midir? Bu iki görüş arasında menfaatler ihtilâfı, en iyi bir şekilde itimat prensibi ile hal edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi en son kararlarından birinde açıkça «iradelerin birleşmesinin mukavelelenin esaslı bir unsuru olmadığını ve mukavelelenin, tarafların da-

49) F. H. Saymen, op. cit., s. 85 - 86.

50) «Qui ne dit mot ne consent pas» Secrétan R., op. cit., JdT 1936 s. 237.

51) Oser, op. cit., Mad. 1 No 64.

52) Von Tuhr, op. cit., s. 141.

53) «Qui tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debuit» Secrétan, op. cit., JdT 1936 s. 239.

54) FJS No 114, s. 4.

55) Oser, op. cit., Mad. 1 No 21.

hili iradeleri ne olursa olsun, karşılıklı beyanların uygunluğu ile in'ikat edeceğine karar vermiştir 56).

İtimat prensibine göre, bir mukavelenin in'ikat edip etmediğini anlamak için, karşılıklı beyanı, hüsnüniyet kaidelerine göre tefsir etmek lâzımdır. Eğer bu şekilde tefsir edilmiş olan irade beyanları, birbirine uyuyorsa, iradeler arasında uygunsuzluk olsa bile, mukavele, B. K. 1. maddesine göre in'ikat etmiş addolunur. Mamafih, şurasını ehemmiyetle belirtmek lâzımdır ki Borçlar Kanunu'muzun sistemine göre, hataya düşen taraf, mukavelenin feshini isteyebilir 57).

Beyanların karşılıklı olarak birbirine uygun olmasına, anlaşma, aksi hale ise «anlaşmazlık» (Dissens) denmektedir (58). Eğer, taraflar anlaşmazlığın farkına varırlarsa ortada açık bir anlaşmazlık (Désaccord patent), varmazlarsa gizli anlaşmazlık (Désaccord latent) mevcuttur. Bu sonuncu halde, taraflar beyanlarının birbirine uygun olduğunu sanmaktadırlar. Filhakika, kullanılan kelimeler birbirinin aynı olmakla beraber müphem ve natamam iseler, beyanlar arasındaki uygunluk yalnız görünüştedir. Hakikat halde ortada gizli bir anlaşmazlık mevcut olduğundan mukavele in'ikat etmemiştir 59). Pratik bakımdan anlaşmazlığın gizli veya açık olması arasında bir fark yoktur. Her iki halde de mukavele in'ikat etmemiştir 60).

Gizli anlaşmazlık, suitefehhüm (Malentendu) ile izah edilmektedir. Bugün doktrinde 61) hâkim olan fikre göre suitefehhüm demek, muhatabın beyanı yanlış tefsir etmesi demektir. Meselâ, İsviçre müstahsillerinden A, Fransız olan müşterisine mahsullerini satmayı teklif etmiş ve fiyatını da «Frank» olarak göstermiştir. B bunu Fransız Frangı zannederek derhal bir kabul göndermiştir. Acaba bu misalde akid in'ikad etmiş midir? Buna itimat prensibine göre menfi cevap vermek lâzımdır. Çünkü B hüsnüniyetle ve kendisinden beklenen ihtimamı göstererek icabı dikkatle tetkik etseydi Frangın İsviçre Frangı olduğunu anlayacaktı. Görülüyorki burada icap ve kabulde kullanılan kelimeler birbirine uygun olduğu halde bu uygunluk hakikat halde görünüştedir. İşte bu halde gizli bir anlaşmazlık vardır.

56) Ro 64 II 9, JdT 1939 s. 158, Sem. Jud. 1938 s. 505, Grandchamp/Huguenin. Aynı karar üzerine Bk. Theo Guhl, ZbJV, 1939, s. 593.

57) Sem. Jud. 1938, s. 508; Ro 32 II 386 Homme/Graf 39 II 579, Reutemann/Huggenberger

58) Von Tuhr, op. cit., s. 167.

59) Sem. Jud., 1938, s. 509

60) Oser, op. cit., Mad. No 24.

61) Von Tuhr, op. cit., s. 244; Cuenod, op. cit., s. 35.

Şimdi neticeleri bu misalden çok farklı olacak diğer bir misal alalım: A, bir mimara yaptırmak istediği sinemanın inşası plânlarını «taahhüt altına girmeksizin - Sans engagement» çizmesini teklif etmiş ve mimar da bunu kabul etmiştir. Fakat A yapılan plânları beyenmemiş ve sinemayı yaptırmamıştır. Mimar yaptığı plânlar mukabili olan bir miktar para istemekte fakat A «taahhüt altına girmeksizin» tâbirinden plânların bedava yapılmasını kastedtiğini ileri sürerek B. K. m. 1 anlamında bir akdin in'ikad etmediğini iddia etmektedir. Bu meselede İsviçre Federal Mahkemesi 62) itimat prensibini tatbik ederek meseleyi şu şekilde hal-etmiştir: Taraflar arasında kullanılmış olan tâbir muhakkak ki vâzih değildir. Mamafih mimar buna, hüsnüniyetle, A'nın bu plânları kullanıp kullanmamakta ve icabında başka bir mimara vererek inşaatı yaptırmakda serbest olmasını istediği manasını vermiştir. Zaten taraflar arasında plânların bedava yapılmasını haklı kılabilecek en ufak bir dostluk münasebeti yoktu. Binaenaleyh mimarın hüsnüniyeti himaye edilmeli ve istisna akdi in'ikat etmiş addolunmalıdır. A isterse akdin mahiyetinde hatâya (B. K. m. 24/1 Error in negotio) düştüğünü ileri sürerek akdi feshedebilecektir. Filhakika A, ivazsız bir vekâlet akdi zannederek ivazlı bir istisna akdi yapmıştır.

Burada üzerinde durulması lâzım gelen diğer bir nokta da muhatabın yanılarak red yerine kabul cevabı vermiş olmasıdır. Bu takdirde itimat prensibine göre icap sahibi, muhatabın hatâya düştüğünü farketmemiş ve bütün dikkatine rağmen de farkedemeyecek olması halinde akid in'ikat etmiş sayılacaktır.

Bu misallerden de itimat prensibini tatbik edecek olan hâkimin irade beyanlarını tefsir ederken ne kadar itina göstermesi lâzım geldiği kolayca anlaşılacaktır.

Hülâsa bir akdin in'ikad edip etmediği meselesi karşısında kalan hâkim, herşeyden evvel, icabın muhatap için ne nisbette tanınabilir olduğuna bakacaktır. Mühim olan nokta, muhatabın, icabı hüsnüniyet kaidelerine göre nasıl anladığı ve anlamaya mecbur olduğu hususudur. Bir icap aslında müphem olduğu halde hâkim hususi halleri nazarı itibara alarak akdin in'ikad ettiğine karar verebilir. Burada aşağıdaki iki hali birbirinden tefrik etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz:

a) Muhatap, yapılan icaptan, beyan sahibinin beyanı ile iradesi arasındaki mübânenetin farkına varmış olmakla beraber, onun dahili iradesine de muttâli olmuştur.

Aslında müphem olan bir beyana, muhatap olan kimse tesadüfen

62) RO 64 II 9, Sem. Jud. 1938 s. 507 - 510, Grandehamp/Huguenin.

beyan sahibinin kastedtiği manayı atfetmişse, bu beyanı tarafların anladığı manada muteber addetmek itimat prensibine uygun mudur? Buna müsbet cevap vermekle irade prensibine yaklaşılmakta ise de, itimat prensibine, kanaatımızca, bir aykırılık yoktur. Çünkü bu prensip için önemli olan beyan değil, bu beyana muhatap tarafından hüsnüniyetle verilen mânadır. Başka bir ifade ile kıstas derunî ifadenin muhatap tarafından tanınmış olmasıdır. Binaenaleyh muhatap beyan sahibinin dahilî iradesine vakıf olmuşsa mukavele ancak bu mânada in'ikad edecektir. Bunu bir misal ile izah edelim: Bir resim sergisinde meşhur bir ressamın tabloları satılmaktadır. Bu tablolardan iki tanesi - ki bunlara Prof. Simonius «Gurup» ve «Yaz akşamı» isimlerini vermektedir - (63) yan yana durmaktadır. Bir müşteri «Yaz akşamı» isimli tablo ile ilgileniyor. Evine döndükten sonra yazı ile tabloyu evvelce konuşulan fiyat üzerinden satın almak istediğini bildiriyor. Fakat tablonun ismini yanlışlıkla «Yaz akşamı» yerine «Gurup» diye yazıyor. Hakikat halde bu tablo kıymetce daha düşük olduğundan ressam derhal teklifi kabul ettiğini bildiriyor.

Bu misalde acaba satış akdi in'ikad etmiş midir? Etmişse hangi tablo satılmıştır? İtimat prensibine göre ressam hüsnüniyetle hareket ederek müşterinin yanlışlığının farkına varmış olması lâzımdır. Çünkü aralarındaki konuşmalardan müşterinin «Yaz akşamı» tablosunu almak istediğini anlamış olması gerekirdi. Şu halde icapda bildirilen yanlış isme rağmen akid «Yaz akşamı» tablosu için yapılmıştır. Görüldüğü üzere itimat prensibi tatbikatta beyan prensibinden çok farklı neticeler tevhit etmektedir. Filhakika beyan prensibi tatbik edilse idi netice tamamen farklı olacaktı. Şöyleki: Mukavele «Gurup» isimli tablo için in'ikad edecek fakat alıcı hatâ sebebiyle akdin feshini isteyebilecektir. B. K. m. 23 ve mütea).

b) Muhatap beyan sahibinin hatâya düştüğünün farkına varmış olmakla beraber, hakikî iradesini anlıyamamıştır. Bu takdirde beyanın hiçbir hukukî hükmü yoktur. Ve muhatap böyle bir beyana istinat ederek bir netice çıkaramaz (65). Bu halde, muhatapın, beyan sahibinin nazarı dikkatini çekmesi ve kendisinden bir açıklamada bulunmasını talep etmesi lâzımdır. Aksi takdirde, bu şartlar altında, icabı kabul etmesi ile

63) Falso demonstratio non nocet «Yanlış beyan zarar vermez» Arsebük, op. cit., s. 381 not 32

64) Simonius, Du Principe s. 512.

65) Saleille, La Declaration de la Volonté, Paris, 1929, ss. 35 ve 220; Von Tuhr, op. cit., ZSR 15, ss. 15 - 17; Simonuis, op. cit., Vertragslehre, s. 243; Cuenod, s. 44; Von Tuhr, op. cit., s. 243. RO 34 II 523.

mukavele in'ikat etmez. Beyanın anlaşılamiyacak derecede gayrı vazih olması halinde de vaziyet aynıdır 66).

Mukavelenin görünüşe rağmen in'ikad etmediğini iddia eden taraf İstememiş olduğu bir şeyi beyan ettiğini;

Diğer tarafın, iradesi ile beyanı arasındaki uygunsuzluğun farkına vardığını veya varması lâzım geldiğini ispat etmekle mükelleftir.

4) EHLİYET UNSURU: Bir mukavelenin in'ikadı için son bir unsur daha kalmaktadır ki o da ehliyet unsurudur. Biz burada ehliyet unsurunun bir mukavelenin mevcudiyeti şartlarından birisi olup olmadığını inceleyecek değiliz 67). Herhalde, bir şahsın hukukî bir muamelede bulunabilmesi için ehil olması şarttır. Başka bir tabirle bir mukavele aktedebilmek için medeni hakları kullanmak ehliyetini haiz olmak şarttır. (M. K. m. 9) Bunun için de temyiz kudretini haiz olmak ve reşit olmak gerekir. Bir şahıs temyiz kudretini haiz değilse (M. K. m. 13) medeni hakları kullanma ehliyetinden tamamen mahrumdur. M. K. m. 15 e göre «mümeyyiz olmyan şahsın tasarrufu hukuki bir hüküm ifade etmez».

Bu kısa izahattan sonra meselemizi şu şekilde vâz edebiliriz: Akit taraflardan birisi, (A), medeni hakları kullanmaktan tamamen mahrum olan bir şahısla, (B), bir mukavele yapsa ve A bütün gayret ve ihtimamına rağmen B nin gayri mümeyyiz olduğunu farkedememişse acaba B nin beyanına itimat ettiğini ileri sürerek akdin in'ikad ettiğini iddia edebilir mi? Buna menfi cevap vermek lâzımdır. Zira, genel olarak kabul edildiğine göre, gayri mümeyyiz, hüsnüniyetli şahıstan daha çok himaye edilmelidir 68). Binaenaleyh temyiz kudretini haiz olmamak itimat prensibine tefevvuk etmekte ve hüsnüniyetle diğer tarafın ehliyetsizliğini farkedememiş olması akdin in'ikat etmesi için kâfi bir sebep teşkil etmemektedir. Vaziyet mümeyyiz küçükler için de aynıdır.

Fakat taraflardan biri mümeyyiz mahcur ise mesele nasıl halledilecektir? Bilindiği üzere mümeyyiz mahcurlar ivazlı muamelelerde bulunurlarken, bir mukavele akdedenlerken kanunî mümessillerinin muvafakatlarını almaya mecburdurlar (M. K. m. 16 e 394). Muvafakat alın-

66) Von Tuhr, op. cit., s. 243.

67) Bazı müelliflere göre ehliyet bir akdin mevcudiyeti şartlarından olduğu halde (Ed. Beguelin, FJS No 114 s. 1-2; Becker, Kom. zum schweiz. ZGB, OR Bern, 1941. Mad. 1 No 19, diğerlerine göre değildir (Cuenod, op. cit., s. 47-48.)

68) Sauser - Hall, Capacité Civile, FJS No 575, s. 3; Von Tuhr, op. cit., s. 188; Egger, op. cit., Mad. 18 No 14; Gmür, Komm. zum schweiz. ZGB Bd. 1 (Hafters) Mad. 18 Tuor, Le Code Civil Suisse, Zürich 1942, s. 60; Ro 55II 157, JdT 1930 s. 31;

mamışsa, akit batıl olmayıp muvafakat alınmaya kadar muallaktır, fakat mümeyyiz olan taraf bu akit ile bağlıdır 69).

İmdi, bir taraf, diğer tarafın hacir altında bulunduğunu bilmediğini ve bilmeye mecbur olmadığını iddia ederek, kanunî mümessilin muvafakatı şartına bağlı olmaksızın mukavelenin in'ikad ettiğini ileri sürebilir mi?

Burada meseleyi iki kısımda mütelâa etmek lâzımdır.

a) Hacir hükmü ilân edilmeden evvel;

b) » » » edildikten sonra.

a) Bu halde meseleye müsbet cevap vermek itimat prensibine uygundur. İsviçre Federal Mahkemesi de pek yerinde olarak ister Borçlar hukukuna ister aynı haklara taallûk etsin hacir altında bulunan bir şahısla, hüsnüniyetli bir üçüncü şahıs arasında yapılan akdın kanuni mümessilin rızası olmadan da muteber olacağını sarahaten beyan etmiştir 70).

b) Hacir hükmünün ilân edilmesi ile vaziyet değişmektedir. M. K. m. 360 son cümlesine göre hacir hükmü ilân edilmişse diğer âkit taraf artık hüsnüniyet iddiasında bulunamaz. Kanun ilânın herkes tarafından bilinmesi mecburiyetinden hareket etmektedir. Hacir hükmü ilân edildikten sonra hacir altında bulunan bir şahısla kanunî mümessilin rızası olmadan mukavele akteden kimse, hüsnüniyet iddiasında bulunamaz.

ÜÇÜNCÜ KISIM

İRÂDE İLE BEYAN ARASINDAKİ UYGUNSUZLUK VE İTİMAT PRENSİBİ.

İtimat prensibinin pratik neticelerini daha yakından tetkik edebilmek için irade ile beyan arasındaki uygunsuzluğu tetkik etmek lâzım gelmektedir.

1) Uygunsuzluk istenerek yapılmıştır.

Bu halde iki ayrı hukukî müesseseyi ayrı ayrı ele almak faydalı olacaktır.

a) Kaydı zihnî b) muvazaa

a) KAYDI ZİHNÎ

Yukarıda kaydettiğimiz gibi 71) irade nazariyesi kaydı zihninin hükmü ve neticelerini izah edememektedir.

Bilindiği üzere kaydı zihnide beyan sahibi istemediği bir şeyi beyan etmekte ve fakat bu beyanın muhatap tarafından ciddiye alınacağını

69) Ro 54 II 436, JdT 1929, s. 261 cons. 2. Dame Savoy - Künzli/Müriset.

70) Ro 57 II 389, JdT 1932, s. 341, Meier - Kagit/Maxit

71) Bk. Yukarıda not 9

bilmektedir. Meselâ âkit taraflardan birisi câli bir muamele yapmak istemekte ve istemediği bir hususu beyan etmektedir. Bu gibi hallerde karşı tarafı aldatmak niyeti ekseriya mevcuttur. Fakat, bazan böyle bir aldatmak niyeti mevcut olmayabilir: Taraflardan birisi sıkılarak «hayır» diyememiş «evet» demiştir. Von Tuhr şu misali veriyor 72): A'nın huzurunda bir şahıs B ye, dahilî iradesine göre istemediği halde bir meblâğı ödünç verme vâdinde bulunuyor. Çünkü B yi reddetmeye A'nın yanında cesaret edememektedir.

Alman medenî kanununun 116 ıncı maddesinin sarîh hükmüne göre «Bir irade beyanı beyan sahibinin kaydı zihni ile beyan ettiğinden başka birşey istemiş olması hasebile hukuken hükümsüz addedilemez».

Bu hüküm beyan prensibinin tatbiki bir neticesidir. İrade nazariyesi kabul edilmiş olsaydı beyan batıl addedilecek, olsa olsa aldatılmış olan karşı taraf tazminat isteyebilecekti.

İsviçre - Türkiye borçlar kanununda sarîh bir hüküm olmamakla beraber her iki memleket doktrininde ittifakla kabul edildiğine göre 73) kaydı zihni hukukî bakımdan bir netice doğurmaz ve irade beyanının hükümsüzlüğü ne diğer âkit tarafa karşı ve ne de üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez.

İrade nazariyesinin en hararetli taraftarları bile nazariyelerini kaydı zihniye teşmil edememişlerdir. Bu hususta maksada en elverişli nazariyenin itimat nazariyesi olduğunu zannediyoruz. Bu nazariyenin tatbiki neticesinde beyana hüsnüniyetle itimat eden şahıs, yani beyan sahibinin hakikî iradesi ile beyanı arasında bilerek bir uygunsuzluk yarattığını bilmeyen ve bilemeyecek olan taraf, himaye edilmekte neticede hukukî muamelelerde emniyet ve verilmiş söze riayet temin edilmektedir 74).

Alman medeni kanununun 116 ıncı maddesinin ikinci cümlesine göre muhatabına vusulü muktazi bir beyandaki kaydı zihni muhatap tarafından farkedildiği hallerde beyan bir hüküm ifade etmez.

Kanunumuzda böyle bir hüküm mevcut olmayınca şu sual akla gelebilir: Muhatap kaydı zihninin farkına varmış ve fakat buna rağmen uygun surette iradesini beyan etmiş ise acaba ortada bir akit mevcut mudur?

İtimat prensibinin tatbiki neticesinde şu netice kolaylıkla istihraç

72) Von Tuhr, op. cit., s. 245 not 6

73) Maday, FJS No 606, s. 3; Von Tuhr, op. cit., s. 245 Guhl, Le droit Fédéral des obligations, 1947, s. 94; Becker, Komm. zum schweiz. ZCB, Mad. 1 no 11; Oser, op cit., Mad. 18 No 15 (tercüme s. 148); Saymen, op cit., s. 173; Arsebük, op cit., s. 386

74) Krş. Von Tuhr, op. cit., s. 245.

olunabilir. Muhatap hüsnüniyetli olmadığından akit in'ikad etmiş sayılmaz. Çünkü muhatap beyan sahibinin hakikî iradesini biliyordu. Görüldüğü üzere B. K. m. 1 anlamında iki taraf birbirine uygun surette iradelerini beyan etmiş değillerdir.

Buna mukabil bu halde beyan prensibi tatbik edilse idi karşılıklı beyanlar birbirine tetabuk ettiğiinden B. K. m. 1 e göre akit in'ikat etmiş addolunacaktı.

Kaydı zihniye yaklaşan hallerden birisi de lâtife beyanı denilen haldir. Burada, beyan sahibi, kaydı zihninin aksine olarak, üçüncü şahısları aldatmayı arzu etmemekte ve diğer tarafın beyanını ciddiye almayacağı fikrinden hareket ederek bir beyanda bulunmaktadır 75).

Alman medeni kanununun 118 inci maddesi sarahatan «Hiçbir ciddi maksada uymayan ve ciddiyetin bulunmadığı muhatapça anlaşılacağı ümidi ile dermeyen edilen beyan batıldır». demektedir.

Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber bu neticeyi itimat prensibinin tatbiki neticesinde kolaylıkla elde edebiliriz: Muhatap tarafından beyanın ciddi olmadığı anlaşıldığı ve anlaşılacağı (réconnaissable) bütün hallerde bu beyan hükümsüzdür. İsviçre Federal mahkemesi de itimat prensibine pek uygun olarak «muhatapı tarafından işlerde hüsnüniyet prensibine göre ciddî olarak telâkki edilebilen ve edilmesi lâzım gelen beyan ciddî bir irade beyanıdır» 76) demektedir.

Bazı hallerde beyanın ciddî olmadığını muhatap farkedemez. Böyle bir halde fena lâtife mevcuttur (77). Gene Vertrauenstheorie'nin tatbiki neticesinde fena lâtife beyanın hukuken muteber bir beyan olduğu neticesi kolaylıkla anlaşılır. Filhakika muhatapın beyana ettiği itimat himaye edilmelidir (Vertrauensschutz) 78).

b) MUVAZAA

Muvazaayı şu şekilde tarif edebiliriz: Tarafların üçüncü bir şahsı veya şahısları aldatmak maksadı ile ve kendi aralarında hukukî netice meydana getirmeyecek olan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalıdır.

Ekseriya iki türlü muvazaa birbirinden tefrik edilmektedir. Biri mutlak muvazaa (simulation absolue) diğeri ise nisbî muvazaadır (simulation relative). Mutlak muvazaada taraflar hakikat halde herhangi bir hukukî muamele yapmayı arzu etmemekte sadece harice karşı bir görünüş ya-

75) Von Tuhr, op. cit., s. 246

76) RO 38 II 516, JdT 1914 s. 107, Blanchard/Schmid, Kappeler

77) Schwarz, Borçlar Hukuku, 1935, s. 165

78) Aynı fikirde Gaudy, Die Rechtliche Behandlung der Simulation, tez, Zürich 1927, s. 17.

ratmak istemektedirler. Mutlak muvazaanın en klâsik misali iflâs etmek üzere olan bir kimsenin mallarını, alacaklıların takibinden kurtarmak için, arkadaşına satmış göstermesi halidir. Böyle bir halde her iki taraf mukabil tarafın irade beyanına hukukî hüküm ve netice atfetmediğini bilmektedir. Binaenaleyh, itimat prensibine göre hukukî bakımdan irade beyan edilmemiştir; öyle ise herhangi bir aktin mevcudiyeti düşünülemez.

Nisbi muvazaa halinde ise taraflar, aralarında ciddi olarak bir mukavele yapmak istemekte ve fakat bunu başka bir mukavele ile üçüncü şahıslardan gizlemektedirler. Buna misal olarak bir satış aktinin bir hibe akdi ile gizlenmesi (ve bunun aksi) gösterebilir. Burada müellifler iki muameleyi birbirinden ayırarak tetkik etmektedirler (79). 1) Zâhirî muamele (acte fictif): bu muamele üçüncü şahısları aldatmak, onlara şu veya bu sebeple böyle bir mukavele varmış gibi göstermek için yapılır. 2) Hakiki ve fakat gizli olan muamele (Acte secret veya contre lettre).

Alman medeni kanunu 117 inci maddesinde sarahaten muvazaalı muamelenin batıl olduğunu beyan etmektedir. Vakıa bu netice borçlar kanunumuzda sarih olarak hükme bağlanmamışsa da gerek doktrin ve gerekse mahkeme içtihatlarında kolaylıkla aynı neticeye varılmaktadır (80).

Buna mukabil gizli muamele muteberdir. Ancak İsviçre müelliflerinin fikrine ve mahkemelerinin tatbikatına göre eğer gizli mukavelenin sıhhati bir şekil şartına bağlı ise bu şekle riayet edilmiş olması lâzımdır (81).

Muvazaanın, kısaca hülâsa ettiğimiz şu hüküm ve neticeleri uzun zaman irade nazariyesi ile izah edilmiştir (82).

Bu nazariyenin tatbiki neticesinde karşılıklı derunî iradeler birleşmediğinden herhangi bir aktin in'ikat etmemiş olduğu neticesine varılmaktadır.

79) Bk. meselâ Saymen, op. cit., s. 174.

80) Von Tuhr, op. cit., s. 246; Oser, op. cit., Mad. 18 No 11; Gaudy, tez, s. 42 Buna mukabil Becker, op. cit., Mad. 18 no 25 de yanlış olarak fesih (Anfechtung) tan bahsetmektedir.

81) Von Tuhr, op. cit., s. 247; Guhl, op. cit., s. 95; RO 45 11 27 Dame Grager/Berther Ro 50 11 142, JdT 1924 s. 433; Haldiman/Halti; Ro 71 11 99, JdT 1945 s. 479 Wartli/Wartli. Buna mukabil Temyiz mahkememizin umumi heyeti 27/66/934 tarihli kararı ile gizli aktin resmi senede bağlanmasına lüzum olmadığına karar vermiştir. Temyiz, mahkememizin bu görüş tarzı İlhan Postacıoğlu tarafından müdafaa edilmektedir; Gayri menkullerin ferağına müteallik akitlerde şekle riayet mecburiyeti, tez, 1945, s. 126. Aynı fikirde, F. Fevzi oğlu, şüfa hakkında muvazaa iddiaları, İst. Huk. Fa. Mec. 1950, sayı 1 - 2, s. 273.

82) Von Tuhr, s. 247; Gaudy, s. 42; Die Wirkungen Der Simulation bestimmen sich nach der Willenstheorie, nicht nach der Vertrauensstheorie.

Buna mukabil, gizli muamele, tarafların iradeleri birleşmiş bulunduğundan muteber olarak in'ikat edecektir.

Görülüyorki irade nazariyesi muvazaa hususunda tatminkâr neticeler vermektedir.

Beyan nazariyesi, muvazaaya tatbik edilirse beyanların uygunluğu nazarı itibara alınarak mukavele in'ikad etmiş addolunacak ve bundan haksız neticeler tevellüt edecektir. Filhakika taraflar hiçbir surette kendilerini bağlamak istemedikleri bir akitle bağlanmış olacaktırlar. Buna mukabil, gizli mukavelenin, beyan prensibi gereğince bir akdin teşekkülü için lüzumlu olan beyanlar bulunmadığından, muteber bir şekilde in'ikad ettiği kabul edilmeyecektir.

Gaudy'nin tezinde 83) müdafaa ettiği fikrin aksine olarak Meier - Hayoz ve Cuenod ile birlikte biz de itimat prensibinin tatbiki neticesinde elde edilecek neticelerin muvazaanın hukukî mahiyetine pek uygun olduğunu zannediyoruz 84). Filhakika itimat prensibinin tatbiki ile muvazaalı muamelenin batıl olacağı neticesine kolaylıkla varılmaktadır: Taraflardan biri, diğer tarafın bir mukavele yapmak istemediğini sarahatane bilmektedir. Öyle ise karşılıklı beyanlar arasında bir uygunluk mevcut değildir.

Gizli muameleye gelince; taraflardan her ikisi de diğer tarafın iradesine vâkıf olduğundan mukavele muteber olarak teşekkül etmektedir, fakat bir taraf diğerinin iradesine vâkıf olmamışsa, ortada bir akit mevcut değildir.

II) İrade ile beyan arasındaki uygunsuzluğun istenilmeyerek yapılması: HATÂ

Bilindiği veçhile irade ile bu iradenin beyanı arasındaki uygunsuzluktan ileri gelen irade fesadına hatâ denilmektedir. Her hatânın normal olarak mukavelenin feshini mucip olması düşünülebilir. Ancak bu takdirde hukukî münasebetlerde emniyet kalmıyacak, yapılan akitten memnun kalmıyan taraf hata sebebiyle akdi feshetmek çarelerini aramaya kalkışacaktır. Binaenaleyh, kanun vaznı için akdi feshe imkân verecek olan hata hallerini tahdît ve tasrih etmek zarureti vardır.

Daha çok evvelden Savigny iki nevi hatâyı birbirinden tefrik ediyordu; Beyan hatası ve sâikte hata. Bu meşhur hukukçuya göre bunlardan yalnız beyan hatası esaslı hata addedilebilir, diğeri ise esaslı hata değildir. Esaslı hatâ demek hukukun, ehemmiyetine binaen hukukî muamele üzerinde bir netice tevhit etmesine müsaade ettiği hatâdır.

Savigny'den mülhem olarak İsviçre ve dolayısı ile borçlar kanunu-

83) Gaudy, op. cit., s. 42

84) Meier - Hayoz, op. cit., s. 152 - 154; Cuenod, op. cit., s. 24.

muz «esaslı hata - saikte hata» tefrikini yapmaktadır. Akit yapılırken esaslı bir hataya düçar olan taraf o akit ile ilzam olunamaz (B.K.m. 23). Buna mukabil akdın yalnız saiklerine taallük eden hata, esaslı değildir (B.K. m. 24/2) Akd'in feshi imkânını veren hatalar hangi hallerdir? Borçlar kanunumuzun 24 ncü maddesinde bu haller dört bentte beyan edilmiştir. Bunlardan ilk üçü «error in negotio, error in persona, error in corpore» 1811 tarihli İsviçre borçlar kanununda mevcut idi. Dördüncüsü ise 1912 de borçlar kanununun révision"u sırasında kanuna ilâve edildi ve böylece bizim borçlar kanunumuza da girmiş oldu. Esasını Glossateurlerde bulan bu bende göre akdın lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde yapılan hatâ esaslı hatâ olarak kabul edilmektedir.

Roland Jatón Borçlar kanunu 24/4 e tahsis ettiği tezinde şu neticelere varmaktadır 85):

a) 24 üncü maddenin 4 üncü bendinin borçlar kanununa ithalinden beri artık sâikte hatânın esaslı hâta olmayacağı iddia edilemez.

b) Bundan böyle esaslı hatâ - saikte hatâ tefrikinden vaz geçmek lâzımdır.

c) B. K. m. 24/4 pozitif hukukda esaslı hatânın hakikî ve tam tarifini vermektedir.

d) Binaenaleyh bu hüküm dışarısında sayılan diğer esaslı hatâ halleri ve 24 üncü maddenin ilk cümlesindeki hassaten (notamment) tâbiri tamamen lüzumsuzdur.

Jatón 86) hatânın, akdın herhangi bir esaslı unsuru üzerinde ve binaenaleyh irade beyanının muhtevası (B. K. m. 24 bent 1-3) üzerinde de olabileceğini nazarı itibara alarak B. K. m. 24/4 ün bütün esaslı hatâ hallerini ihtiva ettiğini ileri sürmektedir. Nihayet, Jatón'a göre bu görüş tarzı kabul edilecek olursa bir şahsın veya bir şeyin hüviyeti üzerinde yapılan hata hali de B. K. m. 24 Bent 4 e girecektir. (87).

Adı geçen 4 üncü bentteki akdın lüzumlu vasfı ve ticarî doğruluk tâbirleri üzerinde tam bir anlaşma yoktur.

Mamafih Federal mahkeme 88) eski içtihadını değiştirerek élément-nécessaire (Kanunumuzda lüzumlu vasıf olarak tercüme edilmiştir) tâ-

85) Jatón Roland, op. cit., s. 14 - 15 Jatón'dan evvel Simonius'ta aynı şeyleri söylemiştir (Irrtumslehre s. 253).

86) Jatón, s. 109.

87) Jatón s. 111.

88) Ro 53 II 39, JdT 1927 s. 335 Leemann/Egger; Ro 56 II 424 Schlaefli/Jordi. Eski içtihadı için RO 48 II 236 JdT 1922 s. 488, Dame Hâgler - Rickli/Jaggi S. A.. Bu hususta bk. Arsebük, op. cit., s. 409.

birinin, «*essentia negotii*,» akdin esash unsurundan daha geniş olduğunu kabul etmiştir.

Ticarî doğruluk ise, mehzaz kanunun fransızca metnindeki «*loyauté commerciale*» tâbirinin Türkçe tercümesidir. Halbuki Almanca metinde «*teue und Clauben im Geschaeftsverhekr*,» muamelâta hüsnüniyet, denmektedir. Şu halde burada M. K. m. 2 anlamında objektif hüsnüniyet bahis konusudur 89).

B. K. m. 24/4 e göre üzerinde hatâ edilen şeyin, akdin esash vasfından olduğu ancak ticarî doğruluğa göre yapılacak bir tefsir neticesinde anlaşılacaktır. Burada da tatbik edilecek prensip itimat prensibidir. Prof. Simonius şu misali veriyor (90): Bir amatör «Gurup» isimli tabloyu meşhur bir ressamın zannederek 30 000 franga alıyor. Teslimden sonra tablonun bu meşhur ressamın tablosu olmadığı anlaşılıyor. Bu tablo adı geçen ressamın sergisinde satıldığından ve karşılaştırılan fiyat ancak o meşhur tablo için düşünülebilen bir fiyat olduğundan ticarî doğruluğa göre satıcının tablo meraklısının hakikî tabloyu satın almak istediğini, bunun mukavelenin esash şartı olduğunu anlamış olması icap ederdi. Buna mukabil satıcının bunu anlamaya mecbur olmadığı halde ortada ancak sâikte hatâ vardır. Meselâ tablo bir koltukcudan ucuz bir fiyatla ve fakat meşhur bir ressamın zannedilerek alınmış olsa burada bunun hüsnüniyet kaidelerine göre satıcı tarafından akdin esash şartı olarak tefsir edilmesi lâzım geldiği iddia edilemez.

Müellifler B. K. m. 24 bent 4 e göre saikte hatanın esash hatâ olması için iki şartın mevcudiyetini aramaktadırlar 91).

a) Sübjektif şart: Hataya düşen taraf muayyen bazı vâkıaları kendi beyanının esası olarak telâkki etmelidir; öyle ki eğer bu vakıalar olmasaydı akdi yapmıyacaktı (*conditio sine qua non*).

b) Objektif şart: Bu vakıalar ticarî doğruluk kaidelerine göre hukukî muamelenin esas unsuru olmalıdır.

Federal mahkeme de aynı şekilde akdin lüzumlu vasıflarında hatâyı sâik hatâsından şöyle tefrik etmektedir: akdin lüzumlu vasıflarında hatâ olması için hataya düşen tarafın sadece sübjektif olarak yanılmış olması kâfi olmayıp ayrıca hatânın objektif bir esasa istinat etmesi, yani B. K. m. 24/4 ü ileri süründeki hatalı fikrin ticarî doğruluğa göre muka-

89) Karş. Saymen, op. cit., s. 184

90) Simonius, Du principe de la confiance, s. 515.

91) Von Tuhr, op. cit., s. 257; Arsebük, op. cit., s. 409; Oser, op. cit., Mad. 24 No 44 ve 45.

velenin in'ikad şartı (conditio sine qua non) olarak tavsif edilmesi lâzımdır (92).

Görüldüğü veçhile, Von Tuhr ve federal mahkeme hataya düşen tarafla meşgul olmakta diğer âkit tarafın durumunu ise hiçbir veçhile nazarı itibara almamaktadır. Bundan ise şu netice hasıl olmaktadır: Hâkim hataya düşen tarafın derunî iradesine fazla ehemmiyet atfetmeye mecbur olmakta ve binnetice irade prensibi lehine olarak itimat prensibi ihlâl edilmektedir (93). Filhakika, itimat prensibine göre bir beyanın muteber olabilmesi için muhatap tarafından tanınması veya tanınabilir olması lâzımdır. Hatâ mevzuunda da bu prensip tatbik edilirse, hataya düşenin aldandığı noktaların onun mukavele yapmak hususundaki iradesi üzerindeki ehemmiyetinin diğer âkit tarafça bilinmesi veya bilinebilir olması lâzımdır.

Bu bakımdan federal mahkemenin enteresan bir kararına kısaca işaret edelim: 94). G. isimli bir halı ticareti müessesesi M'e üç tane şark halısı satmıştır; bu halılardan bir tanesi Şah Abbas markasını taşımakta ve müessese halının hakikiliğini garanti etmektedir. Bir müddet sonra alıcı M. halının 16 ncı asırda Şah Abbas zamanında imâl edilmeyip Şah Abbas taklidi modern bir halı olduğunu iddia ve ispat ederek mukavelelenin feshini istemiştir. Davalı taraf ise Şah Abbas halılarının antika ve çok pahalı olduğunu alıcının bu fiata Şah Abbas halısı alamıyacağını bilmesi lâzım geldiğini ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Mahalli mahkemenin aleyhine karar vermesi üzerine federal mahkemeye başvurmuşsa da yüksek mahkeme aşağıdaki mülâhaza ile mukaveleyi feshetmiştir: Davacı, halının mukavelede kararlaştırılandan başka cins olduğunu ileri sürmektedir. Eski İsviçre borçlar kanununun 19 uncu maddesinin derpiş ettiği bir «error in substantia» hali mevcuttur. Bu 19 uncu madde her halde I. B. K. m. 197 (B. K. 194) ile müşterek tatbiki neticesinde çıkacak müşkülât göz önünde tutularak yeni borçlar kanununa alınmamıştır. Mamafih böyle bir hal B. K. m. 24 bent 4 e girebilir. Satılan halı, faturada garanti edilen halıdan başka ketegoride bir halı çıkmıştır. Fakat B. K. m. 24 bent 4 ün hadiseye tatbik edilmesi için bu husus kâfi değildir. Bundan başka:

1. Alıcının, Şah Abbas şeklindeki kayda rağmen, halının antika olmadığı hususunda aldanmış olması

92) RO 53 II 39, JdT 1927 s. 335, Leemann/Egger;
RO 53 II 143, JdT 1927 s. 622, Baechtold - Deuber/Birk - Strittmatter.

93) Jaton, op. cit., s. 157.

94) Ro 54 II 143 hususile 146, Georgiades/S. A./Maillart.

2. Halının antika bir halı olmasının mukavelenin in'ikadı hususunda kat'i bir rol oynamış olması

3. Satıcının, halının hakikiliği hususunun mukavelenin lüzumlu vasfı olduğunu bilmeye mecbur olması lâzımdır.

Bir defa, alıcı, hüsnüniyetle antika bir halı aldığını zannetmiş, fakat modern ve taklit bir halı almakla hatâya düşmüştür. Saniyen, alıcı, halının antika olmadığını bilse idi o halı üzerinde bir satış akdi yapmıyacaktı (conditio sine qua non). Nihayet, satıcı, alıcının hakikî ve antika bir halı almak istediğini bilmeye mecburdur. Bu şartlar hadisede tahakkuk ettiğiinden Bk; m. 24 bent 4 tatbik edilebilir.

Federal mahkemenin ihtiyar ettiği bu hal sureti itimat prensibine tamamen uygundur ve bu prensibin tatbikî bir neticesinden ibarettir 95).

Federal mahkemenin yukarıki kararını kendisine hareket noktası ittihaz eden Jatón itimat prensibinin tatbiki neticesinde B. K. m. 24/4 ün tatbiki için iki şartın tahakkukunu ileri sürmektedir (96):

a) Sübjektif şart. Hatâya düşenin üzerinde hatâ ettiği şeyi akdin esaslî şartı addetmesi (Conditio sine qua non)

b) Objektif şart. Diğer âkit tarafın, hataya düşen için, hataya düşülen şeyin akdin esaslî şartı olarak addettiğini bilmesi veya bilmeye mecbur olması.

Şurasını kaydedelim ki hata bahsinde itimat prensibinin tatbikini en evvelâ ve etraflı bir şekilde ileri süren Prof. Simonius olmuştur. (97). Bk. m. 24 bent 4 itimat prensibi ile izah edilebildiği halde aynı maddenin ilk üç bendi irade prensibine uygun olup itimat prensibine tamamen muhaliftir. Filhakika hatanın diğer âkit tarafca tanınabilir olup olmaması nazara alınmaksızın hataya düşen taraf akdi feshedebilecektir. İşte itimat prensibine aykırı olan bu noktadan hareket eden Prof. Simonius son seneler zarfında Borçlar Kanunumuzun hata hususunda kabul ettiği sistemi şiddetle tenkid etmektedir. Bu tanınmış hukukçuya göre hatayı esaslî hata - sâikte hata diye tefrik etmemeli fakat itimat prensibine uygun olarak diğer tarafca tanınabilen veya tanınamayan diye tasnif etmelidir.

Tanınabilen hatâ esaslî hatadır. Simonius'a göre 24 üncü maddede

95) F. M. nin diğer kararlarında nazari bakımdan itimat prensibi yerine alman hukukundaki Windscheid'in Voraussetzung nazariyesine temayül edişi Jatón tarafından tenkit edilmektedir. s. 119 - 122.

96) Jatón, op cit., s. Jatón'un tenkidi için bk. Cuenod, op. cit., s. 116 ve müteakip.

97) Simonius,, İrtumslehre, s. 240 ve mütea.

zikredilen hatâ hallerinin akdin feshi sebebi olarak ileri sürülmesi hatanın diğer tarafca farkına varılmamış olduğu zaman itimat prensibine aykırıdır. Mezkûr hatâlar ekseriya farkına varılabilecek hatâlardır 98). Halbuki adı geçen prensibe göre bir hatâ diğer tarafca farkına varılmadığı hallerde ileri sürülemez. Simonius B. K. m. 24 deki ilk üç bendi itimat prensibi ile telif etmeksadı ile bunların tatbik sahasının hatanın diğer âkit tarafca tanınabileceği hallere tahdit edilmesini teklif etmektedir. Simonius'un teklifini şu şekilde hülâsa edebiliriz:

Hatâ diğer âkit tarafca bilinmemekte B. K. m. 1 e göre mukavele inikad veya bilinmesi icap etmektedir. etmemiştir. Ancak bu takdirde B. K. m. 24 No 1-3 ileri sürülebilir.

Hatâ diğer âkit tarafca bilinmemekte veya bilinmesi icap etmemiştir. 24 üncü maddenin ilk üç bendi fesih sebebi olarak ileri sürülemez.

Eğer bu sistem kabul edilecek olursa B. K. m. 26 (Culpa in Contrahendo) hükmünün hiç bir pratik kıymeti kalmıyacaktır.

Simonius'un teklif ettiği sistem hukukcuların alâkasını çekmekten geri kalmamış, bazı müellifler tarafından benimsenmiş (99) diğer bazıları tarafından ise tenkit edilmiştir (100).

Yapılan tenkitlerin en ciddisi mevcut sistemin mantıki oluşuna mukabil teklif olunan sistemin bir tenakuz arz etmekte olduğunu gösterenidir.

Filhakika, hatânın karşı tarafca farkına varılabildiği hallerde akid itimat prensibine göre in'ikad etmemiş olduğu için B.K. m. 24 No. 1-3 ün ileri sürülebileceği kabul edilince ortaya mevcut olmayan bir mukavele- nin feshedilmesi (101) gibi garip bir netice çıkacaktır.

Bu son noktayı daha iyi izah edebilmek için B. K. m. 1 ile m. 23 ü karşılaştırmak faydadan hâli değildir.

Bugün ittifakla kabul edildiğine göre bir hatanın fesih sebebi olarak ileri sürülebilmesi için muteber olarak akdedilmiş bir mukavele- nin mev-

98) Simonius, du principe, s. 515.

99) Meselâ Jatón tezinde Simonius'un fikir ve tekliflerini tekâmül ettirmektedir.

100) Hususile Cuenod, op. cit., s. 105 ve mütea.

101) (Nul et Annulable). Kanaatımızca (Inexistant et Annulable) demek daha doğru olur.

cut olması lazımdır 102). Nitekim İsviçre Federal mahkemesi sarahaten «ya mukavele inikad etmemiştir, bu takdirde mukavelelerin bir hatâ ile malûl olduğu ileri sürülemez veya da mukavele teşekkül etmiştir, ancak bu takdirde hatâ ileri sürülebilir» demektedir 103). Akitlerin inikadı hususunda itimat prensibi tatbik edilmekte olduğuna göre, bu prensip mucibince akdin inikad ettiği neticesine varıldıktan sonra hata mevzubahis edilebilecektir.

Şu halde mevcut olmıyan bir mukavelelerin feshedilebilir olması nasıl izah edilebilir.

Bizzat prof. Simonius böyle bir vaziyetin kabul edilemeyeceğini itiraf etmektedir. Bu tezadı izah etmeden önce Simonius aynı itirazın bugün tatbik edilmekte olan sistem için de varit olduğunu iddia etmektedir 104). Filhakika, hatânın akdin esaslı şartlarından birisine taallûk etmesi halinde taraflar her halde bu şart olmaksızın bir mukavele ile borç altına girmeyi istememişlerdir. Evvelce verilen misalde hakikilik şartı satış akdinin esaslı bir şartı olduğu takdirde sahte tablo üzerinde satış akdi meydana gelmemiştir.

Kezalik, tablonun isminde şaşırarak başka bir tablo alındığı ve bunun da satıcı tarafından farkedildiği halde, karşılıklı beyanlar birbirini tutmadığından itimat prensibine göre mukavele inikat etmiyecektir. İşte bu gibi hallerde B.K. m. 24 No 1-3 ün tatbiki neticesi mukavelelerin feshi kabul edilecek olursa - doktrinde hâkim olan fikir budur - mevcut olmıyan bir mukavelelerin feshi gibi gayrimakul bir netice hâsıl olacaktır. Diğer taraftan irade beyanlarının birbirine uygun olması neticesi akdin vücuda geldiği iddia edilcek olursa, bundan ancak beyan prensibi taraflarını tatmin edilecek, itimat prensibi ise tamamen ihmal edilmiş olacaktır.

Prof. Simonius bugünkü sistem aleyhine yaptığı bu tenkitten sonra kendisine karşı yapılan itiraza şöyle cevap vermektedir: «Hatâya düşen tarafa mukaveleyi feshedebilmek veya da tasvip etmek için bahşedilen hükümler yakından tetkik edilecek kolursa iddia edilen tezatın mevcut olmadığı görülür. Çünkü icazetin verilmesi ile vücuda gelen mukavele hatânın karşı tarafca farkına varılabilir olması neticesinde itimat prensibine göre mevcut olmayan akdin aynı olmayıp başka bir mukaveledir.

102) Von Tuhr, op. cit., ZSR. ss. 278 ve 296; Bachmann, H., Der Irrtum nach art. 23 ff. des schweiz. OR., tez, Bern, 1928 s. 35; Jaton, op. cit., s. 113; l'Erreur suppose l'existence d'un contrat, c. a. d. de deux déclarations concordantes».

103) Ro 57 II 284, JdT 1932 s. 87, Applications Electriques Frigidaire S. A. Maurer.

104) Simonius du principe de la confiance, ss. 516 - 517.

Meselâ sahte tablo satışında alıcı, mukavelenin mevcut olmadığını ileri sürmeyerek icazet vermiş ise o anda, hakikiliğin akdin esaslı şartı olmadığı yeni bir mukavele meydana gelmiştir. Yoksa ilk mukavelenin mevcut olmayışı kat'idir» 105).

Diğer taraftan, Cuenod tezinde (108) şu izahatı yapmaktadır; Simonius'a göre, tanınabilen bir hata irade beyanları arasında uygunluğu ortadan kaldıracığından B. K. m. 1 e göre bir akit teşekkül etmeyecektir. Fakat bu takdirde hatâya düşen taraf B. K. m. 23 ve müteakip maddelere lüzum olmaksızın akdin gayri mevcut olduğunu ileri sürecektir. Hatta bir akdin gayri mevcut oluşunu ileri sürmeyi hataya istinaden dava açmaya tercih edecektir. Bu bakımdan, hatâ hakkındaki hükümler, B. K. m. 1 ve akitlerin in'ikadı ve tefsiri hususunda câri olan itimat prensibi ile aynı fonksiyonu göreceklerdir. Öyleyse bu hükümlerin kanun metnindeki mevcudiyetleri nasıl izah edilebilecektir?

Simonius ise bunun aksini iddia etmektedir (107). Bu âlim hukukcuya göre B. K. m. 23 ve müteakip maddeler önemli bir fonksiyonu hâizdirler: Şöyle ki, irade beyanları arasındaki uygunsuzluğu isbat selâhiyeti yalnız hataya düşen tarafı bahşedilmelidir. Zira, o herşeye rağmen mukavelenin fesih edilmemesinden bir fayda temin edebilir. Hatta, diğer tarafın, mukavelenin neticelerinden kurtulmak istemesi ve bunun için de karşı tarafın düştüğü hatanın farkına vardığını ileri sürerek mukavelenin mevcut olmadığını derpiş etmesi düşünülebilir. İşte B. K. m. 23 ve müteakip maddelerdeki hata hallerinin isbatı sadece hataya düşen tarafı tahsis olunmak suretiyle böyle bir tehlikenin önüne geçilebilecektir.

Cuenod (108) bu görüşü şu şekilde tenkit etmektedir: pek nadir olarak vukua gelebilecek olan böyle bir halde hataya düşmemiş olan tarafın, akdin mevcut olmadığını ileri sürebilmesi hakkaniyete aykırı değildir. Çünkü o, beyanlar arasındaki uygunsuzluk neticesinde akdin teşekkül etmemiş olduğunu bildiğinden başka hukuki muamelelere girişmekte bir mahzur görmeyecektir. B. K. m. 23 ü tatbik etmek, bu gibi hallerde akdin mevcudiyetini hatâya düşen kimsenin tamamen arzusuna terketmek demek olacaktır. Filhakika, hataya düşen taraf B. K. m. 31 e göre bir müddet bekliyecek ve vaziyete göre, menfaatına uygun

105) Simonius, Du principe de la confiance, s. 517 - 518.

106) Cuenod, op. cit., s. 107 - 108.

107) Simonius, Irrtumslehre, s. ss. 263 - 264.

108) Cuenod, ss. 108 - 109.

bulduğu takdirde mukaveleyi muhafaza edebilecek aksi halde akdin mevcut olmadığını ileri sürecektir¹⁰⁹).

Hatâya düşen tarafın akdi bir müddet ifa edip işine gelmeyince bu akdin mevcut olmadığını ileri sürebilmesi tehlikesi, Cuenod'ya göre mevcut değildir¹¹⁰). Çünkü akdin muayyen bir müddet ifası bilâhare akdin yapıldığına delâlet eden muamelelerden (acte concludant) adde-dilebilecektir. Zaten M. K. m. 2 de böyle bir hali önlemeye kâfi gelir.

III) Beyanın hukuk nizamı tarafından tasvip olunmayan haksız bir sâik neticesinde yapılmış olması: İkrâh ve Hile.

Bilindiği üzere iki nevi ikrah vardır. Maddi veya fizikî ikrah (Vis-absoluta) halinde, meselâ bir kimsenin elini tutarak bir mukaveleyi zorla imza ettirmek gibi, bir irade mevcut olmadığından herhangi bir hukukî muamelenin mevcudiyetinden bahsedilemez.

Manevi ikrah (Vis compulsiva) ise bir kimsede korku tevlit ederek mukavele yapmak hususunda iradesinin elde edilmesi halidir. Böyle bir halde tehlikeye maruz bırakılan kimse iradesini beyan ederse akit yapmayı arzu ediyor demektir III). Fakat böyle bir beyan hür olmayıp, sâkat bir beyandır. Sayın arkadaşımız F. Evliyanın tezinde (112) belirttiği veçhile burada itimat prensibini tatbik etmeye uğraşmak faydasızdır. Çünkü tehdit eden şahıs suiniyetli olup hiçbir veçhile hüsnüniyet iddiasında bulunamaz. Filhakika karşı tarafın korku sâiki ile bir akit yapmakta olduğunu bilmektedir. Bu halde irade prensibi caridir. Aynı sebepler yüzünden hile halinde de akdin teşekkülü bahis konusu olduğu zaman itimat prensibinin tatbik edilemeyeceği fikrindeyiz.

NETİCE.

Verilen izahlara istinat ederek itimat prensibinin akitlerin in'ikadı sahasında maksada en elverişli prensip olduğu neticesine varmaktayız. Binaenaleyh, bir mukavelenin in'ikad edip etmediğine karar vermek için tarafların tanınabilen hukukî iradelerini araştırmak lâzımdır. İtimat prensibine göre bir taraf diğzerinin hatâya düştüğünü farketmişse mukavele meydana gelmemiştir. Bu bakımdan B. K. m. 1, B. K.m. 23 ü tahdit

109) Bugün cari olan sistemde bu mahzur yoktur, çünkü diğzer âkit taraf B. K. m. 26 ya göre bir tazminat isteyebilir.

110) Cuenod, op. cit., s. 110.

111) Borçlar kanunumuza hâkim olan fikir meşhur roma hukukcusu Paulus'un ifade ettiği «coactus voluit», tehdit altında istemiş olsam bile gene istemiş olurum. Bk. Von Tuhr. op. cit., s. 269; Meier - Hayoz, op. cit., s. 157.

112) Evliya F., La violence en droit français et la crainte fondde en droit suisse dans la formation desactesjuridiques, tez, Genève, 1949, s. 18. Aksi fikirde yani itimat prensibinin tatbiki için Bk. Cuenod, op. cit., s. 58.

etmektedir. Fakat bugün hâkim olan kanaata göre esaslı bir hata mevcutsa buna düçar olan tarafın B. K. m. 23 ve müteakip maddelere göre akdi feshedebileceği merkezindedir. Ancak Prof. Simonius'un bu sistem aleyhine serdettiği itirazın pek ciddi olduğu kanaatındayız. «Mevcut olmıyan bir akit nasıl oluyor da B. K. m. 23 ve müteakip maddelerin tatbiki neticesinde fesih edilebiliyor?»

Gene itimat prensibine göre bir tarafın hatasını diğer taraf farke dememişse akit, itimat prensibi mucibince muteber olarak in'ikad etmiştir. Fakat kanunumuz burada irade prensibi lehine olarak akdin esaslı hatâ yüzünden feshedilebileceğini kabul etmektedir. B. K. m. 24 bent 1-3 ü itimat prensibi ile telif etmek maksadı ile Prof. Simonius bu hükümün taraflardan birisinin düştüğü hatanın diğer tarafca bilinemediği hallere tahdit edilmesini teklif etmekte ise de bu teklif bugüne kadar kabul edilmemiştir. Filhakika Simonius'un sistemi kanunumuzun fesih ve icazet mefhumları ile mantikî bir şekilde telif edilememektedir. Biran için Simonius'un iddia ettiği veçhile akde icazet verilmesi ile mevcut olmıyan mukaveleden farklı tamamen yeni bir akdin meydana geldiği kabul edilecek olsa bile bir senelik müddetin geçmesi ile (B. K. m. 31) akdin sıhhat kazanması nasıl izah edilecektir?

Görülüyorki, kanunumuza hâkim olan prensip itimat ve irade sistemlerinden müteşekkil muhtelit bir sistemdir. Hiç bir sisteme sıkı sıkıya bağlanmamak, her sistemin maksada en elverişli olan kısımlarından ibaret bir sistem kabul etmek müreccah ise de, borçlar kanunumuzun 1 ve 23 ve müteakip maddeleri arasındaki münasebet «mükemmel» olmaktan uzaktır. Bu nokta olması lâzım gelen hükük bakımından uzun münakaşalara yol açacak mahiyettedir.

Belki de, de lege ferenda, mukavele hukuku sahasında irade prensibinden tamamen uzaklaşılarak her hususta itimat prensibi hâkim olacak ve esaslı hatâ-sâikde hatâ tefriki yerine, tanınabilen irade - tanınamıyan irade sistemi kaim olacaktır. Bu hususdaki münakaşaların neticesi merakla takip edilmeye değer bir mahiyet arz etmektedir.