



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA
İRDE AÇIKLAMALARININ YORUMU**

Özgür GÜVENÇ

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**

**DOKTORA TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

MART - 2020



SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU

Özgür GÜVENÇ

DOKTORA TEZİ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

MART 2020

Özgür GÜVENÇ tarafından hazırlanan “Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman (Başkan) : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Özel Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Üye : Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Özel Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Üye : Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Özel Hukuk, TED Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Üye : Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Özel Hukuk, Ankara Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Üye : Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Özel Hukuk, Çankaya Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Tez Savunma Tarihi: 11/03/2020

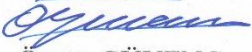
Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Prof. Dr. Figen ZAİF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.


Özgür GÜVENÇ

11.03.2020

Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu
(Doktora Tezi)

Özgür GÜVENÇ

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Şubat 2020

ÖZET

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu sorununun temelinde, irade özerkliği ilkesi ile işlem güvenliğinin korunması ilkesi arasındaki çatışma yatmaktadır. Türk kanun koyucusu, muhatabın fiilî haklı güveninin mevcut olduğu ihtimallerde işlem güvenliğinin korunması ilkesi doğrultusunda bu güveni korumakta, haklı güvenin bulunmadığı hâllerde ise irade özerkliği ilkesine öncelik tanımaktadır. Türk kanun koyucusunun benimsediği bu çözüm, ikili bir yorum yöntemi anlayışının kabulünü zorunlu kılmaktadır. Haklı güvenin korunmasına yönelik yorum yöntemi objektif - somut yorum yöntemi, irade özerkliğini gerçekleştirmeyi amaçlayan yorum yöntemi ise subjektif yorum yöntemi adını taşımaktadır. Objektif - somut yorum yöntemi, somut muhatabın, kendisinden beklenen tüm dikkat ve özeni sergilediğinde açıklamaya vermek durumunda olduğu anlamı açığa çıkarmayı hedefler. Subjektif yorum yöntemi ise, irade açıklamasının açıklama sahibinin iradesi doğrultusunda yorumlanması esasına dayanır. Bu yöntemlerden, somut olayda öncelikle uygulanacak olan, objektif - somut yorum yöntemidir. Subjektif yorum yöntemi, ancak taraflardan en az birinin iradesiyle açıklaması arasında uygunsuzluk bulunduğu patolojik hâllerde, muhatabın haklı güveninin korunmasının gereklilik arz etmemesi şartıyla devreye girer. Her ne kadar kanun koyucunun sözleşmenin kurulması alanında sergilediği bu tutum adil bir menfaat dengesi teşkil etse de, açıklamada yanılmaya ilişkin düzenlemeler bu dengeyi açıklama sahibi lehine bozmaktadır. Gerçekten, haklı güvenin korunduğu ihtimallerde açıklama sahibi, kanun koyucu tarafından ilke olarak esaslı kabul edilen açıklamada yanılma düzenlemeleri uyarınca yanılmayı öğrenmesinden başlayarak bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmek ya da aldığı şeyi geri vermek suretiyle sözleşmenin geçmişe etkili biçimde nihaî olarak hükümsüz hâle gelmesini sağlayabilmektedir. Açıklama muhatabı, bu ihtimalde, yanılanın kusurlu olması şartıyla, ancak culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanabilir ve kural itibarıyla sadece menfi zararını tazmin edebilir. Muhatabın haklı güveninin bu şekilde boşa çıkarılmasının önüne geçilebilmesi için, açıklamada yanılma düzenlemeleri yeniden ele alınmalıdır. Bu çerçevede, ilk aşamada, açıklamada yanılmanın ileri sürülmesi için öngörülen bir yıllık süre kaldırılarak bunun yerine yanılmanın “gecikmeksizin” ileri sürülmesi şart koşulmalıdır. İkinci aşamada ise, açıklamada yanılmanın esaslılığının, muhatabın açıklamada yanılmaya neden olduğu hâl ile muhatabın yanılmadan vaktinde haberdar edildiği hâl ile sınırlandırılması isabetli olur.

Bilim Kodu : 51001
Anahtar Kelimeler : Yorum, irade açıklaması, sözleşmenin kurulması, yanılma
Sayfa Adedi : 318
Tez Danışmanı : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Interpretation of Declarations of Intent at the Conclusion of Contract

(Ph. D. Thesis)

Özgür GÜVENÇ

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

February 2020

ABSTRACT

The conflict between the principle of private autonomy and the principle of protection of the security of transactions lies at the bottom of the problem of interpretation of the declarations of intent at the conclusion of contract. When a legitimate trust of the addressee exists, the Turkish legislator protects this legitimate trust in line with the principle of protection of the security of transactions, and when there is no legitimate trust, he gives priority to the principle of private autonomy. The solution adopted by the Turkish legislator requires the acceptance of a dualist method of interpretation. The method of interpretation that aims towards the protection of the legitimate trust is named objective - concrete method of interpretation, and the method of interpretation aiming to fulfill the principle of private autonomy is named subjective method of interpretation. The objective - concrete method of interpretation intends to reveal the meaning that the concrete addressee must give to the declaration, when he shows all the attention and care expected of him. The subjective method of interpretation is based on the interpretation of the declaration of intent according to the will of the declarant. Of these methods, the objective - concrete method interpretation is the one which shall be applied primarily in concrete case. The subjective method of interpretation takes effect only in pathological situations where there is an inconsistency between the will and the declaration of at least one of the parties, provided that the legitimate trust of the addressee is not to be protected. Although this approach of the legislator in the field of the conclusion of contract provides a fair balance of interests, the regulations regarding the error in declaration disrupt this balance in favor of the declarant. Indeed, in cases where the legitimate trust is protected, according to the regulations on error in declaration, the declarant is able to make the contract void *ex tunc* by declaring that he is not bound by contract or by giving back what he received within one year, starting from the moment that he becomes aware of his mistake. In this situation, the addressee of the declaration can only bring the responsibility of culpa in contrahendo into force on condition that the party acting under error is faulty, and he can only compensate for his negative damages. In order to prevent the legitimate trust of the addressee from being betrayed in this way, it is required to reconsider the regulations of error in declaration. In this framework, at the first step, the one-year period provided for the allegation of the error in declaration should be repealed and it should be provided that the party acting under error should put the error forth “without delay”. At the second step, it would be appropriate to accept the fundamentality of the error in declaration only in the situations, where the addressee causes the error in declaration and where the addressee is informed about the error on time.

Science Code : 51001

Key Words : Interpretation, declaration of intent, conclusion of contract, error

Page Number : 318

Supervisor : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

TEŞEKKÜR

Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu başlıklı bu çalışmanın kaleme alınması ve tamamlanmasındaki katkıları için, başta tez danışmanım, değerli hocam Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN olmak üzere, saygıdeğer jüri üyeleri Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM, Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL, Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR ve Prof. Dr. Cemal OĞUZ'a teşekkür ederim. Bu çalışmanın meydana gelmesinde, Humboldt-Universität zu Berlin bünyesinde gerçekleştirilen, biri yaklaşık on bir ay, diğeri ise yaklaşık bir ay süren iki araştırma sürecinin rolü büyüktür. Bana bu araştırma olanaklarını sağlayan ve bu süreçte bilgi ve yorumlarından yararlanma şansını elde ettiğim Prof. Dr. Hans-Peter SCHWINTOWSKI ile Prof. Dr. Reinhard SINGER'e teşekkür borçluyum. Ayrıca, 2211-A Genel Yurt İçi Doktora Burs Programı ve 2214-A Yurt Dışı Araştırma Burs Programı çerçevesinde sağladığı destekler için Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na teşekkürlerimi sunuyorum. Nihayet, hayatımın her aşamasındaki destek ve özverisiyle bugünlere ulaşmama vesile olan sevgili anneme, her türlü emek ve fedâkarlığı için minnettarım.

Özgür GÜVENÇ

Ankara, Mart 2020

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KONUNUN İLKESEL ZEMİNE TAŞINMASI

§ 1. SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALARIN TARİHSEL GELİŞİMİ	13
I. GENEL OLARAK	13
II. 19. YÜZYIL ÖNCESİNDEKİ DURUM	17
A. Roma Hukuku	17
1. Katı Şekilciliğin Hâkim Olduğu Dönem: Rahip Hukuku	17
2. Katı Şekilciliğin Yumuşaması Süreci	21
B. Eski Cermen Hukuku	25
C. Modern Doğal Hukuk.....	26
1. İradeye Üstünlük Tanyan Bireyci - Rasyonalist Yaklaşım	26
2. Dış Unsura Üstünlük Tanyan Yaklaşım.....	28
III. 19. YÜZYIL VE SONRASINDAKİ DURUM.....	29
A. Tarihçi Hukuk Okulu ve Kavram Hukukçuluğunun Etkisi: İrade Teorisinin Doğuşu.....	29
1. Tarihçi Hukuk Okulu ve Kavram Hukukçuluğu	31
2. İrade Teorisi	33
B. Menfaat Hukukçuluğunun Ortaya Çıkış Sürecinin Etkileri	38
1. Menfaat Hukukçuluğunun Ortaya Çıkış Süreci ve Esasları.....	39
2. Muhatabın Menfaatini Koruma Çabaları: Açıklama Teorisi ve Güven Teorisi	43
a. Açıklama teorisi.....	44
b. Güven teorisi.....	48
3. Açıklamada Bulunanın Menfaati Lehine Geri Adımlar: Yürürlük Teorisi ve Meram Anlatma Teorisi	60
a. Yürürlük teorisi.....	60
b. Meram anlatma teorisi	63
§ 2. SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNUN İLKESEL ZEMİNE TAŞINMASI.....	67
I. KONUYU İLKESEL ZEMİNDE ELE ALMANIN GEREKLİLİĞİ	67
II. KONUNUN İLKESEL TEMELLERİ	71
A. İrade Özerkliği İlkesi.....	75
B. İşlem Güvenliğinin Korunması İlkesi	77
III. TEORİLERİN İLKESEL ARKA PLANLARI	81
A. İrade Teorisi ve Anlam Verme Teorisi	81
B. Açıklama Teorisi	82
C. Güven Teorisi.....	82

D. Yürürlük Teorisi ve Meram Anlatma Teorisi	83
--	----

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İRADE ÖZERKLİĞİ - İŞLEM GÜVENLİĞİNİN KORUNMASI EKSENİNDE ALDIĞI KONUMUN BELİRLENMESİ	
§ 3. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN (TBK m. 1/I'İN) İNCELENMESİ.....	85
I. GENEL OLARAK	85
II. TBK m. 1/I'İN İÇERİĞİ	86
A. TBK m. 1/I'in Sadece “Normal Durum”a İlişkin Bir Düzenleme Olduğu Görüşü.....	86
B. TBK m. 1/I'in “Patolojik Durum”u da Kapsamına Alan Bir Düzenleme Olduğu Görüşü.....	87
C. Görüşlerin Değerlendirilmesi	88
§ 4. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN (TBK m. 1/I'İN) İŞLEM GÜVENLİĞİNİN KORUNMASI İLKESİNE HİZMET EDİP ETMEDİĞİNİN AÇIĞA ÇIKARILMASI.....	89
I. TBK m. 1/I'İN AÇIKLAMADA YANILMAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER (TBK m. 30 VD.) İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	89
A. TBK m. 30 vd. ile TBK m. 1/I Arasındaki İlişki	89
B. “Sözleşmeyle Bağlı Olmama” Yaptırımının Anlamı	90
C. İrade Açıklamasının Kurucu Nitelik Taşımayan Sübjektif Unsurlarının Belirlenmesi	91
1. İşlem İradesi	92
2. Açıklama İradesi	94
3. Fiil İradesi	105
D. TBK m. 30 vd.'dan TBK m. 1/I'in Yorumuna İlişkin Yapılan Çıkarımlar	106
II. TBK m. 1/I'İN AYIRT ETME GÜCÜNÜN BULUNMAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEME (TMK m. 15) İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ	109
A. TMK m. 15 ile TBK m. 1/I Arasındaki İlişki.....	109
B. TMK m. 15'te Öngörülen Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Etkileri ...	110
1. Genel Olarak	110
2. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulama Alanı	111
a. Genel olarak.....	111
b. Mutlak kuvvet altındaki davranışlar ile refleks davranışlarının durumu	113
(1) Alman doktrininde savunulan görüşler	113
(2) Alman doktrinindeki tartışmalardan Türk - İsviçre hukukuna ilişkin yapılan çıkarım	116
(3) Türk - İsviçre hukukundaki durumun değerlendirilmesi.....	116
C. Kusurun Etkisi.....	123
1. Davranışın İsnat Edilebilirliği Bakımından.....	123
2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bakımından	124
D. Yokluk Yaptırımının Uygulanacağı Hâller	126
E. TMK m. 15'ten TBK m. 1/I'in Yorumuna İlişkin Yapılan Çıkarımlar ..	127
§ 5. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN (TBK m. 1/I) İŞLEM GÜVENLİĞİNİN KORUNMASINA NE ŞEKİLDE HİZMET ETTİĞİNİN AÇIĞA ÇIKARILMASI.....	129
I. GENEL OLARAK	129

II. TBK m. 1/I'İN SÖZLEŞMENİN YORUMUNA İLİŞKİN DÜZENLEME (TBK m. 19/I) İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ	130
A. TBK m. 1/I ile TBK m. 19/I Arasındaki İlişki	130
B. TBK m. 19/I'in İçeriği	131
1. Genel Olarak	131
2. TBK m. 19/I'in İçeriğine İlişkin Görüşler	132
a. TBK m. 19/I'in içeriğinin salt lafzî yorumun reddiyle sınırlı olduğu görüşü	132
b. TBK m. 19/I'in yorumda öncelikle iradenin araştırılmasını öngören bir genel yorum kuralı olduğu görüşü	133
c. TBK m. 19/I'in sadece yanlış belirtme ve muvazaa hâlleriyle sınırlı olarak yorumda öncelikle iradenin araştırılmasını öngören bir düzenleme olduğu görüşü	134
3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve TBK m. 19/I ile TBK m. 1/I'in Sistemik Yorumundan Elde Edilen Çıkarımlar	135
a. Görüşlerin değerlendirilmesi	135
b. TBK m. 19/I ile TBK m. 1/I'in sistemik yorumundan elde edilen çıkarımlar	144
§ 6. DÜRÜSTLÜK KURALININ (TMK m. 2/I) ROLÜ	155
I. GENEL OLARAK	155
II. İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNDA DÜRÜSTLÜK KURALINA (TMK M. 2/I) BELİRLEYİCİLİK TANIYAN GÖRÜŞLER	156
III. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE TMK m. 2/I'İN ROLÜNÜN TESPİTİ	157
§ 7. TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKESEL TERCİHİNİN TEORİLER DÜZLEMİNDEKİ KARŞILIĞI	163
I. GENEL OLARAK TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKESEL TERCİHİ	163
II. TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKESEL TERCİHİNİN TEORİLER DÜZLEMİNE YANSITILMASI	165
A. Sözleşmenin Kurulmasının Sözleşmenin Hüküm ve Sonuç Doğurmasından Bağımsız Olarak Ele Alınması	165
B. Sözleşmenin Kurulması ile Sözleşmenin Hüküm ve Sonuç Doğurmasının Bir Bütün Olarak Ele Alınması	165

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK - İSVİÇRE POZİTİF HUKUKU ÇERÇEVESİNDE İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU YOLUYLA SÖZLEŞMENİN KURULUP KURULMADIĞININ AÇIĞA ÇIKARILMASI VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

§ 8. YORUMA BAŞVURULMASINI GEREKTİREN UYUŞMAZLIKLAR	167
I. GENEL OLARAK	167
II. UYGUNLUK UYUŞMAZLIĞI	168
III. YORUM UYUŞMAZLIĞI	169
A. Yorum Uyuşmazlığı Kavramı ve Yorum Uyuşmazlığının Çözümü	169
B. Yorum Uyuşmazlığı ile Uygunluk Uyuşmazlığı Arasındaki İlişki	171
1. Genel Olarak	171
2. Yorum Uyuşmazlıklarında Uygunluk Sorununun Gündeme Gelmesi ..	172
a. Uygunluk sorununun objektif esaslı noktalara ilişkin olduğu ihtimal	173

b. Uygunluk sorununun sübjektif esaslı noktalara ilişkin olduğu ihtimal	173
(1) Salt yorum uyumsuzluğu teorisi	173
(2) Hâkimin uygunluğun bulunmamasını re'sen dikkate alarak sözleşmenin kurulmadığına hükmedebileceği görüşü	174
(3) Uyumsuzluk konusunun yorum ile sınırlandırılmasıyla yeni bir sözleşmenin meydana geldiği görüşü	175
(4) Görüşlerin değerlendirilmesi	175
§ 9. "YORUMLANABİLİRLİK" SORUNU	177
I. GENEL OLARAK	177
II. AÇIKLIK KURALININ DEĞERLENDİRİLMESİ	178
A. Açıklık Kuralı ve Bu Kuralın Yorum Alanındaki Sonuçları	178
B. Açıklık Kuralının Eleştirisi	179
III. GERÇEK İRADELERİN UYUŞMASINDA YORUM YOLUNA GİDİLMEMEYECİĞİ GÖRÜŞÜ VE GÖRÜŞÜN DEĞERLENDİRİLMESİ	181
§ 10. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN OLARAK YORUM YOLUYLA ARAŞTIRILACAK HUSUSLAR	182
I. GENEL OLARAK	182
II. EN AZ İKİ İRADE AÇIKLAMASININ VARLIĞI	182
A. Açıklamaların Tamlığı	188
1. Objektif Esaslı Noktalar Yönünden	191
2. Sübjektif Esaslı Noktalar Yönünden	202
B. Açıklamaların Kesinliği	208
C. Açıklamaların Açıklama Sahiplerine İrade Açıklaması Olarak İsnat Edilebilmesi	212
III. İRADE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLILIĞI	214
IV. İRADE AÇIKLAMALARININ BİRBİRİNE UYGUNLUĞU	219
§ 11. YORUM YÖNTEMLERİ	225
I. GENEL OLARAK	225
II. OBJEKTİF - SOMUT YORUM YÖNTEMİ	226
A. Genel Olarak	226
B. Uygulama Alanı	227
C. Yorumun Konusu	231
D. Yorumun Hedefi	232
E. Yorum Araçları	237
1. Objektif - Genel Anlam	238
2. Sistematik	241
3. Açıklamaya Eşlik Eden Şartlar	241
4. Sözleşmenin Amacı	241
5. Sözleşmenin Oluşum Sürecine İlişkin Materyaller	243
6. İşlem Teamülleri	243
7. Yorum Kuralları ve Yorum İlkeleri	244
8. Diğer Yorum Araçları	247
F. Yorumun Üst Derece Mahkemelerince Denetimi	248
III. SÜBJEKTİF YORUM YÖNTEMİ	251
A. Genel Olarak	251
B. Uygulama Alanı	251
C. Yorumun Konusu	253
D. Yorumun Hedefi	253
E. Yorum Araçları	254

F. Yorumun Üst Derece Mahkemelerince Denetimi	256
§ 12. YORUMU ÖZELLİK ARZ EDEN İRADE AÇIKLAMALARI.....	259
I. GENEL OLARAK	259
II. ŞEKLE BAĞLI İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU	259
III. GENEL İŞLEM KOŞULU İÇEREN İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU	263
IV. HERKESE AÇIK ÖNERİLERİN YORUMU	264
V. SUSMANIN YORUMU	265
§ 13. YORUMUN SONUÇLARI.....	269
I. SÖZLEŞMENİN KURULMASI	269
A. Genel Olarak	269
B. Objektif - Somut Yorum Yönteminin Uygulandığı İhtimalde Sübjektif Unsurdaki Eksikliklerin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi	270
1. Fiil İradesinin Bulunmaması	270
2. Açıklama İradesinin ve İşlem İradesinin Bulunmaması	271
II. SÖZLEŞMENİN KURULMAMASI	276
A. Genel Olarak	276
B. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Uygulanabilirliği	277
§ 14. OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU	279
I. TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKELER ARASINDA KURDUĞU DENGİNİN ELEŞTİRİSİ.....	279
II. İSVİÇRE DOKTRİNİNDEKİ ÇÖZÜM ARAYIŞLARI	283
III. ÇÖZÜM ÖNERİLERİMİZ	284
SONUÇ.....	287
KAYNAKLAR	295
ÖZGEÇMİŞ	317

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)
Abs.	Absatz (Fıkra)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AHBVÜHFD	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
aOR	Das alte schweizerische Obligationenrecht (Eski İsviçre Borçlar Kanunu)
Art.	Artikel (Madde)
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (İsviçre Federal Hukuku Resmî Külliyatı)
aşa.	Aşağıda
AT	Allgemeiner Teil (Genel Kısım)
Aufl.	Auflage (Bası)
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl	Bundesblatt (İsviçre Resmî Gazetesi)
Bd.	Band (Cilt)
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Alman Resmî Gazetesi)
BGE	Bundesgerichtsentscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGer	Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)

BGG	Bundesgerichtsgesetz (İsviçre Federal Mahkemesi Kanunu)
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
c.	Cümle
C.	Cilt
CC	Code civil (Fransız Medenî Kanunu)
CCI	Codice civile (İtalyan Medenî Kanunu)
çev.	Çeviren
D.	Digesta
Diss.	Dissertation (Doktora Tezi)
dn.	Dipnot
E.	Esas numarası
Erw.	Erwägung(en) (Değerlendirme[ler])
f., ff.	Folgende (ve devamı)
FS	Festschrift (Armağan)
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HHFD	Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	Herausgeber (Editör)
http.	Hypertext transfer protocol
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İnÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	Juristische Arbeitsblätter
JASSS	The Journal of Academic Social Science Studies

JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar numarası
karş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MHAD	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖ	Milattan önce
MS	Milattan sonra
N.	Nummer (Numara) / Randnummer (Kenar numarası)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs- Report
OR	Das schweizerische Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	Resmî Gazete
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Rechtssammlung (İsviçre Mevzuatı)
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
Transl.	Translator (Çeviren)
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UAÜHFD	Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
vd.	Ve devamı

Vol.	Volume (Cilt)
Vorbem.	Vorbemerkungen (Ön Açıklamalar)
www.	World wide web
Yarg.	Yargıtay
yuk.	Yukarıda
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Sunuş

Sözleşmenin kurulması, Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 1. maddesinde düzenlenmiştir. TBK m. 1/I hükmüne göre, "sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur". Kanun koyucu anılan hükümde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin, görünüşü itibarıyla son derece basit bir formül öngörmüştür: tarafların karşılıklı irade açıklamalarının birbiriyle uyuşması. Bu bağlamda sözleşmenin kurulup kurulmadığının tespitinde, karşılıklılık arz eden birden çok irade açıklamasının varlığı ve bu irade açıklamaları arasında bir uyuşmanın meydana gelip gelmediği araştırılır.

Sözleşmenin kurulup kurulmadığının ortaya çıkarılması, ilk bakışta ortaya koyduğu basit görünümünün aksine, ciddi bir uyuşmazlık potansiyelini bünyesinde barındırmaktadır. Bu hususta özellikle dil unsurunun payı büyüktür. Dil, ne kadar gelişmiş olursa olsun, duygu, düşünce ve istekleri ifade etmekte yetersiz kalabilmektedir. Buna tarafların dili kullanmadaki olası yetersizlikleri ya da dikkatsizlikleri de eklendiğinde, iletişim sorunlarının yaşanma ihtimalinin ne derece yüksek olduğu açıkça görülür. Yine, dilin kullanımının bölgeden bölgeye, iş sahasından iş sahasına ve hatta kişiden kişiye değişebilen bir yapıyı haiz bulunması, anlamama ve anlaşılmamaya ilişkin riziko alanının genişlemesine yol açmaktadır. Sözleşmenin kurulması da, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, nihayetinde karşılıklı ve birbiriyle uyuşan en az iki irade açıklamasının varlığını şart koştuğu için, iletişim sorunlarına oldukça açık bir alan teşkil etmektedir. Dil unsurundan kaynaklanan zorlukların yanı sıra, müzakerelerin uzun sürdüğü karmaşık sözleşme kurma süreçlerinde, irade açıklamalarının öneriye davet, öneri ya da kabul olarak nitelendirilmesinde zorluklarla karşılaşılabilir. Bilhassa irade açıklamalarının örtülü davranışlar yoluyla gerçekleştirilmesi de mümkün olduğundan, bu tür davranışların, bu arada susmanın ne anlama geldiğinin belirlenmesi her zaman kolay olmamaktadır.

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin kanunî formülün uygulanmasında ve konuya ilişkin geniş uyuşmazlık yelpazesine çözüm üretilmesinde kilit rol, irade açıklamalarının yorumuna aittir. İrade açıklamalarının yorumlanması, en genel ifadesiyle, söz konusu açıklamaların anlamlarının araştırılması faaliyetidir. İrade açıklamaları arasındaki karşılıklılığın ve birbirine uygunluğun tespiti de, ancak bunların anlamlarının ortaya çıkarılmasıyla gerçekleştirilebilir. Zira her şeyden önce, bir irade açıklamasının öneri sayılması için gerekli

¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, *RG*, T. 4.2.2011, S. 27836.

olan belirlilik ve kesinlik şartlarını haiz bulunup bulunmadığı, o irade açıklamasının anlamının belirlenmesiyle açıklığa kavuşturulabilecek bir sorundur. Öte yandan, önerinin muhatabının kim olduğu, muhatabın irade açıklamasının öneriyle içerik bakımından uyuşup uyuşmadığı, yani kabul açıklaması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği gibi soruların cevabı da, irade açıklamalarının anlamlarında gizlidir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu başlıklı bu çalışmanın odak noktasında, doktrinde “uygunluk uyuşmazlığı (*Konsensstreit*)” olarak adlandırılan, sözleşmenin kurulup kurulmadığına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün yer aldığı görülür.

Hemen belirtelim ki çalışmanın odak noktasını uygunluk uyuşmazlıklarının çözümü oluşturmakla birlikte, çalışmadan elde edilecek çıktılar bununla sınırlı değildir. İrade açıklamalarının yorumuna ilişkin ortaya koyulacak esaslar, sözleşmenin kurulmasıyla bağlantılı birtakım münferit sorunların açıklığa kavuşturulmasında ciddi derecede fayda sağlamaktadır. Bilhassa, irade açıklamalarının yorumlanmasıyla sözleşmenin kurulması hâlinde uyuşmanın hangi anlam üzerinden gerçekleştiği de ortaya koyulacağından, bu konu sözleşmenin yorumunun da altyapısını oluşturmaktadır. Dolayısıyla çalışma çerçevesinde ulaşılabilecek yargılar, sözleşmenin yorumuna ilişkin olarak meydana gelen ve yorum uyuşmazlığı (*Auslegungsstreit*) olarak adlandırılan uyuşmazlıkların çözümü bakımından da fayda sağlamaktadır. Diğer yandan, sözleşmenin kurulmasıyla yakından ilişkili bulunan zihni kayıt, şaka açıklaması, muvazaa, yanlış belirtme, yanlış anlama, açığa imza ve okunmadan imzalanan belge gibi pek çok sorun, irade açıklamalarının yorumuna ilişkin ortaya koyulacak genel değerlendirmelerden hareketle çözüme kavuşturulabilmektedir.

Çalışmanın Amacı

Bir yandan konunun son derece temel bir nitelik arz etmesi, diğer yandan ise sözleşme kavramının Roma hukukuna kadar uzanan köklü geçmişi karşısında, sözleşmenin kurulmasına ilişkin temel meselelerin ve bu arada irade açıklamalarının yorumunun, doktrinde ve uygulamada genel kabul gören çözümlere kavuşturulmuş olması beklenir. Fakat konuya ilişkin eserler incelendiğinde, durumun hiç de böyle olmadığı görülmektedir. Tam tersine, özellikle irade açıklaması kavramının bugünkü teorik yapısı itibarıyla hukuk âlemine kazandırıldığı 19. yüzyıl Pandekt hukuk biliminden bu yana, irade açıklamalarının

yorumu, özel hukuk doktrininin en çok tartışılan hususlarından birini teşkil etmiştir². Bir cephesini irade teorisinin (*Willenstheorie*), diğer cephesini ise açıklama teorisinin (*Erklärungstheorie*) oluşturduğu sert bir çatışma yaşanmış; irade açıklaması kavramının içeriği, irade açıklamalarının anlamlandırılması ve irade ile açıklama arasındaki uyumsuzluğun sonuçları gibi hususlar kıyasıya tartışılmıştır. Her bir cepheden verilen farklı oranlardaki tavizler ve çeşitli arabuluculuk çabaları, bilhassa Alman hukukunda, sayısız “karma görüş”e varlık kazandırmıştır.

19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimi, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında yürütülen tartışmaların bugünkü hâlini elde etmesinde kritik bir rol oynamıştır. Nitekim anılan dönem, Roma hukukunun kurallarının işlenmesi ve bunlara dayanarak soyut ve genel kavramlar üretilmesi çalışmalarına sahne olmuş; böylece özel hukuka sistemli bir yapı kazandırmıştır. İrade açıklaması kavramı da bu çalışmalar neticesinde olgunlaştırılmış, “irade” ve “açıklama” bileşenlerinin toplamı olarak hukuk âlemindeki yerini almıştır. İlk olarak Savigny, bu bileşenlerden iradeyi “tek önemli ve etki sahibi”³ unsur olarak gören anlayışıyla irade teorisine hayat vermiştir. İrade teorisıyla dışarıdan algılanabilir olmayan iradeye atfedilen üstün değer in açıklama muhatabı bakımından yarattığı belirsizlik ve emniyetsizlik, ilk aşamada diğer bileşenin, yani açıklamanın yardımı çağırılmasına yol açmış; iradeye uygun olmasa dahi açıklamaya hukuken sonuç bağlanmasını öngören, bilhassa Röver⁴’e dayandırılan açıklama teorisi meydana gelmiştir.

Türk ve İsviçre doktrinleri, irade teorisi ve açıklama teorisinden oluşan zemini hareket noktası olarak kabul etmekle birlikte, anılan teoriler arasındaki mücadeleden daha az etkilenmiş görüntüsü çizmektedir. Bunun sebebi, Türk ve İsviçre doktrininde konuya ilişkin hemen hemen bütün eserlerde ve mahkeme kararlarında, irade açıklamalarının yorumunda güven teorisinin (*Vertrauenstheorie*)⁵ uygulanması gerektiğine işaret edilmesi, bu teorinin

² Bickel’in, 1976 tarihli eserinde yer verdiği, Alman doktrininde iki yüzden fazla yazarın, konuyla doğrudan ilgili bulunan dört yüzü aşkın eser ortaya koyduğuna yönelik ifadeleri bu durumu net biçimde gözler önüne sermektedir. Bkz. Dietrich Bickel, *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen* (Marburg: N. G. Elwert Verlag, 1976), 9, dn. 1.

³ Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III* (Berlin: Bei Veit und Comp., 1840), 258.

⁴ Wilhelm Röver, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen* (Rostock: Koch, 1874), 3 vd..

⁵ Güven teorisine ilişkin genel bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), N. 405 vd.; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl.* (Zürich: Schulthess, 2014), N. 206 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), § 13, N. 1-3; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk

isabetliliğinden dem vurulmasıdır. Bahsedilen durum, ilk bakışta, Türk ve İsviçre hukukunda konuya ilişkin tartışmaların geride bırakıldığı, konunun etrafında büyük ekseriyetle birleşilen bir teori doğrultusunda çözümlendiği hissiyatını vermektedir. Ancak dikkatli bir inceleme, tek ve ortak bir pozisyonu ifade ettiği izlenimini uyandıran güven teorisinin de, birbirinden belirli oranlardan ayrılan farklı fikirlerin ana başlığı olarak kullanıldığını gözler önüne sermektedir. Öyle ki, doktrindeki yazarların bir kısmı, güven teorisinden, yorumda muhatabın konumuna yerleştirilen makul ve dürüst bir üçüncü kişinin değerlendirmesine her durumda belirleyicilik tanınmasını anlamaktadırlar⁶. Bu görüşteki yazarlar, “klasik güven teorisi” olarak adlandırdıkları⁷ anılan yorum yaklaşımını, makul ve dürüst üçüncü kişinin anlayışından hareket etmesi ve ayrıca tarafların yanlış açıklamalarına rağmen birbirlerini fiilen anladıkları hâlleri dikkate almaması bakımından eleştirmişler; çözüm olarak bu sefer, ikici (düalist) yöntem izleyen yeni bir yorum teorisi ileri sürmüşlerdir. Bu teori çerçevesinde, öncelikle tarafların fiilî anlayışlarının, yani iradelerinin uyuşup uyuşmadığı araştırılmakta, sonuç olumsuzsa bu sefer irade açıklaması, somut muhatabın açıklamaya vermesi gereken anlam doğrultusunda yorumlanmaktadır⁸. Fakat yazarlar arasında, bu teorisinin nitelendirilmesinde kavramsal bir yeknesaklığın bulunmadığı göze çarpmaktadır. Nitekim bir görüş, anılan yorum yaklaşımını “yeni güven teorisi” olarak adlandırmaktadır⁹. Bir başka görüş¹⁰ burada, irade teorisinin etkili görünüş teorisi (*théorie de l'apparence efficace*) ile tamamlanmasının söz konusu olduğunu iddia etmektedir. Nihayet, anılan teoriyle özü itibarıyla benzerlik arz eden bir yorum yaklaşımını meram anlatma teorisi (*die Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens*) adı altında, farklı bir

Fakültesi Yayınları, 1968), 5 vd.; Arthur Meier-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss* (Zürich: Buchdruckerei Stampfenbach AG., 1948), 67 vd.; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 11. Bası* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 70-73.

⁶ Karş. Eren, N. 407, 408; Esther Lange, *Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981), 9, 10; Max Keller ve Christian Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl.* (Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1988), 123, 124.

⁷ Eren, N. 407, 408; Keller ve Schöbi, 123, 124.

⁸ Bkz. ve karş. Eren, N. 409 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 1 vd.; Ernst A. Kramer ve Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Bd. VI/1/1: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1986), Art. 1, N. 121 vd.. Söz konusu anlayış, İsviçre’de OR 2020 tasarısında açık bir biçimde hükme bağlanmıştır. OR 2020 Art. 20 Abs. 1, mevcut Art. 18 Abs. 1’e paralel olarak yorumda tarafların uyuşan gerçek iradelerinin esas alınacağını düzenlemiştir; OR 2020 Art. 20 Abs. 2’de ise, uyuşan gerçek iradenin tespit edilememesi hâlinde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanacağı öngörülmüştür. Düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Hans-Ueli Vogt, *Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Kommentar zu Art. 19, 20* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2013), Art. 20, N. 1 vd..

⁹ Eren, N. 409, 410.

¹⁰ Paul Piotet, *La formation du contrat: en doctrine générale et en droit privé suisse* (Bern: Stämpfli, 1956), 49; Paul Piotet, “La théorie de la conclusion du contrat et son évolution en droit suisse”, *ZbJV* 121 (1985): 164.

teori olarak ele alan bir grup yazara da rastlanmaktadır¹¹. Öte yandan çok sayıda eserde ise¹², muhatabın açıklamaya vermek durumunda olduğu anlamın zaten iradeler arasında bir uyuşmanın bulunmaması hâlinde gözetildiğinden, yani teorinin orijinal hâlinin bu içeriğe sahip bulunduğundan hareketle, “klasik” ve “yeni” gibi sıfatlara başvurulmaksızın, tek başına güven teorisi kavramının tercih edildiği görülür.

Türk ve İsviçre hukuklarında güven teorisi ortak adı altında savunulan düşünceler arasındaki farklılıklar, salt kavramsal düzeyle sınırlı kalmamaktadır. Nitekim anılan teori bünyesinde, muhatabın güveninin korunmasının sınırları bakımından da görüş ayrılıklarına rastlanmaktadır. Bu durum bilhassa, güvenin korunması adına -doktrinde genel olarak benimsenen üçlü ayırım çerçevesinde- irade açıklamasının sübjektif unsurlarının hangilerinden vazgeçilebileceği ve bu çerçevede yorum sonucunun açıklama sahibine isnat edilebilirliğinin sınırının nasıl çizilmesi gerektiği hususundaki tartışmalarda kendisini göstermektedir¹³. Böylece güven teorisinin, gerek kavramsal düzeyde gerek içeriği bakımından tek ve sınırları belirli bir teori teşkil etmekten uzak olduğu anlaşılmaktadır.

Teorilere ilişkin kavram ve içerik kargaşası, esasında sadece güven teorisi bakımından değil, irade ve açıklama teorileri için de söz konusudur. Bu durumun en bariz örneğini, doktrinde, bazı yazarlar tarafından irade teorisinin alt başlığı olarak değerlendirilen birtakım görüşlerin, diğer bazı yazarlarca açıklama teorisi altında ele alınması teşkil etmektedir. Örneğin, irade açıklamalarının yorumunda açıklama muhatabının sübjektif anlayışını esas almak gerektiği yönündeki teori, doktrinde bir görüş tarafından sübjektif açıklama teorisi nitelendirmesiyle ifade edilmektedir¹⁴. Diğer bir görüş ise, anlam verme teorisi (anlam verme ilkesi, *Deutungsprinzip*) olarak isimlendirdiği bu düşüncede, özü itibarıyla irade teorisinin izlerini görmektedir¹⁵. Benzer bir durum, Alman doktrininde, Larenz’in öne sürdüğü yürürlük teorisi (*Geltungstheorie*) bakımından da söz konusudur. Esasında Larenz, konuya ilişkin açıklamalarında, bu teoriyle hem irade teorisini hem de açıklama teorisini

¹¹ Max Keller, “Der Vertragswille im Obligationenrecht”, *SJZ* 58. Jahrgang, Heft 24 (1962): 369 vd.; Lange, 21 vd..

¹² Örnek olarak bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 206 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 1-4; Hugo Oser ve Wilhelm Schönenberger, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Aufl.* (Zürich: Schulthess & Co., 1929), Art. 1, N. 51-59.

¹³ Genel itibarıyla tartışmalar için bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 221; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 12-14; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 30 vd..

¹⁴ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), N. 1184; Eren, N. 401.

¹⁵ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 24.

reddettiğini açıkça ifade etmiştir¹⁶. Buna rağmen doktrinde, Larenz'in bu teorisini, açıklama teorisi ya da irade teorisi nitelendirmeleri altında ele alan yazarlara rastlanmaktadır¹⁷. Daha da ilginç, bugün irade teorisinin mucidi olarak akıllara kazınan Savigny'nin öğretisinde açıklama teorisinin izlerini bulan yazarlar dahi mevcuttur¹⁸.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunu ele alan bu çalışmanın kronolojik anlamda ilk sırada güttüğü amaç, teoriler düzeyinde yaşanan kavram ve içerik kargaşasını çözüme kavuşturmadır. Bu doğrultuda yapılması gereken, her bir teorisinin özünde yer alan kural ya da kurallar ile bunların dayandığı hukukî ilkeleri açığa çıkarmaktır. Zira hukukî teorilerin bünyelerinde barındırdıkları kurallar, hukukun genel ilkeleri olarak ifade edilen birtakım temel değerlendirmelerden türetilirler¹⁹. Bir teori, tek bir ilkenin ifadesi olan tek bir kuraldan oluşabileceği gibi, genellikle kural - istisna ilişkisi içinde bulunan birden çok ilkenin ve birden çok kuralın bir araya getirilmesiyle de meydana gelebilir²⁰. Bu bağlamda, konuya ilişkin hukukî teorilerin özünün ve dolayısıyla diğer teorilerle arasındaki ilişkinin isabetli biçimde tespit edilmesi, kurallar ve ilkeler düzeyinde bir analizi gerektirmektedir. Bu kural ve ilkelerin aydınlatılması, aynı zamanda, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunda çatışan temel ilkesel kutupların da görünür kılınması anlamına gelmektedir. Öte yandan, teori ve ilke arasındaki farkın gözetilmesi, bu kavramların eşanlı şekilde kullanılmasının beraberinde getirdiği olası hatalı değerlendirmelerin tespit ve bertaraf edilmesi yolunda önemli bir adım teşkil etmektedir.

Teorilerin içerdikleri kurallara ulaşılmasında yapılması gereken, her bir teorisinin kendi tarihsel bağlamının içine yerleştirilmesidir. Bu çerçevede her bir teori, Roma hukukundan başlayarak bugüne uzanan tarihsel süreçle birlikte ve bu sürecin bir parçası olarak ele alınmalıdır. Böylece, öncelikle teorilerin metodolojik ve felsefî altyapılarıyla birlikte değerlendirme konusu yapılması mümkün hâle gelir. Bilhassa metodolojinin verileri, teorilerin maddî içeriğinin açığa çıkarılmasında kritik rol oynamaktadır. Nitekim 19. yüzyıl Pandekt hukuk biliminde Roma hukuku kurallarının benimsenerek uygulanması ve bundan

¹⁶ Karl Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1930), 62, 63.

¹⁷ Bkz. ve karşı. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl.* (Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 1992), 58, 59; Alfred Manigk, "Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts" (Rezensionsabhandlung), *ARWP* Bd. XXVI (1932, 1933): 366.

¹⁸ Savigny'nin öğretisine ilişkin değerlendirmeler hakkında genel bilgi için bkz. Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? - Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), 158, 159.

¹⁹ Claus-Wilhelm Canaris, "Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien", *JZ* Bd. 48, Heft 8 (1993): 382-384.

²⁰ Canaris, "Juristische Theorien", 383, 384.

sonraki tarihsel süreçte konunun pozitif hukuk kurallarıyla düzenlemeye kavuşturulmasıyla, konu metodolojinin doğrudan etki alanına dâhil olmuştur. Kaldı ki hukuk metodolojisi, pozitif hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasının yanı sıra, yasama organının kanun koymas ve hâkimin hukuk yaratması yöntemini de kapsamına almaktadır²¹. Doktrin de, teorilerin üretilmesi sürecinde, kanun koyucunun ve hâkimin izlediği kural koyma sürecinin bir benzerini takip etmesi bakımından metodolojinin verilerini kullanmaktadır. Serozan'ın isabetle belirttiği üzere²², her görüş ayrılığının temelinde aslında yazarın kullandığı metot yatmaktadır. Yargıya varırken kullanılan metodun gözetilmesi, bu çerçevede, teorilere saydamlık kazandırır, bunların içerdiği kuralları ve değer yargılarını görünür hâle getirir. Öte yandan, incelemenin Roma hukukunu ve doğal hukuku da kapsamına alacak şekilde genişletilmesi, tarih boyunca konuya ilişkin tartışmaları yönlendiren temel hukukî ilkelerin ortaya koyulmasına ve teorilerin bu ilkelerle ilişkilendirilmesine yardımcı olur. Tüm bunlar, konunun incelenmesinde perspektifi hem genişletir hem de derinleştirir.

Hemen belirtmek gerekir ki, meselenin tarihsel süreçteki görünümünün bütüncül ve derinlikli biçimde incelenmesi ve böylece ilkesel kutupların tespiti, pozitif hukuktan kopuk ve tamamen serbest bir zeminde, konuya ilişkin teorilerden hangisinin isabetli, hangisinin isabetsiz olduğu değerlendirmesine yönelik değildir. Bu incelemenin esas hedefi, Türk - İsviçre kanun koyucusunun konuyu ele alış tarzının tahlilinde kullanılacak bir zemin elde edilmesidir. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinde, hukukî uyuşmazlıkların çözümünde, ilk sırada “kanunun sözü ve özü”ne işaret edilmesi karşısında, öncelikle araştırılması gereken, kanun koyucunun meseleye ilişkin tavrı, ortaya koyduğu değer yargısı olmalıdır. Çatışan ilkesel pozisyonlardan hareket edilmesi, kanun koyucunun bunlardan hangisini, ne derecede benimsediği hakkında yargıda bulunabilmek için ön şart teşkil etmektedir. Bu yöndeki yargılarla, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin iç sistemi keşfedilmiş olacaktır. Bu sistem çerçevesinde, bağlantılı münferit mesele ve uyuşmazlıkların tutarlı bir temelde çözüme kavuşturulması imkânı elde edilecektir. Ayrıca, olanın açığa çıkarılması, olması gereken hakkında sonuçlara varmayı da mümkün hâle getirecektir. Dolayısıyla, yukarıda belirttiğimiz ilk amaç, aslında, çalışmanın temel amacına giden yolda bir araç teşkil

²¹ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005), 42-45; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem - Mantık*, 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), N. 4.

²² Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 1b.

etmektedir.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun Türk - İsviçre kanun koyucusu tarafından, tek ve açık bir hükümle düzenlenmemiş olması, konunun sistematik biçimde ele alınmasının önemini daha da artırmaktadır. Gerçekten konu, sözleşmenin kurulmasının genel kuralını ifade eden TBK m. 1/I'in yanı sıra, sözleşmelerin yorumu başlıklı TBK m. 19 hükmünün de etki alanında kalmaktadır. Öte yandan, yanılmayı düzenleyen TBK m. 30 ve devamı da, esasında konuyla ciddi biçimde bağlantılıdır. Zira gerek Roma hukukunun gerek doğal hukukun ve hatta Pandekt hukukunun konuya ilişkin yaklaşımına, çoğunlukla, anılan hukuk düzenlerinde yürütülen, yanılmaya hukuken sonuç bağlanıp bağlanmayacağı eksenli tartışmalardan yapılan çıkarımlarla ulaşılmaktadır. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun meseleye ilişkin tutumunun ortaya koyulması, anılan hükümlerin, ilkesel zeminleriyle birlikte ve aralarındaki iç bağlantı gözetilerek değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Özellikle, bugün Türk ve İsviçre doktrinlerinin meselenin çözümünde başrole taşıdığı dürüstlük kuralının (TMK²³ m. 2/I) bu husustaki gerçek rolü de böylece açığa çıkarılmış olacaktır.

Bu çalışmanın meydana getirilmesinde etkili olan bir başka husus ise, gerek İsviçre gerekse Alman doktrininde son dönemde gözlenen, irade açıklamalarının yorumunu, objektif temelli tek bir yöntemle açıklama çabasıdır²⁴. Gerçekten her iki hukuk düzeninde de, son yıllarda, yorumda sübjektif esaslara dayanan bir yöntem ile objektif esaslara dayanan bir yöntemin birlikte uygulanması esasına dayanan hâkim düalist yaklaşıma eleştiriler yöneltildiği görülmektedir. Bu çerçevede, somut olayın şartlarını da göz önünde bulunduran bir objektif yorum yaklaşımının tek başına uygulanmasının yeterli olacağı iddia edilmektedir. Çalışmanın amaçları arasında, bu yöndeki görüşlerin değerlendirilmesi ve birden çok yorum yönteminin kabulünün zorunlu olup olmadığının tartışılması da yer almaktadır. Birden çok yöntemin gerekliliği yargısına varılırsa, bu sefer yöntemler arasındaki öncelik - sonralık ilişkisinin tespiti ve yöntemlerin uygulama alanlarının sınırlarının netleştirilmesi için çaba sarf edilecektir.

²³ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, RG, T. 8.12.2001, S. 24607.

²⁴ İsviçre doktrininde bu yönde bkz. Christoph Müller, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018), Art. 18, N. 70 vd., özellikle N. 75 ve N. 100-102; Bernhard Stehle, "Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien", *Recht* (2014): 257 vd.. Alman doktrininde bu yönde bkz. Morten Mittelstädt, *Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), 269 vd.; Michael Stathopoulos, "Zur Methode der Auslegung der Willenserklärung", *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973), 361 vd..

Türk - İsviçre pozitif hukukunda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında sergilenen yaklaşımın açığa kavuşturulmasıyla, hâkimin, önüne gelen bir uygunluk uyumsuzluğunda nasıl bir yol izlemesi gerektiği hakkında sonuçlara varmak da mümkün hâle gelmektedir. Bu çerçevede, çalışmanın bir sonraki hedefi, bir uygunluk uyumsuzluğu ile karşı karşıya kalan hâkimin, sözleşmenin kurulup kurulmadığını değerlendirirken araştırması gereken hususlar ile bu araştırma sırasında izleyeceği yolun aydınlatılmasıdır.

Yöntem, Çalışma Planı ve Konunun Sınırlandırılması

Çalışmanın amaçları bağlamında da belirttiğimiz üzere, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu ele alınırken, TMK m. 1/I hükmünün açık emri gereğince öncelikle yapılması gereken, kanun koyucu tarafından, hukukî düzenlemelerle ortaya koyulan çözümün bulunup ortaya çıkarılmasıdır. Dolayısıyla çalışmamızda konuya ilişkin sunacağımız çözümlerde çıkış noktasını pozitif hukuk düzenlemeleri oluşturacaktır.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin meselelere kendi içinde tutarlı çözümler üretebilmek için, Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin iç sisteminin ortaya koyulması hedeflenmektedir. Bu amaçla, TBK m. 1/I, m. 19 ve m. 30 vd. hükümleri sistematik yoruma tâbi tutulacak, TMK m. 2/I'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı da, bu hususta gerekli olduğu ölçüde göz önünde bulundurulacaktır. Anılan hükümlerden, kanun koyucunun ilkesel zeminde kurduğu dengeye ve böylece ilkesel düzlemde ortaya koyduğu değer yargılarına ulaşılabilecektir. Dolayısıyla bu aşamada yararlanılacak olan yöntem, tümevarım yöntemidir.

Kanun koyucunun sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin ilkesel düzeydeki tercihinin gün yüzüne çıkarılmasının ardından, yoruma ilişkin çeşitli münferit sorunlar için tutarlı çözümler üretilecektir. Bu kısımda tümevarım yöntemi, yerini tündengelim yöntemine bırakmaktadır.

Konuya ilişkin ortaya koyulan eserlerin sayıca fazlalığı ve bu eserlerde savunulan görüşlerin çeşitliliği nedeniyle, doktrinde savunulan bütün görüşlerin bu çalışmaya yansıtılması, değerlendirilmesi ve çürütülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, doktrindeki mevcut pozisyonlar, teoriler düzeyinde, ana hatları itibarıyla incelenecek ve değerlendirilecektir. Aynı gerekçeyle, karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımların her birinin ayrı başlıklarda ve bir bütün olarak açıklanması yoluna da gidilmeyecektir. Konu büyük ölçüde Türk ve İsviçre hukukuyla sınırlı olarak ele alınacaktır. Ancak, münferit meseleler

bazında, bilhassa Alman doktrininin sunduğu görüş zenginliğinden faydalanmaya çalışılacaktır.

Teoriler düzeyinde ele alındığında dahi yeterince organize hâle getirilemeyen ve sadeleşmeyen kaynak ve fikir hazinesinin çalışmamız çerçevesinde yapılacak inceleme için kullanışlı kılınması, çok daha bütüncül bir bakış açısıyla, bunların ortak zemininin tespit edilmesiyle gerçekleştirilebilir. Bu bütüncül bakış açısına ulaşılması, öncelikle konuyu belirli bir dönem ya da hukuk sistemindeki hâliyle değil, tarihsel sürecin bütünündeki görünümüyle ele almakla mümkün olacağından, hukuk tarihinden yararlanılması gereği ortaya çıkmaktadır. Yine doktrindeki pozisyonların analizinde ve bunlar arasındaki bağlantının kurulmasında fayda sağlayacak olması nedeniyle, hukuk felsefesinin ve hukuk metodolojisinin verilerine başvurulacaktır. Nitekim çalışma konumuza ilişkin fikirler felsefi ve metodolojik kalıplara yerleştirildiğinde, hem bunların tarihsel süreçteki gelişimleri neden - sonuç ilişkileri temeline oturtulabilmekte hem de aralarındaki benzerlik ve farklılıklar görünür hâle gelmektedir. Öte yandan, elde edilen zeminin bugün yürürlükte olan pozitif hukukla bağlantısının kurulması ve bugünkü durum çerçevesinde yargılara ulaşılması da, hukuk metodolojisi yönünden yapılacak analizlerle gerçekleştirilebilir. Bu yolla, çalışmamızda yapacağımız değerlendirmelerde “metotsuzluk”tan kaynaklanan olası tutarsızlıkların bertaraf edilmesi de amaçlanmaktadır. Ayrıca, çalışma çerçevesinde yoruma ilişkin değerlendirmeler yapılırken, gerekli olduğu ölçüde ve pragmatik biçimde, hukuk biliminin sınırları dışına çıkılarak, dil felsefesi ile hermeneutiğin (yorum bilimi)²⁵ sunduğu verilerden de yararlanılması planlanmaktadır.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu adlı bir çalışmayla karşılaşan çoğu okuyucunun aklına, ilk anda, “sözleşmenin kurulması” ya da “irade açıklaması” başlığıyla başlayan bir sistematik gelir. Fakat konunun derinlerine inildiğinde, ne irade açıklaması kavramının ne de sözleşmenin kurulmasının şartlarının doktrin tarafından genelgeçer bir şekilde açıklandığı görülmektedir. Her iki sorun da, benimsenen teoriye ve bu çerçevede savunulan görüşe göre farklı şekillerde çözüme kavuşturulmaktadır. Bu durum, konuyu ele alırken belirli ön kabullerden hareket edilmesini olanaksız hâle getirmektedir. Dolayısıyla bunlarla ilgili sonuçlara varılabilmesi için, öncelikle sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin tartışmaların ortaya koyulması ve Türk

²⁵ Son yıllarda Alman ve İsviçre doktrinlerinde, bilhassa kanunun uygulanması hususunda dil felsefesi ve hermeneutikten sıklıkla yararlanıldığı gözlemlenmektedir. Örnek olarak bkz. Dietrich Busse, *Juristische Semantik* (Berlin: Duncker & Humblot, 1993); Bernhard Herrlich, *Recht zur Sprache gebracht* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010).

kanun koyucusunun bu tartışmalara ilişkin aldığı konumun belirlenmesi zorunludur.

Yönteme ilişkin tüm bu açıklamalar ışığında, çalışmamızın birinci bölümü, meselenin Roma hukuku, doğal hukuk ve Pandekt hukukundaki görünümünün ve nihayetinde bugün gelinen noktanın, hukuk felsefesi ve hukuk metodolojisine ilişkin gelişmeler ışığında incelenmesine ayrılmıştır. Bu inceleme sonucunda, konunun ilkesel kutuplarının açığa çıkarılması hedeflenmiştir. İkinci bölüm ise, Türk - İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu kutuplar arasında kurduğu dengenin ortaya koyulması amacıyla kaleme alınacaktır. Bu denge, kanun koyucusunun tutumunun teoriler düzlemindeki karşılığının görünür kılınmasını sağlayacaktır. Ardından üçüncü bölümde, yoruma ilişkin temel sorunların çözüme kavuşturulması yoluna gidilecektir. Bu hususta bilhassa hâkimin, somut bir uygunluk uyuşmazlığı ile karşılaştığında uygulayacağı yöntem ya da yöntemlerin açıklanması ve detaylandırılması planlanmaktadır. Hâkimin sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususunda bir sonuca varmak için araştırması gereken hususlar ile hangi ihtimallerde hangi sonuca hükmedeceğine ilişkin değerlendirmeler de, son bölümün kapsamı dâhilinde kalmaktadır.

Çalışmamızın konusu, uygunluk uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulması amacıyla, sözleşmelerin kurulmasında irade açıklamalarının anlamlarının açığa çıkarılmasıyla sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşacak olması nedeniyle kanunun yorumu meselesi, irade açıklamalarının yorumuyla bağlantılı olan yönleri dışında inceleme konusu yapılmayacaktır. Aynı doğrultuda, irade açıklamalarının yorumu, sadece özel hukuk çerçevesinde, borç sözleşmelerinin kurulmasıyla bağlantılı olarak ele alınacaktır. Bu bağlamda, özellikle taraflar arasında bir işlem trafiğinden bahsedilemeyen ilan yoluyla ödül vaadi gibi irade açıklamalarının ve nitelikleri gereği özellik arz eden aile hukuku, miras hukuku ve kamu hukukuna ilişkin irade açıklamalarının yorumu, çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KONUNUN İLKESEL ZEMİNE TAŞINMASI

§ 1. SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALARIN TARİHSEL GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK

İrade açıklaması öğretisiyle bağlantılı pek çok sorunda olduğu gibi, irade açıklamalarının yorumunda da, konunun tarihsel zemini olarak irade ile açıklama arasındaki üstünlük mücadelesine işaret edilmesi, oldukça alışıldık bir durumdur. Bu zeminin teoriler düzeyindeki ifadesi olan irade teorisi ile açıklama teorisi, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun tarihsel temel kutupları konumunu tartışmasız bir şekilde korumaktadır. Ancak tarihsel süreç incelendiğinde, bu teorilerin, köklerini yakın sayılabilecek bir zamanda, 19. yüzyılda bulduğu görülür. Esas itibarıyla 19. Yüzyıl Pandekt hukuk bilimi (*Pandektenwissenschaft*, *Pandektistik*)²⁶ hukukçularının çalışmalarından filizlenen bu teorilerden, öncelikle Savigny'nin iradeyi yücelten bir bakış açısıyla hayat verdiği irade teorisi ortaya atılmış; bu teoriye tepki olarak, açıklama muhatabı aleyhine ortaya çıkan riskleri bertaraf etmeye yönelik çabalarla birlikte, açıklama teorisi hukuk âlemine kazandırılmıştır.

Kabul edilmelidir ki, Roma hukukundan bu yana asırlardır uygulanagelen özel hukuk sisteminde, sözleşmelerin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu gibi köklü bir meselenin ilk olarak 19. yüzyılda gündeme gelmiş olması akla yatkın değildir. Nitekim sözleşmeden bahsedilen her yerde, hatta daha ileri gidilirse, hukukî sonuçlara ulaşmak amacıyla kelimelerin ve hatta davranışların kullanıldığı her noktada yorum ihtiyacı baş göstermektedir. Bu nedenle, anılan hususa ilişkin tarihçe incelemesinde on dokuzuncu yüzyıldaki gelişmelere belirleyici nitelik atfedilmesinden, bu tarihten önce böyle bir hukukî sorunun mevcut olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin

²⁶ “Pandekt” kavramına, hukuk tarihinde farklı dönemlerde, farklı amaçlarla başvurulmuştur. Bizim burada kullandığımız Pandekt hukuk bilimi kavramı, 19. yüzyılda Savigny'nin öncülük ettiği tarihçi hukuk okulunun Roma hukukuna ilişkin çalışmalarını ifade etmektedir. Bu çalışmalar, büyük ölçüde Alman Medenî Kanunu'nun zeminini hazırlamıştır. Konuya ilişkin bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 28, 29; Eşref Küçük, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *AÜHF D. C. LVI*, S. 4 (2007): 114; Joachim Rückert, “Prinzipienjurisprudenz?!”, *Recht* (2017): 301.

kurulmasında irade açıklamalarının anlamlandırılması sorunu ilk olarak 19. yüzyılda icat edilmemiştir. Söz konusu zaman diliminin buradaki önemi, konunun bugünkü adıyla ilk kez bu dönemde ele alınmaya başlamasından ileri gelmektedir.

Gerçekten, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu başlıklı bir araştırmanın daha en başında kabul edilen bir gerçek vardır: sözleşmenin bileşeni olarak irade açıklaması kavramının varlığı. İrade açıklaması kavramı ise, ilk olarak 18. yüzyılda tarih sahnesine çıkmıştır. Zira Roma hukukunda genel bir hukukî işlem ve sözleşme düşüncesi kabul edilmemiştir²⁷. Bunun yerine, kira sözleşmesi, satış sözleşmesi gibi münferit sözleşme türlerine rastlanmaktadır²⁸. Çeşitli kaynaklarda *actus* (davranış, faaliyet), *negotium* (işlem), *contractus*²⁹, *conventio* ve *pactum* (sözleşme, anlaşma) gibi ifadeler yer almaktaysa da, bunlar bugünkü teknik anlamlarıyla kullanılmamıştır³⁰. Benzer şekilde sözleşme kavramının bileşenlerine ayrılarak incelenmesi ve özellikle irade - açıklama ayırımına da Roma hukukunda rastlanmamaktadır³¹. Öte yandan doğal hukuk da, konunun genel ve soyut kavramlarla incelenmesine 18. ve 19. yüzyıllara kadar yabancı kalmıştır³². Bu nedenle, hukuk tarihinde sözleşmelerin irade açıklamaları düzeyinde ele alınması düşüncesi uzun bir süre kendisine yer bulamamıştır.

19. yüzyılda, Pandekt hukuk biliminin etkisiyle, özel hukuk, genel kısım - özel kısım ayırımına tâbi tutularak ele alınmaya başlamıştır. Bu yaklaşım, özel hukukun daha iyi kavranmasını mümkün kılacak “kavramlaştırma” faaliyetini beraberinde getirmiştir. Tek başına bir öze sahip olan, başlı başına anlam ifade eden genel kavramlar üretilmiş, bu kavramların ayırt edici özelliklerini taşıyan tüm meselelerde, bu kavramlara ilişkin

²⁷ Gerhard Dulckeit, “Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht”, *Festschrift Fritz Schulz, Bd. I* (Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1951), 150, 153; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977), 53; Fritz Schwind, *Römisches Recht, Bd. I: Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes* (Wien: Springer-Verlag, 1950), 259.

²⁸ Flume, *Rechtsgeschäft*, 28.

²⁹ *Contractus* kavramı, Roma hukukunda bir işleme ilişkin şekle bağlı bir fiil olarak anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, örneğin mirasın kabulü, bir sözleşme olmamasına rağmen, *contractus* kavramında değerlendirilmektedir. Bu kavram, “sözleşme” anlamını ancak Bizans döneminde kazanabilmiştir. Konuya ilişkin bkz. Koschaker ve Ayiter, 204.

³⁰ Flume, *Rechtsgeschäft*, 28; Heinrich Honsell, *Römisches Recht, 7. Aufl.* (Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 2010), 25.

³¹ Leif Böttcher, *Von der Lüge zur Mentalreservation* (Bonn: V & R Unipress, 2007), 79; Jan Dirk Harke, *Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 2005), 19.

³² Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 43, 50. Bugünkü kavramsal olgunluğa ulaşmamış olmakla birlikte, hukukî işlemlerin irade açıklamaları bazında ele alınmasının temellerinin, doğal hukukta, Christian Wolff ve öğrencileri tarafından atıldığı düşünülmektedir. Bkz. Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly ve Walter Selb, *Römisches Recht, 4. Aufl.* (Berlin - Heidelberg - New York: Springer-Verlag, 1987), 119 ve özellikle 119, dn. 1.

hükümlerin, mantık kurallarının egemenliği altında, atlama (*Subsumtion*) yoluyla uygulanmasından hareket edilmiştir³³. Bu süreçten sözleşmeler de etkilenmiş, önceleri işlevlerine ve sonuçlarına göre farklı şekillerde adlandırılan sözleşmeler için, çekirdeğini “hukukî”liğin ve “iradî”liğin oluşturduğu soyut ve genel kavramlar meydana getirilmiştir³⁴. Bir süre devam eden terminolojik ayrılıkların ardından Savigny, 19. yüzyılda *bugünkü şekliyle* “hukukî işlem” ve “irade açıklaması” kavramlarını hukuk terminolojisine kazandırmıştır³⁵. İrade açıklamasının irade ile açıklama şeklinde bileşenlerine ayrılması ve irade açıklaması öğretisine ilişkin sorunların sistematik bir inceleme zemini kazanmasının temelinde bu gelişmeler yatmaktadır. Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu sorununun kökeninin 19. yüzyıla ve Savigny’ye dayandırılmasının nedeni de tam olarak budur.

Hâlbuki kavramlar penceresinden bakmaktan vazgeçildiğinde, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun, 19. yüzyıl öncesinde de farklı kılıflar altında ve azımsanamaz derecede hukuk sahnesini meşgul ettiği görülür. Konuya ilişkin tartışmaların tarihsel temellerine, esasen irade sakatlıklarının ve bilhassa yanılmanın sözleşmenin varlığını ve geçerliliğini engelleyip engellemeyeceği sorununun ele alınışında rastlanmaktadır. Gerek Roma hukukunda gerekse doğal hukukta, bu tartışmanın her iki cephesinin de çeşitli gerekçelerle savunulduğu göze çarpmaktadır. Ayrıca Roma hukuku ve doğal hukuk, konunun 19. yüzyılda aldığı biçim bakımından da yadsınamaz derecede etki sahibidir. Nitekim tarihçi hukuk okulunun kurucusu olan Savigny’nin özel hukuku sistemli hâle getiren çalışmalarının hammaddesini, *Corpus Iuris Civilis*’e yansıyan hâliyle Roma hukuku kuralları oluşturmuştur. Modern doğal hukuk da, esasında konuya ilişkin kavramlara soyutluk kazandırılmasına yönelik ilk çabalara ev sahipliği yapmıştır. İrade açıklaması kavramı, bugünkü olgunluğunu kazanmamış olsa dahi, ilk olarak bu hukuk sistemine dâhil eserlerde kullanılmış³⁶ ve 19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimine buradan aktarılmıştır. Dolayısıyla bilhassa Roma hukuku ve modern doğal hukuk, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu başlıklı bir çalışmada, en azından ana hatlarıyla inceleme konusu

³³ Flume, *Rechtsgeschäft*, 29; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 50.

³⁴ Nitekim anılan dönemde, hukukî fiiller (*rechtliche Handlungen, actus iuridici*) ve hukukî işlemler (*rechtliche Geschäfte, negotia iuridica*) gibi kavramların hukuk terminolojisine kazandırıldığı görülmektedir. Bu dönemdeki eserlerde söz konusu kavramların kullanımına ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. Siegmund Schlossmann, “Willenserklärung und Rechtsgeschäft”, *Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät ihrem hochverehrten Senior Dr. Albert Hänel* (Kiel und Leipzig: Verlag von Lipsius & Tischer, 1907), 48 vd..

³⁵ Flume, *Rechtsgeschäft*, 30.

³⁶ Bkz. aşağı. Birinci Bölüm, § 2, II, C.

yapılmayı hak etmektedir.

19. yüzyıl öncesindeki sürecin açıklanmasında önemle göz önünde tutulması gereken bir husus vardır ki, bu da her bir hukuk düzeninin soruna kendi gelişmişliği düzeyinde ve kendi yöntemiyle yaklaştığı, bunu kendi üslubunca ele aldığıdır. Bunun bir sonucu olarak, hukuk düzenlerinin her birinde konunun üzerinde tartışıldığı eksen ve bu eksenin kutupları, ayrı ayrı tespit edilmelidir. İrade teorisi ve açıklama teorisi nitelendirmelerinin 19. yüzyıl öncesinde ileri sürülen fikirleri ifade etmek amacıyla kullanılmasından, bu doğrultuda, özellikle uzak durulacaktır. Nitekim “teori” nitelikleri itibarıyla söz konusu düşüncelerin temelinde, soyut ve genel bir irade açıklaması kavramı ve bu kavramın bileşenleri yatmaktadır. Bunlar, kendi dönemlerine aittirler, kendi dönemlerinin felsefi ve metodolojik anlayışlarını yansıtmaktadırlar. Özellikle irade açıklaması kavramının mevcut olmadığı, sorunun münferit uyuşmazlıklar çerçevesinde, olay bazında hükme bağlandığı Roma hukukunda, konuya ilişkin mahkeme kararlarında takınılan tutumun anılan teorilerle nitelendirilmesi, kişiden kişiye değişen varsayımlara sebebiyet verir ve ciddi bir kargaşayı beraberinde getirir. Tarihin tüm dönemlerinde konunun ele alınışında bir ortak noktadan bahsedilecekse bu, teoriler düzeyinde değil, teorilerin temelinde yatan ilkeler bazında söz konusudur. Zaten çalışmamızda da, tarihsel sürecin aydınlatılmasının ardından süreç bir bütün olarak değerlendirilecek, tümevarım yöntemiyle bu ilkelere ulaşılabacaktır.

Tarihsel kesitlerin incelenmesinde, bugünkü adıyla irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâllerine ve bilhassa yanılmaya ilişkin değerlendirmelerin de göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir. Gerçi sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu esas itibarıyla sözleşme öğretisinin bir sorunudur. Fakat bu sorunun çözümü, her bir hukuk düzeninde irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâlleri karşısında sergilenen tavırla sıkı şekilde bağlantılıdır. Bu sıkı bağlantı, irade açıklaması kavramının icadından önceki dönemde son derece belirgindir. Zira özellikle yanılma bu dönemde doğrudan sözleşme bazında ele alınmış; yanılmaya hukuken sonuç bağlanması, sözleşmenin kurulmamasıyla aynı anlama gelmiştir³⁷. İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun yanılmayı sözleşmenin kurulmasını engelleyen bir etken olarak değerlendirmemesi karşısında bu bağlantı bir miktar zayıflasa da, hâlen gücünü korumaktadır. Zira yanılmaya bağlanan sonuç, nihayetinde yanılma kanununun irade açıklamalarının yorumuna ilişkin genel duruşunu yansıtmakta, bu konuda doğrudan çıkarımlar yapmaya imkân vermektedir. Bu nedenle konumuza ilişkin açıklamaların tarihsel

³⁷ Flume, *Rechtsgeschäft*, 440.

gelişiminin aydınlatılmasında, yanılmaya ilişkin fikir ve açıklamalar da irdelenecektir.

Konunun yüzlerce yıllık serüveninin her bir parçasını ele almak çalışmamızın sınırlarını fazlasıyla aşacağı için, bu bölümde anlatımda seçici davranılacak ve sadece kritik önem taşıyan tarihsel kesitler üzerinde durulacaktır. Her ne kadar 19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimi, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle çalışma konumuza ilişkin tartışmaların mucidi olarak anılmamalı ise de, nihayetinde ürettiği sistem ve kavramlarla tartışmaya bugünkü hâlini verdiği için, tarihsel süreç 19. yüzyıl öncesi ve sonrası şeklinde ikiye ayrılarak incelenecektir.

II. 19. YÜZYIL ÖNCESİNDEKİ DURUM

A. Roma Hukuku

1. Katı Şekilciliğin Hâkim Olduğu Dönem: Rahip Hukuku

Hukuk sistemlerinin geçirdiği tarihsel gelişim süreci dikkatle incelendiğinde, bunların ilk dönemlerine katı bir şekilci anlayışın (*Formalismus*) hâkim olduğu görülür. Tüm hukuk sistemleri, gelişimlerinin ilk aşamasında, sınırlı bir kapsamda, ancak dışarıdan algılanabilir olana değer tanımış, sadece onu dikkate almıştır. Hukuk sâjeleri, bu şekil şartlarına uydukları sürece ve ancak bu şeklin dışarıya yansıttığı boyutta hukuken hareket edebilmiş ve hukukun koruma alanından yararlanabilmişlerdir. Yani bu dönemde hukuk, “hukuken dikkate alınması istenen her şeyin üzerinde hareket etmek zorunda olduğu, yanına ve ötesine başka bir yol geçmeyen bir demiryolu”³⁸ gibidir.

Anılan şekilci yaklaşım, özel hukukta, hukukî işlemlerin katı şekil kurallarına tâbi tutulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu eğilim, Roma hukukunda da kendisini açıkça belli etmiştir. Özellikle cumhuriyet döneminin sonlarına kadar geçerli olan ve Rahip hukuku (*Pontifikaljurisprudenz, Priesterjurisprudenz*) olarak adlandırılan hukuk uygulamasında³⁹, hem kamu hukuku alanında hem de özel hukuk alanında şekil unsuruna aşırı değer verilmiştir⁴⁰. Öyle ki, bu dönemde hukukî işlemler kurmak için belirli birtakım kelimelerin

³⁸ Andreas Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. I* (Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885), 50.

³⁹ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Herbert Hausmaninger ve Walter Selb, *Römisches Privatrecht, 8. Aufl.* (Wien - Köln - Weimar: Böhlau Verlag, 1997), 53, 54; Honsell, *Römisches Recht*, 10 vd.; Max Kaser, *Das römische Privatrecht, Bd. I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl.* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971), 39, 40; Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar: Hermann Böhlau's Nachfolger, 1961), 28 vd.; Franz Wieacker, “Altrömische Priesterjurisprudenz,” *Iuris Professio: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (Wien - Köln - Graz: Böhlau Verlag, 1986): 347 vd..

⁴⁰ Şekle ve kelimelere verilen aşırı değer, Honsell'in Festus'tan aktardığı hikâyede bariz şekilde görülmektedir. Buna göre, Antik dönemde *ver sacrum* (*sacred spring, heiliger Frühling*, kutsal ilkbahar)

söylenmesi, sembollerin kullanılması ve benzer törensel fiillerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Eğer söylenmesi gereken kelimelerde en ufak bir yanlışlık yapılırsa, bütün işlem geçersiz olmakta, hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Bu hâlde baştan itibaren bütün ritüelin tekrarlanması şart koşulmaktadır⁴¹. Bu dönemde, bireyin iradesinin hukukî işlemlerin yapılmasındaki rolü fark edilmediği gibi, tarafların bu kelimelerden sapan sübjektif tasavvurlarına da hiçbir şekilde değer verilmemiştir⁴². İşlemler için aranan törensel şekil şartı sağlanırken tarafların ağızından çıkan kelimeler, onlar tarafından istensin ya da istenmesin, tarafları bağlamaktadır. Açıklama sahibi, artık kelimelerin esiri olmuştur ve bundan kurtuluş yoktur. *Verba ligant homines* (kelimeler insanları bağlar) özdeyişi, bu durumun açık ve öz bir ifadesidir. Rahip hukukunun bu anlayışının yorum alanındaki yansıması, ifadelerin kelime anlamına sıkı sıkıya bağlı kalan, objektif bir yorum yaklaşımıdır (*Wortinterpretation, buchstäbliche Interpretation*)⁴³. Bu kapsamda yanılma da, hukuk sahnesinde kendisine herhangi bir alan elde edememiş olmaktadır.

Sözleşmelerin akdedilmesinde sergilenen bu katı ve şekilci tutumun ilk aşamada iki sebebinin bulunduğu bahsedilebilir. Bunlardan ilki, Roma hukukunda borçlandırıcı işlem - tasarruf işlemi ayrımının henüz benimsenmemiş olmasıdır⁴⁴. Gerçekten bilhassa eski dönemlerde Roma hukukundaki sözleşmeler, malların fiziksel olarak teslimine dayalı sözleşme (*Barvertrag*, satış için *Barkauf* veya *Handkauf*) olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵. Bu tür sözleşmelerde, yükümlülük altına girilmesiyle eş zamanlı olarak ifa gerçekleşmektedir. Bunun en güzel örneği, *negotia per aes et libram* (*Geschäfte mit Kupfer und Waage*, bakır ve tartıyla yapılan işlemler) kapsamında yer alan, satış konusu mal ile

adı verilen dinî ayinde, “*quaecumque proximo vere nata essent apud se animalia*” ifadesi kullanılarak hayvanlar adak adanmak istenmiştir. Ancak “*animalia*” ifadesi, rahipler tarafından sadece hayvanları değil, çocukları da kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. Dolayısıyla rahipler, çocukların, artık Tanrı’ya ait olmaları dolayısıyla ailelerinin yanlarında kalamayacağına hükmetmiştir. Bunun üzerine çocuklar gizlice yetiştirilmişler, büyüdüklerinde sınır dışı edilmişlerdir. Bkz. Honsell, *Römisches Recht*, 10.

⁴¹ Gaius, *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius, Transl. Edward Poste, Fourth edition* (Oxford: Clarendon Press, 1904), 470 (Book 4, § 30), Erişim: <http://oll.libertyfund.org/titles/1154>, 19.4.2017; Honsell, *Römisches Recht*, 10, 11.

⁴² Yusuf Büyükay, *Roma Borçlar Hukukunda Hata* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 51; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku, 16. Bası* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 221; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 34, 35.

⁴³ Hausmaninger ve Selb, 53; Honsell, *Römisches Recht*, 26; Koschaker ve Ayiter, 59; Kunkel ve Honsell, 87; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 30.

⁴⁴ Aslında Roma hukukunda, yaklaşık olarak MÖ 2. yüzyıldan itibaren rıza sözleşmelerin kabul görmeye başlamasıyla birlikte borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi zamansal olarak birbirinden ayrılma imkânı bulunmuştur. Yani aslında Roma hukukunda borçlandırıcı işlem - tasarruf işlemi ayrımı, sonradan da olsa, fiilen kendisine yer edinmiştir. Fakat Romalı hukukçular bu kavramları hiçbir zaman bugün kullandığımız anlamıyla kullanmamışlardır. Anılan kavramların doğuşu, yine Pandekt hukukuna dayanmaktadır. Bkz. Koschaker ve Ayiter, 55.

⁴⁵ Hausmaninger ve Selb, 299; Honsell, *Römisches Recht*, 123; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 545; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 31, 32; Schwind, 313.

tartıyla ölçülen ivazın belirli formüller söylenerek mübadelesi esasına dayanan *mancipatio* yoluyla satış (*Manzipationsskauf*) işlemidir⁴⁶. Anılan işlemde hem satıcı hem de alıcı, işlem sırasında borç altına girmekte ve aynı anda bu borcu yerine getirmiş olmaktadır⁴⁷. Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasında zamansal bir ayırım yapılmaması, bunların birbirinden ayrı değerlendirilmesini engellemiştir. Borçlandırıcı işlemlerin ayrı bir kategoride ele alınmaması da, yapılan işlemin iradî bir yükümlülük kaynağı olarak görülmemesi sonucunu beraberinde getirmiştir. Netice olarak, dışarıdan bakıldığında, ortada belirli şekil şartlarına uyularak yapılan bir faaliyet vardır. Bu faaliyet, başladığı yerde ve başladığı anda biten mekanik bir insan davranışından öte anlam ifade etmemektedir. İşlemin içinde iradenin oynadığı rol anlaşılmadığında, geriye dikkate alınabilecek yegâne şey olarak dış görünüş, yani şekil kalmaktadır.

İkinci sebebi ise, Roma hukukunda borç ve sorumluluk kavramlarının bugünkü anlamından farklı değerlendirilmesinde aramak gerekir. Gerçekten Roma hukuku, hukuk sülhelerinin kelimelerini, onların bu kelimelerin içeriğinden “sorumlu” tutulması için yeterli görmemiştir. Gerçi kelimeler borcun doğmasına neden olmaktadır; ama bu borç, teknik anlamda bir yükümlülüğü ifade etmemektedir. Bu hâlde, *sponsio* adı verilen, dava edilebilir bir hak yaratmayan bir tür söz verme mevcuttur⁴⁸. Hukuk düzeni, hukuk sülhelerinin kelimelerini dikkate alarak onları hukuken korumak, yani onlara borçlar için talep ve dava (*actio*) hakkı sağlamak için, bu kelimelerin belirli formüllerde ve belirli görünüşlerde ifade edilmesini şart koşmuştur. Bu amaçla, belirli kelime formüllerinin söylenmesiyle tek taraflı olarak borç altına girmeye yarayan *stipulatio* varlık kazanmıştır⁴⁹. *Stipulatio* işlemiyle

⁴⁶ Bu işlem, ergin Roma vatandaşlarından oluşan en az beş tanığın ve bir tartı tutucusunun (*libripens, Wägemeister*) katılımıyla gerçekleşmektedir. Burada, ödeme aracı olarak bakır tartıyla tartılır; alıcı, satış konusunu kendi bakırıyla aldığı için bunun kendi malı olduğunu ifade eden cümleyi (“*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*”) söyler. Sonraları bugünkü madenî paraların kullanılmasıyla birlikte tartma işlemi sembolik bir niteliğe bürünmüştür. Yine zamanla, ivaza ilişkin ödeme tören dışında yapılmaya başlanmıştır. Böylece törende yapılan ödeme, sadece şekil şartlarını gerçekleştirmek için yapılan sembolik bir hâl almıştır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gaius, 67, 74 vd. (Book 1, §§ 113, 116 vd.); Hausmaninger ve Selb, 213-215, 300; Honsell, *Römisches Recht*, 32, 33; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 41 vd..

⁴⁷ Dikkat edilmesi gereken nokta, buradaki *Barvertrag* nitelendirmesinin, malın karşılığı olarak aynı anda ivazın verilmesinden değil, borçlandırıcı işlemlerin ve tasarruf işlemlerinin aynı anda gerçekleştirilmesinden kaynaklanmasıdır. Bu durum hem satıcının hem de alıcının edimleri için ayrı ayrı geçerlidir. Bkz. Hausmaninger ve Selb, 300.

⁴⁸ Hausmaninger ve Selb, 276.

⁴⁹ Hausmaninger ve Selb, 276; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 538, 539. *Stipulatio*’da yükümlülüğün kurulması, borçlunun borcunu dile getirmesi yoluyla değil, alacaklının sorduğu sorulara cevap vermesiyle gerçekleşmekteydi. Örneğin alacaklı (*stipulator*), borçluya (*promissor*), “*sestertium decem milia dare spondes?*” (“Bana on bin sestertius vereceğini taahhüt ediyor musun?”) sorusunu sorar; borçlu da soru nasıl sorulduysa aynı ifadeyle, yani “*spondeo*” (“Taahhüt ediyorum.”) şeklinde cevap verirdi. Bkz. Hausmaninger ve Selb, 279; Honsell, *Römisches Recht*, 34, 115, 116; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 540.

birlikte *sponsio*, dava edilebilir nitelik elde etmektedir. Görüldüğü üzere, hukuk nezdinde, kişilerin “ne söylediği”nden önce, “nasıl söylediği”ne dikkat edilmiştir. Ancak ilgili işlem için gereken şekil şartlarına uyulmuşsa, o işleme dayanarak hak iddia etmek mümkündür. Sorumluluk, bugünkü ifadesiyle “irade açıklamaları”yla değil, şekle riayet yoluyla doğmaktadır. İrade dışı vuruşunun sözleşmenin kurulmasındaki rolü, bu bakış açısıyla son derece azalmakta, hatta yok olmaktadır.

Genel olarak eski hukuk sistemlerinde şekilciliğin, yukarıda bahsedilenlerin ötesinde ve hatta onların da sebebini oluşturan çok temel bir dayanağı vardır: hukuk mantığının yeterince gelişmemiş olması⁵⁰. Nitekim tüm sosyal bilimlerin olduğu gibi, hukukun da odağında “insan” ve “toplum” yer almaktadır. Bu bağlamda hukuk sisteminin, temel amacı olan adalete ulaşabilmek için, insan faktörünün hukuk içindeki rolünü mümkün olan en üst düzeyde açıklığa kavuşturması gerekmektedir. Sözleşmelerden doğan sorumluluğun kaynağını insanın özgür iradesiyle yaptığı açıklamaların doğal bir sonucu olduğunu kavrayamayan, “kelimelerin sihirli gücü”ne⁵¹ inanan bir hukuk düzeninden şekilcilik dışında bir sonuca varması beklenemez. Zaten insan unsuru gözden kaçırıldığında, çatışan menfaatlerin tespiti ve bunların adalet ve hakkaniyet gibi kavramlar ışığında dengelenmesi de mümkün olmamaktadır. Esasında bu dengeleme faaliyetini gerçekleştirmek, ciddi bir hukuk nosyonunu ve hukukun temelinde yatan etik değerlere hâkim olmayı gerekli kılmaktadır. Bu gereklilikler sağlanmadığında, hukukî güvenliğin keyfiyet tehdidi altında sarsılmasıyla birlikte, adaletten çok adaletsizlik baş göstereceğinden, aslında bütün değerler şekle verilmesi çok daha isabetlidir. Zira bu durumda, gerek işleme katılanlar gerekse üçüncü kişiler için hukukî güvenlik, görünüşe istinaden de olsa, azamî derecede sağlanabilmektedir. En azından, hukuk uygulayıcısının temelsiz keyfiyetine ve hatalı takdirlerine karşı etkili bir koruma mevcuttur. Kaldı ki “görünmeyen”, hukuk nezdinde yeterince idrak edilememişse, bunu tahmin etmeye çalışıp bir tahmine sonuç bağlamak yerine, görünenden yola çıkmakta yanlış olan bir şey yoktur. Böylece ulaşılan sonuç, hukuk anlayışının yeterince olgunlaşmadığı hukuk sistemlerinde, şekilciliği temel alan bir yaklaşımın aslında son derece “adil” olduğudur⁵².

⁵⁰ Aynı yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 30.

⁵¹ Honsell, *Römisches Recht*, 10; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 30, 31. “İlkel insan için belirli bir şeklin kullanılmasında tılsımlı ve dinî unsurlar vardı. Bunlar şekli bir muamele vasıtası ile taraflar arasında bir bağ doğduğu hissini yaratırlar.” (Koschaker ve Ayiter, 57). Benzer açıklamalar için ayrıca bkz. Karadeniz Çelebican, 219; Özsunar, 17.

⁵² “Gerçi o (açıklama ilkesi) münferit olaylarda tabii ki şu ya da bu şekilde adaletsizliklere yol açmıştır; ama bir bütün olarak ele alındığında o, güvenli bir hukuk düzeninin oluşması adına mutlak surette gereklidir. Katı bir hukuk oluşmasaydı, hukuk hiçbir şekilde oluşmazdı.” (Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 35).

2. Katı Şekilciliğin Yumuşaması Süreci

Cumhuriyet döneminin ikinci yarısından itibaren, Roma hukukundaki katı şekilci yaklaşımın yumuşamaya başladığı görülür. Bu gelişmede özellikle iki etken önemli rol oynamıştır: *ius gentium* ve *ius honorarium*.

Ius gentium, yani yabancılar hukuku, Roma'da uluslararası ticaretin artmasıyla birlikte, yabancıların birbirleri arasında ve özellikle yabancılarla Roma vatandaşları arasında çıkan uyuşmazlıklara uygulanmak üzere, *praetor peregrinus* (*Fremdenprätor*, yabancılar *praetor*'u) tarafından geliştirilmiştir⁵³. *Ius gentium*, Romalı hukukçular tarafından, sadece Roma vatandaşları için sevk edilen *ius civile*'nin aksine, Roma vatandaşı olsun ya da olmasın tüm insanlar için geçerli olan, doğal mantığa (*naturalis ratio*) ve doğal hukuka (*ius naturale*) dayanan hukuk kuralları olarak değerlendirilmiştir⁵⁴. Bu hukuk kuralları, uluslararası ticaretin gereklilikleri gözetilerek, *ius civile*'nin katılığından uzak biçimde, şekil serbestisi esaslı üzerine inşa edilmiştir. *Ius gentium*'un özel hukuk alanındaki en önemli getirileri, şekle bağlı olmayan anlaşmaların *bona fides* (dürüstlük kuralı) esaslı uyarınca bağlayıcı, bu anlaşmalardan doğan hakların ise dava edilebilir kabul edilmesi ve *traditio* yoluyla yine şekle bağlı olmayan mülkiyet devrinin mümkün hâle getirilmesi olmuştur⁵⁵. Böylece şekil serbestisi, Roma hukukunda kendisine filizlenecek bir alan elde etmiştir.

Ius civile'nin öngördüğü katı şekil şartlarına uyma zorunluluğu karşısında, insan doğasından hareket eden ve daha özgürlükçü bir yaklaşım sergileyen *ius gentium*'un Roma vatandaşlarına ve Romalı hukukçulara daha cazip gelmesi şaşırtıcı değildir. Nitekim *ius gentium*, kısa süre içinde Roma vatandaşları arasında çıkan uyuşmazlıklara da uygulanmaya başlanmıştır. Bu gelişme, Roma'daki resmî makamların, özellikle de *praetor*'un geliştirdiği *ius honorarium* aracılığıyla gerçekleşmiştir. *Praetor*, temel olarak *ius civile*'ye bağlı kalmakla birlikte, *ius civile*'nin eskimiş birtakım kurallarını uygulamaktan kaçınarak, bunların yerine *edictum*'lar (*Edikt*, emirname) yoluyla yeni kurallar koyma yoluna gitmiştir⁵⁶.

Ius honorarium'un Roma hukukuna getirilerinden biri, *exceptio doli*'nin (aldatma def'i) tanınması olmuştur. *Exceptio doli*'nin doğuşu, borcun sebebi belirtilmeksizin yapılan soyut *stipulatio* (*abstrakte Stipulation*) vesilesiyle gerçekleşmiştir. Gerçekten, her ne kadar

⁵³ Hausmaninger ve Selb, 61; Honsell, *Römisches Recht*, 20; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 202; Schwind, 49.

⁵⁴ Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 203; Honsell, *Römisches Recht*, 20.

⁵⁵ Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 202, 203; Schwind, 49, 50.

⁵⁶ Hausmaninger ve Selb, 61.

stipulatio'nun bu şekilde yapılmasına izin verilmişse de, geçerli bir borcun doğması için temelde bir sebebin bulunması Roma hukukunda zorunlu görülmüştür. Soyut olarak yapılan *stipulatio*'nun böyle bir hukukî sebepten yoksun olması hâlinde *praetor*, şeklen bir alacak hakkı sahibi olan ve bu bağlamda dava açma yetkisini haiz bulunan kişiye karşı, şeklen borçlu görünen kişiye, *exceptio doli* ileri sürerek ifadan kaçınma yetkisi tanımıştır⁵⁷. Borçluya böylece, sınırlı kapsamda da olsa, şeklin ortaya koyduğu görüntüyü ortadan kaldırma imkânı verilmiş ve şeklin mutlak belirleyiciliği hususunda geri adım atılmıştır. Bu ayrıca, Roma hukukunda irade sakatlıklarına hukukî sonuç bağlanması adına büyük bir adım teşkil etmiştir. *Exceptio doli*, aşağıda ifade edilecek olan, rızaî sözleşmelerin kabulü ve bunlara ilişkin davalarda somut olayın şartlarının dikkate alınmaya başlaması ile birlikte önemini belirli ölçüde yitirse de, bu döneme kadar şekilciliğin aşılmasında ciddi bir rol oynamıştır⁵⁸.

Roma hukukunun *ius honorarium* sayesinde elde ettiği diğer ve belki de en önemli kazanç ise, yaklaşık olarak MÖ ikinci yüzyılda, *ius gentium*'un bir ürünü olan *emptio venditio*'nun, yanı sıra rızaî satış sözleşmesinin tanınması ve taraflara bu sözleşmeye ilişkin dava hakkı bahşedilmesidir⁵⁹. Sözleşme kavramının genel olarak tarafların anlaşmasına dayandığı şeklindeki düşüncenin yerleşmesinde esas rolü rızaî satış sözleşmesi oynamıştır. Zamanla rızaî sözleşmelerin alanı genişlemiş; *emptio venditio*'nun yanı sıra, *mandatum* (vekâlet sözleşmesi), *locatio conductio* (hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, kira ve ürün kirası sözleşmeleri) ve *societas* (ortaklık sözleşmesi) da rızaî sözleşmeler olarak *ius civile* çerçevesinde tanınmıştır⁶⁰. Her ne kadar rızaî sözleşmeler Roma hukukunda hiçbir zaman başrolü elde edememişse de, bu sözleşme türünün yaygınlaşması, klasik dönemden itibaren, diğer sözleşmelerin de bünyesinde tarafların anlaşmasını (*pactum*) barındırdığının kabulünü beraberinde getirmiştir⁶¹. Görüldüğü üzere, Roma hukukunda *ius gentium* ile filizlenen şekil serbestisi, *ius honorarium* ile meyvelerini vermeye başlamıştır.

Rızaî sözleşmelerin, bunlardan doğan haklara dava edilebilir nitelik bahşetmek suretiyle hukuken tanınması, esasen sözleşmelerin kurulmasında insanın oynadığı rolün de

⁵⁷ Honsell, *Römisches Recht*, 117.

⁵⁸ Honsell, *Römisches Recht*, 117; Schwind, 267, 268.

⁵⁹ Büyükkay, 37; Hausmaninger ve Selb, 299; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 526; Schwind, 313.

⁶⁰ Roma hukukunda, bu dört rızaî sözleşmenin dışında, *pacta* olarak isimlendirilen şekle bağlı olmayan anlaşmalar da mevcuttur. Önceleri, dava hakkı tanınan bir sözleşmeye yan anlaşma olarak eklenmediği sürece bu anlaşmalara dava hakkı tanınmamıştır. Zamanla, kısmen *praetor*, kısmen de imparator tarafından bu anlaşmaların bir kısmı da dava edilebilir hâle getirilmiştir. Konuya ilişkin bkz. Hausmaninger ve Selb, 338; Honsell, *Römisches Recht*, 103; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 527.

⁶¹ Dulckeit, 156; Koschaker ve Ayiter, 204.

hukuk düzenince kabul edildiği anlamına gelmektedir. Gerçekten rızaî sözleşmeler, şekle gerek duyulmaksızın, taraflar arasındaki anlaşmanın doğrudan sonucu olarak hukukî bağlılığın yolunu açmıştır. Şeklin yokluğunda bu bağlılık, *bona fides*'e, yani bugünkü anlamıyla dürüstlük kuralına⁶² ve bu bağlamda kişilerin sözlerine olan sadakati hususunda birbirlerine duydukları güven esasına dayandırılmıştır⁶³. Hukuk sùjeleri, sözleşme ilişkisinde kendi rızalarıyla birbirlerine sözler vermekte ve bu sözlerin yerine getirileceğine güven duymaktadırlar. Söz vermek, söze bağlılık ve güven, kaynağını insanda bulan kavramlar olduğundan, sözleşmeyle oluşan bağ da insanî bir temele indirgenmiş olmaktadır. Böylece şekil perdesi aralanmış, taraflar arasındaki rızaya dayanan anlaşmanın sözleşme bağının asıl kaynağı olduğu ortaya çıkmıştır. Hukuk düzeni de, artık şeklin ortaya koyduğu görünüşü değil, tarafların birbirlerine verdikleri sözleri yerine getireceklerine dair inançlarını, güvenlerini korumaya başlamıştır.

Ius gentium ve *ius honorarium*'un etkisiyle sözleşme kavramının insanî temellere indirgenmesi, kelimeler ile tasavvurlar arasındaki kutuplaşmayı başlatmıştır. Bu kutuplaşmanın Roma hukukunda köklerini salmasında ve hatta ibrenin bireylerin düşünce ve tasavvurları yönüne kaymasında ana etmenlerden biri, retorikçilerin faaliyetleridir. MÖ birinci yüzyılda, Roma mahkemeleri, hukukçuların yanı sıra, hâkimi; mantığı ve duyguları kullanarak müvekkillerinin yararına ikna etmeye çalışan retorikçilerin faaliyetlerine de sahne olmuştur⁶⁴. Nitekim özellikle hukuk kurallarının yorumu bakımından, yorumun lafza göre (*secundum verba*) mi, yoksa kural koyucunun iradesine göre (*secundum voluntatem*) mi yapılması gerektiği, Yunan retoriğinin tartışma konularından birisini oluşturmuştur⁶⁵. Retoriğin önde gelen isimlerinden Cicero, o dönemin hukukçularının dar kapsamlı bir kazuistik içinde sıkışıp kalmalarını ve salt lafza bağlı bir şekilciliğin ötesine geçememelerini eleştirmiş; lafzın arkasındaki anlam içeriğinin araştırılması gerektiğine ve mahkeme kararlarının adalet ve hakkaniyet ilkelerine göre verilmesinin önemine dikkat çekmiştir⁶⁶. Böylece, kaynağını o dönemki Yunan felsefesinde bulan *aequitas* (*Gerechtigkeit*, hakkaniyet), yargılama faaliyetinde, *ius civile*'nin açıklarının kapatılmasında yararlanılan

⁶² Roma hukukundaki *bona fides* ile çağdaş hukuktaki dürüstlük kuralı arasındaki ilişki hakkında bilgi için bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", *TBB D* S. 135 (2018): 357 vd.. Genel olarak *bona fides* kavramı ve bilhassa *bona fides*'in tarihçesi hakkında geniş bilgi için bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 23 vd..

⁶³ Honsell, *Römisches Recht*, 103; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 546.

⁶⁴ Hausmaninger ve Selb, 61.

⁶⁵ Honsell, *Römisches Recht*, 26; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 236; Kunkel ve Honsell, 88; Schulz, 92, 157.

⁶⁶ Hausmaninger ve Selb, 61.

temel araç olmuştur⁶⁷. Yorumla ilişkin söz konusu tartışma zamanla sözleşmeler alanına da yansımış, davalarda uyuşmazlık tarafının menfaatine göre, lafzın ya da lafızdan sapan somut anlaşma içeriğinin öne çıkarılarak savunulduğu görülmüştür⁶⁸. Katı şekilci anlayışın *ius gentium* ve *ius honorarium* etkisiyle zaten sarsılmış olduğu bu dönemde, Yunan retorikçilerinin bu faaliyetleri başarılı olmuştur. Böylece, yorumda şekle sıkı sıkıya bağlı kalmaktan vazgeçilmiştir. Lafzın yanı sıra, tarafların tasavvurları ve somut olayın şartları da dikkate alınmaya değer görülmüştür⁶⁹.

Roma hukukunda kelimeler ile bireylerin bunlardan sapan düşünce ve tasavvurları arasındaki mücadeleye ilişkin asıl gelişmeyi, yanılmaya hukuken sonuç bağlanması oluşturmaktadır. Rızaî sözleşmelerin benimsenmesinin de etkisiyle, özellikle klasik hukuk döneminden itibaren, yanılma (*error*) hâllerinin, sözleşmenin kurulmasını engelleyen bir etken olarak Roma hukukunda kendisine yer bulmaya başladığı görülmektedir⁷⁰. Gerçi Roma hukukunda genel bir irade sakatlıkları öğretisi gelişmemiştir⁷¹. Açıklamada yanılma - saikte yanılma ayrımı gibi teorik sınıflandırmalara da rastlanmamaktadır⁷². Yanılma, daha ziyade somut olay bazında ele alınmış; yanılmanın esaslılığına ilişkin inceleme, yanılmanın ilişkin olduğu husus, yani yanılmanın konusu ekseninde yapılmıştır⁷³. Dolayısıyla, en azından klasik hukuk dönemi için, yanılmanın ilkesel düzeyde, kesin olarak kabul gördüğünü iddia etmek güçtür⁷⁴. Fakat şüphesiz olan, anılan gelişmenin, sözleşmeler bağlamında tarafların somut düşünce ve tasavvurlarına daha çok değer verildiğinin bir başka göstergesini teşkil etmesidir.

⁶⁷ Hausmaninger ve Selb, 61; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 36.

⁶⁸ Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 236.

⁶⁹ Kunkel ve Honsell, 88. Lafızda belirsizlik olmaması hâlinde iradenin araştırılmasına gerek olmadığını ifade eden “*cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio*” (D. 32, 25, 1, Iustinianus, 486) ve yorumda kelimelerden ziyade iradenin dikkate alınması gerektiği anlamına gelen “*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*” (D. 50, 16, 219, Iustinianus, 918) kuralları bu açıdan dikkat çekicidir.

⁷⁰ Honsell, *Römisches Recht*, 41; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 237. Roma hukuku kaynaklarında geçen, yanılmaya ilişkin *digesta* kurallarından örnekler için bkz. Erich-Hans Kaden, “Die Lehre vom Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und die Rechtsregel: Non videntur qui errant consentire”, *Festschrift Paul Koschaker, Bd. I* (Weimar: Verlag Hermann Böhlau Nachf., 1939), 335, 336. Bunlar ve bunlara benzer kurallar, Savigny'nin yanılmaya ilişkin açıklamalarının çıkış noktasını da oluşturmuştur. Bkz. von Savigny, 342.

⁷¹ Schwind, 265.

⁷² Honsell, *Römisches Recht*, 42.

⁷³ Büyükkay, 47; Hausmaninger ve Selb, 308; Honsell, *Römisches Recht*, 42-45; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 238; Erdal Özsunar, *Roma ve Türk Hukuku'nda Hata* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 41, 44 vd.; Schwind, 265, 266.

⁷⁴ Roma hukukunda, özellikle klasik dönemde, yanılmaya sonuç bağlanması ne anlama geldiği ve ne derece irade teorisinin izlerini taşıdığı meselesi, Alman doktrininde, güncelliğini hâlen koruyan bir tartışma konusudur. İlgili tartışma hakkında genel bilgi için bkz. Harke, 14-21.

Klasik hukuk döneminin sonlarından itibaren ve özellikle Bizans döneminde, sözleşmeler alanında sübjektif esaslara öncelik tanıyan yaklaşımın ağırlığını sürekli biçimde artırdığı göze çarpmaktadır⁷⁵. Özellikle Iustinianus'un kuralları ve *interpolatio*'larında, yorumda tarafların kullandıkları ifadeden sapan somut niyet (*animus*, *Absicht*) ve tasavvurlarının giderek artan biçimde dikkate alındığı görülür⁷⁶. Doğu Roma ekolünün etkisiyle, *voluntas*'ın *verba*'ya karşı önceliği, ilkesel bir kabul hâline gelmeye başlamıştır⁷⁷. Hatta bazı yazarlarca, klasik hukuk dönemine ilişkin kuralların, *interpolatio* yoluyla, *Corpus Iuris Civilis*'e, bu sübjektif yaklaşıma uygun biçimde geçirildiği, böylece söz konusu dönemin somut olay bazında verilen kararlarının da gelecek dönemlere ilkesel yaklaşımlar olarak aktarıldığı öne sürülmektedir⁷⁸. Bu yönüyle Roma hukuku kaynakları ve özellikle *Corpus Iuris Civilis*, 19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimine, irade teorisinin teşkiline son derece elverişli bir bakış açısı ve bunu destekleyecek nitelikte pek çok materyal bırakmıştır.

B. Eski Cermen Hukuku

Şekilcilik, eski Cermen hukukunda da hukukî işlemlerin karakteristik özelliklerinden birini oluşturmuştur. Merkezine tarafların karşılıklı güveni düşüncesini alan⁷⁹ eski Cermen hukuku, işlemlerin “duyulabilir ve görülebilir” olması gerekliliğinden hareket etmiştir⁸⁰. Duyulabilirlik, aynı anlama gelen ya da birbirini destekleyen, uyaklı cümlelerin art arda sıralanmasından oluşan, böylece tarafların sonraki olası itirazlarına karşı dayanıklı hâle getirilen kelime formülleriyle sağlanmış; görülebilirlik ise işlemin konusu olan şeyin fiziksel teslimiyle veya belirli sembollerle ve vücut hareketleriyle temin edilmiştir⁸¹. Bunların doğal getirisi, Roma hukukunun eski dönemlerinde olduğu gibi, eski Cermen hukukunda da, ifadelerin salt kelime anlamını gözeten bir yorum anlayışıdır⁸². İrade sakatlıklarına ve özellikle yanılmaya da, böylece pek alan bırakılmamıştır. Nitekim eski Cermen hukuku kaynaklarında, zorlama ve aldatmaya ilişkin yaptırımlara rastlanmakla birlikte, özellikle yanılmaya hukukî sonuç bağlanmasına ilişkin negatif bir tutum sergilendiği göze

⁷⁵ Dulckeit, 189; Max Kaser, *Das römische Privatrecht, Bd. II: Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl.* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1975), 83 vd.; Koschaker ve Ayiter, 59; Kunkel ve Honsell, 89, 90; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 41, dn. 1; Özsunar, 21; Schulz, 373; Joseph Georg Wolf: *Error im römischen Vertragsrecht* (Köln - Graz: Böhlau Verlag, 1961), 170.

⁷⁶ Kaser, *Das römische Privatrecht II*, 84.

⁷⁷ Kaser, *Das römische Privatrecht II*, 84, 87.

⁷⁸ Flume, *Rechtsgeschäft*, 439-440; Wolf, *Error*, 170.

⁷⁹ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 37.

⁸⁰ Karl von Amira, *Grundriss des germanischen Rechts, 3. Aufl.* (Strassburg: Verlag von Karl J. Trübner, 1913), 221.

⁸¹ von Amira, 221-226.

⁸² von Amira, 222.

çarpmaktadır⁸³.

C. Modern Doğal Hukuk

1. İradeye Üstünlük Taniyan Bireyci - Rasyonalist Yaklaşım

İrade teorisinin tarih sahnesindeki köklerinin tekrar ve bu sefer daha açık biçimde görüldüğü yer, kurucusu olarak Hugo Grotius'un kabul edildiği⁸⁴, 17. yüzyıl ve sonrası modern doğal hukuk öğretisi olmuştur.

Modern doğal hukuk yaklaşımının karakteristik özelliği, doğa bilimlerinin ve özellikle Descartes'in rasyonalizminin etkisi altında gelişmesidir⁸⁵. Bu dönemde akıl (*ratio*), Antik ve Skolastik dönemlerin kendisine yüklediği metafizik anlamdan sıyrılarak, kesin bilginin temelini oluşturan *clara et distincta perceptio*'yu, yani açık ve belirgin idraki ifade edecek şekilde kullanılmıştır⁸⁶. Bu açık ve belirgin idrak, salt dış görünüşe dayanarak değil, idrak edilecek olanın unsurlarına ayrılması ve bu unsurların, aralarındaki bağlam kavranarak, tekrar bütün hâline getirilmesi şeklinde vuku bulmaktadır⁸⁷. İnsan aklı, Öklid geometrisine dayandırılan geometrik yöntemle (*mos geometricus*), aksiyom niteliği taşıyan bu unsurlardan, tümdengelim yoluyla çıkarımlar yaparak kesin sonuçlara ulaşabilmektedir⁸⁸. Bu yöntemin doğal hukuka yansımalarıyla birlikte, insan doğasından elde edilen etik postulatlar aksiyom olarak kabul edilmiş, hukuk düzeni bu aksiyomlardan yapılan çıkarımlar üzerine inşa edilmeye çalışılmıştır⁸⁹. Ezelî ve ebedî geçerlilik atfedilerek tarihsel köklerinden bağımsızlaştırılan etik ilke ve değerlerden doğrudan somut olaya uygulanabilecek pozitif hukuk kuralları türetilmiştir⁹⁰. Bu bağlamda, hukukun genel kavram ve ilkeler düzeyinde ele alınması, tarihsel köklerinin bir kısmını burada bulmaktadır. Bilhassa, çalışmamızın anahtar kavramlarından birini oluşturan irade açıklaması, en azından ilkel hâli itibarıyla, yine bu doğal hukuk anlayışı tarafından icat edilmiştir⁹¹.

Doğa bilimlerinin geometrik yönteminden esinlenen doğal hukuk anlayışı, özel hukuk

⁸³ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 37-39.

⁸⁴ Oebike, 7; Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962), 123.

⁸⁵ Welzel, 112.

⁸⁶ Welzel, 112.

⁸⁷ Martin Lipp, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts* (Berlin: Duncker & Humblot, 1980), 130; Welzel, 112.

⁸⁸ Lipp, 130, 131; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 45, 46.

⁸⁹ Lipp, 130.

⁹⁰ Mathias Reimann, "Nineteenth Century German Legal Science", *Boston College Law Review* Volume 31, Issue 4, Number 4 (1990): 843, 844, Erişim: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol31/iss4/2/>, 9.3.2018.

⁹¹ Kunkel ve Honsell, 119, dn. 1; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 50.

alanındaki ilk etkilerini, Grotius'un söz verme öğretisi ve özellikle yanılmaya dair açıklamaları üzerinde göstermiştir. Grotius, geç skolastik dönemin bağışlama sözü verme öğretisinden yola çıkarak, tüm işlemler için genel bir sorumluluk tipi oluşturmuştur⁹². Ona göre söz verme, insanın, adeta bir kanun koyucu gibi, kendi kurallarını koymasına anlamına gelmektedir⁹³. Sorumluluk da, bu kural koyma yetkisinin, bu özerkliğin doğal bir sonucudur. Kişi, yanılığa düşerek bir söz vermişse, bu söz “doğal olarak” hüküm ve sonuç doğurmaz; zira bu hâlde söz verenin tam anlamıyla rızasının bulunduğu bahsedilemez⁹⁴. Ancak söz veren, olayın şartları ya da kullandığı ifadeler bakımından kusurlu davranarak yanılmışsa, sözden dolayı olmasa da, kendi kusuruyla karşı tarafa zarar verdiği için, onun zararlarını tazminle yükümlüdür⁹⁵.

Görüldüğü üzere Grotius, dönemin modası olan, insanı doğa karşısında etken ve hatta hâkim konuma taşıyan rasyonalist anlayışı hukuka taşımış, söz verme ve sorumluluk kavramlarının merkezine insanın özerkliğini yerleştirmiştir. Bugünkü anlamıyla irade özerkliğiyle önemli ölçüde bernzerlik arz eden⁹⁶ bu özerkliğin doğal sonucu olarak Grotius, yanılmayı, kusurlu yanılanın tazminat sorumluluğu istisnasıyla dahi olsa, hukukî işlemin kurulmasını engelleyen bir etken olarak değerlendirmiştir. İradeyi yücelten bireyci bakış açısı, Grotius'un bu fikirleriyle modern doğal hukukta kendisini göstermeye başlamıştır⁹⁷. Ardından Pufendorf da, yanılmanın dikkate alınabilirliğini işlem güvenliği lehine bir dereceye kadar sınırlamakla birlikte, yanılmanın hukukî sonucu itibarıyla Grotius'un bireyci anlayışına bağlı kalmıştır⁹⁸.

Aklın üstünlüğüne dayanan hukuk anlayışının önde gelen temsilcilerinden kabul edilen Christian Wolff, sistematik-mantıkî yaklaşımıyla⁹⁹, 18. yüzyılda Grotius'un yanılma öğretisini, içeriği açısından olmasa da, kavramsal düzeyde bir adım daha ileri taşımıştır.

⁹² Christian Fröde, *Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), 125. Ayrıca bkz. ve karşı. Lipp, 136 vd..

⁹³ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace, Book II* (Indianapolis: Liberty Fund, 2005), Chapter XI, I, 2, 700.

⁹⁴ Grotius, Chapter XI, VI, 1-2, 710, 711.

⁹⁵ Grotius, Chapter XI, VI, 3, 711.

⁹⁶ Lipp, 140.

⁹⁷ “Burada (= Grotius'un yanılma öğretisinde) birey, genelin menfaatine olan işlem trafiğinin güvenliği pahasına korunmaktadır.” (Oebike, 8).

⁹⁸ Pufendorf'un bu sınırlandırması özellikle, saik yanılmasında, yanılmaya hüküm ve sonuç bağlanabilmesi için, işlemin niteliğinden veya somut olayın şartlarından, yanılanın sözü ancak belirli bir saikle verdiğinin anlaşılabilir olmasını aramasında görülür. Pufendorf'un yanılma öğretisi hakkında geniş bilgi için bkz. Peter Haupt, *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption* (Weimar: Verlag Hermann Böhlau Nachf., 1941), 29, 30; Oebike, 8, 9; Martin Josef Schermaier, “Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts”, *ZEuP* (1998): 79.

⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Reimann, 843.

Sözleşme ilişkisinde tarafların verdikleri sözleri ayrı ayrı değerlendiren Wolff, bu sözlerin irade (*velle*) ve açıklama (*declarare*) şeklinde iki unsurdan oluştuğunu keşfetmiştir. Ona göre bu unsurlardan asıl önem arz eden, söz verenin hukukî ilişkilerinde değişiklik meydana getirme yetisine sahip olan, iradedir¹⁰⁰. Soyut ve genel bir irade açıklaması kavramının doğuşunda önemli payı olan Wolff'un bu fikirleri, bireyci yaklaşımın modern doğal hukukta Grotius ile birlikte görülmeye başlayan izlerini daha belirgin hâle getirmiştir.

2. Dış Unsura Üstünlük Taniyan Yaklaşım

Kurucusu kabul edilen Grotius'un ve onun yanılma öğretisini takip eden Pufendorf ve Wolff gibi diğer doğal hukukçuların iradeye mutlak üstünlük tanıyan yönelimine rağmen, modern doğal hukuk, dış unsura belirleyicilik atfeden görüşlere de ev sahipliği yapmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki modern doğal hukukta dış unsurun, özellikle, dil konusunda yanılma öğretisinden farklı bir yol benimseyen Pufendorf'un dil öğretisi çerçevesinde öne çıkmaya başladığı görülmektedir. Pufendorf, kelimelerin düşüncelerden ve iç iradeden sapması hâlinde dahi, toplumsal yaşantı içinde bireylerin, kullandıkları kelimelerin anlamıyla bağlı olduklarını öne sürmüştür¹⁰¹. Bu düşüncenin temelinde, Pufendorf'un öğrencisi Thomasius'ta da görülebilen, sosyal sözleşme düşüncesinin dil alanındaki uzantısı niteliğini taşıyan objektif yorum anlayışı yatmaktadır. Gerçekten, Thomasius'a göre, dil toplumsal bir uzlaşıyla ortaya çıkmıştır ve bu bağlamda kelimelerin de, sadece toplumun üzerinde uzlaştığı anlamda kullanılması gerekmektedir¹⁰². Thomasius, bu düşünceleri hukukî işlemler alanına da yansıtmış; yanılma durumunda, yanılma bakımından kusuru bulunmayan karşı tarafın ya da üçüncü kişilerin yanılmanın sonuçlarından etkilenmemesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁰³. Thomasius'un vardığı bu sonuç, daha sonra ifadesini, yanılanın yanılmasına katlanması gerekliliğini ortaya koyan "*error nocet erranti*" deyişinde bulmuştur¹⁰⁴.

Grotius öncülüğünde gelişen bireyci - rasyonalist yaklaşıma yöneltilen bir başka itiraz ise, Kant'ın felsefesinin etkisiyle ortaya çıkmıştır. Kant'ın felsefesi, özgürlük kavramına olan bakışı temelinden sarsmış, modern doğal hukukta Grotius etkisinde gelişen birey

¹⁰⁰ Christian Wolff'un öğretisi hakkında bilgi için bkz. Oebike, 15, 16.

¹⁰¹ Schermaier, "Irrtumsrecht", 77, 78. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Böttcher, 213.

¹⁰² Schermaier, "Irrtumsrecht", 77.

¹⁰³ Thomasius'un yanılma öğretisine ilişkin bilgi için bkz. Böttcher, 199-201; Haupt, 31; Schermaier, "Irrtumsrecht", 79, 80.

¹⁰⁴ Klaus Luig, "Savignys Irrtumslehre", *Ius Commune - Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte VII: Vorträge zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1979), 37; Schermaier, "Irrtumsrecht", 79.

merkezci düşüncenin sonunu hazırlamıştır. Artık özgürlük, bireyin mutlak ve sınırsız bir hakkı olmaktan çıkmış, başkalarının özgürlüğüne saygı duyma ön şartına bağlanmıştır¹⁰⁵. Bireylerin toplumdaki soyut varlıklar olarak değil, toplumun bir parçası olarak değerlendirilmesiyle birlikte, sözleşmeler hukuku alanında da, iradenin mutlak üstünlüğünden geri adım atılmış, dış görünüşü öne çıkaran bir yönelim baş göstermiştir. Bu yönelimin önemli temsilcilerinden biri, Carl Anton von Martini olmuştur. Martini, bir kişinin iradesinin, ancak bu iradeyi açıklamakta kullandığı, dış dünyaya yansıyan işaretlerden anlaşılabilirliğini vurgulamıştır. O hâlde, bu kişinin iradesi, söz konusu işaretlerin ortaya koyduğu anlamdan başka bir şey değildir¹⁰⁶. Tarafların düşündüklerinden farklı bir şey söylemiş olmaları, bu arada özellikle yanılma, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Zira herkes, kendi yanılmasının sonuçlarına katlanmak durumundadır¹⁰⁷.

Benzer düşüncelere, Franz von Zeiller'in sözleşme öğretisinde rastlanmaktadır. Zeiller sözleşmeyi, tarafların iradelerinin ortak şekilde açıklanması olarak değerlendirmiştir¹⁰⁸. Ona göre, sözleşmenin kurulmasında tarafların rızasının bulunup bulunmadığına yönelik incelemede önem arz eden, uyuşan açıklamalardır. İradenin içeriği de, doğrudan açıklamanın içeriğine göre belirlenir. Bir tarafın, açıklaması ile iradesi arasında bir uyumsuzluk bulunduğunu öne sürmesine fırsat verilmez. Zira kimsenin, sözleşmenin karşı tarafını, "kendi keyfi davranışına alet etmeye" hakkı yoktur¹⁰⁹. Her ne kadar Zeiller, eserin yanılma konusuna ayrılan kısmında, esaslı yanılma sonucu yapılan açıklamanın geçersizliğinden bahsederek¹¹⁰ bu duruşundan taviz vermiş, hatta bu duruşuyla çelişmiş olsa dahi¹¹¹, onun sözleşme kavramına ilişkin yukarıdaki ifadeleri, doğal hukukta dış unsura, yani açıklamaya üstünlük tanıyan eğilimin ana fikrini içermektedir¹¹².

III. 19. YÜZYIL VE SONRASINDAKİ DURUM

A. Tarihçi Hukuk Okulu ve Kavram Hukukçuluğunun Etkisi: İrade Teorisinin Doğuşu

19. yüzyıla gelindiğinde, özellikle yanılmaya hüküm ve sonuç bağlanıp

¹⁰⁵ Karl Larenz ve Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl. (München: Verlag C. H. Beck, 2004), § 2, N. 5; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 70, 71.

¹⁰⁶ Carl Anton von Martini, *Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts*, Bd. II (Wien: Sonnleithner, 1784), N. 150.

¹⁰⁷ Martini, N. 157.

¹⁰⁸ Franz von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, 3. Aufl. (Wien: Karl Ferdinand Beck, 1819), 138.

¹⁰⁹ Zeiller, 138, 139.

¹¹⁰ Zeiller, 145.

¹¹¹ Aynı düşüncede bkz. Oebike, 17.

¹¹² Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 72, 73; Oebike, 17.

bağlanmayacağı hususunda, hem Roma hukuku kurallarına dayanan ortak hukukun (*gemeines Recht*)¹¹³ hem de modern doğal hukukun, benimsedikleri ana kurallardan önemli tavizler verdikleri görülmektedir. Ortak hukukta kabul gören, yanılmanın sözleşmeyi geçersiz kılması kuralına öngörülen ayırık hâller karşısında; modern doğal hukukta da yanılmanın ilke olarak dikkate alınmazlığına birtakım istisnalar tanınmıştır. Böylece her iki hukuk sistemine mensup yazarlar, münferit meselelerin çözümünde, oldukça benzer sonuçlara ulaşmaya başlamışlardır¹¹⁴. Aradaki fark, sadece yazarların ilkesel çıkış noktalarıyla sınırlı kalmakta; yani aynı yargı, bir taraftaki yazarlarca ana kurala dayandırılırken, diğer taraftaki yazarlar tarafından ise ana kuralın istisnası olarak nitelendirilmektedir.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin tarihsel süreçteki en önemli sıçramalardan biri, 19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimi çerçevesinde meydana gelmiştir. Fakat bu sıçrama, yanılma konusunda, zıt kutuplar arasında farklı uzlaşılar önerilmesi ya da ortak hukuk ve modern doğal hukukun oluşturduğu zeminden sıyrılarak tamamen yeni fikirler üretilmesi şeklinde tezahür etmemiştir¹¹⁵. Anılan dönemi sözleşmeler hukukunun çeşitli meselelerinde doğal çıkış noktası konumuna taşıyan özelliği, daha ziyade, benimsenen metot ve bu bağlamda özel hukuku sistemli hâle getirerek bir “pozitif hukuk bilimi” inşa etme çabasıdır. Bunu kendisine amaç edinen tarihçi hukuk okulu ve bu okulun devamı olarak görülen kavram hukukçuluğu, anılan döneme karakteristik özelliğini kazandıran metodolojik akımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan akımların hukuk metodolojisi alanda yarattığı yankı özel hukuku da etkilemiş, bugünkü pek çok kavram ve kurumun temelleri bu sayede atılmıştır. Yanılma konusu da yine bu metodolojik ekseninde ele alınmış; ilgili Roma hukuku kurallarının işlenmesi yoluyla, münferit sorunlarda tutarlı sonuçlara varmayı mümkün kılan bir sistemin vücuda getirilmesi için çalışılmıştır. Bu çalışmalar neticesinde, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun tarihsel gelişim sürecindeki baş aktörlerden birini oluşturan irade teorisi ortaya çıkmıştır.

Aşağıda açıklanacağı üzere, 19. yüzyıl Pandekt hukuk biliminin hukukta sistem arayışı, büyük ölçüde Kant’ın, pozitif hukuk biliminin, hukuk felsefesi gibi disiplinlerden

¹¹³ Ortak hukuk (*ius commune*), Almanya’da, Roma hukukunun resepsiyonunun ardından, Roma hukuku ve kilise hukuku kurallarının bir araya gelmesiyle teşekkül etmiştir. Ortak hukuk, bilhassa 16. yüzyılda başlayan ve 18. yüzyılın sonlarında ve 19. yüzyılın başlarında Avrupa’da gerçekleştirilen doğal hukuka dayanan kodifikasyonlarla sona eren *usus modernus pandectarum* adlı dönemde, bilimsel eserlerin ve mahkeme kararlarının temelini oluşturmuştur. Bkz. ve karşı. Martin Heger, “Recht im ‘Alten Reich’ - Der Usus modernus”, *ZJS* 3. Jahrgang, (1/2010): 30; Reimann, 844, dn. 26.

¹¹⁴ Luig, 38.

¹¹⁵ Bkz. ve karşı. Flume, *Rechtsgeschäft*, 440; Luig, 38.

tamamen farklı, kendine özgü bir metot izlemesi gerektiği yönündeki düşüncelerinin etkisinde gelişmiştir. Hukuk metodolojisinin ayrı bir disiplin olarak kabulü de bu temelde gerçekleşmiştir. Söz konusu tarihsel kesitte Roma hukuku kurallarının yeniden resepsiyonu ve böylece bir pozitif hukukun meydana gelmesiyle birlikte, sözleşmenin kurulması ve yanılma gibi özel hukuk meselelerine ilişkin değerlendirmeler, hukuk metodolojisinin doğrudan etki alanı içinde kalmaya, metodolojik akımlar tarafından yönlendirilmeye başlamıştır. Dolayısıyla, 19. yüzyıl Pandekt hukuk biliminin çalışma konumuza ilişkin yargılarının ve özellikle irade teorisinin anlaşılması, ancak bunların döneme kimliğini kazandıran metodolojik altyapıyla birlikte ele alınmasıyla mümkün olur. Bu bağlamda, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun anılan dönemdeki serüvenin aydınlatılmasında öncelikle tarihçi hukuk okulunun ve kavram hukukçuluğunun esaslarının ortaya koyulması önem arz etmektedir.

1. Tarihçi Hukuk Okulu ve Kavram Hukukçuluğu

Tarihsel süreç dikkatle incelendiğinde, 19. yüzyıl Pandekt hukuk biliminin kullandığı metodun temellerinin, yine Kant'ın eleştirel felsefesiyle atılmaya başladığı görülür. Nitekim Kant, Wolff'un okulu tarafından olgunlaştırılan doğal hukuk anlayışına, bilhassa metodolojik eksende ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Kant, her şeyden önce, etik ile hukukun, pozitif hukuk ile ideal hukukun bir tutulmasına karşı çıkmıştır. Zira bunlar arasındaki nitelik farklılığı, bunların incelenmesinde farklı düşünce süreçlerinin işletilmesini, değişik metotlardan yararlanılmasını gerektirir¹¹⁶. Buradan hareketle Kant, öncelikle, davranışın iç standartlarına, yani kişinin vicdanına ilişkin olan etiği (*Ethik*), dış dünyaya yansıyan davranışlara yönelen ve bir otorite tarafından uygulanabilir nitelik arz eden hukuktan (*Ius*) ayırmıştır¹¹⁷. Ardından o, hukukun içinde de bir ayrıma giderek; ideal standartları belirleyen hukuk felsefesiyle, hukukçuların pratik uygulamalarına ilişkin olan pozitif hukuk biliminin (*Jurisscientia, Rechtswissenschaft*) kullandıkları metodun farklılığına vurgu yapmıştır¹¹⁸. Zira ideal standartlar salt akıl aracılığıyla keşfedilirken, pozitif hukuk deneysel nitelik taşır ve hukukçular tarafından tecrübe edilerek öğrenilir. Kant'ın bu fikirleri 19. yüzyılın başlarında ciddi destek bulmuş; dönemin hukukçularını, spekülasyonlardan arındırılmış, deneysel metoda dayanan ve bu anlamda bilimsellik iddiası taşıyan bir pozitif hukuk ortaya

¹¹⁶ Reimann, 844.

¹¹⁷ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), 218-221, Erişim: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/203.html>, 10.3.2018.

¹¹⁸ Kant, 229, 230.

koymaya itmiştir¹¹⁹.

Kant'ın pozitif hukuk bilimine ilişkin metodolojik yargılarını benimseyerek bu doğrultuda bir hukuk bilimi inşasına çabalayan ve böylece kavram hukukçuluğuna giden yolu hazırlayan, Savigny'nin başını çektiği tarihçi hukuk okulu olmuştur. Tarihçi hukuk okulu, öncelikle hukukun asıl kaynağının kanun değil, halk nezdinde ortak kabul gören hukuk kanaati ve anlayışı, yani halkın ruhu (*Volksgeist*) olduğunu vurgulamıştır. Pozitif hukukun inşasında, öncelikle toplumdaki hukuk sùjelerinin genel bir zorunluluk inancıyla sergilediği tipik davranış biçimlerinden oluşan ve bu anlamda hukukun tarihî ya da organik unsurunu oluşturan hukukî kurumlar tespit edilmelidir¹²⁰. Bahsedilen hukukî kurumlar tespit edildikten sonra sıra, bu tarihî ve organik verilerden soyutlama yoluyla kavramlar ve kurallar oluşturmaya gelir ki, bu aşamada mantıkî ya da sistematik metot devreye girmektedir¹²¹. Bu kavramlar ve kurallar, aklın üstünlüğüne dayanan doğal hukuk anlayışından ve adalet kavramına ilişkin spekülasyonlardan katî biçimde bağımsız, sistemli bir pozitif hukuk meydana getirilmesine hizmet etmektedir.

Tarihçi hukuk okulu, bilhassa Savigny, sistemli bir pozitif hukukun inşasına, her şeyden önce, doğal hukuku bir kenara bırakıp yönünü Roma hukukuna çevirerek başlamıştır¹²². Roma hukukunun kurum ve kuralları, halkın ruhunu (*Volksgeist*) temsil eden miras olarak nitelendirilmiş ve bu mirasa bir kez daha sahip çıkılmıştır¹²³. Özel hukuk alanıyla sınırlı olmak üzere, Roma hukukundan elde edilen bu veriler işlenmiş, belirli bir düzen içine yerleştirilmiştir¹²⁴. Neticede, soyut kavramlar ve bunlardan türetilen kurallardan oluşan, sistemli bir hukuk disiplini ortaya çıkmıştır¹²⁵.

Tarihçi hukuk okulunun hukuku bilimselleştirme ve sistematikleştirme çabaları, Savigny'den sonra, özellikle Georg Friedrich Puchta ve Rudolf von Jhering tarafından geliştirilerek sürdürülmüştür. Bu süreçte tarihî unsurun araştırılması bir kenara bırakılmış, tüm ağırlık mantıkî ya da sistematik metoda, yani kavram ve kurallar üretilmesi faaliyetine

¹¹⁹ Reimann, 845-847.

¹²⁰ Larenz, *Methodenlehre*, 13-14.

¹²¹ Franz Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. (Wien: Springer-Verlag, 1991), 110-111; Larenz, *Methodenlehre*, 14-15; Reimann, 854, 855.

¹²² Küçük, 118; Reimann, 857, 858.

¹²³ Savigny'nin *Volksgeist* kavramı hakkında bilgi için bkz. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. (Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 1991), 13-15.

¹²⁴ Reimann, 857, 858.

¹²⁵ Özel hukukun, hukukî işlem öğretisi merkezli bir genel bölüme kavuşması da, tarihçi hukuk okulunun ve devamında kavram hukukçuluğunun faaliyetleri sonucunda gerçekleşmiştir. Bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 28; Larenz, *Methodenlehre*, 15.

verilmiştir¹²⁶. Tüm bu çalışmalar sonucunda, bugün kavram hukukçuluğu (*Begriffsjurisprudenz*) olarak adlandırılan metodoloji akımı meydana getirilmiştir¹²⁷. Kavram hukukçuluğu, hukukun sistematik bütünlük arz eden soyut kavramlardan oluşan, kapalı ve boşluksuz bir yapıya sahip olduğu ana düşüncesinden hareket etmektedir. Somut olayda hukukun uygulanması, bu çerçevede, münhasıran altlama (*Subsumtion*) yoluyla, yani alt kural niteliği taşıyan somut olay içeriğinin, üst kural olarak adlandırılan hukuk kuralının altına yerleştirilmesiyle gerçekleşir¹²⁸. Uygulama soyut hukuk kuralından somut olaya inmek şeklinde icra edildiği için, mantikî açıdan kullanılan teknik, tümdengelim olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁹.

Hukukun boşluksuz bir yapı teşkil ettiği ön kabulünden hareket eden kavram hukukçuluğu, olası boşlukların önüne geçebilmek için ise, kavramların soyutluk ve genellik düzeylerini sürekli olarak artırmıştır. Ters çevirme metodu (*Inversionsmethode*) adı verilen metotla¹³⁰, mevcut hukuk kurallarından soyutlama yoluyla üretilen bu kavramlardan yeni hukuk kuralları türetilmiştir. Böylece, tüm somut olayların, en azından daha genel ve soyut bir kavrama ve bu kavramdan üretilen kurala altlanması temin edilmiş olmaktadır. Sistem de bu şekilde, yeni kavramlarla bir anlamda kendi kendisini geliştirmektedir¹³¹.

Kavram hukukçuluğunda, ortaya koyulan sistem çerçevesinde mantıksal açıdan tutarlı biçimde elde edilen tüm hukukî yargılar, ilgili kuralın amacına, tarafların menfaat durumuna ya da somut olay adaletine uygunluğu dikkate alınmaksızın ve değerlendirilmeksizin hukuka uygun ve doğru kabul edilir¹³². Dolayısıyla burada hukuka uygunluk, varılan sonucun adilliğine göre değil, yargıya giden sürecin mantikî tutarlılığına göre değerlendirilmektedir.

2. İrade Teorisi

Tarihçi hukuk okulunun ve kavram hukukçuluğunun “soyutlaştırıcı”,

¹²⁶ Bydlinski, *Methodenlehre*, 110; Reimann, 859. Savigny'nin esasen tarihî verilerin araştırılmasına ve sistematik unsura eşit değer atfetmek istediği, ancak bunlar arasındaki ilişkiyi metodolojik açıdan yeterli derecede temellendiremediği için kavram hukukçuluğuna miras olarak salt sistematik unsurun kaldığı ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Bydlinski, *Methodenlehre*, 110; Larenz, *Methodenlehre*, 14-15.

¹²⁷ Kavram hukukçuluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Bydlinski, *Methodenlehre*, 109 vd.; Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl. (Berlin: Duncker & Humblot, 1983), 20 vd.; Kramer, *Methodenlehre*, 136-138; Larenz, *Methodenlehre*, 19 vd.; Larenz ve Wolf, § 4, N. 2-7; Klaus F. Röhl ve Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. (Köln - München: Carl Heymanns Verlag, 2008), 62 vd.; Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 198, 203, 204.

¹²⁸ Bydlinski, *Methodenlehre*, 110; Larenz ve Wolf, § 4, N. 3; Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 203.

¹²⁹ Kramer, *Methodenlehre*, 136; Larenz ve Wolf, § 4, N. 2.

¹³⁰ Ters çevirme metoduna ilişkin bilgi için bkz. Bydlinski, *Methodenlehre*, 110, 111; Larenz, *Methodenlehre*, 53; Rückert, 304, 305.

¹³¹ Bydlinski, *Methodenlehre*, 110; Reimann, 859.

¹³² Örnek olarak bkz. Larenz ve Wolf, § 4, N. 2.

“kavramlaştırıcı” ve “sistematikleştirici” yaklaşımını kullanarak irade teorisini temellerini atan yazar, ünlü eseri *System des heutigen römischen Rechts* ile Savigny olmuştur. Bugün irade teorisi kavramı, neredeyse doktrindeki yazarların önemli bir çoğunluğu tarafından¹³³, Savigny’nin adıyla birlikte zikredilmektedir. İrade teorisi başlığı altında yapılacak açıklamalarda da, bu durum gözetilerek, Savigny’nin görüşlerine odaklanılacaktır.

Savigny’nin özel hukuka en önemli hizmetlerinden biri, soyut ve genel nitelik taşıyan bir irade açıklaması kavramına hayat vermesidir. Tarihsel süreçte, özellikle yanılmaya ilişkin değerlendirmelerde farklı vesilelerle ve farklı adlar altında ifade edilen, tarafların tasavvurları ve kullandıkları kelimeler, Savigny ile “irade” ve “açıklama” şeklinde soyut ve teknik kavramlara dönüşmüştür. Bunlar, hukuk âleminde buldukları anılan kavramsal karşılıklarıyla, irade açıklamasının bileşenlerini teşkil etmişlerdir. Özetle Savigny’de irade açıklaması, irade ve açıklama şeklinde alt başlıklarına ayrılan bir ana başlıktan; irade ile açıklamanın toplamından oluşan matematiksel bir sonuçtan ibarettir.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu meselesi bakımından en önemli gelişmeyi ise, Savigny’nin irade açıklaması kavramı ile yanılma kurumu arasında kurduğu bağlantı teşkil etmektedir¹³⁴. Savigny, ünlü eseri *System des heutigen römischen Rechts*’in üçüncü cildinde, Roma hukuku kaynaklarından ve kurallarından yola çıkarak, yanılmayı, gerçek yanılma (*ächter Irrtum*) ve gerçek olmayan yanılma (*unächter Irrtum*) olarak ikiye ayırmıştır. Bugünkü adıyla saik yanılmasını gerçek yanılma olarak isimlendiren Savigny, bu hâlin kural olarak irade açıklamasının varlığını ve geçerliliğini etkilemeyeceğini öne sürmüştür¹³⁵. O, “iradesiz açıklama (*die Erklärung ohne Willen*)” kavramıyla ifade ettiği gerçek olmayan yanılmayı ise, bilinçli ve bilinçsiz gerçek olmayan yanılma olarak iki alt başlıkta toplamıştır. Bilinçli gerçek olmayan yanılma zihnî kayıt, şaka açıklaması, muvazaa gibi hâlleri kapsamına alırken; bilinçsiz gerçek olmayan yanılma kavramı ise, esas itibarıyla,

¹³³ Bu yönde bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 30, 54; Haupt, 43; Oebike, 39, 40.

¹³⁴ İrade açıklamalarının yanılmayla ilişkilendirilmesi denemesinin Savigny’den önce, Zeiller tarafından da yapıldığı bilinmektedir. Ancak hem bahsedilen kavramları olgunlaştırıp derinleştiren hem de bunlar arasında sistemli bağlantılar inşa eden, Savigny olmuştur. Bu anlamda Savigny’nin asıl katkısı, bahsi geçen kavramları icat etmesinde değil, bunları olgunlaştırmasında, işleyip sistemli bir bütünün parçası hâline getirmesinde yatmaktadır. Benzer düşünceler için bkz. Oebike, 36, 37.

¹³⁵ Savigny, istemek (*Wollen*) kavramını, zihinde mevcut olan tasavvurlardan ayırarak, birden çok seçenek arasından birini seçebilme özgürlüğü (*die Freiheit der Wahl*) olarak nitelendirmiştir. Saik yanılması hâlinde, kişinin zihninde yer alan tasavvurlar, onun özgür iradesiyle bir irade açıklamasında bulunmasını engellemez. Böyle bir yanılmaya düşerek yapılan irade açıklaması, mevcut ve geçerli olur. Bkz. von Savigny, 113. Savigny’e göre benzer bir durum korkutmada da söz konusudur; zira kişi, korkutma sonucu bir irade açıklamasında bulunmak yerine, korkutmayı savuşturmayı ya da bunun sonuçlarına katlanmayı seçme imkânına sahiptir. Ancak korkutma, başka bir sebeple, ahlâka aykırılık dolayısıyla geçersizlik yaptırımıyla karşılaşır. Bkz. von Savigny, 102 vd..

açıklamada yanılma hâlini karşılamak için kullanılmıştır¹³⁶. Burada “gerçek olmayan” ibaresine başvurulmasının sebebi, Savigny’nin bu kavram altında bir araya getirdiği hâlleri, aslında irade açıklamaları öğretisine ilişkin sorunlar olarak değerlendirmesidir. Zira bu hâllerde işlemin hüküm ve sonuç doğurmaması yanılmadan değil, doğrudan irade açıklamalarının unsurlarının birinin, iradenin eksikliğinden ileri gelmektedir¹³⁷.

Savigny’e göre, irade açıklamasında üç belirleyici unsur mevcuttur: irade, açıklama ve iradeyle açıklamanın uyuşması¹³⁸. Onun öğretisinde, irade ile açıklamanın uyuşması tesadüfi bir durum değil, irade ile açıklama arasındaki doğal ilişkinin bir sonucudur. Söz konusu doğal ilişki bozulduğunda, yani irade ile açıklama arasında uygunluk mevcut olmadığında, yanlış bir irade görünümü, bir “iradesiz açıklama (*die Erklärung ohne Willen*)” ortaya çıkar ki, Savigny’in gerçek olmayan yanılma olarak adlandırdığı bu durum, kural olarak, iradeye uygun olmayan açıklamanın yokluğuna yol açar¹³⁹. Zira irade, “tek önemli ve etki sahibi” unsur olarak kabul edilmek zorundadır. Bu bağlamda irade açıklamasının unsurları arasında, irade açıklamasına ve bununla ortaya çıkan hukukî etkiye kaynaklık eden, iradedir. Açıklama ise, içsel ve görünmez nitelik taşıyan iradenin, başkaları tarafından bilinebilir olması amacıyla dışa vurulmasını sağlayan işaretlerden başka bir şey değildir¹⁴⁰. İster kusurlu isterse kusursuz olsun, bir kimse iradesine uygun olmayan bir açıklama nedeniyle sorumluluk altına girmez, iradesine aykırı bir sonuçla bağlı tutulamaz¹⁴¹.

Savigny, iradesiz açıklama kavramının ve böyle açıklamaların yokluğu kuralının uygulama alanına; kesinlik arz etmeyen, taslak niteliğindeki açıklamaları, şaka açıklamasını, korkutma yoluyla içeriğinden tamamen habersiz olduğu bir belgenin altına imza atan kişinin açıklamasını, muvazaalı açıklamaları ve açıklamada yanılma hâllerini dâhil etmiştir¹⁴². Yazar, bu değerlendirmeleri yaparken, sonradan kavram hukukçuluğu olarak adlandırılan metoda uygun olarak, mantikî bir tündengeline başvurmuştur. Öncelikle soyut ve genel kavramlar düzeyinde yapılan açıklamalarla, iradesiz açıklamaların yaptırım yokluk olarak ifade edilmiştir. Ardından iradesiz açıklama olarak nitelendirilebilecek somut hâller belirlenmiş, iradesiz açıklamaların yokluğu kuralına altlama (*Subsumtion*) suretiyle yapılan tasım (*Syllogismus*) sonucunda bu hâllerin yaptırım da irade açıklamasının yokluğu şeklinde

¹³⁶ Gerçek olmayan yanılma hâllerine ilişkin geniş bilgi için bkz. von Savigny, 257 vd..

¹³⁷ von Savigny, 263. Ayrıca bkz. Oebike, 32.

¹³⁸ von Savigny, 99.

¹³⁹ von Savigny, 258 vd..

¹⁴⁰ von Savigny, 258.

¹⁴¹ von Savigny, 264.

¹⁴² von Savigny, 257 vd..

ortaya koyulmuştur. Yargıya ulaşma sürecinde, yargının ilgili olay gruplarından her biri bakımından adil olup olmadığına, tarafların menfaatlerinin gerekli oranda gözetilmesine hizmet edip etmediğine, yani pratik sonuçlarına ise dikkat edilmemiştir.

Dikkat çeken bir nokta, Savigny'nin, sözleşmenin kurulmasında uyuşmama ihtimalini de iradesiz açıklama hâli olarak ele almasıdır. Yazar, "bir başkasının iradesi ve açıklamasına ilişkin yanılma" olarak adlandırdığı, taraflardan her birinin kendi iradesi ile açıklamasının uyuştugu, ancak tarafların birbirlerini yanlış anladıkları hâli de, iradeye uygun olmayan açıklamanın yokluğu ve dolayısıyla sahibini bağlamayacağı yönündeki kurala tâbi tutmuştur. Ona göre, burada taraflar, ortak isteğe sahip olan yapay tek bir kişi olarak değerlendirilebilir. Böylece tarafların irade açıklamaları tek bir irade açıklaması hâlini alır. Bu yolla ortaya çıkan irade açıklamasının temelinde tarafların uyuşan iradeleri mevcut olmadığı için, bu hâlde de iradesiz açıklamadan bahsedilir ve buna bağlanan yaptırım uygulanır¹⁴³.

Zihnî kayıt bakımından ise, Savigny tarafından ayırık bir tutum izlendiği görülmektedir. Savigny, açıklamada bulunanın iradesi ile açıklaması arasında bilinçli olarak bir farklılık yarattığı zihnî kayıt hâlini, bu uyuşmazlık salt açıklama sahibinin zihninde kaldığı ve onunla temasta bulunan kişilerce bilinebilir olmadığı sürece, bir iradesiz açıklama hâli olarak değerlendirmemiştir. Zira nihayetinde her hukuk düzeni, insanlar arasındaki iletişimin temel yapıtaşını teşkil eden dış unsurun güvenilirliğine dayanmaktadır. Aslında başka bir iradeye sahip olmasına rağmen bunu karşı tarafa hiçbir şekilde yansıtmaksızın, bilinçli olarak farklı bir iradeyi dışa vuran kimse, açıklamasıyla bağlı tutulmak durumundadır¹⁴⁴.

Dikkat edilmelidir ki Savigny'nin zihnî kayıt bakımından tanıdığı istisna, onun, en azından kendi teorisi bağlamında, iradeye uygun olmayan açıklamaların sonuç doğurmasına açık kapı bıraktığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Savigny, iradeyle açıklamanın çatıştığı hâllerde, iradeye tanıdığı mutlak üstünlükten esasında taviz vermemiştir. O, zihnî kayıt hâlini tamamen iradesiz açıklama kavramının kapsamı dışına itmiş, hiçbir şekilde irade ile açıklama arasında bir uyuşmazlık hâli olarak değerlendirmemiştir. İradesiz açıklama kavramı altına yerleştirilmeyen bir ihtimalin bu tür açıklamalara bağlanan yaptırıma tâbi tutulmaması, Savigny tarafından istikrarlı bir şekilde uygulanan metot çerçevesinde, mantikî tutarlılık şartını sağlamaktadır. Savigny'nin zihnî kayıt için sergilediği tutum, ancak

¹⁴³ von Savigny, 265, 266. Ayrıca bkz. Oebike, 34, 35.

¹⁴⁴ von Savigny, 258, 259. Ayrıca bkz. Böttcher, 214, 215.

bugünün zihnî kayıt hâlini tereddütsüz şekilde irade ile açıklama arasındaki uyumsuzluk hâli olarak nitelendiren yaklaşımının gözünden, iradenin açıklama karşısındaki üstünlüğünün bir istisnası olarak yorumlanabilir¹⁴⁵. Yoksa Savigny, kendi teorisi çerçevesinde, iradenin bu üstünlüğünü sınırlandırarak iradesiz açıklamalara geçerlilik atfetmiş değildir.

İşte irade teorisi, Savigny'nin yukarıda açıkladığımız fikirlerinden üretilen ana kuralı bünyesinde barındırmaktadır. Bu ana kural, en öz ifadesiyle, irade unsurunun açıklama unsuru karşısındaki mutlak üstünlüğü uyarınca, iradeye uygun olmayan bir açıklamanın varlığının ve geçerliliğinin reddedilmesidir. Buradan sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından doğrudan çıkan sonuç ise, irade açıklamalarının ancak açıklamada bulunanın iradesi doğrultusunda anlamlandırılabilirdir. Zira anılan teori uyarınca, irade ile açıklama arasında bir uygunsuzluk bulunması hâlinde, zaten mevcut ve yorumlanabilir bir irade açıklamasından bahsedilememektedir. İrade açıklaması, ancak sahibinin iradesine uygun olduğu sürece hukuk âleminde bir değer ifade eder. Dolayısıyla bunun hukuken taşıyabileceği tek anlam, açıklama sahibinin ona atfettiği anlamdır. Diğer bir ifadeyle irade açıklamasının, sahibinin iradesinden bağımsız bir şekilde yorumlanması düşünülemez. Aynı doğrultuda, tarafların iradelerinin uyumsuzluğu hâlinde bir sözleşmenin meydana geldiğinden bahsetmek de mümkün değildir.

İrade teorisi, 19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimi hukukçuları arasında önemli ses getirmiş, doktrini uzun sayılabilecek bir süre boyunca etkisi altına almıştır. Bahsedilen dönemde ortaya koyulan eserlerde, neticede belirli yönlerden modifikasyonlar önerilse dahi, irade açıklaması ve yanılma öğretilerinin şekillendirilmesinde hareket noktası olarak irade teorisinin kullanıldığı göze çarpmaktadır¹⁴⁶. Hatta anılan teoriye bilhassa pratik sonuçlarına ilişkin endişelerle daha sert eleştiriler yönelten bazı yazarlar dahi¹⁴⁷, irade teorisinin kural olarak isabetliliğini ifade etmekten ya da ortaya koydukları fikirleri en azından kavramsal

¹⁴⁵ Bu yönde bir yorum için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 39. Nitekim doktrinde, Savigny'nin ifadelerinden, sadece zihnî kayıt hâli için değil, tüm irade ile açıklama arasındaki uyumsuzluk hâlleri bakımından, irade açıklamasının yokluğundan bahsedilebilmesi için, uyumsuzluğun en azından açıklama muhatabı tarafından bilinebilir olması gerektiği çıkarımında bulunan yazarlara da rastlanmaktadır. Bu yazarlar, anılan gerekçeyle Savigny'yi açıklama teorisine yakın görmektedirler. Bu yönde bkz. Julius Binder, "Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes", *ARWP* Bd. V, Heft 2 (1911/1912): 273; Luig, 45, 46. Savigny'nin bahsedilen ifadelerinin sadece zihnî kayıtlarla ilgili olduğu yönünde ise bkz. Oebike, 39, 40. Konuya ilişkin ayrıca bkz. ve karşı. Hofer, 158-163.

¹⁴⁶ Örnek olarak bkz. Rudolf von Jhering, "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *JherJb* Bd. IV (1861): 2; Bernhard Windscheid, "Wille und Willenserklärung", *AcP* Bd. 63, Heft 1 (1880): 72, 73.

¹⁴⁷ Bu konuda en bariz örnek, güven teorisinin temellerini atan yazar olan Otto Bähr'in, iradeye uygun olmayan açıklamanın geçerliliğini, bu yönde farazî bir iradenin varlığıyla gerçekleştirmesidir. Bkz. Otto Bähr, "Über Irrungen im Kontrahiren", *JherJb* Bd. XIV (1875): 400, 401.

düzeyde irade teorisiyle uyumlu hâle getirmeye çalışmaktan kurtulamamışlardır.

İrade teorisinde, bir yandan Corpus Iuris Civilis'e yansıtılan subjektif anlayışın, öte yandan ise döneme hâkim olan liberal bakış açısının etkileri izlenebilmektedir. Her ne kadar 19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimi hukuku felsefi ve etik değer yargılarından, sosyoekonomik izlerden arındırma çabası sergilese de, 18. yüzyılda Adam Smith öncülüğünde geliştirilen ve 19. yüzyılın önemli bir kısmında hâkimiyetini sürdüren, piyasa aktörlerine tanınan serbestinin toplumu kendiliğinden bir dengeye kavuşturacağı düşüncesi hukuka da yansımıştır. Bu bağlamda hukuk, kutsallaştırılmış birey iradesinin hâkimiyet alanı olarak ele alınmıştır. İrade teorisi hem teşekkülünde hem de 19. yüzyılda özel hukukun baş aktörlerinden biri hâline gelmesinde, hukuk sülhelerinin, özgür iradelerine aykırı bir sonuçla bağlı tutulmasına açık kapı bırakmayan bu anlayıştan önemli ölçüde destek bulmuştur¹⁴⁸.

B. Menfaat Hukukçuluğunun Ortaya Çıkış Sürecinin Etkileri

İrade açıklaması ve yanılma öğretilerinin 19. yüzyılın son çeyreğinde ve 20. yüzyıldaki kaderi ise, menfaat hukukçuluğu adı verilen ve kavram hukukçuluğunun karşıt kutbu olarak nitelendirilen metodolojik akım tarafından tayin edilmiştir. Bu akım, bilhassa hukuk kurallarının amacına ve pratik sonuçlarına yaptığı vurgu ile dönemin özel hukuk alanındaki meselelere bakış açısını derinden etkilemiştir. Yanılma öğretisi ve bununla bağlantılı olarak sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından bu etki, irade teorisinin adım adım itibarsızlaşması şeklinde tezahür etmiştir. Bu kapsamda öncelikle açıklama teorisi ortaya atılmış, ardından irade teorisi ve açıklama teorisi arasında bir tür arabulucu rolü üstlenen ve bilhassa İsviçre hukukunda yaygın şekilde benimsenen güven teorisi vücuda getirilmiştir.

Menfaat hukukçuluğu, metodolojik açıdan olgunlaşmış bir akım hâlini, Philipp Heck'in 20. yüzyılın ilk yarısında ortaya koyduğu eserleriyle almıştır. Ancak anılan akımın kökleri, esasında 19. yüzyılın ikinci yarısında Rudolf von Jhering'in hukuk anlayışında yaşanan değişime kadar uzanmaktadır. Menfaat hukukçuluğunun çalışma konumuza ilişkin etkileri de bir anda ortaya çıkmamış, bu anlayış değişimiyle başlayan süreç içinde, kademeli olarak baş göstermiştir. Bu açıdan, söz konusu etkilerin incelenmesinde, anılan sürecin tamamı değerlendirilme konusu yapılacaktır.

¹⁴⁸ Bkz. ve karşı. Binder, 266, dn. 2; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 52, 54; Oebike, 40; Stefan Vogenauer, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, Kommentar zu §§ 133, 157: Auslegung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), §§ 133, 157, N. 36.

1. Menfaat Hukukçuluğunun Ortaya Çıkış Süreci ve Esasları

Menfaat hukukçuluğunun ortaya çıkış sürecinin başlangıcı olarak, Rudolf von Jhering'in hukuk anlayışında meydana gelen köklü değişikliğe işaret etmek gerekir. 19. yüzyılın ikinci yarısı, önceleri kavram hukukçuluğunun bir taraftarı olan Jhering'in, genel hukuk anlayışının sonraki dönemlerde izleyeceği gelişim bakımından kritik bir dönemeç teşkil eden fikir değişikliğine sahne olmuştur. Jhering'in farklı eserlerinde kademeli olarak ortaya koyduğu yeni yaklaşımın ilk izleri, 1861 yılından itibaren Prusya Mahkeme Dergisi'nde (*Preußischen Gerichtszeitung*) isimsiz olarak yayınladığı *Über die heutigen Jurisprudenz* başlıklı mektuplarda görülmektedir. Sonradan eklenen birtakım açıklamalarla birlikte, Jhering'in 1884 tarihli *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* adlı eserinde bir araya getirilen bu mektuplarda Jhering, kavram hukukçuluğuna sert eleştiriler yöneltmiştir. Söz konusu eserin özellikle üçüncü kısmında Jhering, “hukukî kavramlar gökyüzü (*juristischer Begriffshimmel*)” nitelendirmesi ve bunun gibi pek çok satirik ifadeyle, çeşitli örnekler üzerinden, kavram hukukçuluğu yönteminin ve bu yolla elde edilen sonuçların pratik değersizliğinden dem vurmıştır¹⁴⁹. Zira söz konusu hukuk anlayışı, katı bir mantık düzeni ekseninde çıkarımlar yapmakta, ancak yapılan çıkarımların adilliğine ya da uygulanabilirliğine önem vermemektedir. Nitekim Jhering, mektupların yayınlanmaya başlamasıyla aynı yılda, 1861'de kaleme aldığı *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* adlı eserinde de, kavram hukukçuluğunun hakkaniyete aykırı ve uygulanması sorunlara sebebiyet verecek çıkarımlarından birine dikkat çekmiş¹⁵⁰, çözüm olarak culpa in contrahendo sorumluluğunu hukuk âlemine kazandırmıştır. Jhering'in bu hukuk anlayışını olgunlaştırarak zirve noktasına ulaştırdığı eseri ise, bütün hukukî düzenlemelerin temelinde “amaç” unsurunun yer aldığı düşüncesi üzerinde şekillenen, 1877 tarihli *Der Zweck im Recht* başlıklı kitap olmuştur¹⁵¹.

Görüldüğü üzere Jhering, Savigny'nin öncülüğünde, 19. yüzyıl Pandekt hukuk bilimi hukukçuları arasında hâkim bir konuma kavuşmuş olan kavram hukukçuluğuna olan eleştirilerini, doğrudan bu anlayışın merkez fikrine, yani hukukta mantık kurallarına atfedilen mutlak değere yöneltmiştir. Kavram hukukçuluğundaki sorun, kavramlar

¹⁴⁹ Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975 [unveränderter reprografischer Nachdruck der 13. Aufl., Leipzig, 1924]), 245 vd..

¹⁵⁰ von Jhering, *Culpa in contrahendo*, 2, 3.

¹⁵¹ Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht, Bd. I* (Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1877), VI. Jhering, bu eserinin kapağında, “Amaç, bütün hukukun yaratıcısıdır. (*Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.*)” ifadesine yer vermiştir.

düzeyinde mantikî yolla varılan sonuçların, her ne kadar usulüne uygun biçimde elde edilmiş olsa dahi, insanlar arasındaki somut ilişkilere yabancı ve hakkaniyete aykırı nitelik arz edebileceğinin gözden kaçırılmasıdır¹⁵². Çözüm ise, salt mantığa belirleyicilik atfedilmemesi; yaşamın, işlem trafiğinin ve hakkaniyet duygusunun gerekliliklerine, mantikî değerlerine bakılmaksızın öncelik tanınmasıdır. Zira yaşamı şekillendiren, kavramlar değildir; kavramlar ve bilhassa hukuk, pratik amaçlara, yani toplumsal yaşama hizmet etmek üzere varlık kazanmıştır¹⁵³. Tüm hukuk kuralları, köklerini bu sosyal nitelikli amaçlarda bulmaktadır¹⁵⁴.

Jhering'in hukuk kurallarını toplumsal amaçlara odaklayan yaklaşımı, hak kavramına dair fikirleriyle de paralellik arz etmektedir. Jhering'e göre hak, hukuken korunan menfaattir¹⁵⁵. Bugün doktrinde hâlen sıklıkla başvurulana bu tanımda Jhering, hakkın bilhassa maddî unsuruna, yani birey menfaatlerine vurgu yapmaktadır. Burada menfaat kavramı bireylerin yaşamsal ihtiyaçlarını ifade etmekte, hak da esas itibarıyla bu yaşamsal ihtiyaçların karşılamasına aracılık etme vazifesini yüklenmektedir. Bahis konusu hukuk olduğunda ise, bireylerin yerine toplum geçmektedir. Hukuk kuralları, belirli bir zaman diliminde, belirli bir toplumun ihtiyaçlarına, yani toplumsal menfaatlerin tatminine yönelmektedir¹⁵⁶. Hak öğretisine ilişkin açıklamalarıyla Jhering, menfaat kavramına yaptığı vurguyla, dolaylı şekilde de olsa menfaat hukukçuluğuna giden yolu belirginleştirmiştir¹⁵⁷.

Görüldüğü üzere Jhering, esasında, kavram hukukçuluğunun yol açtığı, sosyal, siyasi ve ahlâkî unsurlara tamamen yabancılaşmış, katı şekilci bir hukuk bilimine¹⁵⁸ ilk ciddi itirazlardan birini yöneltmiştir. Bu başkaldırı, hukukun sosyal işlevinin, yani toplumla olan bağının ortaya koyulmasının yanı sıra, amaç unsurunun öne çıkarılmasıyla birlikte amaçsal (teleolojik) yorumun temellerinin atılması bakımından son derece önemlidir¹⁵⁹. Bununla

¹⁵² Detaylı açıklamalar için bkz. Larenz, *Methodenlehre*, 45; Oebike, 44.

¹⁵³ Rudolf von Jhering, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, Bd. I* (Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1865), 302, 303. Jhering'in teorisinde kavramlaştırma faaliyetine tamamen karşı çıkılmamıştır. Söz konusu olan, kavramların hukuk kurallarının mantikî dayanağı olmaktan çıkarılarak, hukukun daha iyi anlaşılmasında ve öğretilmesinde kolaylık sağlayan bir faktör rolüne büründürülmesidir. Bkz. Remus Titiriga, "The 'Jurisprudence of Interests' (Interessenjurisprudenz) from Germany: History, Accomplishments, Evaluation", *IJLLD* Volume 3.1 (June 2013): 59.

¹⁵⁴ von Jhering, *Zweck*, VI.

¹⁵⁵ von Jhering, *Geist des Römischen Rechts*, 317.

¹⁵⁶ Gerhard Wagner, "Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen", *AcP* Bd. 193, Heft 4 (1993): 323 vd., özellikle 326.

¹⁵⁷ Bkz. ve karşı. Titiriga, 59, 62, 63.

¹⁵⁸ Larenz, *Methodenlehre*, 24; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl.* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967), 401.

¹⁵⁹ Larenz, *Methodenlehre*, 48.

birlikte Jhering'in, yaptığı eleştirileri, her yönüyle yeni bir metodolojik yaklaşımın inşasına önayak olacak dereceye ulaştırmadığını kabul etmek gerekir. Amaç ve pratik açıdan uygulanabilirlik vurguları, Jhering tarafından hukuk metodolojisi alanına yeterli derecede yansıtılmamıştır¹⁶⁰. Dolayısıyla Jhering'i, bu hususta bir geçiş dönemi olarak görmek mümkündür.

Jhering'in kavram hukukçuluğuna yönelttiği eleştiriler ve özellikle hukuk kurallarının amacına yaptığı vurgu, hukuk metodolojisi sahasındaki asıl yankılarını¹⁶¹, 20. yüzyılın ilk yarısında Philipp Heck ile bulmuştur¹⁶². Jhering'in fikirlerini ele alarak işleyen Heck¹⁶³, öncelikle pozitif hukuk biliminin (*Jurisprudenz*) pratik amaçlara hizmet eden, uygulamalı bilim niteliğine vurgu yapmıştır. Bu amaçların ilki somut uyumsuzluk hakkında bir yargıya varma sürecinde hâkime yol gösterecek rasyonel ön çalışmayı ortaya koymak, ikincisi ise hukuku toplumdaki bireylerin idrakine sunarak onların davranışını belirli doğrultuda şekillendirmektedir¹⁶⁴. Bu yönüyle hukuk bilimi, doğrudan bireylerin yaşantılarına etki etme amacına yönelir. Bu amaç çerçevesinde de, yaşamın araştırılması ve değerlendirilmesi yoluyla yaşamsal ihtiyaçların karşılanması, hukukta esas önceliğe sahip olmalıdır. Zira hâkim, kavram hukukçuluğunun ona tanıdığı rolden, yani “mantık kurallarına göre işleyen bir hukuk otomatı” olmaktan çok daha fazlasıdır¹⁶⁵. Hâkim, kanun koyucunun kullandığı kelime ve emirlerin kölesi olmaksızın, onun amacını ve değer yargılarını ortaya çıkarır, hatta gerektiğinde bu değer yargılarını kanunda düzenlenmeyen hâllere dahi uygular¹⁶⁶. Menfaat hukukçuluğu¹⁶⁷ olarak nitelendirilen ve belirli değişikliklere uğratılsa da bugünkü metot

¹⁶⁰ Larenz, *Methodenlehre*, 48.

¹⁶¹ Jhering'in eleştirilerinin git gide taraftar toplamasıyla birlikte doktrinde filizlenen, kavram hukukçuluğuna alternatif arayışları, menfaat hukukçuluğundan önce, objektif yorum doktrini ve serbest hukuk doktrini gibi farklı fikirleri de meydana getirmiştir. Ancak bu fikirler, Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından, tarih sahnesinde menfaat hukukçuluğu kadar iz bırakmamışlardır. Anılan fikirler hakkında bilgi için bkz. Larenz, *Methodenlehre*, 59-62; Titiriga, 60-62.

¹⁶² Bydlinski, *Methodenlehre*, 114.

¹⁶³ Konuya ilişkin bkz. Philipp Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *AcP* Bd. 112, Heft 1 (1914): 1 vd.; Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1932), 1 vd..

¹⁶⁴ Heck, *Begriffsbildung*, 17. Bu açıklamalarıyla Heck, pozitif hukuk bilimini hukuk dogmatisiyle eş anlamlı olarak değerlendirmiş, ortaya koyduğu metodu da doğrudan hukuk dogmatisine yöneltmiştir. Bkz. Heck, *Begriffsbildung*, 17; Larenz, *Methodenlehre*, 49. Zira hukuk dogmatisi kavramı, mevcut zamanda ve mevcut toplumda bireyler arasında ortaya çıkan ya da çıkması olası somut uyumsuzlukların çözümüne yönelik ve aynı zamanda hukuk sülhlerinin birbirine karşı nasıl davranması gerektiğini ortaya koyan bir hukuk disiplini ifade etmektedir. Bu çerçevede hukuk dogmatisinin, doktrinde “dar anlamda pozitif hukuk bilimi” olarak adlandırıldığına da rastlanmaktadır. Bu yönde görüş ve hukuk dogmatisine ilişkin açıklamalar için bkz. Bydlinski, *Methodenlehre*, 8 vd..

¹⁶⁵ Heck, *Begriffsbildung*, 4.

¹⁶⁶ Heck, *Begriffsbildung*, 4.

¹⁶⁷ Menfaat hukukçuluğu hakkında bilgi için bkz. Bydlinski, *Methodenlehre*, 113 vd.; Halim Alperen Çıtak: *İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 51, dn. 240; Altan Heper, “Yasaya Sadakatın Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, *İÜHFMC*. LXXII, S. 1 (2014): 338-345; Kramer,

anlayışı üzerindeki etkilerini hâlen koruyan metodoloji akımı, işte bu temeller üzerinde yükselmiştir.

Menfaat hukukçuluğuna göre münferit hukuk kurallarının her birinin temelinde, bireylerin çatışan menfaatleri, yani mevcut ya da geleceğe ilişkin, maddî ya da manevî arzu ve beklentileri yer alır¹⁶⁸. Her bir hukuk kuralı, çatışan menfaatler arasından hangisinin diğerine nazaran tercih edilerek korunması gerektiğini¹⁶⁹ ve bu korumanın ne ölçüde gerçekleştirileceğini ortaya koymaktadır. Kanun koyucu tarafından yapılan bu değerlendirmede ölçüt olarak topluluk menfaatleri gözetilir; yani kanun koyucu, çatışan münferit menfaatlerden hangisine ne derecede öncelik tanıyacağını, üstün tutmak istediği topluluk menfaatlerine (*Gemeinschaftsinteressen*) (irade özerkliğinin korunması, işlem güvenliğinin korunması gibi) göre belirler¹⁷⁰. Kuralın somut olaya uygulanması sırasında sübjektif tarihî yorum yöntemi kullanılarak¹⁷¹, kanun koyucuyu ilgili kuralı sevk etmeye yönelten menfaatler (*kausale Interessen*) araştırılmalıdır¹⁷². Bu bağlamda hukuk kuralı, temelinde yatan menfaat dengesiyle birlikte ele alınır ve anlamlandırılır. Hâkim, karşısına gelen somut uyuşmazlığa yol açan çatışan menfaatleri hukuk kurallarının temelinde yatan menfaatlerle eşleştirir; kanun koyucunun bunlar arasında kurduğu dengeyi, somut uyuşmazlığa uygulayarak yargıya ulaştırır. Hâkime yöneltilen bu “tarihî menfaat araştırması (*historische Interessenforschung*)”¹⁷³ emriyle, salt kavramsal temeller üzerine kurulu bir yorum anlayışı bertaraf edilmiş, yorumda amaç faktörünün gözetilmesine ağırlık verilmiştir¹⁷⁴. Yargıya varılması sürecinde mantikî tutarlılık ikinci plana itilmiş, yargının sosyal ve ekonomik amaçlara uygunluğu dikkate alınmıştır¹⁷⁵. Özetle hukuk, artık gidis

Methodenlehre, 138-140; Larenz, *Methodenlehre*, 49 vd.; Larenz ve Wolf, § 4, N. 8-11; Sevtap Metin, *Hukuk Normunun Yorumu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İstanbul, 2002), 117 vd.; Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 201, 209 vd..

¹⁶⁸ Heck, *Gesetzesauslegung*, 17, 60; ayrıca bkz. Bydliniski, *Methodenlehre*, 114, 115.

¹⁶⁹ Bu yönüyle menfaat hukukçuluğu, hukuku bir “menfaat koruması (*Interessenschutz*)” olarak değerlendirmektedir. Bkz. Larenz, *Methodenlehre*, 50.

¹⁷⁰ Topluluk menfaatleri kavramı hakkında bkz. Heck, *Gesetzesauslegung*, 59, 60; ayrıca bkz. ve karşı. Bydliniski, *Methodenlehre*, 115; Larenz, *Methodenlehre*, 52, 53. Menfaat hukukçuluğu, hem kanun koyucu tarafından dengelenen münferit menfaatlerin hem de kanun koyucunun bu dengeleme faaliyeti sırasında gözettiği ölçütlerin ve değer yargılarının aynı kavramla, yani “menfaat” kavramı kullanılarak ifade edilmesi nedeniyle eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, esasında menfaat hukukçuluğunun bir modifikasyonu olarak görülen değerlendirme hukukçuluğunun (*Wertungsjurisprudenz*) hukuk âlemine kazandırılmasına önayak olmuştur. Konuya ilişkin bkz. Larenz, *Methodenlehre*, 52, 53, 119.

¹⁷¹ Her ne kadar menfaat hukukçuluğunun ilk savunucuları yorumda asıl belirleyici rolü kanun koyucunun sübjektif iradesine tanımışlarsa da, bu yorum yönteminin yerini zamanla objektif tarihî yorum ve objektif - güncel yorum almaya başlamıştır. Konuya ilişkin bkz. Kramer, *Methodenlehre*, 139-140; Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 209.

¹⁷² Heck, *Gesetzesauslegung*, 60.

¹⁷³ Heck, *Begriffsbildung*, 107; Heck, *Gesetzesauslegung*, 59 vd..

¹⁷⁴ Bkz. ve karşı. Bydliniski, *Methodenlehre*, 114; Kramer, *Methodenlehre*, 139, 140.

¹⁷⁵ Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 209-211.

yolundan ziyade varılan ya da varılması hedeflenen sonuca odaklanmaktadır.

Menfaat hukukçuluğu, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerden bilhassa İsviçre’de, kanun koyucudan önemli destek bulmuştur. Türk Medenî Kanunu’nun mehz kanunu niteliğindeki İsviçre Medenî Kanunu’nun ilk maddesi, bu durumun açık göstergesidir. Nitekim ilk fıkra, hukukun uygulanmasında kanunun lafzının yanı sıra yorum yoluyla ortaya çıkarılan içeriğinin de belirleyici olduğu ifade edilerek, hukuk kurallarının amacına vurgu yapılmıştır. Öte yandan ikinci fıkra, belirli şartlarla hâkime tanınan hukuk yaratma yetkisi de, pozitif hukukun boşluklu yapısının açık biçimde kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Yine ZGB¹⁷⁶ Art. 2 Abs. 2 hükmünde öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile amaç ve hakkaniyet temelinde hâkime tanınan pozitif hukuk kurallarını düzeltme yetkisi, kavram hukukçuluğuna sırt çevrildiğinin bir başka göstergesidir. Böylece hukukun uygulanmasında kavram hukukçuluğunun esaslarını benimsemeyen İsviçre kanun koyucusu, menfaat hukukçuluğuna oldukça yakın bir konum almıştır¹⁷⁷.

2. Muhatabın Menfaatini Koruma Çabaları: Açıklama Teorisi ve Güven Teorisi

Menfaat hukukçuluğu, irade açıklaması ve yanılma öğretilerine ilişkin sorunların ele alınışında ve değerlendirilmesinde önemli bir yön değişikliğini beraberinde getirmiştir. Menfaat hukukçuluğunun ortaya çıkış sürecinde kavramlar hapisanesinden kurtulan hukukçu, sosyal ve ekonomik amaçlar ile olası pratik sonuçları dikkate alarak oluşturduğu yargılarını, mutlak biçimde bir kavrama ya da bundan türetilen kurala dayandırma zorunluluğunu git gide bertaraf etmiştir. Hukuk kuralı, kelimeler ve kavramlar bütünü değil, menfaatler terazisi rolüne bürünmüştür. Artık varılan yargılar, kavramsal zeminle uyumlu hâle getirilmesine gerek kalmaksızın, doğrudan menfaatlere ve daha doğru ifadesiyle menfaatler arasında kurulan dengeye dayanarak temellendirilebilmektedir. Bu durum, bilhassa uygunluk uyumsuzlukları bağlamında, gerek uygulayıcıların gerekse doktrinin dikkatini, bu uyumsuzluğa neden olan çatışan menfaatlere çekmiştir.

Menfaat hukukçuluğunun oluşum sürecinin irade açıklaması öğretisi üzerinde ilk aşamada gösterdiği etki, irade teorisinin açıklama sahibini iradesine uymayan hukukî sonuçlardan mutlak biçimde kurtaran yaklaşımının, açıklama muhatabı bakımından teşkil ettiği adaletsizliğin farkına varılması olmuştur. Hukuk kurallarının elde edilmesinde ve

¹⁷⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2018), SR 210.

¹⁷⁷ Aynı yönde yorum için bkz. Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 232-234; Titiriga, 65, 66.

uygulanmasında mantık ilkelerinin mutlak hâkimiyetinin bertaraf edilerek pratik amaç ve sonuçların öncelik kazanmasıyla gözler önüne serilen bu adaletsizliğe çözüm üretme çabaları, esas itibarıyla iki farklı koldan tezahür etmiştir. Bu kollardan biri açıklama teorisini, diğeri ise güven teorisini meydana getirmiştir.

Açıklama teorisi ve güven teorisine ilişkin açıklamalara geçmeden önce önemle ifade etmek gerekir ki, bugün doktrinde bu iki teorinin çoğu zaman iç içe geçtiği görülmektedir. Bu durum, bilhassa Alman hukuku ile Türk ve İsviçre hukuku arasındaki terminoloji farklılığından ileri gelmektedir. Nitekim Alman hukukunda her iki teori de, çoğunlukla aynı isimle, açıklama teorisi olarak anılmaktadır¹⁷⁸. İsviçre doktrininde ve bunu izleyen Türk doktrininde ise, özellikle Meier-Hayoz'un fikirlerinin etkisiyle açıklama teorisine (ilkesine) oldukça dar bir anlam atfedilmekte, güven teorisi (ilkesi) bundan tamamen farklı bir niteliğe büründürülmektedir¹⁷⁹. Bu durum karşısında, açıklama teorisine ve güven teorisine ilişkin açıklamalarda, her iki teori arasındaki ilişkinin gün yüzüne çıkarılması ve böylece bunların sınırlarının belirgin bir şekilde çizilmesi hususunda özel çaba sarf edilecektir.

a. Açıklama teorisi

İrade teorisine karşı geliştirilen teorilerden ilki, iradenin tahakkümüyle mücadelede irade açıklamasının diğeri unsuruna, açıklamaya değer ve belirleyicilik atfeden açıklama teorisidir. Açıklama teorisinin 19. yüzyıldaki esas savunucusu olarak Röver'e işaret etmek gerekir.

Röver, öncelikle, eşyanın doğasından (*Natur der Sache*) hareket ederek, sağlararası irade açıklamaları ile ölüme bağlı irade açıklamaları arasında bir ayrım yapmaktadır. Ona göre, "bilgilendirme aracı (*Erkenntnismittel*)" vasfını taşıyan ölüme bağlı açıklamalardan farklı olarak, sağlararası irade açıklamaları niteliği itibarıyla bir "bağlama aracı (*Bindemittel*)" teşkil eder¹⁸⁰. Bu niteliği itibarıyla bir sağlararası irade açıklaması, açıklama sahibinin bununla hukuken bağlandığını temin etmeli, böylece muhataba güvenlik hissi vermelidir. Bu bağlılık, ancak dışarıdan görülebilir olana, yani açıklamaya belirleyicilik tanımak suretiyle sağlanabilir. İradeye uygun olmayan açıklama hükümsüz addedildiğinde ise, iradenin ve irade ile açıklama arasında bir uygunluğun bulunup bulunmadığının dışarıdan tespiti mümkün olmadığı için, böyle bir güvenlik hissini varlığından

¹⁷⁸ Örnek olarak bkz. Larenz ve Wolf, § 24, N. 27.

¹⁷⁹ Örnek olarak bkz. Eren, N. 401 vd.; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 23, 25, 74 vd..

¹⁸⁰ Röver, 17.

bahsedilemez¹⁸¹. Bu tür bir yaklaşım, açıklama muhatabı yönünden ciddi bir adaletsizliği beraberinde getirir¹⁸². Dolayısıyla esas hüküm ve sonuç meydana getirenin, irade değil, tek başına açıklama unsuru olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, irade ile açıklama arasında bir uygunluğun mevcut olmamasının, irade açıklamasının geçersizliğine yol açmadığı sonucuna varılır¹⁸³.

İrade ile açıklama arasındaki uygunsuzluğun irade açıklamasının mevcudiyetini ve geçerliliğini engellememesi, açıklama teorisinin ana kuralını teşkil etmektedir. Açıklama teorisi, irade açıklamasının özünü açıklama unsurunda görmekte, hüküm ve sonuç meydana getirenin de, sahibinin iradesine uygun olsun ya da olmasın, açıklama olduğunu öne sürmektedir. Böylece, sadece birbirine uygun irade ve açıklamanın oluşturduğu bütüne irade açıklaması adını veren irade teorisinin aksine, açıklama teorisi irade açıklamasının kurucu unsurunu minimuma indirmekte, açıklama ile sınırlamaktadır¹⁸⁴. Bir kimse, kelime ve davranışlarıyla dış dünyada bir irade açıklaması görünüşü meydana getirirse, bunun temelinde buna uygunluk teşkil eden bir iradenin bulunup bulunmadığı incelenmeksizin, dış görünüşü itibarıyla mevcut ve geçerli bir irade açıklamasından bahsedilir. İrade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâlleri, irade açıklamasının ve bu açıklamanın bileşenini oluşturduğu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasının önünde engel teşkil etmez. Zira bu teori uyarınca sözleşmenin kurulması için gerekli olan uyuşma, irade açıklamaları arasında tezahür etmelidir. Bu gerçekleşmişse, artık taraf iradelerinin uyuşup uyuşmadığının önemi yoktur.

Açıklama teorisi, irade teorisinin açıklama muhatabı bakımından yarattığı olumsuzluklara dikkat çekmesi ve yargıya varırken olası pratik sonuçları göz önünde bulundurması bakımından, menfaat hukukçuluğuna giden sürecin izlerini bünyesinde barındırmaktadır. Fakat anılan teorinin, kavram hukukçuluğundan tamamen koptuğu söylenemez. Zira açıklama teorisi, bahsedilen olumsuzlukların çözümünü, irade kavramının karşısına açıklama kavramını yerleştirmekte, tüm belirleyiciliği ona atfetmekte bulmuştur. Kendisini hissettirmeye devam eden kavramlar zemininden hareket etme mecburiyeti, iradeye uygun olmayan bir irade açıklamasının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, bunun

¹⁸¹ Röver, 17-19.

¹⁸² Röver, 9.

¹⁸³ Röver, 19, 47. Buradan da anlaşılacağı üzere irade ve açıklama teorileri arasındaki mücadele esas itibarıyla yanılma öğretisine ilişkindir. Ancak bu kutuplaşma, genel olarak irade açıklaması öğretisine ve bu arada irade açıklamalarının yorumuna ilişkin tartışmalara da yön vermiştir. Bkz. ve karşı. Vogenauer, §§ 133, 157, N. 35.

¹⁸⁴ Bkz. ve karşı. Alfred Manigk, *Irrtum und Auslegung*, (Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1918), 81.

geriye kalan tek bileşeni olan açıklamaya tutunma çabasını beraberinde getirmiştir¹⁸⁵. Açıklama muhatabı nezdinde doğması muhtemel zararların böylece bertaraf edileceği, onun menfaatinin bu yolla korunacağı varsayılmıştır. Özetle açıklama teorisini, ortaya çıkışında menfaat hukukçuluğunun etkileri izlenebilen, fakat yöntem bakımından kavram hukukçuluğuyla olan bağlarını büyük ölçüde muhafaza eden bir teori olarak görmek gerekir.

Açıklama teorisinin irade açıklamalarının yorumu alanındaki yansıması ise, yorumun dış görünüş esas alınarak, yani açıklamanın anlamı doğrultusunda gerçekleştirilmesidir. Bu bağlamda irade açıklamasının anlamı, bunu oluşturan kelime ve davranışların anlamından ibarettir. Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, kelime ve davranışların anlamı konusunda birden çok seçeneğin baş göstermesidir. Gerçekten irade teorisinde, ancak iradeye uygun bir açıklamaya irade açıklaması sıfatı bahşedildiği için, yorumun tek ve zorunlu sonucu açıklama sahibinin iradesi olarak tezahür etmektedir. Açıklama teorisi ise, yukarıda ifade ettiğimiz ana kuralı bağlamında ele alındığında, tek ve belirli bir yorum sonucuna işaret etmekten uzaktır. Zira açıklama, tek bir anlama sahip değildir¹⁸⁶. Açıklamanın anlamı, kimin gözünden bakıldığına ve somut olayın şartlarının dikkate alınıp alınmadığına göre, farklı şekillerde tezahür edebilir. Açıklamanın anlamının esas alınması, salt lafzî bir yorum anlayışını çağrıştırabileceği gibi, muhatabın açıklamaya verdiği anlama ya da makul ve mantıklı bir kişinin açıklamaya vermesi gereken anlama öncelik tanınmasının ifadesi de olabilir. Nitekim bu durum, doktrinde açıklama teorisi nitelendirmesinin birbirinden ciddi şekilde farklılaşan yorum yöntemleri için kullanılmasına yol açmıştır. Öyle ki açıklama teorisinin eski çağların, kelime anlamına sıkı sıkıya bağlı kalan ve yorumda somut olayın özel şartlarından tamamen uzaklaşan, objektivist ve genelleştirici yorum anlayışıyla bir tutan yazarlar bulunduğu gibi¹⁸⁷; açıklama muhatabının açıklamaya atfettiği sübjektif anlamı anılan teorinin kapsamına dâhil eden bir görüşe de¹⁸⁸ rastlanmaktadır.

Fakat dikkatli bir inceleme, muhatabın açıklamaya verdiği sübjektif anlamı yorum sonucu olarak kabul eden düşüncenin açıklama teorisiyle bağdaşmadığını ortaya koyar.

¹⁸⁵ Kavram hukukçuluğunun kapalı yapısı çerçevesinde, irade açıklamasının dış dünyada doğurduğu hukukî etki, ya irade unsuruna ya da açıklama unsuruna dayandırılmak durumundadır. Bkz. ve karşı. Vogenauer, §§ 133, 157, N. 35; Ernst Zitelmann, “Die juristische Willenserklärung”, *Jher.Jb* Bd. XVI (1878): 389.

¹⁸⁶ Aynı yönde bkz. Erich Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3. Aufl. (Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1911), 43; Larenz, *Auslegung*, 12.

¹⁸⁷ Bu yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 74-75. Ayrıca bkz. ve karşı. David Hüppi, *Die Methode zur Auslegung von Statuten* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1971), 107-109; Karl Oftinger, “Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte”, *ZSR Neue Folge* Bd. 58 (1939): 186.

¹⁸⁸ Bu yönde bkz. Antalya, N. 1184; Eren, N. 401.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kökeni itibarıyla bir irade bozukluğu teorisi niteliği taşıyan açıklama teorisi, irade açıklamasının unsurları arasında esas hüküm ve sonuç doğurmanın açıklama olduğundan yola çıkmaktadır. Fakat muhatabın açıklamaya verdiği sübjektif anlam esas alınır, açıklamanın taraf iradelerinden bağımsız bir sonuç doğurması imkânsız hâle gelmektedir. Öyle ki bu yorum anlayışına göre sözleşmenin kurulması safhasında her bir taraf karşı tarafın irade açıklamasını kendi idraki doğrultusunda anlamlandıracağı için, sözleşmenin kurulmasından, ancak tarafların iradeleri arasında uyuma mevcutsa bahsedilebilir. Zira nihayetinde tarafların idraklerinin uyumu, aslında iradelerinin uyumu demektir. Gerçekten anılan yorum anlayışı uyarınca, yanılma sonucunda iradesinden farklı bir açıklamada bulunan taraf, karşı tarafın kendisine yönelttiği kabul açıklamasını da kendi iradesi doğrultusunda yorumlamakta haklı görülür. Bu yolla, taraflardan birinin iradesine uygun olmayan bir sözleşmenin meydana gelmesine imkân tanınmamış olmaktadır. Böylece varılan sonuç, irade teorisiyle paralel nitelik arz eder. Öte yandan Röver'in deyimiyile "güvenli bir bağlama aracından" bahsedilmek isteniyorsa, yorumda açıklama sahibinin olduğu kadar açıklama muhatabının sübjektif süreçlerinden de uzak durmak icap eder. Zaten irade açıklamalarının yorumunun tarihsel arka planında savunucusu bulunmayan ve salt bir ihtimal olarak inceleme konusu yapılan¹⁸⁹ bu yorum anlayışı, yukarıda anılan gerekçelerle kanaatimizce açıklama teorisinin sınırları dışında bırakılmalıdır. Nitekim bunun, doktrinde bazı yazarlarca açıklama teorisinden ayrı şekilde, anlamlandırma teorisi (*Deutungstheorie*) başlığı altında incelendiği ve özü itibarıyla irade teorisine ilişkilendirildiği görülmektedir¹⁹⁰.

Anlamlandırma teorisi bir kenara bırakıldığında, açıklama teorisi başlığı altında sadece objektifleştirici yorum yaklaşımlarının kaldığı göze çarpmaktadır¹⁹¹. Nitekim yanılmaya rağmen sözleşmenin kurulabilmesi, ancak tarafların sübjektif tasavvurlarından uzaklaşılarak gerçekleştirilen bir yorum faaliyeti sonucunda mümkün olur. Fakat bu, bugün

¹⁸⁹ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 24, dn. 1.

¹⁹⁰ Bu yönde bkz. Erhan Kanişlı, *İsviçre - Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 98, 99; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 7 ve özellikle dn. 20; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 24, 108; Murat Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 76, 77; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 72.

¹⁹¹ Nitekim Röver de sağlararası irade açıklamalarının yorumunda hepsi objektifleştirici nitelik taşıyan üç farklı olası yorum yöntemine işaret etmekte; nihayetinde bunlar arasından, tarafların tüm hatalı tasavvur ve değerlendirmelerinden uzak olan, ancak açıklamaya eşlik eden şartları gözeterek bir kişinin açıklamaya vereceği anlama belirleyicilik tanımaktadır (62-64). Hemen belirtelim ki Röver, bu yorum yaklaşımının dürüstlük kuralı temelinde dayanan hukukî işlemlere ilişkin açıklamalar (*Erklärungen bonae fidei*) bakımından uygulanacağını ifade etmektedir. Yazara göre, katı şekil kurallarına tâbi açıklamalarda (*Erklärungen stricti juris*) ise yorumda, açıklamaya eşlik eden şartlar dahi göz ardı edilerek, açıklamanın kelime anlamına yönelmek icap eder. Bkz. Röver, 25, dn. 17.

Türk ve İsviçre doktrinlerinde sıklıkla yapıldığı üzere, açıklama teorisinin, taraflar arasındaki somut hukukî ilişkiyi tamamen bir kenara bırakarak, açıklamanın salt sözlük anlamına yönelen bir yorum anlayışına hasredilmesi demek değildir. Kanaatimizce, üçüncü bir kişinin objektif değerlendirmesini araştıran bu tipikleştirici (*typisierende*) yaklaşımın¹⁹² yanı sıra muhatabın açıklamaya vermek zorunda olduğu anlamı esas alan yorum anlayışının da açıklama teorisi adı altında ele alınması mümkündür. Açıklama teorisi niteliğinden önemli olan, bu yöntemlerden herhangi biriyle ulaşılan yorum sonucunun - varması gereken irade açıklamaları yönünden- her durumda geçerli kabul edilmesidir. Zira yukarıda birçok kez ifade ettiğimiz üzere açıklama teorisinin ayırt edici özelliği, sözleşme ilişkilerinde irade açıklamasının hüküm ve sonuç doğuran unsuru olarak dış unsuru, yani açıklamayı görmesidir. Başkaca bir vakıanın -örneğin muhatabın fiilî güveninin- varlığını aramaksızın her durumda açıklamanın anlamına yönelen objektifleştirici yorum yaklaşımlarının tamamı, açıklama teorisinin bu ayırt edici özelliğini bünyesinde barındırması dolayısıyla, bu teori altında sınıflandırılmaya elverişlidir.

Özetle 19. yüzyılın açıklama teorisinin irade açıklamalarının yorumu bakımından karakteristik özelliği, her iki tarafın da sübjektif tasavvur ve değerlendirmelerinden uzaklaşması, yani objektivizm gözlüğünü taşımasıdır. Bu doğrultuda 19. yüzyılın irade teorisiyle açıklama teorisi arasındaki tartışmanın yorum alanındaki izdüşümünü de, ana hatlarıyla sübjektivizm - objektivizm çatışması olarak görmek mümkündür.

b. Güven teorisi

Menfaat hukukçuluğunun gelişim sürecinde irade teorisinin açıklama muhatabı bakımından yarattığı adaletsiz sonuçları bertaraf etme çabasının ürünleri, açıklama teorisiyle sınırlı değildir. Aynı amaca yönelik olarak farklı bir yoldan ilerlemeyi tercih eden diğer bir grup yazarın çalışmaları, güven teorisi (*Vertrauenstheorie*) olarak adlandırılan farklı bir akıma daha varlık kazandırmıştır. Kavram hukukçuluğuyla aralarına daha ciddi bir sınır çekmeyi başarabilen yazarlar, irade unsurunu bir tarafa bırakıp açıklama unsuruna sarılmak yerine, iradenin üstünlüğünü reddetmeksizin, bunu muhatabın menfaatinin gerektirdiği ölçüde törpülemek yoluna gitmişlerdir. Böylece doğrudan ve her durumda değil, ancak muhatabın haklı güveninin varlığında açıklamanın anlamının esas alınmasına vurgu yapılmıştır. Merkezine muhatabın güvenini yerleştirmesi dolayısıyla bu akım, güven teorisi

¹⁹² Tipikleştirici yorum anlayışına ilişkin olarak bkz. Jan Busche, *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 133, 139-157, 8. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2018), § 133, N. 6.

adını almıştır.

Güven teorisinin 19. yüzyıldaki ilk izleri, metodoloji alanında kavram hukukçuluğuna yöneltilen ilk ciddi başkaldırının da mimarı olan Rudolf von Jhering'in eserlerinde görülmektedir. Öyle ki Jhering'in, kavram hukukçuluğunun beraberinde getirdiği adaletsizlikleri ilk olarak keşfedip çözüm arayışına girdiği alan, yanılma öğretisi olmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki Jhering, yanılmanın sözleşmenin kurulmasını engelleyici etkisini inkâr etmemiş, bu bağlamda Savigny'nin irade teorisinden ayrılmamıştır. O, daha ziyade, yanılan tarafın, kendisinin kusuruyla karşı taraf nezdinde meydana getirdiği zararın tazmin etmesinin gerekip gerekmediği sorusu üzerine eğilmiştir. Savigny'nin irade teorisinden mantikî olarak çıkarılan sonuç, yanılma hâlinde sözleşme kurulmamış olacağından, karşı tarafın, zararını, sözleşme sorumluluğu çerçevesinde yanılıandan talep edemeyeceğidir. Dolayısıyla paketleme ve gönderme masrafları gibi masraflar, yanılmada herhangi bir kusuru bulunmayan karşı taraf üzerinde kalmakta, kendi kusuruyla yanılarak sözleşmenin kurulmamasına yol açan taraf ise herhangi bir sorumluluk altına girmemektedir¹⁹³. Bu durumu hakkaniyete aykırı ve pratik açıdan vahim nitelikte¹⁹⁴ gören Jhering, kusurlu olarak yanılıya düşen tarafın, sözleşme varlık kazanmamış olsa dahi, karşı tarafın sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine güvenmesi dolayısıyla uğradığı menfi zararını tazmin etme yükümü altında bulunduğuna işaret etmiştir¹⁹⁵. Jhering'in bu fikirleri sayesinde, bugün hâlen Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde sorumluluk hukukunun en kritik meselelerinden birini oluşturan culpa in contrahendo sorumluluğu, hayata gözlerini açmıştır.

Jhering'in yanılma yaklaşımı, irade teorisinin adaletsiz pratik sonuçlarını gidermek amacıyla, kavram hukukçuluğunun sunduğu tek olanak olan açıklama kavramına tutunmayı reddetmiştir. Bunun yerine, Jhering'in muhatabın menfaatini korumak adına açıklama sahibi aleyhine tazminat sorumluluğu öngören bir orta yol benimsemesi, yargıya varma sürecinde sadece irade kavramının ya da sadece açıklama kavramının esas alınması dışında bir seçenek sunmayan kapalı kavramlar sisteminin dışına çıkıldığının bariz bir göstergesini teşkil etmektedir. İradenin üstünlüğünden vazgeçmeyen söz konusu yaklaşım, bu üstünlüğü, muhatabın irade açıklamasının varlığına ve geçerliliğine duyduğu güvenin boşa çıkarılması nedeniyle uğradığı zararların tazmini yükümlülüğüyle törpülemiştir. Muhatabın menfaati doğrultusunda yapılan bu törpüleme, yargıya varma sürecinde menfaatlerin başrole

¹⁹³ von Jhering, *Culpa in contrahendo*, 2.

¹⁹⁴ von Jhering, *Culpa in contrahendo*, 2.

¹⁹⁵ von Jhering, *Culpa in contrahendo*, 52 vd.; Oebike, 45.

taşınması yönünde önemli bir adımdır.

Öte yandan Jhering, Roma hukukunun son dönemlerinde sergilenen yorum yaklaşımının ise, yanılmaya ilişkin benimsenen tutumun beraberinde getirdiği sakıncaları bünyesinde barındırmadığı ve bu bağlamda isabetli olduğu düşüncesindedir. Onun mantıkî yorum (*logische Interpretation*) adını verdiği yorum yaklaşımı, iradenin gerçek içeriğini araştırmaya yönelmektedir. Fakat iradenin gerçek içeriğini, açıklama sahibinin sübjektif tasavvurları değil, muhatap ya da hâkim tarafından idrak edilebilir olan anlam teşkil etmektedir. Bu bağlamda belirleyicilik, muhatabın kendisince bilinebilir şartlar çerçevesinde açıklamaya vermek zorunda olduğu anlama tanınmaktadır¹⁹⁶. Böyle bir yorum yaklaşımının açıklama muhatabının güvenine ve dolayısıyla onun menfaatine güçlü bir koruma sağladığı şüphesizdir. Yanılmaya bağlanan yokluk sonucu bu korumayı pratik anlamda bertaraf etmekteyse de, bahsedilen yorum anlayışı, güven teorisinin oldukça belirgin bir görünümünü oluşturmaktadır.

Her ne kadar Jhering, yanılma konusunda irade teorisinin karşısında konum almamış, bu teoriyi culpa in contrahendo sorumluluğu ile modifiye etmekle yetinmişse de, Jhering'in sosyal amaçlara yaptığı vurguyla dönemin hukuk anlayışına getirdiği yeni soluk, diğer birtakım yazarları irade teorisini daha kuvvetli biçimde sorgulamaya sevk etmiştir. Muhatabın güvenini salt menfi zararın tazmini yoluyla korumanın yeterli olmadığına kanaat getiren bu yazarlar, muhatabın haklı güveni temelinde açıklama sahibinin iradesine aykırı bir sözleşmenin kurulmasına imkân tanıma yönünde bir eğilim sergilemişlerdir. Güven teorisinin Jhering'de olduğu gibi yorum öğretisiyle sınırlı kalmayıp yanılma alanına da yansıtılması, bahsi geçen eğilim neticesinde gerçekleşmiştir. Bu hususta bilhassa Bähr'in düşünceleri öne çıkmaktadır.

Bähr, irade teorisinin pratik sonuçlarına ilişkin olarak Jhering'le aynı endişeleri paylaşmakla birlikte, farklı bir çözüm önerisinde bulunmaktadır. Bähr'a göre, irade teorisinin iradelerin uyuşmaması hâlinde sözleşmenin kurulmayacağını öngören ana kuralı, irade kavramından sadece iç iradenin anlaşılması hâlinde mutlak doğruluk arz etmez¹⁹⁷. Zira muhatap, açıklama sahibinin iradesini, ancak bu iradenin dış dünyaya olan yansıması, yani açıklama unsurunu oluşturan kelime ve davranışlar ile idrak edebilir. Bu nedenle iç iradenin yanı sıra, bunun dış dünyadaki görüntüsü de önemlidir. Açıklama sahibi, dış dünyada, iradesine uygun olmayan, ancak kendisine isnat edilebilir nitelik taşıyan, karşı tarafın buna

¹⁹⁶ Yoruma ilişkin açıklamalar için bkz. von Jhering, *Culpa in contrahendo*, 72, 73.

¹⁹⁷ Bähr, 400.

güvenmek suretiyle birtakım haklar elde ettiğine inandığı ve inanmaya mezun olduğu bir irade görünüşü meydana getirmişse, artık onda bu yönde bir iradenin mevcut olduğu varsayılmalı ve o, bu açıklamasıyla bağlı tutulmalıdır¹⁹⁸. Bu anlamda bir irade varsayımı, iradenin varlığına eşdeğerdir¹⁹⁹. Dolayısıyla bu varsayım, iradeye uygun olmayan bir açıklamadan ve bunun geçersizliğinden bahsedilmesine engel olur. Görüldüğü üzere Bähr, bir irade varsayımının kabulü için, muhatabın irade açıklamasına güvenebilecek durumda bulunmasının²⁰⁰ yanı sıra fiilen güvenmesini de şart koşturmuş. Bu hâlde, muhatabın güveninin korunması yönündeki menfaatini temin etmek amacıyla, açıklama sahibinin iç iradesine aykırı bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılmaktadır. Bähr'in burada vurguladığı isnat edilebilirlik, yanılanın kusurlu olup olmamasına bağlı değildir. İrade varsayımı, yanılanın kusurundan değil, muhatabın somut olaydaki fiilî haklı güveninin korunmasından ileri gelmektedir²⁰¹.

Bähr'in açıklamaları bağlamında güven teorisine ilişkin olarak öncelikle göze çarpan husus, irade teorisinde ve açıklama teorisinde olduğu gibi irade ya da açıklamaya mutlak değer atfedilmemesi²⁰², irade açıklamasının hüküm ve sonuçlarının dayanağı olarak

¹⁹⁸ Bähr, 401.

¹⁹⁹ Bähr, 400, 401.

²⁰⁰ Bähr, bu şartı, muhatabın, açıklama sahibinin açıklamasının iradesine uygunluğu hususunda kusurlu olmaması gerektiği şeklinde ifade etmektedir. Somut olayın dışarıdan algılanabilir olan şartlarından biri muhatap nezdinde bu uygunluğun bulunmadığına ilişkin şüphe meydana getiriyorsa, muhatabın güveni korunmaya layık değildir. Bkz. Bähr, 406, 407.

²⁰¹ Bähr, 401, 407.

²⁰² Hemen belirtmek gerekir ki Alman doktrininde Bähr genellikle açıklama teorisinin savunucusu olarak zikredilmektedir. Örnek olarak bkz. Larenz ve Wolf, § 24, N. 27, dn. 18; Oebike, 62, 63; Reinhard Singer, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90-124, 130-133, Kommentar zu §§ 116-122, 133* (Berlin: Sellier - de Gruyter, 2017), Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 15. Esasında bu durumun sebebi Bähr'in, çalışmamızdaki anlamıyla açıklama teorisinin savunucusu olarak görülmesi değildir. Anılan durum, irade teorisi ve açıklama teorisine Alman hukukunda çoğunlukla irade açıklamasına ilişkin açıklamalar çerçevesinde ve irade ile açıklama arasındaki ilişki incelenirken değinilmesidir. Bu bağlamda, kaynağını açıklama sahibinin iradesinde bulmayan bir irade açıklamasının geçerliliği açıklama unsuruna dayandırılmaktadır. Bähr'in teorisinde de böyle bir irade açıklamasının varlığına ve geçerliliğine cevaz verildiği için, onun fikirleri kavramsal düzeyde soyutlanarak açıklama teorisi nitelendirmesi altında ele alınmaktadır. Yoksa Bähr'in irade unsurunu gereksiz gördüğü ve tamamen açıklama unsurunu esas aldığı söylenemez. Benzer düşünceler için bkz. ve karşı. Flume, *Rechtsgeschäft*, 55. Öte yandan Alman doktrininde, Bähr'in savunucusu olarak ifade edildiği açıklama teorisine, aslında güven teorisini çağrıştıran bir içerik atfedildiğine de sıklıkla rastlanmaktadır. Örnek olarak bkz. Larenz ve Wolf, § 24, N. 27; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 15. Bu bağlamda, Alman doktrininde Bähr'in pozisyonuna ilişkin değerlendirmelere çalışmamızdaki değerlendirme arasındaki farkın kavramsal düzeyde kaldığını, içerik itibarıyla esaslı bir ayrışmanın söz konusu olmadığını söylemek mümkündür. Bähr'in düşüncelerinin güven teorisine uyumlu olduğu yönünde aynı görüşte ayrıca bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 39. Bähr'in teorisine önemli ölçüde benzerlik arz eden etkili görünüş teorisine (Piotet, *La formation*, 49; Piotet, "La théorie", 164) ilişkin olarak aynı yönde değerlendirme için bkz. Bruno Schmidlin, "Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht", *ZSR Neue Folge Bd. LXXXIX (Bd. CXI der gesamten Folge)*, 1. Halbband, Heft 3 (1970): 235, dn. 21.

bunlardan sadece birinin görülmemesidir²⁰³. Bunun yerine güven teorisinde açıklama sahibinin iradesine uygun olmayan açıklamasıyla bağlı tutulması, ancak muhatabın açıklamanın objektif anlamına fiilen haklı güven duyması hâlinde ve bu güveni korumak amacıyla kabul edilmektedir. Muhatabın haklı bir güveninden bahsedilemiyorsa, açıklama sahibini bağlayan bir sözleşmenin meydana gelmesine cevaz verilmemektedir²⁰⁴.

Ayrıca güven teorisinde, irade açıklamasının açıklama sahibinin iradesine aykırı bir anlam doğrultusunda yorumlanması için, muhatabın açıklamayı bu şekilde anlamaya izinli olması şartı aranır. Böylece salt güvene değil, haklı bir güvene işaret edilmiş olmaktadır. Açıklamanın anlamına duyduğu güvenin haklı sıfatını taşıyabilmesi ve böylece hukuken korunmaya değer addedilmesi için muhatap, somut hukukî ilişkinin şartları çerçevesinde kendisinden beklenen özeni göstermiş, ancak açıklama sahibinin iradesi ile açıklaması arasındaki uyumsuzluğu fark edememiş olmalıdır. Dolayısıyla muhatabın haklı güveninden, ancak kendisi tarafından bilinebilir olan tüm şartları gözeterek açıklamaya vermek zorunda olduğu anlamı vermesi hâlinde söz edilebilir. Bu ihtimalde yorum sonucu, güven teorisinin bugün doktrinde sıklıkla tekrarlanan, “irade açıklaması, açıklama muhatabının somut olayın şartları çerçevesinde açıklamaya vermeye izinli ve vermek zorunda olduğu anlam doğrultusunda yorumlanır” düsturu çerçevesinde belirlenmektedir²⁰⁵. Muhatabın açıklamayı bu doğrultuda anlamlandırmadığı ve dolayısıyla onun haklı güveninin mevcudiyetinden

²⁰³ Aslında Bähr, teorisinin irade teorisiyle olan bağlarını koparmamak adına, muhatabın güveninin korunması amacıyla açıklama sahibinin iç iradesinden farklı bir sözleşmeyle bağlı tutulmasına cevaz verirken, burada farazî bir iradenin varlığından hareket etmiştir. Fakat her ne kadar böyle bir farazî iradenin kabulü kavramsal düzeyde hüküm ve sonuçların iradeye bağlandığı görüntüsünü çizse de, nihayetinde sözleşmenin açıklama sahibinin iç iradesinden farklı bir esas üzerinden kurulduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Böyle bir yargının irade teorisiyle bağdaştırılamayacağı şüphesizdir. Dolayısıyla Bähr’in bu husustaki çabasının sonuçlarının kavramsal düzeyde kaldığı, burada irade teorisindeki gibi iç iradeye mutlak bir değer atfedilmesinin söz konusu olmadığı ifade edilmelidir. Konuya ilişkin karşı. Flume, *Rechtsgeschäft*, 55.

²⁰⁴ İrade açıklamasının objektif anlamının esas alınması için muhatabın somut olaydaki fiili haklı güveninin aranması gerektiği yönünde bkz. Franz Bydlinski, “Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit”, *BJM* (1982): 15; Franz Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* (Wien - New York: Springer-Verlag, 1967), 38; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 42. Bununla birlikte doktrinde, fiili güven şartının uygulanabilirliğini kolaylaştırmak amacıyla, muhatabın haklı güveninin fiilen mevcudiyetine hükmedilebilmesi için onun somut olayda açıklamanın anlamına güvenmeye izinli bulunması ve bu doğrultuda bir davranış sergilemesi yeterli görülmektedir. Sadece somut şartlardan güvenin yokluğunun açıkça anlaşılması hâlinde güven teorisine göre yapılacak yorumdan vazgeçilmektedir. Bu yönde bkz. Bydlinski, “Grundlagen”, 15.

²⁰⁵ Eren, N. 413; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 207; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 37; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 2; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 112; Oftinger, “Auslegung”, 185, 186; BGE 132 III 626, 632; BGE 138 III 659, 666, 667. Yarg. 11. HD, E. 1997/10396, K. 1998/1278, T. 2.3.1998: “Sözleşmelerin yorumunda da kabul edilen teori güven prensibidir. Beyan muhatabının fiilen o beyanı nasıl anladığına ya da kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları objektif iyiniyet kurallarınca değerlendirerek nasıl anlaması gerektiğine bakılması icap eder ki, bu güven ilkesinin bir sonucudur” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bahsedilemediği durumda ise, sözleşme ya uyuşmanın bulunmaması dolayısıyla kurulmaz ya da muhatap açıklama sahibinin gerçek iradesini anlamışsa, bu irade üzerinden kurulur (*falsa demonstratio non nocet*)²⁰⁶.

Güven teorisi çerçevesinde güvenin haklı nitelik arz etmesi gerekliliğinin ve bu bağlamda muhataba belirli külfetler yüklenmesinin sağlam bir hukukî dayanağa kavuşturulmasında Gustav Hartmann'ın rolü büyüktür. Alman doktrinde güven teorisine ilişkin açıklamalarda adı çoğunlukla ilk sıralarda zikredilen²⁰⁷ Hartmann, teorisini, hukukî işlem trafiğini meydana getiren ilke olarak nitelendirdiği²⁰⁸ *bona fides* (*der gute Treue*), yani dürüstlük kuralı üzerine inşa etmiştir. Hukuk kurallarının genel itibarıyla taşımak zorunda olduğu hukukî etiğe (*rechtliche Ethik*) uygunluğu da temin eden *bona fides* ilkesi²⁰⁹, açıklama sahibinin iradesi ile açıklaması arasındaki uygunsuzluğu ileri sürüp süremeyeceği hususunda belirleyici rol oynamaktadır²¹⁰. Buna göre muhatap açıklama sahibinin yanıldığını biliyorsa ya da bilebilecek durumdaysa, açıklama sahibinin yanılmaya dayanmasına izin verilir; aksi hâlde *bona fides* muhatabın menfaatinin öncelenmesini ve irade açıklanmasının dış görünüşü itibarıyla yorumlanmasını destekler²¹¹. Bugün Türk ve İsviçre hukuklarında güven teorisinin hâlen sürekli şekilde dürüstlük kuralıyla ilişkilendirildiği dikkate alınır, Hartmann'ın fikirlerinin güven teorisinin bugünkü şeklini almasında ne derece ciddi rol oynadığı görülmektedir. Öte yandan Hartmann, 19. yüzyılın, hukuk kurallarını halkın ruhunda, bilhassa Roma hukukunda arayan anlayışı çerçevesinde, güven teorisini Roma hukukundan filizlenen bir kavram olan *bona fides*'e dayandırmak suretiyle, anılan teorinin o dönemdeki itibarını da olumlu yönde etkilemiştir. Böylece güven teorisi, irade teorisi karşısında, kendisine Roma hukukunda neredeyse hiç zemin bulamayan

²⁰⁶ Her bir ihtimal ve güven teorisine göre varılan sonuçlara ilişkin bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 217-220.

²⁰⁷ Örnek olarak bkz. Vogenauer, §§ 133, 157, N. 35, dn. 132; Martin Josef Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB* (Wien - Köln - Weimar: Böhlau Verlag, 2000), 567; Martin Josef Schermaier, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, Kommentar zu §§ 116-124: Willensmängel* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), Vorbem. zu §§ 116-124, N. 5, dn. 49. Hatta doktrinde güven teorisi kavramını ilk kez kullanan yazar olarak Hartmann'a (Gustav Hartmann, "Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens", *AcP* Bd. 72, Heft 2 [1888]: 215) işaret edildiği de görülmektedir. Bu yönde bkz. Vogenauer, §§ 133, 157, N. 35, dn. 132. Kavramın kökeninin Franz Hofmann'a (Franz Hofmann, *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag* [Wien: Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung, 1874], 103 vd.) dayandığı yönünde ise bkz. Schermaier, *HKK*, Vorbem. zu §§ 116-124, N. 5, dn. 48.

²⁰⁸ Hartmann, "Werk und Wille", 213-215.

²⁰⁹ Gustav Hartmann, "Wort und Wille im Rechtsverkehr", *JherJb* Bd. XX, Neue Folge Bd. VIII (1882): 33, 41.

²¹⁰ Hartmann, *Wort und Wille*, 2, 3, 40, 41, 50.

²¹¹ Hartmann, *Wort und Wille*, 40-43. Hartmann'ın fikirleri hakkında ayrıca bkz. ve karşı. Hofer, 180, 181; Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums* (Wien - Köln - Weimar: Böhlau Verlag, 2000), 567, 568.

açıklama teorisine nazaran daha elverişli bir seçenek teşkil etmiştir²¹².

Güven teorisinde, irade açıklamasının muhatabın haklı güvenine dayanak teşkil eden anlamının yorum sonucu olarak kabul edilmesi için ayrıca açıklama sahibi yönünden bir kusur ya da öngörülebilirlik araştırması ise yapılmamaktadır. Bähr, muhatabın açıklamanın açıklama sahibine isnat edilebilir olması gerektiğinden bahsetse dahi, bu hususta açıklama sahibinin kusurunun aranmayacağını açıkça belirtmektedir. Gerçekten Bähr'a göre, açıklama sahibine ne kadar hafif kusur yüklenirse yüklenir, açıklamaya haklı güven duyan muhatap daima ondan daha az kusurludur²¹³. Bu kapsamda açıklama sahibi, açıklamasının muhatabın gözünde iradesine aykırı bir anlama gelebileceğini öngörebilecek ve bundan kaçınabilecek durumda olmasa dahi, muhatabın haklı güveninin varlığında açıklamanın anlamıyla bağlı tutulur. Burada bahsedilen isnat edilebilirlik, kanaatimizce, muhatap nezdinde meydana getirilen görüntüye kaynaklık eden davranışın, sahibine isnat edilebilirliğidir. Diğer bir ifadeyle beklenen, davranışta bulunanın davranışı arzulanması, yani fiil iradesinin varlığı ya da hiç değilse bu davranışı kontrol edebilecek durumda olmasıdır. Zira Bähr, açıkça, "açıklama sahibinin" dış dünyada bir irade görünüşü meydana getirmesinden dem vurmaktadır. Diğer bir ifadeyle muhatabın haklı güveninin korunması için açıklama sahibi yönünden aranan tek şart, onun fiil iradesine veya en azından fiili üzerinde kontrol kabiliyetine sahip olmasıdır. Ayrıca işlem iradesi ile açıklama iradesi ya da daha sıklıkla kullanılan ifadesiyle açıklama bilincinin veya bunlar yönünden bir isnat edilebilirliğin bulunması aranmaz²¹⁴. Zaten bu tür değerlendirmelerin yapılması, muhatabın haklı güveninin mevcut olmasına rağmen korunmadığı hâllerin alanını belirgin şekilde genişletmesi bakımından, odak noktasına güven vakiasını alan güven teorisinin niteliğiyle tam olarak bağdaşmamaktadır.

Esasında güven teorisiyle birlikte, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu alanında menfaat hukukçuluğunun etkilerinin tam olarak görülmeye başladığını söylemek mümkündür. Açıklama teorisinde pratik sonuçların gözetilmesiyle sınırlı kalan bu etki, güven teorisiyle birlikte tartışmanın taraflarını ve varılan yargının dayanağını kökten

²¹² Bkz. ve karşı. Schermaier, *HKK*, Vorbem. zu §§ 116-124, N. 5.

²¹³ Bähr, 407.

²¹⁴ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Bernard Cuénod, *Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations* (Vevey: Klausfelder, 1941), 20, 21; Turhan Esener, "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn'ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti", *AÜHFD* C. XI, S. 3 (1952): 176, 177; Keller, "Vertragswille", 369, dn. 12; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 209, 210; Hans Merz, *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB* (Bern: Verlag Stämpfli & Cie., 1966), Art. 2, N. 126; Hans Merz, *Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl.* (Freiburg Schweiz: Universitätsverlag, 1992), N. 166.

değiştirmiştir. İrade ve açıklama kavramlarından oluşan kutuplar, açıklama sahibinin menfaati ve açıklama muhatabının menfaati şekline bürünmüştür²¹⁵. Açıklama sahibinin iradesine aykırı bir sözleşmeyle bağlı tutulmama menfaatinin karşısında, açıklama muhatabının aynı yöndeki menfaatinin bulunduğu keşfedilmiştir. Öyle ki açıklama sahibi, irade açıklamasının, aslında onunla kastetmek istediği neyse, o doğrultuda anlamlandırılmasını istemektedir. Açıklama muhatabı ise, kendisine yönelen kelime ve davranışlardan çıkardığı anlama güvenebilmek ve kabul açıklamasının da bu anlam doğrultusunda yorumlanması arzusundadır. Bu anlam beklentileri birbiriyle eşleşmediğinde, tarafların arzularının birlikte yerine getirilmesi mümkün olmadığından, bir uyuşmazlıktan, bir menfaat çatışmasından bahsedilmektedir. Güven teorisine göre bu uyuşmazlığın çözümünde açıklama sahibinin menfaatinden, fiil iradesinin ya da hiç değilse fiili kontrol etme kabiliyetinin bulunması kaydıyla, muhatabın fiilen mevcut haklı güveni adına taviz verilmiştir. Muhatabın menfaati ise, her durumda onun idrakini esas almak yerine, somut olayda açıklamaya makul ve mantıklı bir muhatabın vermesi gereken anlamı vermesi şartıyla, yani güvenin haklı olması aranarak korunmuş, böylece onun menfaatinden de bir derece fedakârlık yapılmıştır. Nihayetinde yargı, hangi menfaatin ne miktarda korunmaya değer olduğu değerlendirmesi çerçevesinde ortaya koyulmuş, her menfaatin diğeri aleyhine belirli derecede korunmasıyla, yani menfaatler arasında kurulan denge ile temellendirilmiştir.

Öte yandan menfaat hukukçuluğunun etkisinde tarihçi hukuk okulu ve kavram hukukçuluğunun pozitivist bakış açısına sırt çevrilmesi, pozitif hukuk biliminin etikle ve hukuk politikasıyla tamamen koparılmış olan bağlantısını yeniden tesis etmiştir. Bunun güven teorisine olan yansıması, her şeyden önce, sözleşmenin kurulması bakımından taraflar arasındaki menfaat dengesinin tesisinde *bona fides* gibi güçlü etik temellere dayanan bir ilkeden yararlanılmasında kendisini göstermektedir²¹⁶. Ayrıca güven teorisi, 19. yüzyılın sonlarından başlayarak Almanya ve İsviçre’de hukuk politikasında yaşanan değişimin izlerini de taşımaktadır. Gerçekten anılan dönemden itibaren özel hukukta mutlak irade özgürlüğü odağından sınırlanarak, bireyin toplumsal rolünün ve sorumluluklarının öne çıkarılması şeklinde bir paradigma değişimi (*Paradigmenwechsel*) gözlenmiştir²¹⁷. Bu doğrultuda irade açıklamasının taraflar arasında iletişim kurma işlevini yerine getiren bir

²¹⁵ Karş. Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 228, 229.

²¹⁶ *Bona fides* ilkesi, nezdinde haklı bir güven yaratılan kişinin bu güveninin boşa çıkarılmasının ahlâka aykırı olduğu esasına dayanması bakımından hukukî etik ile bağlantılıdır. Konuya ilişkin bkz. ve karş. Hofmann, 66; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 84, 85.

²¹⁷ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 76-78; Vogenauer, §§ 133, 157, N. 36.

sosyal fiil (*Sozialakt, soziale Handlung*), sözleşme ilişkisinin de sosyal bir ilişki (*soziales Verhältnis*) olarak ele alınması²¹⁸, bu ilişkilerde hukukun korumak ve gözetmek durumunda olduğu bir karşı tarafın mevcudiyetini açığa çıkarmıştır. Muhatabın güveninin korunması ve bu amaçla sözleşme ilişkilerinde irade açıklamalarının muhatap gözünden yorumlanması da söz konusu gelişmenin bir sonucu olarak kendisini göstermiştir²¹⁹. Güven teorisinin hem doğuşunda hem de sürekli artan biçimde destek bulmasında bu durumun payı oldukça büyüktür.

Güven teorisinin içeriğinin aydınlatılmasıyla, söz konusu teorinin irade teorisi ve açıklama teorisiyle ilişkisi de görünür kılınmış olmaktadır. Esasen güven teorisi, bu iki teori arasında bir orta yol teşkil etmektedir. Gerçekten, esas zemin olarak irade teorisinin sözleşmenin kurulmasında iradelerin uyuşmasını arayan kuralını seçen ve böylece sübjektivizm temelinde yükselen²²⁰ güven teorisi, muhatabın haklı güveninin mevcudiyeti hâlinde bu kuraldan ayrılmakta, onun güvenini korumak adına iradeler uyuşmasa dahi sözleşmenin kurulması yolunu açmaktadır. Bu hâlde irade açıklaması, muhatabın açıklamaya vermesi gereken -ve verdiği- anlam doğrultusunda yorumlanmaktadır. Burada tarafların herhangi birinin idraki yerine makul ve mantıklı bir muhatap tipinin değerlendirmesi esas alınmaktadır. Açıklamanın objektif anlamına işaret edilmesi ve açıklamanın iradeden bağımsız şekilde hüküm ve sonuç doğurmasına imkân tanınması bakımından bu yargılarda açıklama teorisinin izlerinin seçildiği açıktır. Fakat açıklama teorisi, muhatabın güveni gibi bir ek şart aramaksızın açıklamanın anlamını yorum sonucu olarak benimserken; güven teorisinde objektifleştirici yoruma, yani açıklamanın objektif anlamına belirleyicilik tanınması, ancak muhatabın haklı güveninin mevcudiyeti hâlinde gündeme gelmektedir. Diğer bir ifadeyle güven teorisinde hüküm ve sonuç tek başına açıklamaya değil, açıklamayla yaratılan güven vakıasına bağlanmaktadır²²¹. İrade açıklamasının varlığı, burada kelimeler ya da davranışlardan değil, doğrudan bunların muhatap nezdinde meydana getirdiği haklı güvenden kaynaklanmaktadır. Hem güven unsuruna atfettiği bu merkezî rol hem de sonuçlarını menfaat hukukçuluğu bağlamında taraf menfaatleri arasında tesis ettiği dengeye dayandırması karşısında, kanaatimizce “güven

²¹⁸ Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 42; Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 232, 234, 245.

²¹⁹ Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 42; Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 232-235. Açıklama teorisi adı altında, ancak içeriği itibarıyla güven teorisine ilişkin aynı yönde değerlendirmeler için ayrıca bkz. Vogenauer, §§ 133, 157, N. 36.

²²⁰ Aynı yönde bkz. ve karşı. Hartmann, *Wort und Wille*, 60; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 3; Sarıkaya, 96.

²²¹ Larenz ve Wolf, § 24, N. 27. Genel olarak sözleşmeyle bağlılığın temelinde karşı taraf nezdinde yaratılan güven olgusunun yattığı yönünde bkz. Hofmann, 66, 67.

teorisi” nitelendirmesini hak eden yorum yaklaşımı esasen budur. Doktrinde pek çok kez iç içe geçen açıklama teorisiyle güven teorisi arasındaki sınır da bu doğrultuda, belirgin bir şekilde çizilmiş olmaktadır.

Bu noktada cevaplanması gereken bir soru, muhatabın bu anlama haklı bir güven duyup duymadığına bakmaksızın, her durumda muhatabın açıklamaya vermesi gereken anlamı yorum sonucu olarak kabul eden anlayışın akibetinin ne olacağıdır. 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında rastlanan²²² ve bugün doktrinde bazı yazarlarca klasik güven teorisi olarak adlandırılan²²³ bu düşünce tarzı, esasında çıkış noktası olarak dar anlamda açıklama teorisini almakta, bunu güven unsuruyla bir derece değişikliğe uğratmaktadır. Söz konusu yaklaşım bunu, objektif bir üçüncü kişinin değil, objektif bir muhatabın vermesi gereken anlama odaklanarak yapmaktadır. Bu kapsamda muhatabın, irade açıklamasını bu anlamda yorumladığı, olsa olsa bu anlama güvенеceği varsayılmakta, onun güveninin korunması farazî olarak gerçekleştirilmektedir. Böyle bir anlayış, bir yandan tarafların objektif yorum sonucundan farklı bir anlam üzerinde uyuşmaları hâlinde dahi onlara objektif yorum sonucunu dayatmakta; öte yandan muhatabın irade açıklamasına objektif anlamı dışında bir anlam verdiği ihtimalde, her iki tarafın da iradesine aykırı bir yorum sonucunun kabulüne açık kapı bırakmaktadır. Bu hâlde güven teorisinin ayırt edici yanını teşkil eden güven vakıasına atfedilen belirleyicilik zedelenmektedir. Kaynağını muhatabın güveninin korunmasına ilişkin menfaatten alan söz konusu teori, nispi nitelik taşıyan sözleşme ilişkisinde tarafların ikisinin de menfaatine hizmet etmeyen sonuçlar meydana getirmektedir. Hâlbuki yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gerçek anlamda bir “güven” teorisinden ancak gerçekten mevcut olan güveni odağına alması ve bu güvenin korunması menfaatine hizmet etmesi hâlinde bahsedilebilir. Kaldı ki her durumda açıklamanın belirli ve sabit bir anlamını esas alması dolayısıyla bu düşünce tarzı, geniş anlamda açıklama teorisi başlığı altında sınıflandırılmaya daha elverişlidir²²⁴. Zaten İsviçre

²²² Örnek olarak bkz. ve karşı. Rudolf Leonhard, *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, Erster Teil* (Breslau: Verlag von M. & H. Marcus, 1907), 85; BGE 34 II 528; BGE 32 II 386.

²²³ Eren, N. 407, 408. Eren, çalışmamızda kullanıldığı anlamıyla güven teorisine ise “yeni güven teorisi” adını vermektedir (N. 409-422). Bydlinski de, açıklama teorisinin değiştirilmiş hâli olarak gördüğü güven teorisinin asıl anlamının bu şekilde olduğunu öne sürmekte ve eleştirilerini bu anlam üzerinden güven teorisine yöneltilmektedir. Bkz. Bydlinski, “Grundlagen”, 4, 5, eleştiriler için 12-16.

²²⁴ Bir başka görüş ise klasik güven teorisi olarak adlandırılan teoriyi, farklı bir gerekçeyle açıklama teorisinin kapsamına dâhil etmektedir. Açıklama teorisini Türk ve İsviçre doktrinlerindeki genel tutum doğrultusunda tipikleştirici yorumu ifade edecek şekilde anlamlandıran yazarlar, vardıkları bu yargıyı, klasik güven teorisinde muhatabın yerine bir üçüncü kişinin yerleştirdiğinden yola çıkarak temellendirmektedirler. Bu yönde bkz. Antalya, N. 1186-1189; Kanışlı, 97, dn. 243; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 72, dn. 5a. Fakat doktrinde bu teoriye ilişkin yapılan açıklamalar incelendiğinde, burada “muhatab olarak bir makul ve doğru bir üçüncü kişi”nin (*ein vernünftiger und korrekter Dritter als Erklärungsempfänger*) esas alınması ile kastedilenin, üçüncü kişi gözünden, yani tipikleştirici bir

hukukunda eski tarihli eserlerin ve mahkeme kararlarının bir kısmında, bu yorum anlayışının nitelendirilmesinde güven teorisi ile açıklama teorisi kavramlarının birlikte, eşanlı şekilde kullanıldığı görülür ki²²⁵, bu da vardığımız sonucu destekler niteliktedir.

Kaldı ki klasik güven teorisi olarak adlandırılan yukarıdaki teorinin doktrinde yaygın olduğu düşüncesi, aslında sadece bir yanılsamadan ibarettir. Bu yanılsama, güven teorisinin genellikle, irade açıklamasının muhatabın somut ilişkisinin şartları çerçevesinde buna vermeye izinli ve vermek zorunda olduğu anlam doğrultusunda yorumlanması şeklinde tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. Güven teorisinin anılan yorum yaklaşımı, ilk bakışta, tüm irade açıklamaları için ve her durumda uygulanması gereken bir esas gibi algılanmıştır²²⁶. Ancak burada sadece, güven teorisinin ilkesel temelini ortaya koyulması söz konusudur. İlkeler, ancak uygulama alanlarının belirlenmesi ve böylece bir kuralda somutlaştırılmaları yoluyla teori hâlini alırlar ve uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilir nitelik kazanırlar²²⁷. Görülmektedir ki güven teorisi, bu ilkesel yorum yöntemini mutlak olarak kural hâline getirmemekte, bu yolla ulaşılan yorum sonucuna ancak belirli şartlarla belirleyicilik tanımaktadır. Nitekim bilhassa Türk ve İsviçre doktrinlerinde, güven teorisinin savunucuları arasında, bu teoriye göre yapılan yorumun, tarafların iradeleri arasında bir uyuşma gerçekleşmemesi hâlinde devreye gireceği sıklıkla ifade edilmektedir²²⁸. Öte yandan güven teorisinin yorum yöntemiyle bulunan yorum sonucu, her iki tarafın sübjektif tasavvur ve anlayışıyla da bağdaşmaması hâlinde de devre dışı kalmakta, bu sonuç üzerinden sözleşmenin kurulmasına cevaz verilmemektedir²²⁹. Böylece, açıkça zikredilmese de, nihayetinde muhatabın bu yönteme göre tespit edilen anlama aynı zamanda fiilen güvenmesi

yorum anlayışının benimsenmesi değil, yorumda makul ve dürüst bir muhatap tipinden hareket edilmesi olduğu görülür. Yoksa klasik güven teorisi adı altında ele alınan teoride herhangi bir üçüncü kişinin değil, ya muhatabın mensup olduğu çevre ve özelliklere sahip makul ve dürüst bir kişinin, yani farazî bir muhatabın ya da doğrudan somut muhatabın açıklamaya vermeye izinli ve vermek zorunda olduğu anlama değer atfedilmektedir. Bkz ve karşı. Eren, N. 408; Lange, 9, 10; Keller ve Schöbi, 123, 124.

²²⁵ Örnek olarak bkz. Georg Steinmarder, "Liegt dem schweizer. Obligationenrecht die Willens- oder Erklärungslehre zugrunde?", *SJZ XIII. Jahrgang, Heft 18* (1917): 289; BGE 34 II 528.

²²⁶ Bu yöndeki algının ortaya çıkması ve yayılmasında en büyük pay, kanaatimizce, meram anlatma teorisini ortaya atan yazarlara aittir. Söz konusu yazarlar, yeni bir yorum teorisine duydukları ihtiyacı, güven teorisine atfettikleri bu içeriğe yönelttikleri eleştirilerle temellendirmişlerdir. Bkz. Keller ve Schöbi, 123-125; Lange, 9, 10; ayrıca karşı. Eren, N. 409.

²²⁷ Canaris, "Juristische Theorien", 382-384.

²²⁸ Eren, N. 415-418; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 215, 215a; Kanışlı, 101-103; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 3; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 11; Oser ve Schönenberger, Art. 1, N. 51; Ingeborg Schwenzler, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl.* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012), N. 27.40; BGE 132 III 626, 632; BGE 138 III 659, 666, 667. Ayrıca Alman hukuku için karşı. Danz, 212, 213. İsviçre hukukunda Meier-Hayoz ise, yanlış belirtme (*falsa demonstratio*) hâlinde tarafların uyuşan iradelerinin esas alınmasına cevaz vermekte, ancak bunun güven teorisinin bir sonucu olduğunu öne sürmektedir (Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 138).

²²⁹ Eren, N. 421; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 220; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2006), § 3, N. 161.

şart koşulmuş olmaktadır. Zira geriye, güven teorisinin yorum yönteminin geçerli olacağı tek hâl olarak bu kalmaktadır. Özetle klasik güven teorisi olarak adlandırılan teori, aslında bu çalışmada kendisine atfedilen anlamıyla güven teorisinin ilkesel yorum anlayışının ifadesinden başka bir şey değildir. Bu yorum ilkesini tüm sözleşme ilişkileri bakımından geçerli kılan ayrı bir teorisinin meydana getirilmesi mümkün olmakla birlikte, her durumda tek bir yorum sonucunu dayatan bu yaklaşım için, geniş anlamda açıklama teorisi başlığı daha uygun düşmektedir. Klasik güven teorisi nitelendirmesinin bu yolla bertaraf edilmesi karşısında, güven teorisinin asıl hâli için yeni güven teorisi nitelendirmesinin tercih edilmesine de gerek kalmamaktadır.

Tekrar belirtmek gerekir ki güven teorisi, muhatabın haklı güveninin korunmasının gerekli olduğu hâllerde dahi açıklama sahibinin irade açıklamasıyla bağlı tutulabilmesi için, irade açıklamasına kaynaklık eden davranışın ona isnat edilebilmesi şartını aramaktadır. Bu bağlamda anılan teori çerçevesinde, bir irade açıklamasının varlık kazanabilmesi için açıklama sahibinin fiil iradesine sahip olması ya da hiç değilse fiilini kontrol etme yeteneğini haiz bulunması şarttır. Fakat güven teorisi nihayetinde yanılma kökenli bir tartışmanın karma görüşü olarak varlık kazandığından, fiil iradesine ilişkin bu şart güven teorisi için karakteristik ve vazgeçilmez bir nitelik taşımaz. Haklı güvenin korunması adına fiil iradesinden dahi taviz veren olası görüşler dahi, bu çerçevede güven teorisi kapsamında değerlendirilebilir.

Açıklama iradesi ve işlem iradesi yönünden ise durum farklıdır. Zira gerçek anlamda güven teorisi, yukarıda gerekçeleriyle birlikte ortaya koyduğumuz üzere, haklı güvenin varlığında, açıklama iradesi ve işlem iradesi yönünden herhangi bir isnat edilebilirlik araştırması yapılmaksızın irade açıklamasının varlık kazanması esasına dayanır. Buna rağmen bugün Türk ve İsviçre doktrinlerinde, irade açıklamasının güven teorisi çerçevesinde ulaşılan anlam doğrultusunda yorumlanması için, muhatabın bu anlama fiilen güvenmesinin yanı sıra, açıklama sahibinin açıklama bilincinin (*Erklärungsbewusstsein*) bulunmasını ya da en azından açıklamasının bu anlama gelebileceğini öngörebilecek olmasını şart koşan yazarlara rastlanmaktadır²³⁰. Bu düşünce tarzı, her ne kadar yorum yöntemi olarak muhatabın irade açıklamasına vermeye izinli ve vermek zorunda olduğu anlama yönelse de,

²³⁰ Bu yönde bkz. Antalya, N. 456; Bydlinski, “Grundlagen”, 18; Eren, N. 356; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 13, 14; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 50; Rona Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*, 4. Bası (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013), Birinci Başlık, Üçüncü Bölüm, § 2, N. 3-4d; Eda Şahin ve Damla Özden Çelt, “Sözleşmenin Yorumlanması Meselesine Türk ve İngiliz Hukuklarının Farklı Yaklaşımı”, *Legal Hukuk Dergisi* C. 17, S. 194 (2019): 704-706.

bu yolla bulunan yorum sonucunun geçerliliğini güven dışında bir ölçüt çerçevesinde sınırlandırması bakımından, kanaatimizce dar ve gerçek anlamda güven teorisi nitelendirmesinin dışında kalır. Zira bu yolla muhatabın haklı güveninin belirleyici ölçüt niteliği zarar görmektedir. Güven teorisinin açıklama muhatabının haklı güvenini koruma amacı temelinde kurduğu menfaat dengesi de, açıklama sahibi lehine bozulmuş olmaktadır. Fakat işlem iradesi yönünden bir öngörülebilirlik araştırması yapmaması dolayısıyla, anılan düşünce tarzının, aşağıda açıklayacağımız yürürlük teorisi ya da meram anlatma teorisi kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu olmaz. Buradan hareketle, anılan görüşteki yazarların dar anlamda güven teorisi ile meram anlatma teorisi arasında bir noktada konumlandırılması mümkündür.

3. Açıklamada Bulunanın Menfaati Lehine Geri Adımlar: Yürürlük Teorisi ve Meram Anlatma Teorisi

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu hususunda doktrin, 20. yüzyılda, özü itibarıyla muhatabın haklı güvenine sağlanan korumanın açıklama sahibi lehine belirli oranda sınırlandırılması ortak noktasında buluşan iki önemli teoriye ev sahipliği yapmıştır. Bu teorileri güven teorisinden ayıran, esasen, muhatabın haklı güveninin varlığında dahi, bir irade açıklamasından söz edebilmek için, açıklama sahibi yönünden, hem açıklama iradesi hem de işlem iradesi bağlamında öngörülebilirliği şart koşmalarıdır. Açıklama sahibinin menfaatinin ağırlığını artırmak suretiyle taraf menfaatleri arasında farklı bir denge kurma iddiasındaki bu teoriler; Alman hukukunda Larenz'in²³¹ yürürlük teorisi (*die Geltungstheorie*) ile İsviçre hukukunda Keller'in²³² ortaya attığı, Lange²³³ tarafından ise geliştirilerek monografi düzeyinde ortaya koyulan meram anlatma teorisidir (*die Theorie des Sichverständlichmachens*).

a. Yürürlük teorisi

1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medenî Kanunu'nda²³⁴, irade açıklamalarının yorumu bakımından uygulanabilir nitelik arz eden iki farklı hükme yer verilmiştir. İrade açıklamasının yorumu başlıklı BGB § 133, bir irade açıklamasının yorumunda açıklamanın kelime anlamına bağlı kalmaksızın tarafların gerçek iradelerinin

²³¹ Larenz, *Auslegung*, 67 vd..

²³² Max Keller, "Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge", *SJZ* 57. Jahrgang, Heft 20 (1961): 314 vd.; Keller, "Vertragswille", 369-371; Keller ve Schöbi, 126-135.

²³³ Lange, 21 vd..

²³⁴ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

araştırılmasını öngörürken; sözleşmenin yorumu başlığıyla sevk edilen BGB § 157, sözleşmelerin, işlem teamüllerini de dikkate alarak, dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde yorumlanmasını emretmiştir. Bu iki hüküm arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı ve hangi hâllerde hangi hükmün öncelik arz edeceği konusu Alman doktrininde enine boyuna tartışılmıştır²³⁵. Nihayetinde Alman doktrininde ve yargı kararlarında gerek irade açıklamalarının gerekse sözleşmelerin yorumunda her iki hükmün de eşzamanlı uygulanması gerektiği fikri ağırlık kazanmıştır²³⁶. İşte özü itibarıyla biri subjektif, diğeri ise objektif bir yorum yöntemini öngören bu düzenlemeleri irade açıklamalarının yorumu bakımından yeknesak bir yorum ilkesi hâline getirme çabası, yürürlük teorisinin (*Geltungstheorie*) ortaya atılmasına vesile olmuştur²³⁷.

Yürürlük teorisi, esasında bir yorum teorisi olmanın öncesinde ve ötesinde, bir bütün olarak irade açıklaması öğretisini ilgilendirmektedir. Yeknesak bir yorum yönteminin inşasında öncelikle irade - açıklama ikiliğini bertaraf etmenin gerekliliğinden yola çıkan bu teori çerçevesinde, irade açıklamasının bir yürürlük açıklaması (*Geltungserklärung*) niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür. Buna göre irade açıklaması, zamansal olarak önce meydana gelen ve hukukî sonucun doğmasına kaynaklık eden iradenin dış dünyaya aktarılmasından ibaret değildir. O, belirli bir hukukî sonucun yürürlüğe girmesi gerekliliğini ifade eden ve aynı zamanda bu hukukî sonucu yürürlüğe koyan bir açıklamayı ifade etmektedir²³⁸. Dolayısıyla burada hukukî sonuç, psişik bir süreç olarak irade tarafından meydana getirilmez, bir bütün teşkil eden irade açıklamasının içinde yer alır ve onunla yürürlüğe koyulur²³⁹. Öyle ki hukukî sonuç, kendisini yürürlüğe koymaya yönelik olarak dış dünyaya yansıtılan açıklamayla birleşmiş, ona adeta içkin hâle gelmiştir.

Yürürlük teorisine göre irade açıklamasının irade ve açıklama şeklinde unsurlarına

²³⁵ Tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Busche, § 133, N. 18, 19; Flume, *Rechtsgeschäft*, 307, 308; Wolfgang Hefermehl, *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2: §§ 104-240, Kommentar zu §§ 116-122, 133* (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1999), § 133, N. 1, 2; Larenz, *Auslegung*, 3 vd.; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 3-6; Manfred Wolf, *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2: §§ 104-240, Kommentar zu §§ 145-157* (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1999), § 157, N. 8-17.

²³⁶ Bu yönde bkz. Busche, § 133, N. 18, 19; Hefermehl, § 133, N. 2; Larenz, *Auslegung*, 8, 9; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 3, 6; Wolf, *Soergel BGB*, § 157, N. 14.

²³⁷ Bkz. ve karşı. Larenz, *Auslegung*, 3 vd., özellikle 8, 9.

²³⁸ Bir yürürlük açıklaması olarak irade açıklamasına ilişkin geniş bilgi için bkz. ve karşı. Claus-Wilhelm Canaris, "Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I* (München: Verlag C. H. Beck, 2000), 137-139; Larenz, *Auslegung*, 34 vd.; Larenz ve Wolf, § 24, N. 29, 30; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 7, 17.

²³⁹ Canaris, "FS 50 Jahre BGH", 138, 139; Larenz, *Auslegung*, 69. Ayrıca karşı. Larenz ve Wolf, § 24, N. 29, 30.

ayrılmaksızın, yürürlük açıklaması şeklinde bir bütün olarak ele alınması, yorumda iradenin mi, açıklamanın mı esas alınacağı şeklindeki tartışmayı anlamsız hâle getirmiştir. Artık yorumlanabilir olan sadece, yürürlüğe koymak istediği hukukî sonuçla ayrılmaz bir bütünlük teşkil eden kelime ve davranışlardır, yani açıklamadır. Bundan böyle yorum faaliyeti, açıklamanın olası farklı anlamlarından hangisine hukuken belirleyicilik tanınacağına araştırılmasına yönelmelidir²⁴⁰.

Yürürlük teorisinde bir açıklamanın anlamı, öncelikle tarafların sübjektif tasavvur ve değerlendirmelerine göre değil, onların mensup bulunduğu -sadece iki kişiden oluşması dahi mümkün olan- belirli bir kişi grubu nezdinde ifadenin sahip olduğu objektif anlama göre tespit edilir²⁴¹. Bu objektif anlamın açıklama sahibini bağlaması ve sorumluluk altına sokması için açıklama sahibine isnat edilebilir olması gerekir. Isnat edilebilirlik, ana hatlarıyla açıklama sahibinin açıklamanın anlamını öngörebilir durumda bulunmasını ifade eder. Buna göre belirli bir muhataba yönelen irade açıklamalarında, açıklama sahibinin, somut olayın şartları çerçevesinde açıklama muhatabının açıklamaya vereceği anlam olarak kabul etmek zorunda bulunduğu anlam, onun yönünden isnat edilebilir sayılır. Bu anlamın tespitinde, somut olayın şartlarının yanı sıra, açıklama sahibi tarafından bilinebilir olduğu kadarıyla açıklama muhatabının anlayış imkânı da dikkate alınır. Bahsedilen şekilde bulunan yorum sonucu, açıklamanın hukuken belirleyici anlamını oluşturur²⁴². Bununla birlikte, muhatap açıklama sahibinin kastettiği anlamı fark etmiş ya da açıklamaya aynı anlamı vermişse, yani taraflarca kastedilen anlamlar birbiriyle uyuyorsa, artık açıklamanın objektif anlamı hukuken belirleyiciliğini kaybeder ve yorum sonucu olarak yerini bu üzerinde uyuşma bulunan kastedilen anlama bırakır²⁴³.

Görüldüğü üzere yürürlük teorisi, salt muhatabın menfaatine hizmet eden bir objektif yorum anlayışı karşısında açıklama sahibinin menfaatlerini savunmaktadır. Güven teorisi uyarınca, muhatabın gözünden gerçekleştirilen objektif yorum anlayışı çerçevesinde açıklama sahibinin öngöremeyeceği bir yorum sonucuyla bağlı tutulması fikri, yürürlük teorisini savunan yazarlarca kabul görmemiştir. Bunu engellemek amacıyla bu sefer açıklama sahibinin perspektifinden bir objektif anlam öne çıkarılmış, yorumun hedefi bu anlamın araştırılması olarak belirlenmiştir. Fakat aynı güven teorisinde olduğu gibi, burada

²⁴⁰ Larenz, *Auslegung*, 69.

²⁴¹ Larenz, *Auslegung*, 70, 71.

²⁴² İrade açıklamasının anlamının açıklama sahibine isnat edilebilirliğine ilişkin olarak bkz. Larenz, *Auslegung*, 72-75.

²⁴³ Larenz, *Auslegung*, 76-79.

da tarafların bahsedilen objektif anlam dışında bir anlam üzerinde uyuşmaları hâlinde bu, objektif anlama göre öncelik arz etmektedir. Bu açıklamalardan yola çıkarak, tarafların üzerinde uyuşma içinde oldukları anlama öncelik tanınması ve böyle bir anlamın yokluğunda somut olayın şartlarını gözeterek objektif bir yorum yöntemine başvurulması bakımından, yürürlük teorisiyle güven teorisinin birbirine paralellik arz ettiği görülür. Fark, muhatabın haklı güvenine bahsedilen korumanın, güven teorisine ek olarak yürürlük teorisinde, açıklama iradesi ve işlem iradesiyle bağlantılı isnat edilebilirlik araştırmalarıyla sınırlandırılmasıdır²⁴⁴. Açıklama sahibi, bu kapsamda açıklama iradesine ve işlem iradesine sahip olmasa dahi, ancak ilgili davranışıyla hukukî işlem sahasına çıkacağını önceden kestirebilecek ve irade açıklamasının içeriğini öngörebilecekse, bu içerikte bir irade açıklamasıyla bağlı tutulabilmektedir. Böylece kendisi tarafından kastedilen anlam dışında bir anlam üzerinden sorumlu tutulması için, açıklama sahibinin açıklamada bulunurken en azından ihmâlinin varlığı şart koşulmuş olmaktadır. Bu da, menfaat dengesinin açıklama sahibinin menfaatine daha yakın bir noktada, onun için daha elverişli bir şekilde kurulduğu anlamına gelmektedir. Bilhassa sadece işlem iradesinin bulunmadığı hâllerde dahi irade açıklamasının isnadı için işlemin içeriğinin öngörülebilirliğinin şart koşılması, güven teorisine nazaran açıklama sahibinin menfaatine tanınan önceliği açıkça göstermektedir.

Doktrinde yürürlük teorisinin, irade ile açıklama arasındaki ikiliği aşma iddiasında başarılı olmadığı sıklıkla belirtilmektedir²⁴⁵. Fakat bu teoriyle ortaya koyulan, irade ile açıklama arasındaki ilişkinin, iradenin açıklamayla bütünleşerek onun içinde yürürlüğe koyulması şeklinde gerçekleştiği değerlendirilmesi, bilhassa Alman hukukunda önemli derecede kabul görmüştür²⁴⁶.

b. Meram anlatma teorisi

Meram anlatma teorisi (*die Theorie des Sichverständlichmachens*), İsviçre doktrini tarafından, güven teorisinin özellikle iki noktada yetersizliğine işaret etmek suretiyle ve ona

²⁴⁴ Larenz, *Auslegung*, 77.

²⁴⁵ Bu yönde bkz. Bydlinski, *Privatautonomie*, 3, 4; Flume, *Rechtsgeschäft*, 59; Ernst A. Kramer, *Grundfragen der vertraglichen Einigung* (München: Wilhelm Fink Verlag, 1972), 131-133; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 17.

²⁴⁶ Yürürlük teorisinin doktrin nezdinde kazandığı itibar bakımından, onun irade açıklamasına atfettiği yapının analitik dil felsefesinin anlama ilişkin değerlendirmeleriyle uyum içinde olmasının olumlu etkisine özellikle vurgu yapılmaktadır. Nitekim analitik dil felsefesi, bir sözü ya da emri içeren cümleleri edimsel ifadeler (*performative utterances*) olarak nitelendirmekte ve bu yönüyle saptayıcı ifadelerden (*constative utterances*) ayırmaktadır. Edimsel ifadeler, kullanılmalarıyla birlikte içerdikleri edimi de gerçekleştiren birer söz edimi (*speech act, Sprechakt*) teşkil eder. Yürürlük açıklaması olarak irade açıklaması da, analitik dil felsefesinin bu söz edimlerine karşılık gelmektedir. Bkz. ve karşı. Canaris, "FS 50 Jahre BGH", 138, 139; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 7. İrade açıklaması ile söz edimleri arasında kurulan kısmen farklı bir bağlantı için bkz. Fröde, 158 vd..

alternatif olarak ileri sürülmüştür. Meram anlatma teorisinin savunucularına göre güven teorisi, öncelikle irade açıklamalarının yorumunda sadece makul ve dürüst kişilerin açıklamaya vermek zorunda olduğu anlamı esas almak suretiyle, tarafların açıklamayı fiilen nasıl anladıklarını tamamen göz ardı etmektedir. Hâlbuki sözleşme görüşmecilerinin birbirine karşılıklı bağlılığı ve birbirini gözetmesi esasının dayanağını oluşturan dürüstlük kuralından (ZGB Art. 2 Abs. 1) türetilen bir yorum ilkesi, tarafların açıklamayı fiilen ne şekilde anladıklarının da değerlendirmeye alınmasına imkân tanınmalıdır²⁴⁷. Öte yandan güven teorisi çerçevesinde gerçekleştirilen yorum, her bir irade açıklamasının sadece açıklama muhatabının gözünden anlamlandırılması esasına dayandığı için, tatmin edici bir menfaat dengesi tesis etmekten de uzaktır. Zira bu, yorumda sadece açıklama muhatabı yönünden öngörülebilir olan şartların dikkate alınması sonucunu doğurmakta, şartların ve bu yolla tespit edilen anlamın açıklama sahibi tarafından öngörülebilir olup olmadığı ise gözetilmemektedir²⁴⁸. Böylece açıklama sahibinin menfaati ihmâl edilmekte, menfaat dengesi onun aleyhine bozulmaktadır.

Güven teorisinin yukarıda belirtilen aksayan noktalarının, yorumda yine ZGB Art. 2 Abs. 1 hükmünden türetilen bir başka yorum ilkesi olan meram anlatma teorisiyle giderilebileceği ileri sürülmüştür. Meram anlatma teorisinin yorum yöntemi, irade açıklamasının, sözleşmenin kurulmasında açıklamada bulunan tarafın karşı taraf nezdinde kendisini herhangi bir şekilde anlaşılır kıldığı, ona meramını anlattığı anlam üzerinden yorumlanması esasına dayanır²⁴⁹. Açıklama sahibinin kendisini anlaşılır kılmasından, onun ve açıklama muhatabının açıklamayı fiilen aynı doğrultuda anlamlandırmaları (fiilî anlayış, *tatsächliches Verständnis*) ya da makul ve dürüst kişiler olarak bildikleri ve kendileri için bilinebilir olan tüm şartlar çerçevesinde aynı doğrultuda anlamlandırmak zorunda olmaları (varsayımsal anlayış, *hypothetisches Verständnis*) hâlinde bahsedilir²⁵⁰.

Meram anlatma teorisine göre açıklama sahibinin muhataba meramını anlatıp anlatamadığı araştırılırken, öncelikle tarafların fiilî anlayışları arasında bir uyuşmanın bulunup bulunmadığına bakılır. Bu söz konusu değilse, taraflardan birinin fiilî anlayışı ile diğlerinin varsayımsal anlayışı -yani makul ve doğru bir görüşmeci olarak açıklamaya vermesi gereken anlam- arasındaki olası bir uyuşma araştırılır. Bunun da mevcudiyeti sonucuna ulaşılamazsa, en azından tarafların her ikisinin de varsayımsal anlayışlarının

²⁴⁷ Keller, “Vertragswille”, 369; Keller ve Schöbi, 125; Lange, 11, 12.

²⁴⁸ Keller ve Schöbi, 124; Lange, 15-17.

²⁴⁹ Keller, “Auslegung”, 314, 315; Keller, “Vertragswille”, 369; Keller ve Schöbi, 127; Lange, 22.

²⁵⁰ Keller ve Schöbi, 127.

uyuşup uyuşmadığı inceleme konusu yapılır. Bu uyuşma ihtimallerinden hiçbiri gerçekleşmemişse, açıklama sahibinin kendisini muhatap nezdinde anlaşılır kılamadığına, bu nedenle hukuken bağlayıcı bir irade açıklamasının mevcut olmadığına hükmedilir²⁵¹.

Yukarıda ifade edilen yorum yöntemi, sözleşmenin kurulmasında her bir irade açıklaması için ayrı ayrı uygulanmaktadır. Tarafların anlayışlarının üzerinde fiilen ya da varsayımsal olarak uyuştugu anlam, ilgili irade açıklaması bakımından yorum sonucunu oluşturur. Karşılıklı irade açıklamalarının her birinin yorum sonucunun birbirine uygun olması hâlinde ise, sözleşme bakımından birbirine uygunluğun meydana geldiği ve böylece sözleşmenin kurulduğu yargısına varılır. Dolayısıyla tarafların anlayışları arasındaki uyuşma, sözleşmenin kurulmasında aranan uyuşmadan (*Konsens*) tamamen farklıdır²⁵².

Meram anlatma teorisine ilişkin değerlendirmelerimizin başında tekrarlamakta fayda görüyoruz: Güven teorisi, her durumda somut hukukî ilişkinin şartları çerçevesinde muhatabın açıklamaya vermeye izinli ve vermek zorunda olduğu anlamı yorum sonucu olarak kabul etmemektedir. Meram anlatma teorisinin ileri sürüldüğü 1960'lardan önceki tarihli eserlerde dahi, güven teorisinin savunucularının tarafların iradeleri arasındaki fiilî uyuşmaya öncelikle belirleyicilik atfettikleri görülür. Bu öncelik, ifadesini, anılan hâlde ya güven teorisinin yorum yöntemine hiç başvurulmayacağı²⁵³ ya da irade açıklamasının tarafların uyuşan iradeleri doğrultusunda yorumlanmasının zaten güven teorisine uygun olduğu²⁵⁴ biçiminde bulmaktadır. Dolayısıyla tarafların fiilî iradelerinin -ya da meram anlatma teorisindeki ifadesiyle fiilî anlayışlarının- uyuşması hâlinde irade açıklamasının bu doğrultuda yorumlanması fikri, güven teorisinin kapsamına ilk olarak meram anlatma teorisinin etkisiyle dâhil olmamıştır²⁵⁵. Meram anlatma teorisi, daha ziyade zaten güven teorisinin içinde zaten bulunan bu fikrin daha açık bir biçimde ortaya koyulmasına, böylece güven teorisinin detaylandırılmasına ve olgunlaştırılmasına hizmet etmiştir. Nitekim öncelikle tarafların iradeleri arasındaki uyuşmanın araştırılması, bu hususta sonuca ulaşılamazsa güven teorisinin yorum yöntemine başvurulması şeklindeki iki aşamalı

²⁵¹ Meram anlatma teorisi çerçevesinde her bir uyuşma türüne ilişkin detaylı olarak bkz. Keller, "Auslegung", 315-318; Keller, "Vertragswille", 370; Keller ve Schöbi, 128-134; Lange, 23-47.

²⁵² Meram anlatma teorisi çerçevesinde irade açıklamasının yorumu ve sözleşmenin kurulması arasındaki ilişki hakkında geniş bilgi için bkz. Keller, "Auslegung", 318, 319; Keller ve Schöbi, 79-87, 127, 128.

²⁵³ Bu yönde bkz. Oser ve Schönenberger, Art. 1, N. 51.

²⁵⁴ Bu yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 138.

²⁵⁵ Aynı doğrultuda bkz. Sarıkaya, 107, 108. Güven teorisinin meram anlatma teorisinin etkisiyle geliştirilerek yorumda tarafların fiilî anlayışını da dikkate almaya başladığı yönünde aksi görüşte bkz. Keller ve Schöbi, 125, 126.

yorum²⁵⁶, bu sistematik biçimini meram anlatma teorisi sayesinde almıştır. Ancak netice olarak tarafların fiilî anlayışına değer tanınması bakımından meram anlatma teorisi ile güven teorisi arasında bu yönden bir farkın bulunmadığı kabul edilmelidir.

Fakat kanaatimizce meram anlatma teorisiyle güven teorisi arasında bir farkın bulunmadığı²⁵⁷ da doğru değildir²⁵⁸. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu çalışmada kendisine atfedilen anlamıyla güven teorisi, muhatabın güvenini merkezine almakta, bu güvenin korunması gerekliliğinden hareket etmektedir. Bu anlamda ayrıca açıklama sahibi yönünden, açıklama iradesi ve işlem iradesinin varlığı şartı aranmamakta, bunların yokluğunda bir kusur ya da isnat edilebilirlik araştırması da gündeme gelmemektedir. Meram anlatma teorisinde ise muhatabın varsayımsal anlayışının yorum sonucu olarak kabul edilmesi, ancak açıklama sahibinin fiilî ya da en azından varsayımsal anlayışının da aynı doğrultuda olması hâlinde mümkün görülmektedir. Dolayısıyla açıklama sahibince fiilî olarak öngörülme ve farazî olarak öngörülmesi de ondan beklenmeyen bir anlama muhatap tarafından duyulan haklı güven korunmaya değer addedilmemektedir. Bu bağlamda, meram anlatma teorisinin güven teorisinden farkını da, yürürlük teorisinde olduğu gibi açıklama sahibi bakımından, işlemin içeriğinin öngörülebilirliğini de kapsayan bir isnat edilebilirlik şartı öngörmesinde aramak gerekir. Bu yolla yine açıklama sahibinin menfaatine daha çok ağırlık tanıyan bir denge tesis edilmiş olmaktadır. Gerçekten, meram anlatma teorisinde açıklamanın sahibine isnat edilebilmesi için öngörülebilirlik şartı, sadece açıklama iradesinin bulunmadığı hâllerde değil, açıklama iradesinin mevcut olduğu, ancak işlem iradesinin bulunmadığı hâllerde de aranmaktadır.

Meram anlatma teorisinin güven teorisinden ayrıldığı bir başka nokta ise, güven

²⁵⁶ İki aşamalı yoruma ilişkin bkz. Eren, N. 415 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 215, 215a; BGE 132 III 626, 632; BGE 138 III 659, 666, 667.

²⁵⁷ Bu yönde düşünce için bkz. Eren, N. 415, dn. 25, 26; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 4. Yazarların bu düşünceleri, esasen açıklama iradesinin yokluğu hâlinde açıklamanın anlamıyla bağlı tutulabilmesi için, açıklama sahibinin en azından ihmâlinin varlığını şart koşmalarından kaynaklanmaktadır. Bkz. Eren, N. 356; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 13, 14. Fakat kanaatimizce güven teorisinde, muhatabın somut hukukî ilişkisinin şartları çerçevesinde açıklamaya vermeye izinli ve vermek zorunda olduğu anlamı yorum sonucu olarak kabul etmek için açıklama sahibi yönünden ayrıca bir isnat edilebilirlik araştırması yapılmamaktadır. Meram anlatma teorisinde ise açıklamanın sahibine isnat edilebilmesi için öngörülebilirlik şartı, sadece açıklama iradesinin bulunmadığı hâllerde değil, açıklama iradesinin mevcut olduğu, ancak işlem iradesinin bulunmadığı hâllerde de aranmaktadır. Öyleyse, ilgili teorilere çalışmamızda atfedilen anlamlar dikkate alındığında, yazarların benimsediği teorisinin güven teorisine meram anlatma teorisi arasında bir noktada kaldığı sonucuna varılmaktadır.

²⁵⁸ İki teorisinin birbiriyle aynı olmadığı; güven teorisinde yorumda sadece muhatapça bilinebilir şartlar göz önünde bulundurulurken, meram anlatma teorisinin bunları açıklama sahibi tarafından da bilinebilir olan şartlarla sınırlandırılmasının iki teori arasındaki farkı oluşturduğu yönünde, aynı doğrultuda görüş için bkz. Sarıkaya, 108, 109.

teorisinde tarafların her ikisinin de iradesine uymayan bir yorum sonucuna oldukça mesafeli yaklaşılmamasına rağmen²⁵⁹, meram anlatma teorisinde her iki tarafın uyuşan varsayımsal anlayışının yorum sonucu olarak kabulüne, son ihtimal olarak ifade edilse dahi, kapı aralanmasıdır. Böyle bir düşünce, irade açıklamasının açıklama sahibinin iradesine uymayan, muhatabın da fiilen güven duymadığı bir anlam üzerinden yorumlanması ve tarafların her ikisinin de bu anlam üzerinden kurulan bir sözleşmeyle bağlanması sonucunu doğurmaktadır.

§ 2. SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNUN İLKESEL ZEMİNE TAŞINMASI

I. KONUYU İLKESEL ZEMİNDE ELE ALMANIN GEREKLİLİĞİ

Türk Medenî Kanunu'nun birinci maddesinin birinci fıkrasında uygulayıcıya, hukukî uyuşmazlıkların çözümünü ilk olarak yürürlükteki mevzuatta arama talimatı yöneltmiştir. Bu talimat karşısında, hukuk uygulamasına fayda sağlama kaygısı taşıyan bilimsel bir çalışmanın yürürlükteki hukukla bağlantısını koparmaması elzemdir. Uygunluk uyuşmazlıklarına çözüm üretmek kaygısıyla kaleme alınan çalışmamızda da, bu doğrultuda, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu meselesinin bugünü ve geleceği hakkında yorum ve değerlendirmelerde bulunurken çıkış noktasını yürürlükteki hukuk oluşturacaktır. Çalışmanın önceki kısmında konunun tarihsel serüveninin ve bu serüven sonucunda oluşan teorik arka planın ortaya koyulmasında güdülen öncelikli amaç, bu arka planın yürürlükteki hukukun sunduğu çözümlerin araştırılmasına, doğru biçimde idrak edilmesine ve değerlendirilmesine katkı sağlamasıdır.

Türk mevzuatı gözden geçirildiğinde, açık lafzı itibarıyla doğrudan uygunluk uyuşmazlıklarını kapsamına alan ve bu uyuşmazlıklarda irade açıklamalarının ne doğrultuda yorumlanacağını gösteren bir düzenlemeyle karşılaşılması beklenmemektedir. Bunun yerine, konuyla farklı yönlerden bağlantılı bulunan ve özü itibarıyla bu uyuşmazlıklara ilişkin çözüm sunabilecek birden çok hüküm göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, adeta sözleşmenin tanımını ortaya koyan TBK m. 1 hükmüdür. Bunun yanı sıra anılan hususta, başlığı itibarıyla sözleşmenin yorumuna ilişkin bir düzenleme içeren TBK m. 19/I ve tarihsel süreçten de anlaşılabilir üzere sözleşmenin kurulmasıyla sıkı şekilde bağlantılı bulunan açıklamada yanılmayı düzenleyen TBK m. 30 vd., özellikle m. 30 ve 39 hükümlerine işaret etmek

²⁵⁹ Bkz. ve karşı. Eren, N. 421; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 220; Koller, § 3, N. 161.

gerekir. Nihayetinde bugün güven teorisinin dayanağı olarak sıklıkla zikredilen, dürüstlük kuralının bünyesinde düzenlemesini bulduğu TMK m. 2/I hükmü de bu hususta söz sahibi görünmektedir. Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi (*das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung*)²⁶⁰, bu hükümlerin birbirinden tamamen bağımsız değer yargıları olarak ele alınmamasını, tutarlı ve ahenkli bir bütün olarak değerlendirilmesini gerektirir. Bu bağlamda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından anılan hükümler bir eşgüdüm içinde, sistematik olarak ele alınmalıdır. TMK m. 1/I gereğince uygulayıcıya yöneltilen, hükümleri uygularken lafzın yanında özün de dikkate alınması talimatı gereğince, bu yorum, dış sistematığın yanında iç sistematığın de göz önünde bulundurulması suretiyle gerçekleştirilmelidir²⁶¹. Diğer bir ifadeyle hükümlerin kanunda buldukları yer ve başlıkları gibi şekli unsurların yanı sıra, amaçsal bütünlüklerine de belirleyicilik ve önem atfedilmelidir. Bilhassa sistematik - amaçsal (*systematisch - teleologisch*) yorum sayesinde, yukarıda anılan hükümlerin her birinin, bunların ardında yatan amaçsal bağlama uygun şekilde uygulanması temin edilmiş olur. Amaçsal bağlamı ifade eden bu iç sistematik ise, münferit değer yargılarının arka planını oluşturan temel değer yargılarından, yani hukukun genel ilkelerinden (*allgemeine Rechtsprinzipien, rechtsetische Prinzipien*) oluşmaktadır²⁶². Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun ilkesel zemininden hareket edilmesine duyulan ihtiyacın sebebi de tam olarak budur.

İç sistemin yapı taşları olarak hukukun genel ilkelerine işaret edilmesi ve bu yolla hukukun genel ilkelerinin metodoloji alanında kendisine değerli bir konum elde etmesi, esasında 20. yüzyılın ikinci yarısında menfaat hukukçuluğunun doktrin tarafından değişikliğe uğratılmasıyla söz konusu olmuştur. Menfaat hukukçuluğunun Heck'in eserlerinde ifadesini bulan ilk hâli, menfaat kavramının birden fazla hususu ifade eden tek kavram olarak kullanılmasının yarattığı belirsizlik dolayısıyla eleştirilmiştir. Bu hususta özellikle Heck'in, menfaat kavramını, hem kanun koyucuyu düzenleme yapmaya sevk eden sebep hem onun tarafından ortaya koyulan değerlendirmenin konusu hem de bazen doğrudan değerlendirme ölçütü olarak kullanmasına işaret edilmiştir²⁶³. Bu soruna bir çözüm olarak menfaat kavramı hukukî uyumsuzluğun taraflarının kendileri lehine olan hukukî sonucun

²⁶⁰ Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi hakkında bkz. Canaris, *Systemdenken*, 13-18; Susan Emmenegger ve Axel Tschentscher, *Berner Kommentar, Bd. I/1: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-9 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012), Art. 1, N. 245-249.

²⁶¹ Dış sistematik ve iç sistematığe ilişkin geniş bilgi için bkz. Emmenegger ve Tschentscher, Art. 1, N. 250-259; Larenz, *Methodenlehre*, 437-490; Karl Larenz ve Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl.* (Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 1995), 263-318.

²⁶² Canaris, *Systemdenken*, 46-48; Larenz, *Methodenlehre*, 474; Larenz ve Canaris, 302.

²⁶³ Bydliński, *Methodenlehre*, 124; Larenz, *Methodenlehre*, 119; Larenz ve Wolf, § 4, N. 11.

gerçekleşmesine ilişkin arzularıyla sınırlı bir içeriğe kavuşturulmuştur. Kanun koyucunun menfaatler arasındaki dengeyi sağlarken kullandığı ölçütlere ise kanunî değerlendirmeler (*gesetzliche Wertungen*) adı verilmiştir. Buna göre kanunî düzenlemeler, kanun koyucunun, hakkaniyet ideasından yola çıkarak, bilhassa hukuk politikasının yön verdiği belirli saikleri gözetmek suretiyle, çatışan menfaatlerin birinin diğerine kısmen ya da tamamen tercih edilmesi yönünde ortaya koyduğu tercihleri, “değerlendirmeleri” ifade etmektedir²⁶⁴. Menfaat hukukçuluğunun bu şekilde değişikliğe uğratılmasıyla ortaya çıkan ve bugün doktrinde hâlen ciddi şekilde taraftar bulan metodoloji akımı, değerlendirme hukukçuluğu (*Wertungsjurisprudenz*) olarak isimlendirilmektedir²⁶⁵.

Değerlendirme hukukçuluğuyla birlikte, menfaat hukukçuluğunun ilk hâlinde kendisini gösteren, kanun hükmünün, temelinde yatan menfaatlerin mekanik bir sonucu olarak ortaya çıktığı şeklindeki düşünce terk edilmiş, böylece hukukî natüralizme (*juristischer Naturalismus*) sırt çevrilmiştir²⁶⁶. Nitekim değerlendirme hukukçuluğunda hem kanun koyucu hem de gerektiğinde hâkimin faaliyeti, menfaatlerle sebep - sonuç ilişkisi içinde gelişen determinist bir süreçten ibaret değildir, bilakis değerlendirici bir nitelik (*wertende Natur*) arz etmektedir²⁶⁷. Kanun koyucunun hükümlerde yaptığı münferit değerlendirmeler bakımından ölçütü, kaynağını genellikle anayasada bulan birtakım temel değerlendirmeler (*Grundwertungen*), yani genel yol gösterici düşünceler (*allgemeine Leitgedanken*) ve hukukî ilkeler oluşturmaktadır²⁶⁸. Dolayısıyla yorumda, tarafların menfaatlerinin yanı sıra bu yol gösterici düşüncelerin ve bilhassa hukukî ilkelerin göz önünde bulundurulması gereklilik arz eder. Objektif - amaçsal bir yorum tarzını bariz biçimde öne çıkaran bu yaklaşımla²⁶⁹ birlikte, hukukî ilkeler kanun hükümlerinin amaçsal zemininin aydınlatılması hususunda oldukça üstün bir değere sahip kılınmıştır. Öte yandan, çok sayıdaki dağınık menfaate nazaran; görece büyük bağlamları ifade eden, daha az

²⁶⁴ Larenz, *Methodenlehre*, 119, 120.

²⁶⁵ Değerlendirme hukukçuluğuna ilişkin bkz. ve karşı. Bydlinski, *Methodenlehre*, 123 vd.; Kramer, *Methodenlehre*, 139, 140; Larenz, *Methodenlehre*, 119 vd.; Larenz ve Wolf, § 4, N. 12-19; Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 209 vd..

²⁶⁶ Bkz. ve karşı. Bydlinski, *Methodenlehre*, 123 vd..

²⁶⁷ Bydlinski, *Methodenlehre*, 124; Larenz ve Wolf, § 4, N. 13.

²⁶⁸ Canaris, *Systemdenken*, 46; Larenz ve Wolf, § 4, N. 16-18. Değer ölçütlerinin (*Wertmaßstäbe*) kaynağına göre, kanuna içkin değer hukukçuluğu, hukuka içkin değer hukukçuluğu ve topluma içkin değer hukukçuluğu ayrımı yapılmaktadır. Bkz. Larenz ve Wolf, § 4, N. 18. Bununla birlikte değerlendirme hukukçuluğunun asıl anlamını, pozitif hukuktan önce ve ondan bağımsız şekilde var olan, yani pozitif hukuk üstü değerlendirme ölçütlerinin kabulüyle kazandığı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Larenz, *Methodenlehre*, 122. Pozitif hukuk üstü değerlendirme ölçütlerinin varlığına ilişkin tartışmalar için bkz. Larenz, *Methodenlehre*, 125-132.

²⁶⁹ Bydlinski, *Methodenlehre*, 130, 131; Kramer, *Methodenlehre*, 140 ve dn. 397; Larenz, *Methodenlehre*, 122.

sayıdaki hukukun genel ilkeleri, tutarlılık ve bütünlük arz eden bir iç sistemin meydana getirilmesine uygun materyali sağlamıştır²⁷⁰.

İç sistemin yapı taşları olarak hukukun genel ilkeleri, nitelikleri itibarıyla genel ve soyut düşüncelerden, değerlerden ibarettir. Bunlar, öncelikle bütün sisteme tâbi olan alt sistemlerde yansımalarını bulmak suretiyle somutlaşır, “alt ilkeler” hâline gelirler²⁷¹. Ancak bu ilkeler dahi somut olaya uygulanabilirlikten yoksundur; bunların daha da somutlaştırılmaları, sınırlandırılıp biçimlendirilerek kural hâline getirilmeleri şarttır²⁷². Bu faaliyet, her şeyden önce kanun koyucu tarafından, bir ilkenin belirli hüküm ya da hükümlerde vücuda getirilmesi suretiyle gerçekleştirilir²⁷³. Kanun koyucu dışında, hâkim de, somut uyuşmazlıkların çözümünde, anılan ilkelerin sınırlarını nihaî olarak çizmektedir²⁷⁴. Bunların yanı sıra, anılan ilkelerin örf ve adet hukuku kuralına dönüşmesi²⁷⁵ ya da öğreti tarafından görüşler ve teoriler hâline getirilerek sınırlandırılması da mümkündür²⁷⁶. Birbiriyle çatışan ilkelerin varlığında bu somutlaştırma, bu ilkeler arasındaki eşgüdümün sağlanması şeklinde gerçekleşmektedir²⁷⁷.

Kanunun iç sistematiğini oluşturan ve bu bağlamda çalışma konumuz bakımından önem arz eden hükümlerin amaçsal - sistematik yorumu, yukarıda verilen bilgiler doğrultusunda, konuya hâkim olan hukukî ilkelerin keşfini şart koşmaktadır. Uygunluk uyuşmazlıkları bağlamında kanun koyucu tarafından ortaya koyulan, tarafların çatışan menfaatleri arasındaki dengeye ilişkin münferit değerlendirmeler, bu ilkeler doğrultusunda, bütünlük ve tutarlılık arz edecek şekilde açığa çıkarılmış olur. Öte yandan ilkelere yönelmek, sağlayacağı bütüncül bakış açısıyla, konunun dağılık tarihsel serüveninin ve teorik altyapısının yürürlükteki hukuka ilişkin yapılacak incelemede kullanışlı hâle getirilmesini

²⁷⁰ Canaris, *Systemdenken*, 46, 47; Larenz ve Wolf, § 4, N. 19. Bir sistemin meydana getirilmesinin ve hukukî ilkeler geliştirilmesinin hukuktaki önemine ilişkin ayrıca bkz. Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB* (Bern: Verlag Stämpfli & Cie., 1966), Art. 1, N. 459-464.

²⁷¹ Canaris, *Systemdenken*, 57; Larenz, *Methodenlehre*, 474.

²⁷² Bkz. ve karşı. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1956), 267; Larenz, *Methodenlehre*, 474; Meier-Hayoz, *BK*, Art. 1, N. 413; Röhl ve Röhl, 288; Ernst Zeller, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981), 25, 91.

²⁷³ Esser, 132; Larenz, *Methodenlehre*, 474; Zeller, *Treu und Glauben*, 12, 37, 38. Dolayısıyla hukukî ilkeler, soyutluk düzeyi bakımından hukuk ideası ve pozitif düzenlemeler arasında bir noktada bulunmaktadır. Bkz. Bydlinski, *Methodenlehre*, 133.

²⁷⁴ Larenz, *Methodenlehre*, 474, 475. Ayrıca karşı. Esser, 5; Meier-Hayoz, *BK*, Art. 1, N. 412.

²⁷⁵ Zeller, *Treu und Glauben*, 12, 13.

²⁷⁶ Hukukun genel ilkelerinin doktrin ve içtihatlarca meydana getirilen, detaylandırılan ve sınırları çizilen, kanundan bağımsız olarak, ondan önce mevcut bulunan değerlendirme ölçütlerinden ibaret olduğu yönünde bkz. Esser, 5; Meier-Hayoz, *BK*, Art. 1, N. 412.

²⁷⁷ Canaris, *Systemdenken*, 55; Larenz, *Methodenlehre*, 475 vd.; Röhl ve Röhl, 288; Zeller, *Treu und Glauben*, 98, 99.

de mümkün kılar. Gerçekten bu sayede, daha kapsayıcı bir bakış açısıyla tarihsel materyal arasında bağlantılar kurulabilir ve bu materyalin bir bütün olarak idrakinin önü açılmış olur. Öte yandan, konuya ilişkin teorilerin her biri nihayetinde bir değer yargısı içerdiğinden²⁷⁸, teorilerle kanun koyucunun değerlendirmeleri arasında bir karşılaştırmanın yapılması ve böylece kanunun anılan teorilerden herhangi birini kısmen ya da tamamen benimseyip benimsemediğine ilişkin bir sonuca varılmasında da temelde yatan ilkelerin yardımına ihtiyaç vardır.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun ilkesel zeminine ilişkin arayış, esasında genel olarak sözleşmesel bağlılığın dayandığı ilkeleri ortaya çıkarma çabasından başka bir şey değildir. Zira tarihsel süreçten de anlaşılacağı üzere, kökeni itibarıyla irade ile açıklama arasındaki uyumsuzluk hâlleri bağlamında ortaya çıkan teorilerin bu konu özelinde ortaya koyduğu her sonuç, nihayetinde yansımaları hukukî işlem ve özellikle sözleşme öğretileri sahasında bulmaktadır. Gerçekten, irade teorisinin yanılma hâlinde irade açıklamasının yokluğundan dem vuran yaklaşımı, hukuk âleminde doğacak hüküm ve sonuçları tamamen iradeye bağlamak suretiyle, sözleşme hukukunu tamamen bireylerin iradî faaliyet alanı vasfına büründürmektedir. İradeyle açıklamanın uyuşmaması ihtimalinde irade açıklamasına geçerlilik tanıyan görüşler ise, özerk iradenin bu alandaki hâkimiyetini daraltmakta, sözleşmesel bağlılığın iradîlik dışındaki birtakım gerekçelerle temellendirilmesine kapı aralamaktadır. Dolayısıyla burada, irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâlleri merkez alınmak üzere, aslında sözleşmesel bağlılığın dayandığı hukukî ilkelerin ortaya koyulması hedeflenmektedir.

II. KONUNUN İLKESEL TEMELLERİ

20. yüzyıl itibarıyla Kıta Avrupası hukuk sisteminde yürürlüğe giren veya yürürlükte bulunan kanunî düzenlemelerde, genel itibarıyla yanılma için hukukî işlemin yokluğu yaptırımının öngörülmediği göze çarpmaktadır (TBK m. 30, 39; OR²⁷⁹ Art. 23, 31; BGB § 119; ABGB²⁸⁰ § 871). Bu nedenle, daha önceki süreçte doktrini uzun süre meşgul eden irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâllerinde sözleşmenin meydana gelip gelmeyeceği sorusu, yerini bu tür hâllerde irade açıklamasının ve dolayısıyla sözleşmenin meydana getirdiği hüküm ve sonuçların nasıl temellendirileceği tartışmasına bırakmıştır. Özellikle Alman hukukunda, irade teorisine yakın pozisyon alan yazarlarca, kendi davranış biçimini

²⁷⁸ Canaris, "Juristische Theorien", 383, 384.

²⁷⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerisches Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. April 2017), SR 210.

²⁸⁰ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich), Fassung vom 12.12.2018.

belirleme (*Selbstbestimmung*) ilkesinin bir görünümü olan irade özerkliği ilkesini hukukî işlemle bağlılığın yegâne temeli olarak görmekte ısrar edilmiş, kişinin iradesine uygun olmayan hüküm ve sonuçlar da irade özerkliği ilkesiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu amaçla bir grup yazar²⁸¹, irade kavramının psikolojik yönüyle değil, hukukî yönüyle ele alınması gerektiğini ileri sürmüş, irade açıklamasına “hukukî” veya “normatif” bir anlam yüklemiştir. Böylece irade özerkliği ilkesinin alanı, bu tür irade açıklamalarını da kapsamına alacak şekilde genişletilmiştir. Bir başka görüş ise²⁸², açıklama sahibinin iradesine uygun olmayan hüküm ve sonuçların, kendi davranış biçimini belirleme ilkesinin bir parçası olan kendi davranışlarından sorumluluk (*Selbstverantwortung*) ilkesiyle gerekçelendirilebileceğini iddia etmiştir.

20. yüzyılın ortalarından itibaren genel eğilim, hukukî işlemsel bağlılığın temellendirilmesinde irade özerkliği ilkesinin mutlak egemenliği düşüncesinden vazgeçilmesi yönünde tezahür etmiştir. Özellikle sözleşmesel bağlılığı açıklamak amacıyla, irade özerkliğinin yanı sıra, işlem güvenliğinin korunması ve haklı güvenin korunması gibi gerekliliklere işaret edilmiş; bu gerekliliklerin ifadesi olan ilkelerin de sözleşmenin meydana gelmesinde yeterli dayanak teşkil edebileceği savunulmuştur. Doktrinde bu düşünce tarzına birleşimsel (*kombinatorisch*) hukukî işlem öğretisi adı verilmektedir²⁸³.

Çalışmamızda sözleşmesel bağlılığın ilkesel temellerine ilişkin yapılacak açıklamalarda, birleşimsel öğretiyi takip edilerek, sözleşmenin kurulmasını irade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması ilkelerinin eşgüdümüyle izah etme yolu seçilmiştir²⁸⁴.

²⁸¹ Bu yönde örnek olarak bkz. Hans-Martin Pawlowski, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen* (Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1966), 232, 233. Benzer görüşteki yazarlar ve fikirleri hakkında genel bilgi için ayrıca bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 18.

²⁸² Bu yönde bkz. Flume, *Privatautonomie*, 159, 160; Flume, *Rechtsgeschäft*, 61, 62.

²⁸³ Bu görüşte bkz. Bydlinski, *Privatautonomie*, 122 vd.; Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971), 412; Canaris, *Systemdenken*, 55; Helmut Coing, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Kommentar zu §§ 116-122, 11. Aufl.* (Berlin: Schweitzer, 1957), Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 19b; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 50; Singer, *Selbstbestimmung*, 127; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 19-25. Hukuk düzeninin temel amacının bir topluluk içinde bulunan kişilerin bireysel varlığı ve kolektivist varlığı arasındaki doğru ilişkinin tespiti olduğu şeklindeki açıklamasıyla benzer doğrultuda bkz. Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl.* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1925), 296. Kramer ise, hukukî işlem öğretisinde; kendi davranış biçimini belirlemenin bir görünümü olarak irade özerkliği ile, kendi davranışlarından sorumluluğun bir görünümü olarak güvenin korunması ilkeleri arasında ayrılmaz bir bağ bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar her ne kadar görüşünün Flume ile aynı doğrultuda olduğunu belirtse de (Kramer, *Grundfragen*, 165), buradan anlaşılan, yazarın kendi davranış biçimini belirleme ile kendi davranışlarından sorumluluk ilkelerini ayrı ayrı ele aldığıdır. Bkz. ve karşı Kramer, *Grundfragen*, 147, 151, 164.

²⁸⁴ Aynı doğrultuda bkz. Singer, *Selbstbestimmung*, 58 vd.; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 21-25.

Nitekim her ne kadar irade özerkliği, sözleşmelerin çoğunlukla birbirini şahsen tanıyan hazırlar arasında kurulduğu eski dönemlerde sözleşmeler hukuku alanında mutlak hâkimiyetini hissettirse de, sanayi devrimi sonrasında sözleşme ilişkilerinin git gide anonimleşmesi ve daha çok hazır olmayanlar arasında vuku bulmasıyla birlikte bu üstün değerini yitirmiştir²⁸⁵. Anılan gelişme, işlem trafiğinin hızlı ve sorunsuz şekilde işlemlerini de korunmaya değer bir gereklilik olarak hukuk düzeninin dikkatine sunmuştur. Öte yandan, daha önce de belirttiğimiz üzere 20. yüzyıldan itibaren irade açıklamasının sosyal işlevleri de, en az bireysel işlevleri kadar kabul görmeye başlamıştır²⁸⁶. İrade açıklaması, bünyesinde salt sahibinin iradesini barındıran bir varlık olmanın ötesine geçmiş, toplumsal iletişimi sağlama vazifesini de yüklenen²⁸⁷ karma işlevli bir yapı hâline gelmiştir. Bugün gelinen noktada, işlem güvenliğinin muhafaza edilmesi, özellikle de kişilerin haklı güvenin korunması ihtiyaçları, hukuk nezdinde sözleşmesel sorumluluğa dayanak gösterilebilecek derecede önem arz etmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun olası ilkesel temellerinin tam ve etkili biçimde kavranması için, irade özerkliğinin yanı sıra, bu iki gerekliliği birlikte bünyesinde barındıran bir ilke olarak ele aldığımız işlem güvenliğinin korunması ilkesi de göz önünde bulundurulmalıdır.

Sözleşmenin kurulmasına ve yanılmanın sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin tarihsel materyal de, konunun ilkesel arka planının tek bir ilkeyle izah edilmesinin yeterli olmayacağını gözler önüne sermektedir. Zira kutuplar birbirinden az ya da çok farklılaşsa dahi, her bir tarihsel kesitte; görünen ile görünmeyen, dış unsur ile iç unsurun, güven ile iradenin çatışma hâlinde olduğu izlenmektedir. Özellikle Roma hukukundaki Rahip hukuku anlayışı, modern doğal hukuktaki dış unsura belirleyicilik tanıyan yaklaşım ve nihayetinde 19. yüzyılın açıklama teorilerinin irade özerkliğiyle ya da bundan doğan sorumlulukla açıklanması mümkün görünmemektedir. Öte yandan başta güven teorisi olmak üzere menfaat hukukçuluğu etkisinde gelişen teoriler, birey yerine toplumu, özellikle toplum içi iletişimi ve dayanışmayı öne çıkaran argümanlara dayanmaktadır. Bu kapsamda konunun tarihsel serüvenindeki görüşlerin tamamını kapsayan bir ilkesel altyapıya, bir yandan dış unsura atfedilen mutlak değere, diğer yandan ise sosyal - iletişimsel kaygılara gerekçe teşkil edebilecek bir aktörün devreye sokulmasıyla ulaşılabilir. İrade özerkliğinin karşısına işlem güvenliğinin korunması ilkesinin yerleştirilmesinin isabetliliği, bu doğrultuda teyit edilmiş

²⁸⁵ Karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 43.

²⁸⁶ Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 234, 235.

²⁸⁷ Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 42; Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 232, 234, 245. Açıklama teorisi adı altında, ancak içeriği itibarıyla güven teorisine ilişkin aynı yönde değerlendirmeler için ayrıca bkz. Vogenauer, §§ 133, 157, N. 36.

olmaktadır. Her ne kadar irade özerkliğinin dayanağını oluşturan kendi davranış biçimini belirleme özgürlüğünün beraberinde bir sorumluluğu getirdiği doğruysa da, bu sorumluluğun özgürlüğün bir parçası değil, muhtemel bir bağlantısı (*Korrelat*) olarak nitelendirilmesi kanaatimizce daha uygundur²⁸⁸. Zaten iradeye uygun olmayan bir açıklamanın sahibini bağlamasının esas sebebini de bu sorumluluk düşüncesinden ziyade muhatabın güveninin korunmasına duyulan ihtiyacın oluşturduğu, özellikle güven teorisinden açık bir şekilde seçilebilmektedir.

İrade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması ilkelerine ilişkin açıklamalar, bu ilkelerin, sınırları kesin şekilde çizilemeyen yön verici düşüncelerden ve değerlendirme ölçütlerinden ibaret olduğu gözetilerek gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla aşağıdaki incelemeler, anılan ilkeleri tanımlayarak onları katı sınırlar içine hapsedmek amacına yönelmemektedir. Bilakis daha en baştan, her iki ilkenin de, çözümüne yöneldiği uyumsuzluğun niteliğine ve kanun koyucu ya da hâkim tarafından yapılan somut değerlendirmeye göre farklı yoğunluklarda gözetilebileceğinden ve böylece farklı görünümlere bürünebileceğinden hareket edilmektedir. Bu, her şeyden önce hukukun birbiriyle çatışan genel ilkeleri arasındaki diyalektik ilişkinin bir sonucudur²⁸⁹. Çatışan ilkelerin bu süreç sonucunda birbirini sınırlayarak hukuk düzeninin tamamındaki ya da belirli bir kısmındaki anlamlarını elde etmesi, en etkili açıklamasını, bu ilkelerin çok dereceli bir yapıya²⁹⁰ sahip olduğunun kabulüyle bulmaktadır. Kaldı ki bu ilkelerin sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından bürünebilecekleri olası şekillerin ortaya koyulması, ilkelerle bunların mevcut pozitif hukuktaki görünümleri arasında karşılaştırma imkânı sunması bakımından da yararlıdır.

²⁸⁸ Kendi davranışlarından sorumluluğun kendi davranış biçimini belirleme ilkesinin parçası olması ile bağlantısı olması arasında fark bulunduğu, bunlar arasındaki ilişkinin bağlantı (korelasyon) ilişkisi olduğu yönünde aynı görüşte bkz. Bydlinski, *Privatautonomie*, 54, 55.

²⁸⁹ Karş. Canaris, *Systemdenken*, 55, 90; Kramer, *Grundfragen*, 151.

²⁹⁰ Bydlinski, *Privatautonomie*, 122-126. Gerçi Bydlinski, burada metodolojik olarak Wilburg'un hareketli sistem (dinamik - oynak mekik sistemi, *bewegliches System*) anlayışını izleyerek, bu ilkeler arasındaki ilişkinin her bir somut olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi ve olaya bağlanacak hukukî sonucun bu doğrultuda belirlenmesi gerektiğini öne sürmektedir. Bkz. Bydlinski, *Privatautonomie*, 124, 145. Fakat uygulayıcının her durumda bu yola başvurması mümkün değildir. Zira kanun koyucu, anılan ilkelerin birini ya da diğerini belli oranda öne çıkarmak ve sınırlandırmak suretiyle bunlar arasındaki eşgüdümü sağlamakta, böylece hareketli sistemi bir anlamda sabitlemektedir. Öyleyse ancak kanunun hâkime takdir alanı tanınması hâlinde bir hareketli sistemden bahsedilebilir. Aynı doğrultuda bkz. ve karş. Claus-Wilhelm Canaris, "Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr", *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Wien - New York: Springer Verlag, 1986), 104-106. Bugün hukuk metodolojisine ilişkin eserlerde değerlendirme hukukçuluğunun bir yansıması olarak kabul edilen hareketli sisteme ilişkin bilgi için ayrıca bkz. Bydlinski, *Methodenlehre*, 137; Serozan, *Hukukta Yöntem*, N. 215; Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (Graz: Verlag Jos. A. Kienreich, 1950), 3 vd..

İrade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması ilkelerine ilişkin açıklamalara geçmeden önce son olarak belirtmek gerekir ki bu çalışmada, doktrinde gözlenen, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun ilkesel boyutunun irade ilkesi, açıklama ilkesi ve güven ilkesi gibi ilkelerle açıklama eğilimine özellikle sırt çevrilmiştir. Bu tercih öncelikle, ilke ve teori kavramlarının aynı anlamda kullanılmasının gerek kavramsal gerekse içeriksel düzeyde yaratabileceği karışıklık ihtimalini baştan ortadan kaldırma amacını gütmektedir. Güven teorisi gibi bünyesinde birden çok ilkeyi barındıran teoriler bakımından böyle bir yola başvurulması özellikle önem arz etmektedir. Öte yandan sözleşmenin kurulması konusunun kanun koyucunun yanılma durumu için öngördüğü hüküm ve sonuçlarla bağlantılı biçimde incelenebilmesi için, ilkesel düzeyde daha geniş bir perspektifin yakalanmasının sağlayacağı fayda azımsanmayacak derecededir. Zira böyle bir perspektifle, irade bozuklukları öğretisinden doğan irade teorisi ve açıklama teorisi ile daha ziyade yorum teorisi olarak zikredilen arabulucu teorilerin aynı zeminde ve karşılaştırmalı olarak incelenmesi oldukça kolaylaşmaktadır.

A. İrade Özerkliği İlkesi

Kendi davranış biçimini belirleme ilkesinin (*Selbstbestimmung*) bir yansıması, bir alt ilkesi olan irade özerkliği, en genel ifadesiyle, kişinin hukukî ilişkilerini kendi iradesi doğrultusunda oluşturabilmesini ve düzenleyebilmesini ifade eder²⁹¹. Kişinin bu imkân ve yetki çerçevesinde kurduğu hukukî ilişkiler, salt onun iradesine dayandığı için, hukuk düzeni tarafından tanınır ve geçerli kabul edilir²⁹². İrade özerkliğini esas alan bir hukuk düzeni, daha baştan, hukuk sülhelerine, belirli sınırlar içinde de olsa, özgürce oluşturdukları hukukî ilişki ve işlemlere saygı duyacağıнын sözünü vermektedir. Kişi iradesini ön planda tutan ve özel hukuk alanındaki hukukî işlemlerin temeline özgür ve bağımsız iradeyi yerleştiren bu ilke, Türk hukukunda geniş biçimde kabul görmüştür. Bunun en açık göstergesi, irade özerkliği ilkesinin alt ilkelerinden birini oluşturan²⁹³ sözleşme özgürlüğünün, anayasayla, sosyal ve ekonomik haklardan birisi olarak güvence altına alınmasıdır (AY²⁹⁴ m. 48/I).

²⁹¹ İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 11; Eren, N. 45; Flume, *Rechtsgeschäft*, 1; Werner Flume, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. I* (Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1960), 141; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 314; Larenz ve Wolf, § 2, N. 17; Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl.* (Heidelberg - München: C. F. Müller, 2010), N. 174; Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 236; Reinhard Singer, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995), 1. Ayrıca bkz. ve karş. Bydlinski, *Privatautonomie*, 127.

²⁹² Flume, *Privatautonomie*, 141; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 314.

²⁹³ Eren, N. 47, 48.

²⁹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG, T. 9.11.1982, S. 17863 Mükerrer.

İrade özerkliği ilkesi sözleşmenin kurulması alanında kendisini, irade açıklamasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin değerlendirmede, açıklama sahibinin sübjektif süreçlerine, yani iradesine atfedilen değerde göstermektedir. İrade açıklamasının dış görünüşü itibarıyla teşkil ettiği anlamın, yani yorum sonucunun açıklama sahibine isnadı için onun yönünden aranan sübjektif şartlar ne kadar fazlaysa, irade özerkliği o derece yoğun şekilde gözetilmiş olmaktadır. Bu bağlamda anılan ilkenin sözleşmesel bağlılık bazında en alt derecesini, isnat için sadece kişiye iradî olarak bir hukukî sonucu meydana getirme ya da buna engel olma imkânının tanınmasının yeterli görülmesi teşkil etmektedir²⁹⁵. Açıklama sahibi, somut olayda bu imkânı kullanmamış bulursa dahi, salt dış dünyada meydana getirdiği iradesinden farklı görünüşe engel olma imkânına sahip olması dolayısıyla, bu dış görünüşle bağlı tutulabilmektedir. Buradan hareketle, anılan ilkenin, bir irade açıklamasına varlık ve geçerlilik atfedilebilmesi için en azından bu anlama gelebilecek davranışa kendi iradesiyle neden olmasını, yani fiil iradesini şart koştuğu sonucuna varılır.

İrade özerkliği ilkesinin en yoğun şekilde göz önünde bulundurulduğu hâl ise, açıklama sahibinin açıklamasından sorumlu olabilmesi için, sadece iradî biçimde bir hukukî sonucu meydana getirme imkânına sahip bulunmasının değil, aynı zamanda bu imkânı fiilen kullanmasının aranmasıdır²⁹⁶. Diğer bir ifadeyle sözleşmesel bağlılık, ancak kişinin sözleşmeyle doğacak hukukî sonuca yönelmesi ve içerik itibarıyla da bu sonucu gerçekten istemesi hâlinde doğmalıdır. Bu bakış açısıyla, hem açıklama iradesi hem de işlem iradesi, irade açıklamasının vazgeçilmez ve dolayısıyla kurucu unsurları hâline getirilmektedir. Öyle ki açıklayanın iradesinin tam bir taşıyıcısı olmadığı sürece, irade açıklaması, anlamını tamamen kaybetmektedir. Böyle bir açıklamanın hukuk âleminde varlık kazanmasına ve bir sözleşmesel bağlılığa zemin hazırlamasına izin verilmemektedir.

İrade özerkliğini tam anlamıyla benimseyen bir hukuk düzeninde irade, irade açıklamasının kurucu unsuru olmasının yanı sıra, irade açıklamasının içeriğini de belirler. Bu doğrultuda irade açıklaması, sahibinin iradesine göre yorumlanır ve anlamlandırılır. Yorumlayan kişi, dışa yansıyan kelime ve davranışlarla yetinme hakkına sahip değildir; açıklamada bulunanın iradesini bulup ortaya çıkarmak durumundadır. İrade açıklamasının

²⁹⁵ İrade özerkliğini sadece kendi hukukî ilişkilerini serbestçe düzenleyebilmeye ilişkin bir imkân olarak anlamlandıran görüş için bkz. Detlef Leenen, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, 2. Aufl. (Berlin - Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2015), § 1, N. 3; Jan Schapp, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre* (Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1986), 51. İrade özerkliğinin bu anlamına ilişkin ayrıca bkz ve karşı. Bydlinski, *Privatautonomie*, 126-129.

²⁹⁶ Bu doğrultuda bkz. Flume, *Privatautonomie*, 141; Flume, *Rechtsgeschäft*, 1. İrade özerkliğinin bu anlamına ilişkin ayrıca bkz ve karşı. Bydlinski, *Privatautonomie*, 129-131.

anlamını kişinin iradesi oluşturuyorsa, sözleşmenin kurulmasının kanunî şartı olan irade açıklamalarının uyuşması da, iradeler arasındaki uyuşmayı ifade etmelidir. Böylece sözleşmenin kurulması, iradelerin uyuşmasıyla gerçekleşmiş olmaktadır. Zira iradelerine uymayan bir sözleşmeyle sorumluluk altına girmeleri, irade özerkliği ilkesi uyarınca, iki taraftan da beklenemez. Bu tür bir kabulün doğal sonucu, iradesi sakatlanmış olan tarafın sözleşmeyle bağlı tutulmamasıdır. Taraflardan biri, yanlış sonucunda iradesini yanlış bir biçimde dışa vurmuşsa, ortada o kişinin iradesine dayanmayan bir açıklama vardır. Temelinde irade olmayan bu açıklamanın hüküm ve sonuç doğurması beklenmez. Bu nedenle, irade sakatlıklarının hukuken dikkate alınması ve yaptırıma bağlanması da, irade özerkliği ilkesine tanınan belirleyiciliğin doğal bir neticesidir.

B. İşlem Güvenliğinin Korunması İlkesi

İşlem güvenliğinin korunması (*Verkehrssicherheit*) ilkesinin temelinde, bireyler arası mal ve hizmet alışverişinin kolay ve güvenli biçimde gerçekleşmesi amacı yatar. Anılan ilke, bu amaca yönelik olarak, bireyler arası mal ve hizmet alışverişine hizmet eden hukukî mekanizmanın, yani hukukî işlemlerin etkili ve sorunsuz işlerliğini temin etmeye çalışmaktadır. Bu da, ana hatlarıyla, hukukî işlem trafiğinin bireyler arasındaki ekonomik ilişkilerin düzenlenmesinde işlevsel kılınmasını ve bu işlevselliği tehlikeye düşüren tehditlerin (*Verkehrsstörungen*) ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir²⁹⁷.

İşlem güvenliğinin korunması ilkesi, her şeyden önce işlem trafiğinin belirsizliklerden uzak, şeffaf ve öngörülebilir şekilde organize edilmesini şart koşar²⁹⁸. Bunun yanı sıra hukukî işlemlere yönelik geçersizlik riski olabildiğince azaltılarak işlemler ayakta tutulmalı, çıkabilecek uyuşmazlıklar baştan engellenerek gereksiz zaman kaybı ve masrafa yol açılmamalıdır²⁹⁹. Bu amaçlara ulaşmakta en elverişli yol, birden çok tarafın mevcut olduğu hukukî ilişkilerde dış unsurun öne çıkarılması, buna belirleyicilik atfedilmesidir³⁰⁰. Zira dış

²⁹⁷ Karş. Bydlinski, *Privatautonomie*, 138, 139.

²⁹⁸ Karş. Bydlinski, *Privatautonomie*, 131, 132. Yazara göre işlem güvenliğinin korunması, hukukun düzeni sağlama işlevinden doğan bir gerekliliktir ve bu nedenle irade özerkliğinden daha önemli ve vazgeçilmez bir yere sahiptir. Öyle ki, “en azından teorik olarak, irade özerkliğinin mevcut olmadığı, -dış dünyaya kapalı ya da askerî olarak organize edilmiş- bir hukuk topluluğu tasavvur edilebilir; ancak düzen olmaktan ya da fiili alanda düzeni tesis etmekten kaçınan bir hukuk düzeni kavramı icra edilebilir değildir.” (Bydlinski, *Privatautonomie*, 132).

²⁹⁹ Canaris, *Vertrauenshaftung*, 6.

³⁰⁰ Karş. Thomas Lobinger, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung* (Tübingen: J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1999), 59. Lobinger, objektif unsura sonuç bağlamak suretiyle hukukî işlemin meydana gelmesinin ve ayakta tutulmasının kolaylaştırılmasının her zaman işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmeyeceği görüşündedir. Zira yazara göre bu yolla bir tarafın sonuçlarını arzulamadığı bir hukukî işlemle bağlı tutulması, edimin geç ifası ya da gereği gibi ifa edilmemesi gibi sonuçlara yol açmak suretiyle yine işlem güvenliğine zarar verebilir. Bkz. Lobinger, 59, 60.

unsur dışarıdan görülebilir ve algılanabilir nitelik arz etmesi bakımından bir yandan daha üst düzeyde bir belirlilik ve öngörülebilirlik teminatını bünyesinde barındırırken, diğer yandan ispat kolaylığı sağlamaktadır. Bu yönüyle dış unsur, işlem trafiğini başarısızlığa uğratabilecek tehlikelerin önlenmesinde ve bu trafiğin sorunsuz şekilde işleminin temin edilmesinde etkili bir araç teşkil etmektedir.

İşlem güvenliğinin korunması ilkesinin en üst derecede gözetildiği hâli, taraflara ya da somut olayın diğer unsurlarına ilişkin herhangi bir ek şart aranmaksızın dış unsura belirleyicilik tanınması oluşturmaktadır. Doktrinde işlem güvenliğinin mutlak biçimde korunması (*absoluter Verkehrsschutz*) olarak adlandırılan³⁰¹ bu hâlde kanun koyucu ilgili hukukî durumu dış görünüşü itibarıyla stabilize etmekte, hukukî sonuçları bu dış görünüşe bağlamaktadır. Böylece dış görünüşün gerçek duruma uyduğu, hukukî bir varsayım olarak kabul edilmektedir. Söz konusu hukukî duruma ilişkin ilişkin olası bir uyuşmazlık tehlikesi de baştan devre dışı bırakılmaktadır. Burada işlem trafiğinin sorunsuz işlemleri, somut hukukî işlemin taraflarını oluşturan bireylerin menfaatlerinden bağımsız bir menfaat olarak göz önünde bulundurulmakta ve bu menfaat koruma altına alınmaktadır³⁰². Bu tür bir koruma, özellikle ticarî hayatın hızlı biçimde işleyişine duyulan ihtiyaç karşısında gündeme gelebilir³⁰³.

İşlem güvenliğinin mutlak biçimde korunması, sözleşmenin kurulmasında uyuşmanın gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken her iki tarafın subjektif süreçlerinin de göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. İrade açıklamalarının varlığı ve geçerliliği bu kapsamda, objektifleştirici bir yaklaşımla, açıklama unsuru üzerinden değerlendirilir³⁰⁴. İrade bozuklukları, ne açıklama sahibi ne de muhatap yönünden dikkate alınmaya değer görülür. Diğer bir ifadeyle ne açıklama sahibinin kendisini yanlış ifade etmesi ne de açıklama muhatabının yanlış idraki hukuken önem arz eder. İrade açıklaması, sahibinin gerçek iradesine uygun olsun ya da olmasın, dış dünyadaki görüntüsü itibarıyla hüküm ve sonuç doğurur. İrade açıklamalarının yorumunda da, her durumda, kullanılan kelime ve davranışların anlamı esas alınır.

Bazen ise kanun koyucu, işlem güvenliğini mikro düzeyde, yani münferit hukukî ilişki bazında temin etmeye çalışır. Bu ihtimalde işlem güvenliğinin korunması, hukukî işlemler

³⁰¹ Canaris, *Vertrauenshaftung*, 1, 2.

³⁰² Karş. Lobinger, 61-63.

³⁰³ Canaris, *Vertrauenshaftung*, 2.

³⁰⁴ İrade açıklamasının dış görünüşüne güvenin korunmasının, hukukî işlem trafiğinde güvenliğin artırılmasına yönelik bir araç olduğu yönünde bkz. Larenz ve Wolf, § 2, N. 34.

sahasına dâhil olan kişilerin haklı güveninin korunması şekline bürünmektedir³⁰⁵. Burada işlem trafiğinin düzgün işleyişi için, somut hukukî ilişkinin taraflarına, birbirlerinden olan haklı beklentilerinin korunacağına dair, hukuk düzeni tarafından bir güvence verilmesi söz konusudur. Zira hukuk süjeleri, kişisel ve ekonomik alanlarını gerçekçi ve güvenli bir şekilde planlayabilme ve düzenleyebilme arzusu içindedirler³⁰⁶. Bu doğrultuda onlar, ancak olası faydalarını ve risklerini öngörebildikleri hukukî ilişkilere dâhil olmaya rıza gösterirler. Söz konusu öngörülebilirlik ise, ilişkinin karşı tarafının makul ve dürüst biçimde hareket ettiğine, dış dünyada meydana getirdiği görünüşün iradesine uygun olduğuna ve söz ve taahhütleriyle bağlı kalacağına³⁰⁷ yönelik inancın tesis edilmesiyle sağlanır. Gerçekten, kuracağı hukukî ilişkinin karşı tarafının söz ve davranışlarının anlamından emin olamayan, onun söz ve davranışları doğrultuda hareket edeceğine güvenemeyen birey, belirsizliğe ve paranoyaya sürüklenir. Muhatabından olan haklı beklentileri hukuken güvence altına alınmayan bir bireyden, kendi kişisel alanı dışına çıkararak sosyal ve hukukî ilişkiler kurma cesaretini göstermesi beklenemez. Bu açıdan ele alındığında, girecekleri hukukî ilişkilerde bireylere haklı güvenlerinin korunması sözünün verilmesi, işlem trafiğinin sorunsuz işleyişine katkı sağlamanın ötesine geçerek, bir işlem trafiğinin meydana gelmesini sağlamakta, bunun varlığını mümkün kılmaktadır³⁰⁸.

İşlem güvenliğinin korunmasının bir görünümü olarak haklı güvenin korunması, sözleşmenin kurulmasına yönelik hukukî ilişkide kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösteren kişinin beklentilerinin karşılanmasını gerektirir. Zira güvenin haklı niteliğinden, ancak ilgili kişinin üzerine düşeni yapması, makul ve dürüst bir kişiden beklenen davranışları sergilemesi hâlinde bahsedilebilir³⁰⁹. Haklı güvenin tam ve gerçek anlamda korunması da, sözleşmenin duyulan güven doğrultusunda kurulması, yani güvenenin ifa menfaatine kavuşturulmasıyla gerçekleştirilir. Bu, özellikle açıklama sahibinin açıklamasına uygun bir irade taşıyıp taşımadığını kesin olarak öngörebilecek durumda bulunmayan açıklama muhatabı bakımından önem arz eder. Bu çerçevede açıklama muhatabı, dikkatli ve

³⁰⁵ İşlem güvenliğinin korunmasının dolaylı olarak bireylerin haklı güvenine de koruma sağladığı yönünde bkz. ve karşı. Max Baumann, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1: Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB, 3. Aufl.* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1998), Art. 2, N. 4. Culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından haklı güvenin korunması ilkesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Özgür Güvenç, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”, *GÜHFD C. XVIII*, S. 3-4 (2015): 371-372.

³⁰⁶ Bydlinski, *Privatautonomie*, 132.

³⁰⁷ Hukuk düzeninin kişilerin birbirlerine karşı olan taahhütlerine bağlayıcılık tanınmasının işlem güvenliğinin korunması ilkesinin bir sonucu olduğu yönünde bkz. Bydlinski, *Privatautonomie*, 135, 136.

³⁰⁸ Aynı doğrultuda bkz. Hartmann, “Werk und Wille”, 213-215.

³⁰⁹ Karş. Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 235.

özenli bir değerlendirmeye irade açıklamasına belirli yönde bir anlam atfetmişse, açıklama sahibinin iradesine uygun olmasa dahi, sözleşmenin bu anlam üzerinden meydana geldiğine hükmedilmelidir³¹⁰. Böylece muhatap, açıklama sahibinin bu anlamdan sapan sübjektif süreçlerinin sözleşmenin kurulmasını ve geçerliliğini engellemesi riskinden kurtarılmış olur. Öte yandan yorumda muhatapın açıklamaya verdiği anlama değil, üzerine düşen araştırmayı yapmak suretiyle açıklamaya vermesi gereken anlamın esas alınması, açıklama sahibinin haklı beklentilerinin karşılanmasına da hizmet etmektedir. Zira işlem trafiğinde üzerine düşeni yerine getirerek kendisini doğru biçimde ifade eden açıklama sahibinin, açıklamasının muhatap tarafından dikkatli ve özenli bir şekilde anlamlandırılacağına duyduğu haklı güven böylece koruma altına alınmaktadır. Bu sayede işlem trafiği, açıklama muhatapının olası yanlış değerlendirmeleri ve hatalı tasavvurları nedeniyle aksaklığa uğramaktan kurtarılmaktadır³¹¹.

Görülmektedir ki haklı güvenin korunmasında, esasında ilişkinin her iki tarafına da, kendilerinden beklenen dikkat ve özeni göstermeleri hâlinde hukuk düzeninin koruması vadedilmektedir. Hukuk düzeni nezdinde “doğru” davranan kişinin, hukukî durumu yönünden arzuladığı öngörülebilirlik teminat altına alınmakta; o, sözleşmenin kendi beklentisi çerçevesinde kurulduğuna inanarak hukukî ve ekonomik durumunu bu doğrultuda düzenleme imkânına kavuşmaktadır. Böylece bir bakıma, makul, dürüst ve sadık davranışlarıyla işlem trafiğinin düzgün işleyişine katkıda bulunan taraf bu davranışı dolayısıyla hukuk düzeni tarafından ödüllendirilmekte, aksi yönde hareket etmek suretiyle işlem trafiğinin aksamaması ihtimaline yol açan taraf ise, iradesine aykırı bir sözleşmeyle bağlı tutulmak suretiyle bunun sonuçlarına katlanmaktadır³¹². Bu ilk gruptaki kişilerin korunması, ikinci gruptaki kişilerin hukuken sorumlu tutulmasıyla gerçekleşmektedir. Burada işlem güvenliğinin korunması ilkesi, kişinin kendi davranışlarından sorumluluğu ilkesini (*Selbstverantwortung*) yardımına çağırarak, ona işlerlik kazandırmaktadır³¹³.

Tarafların haklı güveninin korunmasının zayıflatılmış bir görünümünü ise, işlem trafiğinin gereklerini yerine getiren tarafın malvarlığının, sözleşme kurmaya yönelik hukukî ilişki nedeniyle kötüleşmesine engel olunması teşkil eder. İşlem trafiğinde üzerine düşen davranış normlarına uyan bu kişi, ifanın beraberinde getireceği faydayı elde edemese dahi,

³¹⁰ İrade açıklamasının dış görünüşüne güvenin korunmasının, hukukî işlem trafiğinde güvenliğin artırılmasına yönelik bir araç olduğu yönünde bkz. Larenz ve Wolf, § 2, N. 34.

³¹¹ Güven teorisi ve güven ilkesine ilişkin olarak aynı doğrultuda bkz. Eren, N. 410; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 42.

³¹² Bydlinski, *Privatautonomie*, 138.

³¹³ Bydlinski, *Privatautonomie*, 138, 139.

hiç değilse bu ilişkiden zararsız çıkmayacağını bilmeli, ilgili işleme dâhil olmasından önceki durumuna tekrar kavuşabileceği güvencesine sahip bulunmalıdır. Bu çerçevede işlem güvenliğinin korunması ilkesi, irade bozukluklarının varlığı hâlinde, karşı tarafın sözleşmenin kurulmamasından ya da geçersizliğinden doğan menfî zararının tazmininin öngörülmesiyle, hukuk düzeni tarafından en alt düzeyde gözetilmiş olmaktadır³¹⁴. Kendi davranışından sorumluluk da, bu sefer ifa menfaatinin değil, menfî zararın karşılanması yükümü olarak tezahür etmektedir.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki haklı güvene sağladığı koruma bakımından işlem güvenliğinin korunması ilkesi, bireyin sosyal yönünü, yani toplumun bir üyesi olma niteliğini öne çıkarmaktadır³¹⁵. İrade açıklaması da, bu ilke gözünden, sosyal yaşantıya katılmanın bir şekli (sosyal fiil, *Sozialakt*)³¹⁶ olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede kişi, toplumun diğer üyeleriyle kurduğu hukukî ilişkilerinde keyfî biçimde davranma şansını kaybeder, kendisini doğru ifade etme ve karşı tarafı doğru anlama hususunda çaba sarf etmek durumunda kalır. Anılan ilkeyi bu yönüyle benimseyen bir hukuk düzeni, bir sözleşme ilişkisi meydana getirmek isteyen hukuk sùjelerini sözleşmenin kurulması sürecinde belirli davranış normlarına (*Verhaltensnorm*) uymaya, dürüstlük, sadakat ve makullük zemininde hareket etmeye yöneltmektedir³¹⁷. Bu yolla hukukî işlem trafiği işlerlik kazanmakta ve bu işleyişin olabildiğince sorunsuz şekilde gerçekleşmesi temin edilmektedir. Anılan boyutuyla işlem güvenliğinin korunması ilkesi, hukuk sùjelerinde, özel olarak birbirlerine, genel olarak ise topluma karşı, olabildiğince yüksek derecede bir güven duygusu ve sorumluluk algısı yaratmaya yönelmektedir.

III. TEORİLERİN İLKESEL ARKA PLANLARI

A. İrade Teorisi ve Anlam Verme Teorisi

İrade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması ilkelerinin özlerine ilişkin açıklamalar

³¹⁴ Doktrinde, işlem güvenliğinin işleme varlık ve geçerlilik atfetmek suretiyle korunması pozitif güven koruması (*positiver Vertrauensschutz*), muhataba salt menfî zararın tazmini imkânı tanınarak korunması ise negatif güven koruması (*negativer Vertrauensschutz*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Canaris, *Vertrauenshaftung*, 5; Heinz Hausheer ve Regina E. Aebi-Müller, *Berner Kommentar, Bd. I/1: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012), Art. 2, N. 32.

³¹⁵ August Egger, "Vom individualistischen zum sozialen Zivilrecht", *August Egger - Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. I* (Zürich: Schulthess & Co AG, 1957), 224.

³¹⁶ Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 234. İrade açıklamasının, "*insanlar arası bir sosyal iletişim fiili*" olduğu yönünde bkz. Larenz ve Wolf, § 24, N. 31.

³¹⁷ Bu açıdan ele alındığında dürüstlük ilkesi de (TMK m. 2/1, ZGB Art. 2 Abs. 1), işlem güvenliğinin korunması ilkesine hizmet eden, onun yansımasını oluşturan bir alt ilke olarak değerlendirilebilir. Karş. Baumann, Art. 2, N. 4, 5. Ayrıca bkz. ve karş. Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 34, 35; Heinz Hausheer ve Manuel Jaun, *Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2003), Art. 2, N. 3.

ve bunların sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından sonuçları dikkate alındığında, hem irade teorisinin hem de anlam verme teorisinin mutlak anlamda irade özerkliği ilkesine hizmet ettiğini söylemek mümkündür³¹⁸. Gerçekten bunlardan ilkinin açıklama sahibinin iradesine belirleyicilik atfettiği açıktır. İkinci teori ise, açıklama muhatabının anlayışına mutlak değer tanımak suretiyle, bu sefer onun içsel süreçlerini öne çıkarmaktadır. İrade teorisi açıklama sahibi bakımından, anlam verme teorisi ise muhatap bakımından hukukî sonuçların iradî olarak meydana getirilmesi imkânının fiilen ve tam olarak kullanılmasını, bunların sözleşmesel bir bağlılık altına girmeleri için şart koşturmaktadır. Bu doğrultuda her iki teorisinin de, bünyesinde saf ve yoğun hâliyle irade özerkliği ilkesinden türetilen birer değer yargısı barındırdığı sonucuna varılmaktadır.

B. Açıklama Teorisi

Açıklama teorisi, işlem güvenliğinin korunması ilkesinin net bir yansımasından ibarettir. Nitekim bu teori, irade açıklamasının hüküm ve sonuçlarını doğrudan dışarıdan görülebilir ve idrak edilebilir olana, yani açıklamaya bağlaması hasebiyle, işlem trafiğinin olabildiğince saydam bir şekilde işlenmesini temin etme, trafiğe katılacak bireylerin hukukî durumlarını öngörülebilir kılma amacına yönelmektedir. Özellikle dışarıdan görülebilir olmayan iradenin açıklamayla farklılık arz etmesi hâlinde dahi işlemin ayakta tutulması ve böylece iradenin irade açıklamasının varlığını ve geçerliliğini speküle etmesine izin verilmemesi, bu yönde önemli bir göstergedir. Açıklama teorisi, irade bozukluklarında ve irade açıklamalarının yorumunda objektif unsura sonuç bağlarken, öngörülebilirlik ya da iyiniyet gibi, taraflara ilişkin herhangi bir şart koşturması bakımından, işlem güvenliğini mutlak biçimde korumaktadır.

C. Güven Teorisi

Güven teorisi, çıkış noktası olarak irade özerkliği ilkesini almaktadır. Tarafların idrak ve iradelerinin uyuşması hâlinde, açıklamanın dış dünyadaki görünümü ne şekilde olursa olsun sözleşmenin uyuşan iradeler üzerinden kurulması, irade özerkliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Tarafların iradeleri arasında bir uyuşma bulunmaması hâlinde ise güven teorisi, bu sefer ağırlıklı olarak işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Burada işlem güvenliğinin korunması mutlak biçimde değil, muhatabın somut olaydaki fiilî haklı güvenine bağlı olarak gerçekleşmekte³¹⁹, koruma bu güvene sağlanmaktadır. Muhatabın

³¹⁸ Aynı yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 108.

³¹⁹ Karş. Sarıkaya, 92-94.

somut olayın şartlarına göre irade açıklamasına vermek durumunda olduğu anlamı vermesi, irade açıklamasının içeriğinin bu yönde olduğuna güven duyması hâlinde, yorum sonucu bu doğrultuda belirlenmektedir. Dolayısıyla burada işlem güvenliği, hukukî işlemler sahasını açıklama muhatabı bakımından güvenli kılmak, bu sahadaki olası gelişmeleri öngörülebilir hâle getirmek suretiyle sağlanmaktadır. Görüldüğü üzere güven teorisi, konuya hâkim olan iki ilke arasında denge kurmaya, orta yol bulmaya çalışan bir teori olarak kendisini göstermektedir.

Güven teorisinde muhatabın haklı güveninin varlığında dahi, açıklamanın, sahibine irade açıklaması olarak isnat edilebilmesi için, kural olarak onun fiil iradesine sahip olması ya da hiç değilse fiili üzerinde kontrol kabiliyetinin bulunması aranır. Fakat haklı güvenin korunması uğruna açıklama sahibinin fiil iradesini dahi feda etme ve bunun dahi bir isnat edilebilirlik şartı olmaktan çıkarılması esasına dayanan görüşler de, güven teorisi başlığı altında sınıflandırılabilir. Bu çerçevede, fiil iradesiyle bağlantılı isnat edilebilirlik şartı ne kadar geniş tutulursa, irade özerkliği ilkesi yönünde o denli fazla adım atılmış olur.

D. Yürürlük Teorisi ve Meram Anlatma Teorisi

Yürürlük teorisi ve meram anlatma teorisi de, tek bir ilkeyi öne çıkarmayan, bunun yerine iki ilke arasında arabuluculuk yapmaya çalışan teorilerdir. Tarafların iradelerinin uyuşması hâlinde objektifleştirici yorumun devre dışı kalması ve böylece irade özerkliği ilkesinden hareket edilmesi bakımından bu teoriler, güven teorisine ortak bir yana sahiptir. Bir başka ortak noktayı, tarafların iradelerinin uyuşmaması hâlinde irade açıklamasının yokluğuna hükmedilmemesi ve objektifleştirici bir yorum yaklaşımıyla sözleşmenin kurulmasına imkân tanınması, böylece işlem güvenliğinin korunması ilkesinin izlerinin görülmesi oluşturmaktadır. Hatta bu izler, söz konusu iki teoride yorumda dış unsurun esas alınması için muhatabın fiili güveninin aranmaması dolayısıyla güven teorisine göre bir derece daha belirgindir.

Yürürlük ve meram anlatma teorilerin ilkesel zeminde tesis etmeye çalıştığı denge bakımından güven teorisinden ayrıldıkları esas husus ise, yorum sonucunun açıklama sahibine isnat edilebilmesi için aranan şartların daha fazla olmasıdır. Yürürlük ve meram anlatma teorileri, muhatabın haklı güveninin varlığında dahi, açıklama sahibinin irade açıklamasıyla bağlı tutulması için, yorum sonucunun onun tarafından öngörülebilir olmasını şart koşmaktadır. Bu öngörülebilirlik, açıklama sahibinin açıklama iradesine sahip olmadığı hâllerin yanı sıra, sadece işlem iradesine sahip bulunmadığı ihtimallerde de yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle bir irade açıklamasının varlığından, açıklama sahibinin ancak ilgili

davranışıyla hukukî işlem sahasına çıktığını ve açıklamanın içeriğini öngörebilecek durumda bulunması hâlinde bahsedilebilmektedir. Bu açıdan anılan iki teori, güven teorisine nazaran irade özerkliğine daha fazla ağırlık tanımaktadır.



İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İRADE ÖZERKLİĞİ - İŞLEM GÜVENLİĞİNİN KORUNMASI EKSENİNDE ALDIĞI KONUMUN BELİRLENMESİ

§ 3. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN (TBK m. 1/T'İN) İNCELENMESİ

I. GENEL OLARAK

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun ilkesel arka planını oluşturan irade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması ilkeleri, sözleşmenin kurulmasına ilişkin çeşitli sorunların çözümünde kanun koyucu tarafından kullanılan değerlendirme ölçütlerini oluşturmaktadır. Kanun koyucu, sözleşmenin kurulmasına ilişkin çatışan menfaatlardan hangisini ne derecede gözeteyeceğine karar verirken, yani münferit değerlendirmelerde bulunurken bu ilkelerden yararlanmaktadır. Anılan ilkeler arasında kurulan denge kanun koyucunun izlediği hukuk politikasına bağlı olarak şekillenen bir tercihten, pozitif hukuk ise bu tercihin mevzuat hükümleriyle somutlaştırılmasından ibarettir. Öyleyse, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin münferit sorunlara gerek birbiriyle gerekse pozitif düzenlemelerin amaçsal altyapısıyla tutarlı çözümler sunulması, Türk - İsviçre hukuk düzeninin ilkeler düzeyindeki tercihinin açığa çıkarılmasını ve hareket noktası olarak alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle konuyla bağlantılı pozitif hukuk düzenlemelerinin bir bütün hâlinde incelenmesi ve söz konusu ilkesel tercihlerin görünür kılınması yoluna gidilmelidir. Yukarıda ilkesel bileşenlerine ayrılan teorilerden birinin Türk - İsviçre hukuk düzeni tarafından benimsenip benimsenmediği de bu şekilde kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

Alman Medenî Kanunu'ndan farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu irade açıklamalarını ayrı bir başlık altında düzenleme yoluna gitmemiş; sözleşme merkezli bir borçlar hukuku anlayışı izlemiştir. Bu doğrultuda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin çıkarımlarda bulunmak için, iradenin ve irade açıklamalarının sözleşmeyle ilişkisini ortaya koyan pozitif hukuk düzenlemelerinden hareket edilmesi zorunludur. Anılan konu, her şeyden önce kanun koyucunun sözleşmenin kurulmasına ilişkin öngördüğü formülün ve özellikle uyuşma kavramına atfedilen anlamın doğrudan etki alanında kalmaktadır. Zira sözleşmenin kurulması alanında irade açıklamalarının yorumlanması, ilk aşamada bu uyuşmanın mevcut olup olmadığı sorusunun

cevaplanmasına hizmet etmektedir. Bu açıdan çalışma konumuz bakımından Türk - İsviçre pozitif hukukundaki merkez hüküm olarak TBK m. 1/I'e (OR Art. 1 Abs. 1) işaret etmek gerekir. Fakat sözleşmenin kurulmasına ilişkin oldukça kısa ve öz bir formül içeren bu hükmün ilkesel arka planının ve böylece esas anlamının açığa çıkarılması, görece daha spesifik konuları düzenleyen diğer kanun hükümleriyle birlikte değerlendirilmesiyle mümkün olmaktadır. Bu hususta, çalışmamızın daha önceki kısımlarında da ifade ettiğimiz üzere, irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâllerine ilişkin görece somut düzenlemeler olan TBK m. 19/I ile TBK m. 30 vd., TBK m. 1/I ile birlikte inceleme konusu yapılacaktır. Aynı şekilde, hem TBK m. 1/I'in yorumlanmasında hem de irade açıklamalarının yorumuna ilişkin ilkesel zeminin netleştirilmesinde, hukukî işlem trafiğinde taraflara yüklenen birtakım davranış ve koruma yükümlerinin kaynağını oluşturan TMK m. 2/I hükmünden de yararlanılacaktır.

II. TBK m. 1/I'İN İÇERİĞİ

Türk Borçlar Kanunu'nun birinci maddesinin birinci fıkrasına göre sözleşmenin kurulması, “tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla” gerçekleşir. OR Art. 1 Abs. 1'de de, “sözleşmenin kurulması için tarafların birbirine uygun, karşılıklı irade açıklamasının gerekli olduğu” ifade edilmiştir³²⁰. TBK m. 1/I'de karşılıklılık ve birbirine uygunluk nitelendirmesi irade için değil, iradenin açıklanması için kullanılmakta; OR Art. 1 Abs. 1'de de anılan sıfatlar doğrudan irade açıklamasını nitelendirmektedir. Dolayısıyla kanunî formüllerde sözleşmenin bileşenleri olarak tarafların “irade açıklamalarına” vurgu yapıldığı dikkat çekmektedir. Diğer bir ifadeyle burada kanun koyucu, sözleşmenin kurulması sonucunu tarafların irade açıklamaları arasındaki uyuşmaya bağlamaktadır.

A. TBK m. 1/I'in Sadece “Normal Durum”a İlişkin Bir Düzenleme Olduğu Görüşü

Doktrinde, TBK m. 1/I hükmünün özü ve bilhassa uygulama alanına ilişkin olarak ana hatları itibarıyla iki farklı değerlendirmenin yapıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre³²¹ TBK

³²⁰ OR Art. 1 Abs. 1'in gerek başlığında gerekse metninde irade açıklaması (*Willensäusserung*) kavramının tekil olarak kullanıldığı görülmektedir. İsviçre doktrininde bu tercih, kanun koyucunun tarafların uyuşan irade açıklamalarını bir bütün olarak değerlendirerek tek bir kavramla ifade ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, sözleşmenin birden çok irade açıklamasından meydana geldiği kabulüyle çelişmemektedir. Bu yönde bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 225.

³²¹ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Peter Jäggi, “Vertrauensprinzip und Gesetz”, *Aequitas und bona fides - Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955), 147, 148; Piotet, *La formation*, 89 vd.; Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 230; Wilhelm Schönenberger ve Peter Jäggi, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/1a: Obligationenrecht Art. 1-17, 3. Aufl.* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973), Art. 1, N. 355; Karl Spiro, *Ueber den*

m. 1/I, sadece normal durumu, yani tarafların irade ve açıklamalarının birbirine uygun olduğu, böylece hem iradeler hem de açıklamalar arasında uyuşmanın bulunduğu ihtimali düzenlemektedir. Hüküm, tarafların iradelerinin birbirine uygun olmamasına rağmen açıklamalar arasında uyuşmanın gerçekleştiği “patolojik durum” hakkında ise bir değerlendirme içermemektedir. Kanun koyucu, bu patolojik vakanın çözümünü doktrine ve mahkeme kararlarına bırakmıştır³²². Bu görüşün gerekçesi olarak öncelikle düzenlemenin Kanun’daki konumuna işaret edilmektedir. Buna göre anılan düzenlemenin Kanun’un ilk maddesinde yer alması ve “irade açıklaması” kenar başlığına sahip bulunması, burada sadece sözleşmenin unsurlarından bahsedildiğinin, hükmün bir tür tanımın ötesine geçmediğinin göstergesini teşkil etmektedir³²³. Bu açıdan, ister irade teorisi isterse açıklama teorisi ya da güven teorisi gözünden bakılsın, sözleşmenin tanımı Kanun’da belirtildiği gibidir ve değişmez³²⁴. İsviçre doktrininden aynı görüşteki bir başka yazar ise³²⁵, düşüncelerini hükmün Fransızca ve İtalyanca metinlerdeki kaleme alınışına işaret ederek gerekçelendirmektedir. Yazar, Almanca metnin aksine, hükmün diğer dillerdeki ifadesinden sözleşmenin kurulması için açıklamanın iradeyle uyum içinde bulunması gerekliliğinin okunduğunu belirtmektedir.

B. TBK m. 1/I’ın “Patolojik Durum”u da Kapsamına Alan Bir Düzenleme Olduğu Görüşü

Hâkim görüş olarak nitelendirilebilecek başka bir görüş ise³²⁶, TBK m. 1/I’de sadece normal durumu değil, aynı zamanda patolojik durumu da kapsamına alan bir düzenleme

Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1948), 49. Spiro (49), OR Art. 1 Abs. 1’in açıklama teorisinin bir yansımasını teşkil etmemesinin sebepleri arasında, “*in dubio pro reo*” kuralına yer vermektedir. Buna göre hükmün lafzının kesinlik arz etmemesi, şüphe hâlinde bir yükümlülüğün doğmadığının kabulünü gerekli kılmaktadır.

³²² Piotet, *La formation*, 95. Ayrıca karşı. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 2.

³²³ Jäggi, 147.

³²⁴ Jäggi, 147.

³²⁵ Piotet, *La formation*, 89 vd.. Farklı dillerdeki metinler arasındaki nüansların lafzî yorum yoluyla kesin bir sonuca varmayı engellediği yönünde bkz. Andreas von Tuhr, “Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht”, *ZSR* Bd. XXXVII (Neue Folge Fünftehnter Band), Heft 2 (1896): 280. Konuya ilişkin ayrıca karşı. Kramer, *Grundfragen*, 87, 88, dn. 12, 13.

³²⁶ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Eugen Bucher, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, Kommentar zu Art. 1-10 OR, 5. Aufl.* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), Art. 1, N. 2; Gauch, Schluop ve Schmid, N. 318, 350; Theo Guhl, “Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während der verflossenen Jahrhunderte”, *ZSR, Hundert Jahre Schweizerisches Recht Jubiläumsgabe* (Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1952), 159, 160; Theo Guhl, Hans Merz ve Max Kummer, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts, 7. Aufl.* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1980), 90, 91; Heinrich Honsell, “Willenstheorie oder Erklärungstheorie”, *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis - Festschrift für Hans Peter Walter* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005), 338, 350; Lange, 8; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 130; Oftinger, “Auslegung,” 193; Oser ve Schönenberger, Art. 1, N. 36, 37, 48; von Tuhr, 280.

öngörüldüğü iddiasındadır. Buna göre düzenlemede iradeler yerine irade açıklamalarına yapılan vurgu, sözleşmeyi iradeler arasındaki uyuşmaya indirgeyen irade teorisinin açıkça reddi anlamına gelen bilinçli bir tercihi ortaya koymaktadır³²⁷. Öyleyse taraflardan birinin iradesiyle açıklaması arasında uygunsuzluk bulunması ve bu nedenle iradeler arasında uyuma tespit edilememesi hâlinde dahi, açıklamaların birbirine uygun olması, anılan hüküm uyarınca, sözleşmenin meydana gelmesi için yeterlidir³²⁸.

C. Görüşlerin Değerlendirilmesi

İlk görüş benimsendiğinde, TBK m. 1/I hükmünün irade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması ilkeleri yönünden nötr kaldığı sonucuna varılır. Zira bu görüşün savunucularının normal olarak adlandırdığı durum, açıklamanın açıklama sahibinin iradesiyle uyum içinde olması, bu iradeyi aynen dış dünyaya yansıtması ihtimalidir. Bu durumda sözleşmenin meydana gelmesi, hem irade özerkliği ilkesiyle hem de işlem güvenliğinin korunması ilkesiyle açıklanabilir. Diğer bir ifadeyle normal durum, aslında her iki ilkeyi birlikte gerçekleştirmektedir. Fakat ikinci görüş kabul edilirse, TBK m. 1/I, işlem güvenliğinin korunması ilkesinin taşıyıcısı vasfını kazanmaktadır. Zira bu hâlde hüküm, tarafların iradeleri arasında bir uyuşmadan bahsedilemese dahi, dış unsur esas almak suretiyle taraflardan birinin, iradesine aykırı bir sözleşmeyle bağlanmasına cevaz vermektedir. Hükme bu doğrultuda bir anlam yüklenirse, ilgili düzenlemenin işlem güvenliğine mutlak biçimde mi yoksa haklı güveni korumak suretiyle mi hizmet ettiği araştırılarak yargıya varılması gerekecektir.

Kanun koyucunun sözleşmenin kuruluşunda tarafların irade açıklamalarına yaptığı vurgu dikkate alınırca, esasında TBK m. 1/I'in özünün ortaya koyulması, kanun koyucunun irade açıklaması kavramından ne anladığının açığa çıkarılmasına bağlıdır. Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde ne zaman bir irade açıklamasının varlığından bahsedilebileceği, daha net ifadesiyle irade açıklamasının kurucu unsur olarak nelerin görüldüğü kritik önemi haizdir. Bu hususta özellikle irade açıklaması kavramının subjektif içeriğinin araştırılması

³²⁷ Oser ve Schönerberger, Art. 1, N. 48.

³²⁸ Doktrinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, özellikle Fransızca ve İtalyanca metinlerde, birbirine uygunluk sıfatının açıklamaları nitelendirecek şekilde anlaşılmasına yönelik değişikliklerin yapıldığı ifade edilmektedir. Bu değerlendirmeden, kanun koyucunun bu sıfatın kullanıldığı yerin yaratacağı farklılığın bilincinde olduğu ve burada bilinçli bir tercihte bulunduğu anlamı çıkmaktadır. Hazırlık çalışmalarına ilişkin bilgi ve bu yönde değerlendirme için bkz. Oser ve Schönerberger, Art. 1, N. 33-36. 1876 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında yer alan, görüşmecilerin uyuşan açıklamalarının da yokluğu hâlinde sözleşmenin hükümsüz olacağını öngören düzenlemenin, Art. 1'in varlığı nedeniyle gereksiz görülerek tasarıdan çıkarılmasının kanun koyucunun açıklama teorisine yönelik eğilimini gösterdiği yönünde ise bkz. von Tuhr, 281.

gerekir. Fiil iradesi, işlem iradesi ve açıklama iradesinin tamamının irade açıklamasının kurucu unsuru olarak görülmesi ihtimalinde, TBK m. 1/I'deki iradelerin birbirine uygun şekilde açıklanmasından, ancak yukarıda normal durum olarak adlandırılan ihtimalde bahsedilebilir. Zira aksi hâlde hukuk düzeni bir irade açıklamasının varlığını kabul etmemekte, böyle bir açıklama için irade açıklaması nitelendirmesini kullanmamaktadır. Hukuk gözünde varlık kazanmayan irade açıklamalarının uyuşmasından söz edilemeyeceği şüphesizdir. Fakat irade açıklamasının sübjektif unsurlarından kısmen ya da tamamen bulunmaması hâlinde dahi bir irade açıklamasının meydana gelmesine izin verilmesi ihtimalinde, TBK m. 1/I'in bu patolojik durumlarda da sözleşmenin kurulduğuna hükmetmek suretiyle işlem güvenliğinin korunması ilkesini gerçekleştirdiği sonucuna varılır. Görüldüğü üzere yukarıdaki iki görüş, aslında irade açıklaması kavramına ve bunun sübjektif içeriğine olan farklı bakış açılarının ifadesidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun birinci maddesinin birinci fıkrasının, irade açıklamasının zorunlu içeriğine, diğer bir deyişle irade açıklamasının sübjektif unsurlardan hangilerine kurucu nitelik tanındığına göre farklı anlamlara bürünebilmesi, hükmün yorumlanmasında irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâllerine ilişkin değerlendirmeler içeren diğer hükümlerin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda, açıklamada yanılmayı hükme bağlayan TBK m. 30 vd. ve yanlış belirtme ve muvazaa hâllerine ilişkin bir değerlendirme içeren TBK m. 19/I; TBK m. 1/I'in sistematik yorumunda yararlanılması zorunlu düzenlemeler niteliğini kazanmaktadır. Bahis konusu düzenlemelerle birlikte yapılacak değerlendirme, TBK m. 1/I'in işlem güvenliğinin korunmasına hizmet edip etmediğinin yanı sıra, söz konusu ilkeye hizmet etmekteyse bunu hangi surette gerçekleştirdiği hususunda da bir yargıya varılmasını sağlar.

§ 4. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN (TBK m. 1/I'İN) İŞLEM GÜVENLİĞİNİN KORUNMASI İLKESİNE HİZMET EDİP ETMEDİĞİNİN AÇIĞA ÇIKARILMASI

I. TBK m. 1/I'İN AÇIKLAMADA YANILMAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER (TBK m. 30 VD.) İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TBK m. 30 vd. ile TBK m. 1/I Arasındaki İlişki

Türk Borçlar Kanunu'nun irade açıklamasının varlığı ve geçerliliği yönünden benimsediği yaklaşıma ışık tutabilecek en mühim başvuru kaynağını, açıklamada yanılmaya ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Nitekim iradeye uygun olmayan bir açıklamanın bir

hukukî işlemle bağılığa dayanak teşkil edip edemeyeceği, edebileceyse bunun hangi şartlarla gündeme gelebileceği soruları, kanun koyucunun açıklamada yanılma bakımından aldığı pozisyonla bağlantılı olarak cevabını bulmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda da, her ne kadar kanun koyucu benimsediği sözleşme merkezli yaklaşım çerçevesinde açıklamada yanılmayı sözleşmeye olan etkileri bakımından düzenlemişse de, nihayetinde burada göz önünde bulundurulan, taraflardan birinin iradesi ile açıklaması arasındaki uygunsuzluk hâlidir. Dolayısıyla bu tür bir yanılmanın sonuçlarına ilişkin değerlendirmelerde konu esasında irade açıklamaları düzeyinde ele alınmakta, kanun koyucunun irade açıklaması teorisine ilişkin yaklaşımı dışı vurulmaktadır³²⁹. Bu açıdan bakıldığında, TBK m. 1/I'in içeriğinin aydınlatılmasında kilit rolün açıklamada yanılmanın da içinde düzenlemesini bulduğu, “irade bozuklukları” başlıklı³³⁰ TBK m. 30 vd. hükümlerine; özellikle TBK m. 30, 31, 35 ve 39 düzenlemelerine ait olduğu görülür. Öte yandan, bugün doktrinde genellikle sergilenen, TBK m. 1/I ve m. 30 vd.'nin uygulama alanını birbirinden kesin çizgilerle ayırma eğilimine rağmen, menfaat ve ilke temelli bir yaklaşım, anılan hükümlerin sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından bütünlük arz ettiğini, taraflar arasında hassas bir menfaat dengesi kurmaya çalıştığını gözler önüne sermektedir. Dolayısıyla TBK m. 30 vd. düzenlemelerinin uygunluk uyumsuzlukları konusuna tutabileceği ışık, irade açıklaması teorisine ilişkin benimsenen yaklaşımın görünür kılınmasının çok daha ötesine geçmektedir.

B. “Sözleşmeyle Bağlı Olmama” Yaptırımının Anlamı

Açıklamada yanılma (*Erklärungsirrtum*), açıklama sahibinin, açıklamasının anlamına ilişkin eksik veya yanlış düşünce ve tasavvurlarını ifade eder³³¹. Diğer bir ifadeyle açıklamada yanılma hâlinde açıklama, sahibinin iradesini yansıtmamakta, dış dünyada onun tarafından istenmeyen bir anlamın taşıyıcısı görüntüsünü çizmektedir. TBK m. 30,

³²⁹ Karş. Koller, § 14, N. 3. Nitekim Alman Medenî Kanunu'nda yanılma, irade açıklaması başlıklı kısımda, BGB §§ 119 vd. hükümleriyle düzenlemiştir.

³³⁰ Aslında kavramsal düzeyde ele alındığında açıklamada yanılma bir irade bozukluğu (*Willensmangel*) hâli teşkil etmemektedir. Zira açıklamada yanılma hâlinde irade sakatlanmamakta, bozukluk iradenin dışı vurulmasında meydana gelmektedir. Ancak doktrinde “irade bozuklukları” kavramının, açıklamada yanılmanın üst başlığı olarak yaygın biçimde kullanıldığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. Eren, N. 1157, 1158; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), § 12, N. 1; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 808; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl.* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1984), 297 vd.. Türk Borçlar Kanunu'nda da aynı şekilde, yanılmaya ilişkin düzenlemelerin başlığı “irade bozuklukları” olarak tayin edilmiştir. Tüm bunlardan hareketle, biz de anılan kavramları bu doğrultuda kullanmakta bir sakınca görmüyoruz. Konuya ilişkin benzer açıklamalar için bkz. Eren, N. 1172; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 808.

³³¹ Gauch, Schluep ve Schmid, N. 809; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 308.

açıklamada yanılma için, yanılmanın esaslı olması şartıyla, yanılan tarafın “sözleşme ile bağlı olmaması” sonucunu öngörmüştür. TBK m. 31/I’de ise, örnekleyici olarak, açıklamada yanılma türlerinden bazılarının esaslı yanılma niteliğinde olduğu yönünde bir varsayım ortaya koyulmuştur. Günlük hayatta en çok karşılaşılan ve sözleşme hukukunda irade ile açıklama arasında istemeden yaratılan uygunsuzluk hâllerinin ciddi bir kısmını kapsayan bu ihtimaller için esaslılık varsayımında bulunulması, kanun koyucunun açıklamada yanılmanın esaslı yanılma sayılması yönünde ilkesel bir tutuma sahip olduğunu göstermektedir³³². Öyleyse ilke olarak ve çoğu zaman açıklamada yanılma, açıklama sahibinin “sözleşmeyle bağlı olmaması” sonucunu doğurmaktadır.

İrade ile açıklama arasında istenmeden meydana getirilen uygunsuzluk hâli için ilke olarak öngörülen, açıklama sahibinin “sözleşmeyle bağlı olmaması” yaptırımı, kanun koyucunun irade açıklamasına olan yaklaşımına ilişkin açık bir çıkarımda bulunulmasına imkân tanımaktadır. TBK m. 30 uyarınca esaslı açıklamada yanılma yanılanın sözleşmeyle bağlı olmaması sonucunu doğuruyorsa, bunun anlamı, taraflardan birinin yanılmasına rağmen bir sözleşmenin kurulabileceğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğinden başka bir şey değildir. Zira hükümde açıkça, taraflardan birinin bağlı olmadığı bir “sözleşme”den bahsedilmektedir. Öyleyse bir tarafın iradesine uygun bulunmayan bir sözleşme, Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde varlık kazanabilmektedir. Sözleşme irade açıklamalarının uyuşmasıyla kurulduğuna göre buradan çıkan sonuç, açıklama sahibinin iradesinin taşıyıcısı olmayan bir açıklama doğrultusunda sözleşmenin kurulmasının Kanun tarafından mümkün görüldüğü yönündedir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, irade açıklamasının irade unsurunu oluşturan subjektif unsurların biri ya da birkaçının yokluğunda dahi bir irade açıklamasının meydana gelebileceği düşüncesini benimsemiştir. Bu yolla, belirli şartlarla dahi olsa feda edilen subjektif unsurların “kurucu unsur” nitelendirmesini hak etmediğinde şüphe yoktur. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu’nun irade açıklamasının subjektif unsurlarından en azından bir kısmına kurucu nitelik bahşetmediğinin kabulü gerekmektedir.

C. İrade Açıklamasının Kurucu Nitelik Taşımayan Subjektif Unsurlarının Belirlenmesi

İrade açıklamasının subjektif unsurlarının Türk kanun koyucusu tarafından kısmen ya da tamamen vazgeçilebilir nitelik tanındığı tespit edildikten sonra, vazgeçilebilir unsurların

³³² Eren, N. 1179; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 157, 158.

hangisi ya da hangileri olduğunun araştırılması gerekir. Bu araştırmada, doktrinde hâlen sıklıkla kullanılması nedeniyle³³³, irade açıklamasının sübjektif unsurunu fiil iradesi (*Handlungswille*), açıklama iradesi (*Erklärungswille*) ve işlem iradesi (*Geschäftswille*) şeklinde alt başlıklara ayıran üçlü ayırmadan yararlanmakta fayda görüyoruz.

1. İşlem İradesi

Esasında işlem iradesi bakımından sorunun çözümü basittir: Bir kimsenin, fiil iradesi ve açıklama iradesi mevcut olmasına rağmen, bilgisi ve isteği dışında işlem iradesiyle uyuşmayan bir irade açıklamasında bulunması hâli, yanılma kurumunun uygulama alanı içinde kalır. Zira hukukî sonuç iradesi olarak da adlandırılan işlem iradesi, açıklama sahibinin belirli bir kişiyle, belirli nitelikte bir hukukî ilişkinin kurulmasına, değiştirilmesine ya da ortadan kaldırılmasına ilişkin arzudur³³⁴. Diğer bir ifadeyle iradenin bu türü, belirli içerikte bir hukukî sonuca yönelmekte, doğrudan bu içeriğin istenmesini ifade etmektedir. Açıklamada yanılma da açıklama unsurunun anlamından, yani içeriğinden sapan, doğru olmayan³³⁵ tasavvurların varlığında gündeme gelmektedir. Dolayısıyla açıklamada yanılmada eksik olan ya da daha doğru ifadeyle açıklamanın anlamıyla uyuşmayan, açıklama sahibinin işlem iradesinden başka bir şey değildir. Öte yandan TBK m. 31/I'de düzenlenen, sözleşmenin niteliğinde, konusunda, edimin miktarında ve karşı tarafın kimliğinde yanılma gibi hâllerin, irade açıklamasıyla meydana getirilmek istenen hukukî sonucun içeriğiyle ilgili bulunduğu ve bu çerçevede işlem iradesiyle açıklama arasındaki ayrılığı ifade ettiği şüphe götürmez. Öyleyse kanun koyucunun gözünden de, sahibinin işlem iradesinin taşıyıcısı olmayan açıklamaların, açıklamada yanılmanın tipik uygulama alanını oluşturduğu pekâlâ söylenebilir. Doktrinde açıklamada yanılmayı doğrudan, açıklamada bulunanın işlem iradesi ile açıklamanın objektif anlamı arasında istenmeden meydana getirilen uygunsuzluk şeklinde tanımlayan yazarlara³³⁶ rastlanması, bu açıdan şaşırtıcı değildir. Buradan çıkan sonuç, işlem iradesinin Türk kanun koyucusu tarafından irade açıklamasının kurucu unsuru olarak görülmediğidir³³⁷.

³³³ Örnek olarak bkz. Eren, N. 348 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 1, 2; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 22 vd.; Larenz ve Wolf, § 24, N. 2 vd..

³³⁴ Karş. Eren, N. 352, 353; Larenz ve Wolf, § 24, N. 9; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 29.

³³⁵ Açıklamada yanılmanın kapsamına açıklama sahibinin açıklamasının içeriğine ilişkin yanlış tasavvurlarının yanı sıra bilgisizliğinin, yani açıklamanın anlamına ilişkin herhangi bir tasavvurunun bulunmamasının da dâhil edilmesi karşısında doktrinde, açıklamada yanılmayı tanımlarken her iki hâli de kapsayacak şekilde “doğru olmayan tasavvurlar” ifadesinin kullanılması önerilmiştir. Bu doğrultuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 30, 31.

³³⁶ Eren, N. 1172; Schwenzler, *AT*, N. 37.03; Keller ve Schöbi, 182.

³³⁷ Alman hukuku yönünden aynı doğrultuda bkz. Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 11.

Sahibinin işlem iradesiyle uyumsuzluk arz eden irade açıklamasının varlık kazanması, açıklama sahibinin bu uyumsuzluğa kusuruyla yol açması şartına da bağlı değildir. Zira kanun koyucu, açıklama sahibinin yanılmadaki olası kusurunu TBK m. 35 çerçevesinde düzenlemiş ve buna sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazmini yaptırımını bağlamıştır. Düzenlemenin başındaki “yanılan, yanılmasında kusurlu ise” ibaresinden, yanılanın kusurunun bulunmaması hâlinde dahi yanılmadan bahsedilebileceği anlaşılmaktadır³³⁸. TBK m. 30 ve 39/I uyarınca kusurun, gerek açıklamada yanılma gerekse saikte yanılma bakımından yanılanın “sözleşmeyle bağlı olmaması” için bir şart olarak değerlendirilmemesi de bu tespiti doğrular niteliktedir. Kusurun yanılma kurumundaki rolü, sözleşmenin onanmaması ve böylece kesin olarak geçersiz hâle gelmesi sonucunda ortaya çıkan zararın taraflar arasında paylaşılmasındaki ölçütü teşkil etmesidir. Yanılan kusurlu ise bu zararı yanılan tazmin etmek durumunda kalmakta, aksi hâlde zarar karşı tarafın üzerinde bırakılmaktadır. Fakat her iki hâlde de, yanılmanın esaslı olması kaydıyla, TBK m. 30 ve 39/I’de uygulanan yaptırımların devreye gireceği açıktır³³⁹. Diğer bir ifadeyle kusursuz yanılma irade açıklamasının yokluğuna ve böylece sözleşmenin kurulmamasına yol açmamakta, esaslı nitelik arz etmesi şartıyla, TBK m. 30 vd. hükümleri uyarınca açıklama sahibinin kurulan sözleşmeyle bağlı olmaması sonucunu doğurmaktadır.

Kusursuz yanılmanın dahi sözleşmenin meydana gelmesinin önünde engel teşkil etmemesi, yürürlük teorisi ve meram anlatma teorisinin Türk Borçlar Kanunu’nun yanılmaya ilişkin düzenlemeleriyle bağdaşmadığının açık bir göstergesidir. Zira her iki teori de, açıklamanın objektif anlamının açıklama sahibine isnat edilebilmesi için bu anlamın onun tarafından öngörülebilir olması şartını aramaktadır³⁴⁰. Buradaki öngörülebilirlik, açıklama sahibinin kendisinden beklenen özeni gösterdiğinde açıklamanın bu içerikte anlamlandırılabilirliğini bilebilecek durumda olması anlamına gelmektedir. Buradan hareketle, açıklama sahibinin açıklamasının işlem iradesinden farklı bir anlama gelebileceğini öngörebilecek durumda bulunması, ancak buna rağmen bu anlamda bir irade açıklamasında bulunması, onun üzerine düşen dikkat ve özeni sergilememesiyle eş anlamlıdır. Gerekli dikkat ve özenin sergilenmemesi kusur yönünden ihmâl kavramına

³³⁸ Aynı yönde bkz. Kocayusufoğlu, *Hata*, 116.

³³⁹ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 828; Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1/2/1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1995), Art. 26, N. 5.

³⁴⁰ Yürürlük teorisi yönünden bkz. Larenz, *Auslegung*, 72-75. Meram anlatma teorisi yönünden bkz. Keller, “Auslegung”, 314, 315; Keller, “Vertragswille”, 369; Keller ve Schöbi, 127; Lange, 22 vd..

karşılık geldiğinden³⁴¹, öngörülebilirlik şartı, açıklama sahibinin kusurlu olması gerekliliğine dönüşmektedir³⁴². Oysaki yukarıda ifade edildiği üzere, özellikle TBK m. 35/I'den rahatlıkla çıkarılan, yanılmanın kusursuz da gerçekleşebileceği sonucu, öngörülebilirlik şartının Türk Borçlar Kanunu'nun yanılma yönünden benimsediği sisteme aykırı olduğunu ortaya koymaktadır.

2. Açıklama İradesi

Açıklama iradesi (*Erklärungswille*) ya da bugün daha sık kullanılan nitelendirmesiyle açıklama bilinci (*Erklärungsbewusstsein*) ise, esas itibarıyla açıklama sahibinin hukukî işlem trafiğine katılmak ve davranışlarıyla hukuk nezdinde değer taşıyan bir sonuç meydana getirmek yönündeki iradesine verilen addır³⁴³. Diğer bir deyişle açıklama iradesi, meydana getirilmek istenen hukukî sonucun içeriğinden bağımsız şekilde, kişinin iradesini hukukî bir sonuç meydana getirmeye yönelik olarak dışa vurma arzusunu ifade etmektedir. Bu iradeyi taşıyan kişi, hukuk dışı sahadan ayrılarak hukuk içi sahaya girmek, hukuken sonuç doğuracak biçimde hareket etmek isteği ve bilincindedir³⁴⁴. Açıklama iradesinin yokluğu ise, bu doğrultuda, herhangi bir şekilde hukukun sonuç bağlayacağı bir davranışta bulunma niyetini taşımamak anlamına gelmektedir. Bu durumun sıklıkla zikredilen örneğini, Trier'deki şarap açık artırması (*Trierer Weinversteigerung*) olayı oluşturmaktadır³⁴⁵. O sırada bir açık artırmanın gerçekleştirildiği bir şarap mahzenine giren ve o bölgenin yabancıları olan A, arkadaşına selam vermek amacıyla elini kaldırmış, ancak satıcı bu el kaldırma hareketini daha yüksek bir bedel önerme olarak değerlendirmiş ve artırmayı bu kişiye ihale etmiştir. Bu hâlde A'nın herhangi bir hukukî sonuç meydana getirme arzusu bulunmadığı için o, açıklama iradesinden yoksundur. Tartışılması gereken, açıklama iradesi bulunmamasına rağmen, dış dünyada bir irade açıklamada bulunduğu görüntüsü yaratan kişinin durumunda, açıklamada yanılma müessesesinin devreye girip girmeyeceğidir.

³⁴¹ Karş. Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 253; Eren, N. 3320; Ayşe Nur Ilgın, *Kendi Kusuruyla Hataya Düşen Tarafın Tazminat Sorumluluğunun Şartları ve Kapsamı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Ankara, 2009), 118.

³⁴² Açıklamanın anlamının yorum sonucu olarak kabul edilebilmesi için açıklama sahibine isnat edilebilmesi gerektiği, ancak bu isnat edilebilirliğin kusurluluktan farklı olduğu yönünde bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 311, 312.

³⁴³ Antalya, N. 453, 454; Eren, N. 354; Turhan Esener ve Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku I - Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1 - 48)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 27; Larenz ve Wolf, § 24, N. 6; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 28.

³⁴⁴ Larenz ve Wolf, § 24, N. 6.

³⁴⁵ Olaya ilişkin bilgi ve değerlendirme için bkz. Eren, N. 356; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 12; Larenz ve Wolf, § 24, N. 7; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 28.

Yanılma hükümlerinin bu gibi hâllerde doğrudan ya da kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilirse, açıklama iradesinin yokluğu hâlinde de geçerli bir irade açıklamasından bahsedilebileceği yargısına ulaşılır. Aksi hâlde açıklama iradesinin bulunmaması, irade açıklamasının ve dolayısıyla sözleşmenin yokluğuna neden olan bir unsur olarak değerlendirilmek durumundadır.

İsviçre doktrininde görece eski tarihli eserlerde savunulan, Alman hukukunda ise azınlıkta kalmakla birlikte bugün hâlen destek bulan bir görüş³⁴⁶, açıklama iradesine irade açıklamasının kurucu unsuru gözüyle bakmaktadır. Bu görüşü gerekçelendirmek amacıyla bilhassa irade özerkliği³⁴⁷ ve riziko isnadı³⁴⁸ ilkelerine başvurulduğu görülmektedir. Buna göre bir fiilin, sahibine irade açıklaması olarak isnat edilebilmesi için, o kişinin en azından hukukî işlem trafiğine katılma iradesine (*Partizipationswillen*) sahip olması gerekir³⁴⁹. Hukukî işlem trafiğinin beraberinde getirdiği potansiyel yanlış anlaşılma ve bu nedenle istemediği hukukî sonuçlarla bağlı tutulma rizikosunun açıklama sahibi üzerinde bırakılması, ancak onun iradesini açıklama bilincine sahip olması ve böylece hukukî işlem trafiğine isteyerek katılması hâlinde haklı görülür. Aksi hâlde, muhatap nezdinde bir irade açıklaması görüntüsü meydana getirmiş olsa dahi, bir fiilin, sahibine irade açıklaması olarak isnat edilmesi gündeme gelmez; zira bu kişi, riziko sahasına hiç dâhil olmamıştır. Dolayısıyla bu görüşe göre açıklama iradesi yoksa irade açıklaması da yoktur. Ancak görüşün savunucularından Canaris'in, açıklama iradesine sahip bulunmayan bir kişinin hukukî görünüş ilkesi uyarınca belli hâllerde dış dünyada yarattığı görüntü uyarınca sorumlu tutulabileceği yönünde bir duruş sergilediği de belirtilmelidir. Fakat yazara göre bu hâlde hukukî sonuç bir irade açıklamasından değil, muhatabın hukukî görünüşe olan güveninin

³⁴⁶ Bu yönde bkz. Canaris, *Vertrauenshaftung*, 427, 428, 548 vd.; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 37-40. Alman doktrininde bu görüşün savunucuları, görüşlerinin kanunî dayanağı olarak bilhassa, şaka açıklamasının düzenlendiği BGB § 118'e işaret etmektedirler. Buna göre, BGB § 118'de, açıklamanın ciddi şekilde yapılmadığının karşı tarafça anlaşılacağı beklentisiyle gerçekleştirilen şaka açıklamasının hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Böyle bir durumda hükümsüzlük gündeme geliyorsa, isnat edilebilirlik açısından daha zayıf bir temele sahip olan açıklama bilincinin eksikliği hâllerinde kesin hükümsüzlük yaptırımı evleviyetle uygulanmalıdır. Bu yönde özellikle bkz. Canaris, *Vertrauenshaftung*, 550; Ludwig Ennecerus ve Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 15. Aufl.* (Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1960), 902, dn. 26. Şaka açıklaması ile açıklama bilincinin yokluğu hâlleri arasında kıyasın mümkün olmadığı yönünde karşı görüş için bkz. Franz Bydliniski, "Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft", *JZ* Bd. 30, Heft 1 (1975): 3; Flume, *Rechtsgeschäft*, 414, 415; Kramer, *Grundfragen*, 170, 171.

³⁴⁷ Bu yönde bkz. Canaris, *Vertrauenshaftung*, 412 vd., 427, 428, 548 vd.. Değerlendirme ve eleştiri için bkz. Bydliniski, "Erklärungsbewußtsein", 4, 5; Bydliniski, "Grundlagen", 9; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 13.

³⁴⁸ Bu yönde bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 38. Değerlendirme ve eleştiri için bkz. Bydliniski, "Erklärungsbewußtsein", 4.

³⁴⁹ Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 38.

korunması gerekçesiyle meydana gelen “güven sorumluluğu”ndan kaynaklanmaktadır³⁵⁰.

Bugün daha çok taraftar toplayan bir başka görüş ise, açıklama iradesinin (açıklama bilincinin) bulunmamasının, tek başına, bir irade açıklamasının varlık kazanmasının önünde engel teşkil etmediği yönündedir. Ancak bu görüş de, kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir grup yazar³⁵¹, işlem iradesinin yokluğu ve açıklama iradesinin yokluğu arasında değerlendirme farklılığına yol açacak bir ayrım yapılamayacağından hareket etmektedir. Bu çerçevede, açıklama iradesi bulunmamasına rağmen istemeden bir sözleşmenin meydana gelmesine neden olunması hâlinde de açıklamada yanılma hükümlerinin doğrudan ya da en azından kıyasen uygulanması gerekir. Zira açıklama muhatabının menfaatinin ve güveninin korunması gerekliliği, işlem iradesinin yokluğunda mevcut olduğu hâliyle ve aynı derecede, açıklama iradesinin yokluğunda da söz konusu olmaktadır³⁵². Öyleyse muhatabın korunmaya değer bir güveninin varlığından bahsedilebilen durumlarda, açıklama iradesinin bulunmaması, irade açıklamasının güvene dayanak teşkil eden objektif anlamının açıklama sahibine isnat edilmesinin önünde engel teşkil etmemelidir.

Açıklama iradesini irade açıklamasının varlığı bakımından zorunlu olarak görmeyen diğer yazarlar³⁵³ ise, bu tür iradenin yokluğunda açıklamanın objektif anlamının açıklama sahibine isnat edilmesi imkânını mutlak biçimde değil, sınırlı ve şarta bağlı şekilde kabul etmektedirler. Buna göre her ne kadar hukukî işlem trafiğine katılma istek ve bilincine sahip olmasa dahi, açıklama sahibinin en azından davranışının hukuk âleminde bir sonuç meydana getirebileceğini, muhatabı tarafından bir irade açıklaması olarak değerlendirilebileceğini biliyor ya da bilebilecek durumda bulunması, onun bu davranışının sonuçlarıyla bağlı tutulabilmesi için şarttır. Açıklama ihmâli teorisi (*die Theorie der Erklärungs-fahrlässigkeit*) olarak da adlandırılan³⁵⁴ ve gerek Alman gerekse İsviçre doktrininde hâkim durumunu hâlen koruyan bu düşünce, açıklama iradesi bulunmayan açıklama sahibinin bir irade

³⁵⁰ Canaris, *Vertrauenshaftung*, 412 vd., 427, 428, 548 vd..

³⁵¹ Bu yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 65, 209-211; Hans-Joachim Musielak, “Zum Verhältnis von Wille und Erklärung: Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung”, *AcP* Bd. 211, Heft 6 (Dezember 2011): 791 vd., 800, 801; Sarıkaya, 121 vd..

³⁵² Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 210.

³⁵³ Bu yönde bkz. Antalya, N. 456; Christian Armbrüster, *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 116-122, 8. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2018), § 119, N. 97; Bydlinski, “Erklärungsbewußtsein”, 5, 6; Bydlinski, “Grundlagen”, 18; Bydlinski, *Privatautonomie*, 162-164; Eren, N. 356; Flume, *Rechtsgeschäft*, 450; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 14; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 13; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 50; Schwenger, *AT*, N. 27.44; Serozan, *Medeni Hukuk*, 2013, Birinci Başlık, Üçüncü Bölüm, § 2, N. 3-4d; Şahin ve Çelt, 704-706. Alman Federal Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı da bu doğrultudadır. Örnek olarak bkz. BGHZ 91, 324, 330; BGHZ 109, 171, 177, 178; ayrıca bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 36’da zikredilen kararlar.

³⁵⁴ Musielak, “Wille und Erklärung”, 788.

açıklamasıyla bağı tutulmasını bir anlamda onun kusuruna bağlamaktadır³⁵⁵. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, söz konusu kusur araştırmasının, davranışın sahibi açısından, davranışının hukuken herhangi bir sonuç doğurabileceğinin öngörülebilir olmasıyla sınırlı bulunmasıdır. Ayrıca bu davranışın doğurduğu hukukî sonucun içeriğinin, yani irade açıklamasının objektif anlamının öngörülebilir olup olmadığının önemi yoktur. Kanun'da açıklamada yanılmaya bağlanan yaptırım da, bu yaklaşım çerçevesinde, sadece açıklamanın irade açıklaması olarak anlaşılabileninin öngörülebilirliği şartının gerçekleşmesi ihtimalinde uygulama alanı bulmakta; bu şart sağlanmadığında irade açıklaması yokluk yaptırımıyla karşı karşıya kalmaktadır.

Kanaatimizce, açıklama iradesini irade açıklamasının kurucu ve vazgeçilmez bir unsuru olarak gören düşünce isabetli olmaktan uzaktır. Zira her şeyden önce işlem iradesi ve açıklama iradesi arasındaki ayrım, iradenin oluşumu ve açıklanması sürecinin tüm inceliğiyle birlikte analizini mümkün kılmakla birlikte³⁵⁶, pek çok yönden fazlasıyla yapay kalmaktadır. Dikkatli bir inceleme, özellikle yokluğunun yarattığı sonuçlar açısından bu iki irade türü arasında kesin bir sınır çizilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Şöyle ki, irade unsurunun teorik ele alınışında çoğu zaman vazgeçilmezlik ve önem derecesi gözetilerek, en vazgeçilmez olandan en feda edilebilir olana doğru, yani fiil iradesiyle başlayıp işlem iradesiyle noktalanan bir inceleme sırası tercih edilse dahi, pratik anlamda işlem iradesinin zaman bakımından açıklama iradesinden önce oluştuğu gözden kaçmamalıdır³⁵⁷. Olağan durumda bir kimse öncelikle belirli içerikte bir hukukî sonuç gerçekleştirmek ister, ardından bu hukukî sonucu yürürlüğe koymak amacıyla iradesini dışa vurmaya yönelir³⁵⁸. Dolayısıyla açıklama iradesi, aslında belli bir işlem iradesinin dışa vurulması amacıyla meydana gelmekte ve bu işlem iradesine bağımlı nitelik taşımaktadır. Öyleyse işlem iradesinin yokluğu, aslında bu işlem iradesine ilişkin bir açıklama iradesinin de yokluğu anlamına gelir³⁵⁹. Diğer bir ifadeyle bir kimsenin, dış dünyada meydana getirmek istediği hukukî sonuçtan bağımsız bir açıklama iradesine sahip bulunması gerçekçi bir bakış açısının ürünü olmaktan uzaktır. Buradan hareketle, açıklama iradesinin bulunmamasına irade

³⁵⁵ Buradaki isnat edilebilirliğin kusurluluk anlamına gelmediği yönünde bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 311, 312, 450.

³⁵⁶ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 65.

³⁵⁷ Nitekim bu durumu dikkate alarak açıklama iradesini, mevcut bir işlem iradesinin muhataba açıklanmasına yönelik irade şeklinde tanımlayan yazarlar mevcuttur. Bu yönde bkz. Eren, N. 354; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 172.

³⁵⁸ Kanişlı, 80.

³⁵⁹ Antalya, N. 455; Eren, N. 356; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 173; Sarıkaya, 122. Açıklama iradesinin salt bir soyutlamanın (*reine Abstraktion*) ürünü olduğu ve aslında işlem iradesinden ayrı bir varlığı haiz bulunmadığı yönünde bkz. ve karşı. Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 13; Larenz ve Wolf, § 24, N. 8.

açıklamasının yokluğu sonucu bağlanırsa, dolaylı biçimde dahi olsa işlem iradesinin bulunmadığı hâller de bu yaptırımın kapsamına dâhil edilmiş olmaktadır ki, bunun TBK m. 30 ve devamı hükümleriyle çelişeceği açıktır.

Öte yandan menfaat ve ilke temelli bir inceleme de, açıklama iradesi - işlem iradesi ayrımının yapaylığını açık biçimde gözler önüne sermektedir. Açıklama sahibi açısından, hiçbir irade açıklamasında bulunmak istememesiyle, içeriği itibarıyla hiçbir şekilde arzulamadığı bir hukukî sonuca yönelik açıklamada bulunmak istemesi arasında bir fark yoktur³⁶⁰. Onun menfaati, her iki hâlde de kendisi tarafından arzulanmayan bir irade açıklamasıyla bağlı tutulmama yönündedir. Diğer bir ifadeyle, açıklama sahibi yönünden, hiçbir hukukî sonuç doğurmak istememe ihtimali ile tamamen farklı bir hukukî sonuç doğurmak isteme ihtimalinden birinin diğerine nazaran daha tercih edilesi nitelik arz etmediği barizdir. İlkesel açıdan da, bu ihtimallerden birinde irade özerkliğinin diğerine göre daha korunmaya değer olduğu, içi boş bir hukukî işlem trafiğine çıkma isteğinin iradeyi daha özerk hâle getirdiği argümanı, inandırıcı olmaktan uzaktır³⁶¹. Açıklama muhatabının menfaati bakımından da durum şüphesiz ki aynıdır. Muhatap, her iki durumda da irade açıklamasının kendi verdiği anlam üzerinden mevcut ve geçerli kabul edilmesi beklentisindedir. İşlem güvenliğinin ve özellikle haklı güvenin korunması ilkesinin gözlüğünden, muhatabın haklı güveni her iki ihtimalde de aynı derecede korunmaya değer nitelik taşımaktadır³⁶².

Esasında yokluklarına bağlanan sonuçlar bakımından açıklama iradesi ile işlem iradesi arasında net bir sınır çizilemeyeceği, söz konusu ayrımın tarihsel dayanaklarından da anlaşılabilir. Zira doktrin, işlem iradesi ile açıklama iradesinin iki ayrı alt başlık olarak ele alınmasının ve eksikliklerinde farklı değerlendirmelerde bulunulmasının tarihsel köklerini, 19. yüzyılın sonlarına dayandırmaktadır³⁶³. Bu dönemde açıklama teorisinin git gide daha çok kabul görmesi, irade teorisinin savunucularının işlem iradesini feda etmek yönünde bir arabuluculuk çabasına girmesi neticesini doğurmuştur. Fakat işlem iradesinin irade açıklamasının kurucu ve zorunlu unsuru olmasından vazgeçilmesi karşısında irade

³⁶⁰ Aynı yönde bkz. ve karşı. Bydlinski, "Erklärungsbewußtsein", 5; Bydlinski, "Grundlagen", 9; Bydlinski, *Privatautonomie*, 163; Flume, *Rechtsgeschäft*, 450; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 13; Kramer, *Grundfragen*, 169, 170; Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 6. Aufl. (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1983), 344, 345; Larenz ve Wolf, § 24, N. 8; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 210.

³⁶¹ Aynı yönde bkz. Bydlinski, "Grundlagen", 9; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 13.

³⁶² Bydlinski, "Erklärungsbewußtsein", 5; Kramer, *Grundfragen*, 169; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 210.

³⁶³ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 64; Musielak, "Wille und Erklärung", 779 vd., 783 vd..

teorisine taraftar yazarlar, bu sefer açıklama iradesi kavramına ayrı bir unsur olarak varlık kazandırarak buna kurucu nitelik tanıma yoluna gitmişlerdir. Açıklamanın objektif içeriği açıklama sahibinin işlem iradesine uymasa bile, en azından açıklamanın bu kişi tarafından bilinçli şekilde yapılmasına, yani herhangi bir içerikte iradeyi dışa vurma bilincinin mevcudiyetine, irade açıklamasının minimum varlık şartı sıfatı kazandırılmıştır. Gerek Alman Medenî Kanunu gerekse İsviçre Borçlar Kanunu tarafından yanılmanın sözleşmenin kurulmasını engellemeyen bir faktör olarak ele alınması suretiyle işlem iradesinin vazgeçilebilirliğinin kanunen teyit edilmesi, özellikle 20. yüzyılda irade teorisi zemininden ayrılmak istemeyen yazarlar için geriye tutunulabilecek tek unsur olarak açıklama iradesini bırakmıştır³⁶⁴. Anılan unsurun doktrinde yerleşik hâle gelmesi de bu ekseninde, aslında 20. yüzyılda gerçekleşmiştir³⁶⁵. Dolayısıyla açıklama iradesinin kurucu unsur makamına taşınması ve irade açıklamasının varlığı açısından sınırı çizen ölçüt olarak ele alınması, açıklama teorisi karşısında irade teorisini minimum hasarla ayakta tutmak amacıyla başvurulmuş bir savunma mekanizmasından başka bir şey değildir³⁶⁶.

Artan riziko düşüncesi, açıklama iradesinin eksikliği ve işlem iradesinin bulunmaması hâllerinin farklı değerlendirmelere tâbi tutulmasına dayanak oluşturabilecek en makul iddia olarak nitelendirilebilir³⁶⁷. Zira iradesini dışa vurma yönünde hiçbir bilinç ve isteğe sahip bulunmayan bir kimsenin, iradesini bilerek ve isteyerek dışa vuran kişiye nazaran yanlış anlaşılma rizikosuna daha uzak tutulması düşüncesi oldukça makuldür. Fakat kanaatimizce bu ilk ihtimalde dahi açıklama sahibi, nihayetinde dış dünyada yarattığı yanlış görüntü kendi etki alanında meydana geldiği, kendi davranışlarına dayandığı için, bunun bir irade açıklaması teşkil ettiğine haklı güven duyan muhataba nazaran daha az korunmaya değer durumdadır³⁶⁸. Muhatabın bu çerçevede hukuken korunmayı daha çok hak eden menfaati, açıklama iradesinin yokluğu hâlinde dahi rizikonun açıklama sahibi üzerinde bırakılmasını gerekli kılar. Kaldı ki açıklama iradesinin varlığından, ancak bir kimsenin herhangi bir içerikte iradesini dış dünyaya gerçekten vurmamak istemesi hâlinde bahsedilebilir. Bu çerçevede, irade açıklamasının objektif anlamının isnat edilebilirliği açıklama iradesinin

³⁶⁴ Bu nedenle doktrinde, açıklama iradesini kurucu unsur konumuna taşıyan yaklaşıma irade teorisinin bir modifikasyonu gözüyle bakıldığı ve bu açıdan anılan yaklaşımın yeni irade teorisi (*neue Willentheorie*) veya tasavvur teorisi (*Vorstellungstheorie*) olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bu yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 64.

³⁶⁵ Musielak, “Wille und Erklärung”, 783 vd..

³⁶⁶ Aynı doğrultuda değerlendirme için bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 64, 65. Açıklama ihmâli teorisi bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. ve karşı. Musielak, “Wille und Erklärung”, 798; Oebike, 67, 68.

³⁶⁷ Aynı yönde bkz. Bydlinski, “Erklärungsbewußtsein”, 4.

³⁶⁸ Aynı yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 210.

varlığına bağlandığında, açıklamada bulunan, davranışlarının bir irade açıklaması olarak değerlendirilebileceğini kolaylıkla öngörebilecek durumda olsa dahi, bunu istemediğini ileri sürerek açıklamayla bağlılıktan kurtulabilmektedir. Asgarî düzeyde bir özenin gösterilmesiyle fark edilebilecek ve önüne geçilebilecek olan bir davranışın rizikosunu bunun sahibine değil, davranış üzerinde doğrudan etki imkânı bulunmayan muhataba yüklemek, fikrimizce adil bir riziko dağıtımını teşkil etmekten oldukça uzaktır³⁶⁹. Bu da, açıklama iradesini irade açıklamasının mevcudiyeti için zorunlu addeden düşüncenin isabetsizliğinin bir başka göstergesidir.

Yokluğunun doğurduğu sonuçlar bakımından açıklama iradesi ile işlem iradesi arasında belirgin bir sınır çizilememesi karşısında, açıklama iradesinin bulunmamasının da bir irade açıklamasının meydana gelmesine engel teşkil etmeyeceği yargısına varılır. Böyle bir irade açıklamasının kaderi de, sahibinin işlem iradesinin taşıyıcısı olmayan irade açıklamalarıyla aynı olmalıdır. Dolayısıyla açıklama iradesinin yokluğunda, yanılmanın esaslı olması kaydıyla, TBK m. 30 vd. hükümleri uyarınca yanılmaya bağlanan yaptırım uygulama alanı bulur³⁷⁰. Bu doğrultuda açıklama sahibi, TBK m. 30 uyarınca bu açıklama doğrultusunda kurulan sözleşmeyle bağlı olmamakta, ancak yanılmasını öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmemesi veya verdiği şeyi geri istememesi hâlinde, TBK m. 39/I uyarınca sözleşmeyi onamış sayılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin uygulanmasının doğrudan mı, yoksa kıyasen mi gerçekleşeceği meselesine gelince; kanaatimizce açıklamada yanılmanın doktriner tanımlarından olan, açıklama sahibinin açıklamanın ifade ettiği anlama ilişkin eksik ya da yanlış tasavvurları nitelendirmesinin kapsamına, açıklama iradesinin eksikliği hâli de pekâlâ dâhil edilebilir³⁷¹. Nitekim TBK m. 31/I'de esaslı açıklamada yanılma hâllerine ilişkin sayımın, düzenlemenin başında kullanılan “özellikle” ibaresi çerçevesinde örnekleyici nitelikte olması, açıklama iradesinin yokluğunun da esaslı bir açıklamada yanılma hâli olarak değerlendirilmesine izin vermektedir. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, işlem iradesinin ve açıklama iradesinin eksikliği ihtimallerinde menfaat durumunun aynı olması, bu lafzî argümanların amaçsal değerlendirmelerle de desteklenebileceğini göstermektedir³⁷². Bu bağlamda, sahibinin

³⁶⁹ Bydlinski, “Erklärungsbewußtsein”, 4.

³⁷⁰ Aynı yönde bkz. Bydlinski, “Grundlagen”, 9; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 56. Alman hukuku yönünden aynı yönde bkz. Bydlinski, “Erklärungsbewußtsein,” 5; Bydlinski, *Privatautonomie*, 163, 164, 177, 178; Flume, *Rechtsgeschäft*, 449, 450; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 14; Kramer, *Grundfragen*, 169-171; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 344-346; Larenz ve Wolf, § 24, N. 8. Ayrıca bkz. BGHZ 91, 324.

³⁷¹ Eksik tasavvurlar yönünden benzer bir değerlendirme için bkz. ve karşı. Schmidlin, *BK*, Art. 23, 24, N. 11-13.

³⁷² Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Kramer, *Grundfragen*, 169-171.

açıklama iradesinin bulunmamasına rağmen bir irade açıklamasının mevcudiyet kazanması hâlinde TBK m. 30 ve 39/I'de düzenlenen yaptırımların doğrudan uygulanmasının önünde fikrimizce bir engel bulunmamaktadır. Fakat yukarıda sunduğumuz gerekçelerle, hiç değilse anılan hükümlerin kıyasen uygulanabilirliği yönünden şüphe duymamak gerekir. Burada ayrıca, açıklama iradesinin bulunmadığı ihtimallerde gerek sübjektif gerekse objektif esaslılık şartı sağlanacağından, yanılmanın her durumda esaslı nitelik arz edeceği de vurgulanmalıdır³⁷³.

Açıklama iradesinin yokluğunda yanılmaya ilişkin kanunî düzenlemelerin uygulanabilirliğinin tespiti, kusur ve öngörülebilirlik şartları bakımından da işlem iradesinin bulunmaması hâlleri için ifade ettiğimiz değerlendirmelerin burada da geçerli olmasını gerektirir. Bu bağlamda TBK m. 35/I'den çıkarılan, yanılmanın kusursuz olduğu hâllerin de açıklamada yanılma kavramı altında ele alınıp buna bağlanan yaptırıma tâbi tutulacağı sonucu, açıklama iradesinin bulunmadığı ihtimallerde de kusur temelli isnat araştırmalarının yapılmasının önünde set oluşturmaktadır. Öyleyse açıklama iradesine sahip olmayan bir kimsenin, davranışının herhangi bir içerikte bir irade açıklaması olarak değerlendirilmesine kusursuz biçimde yol açmış olması, bu irade açıklamasının meydana gelmesini engellemez³⁷⁴. Fakat bu irade açıklaması da ilk anda sahibini bağlamamakta, TBK m. 39/I uyarınca sözleşmenin onanması ya da bir yıllık sürenin geçirilmesiyle bağlayıcı hâle gelmektedir. TBK m. 30 vd. hükümlerinin açıklama iradesinin eksikliğinde doğrudan uygulanacağı kabul edilirse, bu yargıya zaten doğal olarak varılmaktadır. Ancak bahsi geçen uygulamanın kıyasen yapılması hâlinde de sonuç değişmez. Zira yanılmayı düzenleyen hükümler, tarafların menfaat durumu ve bunlardan her biri lehine atılan adımlar yönünden tek ve bütünlük arz eden bir denge ortaya koymaktadır. Bu kapsamda kusur araştırması, kanun koyucu tarafından sözleşmenin nihaî biçimde geçersiz olmasının ardından menfi zarara kimin katlanacağını belirlemede kullanılan bir ölçüt olarak düzenlenmiştir. Açıklama iradesinin yokluğu hâlinde bu araştırmanın menfi zararın tazmini aşamasının öncesine çekilmesi ve yanılma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevaplanmasında belirleyici kabul edilmesi, bütünlük arz eden kanunî sistemin dışına

³⁷³ Daha detaylı açıklama için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 14, I, B, 2. Objektif ve sübjektif esaslılık şartlarına ilişkin bkz. Kanişlı, 382, 383; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 159; Koller, § 14, N. 112; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 32 vd.; Schwenger, *AT*, N. 37.02.

³⁷⁴ Bilhassa bir taraftan açıklama iradesinin irade açıklamasının kurucu unsuru olarak görülmemesinin, diğer taraftan ise açıklama iradesi yönünden isnat edilebilirliğin şart koşulmasının bir çelişki teşkil ettiği gerekçesiyle, aynı doğrultuda görüş ve değerlendirme için bkz. Musielak, "Wille und Erklärung", 791 vd., 798.

çıkılması anlamına gelir.

Diğer taraftan yanılanın, davranışının bir irade açıklaması olarak anlamlandırılabilceğini öngörüp öngöremeyeceğine ilişkin bir değerlendirmenin yapılmamasının taraflar arasındaki menfaat dengesini açıklama muhatabı lehine bozduğu da düşünülmemelidir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun yanılmaya bağladığı yaptırım dikkatli incelenirse, irade özerkliği ilkesinin baskın bir şekilde etkisini hissettirdiği ve açıklama sahibine önemli derecede koruma sağladığı görülür. Gerçi TBK m. 30 vd. düzenlemelerinin işlem iradesinin ve açıklama iradesinin irade açıklamasının zorunlu unsurları olmadığından hareketle sevk edilmiş olduğu doğrudur. Fakat kanun koyucu sözleşmenin kurulması bakımından açıklama muhatabına karşı sergilediği bu cömertliği, kurulan sözleşmenin geçerliliği bakımından hiçbir şekilde sergilememiştir. Öncelikle TBK m. 30'da esaslı yanılmaya düşen tarafın sözleşmeyle bağlı olmayacağına hükmedilmiştir. TBK m. 39/I uyarınca ise yanılan, yanılmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmemesi veya verdiği şeyi geri istememesi hâlinde sözleşmeyi onamış sayılmaktadır. Kanaatimizce kanun koyucunun her iki hükümde de yanılmanın ilk aşamadaki sonucunu "sözleşmeyle bağlı olmamak" şeklinde ifade etmesi, irade özerkliği ilkesi yönünde yapılmış bilinçli bir tercihtir ve bu doğrultuda düzelebilir hükümsüzlük yaptırımının benimsenmesi anlamını taşımaktadır³⁷⁵. Öyleyse kanun koyucu, işlem iradesi ve açıklama iradesinin yokluğu hâllerinde sözleşmenin kurulduğunu kabul etmekte, ancak geçerliliğini askıda tutmaktadır. Açıklamada bulunan TBK m. 39/I uyarınca, sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmek veya verdiği şeyi geri istemek suretiyle mevcut hükümsüzlüğü nihaî hükümsüzlüğe dönüştürme imkânına sahiptir. Bu imkândan yararlanmak için kusursuzluk gibi bir ön şart da bulunmamaktadır³⁷⁶. Açıklama sahibinin sözleşmeyle bağlı olmama beyanından sonra muhatap, sadece açıklama sahibinin yanılmaya düşmekte kusurlu olması hâlinde ve ancak sözleşmenin geçersizliği dolayısıyla uğradığı zararı talep edebilmektedir. Bu ihtimalde muhataba sağlanan geçici koruma anlamını yitirmekte, geriye ölü bir sözleşmeden ve menfî zararın tazmininin "bir bardak soğuk su"yun ötesine geçmeyen

³⁷⁵ Aynı yönde bkz. Peter Gauch, "Vertrag und Parteiwille", *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht* (Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1982), 355 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 890 vd.; Hatemi ve Gökyayla, § 12, N. 41; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 36, N. 69; BGE 114 II 131, 142, 143; Yarg. HGK, E. 2006/1-83, K. 2006/143, T. 5.4.2006: "Hemen belirtilmelidir ki, hata ile malul olan akit, hataya duçar olan tarafı ilzam etmez ise de; hata ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazarıyla bakılır. Bu mehil, hatanın anlaşıldığı tarihten itibaren cereyan eder (BK m. 31). Buna göre hatanın neticesi, taliki şarta bağlı sıhhattir ve hata edene tanınan inşai hakkın, bir sene zarfında kullanılması gerekir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁷⁶ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 828; Schmidlin, *BK*, Art. 26, N. 5.

tesellisinden başka bir şey kalmamaktadır.

Netice olarak, sözleşmenin kurulması aşaması tamamen izole bir analize tâbi tutulduğunda açıklama sahibinin menfaatinin ihmâl edilmiş gibi görüldüğü doğrudur. Fakat yanılmaya bağlanan sonuç ışığında bütüncül bir değerlendirme, irade özerkliği ilkesinin gerekleri doğrultusunda açıklama sahibinin menfaatine tanınan bariz üstünlüğü açığa vurmaktadır. İşlem iradesinin ve açıklama iradesinin eksikliği hâlinde kanun koyucu açıklama muhatabının menfaatinin yanılma hükümleriyle yeterince, hatta fazlasıyla korumuştur. Zira açıklama sahibi kusursuzsa, zaten sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmek suretiyle sözleşmeyle yükümlülük altına girmekten kesin olarak kurtulmakta ve TBK m. 35/I uyarınca herhangi bir zarar tazmininde bulunmak zorunda da kalmamaktadır. Hatta bilakis, bu ihtimalde sözleşmenin kurulmaması yerine askıda geçersizlik yaptırımının uygulanması ve açıklama sahibine öğrenmeden itibaren bir yıllık süre içinde seçim yapma imkânının tanınması, ona sözleşmeyi kendisi bakımından avantajlı ya da kabul edilebilir nitelik arz eden mevcut hâliyle ayakta tutma şansının sunulması demektir. Bu imkân, açıklamada bulunan sözleşmenin yokluğu sonucuna mahkûm etmeye nazaran, irade özerkliğini daha etkin bir biçimde temin etmektedir³⁷⁷. Öyleyse Kanun'un kurduğu menfaat dengesi uyarınca, kusur değerlendirmesinin de sadece sözleşmenin geçersizliğinin kesinleşmesinin ardından menfi zararın tazminine hükmedilip hükmedilemeyeceğiyle sınırlı olarak yapıldığı kabul edilmelidir. Kanun koyucunun bahsedilen ilkesel tercihi karşısında kanaatimizce açıklama sahibinin menfaatine ilişkin bir koruma boşluğunun mevcut olduğundan söz edilemez. Bu da, sözleşmenin kurulması aşamasında açıklama sahibi yönünden, açıklamanın muhatapça irade açıklaması olarak değerlendirilebileceğine ilişkin ayrı bir öngörülebilirlik araştırmasına yer bulunmadığı yargısına dayanak oluşturan bir başka etkidir.

Açıklama iradesi bağlamında son olarak ifade etmek gerekir ki, bu iradenin bulunmadığı hâllerde de bir ifa yükümlülüğünün ve buna ilişkin sorumluluğun doğabileceğini kabul eden, ancak bir irade açıklamasının varlığını reddeden görüş de kanaatimizce isabetli olmaktan uzaktır. En bilinen örneğini Canaris'in güven sorumluluğu öğretisinin³⁷⁸ oluşturduğu bu anlayışın temelinde, hukukî işlemler alanını ve irade açıklaması kavramını tek başına irade özerkliği ilkesiyle açıklama çabası yatmaktadır.

³⁷⁷ Aynı yönde bkz. Singer, *Selbstbestimmung*, 69, 70; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 23; Frank Weiler, *Die beeinflusste Willenserklärung - Eine Untersuchung der rechtlichen Auswirkungen fremder Einflüsse auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung* (Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2002), 495 vd..

³⁷⁸ Detaylı bilgi için bkz. Canaris, *Vertrauenshaftung*, 412 vd., 427, 428, 548 vd..

Canaris'e göre, bir irade açıklamasından bahsedilebilmesi için, açıklama sahibinin en azından açıklama bilincine sahip bulunması zorunludur. Aksi hâlde de belirli şartlarla bir ifa yükümlülüğü ve sorumluluk meydana gelebilir. Ancak bunun dayanağını irade açıklaması oluşturmaz. Canaris, hukukî işlem öğretisinin dışına çıkardığı bu sorumluluğu güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung*) kavramı altında ele almıştır³⁷⁹. Fakat fikrimizce işlem iradesi ve açıklama iradesi arasındaki sınırın belirsizliği, bu tür bir kavramsal sınırlamanın yapılmasının önünde set teşkil etmektedir. Nitekim doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere³⁸⁰ güvenin korunması, açıklama iradesinin yokluğu hâllerinde olduğu kadar, işlem iradesinin bulunmadığı hâllerde de sözleşmesel sorumluluğun doğması bakımından başrolü oynamaktadır. Muhatabın güvenine sağlanan koruma her iki hâlde de eşdeğer nitelikte olmasına rağmen, bu korumanın işlem iradesinin yokluğunda irade açıklamasıyla, açıklama iradesinin yokluğunda ise güven sorumluluğuyla açıklanmasının sağlam bir temeli olduğundan söz etmek güçtür. Kaldı ki çalışmamızın birinci bölümünde vurgulandığı üzere, irade açıklaması öğretisinin ilkesel temelini sadece irade özerkliği ilkesi değil, irade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması ilkeleri birlikte oluşturmaktadır. Buradan hareketle, işlem güvenliğinin ve özellikle haklı güvenin korunması da, bir irade açıklamasının meydana gelmesine pekâlâ dayanak teşkil edebilir³⁸¹. Kanun koyucunun TBK m. 30 ve devamı hükümleriyle işlem iradesinin ve açıklama iradesinin bulunmaması hâlinde bir sözleşmenin kurulabileceğini kabul etmesi, bu çerçevede, geçici biçimde de olsa, işlem güvenliğinin korunmasına yönelik endişelerle bu iki tür iradenin yokluğunda da irade açıklamasının meydana gelmesine imkân tanındığı şeklinde anlamlandırılmalıdır. İşlem güvenliğinin ve özellikle muhatabın güveninin korunması gerekliliği, kanun koyucuyu işlem iradesini ve açıklama iradesini irade açıklamasının kurucu unsurları olmaktan çıkarmaya itmiş, bunlarsız bir irade açıklamasının varlık kazanabileceğini benimsemeye sevk etmiştir. Bu durum, TBK m. 1/I ve TBK m. 31/I düzenlemelerinin birlikte okunmasıyla da ortaya çıkmaktadır. Nitekim TBK m. 1/I, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarından bahsetmekte; TBK m. 31/I'de de açıklamada yanılmayı ifade etmek amacıyla, yanılanın iradesini başka bir sözleşme, başka bir konu vb. için açıklamasından dem vurulmaktadır. Görülmektedir ki kanun, aynı nitelendirmeyi kullanmak suretiyle açıklamada yanılma hâlinde dahi bir iradenin açıklanmasının söz konusu olduğu, TBK m.

³⁷⁹ Canaris, *Vertrauenshaftung*, 411 vd..

³⁸⁰ Bydliniski, "Erklärungsbewußtsein", 5; Kramer, *Grundfragen*, 169; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 210.

³⁸¹ Karş. Bydliniski, "Erklärungsbewußtsein", 5; Bydliniski, "Grundlagen", 9, 12; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 50.

1/I uyarınca sözleşmenin yapıtaşını oluşturan irade açıklamasının açıklamada yanılma hâlinde dahi mevcut bulunduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Öyleyse işlem iradesi ve açıklama iradesi bulunmasa dahi bir irade açıklaması meydana gelebilmektedir³⁸². Burada ilk bakışta “açıklama sahibinin iradesinin” açıklanmasını ifade eder görüntüsü çizen bir isim tamlaması olan “irade açıklaması” kavramına alternatif aramaya da gerek yoktur³⁸³. Zira irade açıklaması kavramı, aslında içinde irade taşıyan bir açıklamayı nitelendirmektedir. Bu bağlamda irade açıklamasına, herhangi bir iradenin yürürlüğe koyulmasını sağlayan bir olgu olarak yaklaşılmalıdır. Patolojik durumlarda bu irade, açıklama sahibinin iradesi olmamaktadır. Ancak yorum faaliyeti neticesinde açıklama, belirli içerikte bir iradenin taşıyıcısı olarak değerlendirilebiliyorsa, ortada yine bir irade açıklaması vardır.

3. Fiil İradesi

Fiil iradesi yönünden ise durumun farklı olduğu, bu iradenin bulunmadığı hâllerin yanılmaya ilişkin kanunî düzenlemelerin uygulama alanı dışında kaldığı belirtilmelidir. Fiil iradesi, herhangi bir davranışta bulunmak ya da bulunmamak yönündeki bilinç ve isteği ifade etmektedir³⁸⁴. Bu bilinç ve istek, davranışın belirli bir sonucuna değil, doğrudan davranışın kendisinin gerçekleştirilmesine yönelmektedir³⁸⁵. Buradan hareketle, anılan iradenin mevcut olmadığı hâllerin, açıklamada yanılma kurumuyla ilgisinin bulunmadığı açık biçimde seçilebilmektedir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere açıklamada yanılma, açıklama sahibinin, açıklamasının dış dünyada ifade ettiği anlama yönelik eksik ya da yanlış tasavvurlarını ifade etmektedir. Öyleyse söz konusu tasavvurlar, bir şekilde, sergilenen davranışın hukuken önem arz eden içeriğine ve hukukî sonuçlarına ilişkindir. Açıklamada yanılmaya ilişkin düzenlemeler de, sahibinin meydana gelmesini ya da içeriğini istemediği bir irade açıklamasıyla bağlı olup olmayacağına ilişkin sevk edilen değerlendirme ya da değerlendirmelerden ibarettir. Diğer bir deyişle açıklama iradesi ve işlem iradesinin her ikisi de, bir davranışın hukukî işlemler sahasındaki sonuçlarına ilişkin arzuları ifade etmektedir. Fiil iradesinde ise, davranışın hukukî sonuçlarının değil, doğrudan davranışın kendisinin arzulanıp arzulanmadığı, temel sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İşlem ve açıklama

³⁸² Karş. Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 11, 13; Musielak, “Wille und Erklärung”, 801.

³⁸³ Burada bir iradenin, bir hukukî sonuca yönelik isteğin açıklanmadığı, hukukî işlemsel açıklamada ifadesini bulan hukukî sonucu doğrudan meydana getirmenin açıklama konusu yapıldığı, bu gerekçeyle irade açıklaması kavramı yerine hukukî işlemsel açıklama (*rechtsgeschäftliche Erklärung*) kavramının tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. Bickel, 99.

³⁸⁴ Antalya, N. 451; Eren, N. 349; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 16; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 32; Larenz ve Wolf, § 24, N. 3; Schwenger, *AT*, N. 27.02.

³⁸⁵ Karş. Flume, *Rechtsgeschäft*, 46; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27.

iradelerinin yokluğunda kişinin tasavvurları ile davranışın ifade ettiği hukukî sonuç arasında bir uyumsuzluk söz konusuysen, fiil iradesinin yokluğu, kişi ile kişinin davranışı arasındaki bağlantının kurulamaması ya da kopması anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle fiil iradesi kavramı, irade açıklamasıyla açıklanmak istenen iradenin içeriğinden veya irade açıklamasının anlamından tamamen bağımsız bir arzuyu temsil etmektedir³⁸⁶. Bu açıdan fiil iradesinin bulunmaması, iradenin diğer unsurlarının bulunmamasına nazaran farklı bir hukukî sorun teşkil etmekte ve yanılma kurumunun uygulama alanı dışında kalmaktadır³⁸⁷. Zaten Türk ve İsviçre mevzuatlarında, fiil iradesinin bulunmaması ile doğrudan ilişkili olan ayırt etme gücünün yokluğu ihtimali farklı bir kanunda, TMK m. 15'te düzenlenmiş ve açıklamada yanılmaya nazaran ayrı ve daha ağır bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu da, Türk ve İsviçre kanun koyucularının da bu hukukî sorunları ayrı ele alma şeklinde bir temayül sergilediğini ortaya koymaktadır. Fiil iradesinin yokluğu meselesi aşağıda, TMK m. 15'in TBK m. 1/I'le birlikte değerlendirilmesi başlığında ayrıca ele alınacağından, burada anılan patolojik durumun TBK m. 30 vd. düzenlemelerinin uygulama alanı dışında kaldığını ifade etmekle yetiniyoruz.

D. TBK m. 30 vd.'dan TBK m. 1/I'in Yorumuna İlişkin Yapılan Çıkarımlar

Açıklamada yanılmayı düzenleyen TBK m. 30 vd. hükümlerine ilişkin yapılan açıklamalarla, TBK m. 1/I'in yorumu üzerindeki sistematik etkisine ışık tutma olanağına kavuşulmuştur. TBK m. 30 ve devamından çıkarılan sonuç özetle, işlem iradesi ve açıklama iradesinin irade açıklamasının zorunlu unsurları niteliği taşımadığı, bunlar bulunmaksızın da bir irade açıklamasının vücut bulabileceği yönündedir. Diğer bir ifadeyle irade açıklaması, bu iki irade türünün eksikliği hâllerini de kapsamına alan bir kavram teşkil etmektedir. Öyleyse TBK m. 1/I'de birbirine uygunluk nitelendirmesinin iradeler için değil, iradelerin açıklanışı, yani irade açıklamaları için kullanılması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak görülmelidir. Zira bu suretle, sözleşmenin ancak her iki tarafın iç iradelerinin birleşmesiyle varlık kazanan bir olgu olduğu düşüncesine sırt çevrilmiştir. Açıklama sahibinin işlem iradesine uygun bulunmayan ya da onun açıklama iradesinin taşıyıcısı olmayan bir irade açıklaması da, sözleşmesel bağlılığa dayanak oluşturabilmektedir. Bu tür bir irade açıklamasının varlığının tek başına irade özerkliği ilkesiyle açıklanamayacağı

³⁸⁶ Flume, *Rechtsgeschäft*, 46; Jörg Neuner, "Was ist eine Willenserklärung?", *JuS* 47. Jahrgang, Heft 10 (Oktober 2007): 884, 888.

³⁸⁷ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 58, 59; Schwenger, *AT*, N. 27.44. Fiil iradesinin yokluğu hâllerinin irade sakatlıkları çerçevesinde değerlendirilerek yanılmaya ilişkin kanunî yaptırıma tâbi tutulması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Ulf Werba, *Die Willenserklärung ohne Willen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2005), 106.

şüphe götürmeyeceğine göre, TBK m. 1/I'de benimsenen bu yaklaşımın temelinde, irade özerkliği ilkesinin karşı kutbunu oluşturan işlem güvenliğinin korunması ilkesinin yer aldığı sonucuna varılır. Fakat bu bilgi sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin net çıkarımlarda bulunabilmek için yeterli değildir. Buna ek olarak, burada işlem güvenliğinin hangi surette ve hangi yoğunlukta korunduğunun ya da farklı bir ifadeyle korumanın mutlak biçimde mi, yoksa haklı güvenin korunması şeklinde mi gerçekleştiğinin açığa çıkarılması gerekir. Bu hususta da TBK m. 19/I'den elde edilecek verilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Sözleşmenin kurulması ve geçerliliği meseleleri birbirinden tamamen ayrı biçimde incelendiğinde, TBK m. 1/I'in sözleşmenin kurulması alanında işlem güvenliğinin korunmasına önemli derecede hizmet ettiği tereddütsüz söylenebilir. Nihayetinde anılan hüküm, sahibinin sübjektif süreçleriyle bağlantısı belli derecede kopmuş bulunan irade açıklamalarının da bir sözleşme meydana getirebileceğinden hareket etmektedir. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, yukarıda da temas ettiğimiz üzere, kanun koyucunun böyle bir sözleşmeye geçerlilik atfetmek konusunda aynı tutumu sergilememiş olduğudur. Zira TBK m. 30, esaslı açıklamada yanılma suretiyle ortaya çıkan bir irade açıklaması çerçevesinde kurulan sözleşmenin sahibini bağlamayacağını açık biçimde ifade etmektedir. Yanılanın bu sözleşmeyle kesin olarak bağlı tutulması ise, TBK m. 39/I uyarınca, ancak onun sözleşmeyi onaması veya yanılmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl boyunca sessiz kalması sonucunda gerçekleşmektedir. Kanaatimizce burada, Kanun'un "sözleşmeyle bağlı olmama" ve "sözleşmeyi onama" şeklindeki lafzı, bir tesadüfe ya da yanlışlığa dayanmamaktadır. Bu ibarelerin kullanılması, düzelebilir geçersizlik yaptırımının benimsendiği yönünde bilinçli bir tercih olarak okunmalıdır. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun benimsediği irade sakatlıkları yaklaşımının temelinde, açık biçimde irade özerkliği ilkesi yatmaktadır. Kanun, her ne kadar açıklamada yanılma hâlinde sözleşmenin kurulmasına izin verse de, anılan ilkeyi gözeterek, yanılanın eksik bulunan iradesi tamamlanmadığı sürece onu sözleşmeyle bağlılık altına sokmaktan kaçınmıştır. TBK m. 39/I uyarınca sözleşmenin nihaî geçerliliği için gerçekleşmesi gereken ihtimallerden ilki olan sözleşmenin onanması, zaten yanılanın iradesinin sözleşmeye sonradan eklenmesi anlamına gelir. Diğer ihtimal ise yanılanın yanıldığını öğrenmesinden itibaren bir yıllık sürenin geçmesidir ki, bu sürenin öğrenme tarihinden başlatılması, sürenin geçmesine, yanılanın sözleşmeyi zımnen onaması anlamını kazandırmaktadır. Dolayısıyla yanılanın açık ya da zımnî onayıyla onun eksik olan iradesi bir anlamda tamam kılınmadıkça, sözleşme kurulsun bile onu bağlamamakta, nihaî

geçerlilik vasfını elde etmemektedir. Bu yaptırımında, irade özerkliği ilkesi lehine atılmış açık bir geri adım söz konusudur³⁸⁸. Kanun koyucu, sözleşmenin kurulmasında işlem güvenliği ve özellikle muhatabın güveni lehine olan duruşundan, açıklamada yanılmaya bağladığı yaptırımla tamamen taviz vermiş ve irade özerkliği ilkesini kullanarak korumayı bu sefer açıklama sahibine yöneltmiştir. Böylece açıklama iradesi ve işlem iradesinin de, kurucu unsur olmamakla birlikte, bir tür geçerlilik unsuru sıfatı elde ettiğini söylemek yanlış olmaz. Yanılanın sözleşmeyi onamadığını bildirmesi veya bir yıllık sürenin geçmesi neticesinde ise ortada ne geçerli bir sözleşme ne de muhataba sağlanan bir ifa menfaati kalmaktadır.

Görüldüğü üzere, pratik sonuçlar ve korunan menfaatler dikkate alınarak yapılan bir inceleme, netice itibarıyla ibreyi bariz biçimde irade özerkliği ilkesi yönüne çevirmektedir. İşlem güvenliğine ve bu bağlamda açıklama muhatabının menfaatine sağlanan koruma ise, büyük ölçüde, yanılmanın kusurlu olması ihtimaliyle sınırlı olarak tanınan menfi zararın tazmini imkânıyla sınırlı kalmaktadır (TBK m. 35). Buna ek olarak, bu tazminat riskinin muhatabı sözleşmeyi onama yönünde karar vermeye yönlendirici etkisiyle³⁸⁹, yanılmanın dürüstlük kuralına aykırı biçimde ileri sürülmesini yasaklayan TBK m. 34 düzenlemesi zikredilebilir³⁹⁰. Gerçi esaslı olmayan yanılmalar bakımından TBK m. 1/I'in muhatabın haklı güveninin kesin biçimde koruduğu doğrudur. Fakat TBK m. 31/I'de açıkça ortaya koyduğu temel yaklaşımı, açıklamada yanılmaları büyük ölçüde ve ilke olarak esaslı saymak yönünde olduğundan³⁹¹, kesinlik arz eden bu korumanın geçerlilik alanının ne derece dar olduğu kolaylıkla fark edilebilmektedir. Tüm bunlardan hareketle, sözleşmenin kurulması ve irade bozukluklarına olan yaklaşımlar bir bütün olarak ele alındığında, Türk Borçlar Kanunu'nda irade özerkliği ilkesinin ciddi derecede baskın geldiği ve işlem güvenliğinin korunması ilkesinin de yukarıda bahsedilen mekanizmalarla sınırlı ve istisnaî olarak gözetildiği sonucuna varılmaktadır. Bu tespit, Kanun'daki diğer hükümlerin ve bilhassa TBK m. 19/I'in yorumlanmasında yol gösterici nitelik taşıması bakımından önemlidir.

³⁸⁸ Karş. Singer, *Selbstbestimmung*, 252; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 23, 25.

³⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 116, 117.

³⁹⁰ Guhl/Merz/Kummer (127), Türk ve İsviçre kanun koyucusunun sözleşmenin kurulması ve yanılmaya ilişkin düzenlemelerindeki tercihlerini sarkaç benzetmesiyle açıklamaktadır. Buna göre tarafların açıklamalarının objektif olarak yorumlanmasında güven ilkesi yönünde sallanan sarkaç, esaslı yanılma söz konusu olduğunda bu sefer irade ilkesi yönünde sallanmaktadır. Bu hâlde muhatap yönünden meydana gelen olumsuz sonuçlar ise, yanılmanın ileri sürülmesi imkânını sınırlayan TBK m. 34 ve menfi zararın tazminini öngören TBK m. 35 ile giderilmekte, böylece sarkaç bir kez daha muhatap yönünde sallanmış olmaktadır. Ayrıca karş. Spiro, 50. Alman hukuku yönünden karş. Singer, *Selbstbestimmung*, 61-64, 252; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 25.

³⁹¹ Bkz. Eren, N. 1179; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 157, 158.

II. TBK m. 1/I'İN AYIRT ETME GÜCÜNÜN BULUNMAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEME (TMK m. 15) İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TMK m. 15 ile TBK m. 1/I Arasındaki İlişki

Ayirt etme gücüne sahip bulunmayan kişinin fiillerinin akıbetini düzenleyen TMK m. 15'in TBK m. 1/I'in özünün araştırılması bakımından önemi, fiil iradesinin yokluğunun irade açıklaması ve dolayısıyla sözleşmenin varlığı ya da geçerliliği üzerindeki etkisiyle bağlantılı bir değerlendirme içermesinden kaynaklanmaktadır. Zira fiil iradesi, bir davranışta bulunmak ya da bulunmamak yönündeki bilinç ve isteğin ifadesidir³⁹². Burada bahsedilen bilinç ve istek, bir irade açıklamasıyla açığa vurulan iradenin içeriğinden, yani davranışın dış dünyada meydana getireceği hukukî sonuçtan tamamen bağımsız şekilde, doğrudan davranışın kendisine yönelmektedir³⁹³. Diğer bir deyişle bir kimse belirli kelimeleri isteyerek söylemiş; el kaldırmak, imza atmak gibi belirli bir hareketi iradesi doğrultusunda gerçekleştirmişse, o kişinin fiil iradesi mevcuttur. Bu davranışın dış dünyada beklenmeyen etkiler doğurması, örneğin söylenen sözlerin muhatapça farklı şekilde anlamlandırılması ya da içeriği itibarıyla istenmeyen bir belgeye imza atılmış olması, fiil iradesinin bulunmadığı anlamına gelmez³⁹⁴. Bu açıdan fiil iradesi, bir irade açıklaması teşkil etmek üzere dışa vurulan iradenin içeriğinden tamamen bağımsız nitelik arz eder³⁹⁵.

Bir davranışın iradî olarak gerçekleştirilebilmesi, her şeyden önce davranışın sahibinin o davranış üzerinde hâkimiyetinin bulunmasına bağlıdır. Bu yönüyle fiil iradesinin ön şartını, fiile hükmetme kabiliyetinin (*die Beherrschbarkeit des Verhaltens*) varlığı oluşturur. Nitekim doktrinde fiil iradesinin yokluğunun irade açıklamasının ya da sözleşmenin mevcudiyeti veya geçerliliği üzerindeki etkisi incelenirken verilen örneklerin tamamı, fiilin sahibi tarafından kontrol edilip yönlendirilmesi imkânının ortadan kalktığı hâllerden ibarettir. Doktrin, fiil iradesini ortadan kaldıran sebepler arasında her şeyden önce refleksif nitelik arz eden ya da bir başkasının mutlak kuvvet (*vis absoluta*) uygulaması sonucunda

³⁹² Eren, N. 349; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 16; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 32; Larenz ve Wolf, § 24, N. 3; Schwenger, AT, N. 27.02.

³⁹³ Karş. Flume, *Rechtsgeschäft*, 46; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27.

³⁹⁴ Alman doktrininde bazı yazarlarca, kolun bir vazoya çarpması sonucunda vazonun düşüp kırılması ya da bir cümlelerin yanlış yazılması veya yanlış telaffuz edilmesi hâllerinde fiil iradesinin mevcut olmadığı, ancak fiile hükmetme kabiliyetinin bulunduğu; bu çerçevede anılan fiillerin hüküm ve sonuç doğurması gerektiği öne sürülmektedir. Bu yönde bkz. Neuner, "Willenserklärung", 884; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27. Kanaatimizce bu düşünce, fiilin istenmesi ve fiilin sonuçlarının istenmesi arasındaki sınırın yanlış noktadan çizilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira anılan örneklerin ilkinde kol hareketi, ikincisinde ise konuşma ve yazma fiilleri iradî nitelik taşıdığı için fiil iradesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

³⁹⁵ Flume, *Rechtsgeschäft*, 46. Neuner bu durumu, fiilin isnadının açıklamanın anlamının isnadından ayırt edilmesi gerektiği şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Neuner, "Willenserklärung", 884, 888.

gerçekleştirilen davranışları saymaktadır³⁹⁶. Benzer şekilde, bilinç bozukluğu veya bilinç kaybı nedeniyle davranışlarına hükmedebilecek durumda olmayan kişinin davranışları yönünden de fiil iradesinin mevcut olmadığından dem vurulmaktadır³⁹⁷. Tüm bu ihtimallerde davranışın sahibi, belirli sebeplerle davranış üzerindeki hâkimiyetini, onu kontrol etme becerisini yitirmektedir. Dolayısıyla doktrinde fiil iradesinin bulunmadığından bahsedildiğinde, bununla hemen hemen her zaman fiil üzerindeki kontrolün kaybı kastedilmektedir.

TMK m. 15, fiil ehliyetsizliğinin yaptırımını düzenlemesi bakımından, davranışlara hükmetme ve onları yönlendirme kabiliyetinin yokluğunun hukukî akıbetine kısmen ya da tamamen ışık tutabilecek pozitif düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira TMK m. 14 uyarınca fiil ehliyetini ortadan kaldıran sebeplerden birini de ayırt etme gücünün bulunmaması oluşturmaktadır. Ayırt etme gücünün yokluğundan, TMK m. 13'e göre; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerle akla uygun biçimde davranma yeteneğinin kaybedilmesi ihtimalinde bahsedilmektedir. Akla uygun biçimde davranma yeteneği kavramının, kişinin davranışlarının onun akli ve dolayısıyla kendisi tarafından kontrol edilebilmesi ve yönlendirilebilmesini de kapsamına aldığından şüphe duyulmamalıdır. Öte yandan, TMK m. 13'te açıkça zikredilen sebeplerin, doktrin tarafından fiil iradesinin mevcut olmadığı ihtimaller arasında sayılan bilinç bulanıklığı ve bilinç kaybı hâlleriyle kısmen örtüştüğü görülmektedir. Tüm bunlar, TBK m. 1/I'in özünün araştırılmasında TMK m. 15'in de göz önünde bulundurulması gerekliliğinin belirgin göstergelerini oluşturur.

B. TMK m. 15'te Öngörülen Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Etkileri

1. Genel Olarak

Türk doktrininde³⁹⁸, fiil iradesinin yokluğunda bir irade açıklamasının mevcudiyet kazanamayacağı fikri genel olarak kabul görmüş durumdadır. Bu fikir benimsenirse, yukarıda zikrettiğimiz, fiil iradesini ortadan kaldıran tüm sebepler ve tabii ki TMK m. 13'te sayılan hâller, irade açıklamasının ve dolayısıyla sözleşmenin yokluğu sonucunu

³⁹⁶ Bkz. ve karşı. Eren, N. 350; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 32; Ernst A. Kramer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB-Gesetz, Kommentar zu §§ 116-124, 4. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2001), Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 8; Neuner, "Willenserklärung", 883, 884; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27.

³⁹⁷ Flume, *Rechtsgeschäft*, 46; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27.

³⁹⁸ Bu yönde bkz. Antalya, N. 452; Eren, N. 350; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 2; Sarıkaya, 128, 129.

beraberinde getirir. Fakat fiil ehliyetsizliğinin sonucunu düzenleyen TMK m. 15, böyle bir sonuca varılmasının önünde engel teşkil etmektedir. Nitekim TMK m. 15’te, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hüküm ve sonuç doğurmayacağı açık bir biçimde öngörülmüştür. Buradaki yaptırım, doktrinde ittifakla kabul edildiği üzere yokluk değil, kesin hükümsüzlüktür³⁹⁹. Kesin hükümsüzlük yaptırımı, ancak mevcut bir irade açıklaması veya bu irade açıklaması çerçevesinde kurulmuş bir sözleşme bakımından gündeme gelir⁴⁰⁰. Zira ancak kurulmuş ve mevcut bir sözleşmenin geçersiz olduğundan, hüküm ve sonuç doğurmayacağından bahsedilebilir. Buradan hareketle, kanun koyucu tarafından açıkça kesin hükümsüzlük yaptırımının tercih edilmesi nedeniyle, taraflardan birinin ayırt etme gücünün bulunmamasının sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmediği sonucuna varılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yokluk ve kesin hükümsüzlük ayrımı ciddi bir biçimde gözetildiğinde, TMK m. 13 düzenlemesinin kapsamına aldığı hâller bakımından fiil iradesinin bulunmaması, irade açıklamasının yokluğu sonucunu doğurmamaktadır.

2. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulama Alanı

a. Genel olarak

Kesin hükümsüzlük yaptırımının etkileri bağlamında öncelikle araştırılması gereken husus, ayırt etme gücünün bulunmadığı durumları düzenleyen TMK m. 13’ün fiil iradesinin yokluğu hâllerini ne derece kapsamına aldığı ve anılan yaptırımının hangi sınırlar dâhilinde uygulanacağıdır. TMK m. 13’te ayırt etme gücünün yokluğu; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerle akla uygun biçimde davranma yeteneğinin kaybedilmesi olarak ifade edilmiştir. Düzenleme uyarınca ayırt etme gücünün ortadan kalkması için akla uygun biçimde davranma yeteneğinin yitirilmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Fakat soru işaretleri, hükümde bu yeteneğin yitirilmesi sebeplerinin sınırlayıcı biçimde mi, yoksa örnekleyici biçimde mi sayıldığı noktasında toplanmaktadır. Konu bilhassa İsviçre doktrininde, TMK m. 13’ün karşılığını oluşturan ZGB Art. 16 bağlamında yoğun şekilde tartışılmıştır. Hâkim görüş olarak nitelendirilebilecek ilk görüş⁴⁰¹,

³⁹⁹ Eren, N. 727; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016), 228; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 43, N. 2; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011), 74-76.

⁴⁰⁰ Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 32; Antalya, N. 710; Eren, N. 1039; Hatemi ve Gökyayla, § 11, N. 7; Keller ve Schöbi, 140; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 43, N. 1; Oğuzman ve Öz, 180. Yokluk ve kesin hükümsüzlük arasında bir ayrım yapılıp yapılamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 377, 378.

⁴⁰¹ Bu yönde bkz. Margrith Bigler-Eggenberger, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 11-21 ZGB, 4. Aufl.* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010), Art. 16, N. 33a; Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl.* (Basel: Helbing Lichtenhahn

düzenlemedeki sayımın sınırlayıcı nitelikte olduğundan hareket etmektedir. Buna göre ayırt etme gücünün kaybından bahsedilebilmesi için, akla uygun biçimde davranma yeteneğinin düzenlemedeki sebeplerden biriyle yitirilmiş olması zorunludur. Bu görüşü savunan yazarlar arasında, hükümde geçen “benzer sebepler (*ähnliche Zustände*)” ibaresinin de sadece sarhoşluk⁴⁰² hâline benzer sebepleri ifade ettiği ve bunun ötesine genişletilemeyeceği, yaygın biçimde kabul edilmektedir⁴⁰³. İkinci görüşteki yazarlar⁴⁰⁴ ise, düzenlemedeki hâllerin örnekleyici yolla sayıldığını öne sürmektedirler. Fakat dikkat çeken nokta, ikinci görüşteki yazarlar tarafından ayırt etme gücünü ortadan kaldıran diğer hâller olarak düzenlemenin kapsamına dâhil edilen hâllerin, ilk görüşü savunan yazarların sarhoşluğa benzer sebepler başlığı altında zikrettikleri hâller ile çoğu zaman örtüştüğüdür⁴⁰⁵. Bu bağlamda her iki grup yazarın da genellikle uyuşturucu madde etkisi, uyurgezerlik, hipnoz, yüksek ateşten kaynaklanan halisünasyonlar, baygınlık ve koma gibi ihtimalleri ayırt etme gücünü kaldıran nedenler olarak kabul ettikleri göze çarpmaktadır⁴⁰⁶. Dolayısıyla her iki

Verlag, 2009), N. 62; Heinz Hausheer ve Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2008), N. 06.41; Sibylle Hofer, Stephanie Hrubesch-Millauer ve Vito Roberto, *Einleitungsartikel und Personenrecht* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2011), N. 10.26; Jens van der Meer ve Ruben Perren, *Repetitorium Personenrecht*, 2. Aufl. (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2011), 61.

⁴⁰² İsviçre’de 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren; İsviçre Medenî Kanunu’nda yetişkinlerin korunması, kişiler hukuku ve çocuk hukuku alanlarında birtakım değişiklikler içeren 19 Aralık 2008 tarihli kanun ile ZGB Art. 16’da da kavramsal düzeyde değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik sonucunda, alkolden kaynaklanan sarhoşluk (*Trunkenheit*) kelimesi, yerini hem alkolden hem de uyuşturucudan kaynaklanan bilinç bulanıklığını kapsamına alan *Rausch* kelimesine bırakmıştır. Kanun’un gerekçesinde, *Rausch* kelimesinin, alkol ve uyuşturucunun yanı sıra hipnoz etkisi altında bulunma hâlini de ifade edecek biçimde kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7094. Ayrıca bkz. ve karşı. Bucher, *Natürliche Personen*, N. 65, 66; Hofer, Hrubesch-Millauer ve Roberto, N. 10.28.

⁴⁰³ Bu yönde bkz. ve karşı. Bigler-Eggenberger, Art. 16, N. 33; Hausheer ve Aebi-Müller, *Personenrecht*, N. 06.49; Hofer, Hrubesch-Millauer ve Roberto, N. 10.27; Van der Meer ve Perren, 61. Ayrıca karşı. Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku - Hakikî Şahıslar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1987), 71, 72.

⁴⁰⁴ Bu yönde bkz. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 223; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl. (Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2002), 82. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. ve karşı. Aytekin Atay, *Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım: Giriş - Hakikî Şahıslar*, 3. Bası (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 65; Mustafa Dural, *Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), 64; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku*, 20. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), N. 304; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk - Giriş ve Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku*, 2. Basım (Ankara: Savaş Yayınları, 1989), 222, 223. Hemen belirtelim ki bu görüşteki yazarların düzenlemedeki sayımın sınırlayıcı olmadığı yönündeki görüşlerini, hükümde geçen “benzeri sebepler” ibaresine dayandırıyor olmaları da muhtemeldir. Bu ihtimalde söz konusu görüşler arasındaki sınır iyice silikleşmektedir.

⁴⁰⁵ Sayımın sınırlı şekilde gerçekleştirilmediği doğrultusunda görüş belirtmemekle birlikte, sarhoşluk ya da benzer sebepler ibaresinin somut olayın şartları gerektirdiğinde diğer sebepleri ZGB Art. 16 kapsamında değerlendirmek için yeterli dayanak teşkil ettiği yönünde bkz. Eugen Bucher ve Regina E. Aebi-Müller, *Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit*, 2. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017), Art. 16, N. 85.

⁴⁰⁶ Karşı. Bigler-Eggenberger, Art. 16, N. 33; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 4. Bası (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 58; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 223, 227, 228; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 56.

görüş, yolları ayrı olsa da nihayetinde aynı noktaya varmaktadırlar. Düzenlemede açıkça anılanların yanı sıra, bu “benzer sebepler”den birinin etkisiyle akla uygun biçimde davranma yeteneğini kaybeden kişinin hukukî işlemleri, TMK m. 15’te düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur.

b. Mutlak kuvvet altındaki davranışlar ile refleks davranışlarının durumu

(1) Alman doktrininde savunulan görüşler

Mutlak kuvvet altındaki davranışlar ile refleks davranışlarının TMK m. 13’teki sebeplerin kapsamına dâhil edilemeyeceği konusu Türk ve İsviçre doktrinlerinde tartışılmamıştır. Anılan iki durumun konuya ilişkin eserlerin hiçbirinde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenler arasında zikredilmemesi, doktrinin bu konuda negatif bir tutum içinde olduğu şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Alman doktrininde ise bahis konusu sorunun değerlendirildiği ve konuya ilişkin üç farklı görüşün öne sürüldüğü dikkat çekmektedir. Görüşlere geçmeden önce, Alman Medenî Kanunu’nun hukukî işlem ehliyetine ve bunun irade açıklamasının hukukî akıbeti üzerindeki etkisine ilişkin duruşunun kısaca ortaya koyulmasında yarar vardır. TMK m. 13 vd. düzenlemelerinin Alman hukukundaki muadili sayılabilecek hükümler, hukukî işlem ehliyetsizliği (*Geschäftsunfähigkeit*) başlıklı BGB § 104 ile irade açıklamasının geçersizliği (*Nichtigkeit der Willenserklärung*) başlıklı BGB § 105’tir. BGB § 105, iki tür irade açıklamasının geçersiz olduğunu öngörmektedir: hukukî işlem ehliyetine sahip bulunmayan kişinin irade açıklaması ile bilinç kaybı ya da zihinsel faaliyetlerdeki geçici bozukluk hâllerinde yapılan irade açıklaması. Hukukî işlem ehliyetinin mevcut olmadığı durumları ise BGB § 104, yedi yaşını doldurmamış olmak ve zihinsel faaliyetlerde iradenin serbestçe teşekkülünü engelleyen, hastalık derecesinde ve kalıcı nitelikte bir bozukluğun bulunması şeklinde belirtmiştir. Görüldüğü üzere her ne kadar Alman kanun koyucusu, İsviçre ve Türk kanun koyucularından farklı olarak ayırt etme gücü gibi kapsayıcı bir kavram kullanmayı tercih etmemişse de⁴⁰⁷, hukukî işlemin geçersizliği sonucunu bağladığı sebepler bakımından BGB §§ 104 ve 105; TMK m. 13-15 ve ZGB Art. 16-18 düzenlemeleriyle önemli ölçüde paralellik arz etmektedir.

⁴⁰⁷ Konunun İsviçre ve Alman kanun koyucuları tarafından ele alınışına ilişkin bilgi ve karşılaştırma için bkz. Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 2; Hans-Georg Knothe, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90-124, 130-133, Kommentar zu §§ 104-115* (Berlin: Sellier - de Gruyter, 2017), Vorbem. zu §§ 104-115, N. 119, 120.

Alman doktrinindeki hâkim görüş⁴⁰⁸, fiil iradesinin bulunmadığı hâllerde yapılan irade açıklamalarını yokluk yaptırımına tâbi tutma eğilimindedir. Mutlak kuvvet etkisi altında sergilenen davranışlar ile refleksif davranışlarla yapılan açıklamalar da, bu görüş uyarınca hukuk âleminde bir irade açıklamasının meydana gelmesine sebebiyet vermez. Bu yargının gerekçesi olarak, bir irade açıklamasından bahsedilebilmesi için açıklama unsurunu oluşturan bir fiilin (*Handlung*) bulunması gerekliliğine işaret edilmektedir. Buradaki fiil, yapma ya da yapmama şeklinde tezahür eden, iradî bir insan davranışından ibarettir⁴⁰⁹. Davranış iradî nitelik arz etmemekteyse, irade açıklaması teorisi anlamında bir “fiil”den bahsedilemeyeceği için, böyle bir davranış çerçevesinde bir irade açıklamasının meydana gelmesi mümkün değildir. Bu yaklaşım doğrultusunda; davranışın mutlak kuvvet etkisi altında ya da refleksif olarak gerçekleşmesi veya baygınlık, koma, uyurgezerlik gibi bilincin tamamen kaybedildiği vaziyetlerde ortaya koyulmuş olması hâllerinde fiil iradesinin bulunmadığı kabul edilmekte, bu da irade açıklamasının yokluğuna yol açmaktadır.

Alman doktrininde konuya ilişkin ileri sürülen hâkim görüş, en azından lafzî itibarıyla BGB § 105 ile çelişme tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır. Nitekim BGB § 105, bilinç kaybını irade açıklamasının geçersizliğine yol açan sebeplerden birisi olarak zikretmiştir. Buradan çıkan sonuç, kanun koyucunun bilincin kaybedildiği hâllerde sergilenen davranışlar doğrultusunda bir irade açıklamasının meydana gelmesine izin verdiği, ancak bu açıklamanın hüküm ve sonuç doğurmasına engel olduğu yönündedir. Bu durumu fark eden yazarlar, bahsedilen çelişki tehlikesini iki farklı şekilde aşmaya çalışmışlardır. Bir grup yazar⁴¹⁰, bilhassa BGB § 105’in amaçsal yorumunu gerekçe göstererek, bilincin tamamen kaybedildiği hâllerin bu düzenlemenin kapsamında bulunmadığını öne sürmüşlerdir. Bu düşünce tarzına göre gerek BGB § 105’in gerekçesi gerekse BGB § 104’le birlikte okunması doğrultusunda, bilincin tamamen kaybedildiği hâllerin BGB § 105’in kapsamı dışında

⁴⁰⁸ Bu yönde bkz. Horst Bartholomeyczik, “Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung”, *Festschrift für Hans G. Ficker zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1967* (Frankfurt - Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1967), 61, 70, 71; Flume, *Rechtsgeschäft*, 47; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 15, 16; Larenz ve Wolf, § 24, N. 3-5; Musielak, “Wille und Erklärung”, 799, 800, 802; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27; Weiler, 164.

⁴⁰⁹ Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 15, 16; Larenz ve Wolf, § 24, N. 3-5. İradî davranıştan değil, bilinçli davranıştan söz ederek aynı doğrultuda bkz. Bartholomeyczik, 68, 69.

⁴¹⁰ Weiler, 162-164. Aynı yönde ayrıca bkz. ve karşı Heinrich Dörner, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (Nomoskommentar)*, Hrsg. Reiner Schulze, *Kommentar zu §§ 1-240, 10. Aufl.* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019), § 105, N. 4; Andreas Spickhoff, *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 104-115, 8. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2018), § 105, N. 37. Hatta bir yazar, hipnoz ve uyurgezerlik gibi hâlleri dahi BGB § 105’in uygulama alanı dışına çıkarmakta ve bunların irade açıklamasının yokluğuna neden olacağını öne sürmektedir. Bu yönde bkz. Dörner, § 105, N. 4.

kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira hükmün gerekçesinde⁴¹¹ bilincin yerinde olmamasına (*Bewusstlosigkeit*) ilişkin olarak ileri derecede sarhoşluk, ateş nöbeti ve uyurgezerlik gibi örnekler verilmiştir ki, bunlar bilincin tamamen kaybindan ziyade, kişinin davranışlarının olası sonuçlarını öngörememesine yol açan bilinç bulanıklığı hâlleri olarak değerlendirilir⁴¹². Öte yandan BGB § 104'te düzenlenen yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının hukuki işlem ehliyetini ortadan kaldırabilmesi için aranan, bunların iradenin serbestçe teşekkülüne engel olması şartı, BGB § 105 Abs. 2'deki durumlar bakımından da geçerli addedilmelidir⁴¹³. Böyle bir kabul neticesinde BGB § 105 Abs. 2'de düzenlenen bilincin yerinde olmaması, iradenin serbestçe teşekkülünü, yani kişinin davranışlarının hüküm ve sonuçlarını önceden fark edebilmesini engelleyen bir sebep niteliğine bürünmektedir. Bir kimsenin davranışları üzerindeki hâkimiyeti bütün olarak kaybettiği, bilincin tamamen yitirildiği hâller ise, düzenlemenin hedeflenen uygulama alanı içinde kalmamaktadır. Böylece bu gibi hâllerde irade açıklamasının kesin hükümsüzlük değil, yokluk yaptırımına tâbi tutulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁴¹⁴.

Diğer bir grup yazara⁴¹⁵ göre ise BGB § 105 Abs. 2'te geçen “geçersiz” (*nichtig*) ibaresi geniş yorumlanmalı ve yokluk yaptırımını da bünyesinde barındıran bir kavram olarak ele alınmalıdır. Nitekim kanun koyucu burada geçersizlik sonucunu öngörmekle birlikte nihayetinde ilgili açıklamayı hukuk âleminde hüküm ve sonuç doğurması mümkün bir irade açıklaması olarak kabul etmediğini ortaya koymuş durumdadır. Öte yandan günlük dil kullanımında da, örneğin ceset yerine “ölmüş bir insan”dan söz edildiği bilinmektedir⁴¹⁶. Öyleyse mevcut olmayan bir irade açıklamasının geçersiz irade açıklaması şeklinde zikredilmesine, düzenlemenin içeriği üzerinde etki meydana getiren büyük anlamlar yüklenmemelidir. Bu anlayış ışığında kanun koyucunun BGB § 105'te geçersizlik yaptırımını düzenlemiş olması, fiil iradesinin bulunmadığı hâllerde yokluğa hükmedilmesini engellemez.

Alman doktrinde konuya ilişkin olarak savunulan diğer görüşler ise, fiil iradesinin yokluğu hâllerinin BGB § 105'te düzenlenen geçersizlik yaptırımına tâbi tutulması

⁴¹¹ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I: Allgemeiner Theil* (Berlin - Leipzig: Verlag von J. Guttentag, 1888), 129.

⁴¹² Weiler, 162, 163.

⁴¹³ Flume, *Rechtsgeschäft*, 190; Weiler, 163, 164.

⁴¹⁴ Weiler, 164.

⁴¹⁵ Bartholomeyczik, 70, 71; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27.

⁴¹⁶ Bartholomeyczik, 70, 71. “Salt görünüşte irade açıklaması (*nur scheinbare Willenserklärung*)” nitelendirmesini kullanarak aynı doğrultuda bkz. Enneccerus ve Nipperdey, 903, dn. 29.

esasından hareket etmektedir. Bir görüşe⁴¹⁷ göre fiil iradesinin bulunmadığı ihtimallerden mutlak kuvvet altında sergilenen davranışlar ya da refleksif davranışlar, BGB § 105'te düzenlenen patolojik durumların geneline nazaran daha ağır nitelik arz etmesi bakımından BGB § 105 bunlara doğrudan ve evleviyetle (*a fortiori*) uygulanmalıdır. Bir başka görüşe⁴¹⁸ göre ise BGB § 105'te öngörülen geçersizlik yaptırımını, hükmün lafzı itibarıyla kapsamına aldığı hâller yönünden doğrudan, bu kapsama girmeyen ihtimaller, örneğin mutlak kuvvet altında ortaya koyulan ve refleksif nitelik arz eden davranışlar yönünden ise kıyasen uygulama alanı bulmalıdır.

(2) Alman doktrindeki tartışmalardan Türk - İsviçre hukukuna ilişkin yapılan çıkarım

Alman doktrinde fiil iradesinin bulunmadığı hâllere ve bu arada mutlak kuvvet altında sergilenen davranışlar ile refleksif davranışlara ilişkin yaptırım arayışına ilişkin tartışmaların, yokluk ve kesin hükümsüzlük yaptırımlarından hangisine öncelik tanınacağı ekseninde yürütüldüğü görülmektedir. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde konunun ayırt etme gücü gibi genel bir kavramdan yararlanılarak farklı bir tarzda düzenlenmiş olması, Alman doktrindeki tartışmaların doğrudan Türk ve İsviçre hukuklarına doğrudan aktarılmasına izin vermemektedir. Fakat anılan tartışmalardan konunun Türk ve İsviçre hukuklarındaki akıbetine ilişkin çıkarımlar elde edilebilmektedir. Bu çıkarımlardan en önemlisi, mutlak kuvvet uygulanması ya da refleks nedeniyle ortaya koyulan davranışların, baygınlık ve koma gibi bilincin tamamen kaybedilmesi sonucunu doğuran hâllerde sergilenen davranışlarla benzerlik arz ettiği ve bu doğrultuda aynı kadere tâbi tutulması gerektiğidir⁴¹⁹. Nitekim bu ihtimallerin tamamında kişi, davranışları üzerindeki hâkimiyetini, onları yönlendirme yetisini kaybetmektedir. Her iki durumda da kişi ile davranışları arasındaki bağlantı tamamen kopmaktadır. Bu kopukluğun bilinç kaybından, fizyolojik tepkilerden ya da üçüncü kişinin eylemlerinden kaynaklanması, uygulanacak yaptırımın farklı şekillerde belirlenmesi için geçerli bir mazeret oluşturmaz.

(3) Türk - İsviçre hukukundaki durumun değerlendirilmesi

TMK m. 13 ve ZGB Art. 16, kimlerin ayırt etme gücüne sahip olduğunu belirlerken, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran belirli sebepleri zikretme yoluna gitmiş ve bu

⁴¹⁷ Bu yönde bkz. Christof Kellmann, "Grundprobleme der Willenserklärung", *JuS* 11. Jahrgang, Heft 12 (Dezember 1971): 614.

⁴¹⁸ Bu yönde bkz. Armbrüster, *MüKo*, Vorbem. zu §§ 116-124, N. 22; Kramer, *MüKo*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 8. Ayrıca karşı. Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 544, 606.

⁴¹⁹ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Neuner, "Willenserklärung", 884.

sebeplerden birisiyle akla uygun biçimde davranma yeteneğini kaybetmiş bulunmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğuna vurgu yapmıştır. TMK m. 15 ve ZGB Art. 18 uyarınca fiillerin ve bu arada irade açıklamalarının hüküm doğurmaması sonucu da, ayırt etme gücünün yokluğuna bağlanmıştır. Bu yönüyle anılan Kanun'ların, Alman Medenî Kanunu'ndan farklı bir düzenleme biçimini tercih ettiği rahatlıkla söylenebilir. Zira her ne kadar fiil ehliyetinin hukukî işlemler alanındaki uzantısını teşkil eden hukukî işlem ehliyeti BGB § 104'te sınırlı birtakım sebeplere bağlı olarak düzenlenmişse de, BGB § 105, geçersizlik yaptırımını sadece hukukî işlem ehliyetinin yokluğu için değil, bunun dışında bazı hâller bakımından da kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle BGB § 105 Abs. 2 uyarınca, hukukî işlem ehliyetsizliği sonucunu doğurmayan, ancak iradenin serbestçe teşekkülünü engelleyen hâllerde geçersizlik yaptırımının uygulanmasına açık kapı bırakılmıştır. Oysa ilk bakışta, kesin hükümsüzlük yaptırımını doğrudan ayırt etme gücünün yokluğuna bağlayan TMK m. 15 ve ZGB Art. 18'de bu kapı sıkı sıkıya kapatılmış gibi görünmektedir. Bu yaptırımın uygulanmasının önünün kapalı olduğu kabul edilirse, TMK m. 13'te tespit edilen sebepler arasında yer almayan, ancak akla uygun biçimde davranma yeteneğinin kaybı anlamına gelen ihtimallerde, ayırt etme gücünün varlığına ve TMK m. 15'in mefumu muhalifinden hareketle hukukî işlemin geçerliliğine hükmedilmesi gerekir. Öyleyse bu noktada öncelikle yapılması gereken, mutlak kuvvet etkisi altında sergilenen ya da refleksif nitelik arz eden davranışların TMK m. 13'ün doğrudan uygulama alanında bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Buna verilen cevap olumsuzsa bu sefer, TMK m. 15'in mefumu muhalifinden mi hareket edileceği, yoksa bir kanun boşluğunun varlığının kabul edilip bunun doldurulması yoluna mı gidileceği tartışılmalıdır.

TMK m. 13 ve ZGB Art. 16'da geçen akla uygun biçimde davranma yeteneği (*die Fähigkeit [...], vernunftgemäss zu handeln*), doktrinde farklı alt başlıklardan yararlanarak açıklanmaktadır. İsviçre Medenî Kanunu tasarısında yer alan⁴²⁰, ancak madde metnini kısaltmak amacıyla sonradan metinden çıkarılan nitelendirmeden hareketle klasik öğreti, bu yeteneğin, bünyesinde davranışlarının anlamını ve sonuçlarını öngörüp değerlendirme ve bu değerlendirmelere uygun olarak davranma yetilerini barındırdığını ifade etmektedir⁴²¹. Ayırt

⁴²⁰ Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda (Art. 31, BBl 1881 III 109), mülga Kişisel Fiil Ehliyeti Hakkında Federal Kanun'da (Art. 4, BBl 1881 III 439) ve yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu'nun ön tasarısındaki (Art. 10), ZGB Art. 16'nın öncüsü niteliği taşıyan düzenlemeler hakkında bilgi ve karşılaştırma için bkz. Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 12; Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo, 82.

⁴²¹ Bu yönde bkz. Ataay, 65; Bigler-Eggenberger, Art. 16, N. 6; İlhan Helvacı, "Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine", *İÜHFMC* LV, S. 4 (1997): 145, 146; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 55; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 52; Öztan, 67; BGE 124 III 5, 7, 8. Zevkliler de ayırt etme gücü için benzer bir tanım vermekle birlikte, ayırt etme gücünü; yargı, isteme ve karar verme, gerçekleştirme

etme gücünün varlığından bahsedilebilmesi için, bu iki kabiliyetin kümülatif şekilde, yani birlikte bulunması şarttır⁴²². Diğer bir ifadeyle bunlardan birinin dahi yokluğu, ayırt etme gücünün mevcut olmadığına hükmedilmesini gerektirir. Mutlak kuvvet etkisi hâli için bu kabiliyetler arasında esas önem arz eden, ikincisi, yani iradeyi gerçekleştirme yetisidir. Bu yeti, kişinin meydana getirdiği iradeye uygun şekilde davranabilmesi anlamına gelir⁴²³. Bunun için kişi, olası dış etkilere karşı koyabilecek durumda bulunmalı ve davranışıyla ortaya koyduğu irade, onun kendisi tarafından oluşturulan irade olmalıdır⁴²⁴. Mutlak kuvvet altında sergilenen davranışlarda ve refleksif davranışlarda ise bu yeteneğin ortadan kalktığı açıktır. Nitekim bir kimse, davranışının olası hukukî sonuçlarını öngörebilecek durumda olmasına rağmen, ilk ihtimalde üçüncü bir kişinin etkisi, ikinci ihtimalde ise dış uyarıcılara vücut tarafından verilen kontrol edilemez tepkiler yüzünden iradesine uygun davranabilme becerisini kaybetmektedir. Dolayısıyla her iki hâlde de akla uygun biçimde davranma yeteneğinin, bir anlık dahi olsa devre dışı kaldığı rahatlıkla söylenebilir. Ancak TMK m. 13 ve ZGB Art. 16 düzenlemelerinde kanun koyucunun, ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu, akla uygun biçimde davranma yeteneğinin herhangi bir sebeple kaybına değil, belirli nitelik ve ağırlıktaki birtakım sebeplerle yitirilmesine bağladığı hususunda tereddüt edilmemelidir. Bu bağlamda ayırt etme gücünün yokluğu sonucu, akla uygun biçimde davranma yeteneğinin kaybedilmesinin Kanun'da zikredilen sebeplerden birine dayandırılabilmesi hâlinde doğar⁴²⁵. Fakat kanaatimizce, metinde geçen “benzer sebepler (*ähnliche Zustände*)” ibaresi, ister sadece sarhoşluğa benzer sebepler isterse düzenlemede zikredilen tüm hâllere benzer sebepler olarak anlamlandırılınsın, hükmün kapsamı mutlak kuvvet etkisi altındaki ve refleksif davranışları kapsayacak genişliğe ulaşmamaktadır. Zira kanun koyucunun ayırt etme gücünün bulunmamasına dayanak olarak tespit ettiği hâller, zihnin belli bir gelişmişliğe ulaşmamış olması, zihinsel yetilerin işler durumda bulunmaması ya da bilincin kısmen yahut tamamen yerinde olmaması ihtimalleriyle sınırlıdır. Diğer bir deyişle anılan hâller, her

ve yapma şeklinde üç unsura ayırmaktadır. Bkz. Zevkliler, 220. Görece yakın tarihli eserlerde, akla uygun biçimde davranma yeteneğinin alt başlıklarının, irade meydana getirme yetisi ve iradeyi gerçekleştirme yetisi şeklinde ifade edildiğine de rastlanmaktadır. Bu yönde bkz. Hausheer ve Aebi-Müller, *Personenrecht*, N. 06.24; ayrıca karşı. Serozan, *Medeni Hukuk*, İkinci Başlık, Birinci Bölüm, § 2, N. 2. Akla uygun biçimde davranma yeteneğinin daha çok sayıda unsura ayrılmak suretiyle detaylı biçimde incelenişi için bkz. Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 49 vd..

⁴²² Bigler-Eggenberger, Art. 16, N. 3, 6; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 48; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 55; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 52.

⁴²³ Bigler-Eggenberger, Art. 16, N. 10; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 72; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 53; Öztan, 67, 68; BGE 124 III 5, 7, 8.

⁴²⁴ Bigler-Eggenberger, Art. 16, N. 10-14; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 72; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 53; BGE 124 III 5, 7, 8; BGer 5A_748/2008, Erw. 2, Erw. 3.2.

⁴²⁵ Bigler-Eggenberger, Art. 16, N. 5; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 51; Öztan, 67, 68; Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo, 82.

halükârda zihinsel ve bilişsel yeteneklere ilişkindir⁴²⁶. Zihinsel ve bilişsel faaliyetler üzerinde etki doğurmayan sebeplerle, örneğin üçüncü kişinin fiziksel baskısı ya da istemsiz fizyolojik tepkiler nedeniyle akla uygun biçimde davranma yeteneğini yitirilmesi, kanun koyucu tarafından ayırt etme gücü kavramıyla ilişkilendirilmemiştir⁴²⁷.

Yukarıdaki tespitlerden hareketle, araştırmamız bakımından fayda sağlayan iki sonuca ulaşılmaktadır. İlk olarak, TMK m. 13 ve ZGB Art. 16'nın mutlak kuvvet etkisi ya da refleksler dolayısıyla iradeyi gerçekleştirme yeteneğinin kaybı ihtimallerine altlanması ve böylece doğrudan uygulanması söz konusu olmaz. Öyleyse bu iki vaziyette bir davranışta bulunan kişi, TMK m. 13 ve ZGB Art. 16 uyarınca ayırt etme gücünü haizdir. İkinci olarak ise, Alman doktrininde savunulan, bilincin tamamen kaybedildiği hâllerde yapılan açıklamaları, BGB § 105'te düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulama alanı dışına çıkararak yokluk sonucuna tâbi tutma fikrinin Türk ve İsviçre Medenî Kanunu'nun konuyu ele alış şekliyle bağdaşmadığı söylenmelidir. Zira zihinsel ve bilişsel faaliyetleri etkileyen sebepler yönünden TMK m. 13 ve ZGB Art. 16'nın kapsamına dâhil edilmeyen hâllerde, yine anılan hükümler uyarınca ayırt etme gücünün mevcut olduğuna hükmedilmesi zorunluluk arz etmektedir. Buradan hareketle, zihinsel ve bilişsel faaliyetler üzerinde etki doğuran sebeplerin ayırt etme gücünü bertaraf ettiği sonucuna, bunların ancak söz konusu kanunî düzenlemelerin kapsamı içinde değerlendirilebilmesi ihtimalinde ulaşılabilmektedir. Sarhoşluk gibi bilinç bulanıklığı hâllerini içinde barındıran söz konusu düzenlemelerin, baygınlık ve koma gibi bilincin tamamen yitirildiği ihtimalleri dışarıda bıraktığı ve bunlar için ayırt etme gücünün mevcudiyeti sonucunu layık gördüğü, savunulabilir bir yargı teşkil etmekten uzaktır. Dolayısıyla bilincin tamamen kaybedildiği hâller de TMK m. 13 ve ZGB Art. 16 düzenlemelerinin uygulama alanında yer alır. Bu hâllerde sergilenen davranışların

⁴²⁶ Nitekim Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo (82), ayırt etme gücü (*Urteilsfähigkeit*) kavramının, akla uygun biçimde davranma yeteneğinin unsurlarından sadece ilkini, yani akla ilişkin unsuru (*das intellektuelle Moment*) ifade ettiğini ve bu yönüyle fazla dar bir kavram niteliği taşıdığını haklı olarak belirtmektedir. Fakat kanaatimizce bu kullanım, bir yanlışlığın ürünü değil, kanun koyucunun söz konusu kavrama yönelik bakış açısının belirgin bir göstergesidir ve bu kavramın tamamen akla ilişkin yetilerle ilişkilendirildiğini ortaya koymaktadır. Kaldı ki doktrinde ikinci unsurun, yani iradeye uygun davranma becerisinin yokluğuna ilişkin verilen örnekleri de, çoğunlukla ilgili kişinin akıl zayıflığı gibi nedenlerle bir başkasının etkisi altında kalarak belirli bir davranış sergilediği ihtimaller oluşturmaktadır. Örnek olarak bkz. Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 73-77; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 53; Öztan, 67, 68; BGer 5A_748/2008, Erw. 3.2.

⁴²⁷ Bartholomeyczik de (70), Alman Medenî Kanunu bakımından, BGB §§ 104 ve 105 düzenlemelerinde kanun koyucunun, "kişinin bir bütün olarak durumuna (*die Gesamtqualität des Ichs*)" ilişkin hâlleri göz önünde bulundurduğuna, bunun dışındaki fiil bilincinin kaybı ihtimallerini düzenlemediğine dikkat çekerek aynı doğrultuda bir değerlendirme ortaya koymuştur. Yazara göre düzenlemelerin kapsamı dışında yer alan bu ikinci tür fiil bilincinin kaybı ihtimalleri, doğrudan somut bir davranışla ilişkilidir ve refleks davranışları bu kapsamda yer alır.

sonuçları, hukukî işlemler alanında, TMK m. 15 ve ZGB Art. 18 uyarınca kesin hükümsüzlük müeyyidesine tâbi tutulur.

Mutlak kuvvet etkisi ve refleks temelinde ortaya çıkan hareketler bakımından bir kanun boşluğunun bulunduğu sonucuna varmadan önce, TMK m. 13 ve m. 15 ile ZGB Art. 16 ve Art. 18 düzenlemelerinin mefhumu muhalifleri itibarıyla anılan hâllere ilişkin bir çözüm içerip içermedikleri sorgulanmalıdır. Bilindiği üzere TMK m. 15 ve ZGB Art. 18’de fiillerin hükümsüzlüğü sonucu ayırt etme gücünün yokluğuna ve dolayısıyla tam ehliyetsizliğe bağlanmıştır. Eğer bu hükümlerin, mefhumu muhalifinden çıkarım yapmaya (mefhumu muhaliften istidlal, *argumentum e contrario*) elverişli nitelik taşıdığı sonucuna varılırsa, ayırt etme gücünün mevcut olduğu hâllerde irade açıklamasının ve dolayısıyla sözleşmenin geçerli olduğuna hükmedilir. Böyle bir çıkarım, mutlak kuvvet etkisinin ya da davranışın refleksif niteliğinin, irade açıklamasının geçerliliğine zarar vermediği anlamına gelir.

Fikrimizce TMK m. 15 ve ZGB Art. 18’in zıt anlamından belirli sonuçlar türetmek mümkün olmakla birlikte, bu sonuçlar mutlak kuvvet etkisini ve refleksif davranışları kapsamına almamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun koyucu ayırt etme gücü kavramını, sadece psişik becerilerle ilgili bir kavram olarak kullanmaktadır. İşlem güvenliğinin korunmasına ilişkin kaygılarla, TMK m. 13 ve ZGB Art. 16’da ancak belirli ağırlıkta sebeplerin bir fiilin ve dolayısıyla bir hukukî işlemin geçersizliğine yol açacağı düzenlenmiştir. Buradan hareketle, doktrinde de isabetle belirtildiği üzere⁴²⁸, davranışları aklın kontrolünden çıkararak kişinin akla uygun biçimde davranma yeteneğini kaybettirmesi ihtimali bulunan duygusal sebepler, örneğin aşırı öfke ve üzüntü, kanun koyucunun gözünden daha az mazur görülebilir kabul edildiği için düzenlemedeki sebeplerin kapsamına dâhil edilmemektedir. Dolayısıyla söz konusu hâller bakımından TMK m. 15 ve ZGB Art. 18’deki kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmaması bilinçli bir tercih teşkil eder ve bu tür hâllerde hukukî işlemin kanun koyucu tarafından geçerli kabul edildiği anlamına gelir. Fakat mutlak kuvvet etkisi altındaki davranışlar ve refleksif nitelik arz eden davranışlar yönünden durum farklıdır. Kanun koyucu, zihinsel faaliyetlerle ilişkili bulunmayan bu tür ihtimalleri, bilinçli olarak ayırt etme gücüne ve bunun yokluğunun yaptırımına ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı dışında bırakmak suretiyle bu ihtimallerde hukukî işlemlerin geçerliliği yaptırımını öngörmüş değildir. Bu gibi ihtimaller, ayırt etme gücü kavramıyla hiç

⁴²⁸ Bu yönde bkz. Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 108; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 56; Zevkliler, 223. Aşırı öfke bakımından aksi yönde bkz. Ataay, 67; Dural, 64.

ilişkilendirilmemiştir. Bu çerçevede TMK m. 15 ve ZGB Art. 18'in zıt anlamından hareketle fiilin hüküm ve sonuç doğuracağı yönünde bir çıkarım, ancak ve ancak akla uygun biçimde davranma yeteneğinin kaybına yol açan ve TMK m. 13 ve ZGB Art. 16'daki sebepler kapsamına girmeyen "zihinsel ve bilişsel yeteneklere ilişkin" hâller bakımından yapılabilir. Dolayısıyla TMK m. 15 ve ZGB Art. 18'in zıt anlamından, zihinsel ve bilişsel faaliyetler üzerinde etki göstermeyen mutlak kuvvet uygulanması ve refleks hâllerinde hukukî işlemlerin geçerliliği gibi bir sonuca ulaşılamaz.

Mutlak kuvvet etkisi altındaki davranışlar ile refleksif davranışlar bakımından TMK m. 15 ve ZGB Art. 18'in zıt anlamından sonuçlar üretmenin mümkün olmaması, bu davranışların hukukî işlemler alanındaki hukukî akıbeti yönünden bir kanun boşluğunun bulunduğu kabulünü gerekli kılar. Bu boşluğun doldurulması için her şeyden önce kıyasen uygulanması (*argumentum per analogiam*) mümkün bir kanunî düzenleme arayışına girilmelidir. Bu arayış, yine tam ehliyetsizin fiillerinin yaptırımını düzenleyen TMK m. 15 ve ZGB Art. 18'de noktalanmaktadır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere anılan düzenlemelerin zıt anlamından ayırt etme gücünün mevcut olduğu tüm ihtimallerde kişinin davranışlarının hüküm ve sonuç doğuracağı gibi genel bir sonuç çıkarılamamaktadır. Bu nedenle, düzenlemelerin kıyasa izin vermeyen bir istisna hükmü olarak nitelendirilmemesi isabetli olur⁴²⁹.

Öte yandan TMK m. 15'te yer alan değerlendirmeye aralarında bir denge kurulan çatışan menfaatler de, mutlak kuvvet etkisi altındaki davranışlar ile refleks davranışlarında çatışan menfaatlerle ciddi derecede benzerlik arz etmektedir. Nitekim doktrinde⁴³⁰ fiil ehliyetinin, belli bir davranış biçiminin sahibine hukuken isnat edilebilirliği şeklinde tanımlandığına rastlanmaktadır. Bu doğrultuda fiil ehliyetine ilişkin kurallar, bir insan davranışının hangi şartlar altında hukuken bu davranışa bağlanan hüküm ve sonuçları meydana getireceğini düzenlemektedir. Fiil ehliyetsizliğine (tam ehliyetsizliğe) bağlanan kesin hükümsüzlük yaptırımı da, bu açıdan ele alındığında, belirli davranışların hukukî sonuçlarının, sahibine isnat edilemezliğinin Kanun'daki karşılığını oluşturmaktadır⁴³¹. Tam ehliyetsizin fiilleri için bu tür bir yaptırımın öngörülmesindeki temel amaç, davranışlarının

⁴²⁹ Hemen belirtelim ki doktrinde, istisnaların dar yorumlanacağına ilişkin kuralın (*singularia non sunt extendenda*) mutlak biçimde uygulanmaması gerektiği, menfaatler durumuna uygun düştüğü sürece istisna niteliği taşıyan kuralların kıyasen uygulanmasının gündeme gelebileceği de ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, Birinci Başlık, Birinci Bölüm, § 5, N. 34.

⁴³⁰ Bu yönde bkz. ve karşı. Bucher ve Aebi-Müller, Vorbem. vor Art. 12-19d, N. 1, Art. 16, N. 18; Neuner, "Willenserklärung", 884, 888.

⁴³¹ Karşı. Bucher ve Aebi-Müller, Vorbem. vor Art. 12-19d, N. 1, Art. 16, N. 18.

hukukî sonuçlarını anlayabilecek ve davranışlarını bu doğrultuda yönlendirebilecek durumda olmayan kişileri, davranışlarının olası hukukî sonuçlarıyla bağlantıdan kurtarmak, böylece fiil ehliyetine sahip bulunmayan kişileri korumaktır⁴³². Hukuk süjelerinin ancak iradî biçimde sergiledikleri fiillerden sorumlu olmaları düşüncesi üzerine inşa edilen bu yaklaşım, bu yönüyle kaynağını irade özerkliği ilkesinden almaktadır⁴³³.

Mutlak kuvvet etkisi altındaki bir davranışta bulunan ya da refleksif bir davranış ortaya koyan kişi, bu davranışları yönlendirme beceri ve imkânına sahip bulunmadığı için, esasında, yaşı küçük olan, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı bulunan veya sarhoş durumda olan kişiyle aynı derece korunmaya muhtaç durumdadır. Nitekim anılan hâllerde de kişi, hiçbir surette kontrol edemediği, iradesine dayanmayan davranışlarda bulunmakta ve bunun sonucunda hukuken belli sonuçlarla bağlı tutulma tehlikesi altına girmektedir. Hatta anılan iki ihtimal, Kanun'da zikredilen hâllere nazaran daha ağır nitelik arz ettiğinden, diğer bir ifadeyle bireyin iradesi ile davranışı arasındaki bağlantıyı daha açık biçimde kopardığından, Kanun'da zikredilen hâllere bağlanan geçersizlik yaptırımının bu ihtimallerde evleviyetle uygulanması gerekir. Kaldı ki bahsedilen iki ihtimal; ağırlığı ve doğurduğu etki yönünden, özellikle davranışın sahibinin davranış üzerindeki kontrolünün tamamen ortadan kalktığı hipnoz, baygınlık ve koma gibi hâllere benzer nitelik arz etmektedir. Kanun koyucu bu hâllerde davranışın hüküm ve sonuçlarına yönelik olarak hangi değerlendirmeyi yapmışsa, onun mutlak kuvvet etkisi altındaki ve refleksif davranışların hukuk âlemindeki görünümüne ilişkin olarak da aynı değerlendirmeyi yapacağı varsayılmalıdır. Daha önce önemle vurguladığımız, Alman doktrininde bu hâllerin aynı yaptırıma bağlanması yönünde sergilenen tavır, bu açıdan tesadüf değildir. Tüm bunlardan hareketle, mutlak kuvvet etkisi altında sergilenen ve refleksif nitelik arz eden davranışlar da, TMK m. 15'teki yaptırımın kıyasen uygulanması sonucunda tam ehliyetsizin davranışlarıyla aynı kadere tâbi tutulmalıdır. Hukukî işlemler alanında bu tür davranışlar çerçevesinde meydana gelen irade açıklamalarına, bu kapsamda, kesin hükümsüz etiketi vurulmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, fiil iradesinin yokluğu başlığı altında ele alınabilecek tüm ihtimallerde bir irade açıklamasının ve bu doğrultuda bir sözleşmenin meydana gelebileceği, ancak bunların hüküm ve sonuç doğurmayacağı sonucuna varılmaktadır. TMK m. 13'te açıkça zikredilen ve "benzer sebepler" ibaresinin açtığı kapıyı

⁴³² Bucher ve Aebi-Müller, Vorbem. vor Art. 12-19d, N. 11, Art. 16, N. 1; Hausheer ve Aebi-Müller, *Personenrecht*, N. 06.04; Hofer, Hrubesch-Millauer ve Roberto, N. 10.05, 10.40.

⁴³³ Hofer, Hrubesch-Millauer ve Roberto, N. 10.05; Serozan, *Medeni Hukuk*, İkinci Başlık, Birinci Bölüm, § 2, N. 8.

kullanarak düzenlemenin uygulama alanına dâhil olan sebeplerin yanı sıra, mutlak kuvvet etkisi⁴³⁴ ve refleks gibi sebepler de, bir hukukî işlemin meydana gelmesine zarar vermezken, bunun hüküm ve sonuç ifade etmesini engelleyici etkiyi haizdir.

C. Kusurun Etkisi

1. Davranışın İsnat Edilebilirliği Bakımından

Fiil iradesi bağlamında tartışılması gereken önemli bir husus da, kusurun etkisidir. Bu bağlamda bilhassa, kişinin kusurlu olarak, daha doğrusu ihmal sonucunda istemediği bir davranışta bulunduğu hâller bakımından da fiil iradesinin yokluğunun hukukî işlemin geçersizliğini beraberinde getirip getirmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Hâlen azınlıkta kalmakla birlikte son dönemde Alman doktrininde git gide daha çok taraftar toplayan bir görüş⁴³⁵, irade açıklamasının kurucu unsuru olarak fiil iradesi kavramından vazgeçilmesi ve bunun yerine kusur ölçütüne belirleyicilik atfedilmesi yönündedir. Bu görüşteki yazarlar, özellikle iradeye aykırı davranışın sahibinin ihmâline dayandırılabilirdiği hâllerde irade açıklamasının geçerliliğini kabul etme yönünde bir eğilim sergilemektedirler. Bir davranışın sahibine isnat edilmemesi ve onun bu davranışın hukukî sonuçlarından sorumlu tutulmaması, bu çerçevede, ancak o kimsenin kusuru bulunmaksızın iradesiyle örtüşmeyen bir davranış ortaya koyması hâlinde bahis konusu olabilir⁴³⁶. Buradan hareketle, yazarların bir kısmı tarafından, fiilin isnat edilebilmesinin şartı olarak fiil iradesinin yerine fiil ehliyetinin varlığı şartının ikame edilmesi fikri öne sürülmüştür⁴³⁷. Bu fikir çerçevesinde, bir davranışın sahibinin, bu davranışın hukuk âlemindeki yansımaları oluşturan hüküm ve sonuçlarından sorumlu tutulmaktan kurtarılması da, ancak davranışa hükmetme kabiliyetinin tamamen kaybolması, yani fiil ehliyetsizliği hâlinde gündeme gelmektedir⁴³⁸.

⁴³⁴ Alman doktrininde Flume, mutlak kuvvet etkisi altında sergilenen davranışlar bakımından farklı görüştedir. Yazara göre mutlak kuvvet etkisi altında kalan kişiye ait bir fiilden bahsedilemez; zira o, bir başkasının kullandığı bir araç, bir alet konumundadır. Bu bağlamda etki altında kalan kişi yönünden irade açıklaması hiç varlık kazanmamaktadır. Bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 530.

⁴³⁵ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Reinhard Hepting, “Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Bindung”, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln* (Köln - Berlin - Bonn - München: Carl Heymanns Verlag KG, 1988), 221; Neuner, “Willenserklärung”, 884, 885, 888; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27.

⁴³⁶ Bu yönde özellikle bkz. Hepting, 221.

⁴³⁷ Bu yönde bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 27. Neuner de fiil iradesi kavramını bu konuda bir çözüm sunmaya elverişsiz görmesi bakımından benzer bir esastan hareket etmektedir. Fakat o, irade açıklamasının bir kimseye isnat edilebilmesi için yeteneğe ilişkin şartlar arasında saydığı fiil ehliyetinin varlığı şartını, niyete ilişkin şartlar başlığı altında yer verdiği iletişim iradesinin (*Kommunikationswille*) mevcut olması şartıyla desteklemektedir. Bkz. Neuner, “Willenserklärung”, 884, 885, 888.

⁴³⁸ Hemen belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda anılan görüşü savunan yazarların açıklamaları özü itibarıyla incelendiğinde, buradaki fiil ehliyeti şartının, Türk ve İsviçre hukukları bakımından tam ehliyetliliği değil, ayırt etme gücünün varlığını ifade ettiği anlaşılmaktadır. Fiil ehliyeti nitelendirmesinin

Fakat kanaatimizce bir fiilin, sahibine isnat edilmesinin sınırlarını kusur ölçütüne göre çizen bu düşünce tarzında isabet yoktur. Her şeyden önce burada, davranışın dış dünyada meydana getirdiği hukukî sonucun istenmemesinden değil, davranışın kendisinin istenmemesinden söz edildiğine dikkat çekilmelidir. Bir davranışın kendisini sergilemek istemeyen kişinin, kusurlu dahi olsa, bunun sonucunda duruma göre bir sözleşmeyle bağlı tutulması, irade özerkliği ilkesinin önemli ölçüde gözden kaybolması sonucunu doğurması bakımından kabul edilebilir olmaktan uzaktır⁴³⁹. Fiil iradesi bulunmayan kimsenin menfaati, ihmâlen bir davranışta bulunmuş olsa bile, öncelikle korunmaya değer nitelik arz etmektedir. Öte yandan kanun koyucunun, TMK m. 13 ve m. 15 düzenlemelerinde ayırt etme gücünün yokluğunun hukukî işlemin geçersizliğine yol açacağı değerlendirmesini yaparken, ayırt etme gücünün kusurlu ya da kusursuz şekilde kaybedildiği hâller arasında bir ayırım yapmadığı açıktır. Bu bağlamda kanunun ruhunun da böyle bir argümana yabancı olduğu rahatlıkla söylenebilir.

2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bakımından

Fiil iradesi bulunmayan kişinin hukukî işlemler alanındaki sorumluluğu bakımından kusur, ancak ve ancak belli şartlarla bu kişinin culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmasına imkân tanımak suretiyle bir anlam ifade edebilir. Nitekim TBK m. 114/II'de, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin sözleşme sorumluluğunda da kıyasen uygulanacağı düzenlemiştir. Bu çerçevede, hakkaniyet sorumluluğunu düzenlemeye kavuşturan TBK m. 65 ve ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin haksız fiillerinden sorumluluğunu öngören TBK m. 59, sözleşme sorumluluğu alanında kıyasen uygulanabilmektedir⁴⁴⁰. Doktrin, anılan düzenlemelerin sözleşme sorumluluğu bakımından

tercih edilmesinin ardında, Alman hukukunda bu ehliyetin maddî şartını ifade etmek üzere ayırt etme gücü gibi yeknesak ve genel bir kavramın kullanılmamasının yattığını söylemek mümkündür. Konunun her iki hukuk düzeni tarafından ele alınışına ilişkin bilgi ve karşılaştırma için bkz. Bucher ve Aebi-Müller, Art. 16, N. 2; Knothe, Vorbem. zu §§ 104-115, N. 119, 120.

⁴³⁹ Ancak iradî bir davranışın fiil kavramıyla nitelendirilebileceğinden hareketle, fiil ehliyeti kavramının fiil iradesi ya da fiil bilincinin (*Handlungsbewusstsein*) ikamesini oluşturamayacağı şeklinde, sonucu itibarıyla aynı doğrultuda görüş için bkz. Bartholomeyczik, 69, 70.

⁴⁴⁰ Bu yönde bkz. Ataay, 115; Bigler-Eggenberger, Art. 18, N. 21; Roland Brehm, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Aufl.* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2013), Art. 54, N. 49; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 18, N. 33; Eren, N. 1905, 3322, 3335; Öztan, 87; BGE 102 II 226, 230.

uygulanma imkânını culpa in contrahendo sorumluluğuna⁴⁴¹ da genişletmektedir⁴⁴². TBK m. 65 zaten kusursuz sorumluluğu düzenleyen bir hüküm olarak, ayırt etme gücünün sürekli kaybında hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda kusur şartı aranmaksızın⁴⁴³, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanak teşkil edebilir. İhmal sonucunda istemediği bir davranışta bulunan kişinin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilmesi ise, ayırt etme gücünün geçici kaybı hâlinde TBK m. 59 çerçevesinde mümkün olur⁴⁴⁴. Bu hüküm uyarınca ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusursuz olduğunu ispatlayamadığı sürece, bu sırada verdiği zararları tazminle mükelleftir. Öte yandan her ne kadar anılan düzenlemelerde ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin sorumluluğundan söz edilse de, bu çalışmada savunulan görüş uyarınca TMK m. 15'teki kesin hükümsüzlük yaptırımının kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu hâllerde (mutlak

⁴⁴¹ Hâkim yaklaşım, culpa in contrahendo sorumluluğunu, edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlâli gerekçesiyle kıyasen sözleşme sorumluluğu hükümlerine tâbi tutmaktadır. Bu yönde bkz. Demircioğlu, 278-280; Rainer Gonzenbach, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht* (Bern: Stämpfli & Cie AG, 1987), 155; Güvenç, “Culpa in Contrahendo”, 396; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 2, N. 8; Rona Serozan, “Culpa In Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, *MHAD* Yıl 2, S. 3 (1968): 111; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 979; İlhan Uluhan, “Culpa In Contrahendo Üstüne”, *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982), 311; Süleyman Yalman, *Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006), 83; Hamdi Yılmaz, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa In Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, *Yargıtay Dergisi* C. XI, S. 3 (Temmuz 1985): 251.

⁴⁴² Bu yönde bkz. Ataay, 115; Bigler-Eggenberger, Art. 18, N. 21; Brehm, Art. 54, N. 50; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 18, N. 32; Hausheer ve Aebi-Müller, *Personenrecht*, N. 07.42; Helvacı, “Temyiz Kudreti”, 161. TMK m. 452/II düzenlemesinin kıyasen uygulanması suretiyle tam ehliyetsizin, kendisini ehil gibi göstererek yol açtığı menfi zararın tazmininden sorumlu tutulabileceği yönünde bkz. Öztan, 87.

⁴⁴³ TBK m. 65 uyarınca hakkaniyet sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, ayırt etme gücünü haiz bulunmayan kişinin fiilinin TBK m. 49 uyarınca hukuka aykırı nitelik taşıması ve ayrıca ayırt etme gücünü haiz bulunsaydı kendisine kusurlu bir fiil olarak yükletilebilecek olması şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bkz. Brehm, Art. 54, N. 17; Eren, N. 1904; Helvacı, “Temyiz Kudreti”, 151, 162. Culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından ise, hukuka aykırılık bağının mevcut olmadığı hâllerde dahi, sosyal temasın ve haklı güvenin ihlâlinin gündeme gelmesiyle yine bu sorumluluğun doğabileceğine dikkat edilmelidir.

⁴⁴⁴ Alman doktrininde de, örneğin kronik bir kas seğirmesinden muzdarip olan kişinin, bu durumunu bilerek bir açık artırmanın yapıldığı yere gitmesi hâlinde, bu seğirme satıcı tarafından öneri olarak yorumlanan bir fiile yol açtığına, sözleşmenin fiil iradesinin yokluğu dolayısıyla hükümsüz olmasından kaynaklanan zararı culpa in contrahendo esasına göre tazminle mükellef bulunduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. ve karşı. Armbrüster, *MüKo*, Vorbem. zu §§ 116-124, N. 22; Neuner, “Willenserklärung”, 884; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 50. Söz konusu örneğin dayandığı olay hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Singer, *Selbstbestimmung*, 129. Fiil iradesine sahip olmayan kişinin culpa in contrahendo sorumluluğunu tamamen reddeden aksi yönde görüş için ise bkz. Bartholomeyczik, 72; Hepting, 217; Musielak, “Wille und Erklärung”, 799. Bahsi geçen örnekte kas seğirmesinin bilincinde olan kişinin, riziko prensibi gereğince güven zararını tazminle yükümlü tutulmasının değil, irade açıklamasının geçerli bir biçimde ona isnat edilmesinin gerektiği yönünde bkz. Werba, 147-149. Fiil iradesinin bulunmadığı hâllerde, açıklama bilincinin yokluğu ihtimalindeki gibi, bir irade açıklamasının meydana geldiği, ancak bunun yanılma nedeniyle -BGB § 119 uyarınca- iptal edilebilir nitelik taşıdığı, iptal beyanında bulunulması hâlinde BGB § 122 uyarınca culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme geleceği yönünde görüş için ise bkz. Leenen, § 5, N. 35.

kuvvet altındaki davranışlar ve refleks davranışları), şartları mevcutsa bu sorumluluk hükümlerinin de kıyasen uygulanması, menfaatler durumundaki benzerlik karşısında varılabilecek en isabetli sonuçtur. Ancak fiil iradesinin yokluğu hâllerinin önemli bir kısmında (örneğin baygınlık, koma, mutlak kuvvet etkisi) kusurdan söz edilmesi son derece güç olduğundan, culpa in contrahendo sorumluluğunun da oldukça sınırlı bir alanda uygulanma imkânı bulacağı belirtilmelidir. Nihayet tekrar vurgulamak gerekir ki kusur, TMK m. 15 uyarınca hukukî işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşmasını engellemez.

D. Yokluk Yaptırımının Uygulanacağı Hâller

TMK m. 15, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin fiillerinden bahsetmektedir. Dolayısıyla TMK m. 15'teki kesin hükümsüzlük yaptırımının devreye girebilmesi için, fiilin, sahibine ait olması gerekmektedir. Belli bir kimseye ait bir fiilden bahsedilebilmesi için o kişinin iradî davranışının şart olmadığı, ayırt etme gücü ve bu çerçevede fiil iradesi bulunmayan "kimsenin fiili"nden söz eden TMK m. 15 hükmünden anlaşılabilir. Fakat kanaatimizce "bir kimsenin fiili" ifadesini kullanabilmek için, en azından o kişi ile fiil arasında fiziksel bir bağlantının bulunması şartı aranmalıdır. Bu bağlamda, doktrinde yine fiil iradesiyle bağlantılı olarak incelenen, açıklama sahibinden tamamen habersiz şekilde gerçekleştirilen açıklama sahteciliği (*Erklärungsfälschung*) ihtimalinin kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulama alanı dışında tutulması gerektiği belirtilmelidir. Bir kişiye ait olduğu görüntüsü çizen, ancak o kişiden çıkmayan, bunun yerine bir başkası tarafından o kişiye aitmiş gibi meydana getirilen bu tür açıklamalar yokluk yaptırımına tâbi tutulmalıdır⁴⁴⁵. Zira mutlak kuvvet etkisi ya da hipnoz gibi hâllerde davranışın sahibiyle davranış arasında salt görünüşte de olsa bir fiziksel bağlantı bulunurken, bu ihtimalde bu bağlantı tamamen ortadan kalkmaktadır. Anılan ihtimalde irade açıklamasının yokluğu, irade unsurundaki bir eksiklikten, örneğin fiil iradesinin bulunmamasından ziyade; açıklamanın görünüşteki sahibi yönünden irade açıklamasının dış unsurunu oluşturan bir açıklamanın, bir fiilin mevcut olmamasından ileri gelir. Aynı sonuca elbette, böyle bir görüntünün görünüşteki açıklama sahibi dışında bir kimse tarafından kasten, yani sahtecilik yoluyla değil, ihmâlen veya kusursuz biçimde yaratıldığı durumda da hükmedilmelidir. Fakat örneğin açıklama sahibinin yazarak postaya verdiği bir belgenin üzerinde muhatabına varmadan değişikliğe uğratan irade açıklamaları bakımından açıklama sahibiyile olan fiziksel bağlantı bir şekilde kurulmuştur. Bu bağlantı sonradan sekteye uğratılsa dahi, anılan irade açıklamaları TMK m.

⁴⁴⁵ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 16.

15'e kıyasen kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşmalıdır. Aynı durum, doktrinde kaybolan ya da elden çıkan irade açıklamaları (*abhandengekommene Willenserklärungen*) olarak adlandırılan açıklamalar⁴⁴⁶ bakımından da geçerlidir. Bu tür açıklamalara örnek olarak, sahibi tarafından imzalanmış, ancak henüz gönderilmek istenmeyen bir öneri içeren bir mektubun, sahibinden habersiz şekilde, örneğin sekreter tarafından yanlışlıkla postaya verilmesi gösterilebilir. Anılan açıklamalarda da her ne kadar henüz postaya verilmesi istenmese dahi, mektubun o kişi tarafından yazılmış bulunması, o kişi ile açıklama arasındaki fiziksel bağlantıyı yeterli derecede tesis etmektedir. Bu nedenle uygulanacak yaptırım, yokluk değil, yine TMK m. 15 uyarınca kesin hükümsüzlüktür.

E. TMK m. 15'ten TBK m. 1/I'in Yorumuna İlişkin Yapılan Çıkarımlar

Önemle işaret etmek gerekir ki TMK m. 15 ve ZGB Art. 18'de yokluk değil, kesin hükümsüzlük yaptırımının öngörülmesinin aslî amacının işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmek olduğunu söylemek güçtür. Gerçekten, baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayan bir sözleşmenin, mevcut olmayan bir sözleşmeye nazaran işlem güvenliğini ve bu arada muhatabın menfaatini çok daha etkili bir biçimde koruduğu iddia edilemez. Esasında TMK m. 15'te kesin hükümsüzlük yaptırımı yönünde bir tercihte bulunulması, öncelikli olarak iki sebeple açıklanabilir. Bunlardan ilki, fiil iradesinin, irade açıklamasının

⁴⁴⁶ Bu tür açıklamalar hakkında bilgi için bkz. Olaf Meyer, "Die abhandengekommene Willenserklärung", *JuS* 57. Jahrgang, Heft 10 (2017): 960-963. Söz konusu açıklamaların hukukî akıbeti, Alman doktrininde oldukça tartışmalıdır. Bir grup yazar, Alman Medenî Kanunu'nun gerekçesinden (BGB Motive I, 157) hareketle bu hâlleri fiil iradesinin yokluğu hâli olarak ele almakta ve böyle açıklamaların, sahibine irade açıklaması olarak isnat edilemeyeceğini öne sürmektedir. Bu yönde bkz. Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl.* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011), N. 615; Coing, § 130, N. 18, 24; Stephan Lorenz, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997), 220; BGH NJW 1979, 2032, 2033. Bu görüşün savunucularından bir kısmı, bu irade açıklamasının varlığına ve geçerliliğine haklı güven duyan karşı tarafa culpa in contrahendo esasına dayanan menfi zararını talep etme imkânı tanımaktadır. Bu yönde örnek olarak bkz. Bork, *Allgemeiner Teil*, N. 615; ayrıca bkz ve karşı. BGHZ 65, 13, 14, 15; BGH NJW-RR 2003, 384. Bir başka görüş, burada açıklama sahibinin kusurunun bulunması ihtimalinde ya da kusur mevcut olmasa dahi mektubun gönderilmesi rizikosunu üstlenmesi gerektiği hâllerde irade açıklamasının ona isnat edilebileceği yönündedir. Bu ikinci görüşteki yazarların önemli bir kısmı, kaybolan / elden çıkan irade açıklamalarını fiil iradesinden ziyade açıklama iradesine ilişkin bir sorun olarak görme ve açıklama iradesinin yokluğu hâlleriyle aynı kadere tâbi tutma eğilimindedir. Bu çerçevede, irade açıklamasının BGB § 119 Abs. 1 uyarınca iptal edilebilir nitelik taşıdığı ifade edilmekte, iptal sonucunda karşı tarafa, BGB § 122 uyarınca menfi zararın tazmini imkânı sunulmaktadır. Bu görüş doğrultusunda bkz. ve karşı. Dorothee Einsele, *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 125-132, 8. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2018), § 130, N. 14; Flume, *Rechtsgeschäft*, 449, 450; Hefermehl, § 130, N. 5; Hepting, 220; Larenz ve Wolf, § 26, N. 7; Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 266; Bernd Rüthers ve Astrid Stadler, *Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2009), § 17, N. 38. Bu tür ihtimallerin açıklama iradesinin yokluğu hâlleriyle aynı şekilde ele alınması gerektiğini öne sürmekle birlikte, açıklama iradesinin yokluğunda açıklamanın, sahibine irade açıklaması olarak isnadını reddetmeleri nedeniyle sonuç olarak ilk görüşle aynı doğrultuda değerlendirmeler için bkz. ve karşı. Neuner, "Willenserklärung", 886, 887; Singer, *Staudingers Kommentar, Vorbem. zu §§ 116 ff.*, N. 49; Manfred Wolf ve Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 10. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2012), § 32, N. 22-24.

olmazsa olmaz nitelik arz eden bir kurucu unsur olarak değil, fiilin hukukî sonuçlarının sahibine isnat edilebilirliğinin sınırlarını çizen ve isnat için bulunması gereken bir şart olarak ele alınmasıdır. İkinci olarak ise söz konusu tercih, TMK m. 15'te açıkça ifade edildiği üzere, Kanun'da belirtilen ayırık birtakım durumlarda fiilin hüküm ve sonuç doğurmasını mümkün kılması bakımından bir anlama sahiptir. Aslında doktrinde bu istisnalar arasında sayılan ihtimaller incelendiğinde, bunların daha ziyade, kesin hükümsüzlük yaptırımının TMK m. 15'in temelinde yatan tam ehliyetsiz kişiyi koruma amacıyla çelişen sonuçlara yol açması hâlinde, bu koruma amacının pekiştirilmesine hizmet ettiği görülmektedir⁴⁴⁷. Bununla birlikte, düzenlemede yokluk yerine kesin hükümsüzlük yaptırımının öngörülmesinin, işlem güvenliğinin korunmasına hiçbir katkısının olmadığı da söylenemez. Zira yokluğun hakkın kötüye kullanılması yasağıyla düzeltilmesi mümkün değilken, kesin hükümsüz bir işlem bu yasak çerçevesinde sağlık kazanabilmektedir⁴⁴⁸. Benzer şekilde kesin hükümsüz bir işlem, mevcut olmayan bir işlemin aksine, tahvil (çevirme) ve tasdik (onaylama) suretiyle ayakta tutulabilmektedir⁴⁴⁹. Kesin hükümsüzlük yaptırımının tercihi, bu bağlamda, özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağının işletildiği bazı hâllerde işlemin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmasına kapı aralamaktadır. Gerçekten doktrinde, bilhassa hakkın kötüye kullanılması yasağı ile anılan yaptırıma çizilen sınırların, bazı hâllerde tam ehliyetsizin muhatabını koruyucu etki doğurduğuna işaret edilmektedir⁴⁵⁰. Öyleyse kendisine bağlanan istisnalar marifetiyle TMK m. 15'te öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımı, sınırlı şekilde işlem güvenliğinin korunması ilkesine de hizmet etmektedir.

Ayırt etme gücünün yokluğuna kesin hükümsüzlük sonucu bağlayan TMK m. 15'in sınırlı biçimde de olsa işlem güvenliğinin korunmasına yöneldiği tespiti, TBK m. 1/I'nin

⁴⁴⁷ İşleme, karışma ya da birleşme yoluyla taşınır mülkiyetini elde edebilmeleri (TMK m. 775, 776), evliliklerinin butlan kararı verilene kadar (TMK m. 156), ölüme bağlı tasarruflarının ise iptal kararı verilene kadar (TMK m. 557) geçerli addedilmesi, ayırt etme gücünün piyangodan kazandığı ikramiyenin hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) işletilerek ona ödenmesinin sağlanması, kesin hükümsüzlük kuralının ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler lehine öngörülen kanunî istisnaları olarak değerlendirilebilir. İstisnalar hakkında geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. Bigler-Eggenberger, Art. 18, N. 9 vd.; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 18, N. 9 vd., 93 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 76 vd..

⁴⁴⁸ Aynı yönde bkz. Akbulut, 32; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 43, N. 2; Oğuzman ve Öz, 180, dn. 466; ayrıca bkz. Özgür Güvenç, *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 150, dn. 88.

⁴⁴⁹ Akbulut, 31, 32; Fahiman Tekil, "Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları", *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000), 1097.

⁴⁵⁰ Bu duruma örnek olarak, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kural itibarıyla hükümsüz olan bir ödünç sözleşmesi çerçevesinde aldığı parayı kullandıktan sonra, bunu iade etmesi gerektiği zaman ileri sürdüğü sözleşmenin geçersizliği iddiasının hakkın kötüye kullanılması yasağı uyarınca dinlenmemesi gösterilmektedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 78. Ayrıca karşı. Bucher ve Aebi-Müller, Art. 18, N. 9 vd., 94-97.

ilkesel temellerinin açığa çıkarılması bakımından önem arz etmektedir. Bu tespit ışığında TBK m. 1/I'in, iradeler yerine irade açıklamalarının uyuşmasına vurgu yapmakla, fiil iradesinin bulunmadığı hâllerde de sözleşmenin meydana gelmesine olanak tanıdığı sonucuna varılmaktadır. Gerçekten TBK m. 1/I uyarınca bir davranış irade açıklaması olarak nitelendirilebiliyorsa ve irade açıklamaları arasında bir uygunluk da mevcutsa, açıklama sahibinin fiil iradesi bulunmasa dahi bir sözleşme varlık kazanır. Hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ihtimallerde sözleşmenin ayakta kalmasına olanak tanıyan bu tercih, işlem güvenliğinin korunması yönünde atılmış bilinçli bir adım olarak değerlendirilmelidir. Fakat sözleşmenin bu şekilde ayakta tutulmasının ancak az sayıda ihtimalde gündeme gelebileceği de açıktır. Fiil iradesi bakımından, kanun koyucu açıklama iradesi ve işlem iradesinin yokluğuna nazaran daha katı bir tavır takınmış ve işlem güvenliğini çok daha sınırlı bir biçimde korumuştur. Her ne kadar fiil iradesi irade açıklamasının kurucu unsuru olarak görülmemişse de, anılan sınırlı ihtimaller dışında, açıklama sahibinin açıklamanın hukukî sonuçlarıyla bağlı tutulabilmesi için kural olarak fiil iradesinin mevcudiyeti şarttır. Bununla birlikte, sözleşmenin tam ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olduğu hâllerde, şartları gerçekleşmişse TBK m. 59'un ve TBK m. 65'in kıyasen uygulanması suretiyle culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme gelmesinin mümkün olduğu unutulmamalıdır. Bu imkân da, zayıf da olsa işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmektedir.

§ 5. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN (TBK m. 1/I) İŞLEM GÜVENLİĞİNİN KORUNMASINA NE ŞEKİLDE HİZMET ETTİĞİNİN AÇIĞA ÇIKARILMASI

I. GENEL OLARAK

Açıklamada yanılmaya ilişkin TBK m. 30 vd. ile ayırt etme gücünün bulunmamasına bağlanan yaptırımı öngören TMK m. 15 ışığında, TBK m. 1/I'in işlem güvenliğinin korunmasına hizmet eden bir düzenleme olduğu gün yüzüne çıkmıştır. Gerçekten anılan düzenlemeler, sahibinin işlem iradesi, açıklama iradesi ya da fiil iradesinin taşıyıcısı olmayan irade açıklamalarının dahi varlık kazanabileceğini ve bir sözleşmenin meydana gelmesine dayanak teşkil edebileceğini ortaya koymaktadır. Buradan hareketle, TBK m. 1/I'de uygunluğun iradeler arasında değil, irade açıklamaları arasında aranmasının, bilinçli bir tercihin ürünü olduğu yargısına ulaşılır. Fakat iradeye uygun olmayan bir sözleşmenin meydana gelmesine olanak tanıyan bu düzenlemenin işlem güvenliğine ne şekilde ve hangi

sınırlar dâhilinde hizmet ettiği sorusu, henüz cevabını bulmamıştır. TBK m. 1/I'in işlem güvenliğinin korunması ilkesini mutlak surette mi, yoksa muhatabın haklı güvenin korunması yoluyla mı gerçekleştirdiği hususunda bir yargıya ulaşılabilmesi için, anılan hükmün TBK m. 19/I ile birlikte değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.

II. TBK m. 1/I'İN SÖZLEŞMENİN YORUMUNA İLİŞKİN DÜZENLEME (TBK m. 19/I) İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TBK m. 1/I ile TBK m. 19/I Arasındaki İlişki

Genel işlem şartlarına özgü yorum denetiminin düzenlemesini bulduğu TBK m. 23'ü bir kenara bırakırsak, sözleşmeler alanında yorum kavramının zikredildiği tek düzenleme olması hasebiyle TBK m. 19/I'in (OR Art. 18 Abs. 1) çalışma konumuz bakımından önemi tartışmasızdır. "Sözleşmenin yorumu, muvazaalı işlemler" başlıklı TBK m. 19'un ilk fıkrasında "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır." hükmüne yer verilmiştir. Başlığı itibarıyla sadece mevcut bir sözleşmenin yorumlanmasına hasredildiği izlenimini uyandırsa dahi, hüküm irade açıklamalarının yorumuyla doğrudan ilgilidir. Zira sözleşmenin yorumu, en öz ifadesiyle sözleşmenin içeriğinin araştırılmasını ve açığa çıkarılmasını ifade eder. Sözleşme tarafların irade açıklamalarının belirli bir anlam üzerinde uyuşmasıyla kurulduğuna göre, sözleşmenin içeriği de üzerinde uyuşulan bu anlamdan ibaret olmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin yorumundan bahsedildiğinde dahi yorumun konusunu tarafların irade açıklamaları oluşturur⁴⁵¹. Esasında irade açıklamaları arasında uygunluğun gerçekleştiğinin, yani sözleşmenin kurulduğunun sabit olmasıyla birlikte irade açıklamalarının yorumu kavramı, yerini sözleşmenin yorumu kavramına bırakmakta; bu andan itibaren sözleşmenin içeriğine ilişkin uyuşmazlıklar yorum uyuşmazlığı adını

⁴⁵¹ Aynı yönde bkz. Şener Akyol, *Sözleşmenin Yorumu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 2; Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess & Co. AG, 1964), 168, 169; Eren, N. 1447; Koller, § 9, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 21; Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 320; Müller, Art. 18, N. 30; İbrahim Kaplan, "Sözleşmenin Hâkim Tarafından Yorumu", *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı* (Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1998), 421; Sarıkaya, 148, 149; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 3; Şahin ve Çelt, 709; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 148; Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar Obligationenrecht, Bd. I (Art. 1-529 OR), 6. Aufl., Kommentar zu Art. 18* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015), Art. 18, N. 2, 10. TBK m. 19/I'in (OR Art. 18 Abs. 1) irade açıklamalarının yorumunda kıyasen uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Gauch, Schluep ve Schmid, N. 214; ayrıca karşı. Peter Jäggi ve Peter Gauch, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/1b: Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl.* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980), Art. 18, N. 56, 75 vd..

almaktadır⁴⁵². Fakat araştırılacak olan, bu durumda dahi taraflara ait irade açıklamalarının anlamıdır. Öyleyse TBK m. 19/I'den irade açıklamalarının yorumuna ilişkin doğrudan çıkarımlar elde edilmesi mümkündür. Kaldı ki Türk ve İsviçre kanun koyucularının hukukî işlemleri sözleşme odağında düzenleme yönündeki tercihleri karşısında, irade açıklamalarına ilişkin meseleler ve bu arada irade açıklamalarının yorumuna ilişkin çıkarımlarda bulunabilmek için sözleşmenin yorumuna ilişkin düzenlemelerden yararlanmaktan başka çare bulunmamaktadır.

B. TBK m. 19/I'in İçeriği

1. Genel Olarak

Her ne kadar ilk bakışta basit ve anlaşılır bir kanunî düzenleme görüntüsü çizse de, TBK m. 19/I'in yorumlanması, doktrin için oldukça çetrefilli bir sorun teşkil etmiştir. Bunun sebebi, ilk aşamada, düzenlemede geçen “gerçek irade” ibaresinden neyin anlaşılması gerektiğini belirlemedeki zorluktur. Öte yandan, dikkat edilirse TBK m. 19/I, lafzı itibarıyla özel bir durumu düzenlemekte, dar bir uyuşmazlık yelpazesine yönelmektedir. Gerçekten düzenlemede, sözleşmenin içeriğini oluşturabilecek iki farklı anlamın bulunduğu ihtimaller ele alınmakta, bunlardan tarafların gerçek ve ortak iradesine uygun olan anlam, yanlışlıkla ya da aldatma kastıyla kullandıkları sözcüklerin anlamına tercih edilmektedir. Bu görüntü, düzenlemenin uygulama alanının söz konusu ihtimallerle, yani muvazaa ve yanlış belirtme hâlleriyle sınırlandırıldığı düşüncesini uyandırmaktadır. Fakat öte yandan anılan düzenleme, gerek Kanun'daki yeri gerekse başlığında “sözleşmenin yorumu” gibi kapsayıcı bir ibareye yer verilmiş olması dolayısıyla, yoruma ilişkin bir genel hüküm olarak addedilmeye müsaittir. Nihayet, TBK m. 19/I'den yorumda iç iradenin esas alınması yönünde yapılacak olası çıkarımların, irade açıklamasının iradeyle çelişen bir anlam üzerinden geçerlilik kazanabileceği esasına dayanan TBK m. 1/I ve TBK m. 30 vd. düzenlemeleriyle çatışması

⁴⁵² Eren, N. 1451. Uygulamada sıklıkla sözleşmenin yorumu ibaresine başvurulmasını doktrin, özellikle belli bir aşamaya kadar ifa edilmiş sözleşmeler bakımından çıkan ihtilaflarda tarafların sözleşmenin yokluğuna hükmedilmesinden çekinerek, doğrudan sözleşmenin anlamını ihtilaf konusu yapılarıyla gerekçelendirmektedir. Bkz. ve karşı. von Büren, 168; Peter Jäggi, Peter Gauch ve Stephan Hartmann, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 18 OR: Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4. Aufl.* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2014), Art. 18, N. 337; Müller, Art. 18, N. 30. Uygulamada hâkimin her bir irade açıklamasını ayrı ayrı yorumlamasıyla nadiren karşılaşıldığı, bunun yerine hâkim tarafından sözleşmenin bir bütün olarak kabul edildiği ve böylece sözleşmenin yorum konusu yapıldığı yönünde bkz. Koller, § 9, N. 2. Sözleşmenin mevcudiyetinin değil, sadece anlamının taraflarca uyuşmazlığa konu edildiği hâller için doktrin, salt yorum uyuşmazlığı kavramını icat etmiştir. Doktrinde, bu hâllerde hâkimin tarafların talepleri dışına çıkarak sözleşmenin kurulmadığına hükmedip hükmedemeyeceğine ilişkin tartışmalar yürütülmüştür. Bu konudaki farklı görüşler ve görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 9, III, 2, b.

riski, üstesinden gelinmesi gereken bir diğer sorun olarak kendisini göstermiştir. Tüm bunlar ve bu sorunları aşmakta kullanılan farklı güzergâhlar, TBK m. 19/I'in doktrin tarafından çeşitli şekillerde anlamlandırılmasına ve düzenlemeye farklı genişlikte uygulama alanları atfedilmesine yol açmıştır.

2. TBK m. 19/I'in İçeriğine İlişkin Görüşler

a. TBK m. 19/I'in içeriğinin salt lafzî yorumun reddiyle sınırlı olduğu görüşü

Bir görüş⁴⁵³, TBK m. 19/I'in sevk edilmesinin ardında yatan amacın, eski çağlarda benimsenen salt lafzî yorum anlayışının reddiyle sınırlı olduğu yönündedir. Bu görüşe göre TBK m. 19/I'in hâkime yönelttiği emir, yorumda salt iradenin açıklanmasında kullanılan kelimelere ve sergilenen davranışlara bağlı kalmamasından, somut olayın tüm şartlarını dikkate almak ve ulaşabileceği tüm yorum araçlarını kullanmak suretiyle tarafların gerçek iradelerine ulaşmaya çalışmasından ibarettir. Diğer bir deyişle düzenlemede açıklamayı somut olayın özelliklerinden izole biçimde ele alan ve bunun sözlük anlamına yönelen salt lafzî yorum ile somut olayın tüm şartlarının gözetildiği objektif - somut yorum arasında, bu ikincisi lehine yapılmış bir tercih söz konusudur. Tercih edilen, hiçbir şekilde subjektif yorum değildir. Kanun koyucunun düzenlemenin lafzî itibarıyla yanlış belirtme ve muvazaa hâllerine ilişkin olarak ortaya koyduğu değer yargısında esas alınmasını emrettiği gerçek ve ortak irade de, yine hiçbir surette iç iradeyi ifade etmemektedir. Buradaki gerçek irade,

⁴⁵³ Bu doğrultuda bkz. ve karşı Kurt Aerni, *Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln* (Bern: Stämpfli & Cie., 1944), 4; Nurcihan Dalcı Özdoğan, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", *İNÜHFD* C. 8, S. 1 (2017): 41 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 4; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 130; Oftinger, "Auslegung", 183-185; Oser ve Schönenberger, Art. 18, N. 2; Sarıkaya, 150, 151; Stehle, 257 vd.; Şahin ve Çelt, 727, 728; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 150, 151; von Tuhr ve Peter, 287. TBK m. 19/I'de (OR Art. 18 Abs. 1) gerçek irade ile kastedilenin iç irade olduğu fikrini benimsemekle birlikte, bunun açıklanan, yani karşı taraf nezdinde bir şekilde bilinebilir kılınan iradeyi ifade ettiğini öne süren ve böylece özü itibarıyla aynı sonuca ulaşan yazarlar ve değerlendirmeleri için bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 214, 1005; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 25, 29, 30. Becker ise, gerçek irade kavramını açıklanan ve muhatap tarafından idrak edilebilir olan irade şeklinde anlamlandırması bakımından bu ilk görüşü paylaşmakla birlikte, somut olayın muhatapça bilinebilir olmayan şartlarının da, objektif yorum sonucunu açığa çıkarmak amacıyla göz önünde bulundurulabileceği gibi, bu görüşle tam olarak bağdaşmayan bir argüman da ileri sürmektedir. Bkz. Hermann Becker, *Berner Kommentar, Bd. VI/1: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl.* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1945), Art. 18, N. 3, 4. Müller de, konuya ilişkin açıklamalarının geneline bakıldığında bu görüş doğrultusunda bir tutum sergilemektedir. Nitekim yazar, OR Art. 18 Abs. 1'in, sadece, tarafların uyuşan gerçek iradelerinin, bunların irade açıklamalarının güven ilkesine göre tespit edilen anlamıyla uyumlu olduğu iki hâle ilişkin bulunduğunu belirtmekte; objektif - somut yöntemin münhasıran geçerli olması ve subjektif yöntemin terk edilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Bkz. Müller, Art. 18, N. 70 vd., özellikle N. 75 ve N. 100-102. Fakat yazar, aynı eserinin başka bir paragrafında, Art. 18 Abs. 1'deki hâllerde, tarafların ortak iradeleri ile, açıklamalarının güven ilkesi çerçevesinde sahip olduğu anlam arasında bir ayrılığın bulunduğunu ifade ederek yukarıdaki düşüncesiyle çelişkiye düşmektedir. Bkz. Müller, Art. 18, N. 74. Yazarın bu değerlendirmesi, esas itibarıyla aşağıda açıklanacak olan üçüncü görüşe daha yakın bir noktada kalmaktadır.

açıklama ve buna eşlik eden şartların özenli bir biçimde değerlendirilmesi sonucunda muhatapça bilinebilir, fark edilebilir olan iradedir⁴⁵⁴. Hükümün uygulama alanında bulunan iki hâlde de muhatap açıklama sahibinin iradesini zaten fark ettiği ve bildiği için, burada objektif - somut yorum sonucu, yani somut olayın tüm şartları gözetilerek muhatapın açıklamaya vermesi gereken anlam ile sübjektif yorum sonucu, yani açıklama sahibinin kastettiği anlam doğal olarak birbirinin aynısıdır⁴⁵⁵. Dolayısıyla anılan iki hâlde dahi Kanun, açıklama sahibinin iç iradesine öncelik tanıyan bir sübjektif yorum yöntemi benimsemiş değildir. Bu görüş uyarınca, TBK m. 19/I yorumunda somut olayın tüm şartlarının gözetilmesi gerekliliğini ifade eden bir hüküm olarak TBK m. 1/I'ı tamamlamakta, böylece tüm irade açıklamalarının yorumunda geçerli olan objektif - somut nitelikte tek bir yorum yöntemi meydana gelmektedir⁴⁵⁶.

b. TBK m. 19/I'in yorumda öncelikle iradenin araştırılmasını öngören bir genel yorum kuralı olduğu görüşü

Diğer bir görüş ise⁴⁵⁷, TBK m. 19/I'de zikredilen gerçek irade kavramını iç irade olarak anlamlandırmakta ve TBK m. 19/I'e, bütün irade açıklamaları bakımından geçerli olan, genel ve merkezî bir yorum kuralı gözüyle bakmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, her ne kadar söz konusu hüküm lafzı itibarıyla sadece yanlış belirtme ve muvazaa hâllerini düzenliyor gibi görünse de, içeriği itibarıyla bu iki hâlin ötesine geçmektedir. Hüküm, irade açıklamalarının yorumunda yorumlayan kişiye, öncelikle açıklamada bulunanın iradesini araştırması ve yorum sonucu olarak bunu esas alması talimatını yöneltmektedir. Sözleşmenin kurulup kurulmadığına da, söz konusu düzenleme çerçevesinde, yorum yoluyla ortaya çıkarılan gerçek (iç) iradelerin birbirine uygun olup olmadığı gözetilerek karar verilmelidir. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen sübjektif yorum çerçevesinde tarafların

⁴⁵⁴ Bkz. ve karşı. Aerni, 4; Dalcı Özdoğan, 41-43; Oser ve Schönenberger, Art. 18, N. 2; Stehle, 259, 260; Şahin ve Çelt, 727, 728; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 150, 151; von Tuhr ve Peter, 287.

⁴⁵⁵ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 130.

⁴⁵⁶ Dalcı Özdoğan, 41 vd.; Stehle, 258 vd..

⁴⁵⁷ Bu yönde bkz. Eren, N. 731, 1456; Guhl, Merz ve Kummer, 91; Ahmet Kut, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), Kommentar zu Art. 1-31 OR, 2. Aufl.* (Zürich: Schulthess, 2012), Art. 18, N. 2; Spiro, 49; Wiegand, Art. 18, N. 1. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, TBK m. 19/I'in irade teorisinin izlerini taşıdığı kabul etmeleri bakımından ikinci görüş yanında konum almakla birlikte, hükümün yetersizliğinden dem vurarak netice itibarıyla yukarıdaki ilk görüşle paralel değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 150 vd.. Her ne kadar Kramer ve Schmidlin de, Jäggi ve Gauch ile benzer şekilde TBK m. 19/I'de (OR Art. 18 Abs. 1) geçen gerçek irade kavramının bir şekilde dışa vurulan iç iradeyi kastettiğini belirtse de, yazarların bu dışa vurma kavramıyla, iradenin yorum araçlarıyla bir şekilde muhatapın bilgisine sunulmasını değil, muhatapça bilinebilir olmasa da ispata elverişli şekilde dış dünyaya yansıtılmasını kastettikleri anlaşılmaktadır. Bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 16, 18. Bu nedenle yazarların pozisyonu, kanaatimizce ikinci görüş altında sınıflandırılmaya elverişlidir.

iradeleri arasında bir uyuşma tespit edilemezse objektif esaslara dayanan bir yorum yöntemine başvurulması gündeme gelebilir⁴⁵⁸. Burada objektif yorum, sübjektif yorumun muhatap nezdinde yol açabileceği olumsuz sonuçların bir tür düzelticisi olarak devreye girmekte ve istisnâ nitelik taşımaktadır⁴⁵⁹. Görüldüğü üzere bu yaklaşım, TBK m. 19/I’i irade açıklamalarının yorumu alanında irade özerkliği ilkesini hâkim kılan bir değerlendirme olarak ele almaktadır⁴⁶⁰. Özellikle İsviçre Federal Mahkemesi’nin yerleşik içtihatlarından⁴⁶¹ destek bulan, sübjektif ve objektif - somut yorum yöntemlerinin eşgüdümüyle meydana gelen bu düalist yorum anlayışının doktrinde baskın konumda bulunduğunu söylemek mümkündür.

c. TBK m. 19/I’in sadece yanlış belirtme ve muvazaa hâlleriyle sınırlı olarak yorumda öncelikle iradenin araştırılmasını öngören bir düzenleme olduğu görüşü

Yukarıdaki iki görüşün karma görüşü olarak nitelendirilmesi mümkün olan bir başka düşünce tarzı⁴⁶² ise, TBK m. 19/I’de geçen gerçek iradeyle kastedilenin iç irade olduğunu kabul etmekle birlikte, düzenlemeden, yorumda iç iradenin esas alınmasına yönelik, yani sübjektif karakterli genel kural, ilke ve yöntemler türetilmeyeceği noktasına vurgu yapmaktadır. Honsell tarafından görece yakın tarihte savunulan bu görüşe göre TBK m. 19/I, sadece yanlış belirtme ve muvazaa hâlleriyle sınırlı bir istisna hükmüdür⁴⁶³. Düzenlemede kullanılan gerçek irade kavramıyla tarafların iç iradelerine yapılan gönderme de, sadece bu iki hâl için söz konusudur ve bunların ötesine genişletilemez. Zira bu iki ihtimalde, her ne kadar bu anlam objektif yorum sonucuyla örtüşmese de, tarafların iç iradeleri aynı anlam üzerinde birleşmektedir. İç iradeler, Kanun tarafından, ancak bu uygunluğun mevcudiyetinde yorum sonucu olarak kabul edilmiştir. Sübjektif yorum da, sadece bu şartın gerçekleşmesi hâlinde devreye girmekte ve bahis konusu yönüyle istisnâ nitelik taşımaktadır. Diğer tüm hâllerde, açıklamanın objektif anlamına belirleyicilik tanınır. Açıklama yeterli açıklıktaysa zaten yoruma gerek yoktur, bu açık anlam esas alınır⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Eren, N. 415 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 102, Art. 18, N. 67; Kut, Art. 18, N. 4; Wiegand, Art. 18, N. 8.

⁴⁵⁹ Wiegand, Art. 18, N. 1.

⁴⁶⁰ Bkz. ve karşı. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 8; Wiegand, Art. 18, N. 1.

⁴⁶¹ Örnek olarak bkz. BGE 131 III 467, 469; BGE 128 III 419, 422; 127 III 444, 445; BGE 123 III 35, 39, 40; BGER 5C.17/2002 vom 26.08.2002, Erw. 1.1.

⁴⁶² Bu yönde bkz. Honsell, “Willenstheorie”, 339, 340, 347, 350. Yanlış belirtme ihtimali bakımından TBK m. 19/I’in, irade açıklamalarının yorumunda tarafların ortak yanımları ve karşı tarafça anlaşılabilir yanılma hâlinde uygulama alanı bulacağı şeklinde, aynı doğrultuda değerlendirilebilecek görüş için bkz. Sanem Aksoy Dursun, “Borçlar Hukukunda ‘Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)’ Kuralının Uygulanması”, *İÜHFM C. 76, S. 1* (2018): 135-140.

⁴⁶³ Honsell, “Willenstheorie”, 339, 340, 347.

⁴⁶⁴ Honsell, “Willenstheorie”, 347.

Açıklamanın birden çok anlama gelmesi ya da anlamının belirsiz olması ihtimallerinde ise, muhatabın güveninin korunması amacıyla, dürüstlük kuralı çerçevesinde, objektif - somut yorum yöntemiyle tespit edilen yorum sonucu geçerli olur⁴⁶⁵. Özetle TBK m. 19/I sübjektif yoruma sınırlı bir geçerlilik tanımakla birlikte, tek başına bu düzenlemeden, iradenin açıklama üzerinde, irade özerkliği ilkesinin işlem güvenliğinin korunması ilkesi üzerinde ve sübjektif yorumun objektif yorum üzerinde üstünlüğüne dair çıkarımlarda bulunulamaz. Görüldüğü üzere üçüncü görüş, irade açıklamalarının yorumunda sübjektif yorum yöntemini kural mevkiine taşımayı reddetmesi bakımından ikinci görüşten ayrılmaktadır. Diğer yandan Kanun'daki iki hâlle sınırlı şekilde dahi olsa, objektif yöntemlerle ve özellikle objektif - somut yorum yöntemiyle ulaşılamayan iç iradelerin yorum sonucunu oluşturabileceğinin öne sürülmesi, ilk görüşe de sırt çevrilmesi anlamına gelmektedir.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve TBK m. 19/I ile TBK m. 1/I'in Sistemik Yorumundan Elde Edilen Çıkarımlar

a. Görüşlerin değerlendirilmesi

Kanaatimizce TBK m. 19/I'in içeriğine ilişkin farklı görüşlerin değerlendirilmesinde çıkış noktası olarak düzenlemenin tarihçesini almakta fayda vardır. Söz konusu norm, mehz Kanun'da OR Art. 18 Abs. 1'e karşılık gelmektedir ve bu düzenlemenin esas itibarıyla değişikliğe uğratılmadan Türkçeye çevrilmesiyle elde edilmiştir. OR Art. 18 Abs. 1 metni ise, redaksiyonel değişiklikler bir kenara bırakılırsa, aOR⁴⁶⁶ Art. 16 metniyle aynıdır⁴⁶⁷. Önemli bir fark, normun başlığı ve üst başlığı bakımından söz konusudur. OR Art. 18 "sözleşmelerin yorumu, muvazaa" şeklinde kendisine özgü bir başlığa sahipken, aOR Art. 16 "sözleşmelerin şekli" üst başlığını taşıyan aOR Art. 9 - Art. 16 düzenlemelerinin bir parçasıdır⁴⁶⁸. Görünen o ki kanun koyucu, daha önce sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme olarak gördüğü hükmü daha sonra sözleşmenin yorumuyla ilişkilendirme yolunu seçmiştir. Öte yandan daha da geçmişe gidildiğinde, söz konusu normun, sadece muvazaayı konu edinen PGB⁴⁶⁹ § 934'ün, yanılma üst başlığı altında yanlış belirtme durumunun yanılmaya olan etkisini düzenleyen 1866 tarihli Alman Medenî Kanunu Dresden

⁴⁶⁵ Honsell, Willenstheorie", 337, 338, 347.

⁴⁶⁶ Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881, BBl 1881 III 109, Erişim: <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10011122>, 3.9.2019.

⁴⁶⁷ Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 2; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 1; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 3; Müller, Art. 18, N. 6; Wiegand, Art. 18, N. 6.

⁴⁶⁸ Müller, Art. 18, N. 6.

⁴⁶⁹ Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürih, Erişim: https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10564358_00253.html, 3.9.2019.

Tasarısı'nın⁴⁷⁰ 63. maddesiyle bir araya getirilmesinden ibaret olduğu keşfedilmektedir⁴⁷¹. Diğer bir ifadeyle İsviçre kanun koyucusu, muvazaaya ilişkin bir hüküm ile yanılmaya ilişkin bir hükmü birleştirmiş; ancak aslında iki özel durumu düzenleyen hükümlerin oluşturduğu bu bütüne “sözleşmelerin yorumu” gibi genel bir başlık atfetmiştir. Gerek bu iki hâlin aralarında bir bağlantı olduğu öngörülerek kombine edilmesi gerekse de OR Art. 19/I'de mehzaz düzenlemelerin ötesine geçerek “sözleşmelerin yorumu” başlığının kullanılması, kanaatimizce doktrindeki bazı yazarların⁴⁷² bahsettiği gibi bir yanlışlık ya da bir talihsizlik teşkil etmemektedir. Bilâkis bu tercihin ardında, kanun koyucunun bu iki özel duruma bağlanan sonuçlardaki ortak noktalardan esinlenerek sözleşmenin yorumuna ilişkin genel çıkarımlar yapma arzusu saklıdır. Öyleyse TBK m. 19/I ve OR Art. 18 Abs. 1'in gerçek içeriğinin aydınlatılması, bu çıkarımların ne yönde olduğunun tespitini gerektirmektedir.

Dikkatli bir inceleme, yukarıdaki üç farklı yaklaşımın birbirinden ayrıldığı noktanın, sözleşmenin ya da daha doğrusu irade açıklamasının yorumu hakkında düzenlemeden çıkarılabilecek genel sonuçların boyutu olduğunu göstermektedir. Birinci görüş bu çıkarımları salt lafzî yorum yasağıyla sınırlandırmakta, ikinci görüş daha da ileri giderek yorumda hedefin iç irade olarak belirlendiği değerlendirmesini yapmakta, üçüncü görüş ise muvazaa ve yanlış belirtme hâllerinin ötesine geçen tüm genel çıkarımları reddetmektedir. Hükmün tarihçesinden ve başlığından hareketle yukarıda ortaya koyduğumuz, kanun koyucunun düzenlemenin lafzını aşan bir genel yargısının bulunması gerektiği yönündeki fikir, başlı başına üçüncü görüşle çelişmektedir. Birinci ve ikinci görüşün isabetliliğinin değerlendirilmesinde ise, gerçek irade kavramıyla kastedilenin ne olduğu hususunda varılan sonuç belirleyicidir. Gerçek iradenin açıklanan iradeyi, yani açıklama ve diğer davranışlarla bir şekilde dış dünyaya vurularak karşı tarafın bilgisine sunulan ve objektif bir yorum yöntemiyle açığa çıkarılabilen iradeyi ifade ettiği yönünde bir sonuç, ilk görüşü destekler. Ancak bir şekilde ispatlanması kaydıyla açıklama ve sair davranışlarda ifadesini bulmayan iradenin yorum sonucu olarak kabul edilmesinin kapısını aralayan ve böylece gerçek iradeyi iç irade olarak okuyan bir yaklaşım ise ikinci görüşün isabetliliği yönünde bir gösterge oluşturur. Farklı bir ifadeyle iki görüş arasında yapılacak tercihte kilit rolü, şu soruya verilecek cevap oynamaktadır: TBK m. 19/I'de objektif - genel yorum yöntemi karşısında objektif - somut yorum yöntemine mi; yoksa objektif - somut yorum yöntemi karşısında

⁴⁷⁰ Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Erişim: <https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/goToPage/bsb10551118.html?pageNo=29>, 3.9.2019.

⁴⁷¹ Bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 2; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 2; Müller, Art. 18, N. 8; Wiegand, Art. 18, N. 6.

⁴⁷² Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 4; Müller, Art. 18, N. 16, 72.

sübjektif yorum yöntemine mi öncelik tanınmaktadır?

Esasında TBK m. 19/I, İsviçre ve Türk hukuklarına özgü bir düzenleme niteliği taşımamaktadır. Söz konusu hüküm, özü itibarıyla Kıta Avrupası'ndaki önemli kodifikasyonların tamamında (TBK m. 19/I, OR Art. 18 Abs. 1, BGB § 133, ABGB⁴⁷³ § 914, CC⁴⁷⁴ Art. 1156, CCI⁴⁷⁵ Art. 1362) bir şekilde kendisine yer bulmayı başarmıştır⁴⁷⁶. Düzenlemede yer alan kuralın köklerinin Roma hukukuna kadar uzandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu durum tesadüf değildir. Gerçekten, TBK m. 19/I'in ve sair ülke kanunlarındaki aynı doğrultuda sevk edilen düzenlemelerin atası olarak, *Corpus Iuris Civilis*'te geçen ve yorumda kelimelerden ziyade iradenin dikkate alınması gerektiği anlamına gelen "*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*"⁴⁷⁷ kuralına işaret edilmektedir⁴⁷⁸. Esas olarak Rahip hukukunun katı şekilciliğini bertaraf etmeye yönelik bu kuralda ifadesini bulan *voluntas* - *verba* mücadelesinin, 19. yüzyıl Pandekt hukuk biliminin süzgecinden geçerek irade - açıklama çatışmasına temel oluşturduğu anlaşılmaktadır⁴⁷⁹. Diğer bir ifadeyle bu dönemde *voluntas*, irade teorisinin kendisine atfettiği anlamıyla irade kavramına dönüşmüştür. 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında temelleri atılan ya da tamamlanan kodifikasyonların kavramsal arka planını 19. yüzyıl Pandekt hukuk biliminin ürettiği kavramların oluşturduğu dikkate alınırsa, *voluntas* kavramının karşılığı olarak, kişinin düşünce ve tasavvurlarını ifade eden ve bu anlamda çoğu zaman iç iradeyi karşılayacak şekilde kullanılan irade kavramına işaret edilmesi mümkündür. TBK m. 19/I'de geçen gerçek irade ibaresinin, bu açıdan irade kavramından ve dolayısıyla iç iradeden bir farkının bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan TBK m. 19/I (OR Art. 18 Abs. 1, aOR Art. 16 Abs. 1) düzenlemesinin *falsa demonstratio*'ya ilişkin kısmının tarihsel dayanağı olarak gösterilen 1866 tarihli Alman Medenî Kanunu Dresden Tasarısı § 63, Tasarı'nın yanılma, aldatma ve korkutma hâllerine hasredilmiş olan bölümünde ve açıklamada yanılmaya ilişkin düzenlemeler arasında yer almaktadır. Düzenlemede, sözleşme ilişkisinin tarafları arasında esasa ilişkin bir anlaşma mevcutsa, sözleşmenin, sözleşmenin konusunun ya da kişinin yanlış nitelendirilmesi ya da

⁴⁷³ Avusturya Medenî Kanunu, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom Jahre 1811.

⁴⁷⁴ Fransız Medenî Kanunu, Code civil des Français, 1804 (Version consolidée au 21 juillet 2019).

⁴⁷⁵ İtalyan Medenî Kanunu, Il Codice Civile Italiano, 1942.

⁴⁷⁶ Karş. Karl Oftinger, "Überblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation", *SJZ* 63. Jahrgang, Heft 23 (1967): 359, 360.

⁴⁷⁷ D. 50, 16, 219, Iustinianus, 918.

⁴⁷⁸ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 3; Müller, Art. 18, N. 10.

⁴⁷⁹ Bu yönde değerlendirme ve tarihsel süreç hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Honsell, "Willentheorie", 341-344.

adlandırılmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği öngörülmektedir. Bilindiği üzere açıklamada yanılma, kişinin hatalı düşünce ve tasavvurları, yani iç iradesi ile, açıklamasının objektif anlamı arasındaki sapmadan kaynaklanmaktadır. Söz konusu hükmün açıklamada yanılmayla bağlantılı olarak sevk edilmesinin temelinde de, normalde bir tarafın iradesi ile açıklamasının objektif anlamı arasındaki farklılığın yanılma nedeniyle sözleşmeyi geçersiz kılacak olması yatmaktadır. Ancak bu hüküm uyarınca, açıklamanın objektif anlamından sapan iradeler her iki taraf için de ortaksa, artık yanılmanın yaptırımını uygulanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle yanılmanın yaptırımını bertaraf eden, tarafların iç iradeleri arasındaki uyuşmadır. Bu da, TBK m. 19/I'deki gerçek irade kavramının iç iradeyi ifade ettiği savını destekleyen tarihsel verilerden bir diğerini oluşturmaktadır.

Nihayet TBK m. 19/I'de ortak iç iradelerin kastedilmiş olması, Kanun'un sözleşmeler hukukunun temel ilkesi olarak irade özerkliği ilkesini kabul eden ruhuyla da uyumludur. Daha önce de belirttiğimiz üzere, bilhassa Türk Borçlar Kanunu'nun irade açıklaması teorisi yönünden takındığı tavra ilişkin araştırmalar, bu alanda irade özerkliği ilkesine tanınan bariz önceliği gözler önüne sermektedir. Gerçekten, her ne kadar TBK m. 1/I uyarınca irade açıklamasının sübjektif unsurlarının biri ya da birkaçının eksikliğinde bir sözleşmenin kurulmasına cevaz verilmişse de, TBK m. 30 vd. ile TMK m. 15 düzenlemeleri, kurulan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasının önüne büyük ölçüde set çekmekte, irade açıklamasının muhatabına sağlanan güvenceyi açıklama sahibinin irade özerkliği lehine sert biçimde sınırlandırmaktadır. Türk ve İsviçre kanun koyucuları, bu tercihleriyle, sözleşme hukukunu öncelikli olarak hukuk sükelerinin özgür hareket alanı olarak görme yönündeki eğilimlerini açıkça ortaya koymuşlardır. Fakat yukarıdaki birinci görüş benimsenir ve gerçek iradenin objektif - somut yorum sonucuyla açığa çıkarılan anlama işaret ettiği değerlendirmesinde bulunulursa, bazı hâllerde tarafların uyuşan iç iradeleriyle çelişen bir yorum sonucunun kabulüne ve onların böyle bir sözleşme ile bağlı tutulmalarına açık kapı bırakılmış olmaktadır. İlk görüşün savunucuları bu sorunu, tarafların iç iradelerinin birbirine uygun olması hâlinde objektif - somut yorum sonucunun sübjektif yorum sonucu ile daima aynı olacağını iddia ederek çözmeye çalışmaktadırlar. Ancak, durum çoğu zaman böyle olmakla birlikte, bu iki yorum yönteminin yorumlayıcı farklı sonuçlara ulaştırdığı sınırlı birtakım ihtimaller de yok değildir. Gerçekten çoğu zaman, objektif olarak aynı anlama gelen kelimeleri kullanmaları ya da davranışları sergilemelerine rağmen tarafların gerçek iradelerinin farklı bir anlam üzerinde buluşmasının, bu gerçek iradenin açıklama sahibi tarafından muhatabı nezdinde bir şekilde anlaşılabilir kılındığının göstergesini oluşturduğu

doğrudur. Bu hâlde, muhatap gözünden gerçekleştirilecek bir objektif - somut yorum faaliyeti zaten tarafların gerçek iradelerinde noktalanır ve yorum sonucu, sübjektif yorum sonucuyla farklılık göstermez. Fakat bazen taraflar, birbirlerinden tamamen habersiz şekilde, yani salt tesadüfi olarak aynı yanılma içinde bulunabilecekleri gibi, ortak irade, bir tarafın diğer tarafa hiçbir şekilde açıklamadığı veya bilinebilir kılmadığı iradesini tahmin etmesi şeklinde de meydana gelmiş olabilir⁴⁸⁰. Açıklama sahibinin iç iradesi, bu ihtimalde muhatapın bilgisine sunulan kelime ve davranışlara hiçbir şekilde yansımamakta ve yorum konusu ve yorum araçları ne kadar genişletilirse genişletilsin, objektif - somut yorum yoluyla bu iradeye ulaşılmasına imkân bulunmamaktadır⁴⁸¹. Bu gibi hâllerde de netice itibarıyla iç iradeler ortak bir noktada bir araya geldiğinden TBK m. 19/I'de tespit edilen esastan ayrılmayı haklı kılacak bir gerekçe yoktur⁴⁸². Aksi yönde bir tutum, irade özerkliğinin

⁴⁸⁰ Hatta Alman doktrininde bir görüş, *falsa demonstratio non nocet* ilkesinin uygulama alanını, objektif - somut yorum sonucu ile sübjektif yorum sonucunun farklı olduğu bu gibi hâllerle sınırlandırmaktadır. Buna dayanak olarak, objektif - somut yorum yoluyla ulaşılan sonuçla tarafların iç iradelerinin aynı olduğu hâllerde anılan ilkeye başvurulmasına gerek olmadığı öne sürülmektedir. Bu yönde bkz. Michael Reinicke, "Der Satz von der 'falsa demonstratio' im Vertragsrecht", *JA* 12. Jahrgang, Heft 8-9 (1980): 456, 457; Hans Wieling, "Falsa demonstratio non nocet", *Jura* 1. Jahrgang, Heft 10 (Oktober 1979): 525, 526.

⁴⁸¹ Hemen belirtelim ki doktrinde bir görüş, iç iradenin hukuken dikkate alınabilmesi için mutlaka bir şekilde açıklanması, yani dış dünyaya aksettirilmesi gerektiğini, ancak bu açıklamanın örtülü şekilde de gerçekleştirilebileceğini öne sürmektedir. Bu yönde bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 25; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 26; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 264. Hatta bu görüşteki yazarlardan Schönenberger ve Jäggi, açıklanan irade kavramının kapsamına, kullanılan ifadelerin taraflarca zımnen üzerinde anlaşılın anlamının da dâhil bulunduğunu ifade etmektedir (Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 264). Bu görüşü savunan yazarların, tarafların iç iradelerinin tesadüfen ya da salt tahmin sonucunda uyuştuğu ihtimalleri de örtülü biçimde açıklanan irade kapsamında değerlendirmeleri kuvvetle muhtemeldir. Fakat kanaatimizce açıklanan iradeden söz edilebilmesi için, bu iradenin bir şekilde muhataba aktarılmış olan açıklama ve buna eşlik eden şartlar gözetilerek muhatapça ulaşılacak durumda bulunması şarttır. Muhatap gözünden gerçekleştirilen objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde hiçbir şekilde ulaşılabilir bulunmayan bir irade, örtülü biçimde dahi "açıklanmış" sayılmaz. Bu iradenin açıklama sahibince muhatap dışındaki kişilere yöneltilen beyanlara ya da açıklama sahibinin açıklamanın yapılmasından sonraki davranışlarına yansımış olması da bir açıdan iradenin dışı vurulduğu anlamına gelebilirse de, iradenin asıl açıklanması gereken kişi bunun yöneldiği kişi, yani muhatap olduğundan, bu ihtimallerde de terim anlamıyla bir "açıklanmış irade"den bahsedilemez. Tüm bu açıklamalar ışığında, yargılama sürecinde bir şekilde ispatlanabilmesi ve taraflar arasında bu irade üzerinde bir uyuşmanın bulunması kaydıyla, muhataba açıklanmamış bir iç iradenin de yorum sonucunu oluşturmasının ve bu yolla hukuken sonuç doğurmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

⁴⁸² Aynı yönde bkz. ve karşı. Reinicke, 457-458; Wieling, 526. Hemen belirtelim ki İsviçre doktrininde bir görüş, OR Art. 18 Abs. 1'de, tarafların yanılma sonucu ya da gerçek iradelerini gizlemek amacıyla kullandıkları nitelendirme ve ifadeler için doğru olmayan (*unrichtig*) sıfatının kullanılmasından hareketle, düzenlemenin uygulama alanını, kelimelerin objektif - genel anlamıyla tarafların iradeleri arasında bir farklılık bulunduğu ihtimallerle sınırlandırma eğilimindedir. Zira doğru olmayan sıfatının kullanılması, kelimelerin tarafların bunlara verdiği anlamdan bağımsız bir anlamının, yani bir objektif - genel anlamının bulunduğu ön kabulünü şart koşmaktadır. Kullanılan kelimenin anlamının tarafların ortak iradelerinin yöneldiği anlamı yansıtmaması, kanun koyucu tarafından bu kelimeyi içeren ifade veya nitelendirmenin yanlış olduğu yönünde bir değerlendirmenin yapılmasına yol açmıştır. Bu yönde bkz. Müller, Art. 18, N. 77; Bruno Schmidlin, "Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR: Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis", *ZSR* Bd. 134, Heft 2 (2015): 110. Ayrıca karşı. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 30. Her ne kadar TBK m. 19/I'de, OR Art. 18 Abs. 1'den farklı olarak "doğru olmayan" ibaresine yer verilmemiş,

sözleşmenin kurulması alanından neredeyse tamamen dışlanması gibi bir sonuç doğurur ki bu, kanunun iç sistematığıyla açık bir çelişkiyi beraberinde getirir. Öyleyse hüküm, sadece salt lafzî yorum sonucu ve uyuşan iç iradelerin birbirinden farklı olduğu hâlde değil, aynı zamanda objektif - somut yorum sonucuyla tarafların ortak iç iradeleri arasında farklılık bulunduğu hâlde de uygulama alanı bularak iç iradelere belirleyicilik tanınmasının yolunu açmaktadır. Bu bağlamda TBK m. 19/I'den sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından çıkarılan sonuç, salt lafzî yorum yasağının ötesine geçmektedir.

Tüm bu tarihsel ve teleolojik değerlendirmeler, TBK m. 19/I'in, tarafların iç iradelerinin uyuşması hâlinde, onlar tarafından kullanılan ifadeler dikkate alınmaksızın ve başkaca araştırmalara ihtiyaç duyulmaksızın, sözleşmenin uyuşan iç iradeler üzerinden kurulmasına ve anlamlandırılmasına yönelik bir hüküm olduğunu göstermektedir. Düzenlemenin bünyesinde barındırdığı, lafzî itibarıyla kapsamına aldığı muvazaa ve yanlış belirtme hâllerinin ötesine geçen ve sözleşmelerin yorumu için genel kural niteliği taşıyan yargı budur. Bilhassa hükmün ilkesel temelini irade özerkliği ilkesinin oluşturduğunun ortaya koyulmasıyla, kanun koyucunun bu tavrı son derece anlaşılır bir hâle bürünmektedir. Gerçekten irade özerkliği ilkesi uyarınca, tarafların iradelerinin bir şekilde ortak bir anlam üzerinde bir araya gelmesi durumunda, sözleşmenin bu anlam üzerinden kurulmasına izin verilmelidir⁴⁸³. Zira Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin veciz ifadesiyle, "Tarafların uyuşan iradeleri en üst düzeydeki sözleşme normudur."⁴⁸⁴ Bu durumda, esasını anılan ilkenin oluşturduğu bir hukuk politikası bakımından öncelikli tercih sağlanmış, ideal senaryo gerçekleşmiştir. Tarafların yanlışlıkla ya da gerçek iradelerini gizlemek amacıyla uyuşan iradelerinin içeriğinden farklı bir anlamın taşıyıcısı olan açıklamalarda bulunması hâlinde, artık bu açıklamalara itibar edilmemeli, sırf bu yüzden sözleşmenin tarafların iradeleri doğrultusunda hüküm ve sonuç doğurması hukuk düzeni eliyle engellenmemelidir. Hukuk düzeni, bu ihtimalde her iki tarafın da iradesine uymayan bir yorum sonucunu onlara

"*tarafların (...) kullandıkları sözcükler*"den bahsedilmişse de, düzenlemede geçen bu sözcüklere bakılmaması talimatı, sözcüklerin kelime anlamının göz ardı edilmesi şeklinde anlamlandırılmaya oldukça müsaittir. Bu yönden benzer bir durumun Türk Borçlar Kanunu yönünden de söz konusu olduğu söylenebilir. Kanaatimizce, bu çalışmada savunulan görüş çerçevesinde, TBK m. 19/I ve OR Art. 18 Abs. 1'in teleolojik zemininde irade özerkliği ilkesini gerçekleştirme çabasının yer aldığı gözetilerek, düzenlemelerin lafzına fazla takılmamak ve objektif - somut yorum sonucuyla tarafların ortak iç iradeleri arasındaki uyumsuzluk hâlinde de düzenlemelerin uygulama alanı bularak ortak iç iradelere öncelik tanınmasını sağlayacağımda tereddüt etmemek gerekir.

⁴⁸³ Karş. Helmut Heiss, *ABGB-ON: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar zu ABGB § 914* (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010), § 914, N. 31; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 8; Reinicke, 457.

⁴⁸⁴ OGH, 20b30/19d, 29.04.2019; OGH, 4Ob229/07s, 20.05.2008.

dayatmaya çalışmamalıdır.

Şu ana kadar yaptığımız değerlendirmeler çerçevesinde TBK m. 19/I'ın irade özerkliği ilkesi üzerine inşa edilen bir norm ve tarafların uyuşan iradelerinin maddî hukuk yönünden taşıdığı önceliğin ifadesi olarak ele alınması, ikinci görüş çerçevesinde ileri sürülen fikirlerle örtüşmektedir. Gerçekten ikinci görüş, üçüncü görüşün aksine TBK m. 19/I'ı sadece yanlış belirtme ve muvazaa hâlleriyle sınırlandırmamakta, düzenlemeden tarafların iradelerinin ortak bir noktada buluştuğunun bir şekilde tespit edilmesi hâlinde irade açıklamalarının bu doğrultuda yorumlanacağı ve sözleşmenin de bu anlam üzerinden kurulacağı yönünde genel bir yargı üretmektedir. Kanaatimizce de, irade özerkliği ilkesi doğrultusunda gerçekleştirilen teleolojik bir yorum, düzenlemenin uygulama alanının sadece bir yandan tarafların açıklamalarını oluşturan kelime ve davranışların aynı ya da aynı anlamda olduğu, diğer yandan ise taraf iradelerinin bundan sapan bir anlam üzerinde buluştuğu muvazaa ve yanlış belirtme hâlleriyle sınırlı tutulmaması gerekliliğini ortaya koyar. Bunun yanı sıra, tarafların kullandıkları kelimelerin veya sergiledikleri davranışların objektif anlamları arasında bir uygunluk bulunmasa dahi, onların gerçek iradeleri uyuşuyorsa, yine TBK m. 19/I devreye girer ve bu uyuşan gerçek iradeler çerçevesinde sözleşmenin kurulduğuna hükmedilmesini emreder⁴⁸⁵. Öyleyse, maddî hukuk yönünden göstergeler, ikinci görüşün isabetliliğini ortaya koymaktadır.

Fakat ikinci görüşün savunucularının, maddî hukuk bağlamında elde ettikleri isabetli sonuçları, yorum yöntemleri alanındaki değerlendirmelerine aynı isabetle yansıttıklarını söylemek güçtür. Anımsanırsa ikinci görüş, TBK m. 19/I'de uyuşan iradelere tanınan öncelikten, hâkimin irade açıklamalarını yorumlarken öncelikle tarafların iç iradelerini araştırmasına⁴⁸⁶ yönelik genelgeçer bir düstur türetmiştir. Sübjektif yorum yöntemi olarak adlandırılan bu yöntemin sonuç vermemesi, yani tarafların iç iradelerine ulaşılamaması veya ulaşılan iç iradeler arasında uygunluk bulunmaması ihtimalinde ikinci aşamaya geçilmekte, güven ilkesi uyarınca muhatabın gözünden gerçekleştirilecek objektif nitelikli bir yorum eyleminin ifadesi olan objektif - somut yöntemden yararlanılması gündeme gelmektedir.

İkinci görüşçe benimsenen düalist yorum anlayışı, en azından ana formülü itibarıyla, birkaç yönden eleştiriye açıktır. Doktrinde bu anlayışa yöneltilecek eleştirilerden ilki ve kanaatimizce en önemlisi, sübjektif yorum yöntemi ile objektif yorum yöntemi arasında

⁴⁸⁵ Aynı yönde bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 11.

⁴⁸⁶ İç iradelere ulaşmanın mümkün olmaması dolayısıyla sübjektif yorumun hedefinin tarafların iç iradeleri değil, açıklamaya sübjektif olarak verdikleri anlam olduğu yönünde bkz. Schmidlin, "Vertragsabschluss", 110; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 11.

kesin bir sınır çizmenin mümkün olmadığı, bunlar arasında yoğun bir geçirgenliğin bulunduğu şeklindedir⁴⁸⁷. Nitekim insanın sübjektif ve iç süreçlerine ilişkin bir olgu niteliği taşıması hasebiyle irade, hukuk biliminin sahip olduğu araçlarla doğrudan ulaşılabilir ve ispatlanabilir olmaktan uzaktır⁴⁸⁸. İrade vakiasının ispatı, bu nedenle, ancak ve ancak emarelerden yararlanarak, dolaylı ispat suretinde gerçekleştirilebilmektedir⁴⁸⁹. Buradan hareketle doktrin ve yargı kararları iç iradenin ispatında emare olarak kullanılacak yorum araçları geliştirmiştir. Bunlara örnek olarak, açıklamanın lafzının yanı sıra, bağlamına ve somut olayın açıklamaya eşlik eden şartlarına işaret edilmektedir⁴⁹⁰. Fakat dikkat çeken nokta, sübjektif yorum yönteminde emare olarak yararlanılan bu araçların, objektif - somut yorum yöntemi gerçekleştirilirken de dikkate alınacağından dem vurulmasıdır⁴⁹¹. Böylece her iki yorum yöntemi, büyük ölçüde iç içe geçmekte ve varış noktası, yani yorum sonucu çoğu zaman aynı olmaktadır. Anılan iki yöntem arasında tek fark olarak geride, objektif - somut yorum yönteminde yorum konusunun ve araçlarının muhatabın bildiği ve bilebileceği vakıalarla sınırlandırılması, sübjektif yorum yönteminde ise sair vakıaların da dikkate alınmasının mümkün kabul edilmesi kalmaktadır⁴⁹². Ancak somut olayda muhatabın bildiği ve bilebileceği vakıalar dışında bir vakıanın mevcudiyetinin tespit edilemediği, yani her iki yorum yöntemi bakımından gözetilecek vakıa ve araçların aynı olduğu ihtimalde, yorumlayıcı bire bir aynı yorum sonucuna götürecektir birden çok yöntemden ihtiyaç duyulduğunu açıklamak güçtür.

Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi, sübjektif yorumu vakıa sorunu olarak göreyerek temyiz denetimi dışında bırakan, objektif yorumu ise denetim kapsamında gören bir

⁴⁸⁷ Bu yönde bkz. Honsell, "Willenstheorie", 349; Müller, Art. 18, N. 80. İkinci görüşün savunucuları arasında da bu yöndeki eleştirilere hak veren yazarlara rastlanmaktadır. Örnek olarak bkz. Wiegand, Art. 18, N. 14.

⁴⁸⁸ Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 16; Koller, § 9, N. 3; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 212; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 11.

⁴⁸⁹ Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 16; Koller, § 9, N. 3; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 213. Buradan hareketle, tespit edilen iradenin daima varsayımsal bir irade (*mutmasslicher Wille*) olduğu yönünde bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 16. İçsel nitelik taşıyan vakıalara ilişkin olarak, yargılama sürecinde tarafların ya da tanıkların söylemlerinin doğrudan delil teşkil edebileceği yönünde bkz. Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 265.

⁴⁹⁰ Yorum araçları için genel olarak bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 344 vd.; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 370 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 22 vd.; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 266 vd.; Wiegand, Art. 18, N. 18 vd..

⁴⁹¹ Bu doğrultuda bkz. Honsell, "Willenstheorie", 349; Müller, Art. 18, N. 80; Wiegand, Art. 18, N. 14. Sübjektif yorumda kullanılan emarelerin objektif - somut yorumda da anlam ifade ettiği, ancak bu ikinci yöntemde, ilkinden farklı olarak muhatabın emareleri doğru anlamlandırıp anlamlandırmadığının araştırıldığı yönünde bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 71.

⁴⁹² Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 361; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 18; BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.2; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.3. Ayrıca karşı. Koller, § 9, N. 4; Lange, 26, 27.

yaklaşım⁴⁹³ sergilemektedir. Bu yaklaşım karşısında, esasen aynı konu ve araçlar, aynı emareler doğrultusunda gerçekleştirilen iki tür yorum faaliyeti arasında denetim bakımından bir ayırım yapılmasına ikna edici bir açıklama sunmak da mümkün görünmemektedir⁴⁹⁴.

Nihayet ikinci görüş, sübjektif yorum yönteminin uygulanması hâlinde tarafların iç iradelerine ulaşılmaması ya da ulaşılan iç iradeler arasında bir uygunluk bulunmaması şartıyla objektif nitelikli bir yorumun icra edilmesine cevaz vermektedir. Fakat açıklamanın lafzının ve diğer yorum araçlarının da sübjektif yorum yönteminin bir parçası olarak göz önünde bulundurulacağı fikri benimsendiğinde, sübjektif yorum yöntemi de her halükârda uygulayıcıyı bir yorum sonucuna götürecektir. Hatta yararlanılacak yorum araçları aynıysa, objektif yorum yoluyla ulaşılabilecek sonuca, bu yöneme başvurmayaya gerek kalmadan, sübjektif yorum yoluyla zaten ulaşılabilir. Bu bağlamda, söz konusu görüşün savunucularının açıklamada bulunan gerçek iradesine ulaşamamasından bahsetmeleri anlamını yitirmekte, bununla kastedilenin ne olduğu -en azından ilk bakışta-anlaşılamamaktadır. Yukarıda zikredilen düalist yorum anlayışına yöneltilmesi mümkün diğer bir eleştiri ise, sübjektif yöntem ile tarafların iradeleri arasında bir uyuşmanın bulunmadığına hükmedilmesinin ardından, objektif yöntemle bulunan yorum sonucunun taraflardan herhangi birinin iradesine uygun olup olmadığına bakılmaksızın onlara dayatılmasına yol açabilecek olmasıdır. Böyle bir ihtimal, her iki tarafın da ayrı ayrı yanılma hükümlerine başvurarak sözleşmenin hükümsüz kılınmasını sağlaması gibi ilginç bir durumu beraberinde getirmektedir. Bahsi geçen görüşün eleştiriye açık yönleri gözetildiğinde, ikinci görüşün yorum yöntemleri alanındaki yargılarının kısmen daha detaylı bir şekilde açıklığa kavuşturulması kısmen ise değişikliğe uğratılması şarttır. Anılan düşünce tarzının maddî hukuk alanında ortaya koyduğu değerli verilerin usulî alandaki tam karşılığını elde etmesi de, böylece sağlanmış olur.

Önemle belirtmek gerekir ki TBK m. 19/I, tarafların uyuşan iç iradelerinin maddî hukuk anlamında önceliğini öngörmekle yetinmektedir. Burada kanun koyucu, tarafların ortak iradelerinin bir şekilde tespit edildiği varsayımından hareketle bir değerlendirme ortaya koymuştur. TBK m. 19/I'de, hâkimin, önüne gelen bir uyuşmazlıkta nasıl bir yol izlemesi gerektiği, bilhassa münferit irade açıklamalarının yorumlanmasında hangi yöntemi

⁴⁹³ Örnek olarak bkz. BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.1; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.1; BGer 4C.108/2004 vom 29. August 2005, Erw. 2; BGE 129 III 702, 707.

⁴⁹⁴ Aynı yönde bkz. Wiegand, Art. 18, N. 14, 42. Benzer bir görüş için ayrıca bkz. ve karşı Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 77-79.

ya da yöntemleri hangi sırayla uygulayacağı, tarafların iç iradelerini nasıl açığa çıkaracağı gibi sorulara ilişkin doğrudan cevaplar yer almamaktadır⁴⁹⁵. Kaldı ki bu soruların cevaplarının aranmasında TBK m. 19/I düzenlemesinin tek başına belirleyici kabul edilmesi, isabetli bir tutum teşkil etmekten uzaktır. TBK m. 1/I'in, doğrudan sözleşmenin kurulmasını düzenleyen bir hüküm olarak bu hususta göz ardı edilmemesi gerekir. Esasında yorumun usulî boyutuna ilişkin yargılara ulaşmanın yolu, karşılıklı olarak birbirini tamamlayan bu iki hükmün sistematik yorumundan geçmektedir.

b. TBK m. 19/I ile TBK m. 1/I'in sistematik yorumundan elde edilen çıkarımlar

TBK m. 19/I'den, TBK m. 1/I'in gerçek içeriğine ulaşılması yolunda çok önemli bir çıkarım elde edilmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 1/I'de sözleşmenin kurulmasının bir şartı olarak birbirine uygunluğun tarafların iradeleri değil, irade açıklamaları arasında aranması, ardında işlem güvenliğinin korunması ilkesinin yattığı bilinçli bir tercih niteliğindedir. Fakat işlem güvenliğinin mutlak biçimde mi, yoksa muhatabın haklı güveninin korunması yoluyla mı koruma altına alındığı bilgisine, TBK m. 1/I'den doğrudan ulaşılamamaktadır. TBK m. 1/I'in TBK m. 19/I ile birlikte değerlendirilmesi, bu sorunun cevabını bulmasını sağlamaktadır. Gerçekten TBK m. 19/I, tarafların iç iradelerinin birbirine uygun olması durumunda, açıklamada kullanılan kelimelerin ve sergilenen davranışların bu iradelerden ayrılan olası farklı objektif anlamlarının göz ardı edilmesini öngörmektedir. Hâlbuki işlem güvenliğinin mutlak biçimde korunması, her durumda geçerli olan bir objektif yorum sonucunun esas alınmasına yönelir. Salt tarafların değil, üçüncü kişilerin de menfaatini gözeten bu yönelim, olabildiğince tipikleştirici bir yorum yaklaşımının sergilenmesini ve bunun stabil biçimde her durumda belirleyici addedilmesini destekler; dışarıdan algılanamayan, özellikle açıklamanın lafzına yansımaya iç süreçleri yok sayma eğilimi gösterir. TBK m. 19/I uyarınca, iradelerin bu anlam üzerinde uyuşması kaydıyla objektif yorum sonucuyla ulaşılamayan, temelini tarafların iç iradelerinde bulan bir anlama belirleyicilik tanınması, irade açıklamalarının yorumlanmasında kanun koyucu tarafından işlem güvenliğinin mutlak biçimde korunması yolunun seçilmediğinin açık bir göstergesidir. Öyleyse TBK m. 1/I'de irade açıklamalarının zikredilmiş olmasının teleolojik arka planının, muhatabın haklı güveninin korunması amacından ibaret olduğu sonucuna ulaşılır.

İşlem güvenliğinin korunmasının bir yansıması olarak haklı güvenin korunması, bir

⁴⁹⁵ Müller, Art. 18, N. 76.

irade açıklamasının muhatabının, kendisine yöneltilen açıklamaya verdiği anlamın doğruluğuna ilişkin haklı güveninin teminat altına alınmasını ifade eder⁴⁹⁶. TBK m. 1/I, muhatabın böyle bir haklı güveninin varlığından söz edilebildiği durumda, tarafların iradeleri arasında bir uygunluk bulunmasa dahi irade açıklamasının muhatabın buna verdiği ve doğruluğuna güvendiği anlam üzerinden yorumlanmasına imkân tanımaktadır. Gerçekten, TBK m. 1/I sözleşmenin yapıtaşı olarak tarafların iradelerini görseydi, iradelerin ortak bir anlam üzerinde buluşmadığı hâllerde sözleşmenin kurulması imkânından bahsedilemezdi. Ancak düzenlemede uygunluğun iradeler değil, irade açıklamaları arasında aranmasıyla, iradeye uygun olmayan bir anlam üzerinden uygunluğun meydana gelmesine açık kapı bırakılmıştır. Zira bir irade açıklamasının irade doğrultusunda, yani sübjektif şekilde yorumlanması hâlâ mümkünken; bunun yanına açıklamanın objektif yöntemlerle yorumlanması olanağı da eklenmiş, bu yolla elde edilecek bir uygunluğun da sözleşmenin kurulmasına dayanak teşkil edebileceği kabul edilmiştir. Bu ikinci olanağın benimsenmesinin temelinde muhatabın haklı güveninin korunması ihtiyacı yer aldığına göre, objektif yorum yoluna, ancak fiilen muhatabın haklı güveninin varlığında gidilebilir⁴⁹⁷. Zira taraflardan hiçbirinin fiilen güven duymadığı bir objektif anlamın yorum sonucu olarak kabul edilmesi, haklı güvenin korunması amacının kendisiyle doğrudan çelişir. Muhatabın haklı güveninden bahsedilmesi ise, ancak onun gerekli yorum özenini (*Auslegungssorgfalt*)⁴⁹⁸ sergilemesi hâlinde gündeme gelir. Diğer bir deyişle muhatap, ancak kendisine yöneltilen irade açıklamasına, bildiği ve bilebileceği tüm şartlar çerçevesinde yapacağı değerlendirme sonucunda verdiği anlama haklı güven duyabilir ve sadece böyle bir güven korunmaya değer addedilebilir. Öyleyse, Türk Borçlar Kanunu uyarınca sözleşmenin kurulmasında gündeme gelebilecek objektif nitelikli tek yorum yöntemi; doktrin tarafından objektif - somut (*objektiv - konkret*)⁴⁹⁹, objektifleştirici (*objektivierend*)⁵⁰⁰, objektifleştirilmiş (*objektiviert*)⁵⁰¹ veya objektif - normatif (*objektiv - normativ*)⁵⁰² gibi sıfatlarla nitelendirilen, somut muhatabın kendisinden beklenen tüm yorum özenini göstererek açıklamaya vereceği anlama yönelen yöntemdir. TBK m. 19/I ve TBK m. 1/I'in

⁴⁹⁶ Daha detaylı açıklama için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 3, II, B.

⁴⁹⁷ Karş. Bydlinski, "Grundlagen", 15; Bydlinski, *Privatautonomie*, 38; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 42; Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 233, dn. 19.

⁴⁹⁸ Kavram için bkz. Larenz ve Wolf, § 28, N. 16.

⁴⁹⁹ Bu yönde adlandırma için bkz. Müller, Art. 1, N. 149, Art. 18, N. 61.

⁵⁰⁰ Bu yönde adlandırma için bkz. Baumann, Art. 2, N. 77, 85; Gauch, "Vertrag", 361; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1201; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 342; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 356 vd.; Wiegand, Art. 18, N. 11.

⁵⁰¹ Bu yönde adlandırma için bkz. Jäggi, 153; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 306, 342; Oftinger, "Auslegung", 185.

⁵⁰² Bu yönde adlandırma için bkz. Hefermehl, § 133, N. 22; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 18.

yukarıda ortaya koyduğumuz sistematik yorumu karşısında, kelimenin sözlük anlamını yorumun sınırı olarak kabul eden ve buna mutlak değer tanıyan salt lafzî yorum anlayışına yer kalmamakta, bu seçenek bertaraf edilmiş olmaktadır.

Netice olarak görülmektedir ki, Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde, düalist bir yorum anlayışının benimsenmesinden kaçış yoktur. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere, TBK m. 1/I çerçevesinde, muhatabın haklı güveninin varlığında açıklamada bulunanın gerçek iradesiyle uyuşmayan bir yorum sonucu gündeme gelebilmektedir. Bu, irade açıklamasının açıklama sahibinin iradesi doğrultusunda yorumlanması esasına dayanan sübjektif yorum yönteminin her durumda geçerli olmadığı açık kanıttır. Öte yandan TBK m. 19/I uyarınca tarafların iç iradeleri arasında uygunluk tespit edilmişse, objektif esaslara göre belirlenen her türlü yorum sonucu devre dışı kalmaktadır ki, bu da irade objektif - somut yorum yöntemine mutlak belirleyicilik tanınmadığını ortaya koyar. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun irade açıklamalarının yorumunda benimsediği yaklaşım, ancak objektif - somut yorum yöntemi ile sübjektif yorum yöntemi arasında sağlanan eşgüdümle açıklanabilir. Dolayısıyla ikinci görüş, birden çok yorum yönteminin mevcudiyeti hususunda da isabetli sonuçlara ulaşmıştır. Problem, anılan görüşün iki yöntem arasındaki öncelik - sonralık, kural - istisna ilişkisi hakkında yaptığı değerlendirmelerde kendisini göstermektedir. Kanaatimizce söz konusu görüş çerçevesinde ileri sürülen, her durumda ilk olarak sübjektif yorum yöntemine başvurulması gerekliliği, isabetli bir iddia olmaktan uzaktır⁵⁰³. İkinci görüşün savunucuları, bu iddiayı doğrudan, uyuşan iç iradelerin maddî hukuk anlamında önceliğini öngören TBK m. 19/I'den türetmektedirler. Fakat burada gözden kaçırılan nokta, TBK m. 19/I'in, iç iradelerin uyuşması hâlinde, açıklamanın bundan farklılaşan objektif anlamının dikkate alınmamasını düzenlemesi bakımından, normal bir duruma değil, patolojik bir duruma işaret etmekte oluşudur. Diğer bir ifadeyle bir irade açıklamasının objektif anlamıyla açıklamada bulunanın iradesi arasında uygunluk bulunmaması, normal durumu ifade etmemektedir. Savigny'nin isabetle belirttiği üzere normal durumda (*das naturgemäße Verhältnis*), tarafların iradeleri ve açıklamaları birbiriyle uyum içindedir⁵⁰⁴. İrade açıklamalarının yorumuna ilişkin bir kural ortaya koyulmak isteniyorsa, bunun bir anomaliden değil, normal durumdan yola çıkarak yapılması gerektiğinde şüphe yoktur. Aksi bir tutum, her olayda bir anomali aramak ya da anomalinin mevcudiyetini varsaymak

⁵⁰³ Uyuşan gerçek iradelere maddî hukuk anlamında tanınan önceliğin, usulî alanda öncelikle sübjektif yorum yöntemine başvurmak gibi bir zorunluluğu beraberinde getirmeyeceği şeklinde, aynı doğrultuda görüş için bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 317, 358.

⁵⁰⁴ von Savigny, 258.

demektir ve bu yönüyle bir tür paranoyayı çağırır.

Normal şartlarda, bir sözleşmenin kurulması, hatta bunun öncesinde bir sözleşme görüşmesi ilişkisinin vücut bulması için, tarafların iradelerinin bir şekilde dışa vurulması ve bu yolla taraflar arasında bir iletişimin cereyan etmesi şarttır. Kural olarak, hiçbir şekilde dış dünyaya yansıtılmamış, sahibinin zihninin sınırlarının ötesine geçememiş olan iç iradenin (*fatto interno*), salt tesadüfî biçimde muhatapın iradesiyle buluşması ve böylece bir sözleşmeye varlık kazandırması beklenmez⁵⁰⁵. Açıklama sahibinin iç iradesinin muhataba iletilmesi, bunun belirli kelime ya da davranışlar aracılığıyla, açık veya hiç değilse örtülü biçimde açıklanmasıyla mümkün olur. Muhatap, bu dış unsurlar aracılığıyla kendisine ulaşan “açıklanan irade”den haberdar olur ve karşılığında kendi iradesini oluşturup yine aynı dış unsurlardan yararlanarak karşı tarafa ulaştırır. Yürürlük teorisi çerçevesinde muazzam bir şekilde ifade edildiği üzere, normal durumda açıklamada bulunan, iradesini bir anlamda açıklamada kullandığı kelime ve davranışların içine yerleştirmekte, onu açıklamada kristalize etmekte ve söz konusu açıklama aracılığıyla yürürlüğe koymak, hukuken etkili kılmak istemektedir⁵⁰⁶. Öyleyse sözleşmenin kurulmasının olağan biçimi, en doğru şekilde, iç iradelerin değil, açıklanan iradelerin birbiriyle buluşması olarak betimlenir. TBK m. 1/I’de sözleşmenin yapı taşı olarak irade açıklamalarına işaret edilmesi, bu durumun açık bir yansımaları teşkil eder. Bu çerçevede açıklanan iradenin içeriğini de, iradenin dış dünyaya aksettirilerek yürürlüğe koyulmasına aracılık eden açıklamanın ortaya koyduğu anlam oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle açıklanan iradeye ulaşmak isteyen kimse, açıklamanın anlamını araştırma yoluna gitmelidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, irade açıklaması teorisinde Savigny’e atıfla normal durum olarak ifade edilen durumda irade ile açıklama birbirine uygun nitelik taşıdığına göre, açıklamanın anlamının⁵⁰⁷ ve dolayısıyla açıklanan iradenin, açıklamada bulunanın iç iradesine uygun olduğu karineten kabul edilir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Gauch, “Vertrag”, 350; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 25; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 26; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 16; Schönerberger ve Jäggi, Art. 1, N. 212; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 1. Ayrıca karşı. Stehle, 259.

⁵⁰⁶ Yürürlük teorisi hakkında bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, III, B, 3, a. Ayrıca bkz. Canaris, “FS 50 Jahre BGH”, 138, 139; Larenz, *Auslegung*, 69; Larenz ve Wolf, § 24, N. 29, 30.

⁵⁰⁷ Somut olayda farklı dayanak noktaları ya da yararlanmaya elverişli farklı yorum araçları mevcut olmadığı sürece iç iradeye uygunluk karinesi, kullanılan kelimenin objektif - genel anlamı bakımından söz konusudur. Zira bu durumda objektif - somut yorum sonucu, kelimenin objektif - genel anlamıyla aynıdır. Bkz. ve karşı. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1207; Honsell, “Willenstheorie”, 347; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 23; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 358, 376; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 23; Schönerberger ve Jäggi, Art. 1, N. 287; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 45. Ayrıca karşı. BGER 5A_914/2013 vom 4. April 2014, Erw. 2.1.

⁵⁰⁸ Usulî açıdan objektif - somut yorum yönteminin sübjektif yorum yöntemine öncelikli olduğu ve objektif - somut yorum yöntemiyle belirlenen sonucun açıklama sahibinin gerçek iradesine uygunluk karinesinden

Normal durumda yorum faaliyetinin hedefini açıklanan irade oluşturduğuna göre, kural olarak uygulanacak yorum yöntemi de, yorumlayıcı açıklanan iradeye ulaştırıcı yöntem olmalıdır. Bir sözleşmenin kurulması amacıyla yönelen hukukî ilişkilerde açıklama sahibi, irade açıklamasını kural olarak belirli bir muhatapı gözeterek şekillendirmekte ve o muhataba yönelmektedir. O, herhangi bir üçüncü kişi tarafından değil, karşısındaki muhatap tarafından anlaşılacak istemekte, açıklaması aracılığıyla yürürlüğe koymak istediği iradenin bu muhatap tarafından açığa çıkarılmasını arzulamaktadır. Bu nedenle açıklama sahibi, muhatapın zaten bildiğini varsaydığı belli hususlara özel olarak vurgu yapma gereği duymayabilir ya da açıklamasını bunların zaten muhatapça bilindiği varsayımı üzerine inşa edebilir. Bu çerçevede, irade açıklamasının anlamına ulaşma faaliyetinin, yani yorumun, irade açıklamasının somut muhatapının gözünden gerçekleştirilmesi asıldır⁵⁰⁹. Normal durum olarak adlandırılan, her iki tarafın iradesiyle açıklaması arasında uyumun mevcut olduğu ideal senaryoda; açıklamada bulunan, irade açıklamasını, muhatapın bundan kendi iradesine ulaşmasını mümkün kılacak şekilde formüle etmekte, muhatap da üzerine düşen dikkat ve özeni sergileyerek açıklamayı doğru biçimde anlamlandırmaktadır. Böylece muhatap açıklamayla kendisine iletilen iradeye, yani açıklanan iradeye ulaşmakta, kabul açıklamasını da bu anlam üzerinden gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda belirleyici olan, muhatapın açıklamadan fiilen ne anladığı değil, özenli bir araştırma ve değerlendirme neticesinde ne anlaması gerektiğidir. Öyleyse normal durumda irade açıklamasının, somut muhatapın kendisinden beklenen özeni göstermek suretiyle buna vermesi gereken anlam doğrultusunda yorumlanacağı sonucuna ulaşılır. Doktrinde ve içtihatlarda güven ilkesi (*Vertrauensprinzip, Le principe de la confiance*) adı altında ele alınan bu esasın⁵¹⁰ yöntemsel düzeydeki tam karşılığını, objektif - somut yorum yöntemi oluşturmaktadır. Buradan hareketle, irade açıklamalarının yorumunda kural, objektif - somut yorum yönteminin uygulanması olarak belirlenir.

Geçen yüzyıl içinde dil felsefesi alanında da, objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde belirlenen “anlam” yaklaşımını destekleyen bir eğilimin öne çıktığı izlenmiştir. Dil felsefesinde anlamı işaretlerle ve sembollerle ilişkilendiren yönelimin adı olan semiyotik

yararlanacağı şeklinde, aynı doğrultuda görüş için bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 358. Ayrıca karşı. BGE 5A_914/2013 vom 4. April 2014, Erw. 2.1.

⁵⁰⁹ Bkz. ve karşı. Sarıkaya, 96, 97; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 200.

⁵¹⁰ Bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 207; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 1; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 110-112; Oftinger, “Auslegung”, 185, 186, 189; Sarıkaya, 87; August Simonius, “Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre”, *Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 1942), 239, 240; Spiro, 49, 50; BGE 138 III 659, 666; BGE 136 III 186, 188.

(gösterge bilimi), anlama ilişkin incelemelerini üç alt alanda gerçekleştirmektedir: işaretlerin anlamıyla ilgilenen semantik (anlam bilimi), işaretlerin birbiri arasındaki ilişkiyi inceleyen sentaks (dizim bilimi) ve işaretlerin kullanılmasını inceleyen pragmatik (kullanım bilimi)⁵¹¹. 20. yüzyıl, bu alanlardan daha önceleri görece arka planda kalan pragmatikğin yıldızının parladığı dönem olmuştur⁵¹². Bu yüzyılda pragmatik dil felsefesinin kazandığı ağırlığın hayat verdiği pragmatik (kullanımbilimsel) anlam yaklaşımı çerçevesinde, ifadelerin anlamının bunların kullanım biçimiyle doğrudan ilişkili olduğu öne sürülmüştür. Söz konusu yaklaşım uyarınca anlamın belirleyicisi olarak özellikle ifadelerin bağlamına, bunları kullanan ve dinleyen kişiyle ilişkisine işaret edilmiştir⁵¹³. Kelimelerin kullanımının bunlara sözlük anlamının ötesinde bir anlam yükleyebileceğine yapılan bu vurgu, anlam araştırmasında araştırmacıyı kelimelerin tipik anlamından veya sözlük anlamından kısmen ya da tamamen uzaklaştırarak, diyalogun taraflarının bunları kullanma şekline ve dolayısıyla bağlama odaklanmıştır. Bu anlayışın en katı savunucusu olarak, Ludwig Wittgenstein zikredilebilir. Daha önceki görüşlerini köklü bir şekilde değişikliğe uğratarak kaleme aldığı ve bu nedenle onun ikinci dönem eseri olarak nitelendirilen Felsefi Soruşturmalar'da Wittgenstein, kelimenin bağlamdan bağımsız bir anlamının bulunamayacağını belirterek, kelimenin anlamının bunun dildeki kullanımını olduğunu öne sürmüştür⁵¹⁴. Ardından John Langshaw Austin⁵¹⁵ ve John R. Searle⁵¹⁶ tarafından geliştirilen söz edimi teorisi (*speech act theory*), kullanılan ifadelerin dış dünyada bunlara karşılık gelen olgulara işaret etmekle, bunlar hakkında bilgi vermekle sınırlı kalmadığı, konuşanın bu ifadeleri kullanarak belirli eylemler gerçekleştirdiği esasına dayanmaktadır⁵¹⁷. Nihayet konuşma sezdirileri (*conversational implicatures*) öğretisinin veya farklı bir nitelendirmeye yönelimselci /

⁵¹¹ Ernst Zeller, *Auslegung von Gesetz und Vertrag* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989), § 8, N. 20.

⁵¹² Pragmatik dil felsefesi hakkında genel bilgi için bkz. ve karşı. Reşat Levent Aysever, *Anlam Sorunu ve John R. Searle'nin Çözümü*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Ankara, 1994), 58 vd.; Reşat Levent Aysever, "Bir Şey Anlat(maya Çalış)mak: H. Paul Grice'a Eleştirel Bir Bakış", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi* C. 18, S. 2 (2001): 136, 137; Ufuk Özen Baykent, "Dil Felsefesinde Anlam Sorunu", *JASSS* S. 56 (2017): 505 vd.; Hans-Joachim Koch, Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982), 151 vd.. "Pragmatik semantik" ve "dilbilimsel pragmatik" nitelendirmelerini kullanarak aynı konuda açıklamalar için bkz. Dietrich Busse, *Semantik* (Paderborn: Wilhelm Fink, 2009), 60 vd..

⁵¹³ Bkz. Aysever, *Anlam Sorunu*, 60, 61; Baykent, 505-507; Busse, *Semantik*, 60, 61, 70 vd..

⁵¹⁴ Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971), N. 43: "Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache." Bilgi için ayrıca bkz. Busse, *Semantik*, 61 vd..

⁵¹⁵ John Langshaw Austin, *How to Do Things with Words* (London: Oxford University Press, 1962), özellikle 12 vd., 98 vd..

⁵¹⁶ John R. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Cambridge - New York: Cambridge University Press, 1969), 22 vd..

⁵¹⁷ Searle ve Austin'in söz edimi teorisi hakkında bilgi için bkz. Fröde, 160 vd..

niyet selci anlam yaklaşımının (*intentionalistische Semantik*) mucidi olarak gösterilen Herbert Paul Grice, kelimeyi kullanan kişinin niyetinin, kelimeye standart anlamından ya da sözlük anlamından farklılaşan bir anlam yükleyebileceğinden (“kastetmek”, “*meinen*”) hareket etmiştir⁵¹⁸. Buna göre iletişimin gerçekleşmesi ve dinleyicinin, anlatıcının kullandığı ifadelerle kastettiği anlamı açığa çıkarması, tarafların diyalogda Grice’in işbirliği ilkesi (*cooperative principle*) olarak adlandırdığı ilkeye uymalarıyla gerçekleşir⁵¹⁹. Görüleceği üzere tüm bu anlam teorileri, kelimelerin ya da ifadelerin anlamını açığa çıkarırken sözlük anlamının ötesine geçmekte, anlatıcı ve dinleyici arasındaki somut ilişkiyi ve kelime ile ifadelerin bu ilişkide kullanıldıkları bağlamı bariz biçimde vurgulamaktadır. Dil felsefesinin bu argümanları, irade açıklamalarının yorumunda tipikleştirici anlama ya da sözlük anlamına değil, kelimelerin ya da davranışların somut ilişkide süjeler arasındaki anlamına yönelme⁵²⁰ ve bağlama belirleyicilik atfetme fikrini destekleyici niteliktedir. Bilhassa Grice’in ortaya koyduğu işbirliği ilkesi, irade açıklamalarının yorumu bakımından yorum özeni olarak adlandırılan ve taraflardan göstermeleri beklenen özenle önemli ölçüde benzerlik arz etmekte; muhatabın işbirliği ilkesine uyarak, yani özenli davranarak yapacağı anlama ilişkin çıkarımların esas alınmasını haklı göstermektedir⁵²¹.

Diğer yandan, her ne kadar odak noktasına yazılı metinlerin yorumunu alsa da, nihayetinde genel olarak yorumun esaslarını araştıran hermeneutik (yorum bilimi) alanındaki güncel yönelim de, kelimelerin anlamının, bağlamından bağımsız biçimde değerlendirilemeyeceği fikrini benimsemektedir. Bu yönelim, esas itibarıyla Hans - Georg Gadamer’in, Heidegger’in ontoloji temelli dil anlayışından yola çıkarak ürettiği fikirlerine dayanmaktadır. Gadamer, bu çerçevede, bir metni bütün olarak anlamlandırabilmek için bunu oluşturan kelimelerin anlamlarının bilinmesi gerektiğini, ancak bu kelimelerin anlamlarının da, yorumlayanın ön anlayışı (*Vorverständnis*), yani ön bilgi ve düşünceleri

⁵¹⁸ Bkz. Herbert Paul Grice, “Meaning”, *The Philosophical Review* Vol. 66, No. 3 (July 1957): 378 vd.. Öğreti hakkında bilgi için ayrıca bkz. Aysever, “Bir Şey Anlatmak”, 144, 145; Busse, *Semantik*, 67-70; Fröde, 174; Koch ve Rübmann, 139 vd., 160 vd..

⁵¹⁹ İşbirliği ilkesi hakkında bkz. Herbert Paul Grice, “Logic and Conversation”, *Studies in the Way of Words* (Cambridge - Massachusetts - London - England: Harvard University Press, 1991), 24 vd.. Ayrıca bkz. Aysever, “Bir Şey Anlatmak”, 152 vd..

⁵²⁰ Sözleşmenin yorumu bağlamında ileri sürülen, kelimelerin, bunlara anlam veren kişilerden ve bağlamlarından bağımsız bir anlamı bulunmadığı doğrultusunda görüş ve değerlendirmeler için bkz. Adam Kramer, “Common Sense Principles of Contract Interpretation (And How We’ve Been Using Them All Along)”, *Oxford Journal of Legal Studies* Volume 23, Issue 2 (Summer) (2003): 173 vd.; David McLaughlan, “Contract Interpretation: What Is It About?”, *The Sydney Law Review* S. 31 (1) (2009): 18.

⁵²¹ Sözleşmelerin ya da irade açıklamalarının yorumu hakkında dil felsefesinden hareketle yapılan değerlendirmeler için bkz. Baumann, Art. 2, N. 84; Fröde, 174-177; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N 30-32; Zeller, *Auslegung*, § 8, N. 65 vd.. Kanunun yorumunun pragmatik dil felsefesi çerçevesinde ele alınması ve buna yönelik açıklamalar için bkz. Busse, *Juristische Semantik*, 201-211.

çerçevesinde metnin bütününe ilişkin sahip olduğu anlam beklentisine bağlı olduğunu ifade eden hermeneutik daireyi (*hermeneutischer Zirkel*) ortaya koymuştur⁵²². Bir tür döngüyü ifade eden bu hermeneutik daire düşüncesinin, irade açıklamalarının yorumu alanında iki yönden objektif - somut yorum yönteminin esaslarıyla uyduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak, kelimelerin anlamının metnin bütününe anlamıyla bağlantılı olarak açığa çıkarılacağı argümanı, yorumda bağlamın gözetilmesi gerekliliğini teyit etmektedir⁵²³. İkinci olarak ise anlamın yorumlayanın ön anlayışına bağımlı kılınması, yorumda yorumlayanın perspektifine belirleyicilik tanınmasını şart koşmaktadır⁵²⁴. Görüldüğü üzere, dil felsefesinin yanı sıra, hermeneutikten elde edilen veriler de, tipikleştirici bir yorum anlayışından ziyade, objektif - somut yorum yönteminin yorum yaklaşımını destekleyici nitelik arz etmektedir.

Netice olarak hâkim, önüne gelen uygunluk ve yorum uyumsuzluklarında, ilk aşamada normal durumun mevcut olduğu karinesinden hareket etmelidir. Anılan karine, birisi açıklamada bulunan, diğeri ise açıklama muhatabı yönünden sonuç doğuran iki alt karineye bölünür. Bu karinelere ilki, irade açıklamasının objektif - somut yorum yoluyla bulunan anlamının açıklamada bulunanın iç iradesine uygun olduğu yönündedir⁵²⁵. Kabul açıklamasının kural olarak öneri açıklamasının içeriğinden bağımsız bir içeriği haiz bulunmadığı gözetilerek, diğeri karineyi ise, muhatabın kendisine yönelen irade açıklamasını doğru biçimde anlamlandırdığının ve kabul açıklamasını da bu anlam üzerinden gerçekleştirdiğinin benimsenmesi oluşturur⁵²⁶. Bu son karine, aynı zamanda, muhatabın irade açıklamasının objektif - somut yöntemle tespit edilen anlamına güven duyduğu yönünde bir başka karinede de somutlaşmaktadır.

Kuralın objektif - somut yorum yönteminin uygulanması olarak tespit edilmesi, somut uyumsuzlukta hâkim önüne getirilen materyallerin bu yöntem çerçevesinde göz önünde bulundurulması mümkün yorum araçlarıyla sınırlı olduğu hâllerde, hâkimin bu yöntemi

⁵²² Hermeneutik daire hakkında bilgi için bkz. Hans - Georg Gadamer, *Gesammelte Werke 1 - Hermeneutik I: Wahrheit und Methode*, 6. Aufl. (Tübingen: Mohr Siebeck, 1990), 270 vd.. Ayrıca bkz. Baumann, Art. 2, N. 85; David Dürr, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1: Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB*, 3. Aufl. (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1998), Art. 1, N. 128; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 380; Larenz ve Canaris, 28.

⁵²³ Karş. Baumann, Art. 2, N. 85; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 380.

⁵²⁴ Karş. Baumann, Art. 2, N. 85. Baumann, buradan hareketle, gerçekleştirilmesi gereken yorum faaliyetini objektifleştirici (*objektivierend*) ya da süjeler arası (*inter-subjektiv*) yorum olarak nitelendirmektedir (Art. 2, N. 67, 76, 77, 85).

⁵²⁵ Aynı doğrultuda görüş ve değerlendirme için bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 358. Ayrıca karşı. BGer 5A_914/2013 vom 4. April 2014, Erw. 2.1

⁵²⁶ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Bydlinski, "Grundlagen", 15.

uygulayarak sonuca ulaşmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle somut olayda sadece, muhatabın dikkatli ve özenli bir değerlendirmede göz önünde bulundurması gereken hususlar, örneğin açıklama ve açıklamaya eşlik eden şartlardan muhatap tarafından bilinebilir olanlar ispatlanmışsa, uygulanacak tek yöntem objektif - somut yorum yöntemidir. Her ne kadar bu durumda yorumda kullanılacak başka materyal mevcut olmadığı için sübjektif yorum yöntemi de objektif - somut yorum yöntemiyle aynı sonucu verecek olsa dahi, bu ikinci yöntemin kural olarak benimsenmesi karşısında sübjektif yorum yöntemine başvurulması gündeme gelmez⁵²⁷. Bu tespit, özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin sübjektif yorum yöntemini maddî vakıalara ilişkin bir sorun olarak görüp denetim dışında bırakması, objektif - somut yorum yöntemini ise hukukî sorun olarak denetimi kapsamında görmesi şeklindeki tutumunu⁵²⁸ benimseyen yaklaşım⁵²⁹ bakımından önem arz eder. Yorum materyallerinin muhatapça bilinebilir vakıalarla sınırlı olduğu ihtimalde de, İsviçre Federal Mahkemesi'nin anılan ölçütü gözetildiğinde, ilk derece mahkemesinin gerçekleştirdiği yorumun temyize götürülmesi ve üst mahkemece denetlenmesi mümkündür.

Somut uyuşmazlıkta objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde göz önünde bulundurulması mümkün olmayan, ancak sübjektif yorum yöntemi uyarınca tarafların iç iradelerinin tespitinde yararlanılabilecek emareler niteliği taşıyan vakıalar da ileri sürülmüş ve ispatlanmışsa, durum değişir. Bu vakıalar, tarafların en azından birinin iradesiyle objektif - somut yorum sonucu arasında bir farklılık bulunduğunu ortaya koyuyorsa, artık her iki yorum yönteminin yorumlayıcı farklı sonuçlara ulaştıracığı bir durumdan bahsedilir. Böyle bir “patolojik durumun”, yani irade ile açıklama arasında uygunsuzluğun mevcudiyetinde, muhatabın haklı güveni söz konusuysa, bu güvenin korunması adına, yine kural olarak irade açıklamasının objektif - somut yorum yöntemine başvurularak tespit edilen anlamı geçerli olmalıdır. Zira bu ihtimalde, irade açıklamasını üzerine düşen dikkat ve özeni sergilemek suretiyle objektif - somut yorum sonucu doğrultusunda yorumlayan muhatap, TBK m. 1/I çerçevesinde hukuk düzeninin haklı güvene sağladığı korumadan yararlanma imkânına kavuşur. Onun güveninin korunması ihtiyacı, irade açıklamasının açıklama sahibinin iç

⁵²⁷ Bkz. ve karşı. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 358, 364.

⁵²⁸ Örnek olarak bkz. BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.1; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.1; BGer 4C.108/2004 vom 29. August 2005, Erw. 2; BGE 129 III 702, 707.

⁵²⁹ Bu yönde bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1201; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 365, 366; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 74-76; Müller, Art. 18, N. 62. Ayrıca bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 12, III, F.

iradesi doğrultusunda yorumlanmasına engel olur ve onu objektif - somut yorum sonucu doğrultusunda anlamlandırılacak irade açıklamasıyla bağlanmaya mahkûm eder. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki bu sonuca ulaşılması için somut olayda haklı güveni korunan muhatabın iç iradesinin objektif - somut yorum sonucuyla bağdaştırılmasının ispatlanması şart değildir; muhatabın iç iradesini ortaya koyan hiçbir vakıanın mevcut olmadığı hâllerde de varılacak sonuç aynıdır. Zira iç iradenin tespit edilmesini elverişli kılan emarelerin yokluğunda, yukarıda vurguladığımız kural uyarınca objektif - somut yorum sonucuna belirleyicilik tanınmalı, muhatabın haklı güveninin mevcudiyeti karineten kabul edilmelidir.

Patolojik durumda sübjektif yorum sonucuna belirleyicilik atfedilmesi ise, ancak üç ihtimalde gündeme gelir. Bunlardan ilki, TBK m. 19/I uyarınca, tarafların iç iradelerinin objektif - somut yorum sonucundan farklılaşan, ortak bir anlam üzerinde buluşmuş olmasıdır. Söz konusu ihtimalde objektif - somut yorum sonucu devre dışı kalır ve TBK m. 19/I çerçevesinde tarafların gerçek ve ortak iradelerine belirleyicilik tanınır.

Sübjektif yorum sonucunun esas alınacağı ikinci ihtimali ise, açıklama sahibinin iradesi ile açıklaması arasında bir uygunsuzluğun mevcut olduğu hâllerde, muhatabın haklı güveninin yokluğu oluşturur. Haklı güvenin yokluğunun ilk görünümü, muhatabın açıklamaya verdiği anlamın hem objektif - somut yorum sonucundan hem de açıklama sahibinin iradesinden farklı olmasıdır. Haklı güvenin yokluğunun ikinci bir görünümünden ise, açıklamanın yorum faaliyeti sonucunda dahi tek ve belirli bir anlama kavuşturulamaması hâlinde bahsedilir. Bu hâllerde de, tarafların her birinin irade açıklamasının kendi iç iradesi doğrultusunda, yani sübjektif olarak yorumlanması yoluna gidilir ve netice olarak irade açıklamaları arasında uygunluğun mevcut olmaması nedeniyle sözleşmenin kurulmadığına hükmedilir. Bu yargıya, her şeyden önce TBK m. 1/I'nin sistematik amaçsal yorumundan hareketle ulaşılmaktadır. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere TBK m. 1/I'de sözleşmenin kurulmasının formülünde irade açıklamaları arasındaki uygunluğa işaret edilmesi, muhatabın haklı güveninin korunmasına hizmet eden bir tercihtir. Ancak somut olayda irade açıklamasının muhatabının, açıklamaya, dikkatli ve özenli bir değerlendirme sonucunda vermesi gereken anlam dışında bir anlam verdiğinin saptanması, onun objektif - somut yorum sonucuna haklı güven duymadığının açık bir göstergesini teşkil eder. Yine, böyle bir değerlendirme muhatabı tek ve belirli bir anlama götürmüyorsa, onun korunmaya değer bir güven duyacağı bir anlamdan ve korunmaya değer bir güveninden söz edilemeyeceği

açıktır⁵³⁰. Haklı güvenin yokluğunda, Türk kanun koyucusunu objektif - somut yorum yöntemini benimsemeye iten sebep ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle söz konusu yöntem artık uygulama alanı bulmaz ve diğer seçenek olan sübjektif yorum yöntemine başvurulur. Hemen belirtelim ki, doktrinde de isabetle belirtildiği üzere⁵³¹, tarafların iradelerinin hem objektif - somut yorum sonucundan hem de birbirinden farklı olduğu ihtimal bakımından sübjektif yorum yönteminin uygulanacağı yargısına, TBK m. 19/I'in, arka planındaki temel değerlendirmeyi (*Grundwertung*) oluşturan irade özerkliği ilkesi gözetilerek, kıyasen uygulanması yoluyla da ulaşılabilir. Gerçekten, sözleşme hukukunun öncelikli olarak tarafların özgür iradelerinin hâkimiyet alanı olarak ele alınması gerektiği düşüncesinin ifadesi olan TBK m. 19/I karşısında, hukuk düzeninin, tarafların her ikisinin de istemediği bir yorum sonucunu onlara dayatmasına haklı bir gerekçe bulmak güçtür⁵³². Taraflar, burada hiç değilse objektif nitelikli bir yorum sonucunun devre dışı kalması üzerinde uyuşmuş durumdadırlar. Öyleyse yapılması gereken, sübjektif yorum yöntemini devreye sokarak, tarafların her birinin irade açıklamasını kendi iradesi doğrultusunda yorumlamak ve bunlar arasında bir uyuşmanın gerçekleşmediğini kabul etmektir.

Objektif - somut yorumun devre dışı bırakılarak sübjektif yorum sonucunun esas alınacağı üçüncü ve son olay grubu ise, objektif - somut yorum sonucunun görünüşteki açıklama sahibine isnat edilmesinin mümkün olmadığı ihtimallerdir. Görünüşteki açıklama sahibinin açıklamayla fiilen herhangi bir bağının kurulmadığı, açıklama sahteciliği (*Erklärungsfälschung*) gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilir.

Yöntemler arası öncelik ilişkisi bakımından gerçekleştirilen modifikasyonla birlikte, ikinci görüşün yorum anlayışına yöneltilen ve yöneltilmesi olası eleştiriler rahatlıkla bertaraf edilebilmektedir. Nitekim her şeyden önce sübjektif yorum yönteminin uygulama alanı, somut olayda objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde dikkate alınması mümkün olmayan emarelerin, örneğin açıklama sahibinin sözleşme kurulduktan sonraki davranışlarının veya bu sözleşmeye ilişkin olarak üçüncü kişiye yönelttiği beyanlarının mevcut olduğu hâllerle sınırlandırılmıştır. Bu yolla, objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde gözetilen yorum araçlarıyla, sübjektif yorum yönteminin uygulama alanı içinde kalan hâllerde gözetilen emareler arasında net bir sınır çizilmiştir. Her iki yöntemin kullandığı materyallerin aynı olduğu eleştirisi, böylece dayanağını yitirmiştir. Öte yandan

⁵³⁰ Haklı güvenin yokluğu ihtimallerine ilişkin daha detaylı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 12, II, B.

⁵³¹ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 24; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 10-12.

⁵³² Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Eren, N. 421; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 220; Koller, § 3, N. 161.

objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanının muhatabın haklı güveninin fiilen mevcut olması şartına bağlanması, onun iradesinin bu yöntemle bulunan yorum sonucundan farklılık gösterdiği ihtimalde her iki tarafın iradesiyle de bağdaşmayan bir yorum sonucuna geçerlilik tanınmasının önünde engel teşkil etmektedir. Dikkat edilirse, usulî açıdan ele alındığında, vardığımız sonuçların esas itibarıyla üçüncü görüşe oldukça yakın bir noktada bulunduğu keşfedilir. Aradaki fark, bu çalışmada savunulan görüş çerçevesinde TBK m. 19/I'nin ve dolayısıyla sübjektif yorum yönteminin uygulama alanının yanlış belirtme ve muvazaa hâllerinin ötesine geçmesidir. Açıklamaların objektif anlamları arasında uyuşma bulunmamasına rağmen iradelerin birbiriyle uyduğu ihtimal ile, tarafların iradelerinin ne birbiriyle ne de objektif yorum sonucuyla uygunluk arz ettiği ihtimal de, bu çerçevede sübjektif yorum yönteminin uygulama alanı içinde kalmaktadır.

§ 6. DÜRÜSTLÜK KURALININ (TMK m. 2/I) ROLÜ

I. GENEL OLARAK

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna yönelik sonuçlara ulaşmak amacıyla doktrinde ve yargı kararlarında sıklıkla başvurulmuş bir diğer düzenlemeyi, dürüstlük kuralının ifadesini bulduğu TMK m. 2/I hükmü oluşturmaktadır. Gerçekten, irade açıklamasının, somut muhatabın kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstererek buna vermesi gereken anlam doğrultusunda yorumlanmasını ifade eden objektif - somut yorum yönteminin -veya bu yöntemin altında yatan ilke olarak zikredilen güven ilkesinin- dayanağı olarak, Türk ve İsviçre doktrinlerinde hemen hemen her zaman TMK m. 2/I ve ZGB Art. 2 Abs. 1'e işaret edildiği görülmektedir⁵³³. Oysaki bu çalışmada, konuyla bağlantılı diğer kanunî düzenlemeler bağlamında yaptığımız değerlendirmeler, objektif - somut yorum yönteminin temelinde TBK m. 1/I'nin, TBK m. 19/I'den yararlanarak gerçekleştirilen sistematik - amaçsal yorumuyla keşfedilen anlamının yattığını ortaya koymuştur. Bu durum karşısında, irade açıklamalarının yorumu bakımından TMK m. 2/I'nin doğrudan ya da dolaylı biçimde bir rol oynayıp oynamadığının, oynuyorsa bu rolün ne boyutta olduğunun incelenmesi gereklilik arz etmektedir.

⁵³³ Bu yönde bkz. August Egger, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung, Kommentar zu Art. 1-89 ZGB, 2. Aufl.* (Zürich: Schulthess Verlag, 1930), Art. 2, N. 13; Eren, N. 406; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 211; Guhl, Merz ve Kummer, 91; Keller, "Auslegung", 313, 314; Keller ve Schöbi, 123; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 13, N. 3; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 41, Art. 18, N. 15; Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 27, 94 vd.; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 84, 85; Müller, Art. 1, N. 162; Sarıkaya, 82, 83; Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 231-233; Stehle, 261.

II. İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMUNDA DÜRÜSTLÜK KURALINA (TMK M. 2/I) BELİRLEYİCİLİK TANIYAN GÖRÜŞLER

“Dürüst Davranma” başlıklı TMK m. 2 düzenlemesinin ilk fıkrasında, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyması gerektiği öngörülmüştür. Doktrinde sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunda güven ilkesinin ve objektif - somut yorum yönteminin temeli olarak bu düzenlemeye işaret edilmesinin sebebini, anılan düzenlemenin hukuk sükelerine yönelttiği, makul ve dürüst bir kişi tipine uygun davranma talimatı oluşturmaktadır⁵³⁴. Bu talimat uyarınca sözleşme görüşmesi ilişkisi içinde bulunan kişiler, bir yandan muhataplarının bu ilişkide makul ve dürüst bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özeni sergileyeceğine, diğer yandan ise kendilerinin makul ve dürüst tipe uygun hareket ederek elde ettikleri hakların korunacağına dair haklı bir güven duyarlar. Bu şekilde, tarafları karşılıklı bağlılığa ve birbirlerinin menfaatlerini gözetmeye sevk etmek suretiyle onlarda yaratılan haklı güvenin boşa çıkarılmaması, hukuken güvence altına alınması gerekir⁵³⁵. Bu bağlamda TMK m. 2/I, esas itibarıyla bu haklı güveni koruma amacına yönelmektedir⁵³⁶. Anılan koruma ise yorumda, makul ve dürüst bir muhatapın irade açıklamasına vereceği anlamın esas alınmasıyla gerçekleştirilir. Zira karşısındaki kişinin gerçek düşünce ve tasavvurlarını bilme imkânını haiz bulunmayan ve onun açıklamalarını anlamlandırma yönünde kendisinden beklenen özeni sergileyen muhatap, bu çabası sonucunda açıklamaya verdiği anlama ilişkin, korunmaya değer bir güven duymaktadır⁵³⁷.

⁵³⁴ Karş. Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 263-266; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), N.1222; Keller ve Schöbi, 123; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medenî Hukuk, 20. Bası* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), N. 853; Stehle, 261. Yarg. HGK, E. 2010/6-404, K. 2010/533, T. 20.10.2010: “Dürüstlük kuralı bir kimseden dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumda geçerli ahlak ölçülerine gelenek ve göreneklere, karşılıklı uygulana gelen teamüllere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵³⁵ Bkz. ve karş. Henri Deschenaux, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2: Einleitung und Personenrecht, Der Einleitungstitel* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1967), 168, 169; Egger, *ZK*, Art. 2, N. 2; Hermann Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen* (Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1950), 15-18; Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 24, 25, 31, 34; Heinrich Honsell, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 1-4 ZGB, 4. Aufl.* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010), Art. 2, N. 11; Keller, “Auslegung”, 314; Keller ve Schöbi, 123, 124; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 41; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 84, 85; Hans Merz, “Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung”, *ZSR Neue Folge Bd. 80, 1. Halbband, Heft 4* (1961): 339-340; Merz, *BK*, Art. 2, N. 17.

⁵³⁶ Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 31-34; Arnold F. Rusch, *Rechtsscheinlehre in der Schweiz* (Zürich - St. Gallen: Dike Verlag AG, 2010), 13.

⁵³⁷ Bkz. ve karş. Otto Ebner, *Der Erklärungsirrtum im Lichte der Vertrauenslehre*, Diss. (Basel, 1941), 112, 113.

İrade açıklamalarının yorumunda TMK m. 2/I'den hareketle güven ilkesini türetirken büyük oranda benzer gerekçelere dayanan doktrin, yapılan çıkarımların sözleşmenin kurulması alanına yansıtılmasında ikiye bölünmektedir. TBK m. 1/I'e atfedilen anlam bakımından yaşanan görüş ayrılıkları, bu konuda esas itibarıyla iki farklı düşünce tarzının varlık kazanmasına yol açmıştır. TBK m. 1/I'in irade ile açıklama arasında bir uyumsuzluğun bulunduğu patolojik durumlar hakkında bir değerlendirme içermediği esastan hareket eden ilk görüş, tarafların iradelerinin uyuşmaması ihtimalinde objektif - somut yorum yöntemine başvurularak sözleşmenin kurulması imkânını doğrudan TMK m. 2/I'e dayandırmaktadır⁵³⁸. Buna göre, tarafların iradeleri arasındaki uyuşmaya ulaşamadığı zaman sözleşmenin kurulmasını sağlayan bir dayanağın Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden türetilmemesi karşısında, haklı güvenin korunması ihtiyacını karşılamak üzere TMK m. 2/I devreye girmektedir. TMK m. 2/I'den türetilen güven ilkesi çerçevesinde muhatabın haklı güveni korunmakta, açıklama sahibinin iradesine uygun olmayan bir anlam üzerinden sözleşmeye varlık kazandırılmaktadır.

TBK m. 1/I'de uyuşmanın iradeler yerine irade açıklamaları arasında aranmasını irade teorisinin reddi yönünde bilinçli bir tercih olarak gören ikinci görüş ise, iradelerin uyuşmaması hâlinde muhatabın haklı güveninin korunması adına sözleşmenin kurulması imkânını, TBK m. 1/I'in TMK m. 2/I'le bağlantılı olarak ele alınmasından türetmektedir⁵³⁹. Bu görüş, esastan TBK m. 1/I'in, iradeler yerine irade açıklamaları arasındaki bir uyuşmadan söz etmekle zaten taraf iradeleri arasında bir uygunluk bulunmasa dahi sözleşmenin meydana gelmesine kapı araladığı düşüncesinden hareket etmektedir. Dolayısıyla kurulan sözleşmenin hukukî temelini yine TBK m. 1/I oluşturur. TMK m. 2/I ve bundan türetilen güven ilkesi burada, tarafların iradelerinin uyuşmadığı hâllerle sınırlı olarak, irade açıklamasının anlamının ne şekilde tespit edileceğini belirlemek suretiyle TBK m. 1/I'in yorumlanmasında rol oynamaktadır.

III. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE TMK m. 2/I'İN ROLÜNÜN TESPİTİ

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunda TMK m. 2/I'in rolüne ilişkin görüş ve argümanların değerlendirilmesinde öncelikle belirtmek gerekir ki, kanaatimizce de, güven ilkesinin ve objektif - somut yorum yönteminin TMK m. 2/I'e

⁵³⁸ Bu doğrultuda bkz. Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 230 vd.; ayrıca karşı. Spiro, 49-55.

⁵³⁹ Bu doğrultuda bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 318, 350; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 15; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 133; Stehle, 261.

dayandırılması pekâlâ “mümkün”dür. Zira TMK m. 2/I’in temelinde yatan anahtar kelimenin “güven” olduğu, düzenlemenin ana temasını haklı güvenin korunmasının oluşturduğu konusunda tereddüt yoktur. Gerçekten anılan düzenleme, hukuk sùjelerine haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyma, diğer bir ifadeyle makul ve dürüst bir kişi gibi hareket etme yükümü yüklemektedir. Kendilerine yüklenen bu yüküm karşısında hukuk sùjeleri, hukukî işlemler sahasında keyfi biçimde hareket etme imkânını kaybetmektedirler. Böylece hukuk sùjeleri, bir hukukî ilişkiye dâhil olmak suretiyle özel bir bağlantı (*Sonderverbindung*) kurdukları⁵⁴⁰ kişilerin hukukî varlık ve değerlerini gözetmek, onları zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınmak için gerekli özeni sergilemek durumunda kalmaktadırlar. Bunun doğal bir sonucu olarak, makul ve dürüst davranarak kendi üzerine düşen özeni gösteren kişi, muhatabının da aynı şekilde hareket edeceğini varsayma imkânına kavuşmakta, bu yönde haklı bir güven duymaktadır. Buradan hareketle, hukukî ilişkilerin iradîliğe ve özgürlüğe dayalı boyutundan ziyade sosyal ve etik yönünü ön plana çıkaran, bu yolla irade özerkliği ilkesini yumuşatan ve bir anlamda evcilleştiren⁵⁴¹ dürüstlük kuralının merkezinde, hukukî ilişki içinde bulunan kişiler arasında güven tesis etme ve bu haklı güveni koruma amacının yer aldığı keşfedilmektedir. TMK m. 2/I’in bu esasının sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu alanındaki yansıması ise, muhatabın açıklama sahibinin makul ve dürüst bir tutum sergilediğine ve kendisine yönelttiği irade açıklamasını böyle bir tutumla vücuda getirdiğine güvenmesi şeklinde tezahür eder⁵⁴². Muhatap, kendisi de makul ve dürüst bir kişi olarak üzerine düşen dikkat ve özeni gösterdiğinde, irade açıklamasına verdiği anlamın doğru olacağına, sözleşmenin de bu çerçevede meydana geleceğine dair güven duyar ve onun bu güveni haklı addedilir. Bu doğrultuda, dürüstlük kuralından yorum alanında, üzerine düşen dikkat ve özeni sergileyen, makul ve dürüst bir muhatabın irade açıklamasına vereceği anlamın esas alınması şeklinde bir yorum ilkesinin, yani güven ilkesinin türetilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Fakat TMK m. 2/I’den hareketle objektif - somut yorum yönteminin

⁵⁴⁰ Dürüstlük kuralının uygulanmasında özel bağlantı şartı hakkında bkz. Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 3 vd.; Merz, *BK*, Art. 2, N. 34; BGE 108 II 305, 311. Dürüstlük kuralının, hukukî görünüş öğretisinden farklı olarak, hukukî ilişkiye yabancı bir üçüncü kişiyi değil, hukukî ilişkinin karşı tarafını koruduğu yönünde bkz. Peter Loser, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2006), N. 189 vd.. Dürüstlük kuralının esas itibarıyla hukukî işlem trafiğini korumaya yönelik bir temel koruma normu olduğu ve hukukî ilişkinin taraflarına ancak dolaylı olarak bir koruma sağladığından hareketle dürüstlük kuralının uygulanmasının özel bağlantı şartına bağlı olmadığı yönünde ise bkz. Baumann, Art. 2, N. 3 vd..

⁵⁴¹ Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 22, 34. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. Merz, *BK*, Art. 2, N. 30-32.

⁵⁴² Karş. Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 234, 235.

temellendirilmesinin mümkün olması, söz konusu yöntemin hukukî dayanağının doğrudan TMK m. 2/I olarak belirlenmesini haklı çıkarmaz. Böyle bir tutum, kanaatimizce metodolojik açıdan isabetsizdir. Zira her şeyden önce bahsi geçen hüküm, tam anlamıyla somut uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilir, bağımsız bir hukuk kuralı (*Rechtssatz*) niteliği taşımaktan uzaktır⁵⁴³. Bunun yerine anılan düzenlemenin, “bütün hukukî ilişkilerde gözetilmesi gereken, münferit hukukî ilişkilere uygulanacak hükümlere eşlik eden, onları tamamlayan ve onların uygulanma şeklinin belirlenmesinde rol oynayan, etik temellere dayanan bir ana kural vasfını haiz bulunduğu” ve bu yönüyle bir hukukun uygulanması normu (*Rechtsanwendungsnorm*) teşkil ettiği belirtilmektedir⁵⁴⁴. Gerçekten anılan düzenlemenin, hukuk kurallarında olduğu gibi, belirli bir hukukî durumu göz önünde bulundurarak buna belirli bir hukukî sonuç bağlanması şeklinde bir yapıyı haiz bulunmadığı açıktır⁵⁴⁵. Her ne kadar hükümde herkesin haklarını ve borçlarını kullanırken dürüstlük kuralına uyması gerektiği ifade edilmiş ve hukukî ilişkilerde haklı güvenin korunmasına vurgu yapılmışsa da, bunun ne şekilde gerçekleştirileceği ve bu amaç doğrultusunda hangi hukukî sonuçların meydana geleceği öngörülmemiştir⁵⁴⁶. Sözleşmenin kurulması açısından güvenin, haklı güven duyan kişiye tanınan menfî zararı tazmin imkânı bahşedilmesiyle mi, yoksa ona sözleşmenin ifasını talep hakkı tanınmasıyla mı korunacağı, buradan çıkarılamamaktadır. Dolayısıyla, belirli bir hukukî sonuç bağlanmak suretiyle hukuk kuralı hâline getirilmediği sürece, ilkesel nitelik arz eden⁵⁴⁷ ve bu yönüyle somutlaştırılmaya muhtaç bulunan⁵⁴⁸ TMK m. 2/I’in tek başına somut uyuşmazlıkta güvenin korunmasına dayanak oluşturması beklenemez. Bu çerçevede, yukarıda zikredilen birinci görüş uyarınca taraf iradeleri arasında bir uyuşmanın bulunmadığı hâllerde, başkaca herhangi bir kanun

⁵⁴³ Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 21; Merz, *BK*, Art. 2, N. 30; Zeller, *Treu und Glauben*, 176. Honsell, TMK m. 2’nin, belirli bir hukuki sonucun ve bu hukukî sonucun meydana gelmesi için aranan tüm şartların açıkça ifadesini bulduğu bir norm olmadığını kabul etmekle birlikte, bu düzenlemenin hukuk kuralı niteliği taşımamasının, sair maddî hukuk kurallarından daha önemsiz ve geri planda kaldığı şeklinde de anlaşılabilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Honsell, *BSK*, Art. 2, N. 3.

⁵⁴⁴ BGE 44 II 444, 445; BGE 83 II 345, 349. Ayrıca bkz. ve karşı. Egger, *ZK*, Art. 2, N. 6; Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 21; Hans Reichel, “Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches”, *Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag am 19. Febr. 1926* (Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1926), 298; Merz, *BK*, Art. 2, N. 30; Zeller, *Treu und Glauben*, 176.

⁵⁴⁵ Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 21; Honsell, *BSK*, Art. 2, N. 3.

⁵⁴⁶ Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 31. Güvenin korunmasına ilişkin bir hukuk kuralında (*Vertrauensschutzregel*) hangi güvenin hangi şartlar altında korunacağını ve bir başkasının güvenine aykırı davranışın nasıl bir yaptırıma bağlanacağını, ilgili menfaatler ve hakkaniyet gözetilerek farklı şekillerde belirlenebileceği yönünde bkz. Loser, N. 75 vd..

⁵⁴⁷ Karş. Nami Barlas, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, *ÜHFM C. LV, S. 3* (1997): 191; Oğuzman ve Barlas, N. 856.

⁵⁴⁸ Bettina Hürlimann-Kaup ve Jörg Schmid, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl.* (Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), N. 260; Loser, N. 190; Merz, *BK*, Art. 2, N. 30 vd.; Uçaryılmaz, *Bona Fides*, 52, 53; Zeller, *Treu und Glauben*, 176, 180 vd..

hükmüne dayanmadan doğrudan TMK m. 2/I'den hareketle sözleşmenin kurulduğuna hükmedilmesi, ancak ve ancak dürüstlük kuralının hâkim tarafından bir alt kuralda somutlaştırılması ve buna belli bir hukukî sonuç bağlanması ile söz konusu olabilir. Hâkimin bu faaliyeti, onun hukuk yaratmasından başka bir şey değildir. Hâkimin hukuk yaratmasının ön şartı ise, TMK m. 1 uyarınca kanunda ve örf ve adet kuralları arasında ilgili uyumsuzluğa uygulanabilir nitelik arz eden bir hükmün bulunmaması, yani bir hukuk boşluğundan söz edilebilmesidir. Oysaki bu çalışmada savunulan görüş uyarınca, TBK m. 1/I'in TBK m. 19/I ışığında gerçekleştirilen amaçsal - sistematik yorumu, taraflardan birinin iradesi bu yönde olmasa dahi, muhatabın haklı güveninin korunması adına objektif - somut yöntemle belirlenen anlam üzerinden sözleşmenin kurulmasına dayanak oluşturmaktadır. Bu sonuca ulaşılması için ayrıca TMK m. 2/I'den hareketle hukuk yaratma yoluna gidilmesine gerek yoktur, zira burada TMK m. 2/I'in temelinde yatan haklı güvenin korunması beklentisi zaten karşılandığından, açık veya örtülü bir boşluk bulunduğu bahsedilemez. Tüm bunlar, objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde meydana gelen uyumayı doğrudan ve tek başına TMK m. 2/I'e dayandıran görüşün metodolojik yönden isabetsizliğini ortaya koymaktadır.

Esasında haklı güvenin korunması ilkesinin hukukî ilke niteliği⁵⁴⁹ göz önünde bulundurulduğunda, bunun TMK m. 2/I'e başvuruya gerek kalmaksızın TBK m. 1/I'e dayandırılması, oldukça anlaşılır bir durum teşkil etmektedir. Zira her ne kadar TMK m. 2/I, bilhassa Kanun'daki konumu itibarıyla haklı güvenin korunması ilkesini hukuk düzeni tarafından genel kabul gören bir noktaya taşımış olsa da, bu ilkeyi tekeline buldurmamaktadır. İşlem güvenliğinin korunması gerekliliğinin bir yansıması olan söz konusu ilke, bu yönüyle farklı kanunî düzenlemelerin de arka planını ve hatta varoluş sebebini oluşturabilmektedir. Gerçekten TMK m. 2/I, aslında kanun koyucunun işlem güvenliğini, işlem trafiğine doğrudan ve bizzat müdahale ederek değil, işlem trafiğine katılanlara belirli görevler yükleyerek koruma çabasının bir ürünüdür. Kanun koyucu, burada somut hukukî ilişkinin taraflarını birbirlerinin menfaatlerini gözeterek ve birbirlerine zarar vermekten kaçınarak davranmaya sevk etmek suretiyle, mikro düzeyde taraflar arasında güven oluşturmak, makro düzeyde ise toplumu oluşturan bireyler arasındaki hukukî

⁵⁴⁹ Ramazan Arslan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara: S Yayınları, 1989), 25; Egger, *ZK*, Art. 2, N. 6; Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 22; Honsell, *BSK*, Art. 2, N. 3; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 41; Zeller, *Treu und Glauben*, 175-184. Ayrıca karşı. Egger, *ZK*, Art. 2, N. 1, 2; Oftinger, "Auslegung", 203.

ilişkilerde güveni hâkim kılmak niyetindedir⁵⁵⁰. Fakat yukarıda da vurguladığımız üzere, TMK m. 2/I, bir hukuk kuralı niteliğinden ve özellikle haklı güvenin ihlâlüne bağlanan bir yaptırımdan yoksundur. Kanun koyucu, bu hukukî ilkeyi yaptırıma bağlamak istediğinde, farklı hukukî kurumlar bazında bu ilkeye dayanarak çeşitli hukuk kuralları sevk etmektedir. Böylece anılan ilke, farklı hukuk kurallarının temeline yerleştirilmiş, bunlarda somutlaşmış olmaktadır. Hukukî ilişkinin karşı tarafını gözeterek, karşılıklı bağlılık ve güven esasına saygı göstererek davranan kişi, işlem trafiğinin düzgün işleyişine sağladığı katkı nedeniyle bazen varlığına güvendiği hakkı kazanmak suretiyle ödüllendirilmekte, bazen ise onun hukukî ilişkiden hiç değilse zarar görmeden çıkması, önceki malvarlığı durumunu koruması temin edilmektedir. İşlem trafiğinin güvenli işleyişini tehlikeye düşüren taraf ise, kimi zaman arzulamadığı bir hukukî işlemle bağlı tutulurken, kimi zaman güvene dayalı tazminat yükümleri altında bırakılmaktadır. İşte TBK m. 1/I, haklı güven duyan kişiyi varlığına güvendiği sözleşmeden elde edeceği hakla ödüllendirmenin, karşı tarafı ise gerçekte iradesine uygun olmayan bir sözleşmeyle bağlı tutmanın yolunu açması suretiyle, haklı güvenin korunması ilkesi üzerine inşa edilmiş bir norm özelliği göstermektedir. Gerçekten daha önce de belirttiğimiz gibi, TBK m. 1/I'nin sözleşmenin yapı taşı olarak irade açıklamalarını zikretmesi, haklı güvenin korunması adına atılmış bilinçli bir adım niteliği taşımakta ve bu saikle tarafların iradelerinin uyuşmadığı ihtimallerde de sözleşmenin meydana gelmesine kapı aralamaktadır⁵⁵¹. TMK m. 2/I'nin soyut ve genel bir biçimde düzenlediği haklı güvenin korunması ilkesinin somutlaştırılmak ve yaptırım eklenecek şekilde tamamlanmak suretiyle hukuk kuralı niteliğine bürünmesiyle meydana gelen TBK m. 1/I'nin varlığında, TMK m. 2/I'e başvurmaya gerek olmayacağı hususunda tereddüt duymamak gerekir⁵⁵².

Hatta dikkatli bir inceleme, sadece TBK m. 1/I'in değil, TBK m. 19/I'in dahi bünyesinde işlem güvenliğinin korunması fikrini barındırdığını, hiç olmazsa söz konusu ilkeyle uyumlu olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu, bir yandan anılan düzenlemenin tarafların, iç iradeleri arasında bir uygunluğun mevcut olduğu hâllerde irade açıklamasını

⁵⁵⁰ Bu çabanın temelinde, bireylerin hukuk düzenince salt kişisel varlıklarıyla değil, toplumun bir parçasını oluşturmaları nedeniyle kolektif varlıklarıyla da gözetilmeleri gerekliliği yatmaktadır. Bkz. ve karşı. Huber, 296; Larenz ve Wolf, § 2, N. 20; Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 234.

⁵⁵¹ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, I, D.

⁵⁵² Maddî hukuk normlarının az ya da çok dürüstlük kuralının izlerini taşımasının nadir karşılaşılan bir durum olmadığı; haklı güvenin korunması işleviyle dürüstlük kuralının ancak bu maddî hukuk normlarının yorumlanması sonucunda yeterince açık veya tatmin edici bir sonuca ulaşılamaması hâlinde devreye gireceği şeklinde, aynı doğrultuda değerlendirme için bkz. Merz, BK, Art. 2, N. 104. Aynı görüşte ayrıca bkz. Hürlimann-Kaup ve Schmid, N. 261; Loser, N. 192.

oluşturan kelime ve davranışların objektif anlamına dayanmalarına izin vermemesi⁵⁵³; diğer yandan ise TBK m. 19/I’de, iç iradelerin önceliğinin sadece bunlar arasında uyuşmanın bulunduğu hâller için kabul edilmesi bakımından söz konusudur⁵⁵⁴.

TBK m. 1/I ve TBK m. 19/I’in varlığında haklı güvenin korunması için TMK m. 2/I’e başvurulmasına ihtiyaç kalmaması, bu korumayı TBK m. 1/I’in TMK m. 2/I doğrultusunda gerçekleştirilen yorumuna dayandıran ikinci düşünce tarzının da tam olarak isabet taşımadığını göstermektedir. Nitekim haklı güvenin korunması, TMK m. 2/I’den önce TBK m. 1/I’in bünyesinde barındırmakta, onun yöneldiği amacı oluşturmaktadır. Bu amaç, TMK m. 2/I’den bağımsız olarak mevcuttur ve TMK m. 2/I gibi bir hükme Kanun’da yer verilmiş olmasa dahi mevcudiyetini korur. Bu kapsamda, eğer TMK m. 2/I’in TBK m. 1/I’in uygulanmasında bir rol oynadığından bahsedilecekse, bu ancak, dürüstlük kuralından çıkarılan, normların uygulanmasında amaca uygunluğun gözetilmesi talimatı⁵⁵⁵ yönünden söz konusu olabilir. Öyle ki TMK m. 2/I, kanunun yorumunda da devreye girerek, bir hükme atfedilebilecek olası farklı anlamlar arasından dürüstlük kuralına uygun olanın, yani hükme muhatap olan makul ve dürüst bir kişinin hükme vereceği anlamın esas alınmasını gerekli kılmaktadır (objektif yorum yöntemi, *objektive Auslegungsmethode*)⁵⁵⁶. Bu, bir hukuk kuralının yorumlanmasında, her şeyden önce kanun koyucunun hükmü sevk ederken taşıdığı amacın esas alınmasını ve hükmün uygulama alanının bu amaca göre belirlenmesini şart koşar. Zira makul ve dürüst hukuk sùjeleri, bir kanunî düzenlemeden doğan hakkın, ancak ilgili düzenlemenin yöneldiği amaçla çelişmediği sürece ileri sürülebileceğine haklı güven duyar ve onların bu güveni korunmayı hak eder⁵⁵⁷. Bu yönüyle TMK m. 2/I, kanunî düzenlemelerin, temellerinde yatan amaca uygun şekilde yorumlanmasını temin eden bir norm niteliğine bürünmektedir. Bu niteliğin bir yansıması olarak dürüstlük kuralı, TBK m. 1/I’in anlamının ve sınırlarının, temelinde yatan haklı güvenin korunması amacı çerçevesinde belirlenmesini sağlar. Bu sayede düzenlemeden, objektif - genel nitelikli bir yorum yönteminin uygulanması gibi, düzenlemenin amacına aykırı sonuçlar türetilmesinin

⁵⁵³ Salt lafzî yorumun dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı ve dürüstlük kuralının bu yorum yönteminin devre dışı bırakılmasını gerektirdiği yönünde bkz. Ebner, 112; Merz, *BK*, Art. 2, N. 122. Prusya Ticaret Hukuku Tasarısı’nın gerekçesinde geçen aynı doğrultuda değerlendirme için bkz. Vogenauer, § 133, 157, N. 19.

⁵⁵⁴ İç iradelerin uyuşması hâlinde üzerinde uyuşulan bu anlamın yorum sonucu olarak kabul edilmesinin dürüstlük kuralıyla uyumlu olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 308.

⁵⁵⁵ Dürüstlük kuralının hukuk normlarının amaca uygun yorumlanması gerekliliğini bünyesinde barındırdığı yönünde bkz. ve karşı. İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku)*, 2. Baskı (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 158; Merz, *BK*, Art. 2, N. 20, 51; Merz, “Treu und Glauben”, 340.

⁵⁵⁶ Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 89; Hausheer ve Jaun, 112.

⁵⁵⁷ Merz, *BK*, Art. 2, N. 20, 51; Merz, “Treu und Glauben”, 340.

önüne geçilmektedir. Nitekim TBK m. 1/I'in gerçek anlamı ve sınırları, ancak zemininde bulunan haklı güvenin korunması amacı gözetilerek yorumlandığında tespit edilebilmektedir. Bu yolla, bir tarafın iradesine aykırı bir irade açıklaması doğrultusunda sözleşmenin kurulduğunu öne sürme imkânı, sadece, somut olayın tüm şartları çerçevesinde diğer tarafın buna duyduğu güvenin haklı nitelik arz ettiği hâlleri kapsamına alacak şekilde sınırlandırılmış olmaktadır. Güvenin hangi şartlarda haklı nitelik arz edeceğinin, bilhassa muhatapça sergilenmesi gereken yorum özeninin boyutlarının her bir somut olayda ayrı ayrı belirlenmesi gerekliliği de⁵⁵⁸, buradan ileri gelen doğal bir sonuçtur.

Tüm bu açıklamalar ışığında TMK m. 2/I'in sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından bir rol oynadığı kabul edilecekse, bu, olsa olsa anılan düzenlemenin, kanunun uygulanmasında uygulayıcıya yönelttiği amacı merkeze yerleştirme talimatıyla, TBK m. 1/I'in haklı güvenin korunması gerekliliği doğrultusunda yorumlanmasını temin etmesi şeklinde tespit edilebilir. Yukarıda TMK m. 2/I'in bu alandaki işlevini açıklamaya çalışan ikinci görüş de, ancak bu doğrultuda anlaşılırsa isabetli görülebilir. TBK m. 1/I'e bu çalışmada atfedilen anlam ve özellikle normun amacı, metodolojik temelde, irade açıklamalarının yorumunda TMK m. 2/I'e bu işlevinin ötesinde bir belirleyicilik atfedilmesinin önünde engel oluşturur.

§ 7. TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKESEL TERCİHİNİN TEORİLER DÜZLEMİNDEKİ KARŞILIĞI

I. GENEL OLARAK TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKESEL TERCİHİ

Türk - İsviçre pozitif hukukunda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuyla bağlantılı temel düzenlemeleri oluşturan TBK m. 1/I, TBK m. 30 vd., TBK m. 19/I, TMK m. 15 vd. ve TMK m. 2/I'in değerlendirilmesiyle gün yüzüne çıkarılan ilkesel tercihler, anılan hukuk düzenlerinin teoriler düzlemindeki pozisyonunun açığa çıkarılmasını da mümkün hâle getirmiştir. Bu hususta her şeyden önce TBK m. 30 vd., kapsamına aldığı işlem iradesi ve açıklama iradesinin yokluğu hâllerinde, sahibini bağlamayan bir sözleşmenin varlığından söz etmektedir. Öte yandan TMK m. 15 vd., görünüşteki sahibiyile hiçbir şekilde bağlantı kurulamayan ve böylece irade açıklamasının açıklama unsurunu dahi ortadan kaldıracak noktada bulunan açıklamalar istisna olmak üzere, fiil iradesinin

⁵⁵⁸ Dürüstlük kuralının somut olay adaletini sağlama işlevine ilişkin bkz. Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 21; Honsell, *BSK*, Art. 2, N. 3.

bulunmadığı hâller bakımından, kısmen doğrudan, kısmen ise kıyasen sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacağını düzenlemiştir. Bu tablo yokluk ve hükümsüzlük arasındaki fark ciddi biçimde gözetilerek incelendiğinde, ne işlem iradesi ile açıklama iradesinin ne de fiil iradesinin kanun koyucu tarafından irade açıklamalarının kurucu ve vazgeçilmez unsurları mertebesinde değerlendirildiği yargısına ulaşılır.

Fiil iradesi, açıklama iradesi ya da işlem iradesi bulunmadan da bir irade açıklaması varlık kazanabildiğine göre, TBK m. 1/I'de sözleşmenin kurulmasının tarafların iradeleri değil, irade açıklamaları arasında bir uyuşma şeklinde gerçekleştiğinin öngörülmesi, işlem güvenliğinin korunması yönünde bilinçli bir tercih olarak değerlendirilmelidir. Nitekim irade açıklaması kavramı, iradenin anılan sübjektif unsurlarının eksikliği hâllerini de kapsamına aldığı için, TBK m. 1/I'deki söz konusu tercihle bunların eksikliğinde de sözleşmenin kurulmasının önü açılmıştır. Böylece sözleşmenin kurulup kurulmadığı, hatta bunun da ötesinde bir irade açıklamasının mevcut olup olmadığı sorunu, unsurlar üzerinden yapılacak bir kavramsal - matematiksel analiz sorunu olmaktan çıkarılmış, doğrudan bir yorum sorunu hâline getirilmiştir. Farklı bir ifadeyle Türk - İsviçre kanun koyucusunun gözünden irade açıklaması, yorum faaliyeti neticesinde bir irade açıklaması olduğu yargısına ulaşılan her türlü açıklamayı kapsayan bir kavram olarak ele alınmıştır. İrade açıklamaları alanında gerçekleştirilecek yorum faaliyeti de, böylece, bir sözleşmenin kurulup kurulmadığının incelenmesi ve değerlendirilmesi sürecinin merkezine yerleştirilmiş olmaktadır.

TBK m. 19/I ise, tarafların iç iradelerinin belirli bir anlam üzerinde birleşmesi hâlinde sözleşmenin bu anlam üzerinden kurulması temel argümanı üzerine oturtulmuş bir düzenlemedir. Bu yönüyle anılan norm, öncelikli olarak irade özerkliği ilkesine hizmet etmektedir. Objektif nitelikli herhangi bir yorum faaliyetiyle ulaşılamayan bir anlamın yorum sonucunu oluşturabilmesine imkân tanıyan bir hüküm olarak TBK m. 19/I, TBK m. 1/I'in işlem güvenliğini mutlak biçimde korumadığını ortaya koymaktadır. Yine TBK m. 19/I'den ve bunun arka planında yer alan irade özerkliği ilkesinden çıkarılan, tarafların her ikisinin iradesiyle de bağdaşmayan bir yorum neticesinin onlara dayatılmayacağı yargısı da göz önünde bulundurulduğunda, TBK m. 1/I'in işlem güvenliğinin korunmasını, muhatabın haklı güvenini korumak suretiyle gerçekleştirmeye yöneldiği keşfedilmektedir. Bu da, irade açıklamasının, sahibinin iradesiyle bağdaşmayan objektif yorumuna, ancak muhatabın bu objektif anlama fiilen güven duyması hâlinde belirleyicilik tanınması anlamına gelmektedir.

II. TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKESEL TERCİHİNİN TEORİLER DÜZLEMİNE YANSITILMASI

A. Sözleşmenin Kurulmasının Sözleşmenin Hüküm ve Sonuç Doğurmasından Bağımsız Olarak Ele Alınması

Konuya sözleşmenin kurulmasıyla sınırlı olarak yaklaşılsa, irade açıklamasının objektif nitelikli bir yoruma tâbi tutulmasının ve böylece açıklama sahibinin iradesiyle bağdaşmayan bir anlam üzerinden sözleşmenin kurulmasına olanak tanınmasının muhatabın haklı güveni şartına bağlanması, kanun koyucu tarafından, bu çalışmada kendisine atfedilen anlamla güven teorisinin benimsendiğinin göstergesidir. Zira işlem güvenliğinin muhatabın fiilî haklı güveninin güvence altına alınması suretiyle korunması, bunun dışındaki hâllerde ise irade özerkliği ilkesine belirleyicilik tanınması, güven teorisinin ilkesel düzlemdeki karşılığını oluşturmaktadır. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde de, makul ve dürüst muhatabın somut olayın tüm şartlarını dikkatli ve özenli bir biçimde gözeterek açıklamaya vereceği anlamın açıklama sahibine isnat edilebilirliğine, açıklama sahibi yönünden fiil iradesi, işlem iradesi ya da açıklama iradesi temelli sınırlandırmalar getirilmediği görülmektedir. Tek sınırlamayı, görünüşteki açıklama sahibi ile açıklama arasında fiilen hiçbir bağlantı kurulamaması oluşturmaktadır. Bu durum karşısında, salt sözleşmenin kurulması açısından, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde güven teorisinin kabul gördüğü izlenmektedir.

B. Sözleşmenin Kurulması ile Sözleşmenin Hüküm ve Sonuç Doğurmasının Bir Bütün Olarak Ele Alınması

Konuya, çatışan taraf menfaatleri gözetilerek, sözleşmenin kurulması ile hüküm ve sonuç doğurması sorunlarını birbirinden ayırmadan, bir bütün olarak ele almak suretiyle yaklaşıldığında, ilkesel düzlemde ibre bariz bir biçimde irade özerkliği tarafına dönmektedir. Gerçekten, işlem iradesinin ve açıklama iradesinin yokluğu ihtimaline TBK m. 30/I tarafından bağlanan düzelebilir hükümsüzlük yaptırımı ile fiil iradesinin bulunmaması hâlinde TMK m. 15 vd. hükümleri uyarınca devreye giren kesin hükümsüzlük yaptırımı, taraflardan birinin iradesine aykırı bir biçimde vücuda gelen sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını çok büyük ölçüde engellemektedir. Hüküm ve sonuç doğurmayan bir sözleşmeyle, bu sözleşmeye haklı güven duyan kişinin menfaatinin tam ve gerçek anlamda korunduğundan bahsedilemeyeceği şüphesizdir. Bu ekseninde varılan sonuç, pozitif hukuk düzenlemelerinin irade özerkliği ilkesine baskın bir biçimde öncelik tanıdığı yönündedir. Muhatabın haklı güvenininse ancak açıklama sahibinin kusurunun varlığında, sözleşmenin

hükümsüzlüğünden doğan menfi zararının tazmini yoluyla asgarî düzeyde korunduğu görülmektedir. Bu da, Türk - İsviçre pozitif hukukunda, culpa in contrahendo sorumluluğu ile yumuşatılarak modifiye edilmiş bir irade teorisinin benimsendiği anlamına gelmektedir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK - İSVİÇRE POZİTİF HUKUKU ÇERÇEVESİNDE İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU YOLUYLA SÖZLEŞMENİN KURULUP KURULMADIĞININ AÇIĞA ÇIKARILMASI VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

§ 8. YORUMA BAŞVURULMASINI GEREKTİREN UYUŞMAZLIKLAR

I. GENEL OLARAK

Türk - İsviçre pozitif hukukunun sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında sergilediği ilkesel tutum, kanun koyucunun benimsediği yorum yöntemlerini ve bu yöntemlerin her birine tahsis ettiği uygulama alanlarını sadece ana hatlarıyla ortaya koymaktadır. Konunun her yönüyle incelenerek açıklığa kavuşturulması için, ilkesel ve teorik analiz neticesinde görünür kılınan temel pozisyonun detaylandırılması ve bu pozisyondan hareketle ikincil düzeydeki sorunlara çözüm üretilmesi gereklilik arz etmektedir.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin tespit ve değerlendirmeler, şüphesiz ki sözleşme görüşmesi ilişkisinin tarafları bakımından önem arz etmektedir. Nitekim bilhassa kanun koyucunun yorum konusundaki ilkesel tutumu, tarafların kendilerinin ve karşı tarafın irade açıklamalarını ne şekilde değerlendirmeleri gerektiği, bu anlaşma sürecinde göstermeleri gereken özenin miktarı ve bu özeni göstermemeleri hâlinde ne gibi olumsuz sonuçlarla karşılaşacakları gibi hususlarda başlı başına belirleyici rol oynar. Fakat tabii ki bu rol, uyuşmazlığın hâkim önüne gelme ihtimaliyle doğrudan bağlantılıdır, hatta bu ihtimalden kaynaklanır. Zira yorum bağlamında hâkimin -ya da hukuk esasını (*Rechtsstab*)⁵⁵⁹ kullanan sair makamların- müdahalesi gündeme gelmediği sürece, bireyler kendi aralarındaki iletişimi özgürce düzenleme, bunun kurallarını keyfi biçimde tayin etme imkânına sahiptirler⁵⁶⁰. Çıkan iletişim sorunlarının da, taraflarca karşılıklı anlaşma yoluyla, daha önce kurulan sözleşmenin sona erdirilmesi ve her iki tarafın iradesine uygun yeni bir sözleşmenin kurulması gibi şekillerde çözüldüğüne, günlük hayatta sıklıkla rastlanmaktadır. Hukukî açıdan sorun, bu sorunların uyuşmazlık niteliği kazanıp yargı önüne gelmesiyle birlikte çıkmaktadır. Bu durumda üçüncü kişi pozisyonundaki hâkim, önüne getirilen bilgi ve belgelerden hareketle, kanun koyucu

⁵⁵⁹ Kavram için bkz. Baumann, Art. 2, N. 67.

⁵⁶⁰ Baumann, Art. 2, N. 67.

tarafından kendisine çizilen rotayı izleyerek, tarafların irade açıklamalarını anlamlandırma vazifesini üstlenmektedir. Öyleyse hukuk düzeni gözünden, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumlanmasına ilişkin kuralların esas muhatabını ve “yorumlayan” sıfatının asıl sahibini hâkim oluşturmaktadır⁵⁶¹.

Çalışmanın bu bölümünün yöneldiği temel amaç, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, hâkim tarafından, önüne gelen bir uyuşmazlıkta irade açıklamalarının yorumu yoluyla sözleşmenin kurulup kurulmadığının ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin bir yol haritası çizmektir. Bu yol haritası çizilirken, eş zamanlı olarak, Türk - İsviçre pozitif hukukunun yoruma ilişkin temel pozisyonu detaylandırılacak ve konuya ilişkin somut problemlerin çözümüne yansıtılacaktır.

II. UYGUNLUK UYUŞMAZLIĞI

Sözleşmenin kurulması tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarını şart koşmaktadır. Bu doğrultuda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu gereksinimi, esas olarak taraflarca bu irade açıklamaları arasında bir uygunluğun bulunup bulunmadığının tartışma konusu yapıldığı uygunluk uyuşmazlığında (*Konsensstreit*) gündeme gelir. Sözleşmenin kurulup kurulmadığının uyuşmazlığın esas noktasını oluşturduğu uygunluk uyuşmazlıklarında, taraflardan en az birisi, sözleşme görüşmesinin karşı tarafının irade açıklamasıyla kendi irade açıklaması arasında uyuşmanın gerçekleşmediğinden bahisle sözleşmenin kurulmadığını öne sürmektedir⁵⁶². Bu iddia, tarafların irade açıklamaları arasında tamamen ya da esaslı unsurlara ilişkin kısmen bir uygunsuzluk bulunduğu yönünde olabileceği gibi, taraflardan herhangi birince bir kabul beyanında bulunulmadığı biçiminde de tezahür edebilir⁵⁶³. Her iki durumda da hâkim, irade açıklamalarının yorumu yoluyla gerçekte sözleşmenin kurulup kurulmadığını araştırır ve uyuşmazlığı çözer⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art 18, N. 313; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 243. Yorumun hâkim tarafından gerçekleştirilen yorum ve muhatap tarafından gerçekleştirilen yorum şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutularak ele alınışı için bkz. Hans Brox, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung* (Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1960), 101 vd..

⁵⁶² Uygunluk uyuşmazlığına ilişkin olarak bkz. ve karşı. Eren, N. 730; Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 3. Aufl.* (Zürich: Schulthess, 2018), Kapitel 4, N. 8 vd., 12 vd.. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 309; Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl.* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2014), N. 276; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 335; Müller, Art. 1, N. 200.

⁵⁶³ Bkz. ve karşı. Müller, Art. 1, N. 200.

⁵⁶⁴ Eren, N. 730.

III. YORUM UYUŞMAZLIĞI

A. Yorum Uyuşmazlığı Kavramı ve Yorum Uyuşmazlığının Çözümü

Yorum uyuşmazlığı, taraflardan her birinin, sözleşmeye farklı bir anlam vermesi ve hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta kendisinin verdiği anlam çerçevesinde taleplerde bulunması hâlinde gündeme gelir⁵⁶⁵. Uygunluk uyuşmazlığından farklı olarak yorum uyuşmazlığı, irade açıklamalarının yorumundan ziyade sözleşmenin yorumu kavramı altına yerleştirilmektedir. Zira yorum uyuşmazlıklarında tarafların, kurulduğunu varsaydıkları sözleşmeye farklı içerikler atfetmeleri söz konusudur. Dolayısıyla yorum uyuşmazlığı kavramının sınırları, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklamalarının, yani sözleşmenin mevcudiyetinin sabit kabul edildiği, ancak bunun içeriğinin tartışma konusu yapıldığı noktada başlamaktadır⁵⁶⁶.

Yorum uyuşmazlıkları da, nihayetinde sözleşmenin bileşenlerini oluşturan irade açıklamalarının yorumlanması yoluyla çözüme kavuşturulur. Zira sözleşmeler, kanunlardan farklı olarak, zamanla kendisini meydana getiren tarafların iradelerinden bağımsızlaşarak başka bir muhtevanın taşıyıcısı hâline gelme ihtimaline kapalıdırlar. Sözleşmeler, kuruldukları andaki içerikleriyle varlıklarını sürdürürler. Bu bağlamda yorum uyuşmazlıklarının çözümü de nihayetinde irade açıklamalarının yorumlanmasından ve sözleşmenin kurulması sırasında bunların hangi anlam üzerinde birleştiğinin açığa çıkarılmasından geçer⁵⁶⁷. Dolayısıyla yorum uyuşmazlıkları, sözleşmenin kurulması aşamasında irade açıklamaları yönünden gerçekleştirilecek olan yorumla doğrudan ilişkilidir, hatta bu yorum faaliyetinin icra edilmesini şart koşar.

Yorum uyuşmazlıklarında uyuşmazlığın taraflarını, kural olarak sözleşmenin tarafları oluşturur⁵⁶⁸. Zira nispiyet ilkesi uyarınca sözleşmenin içeriği esas itibarıyla sadece

⁵⁶⁵ Yorum uyuşmazlığı hakkında bkz. ve karşı. Furrer ve Müller-Chen, Kapitel 4, N. 8 vd., 17 vd.; Huguenin, N. 276. Jäggi, güven ilkesinin uygulama alanı bulabileceği uyuşmazlıkları tartışırken yaptığı değerlendirmelerde, uyuşmazlıkları ayırma tâbi tutarken tarafların, her birinin iradesi ile açıklaması arasında uygunluğun bulunduğu normal durumdan mı, yoksa bu uygunluğun bulunmadığı anormal durumdan mı hareket ettikleri ana ölçütünü kullanmaktadır. Yazara göre ancak her iki tarafça da normal durumun varlığının ileri sürüldüğü ya da anormal durumun ispatlanmadığı hâllerde bir yorum uyuşmazlığından bahsetmek mümkün olur. Görüş ve görüşün detayları için bkz. Jäggi, 148-152.

⁵⁶⁶ Eren, N. 1451; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 334; Şahin ve Çelt, 720. İrade açıklamaları arasındaki uygunluğun tespitine yönelik yoruma “kurucu yorum”, kurulmuş olan sözleşmenin içeriğinin tespitine ise “içerik yorumu” adı verildiği de görülmektedir. Bu yönde bkz. Antalya, N. 2572, 2573.

⁵⁶⁷ Aynı yönde bkz. Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, 2; von Büren, 168, 169; Eren, N. 1447; Koller, § 9, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 21; Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 320; Müller, Art. 18, N. 30; Kaplan, 421; Sarıkaya, 86; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 3; Şahin ve Çelt, 709; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 148; Wiegand, Art. 18, N. 2, 10.

⁵⁶⁸ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 329; Müller, Art. 18, N. 32.

sözleşmenin taraflarını ilgilendirir; sözleşmeden doğan haklar taraflara aittir ve borçlar da tarafları yüküm altına sokar. Uyuşmazlığın taraflarının sözleşmenin taraflarıyla aynı olduğu olağan ihtimal, doktrinde iç yorum uyuşmazlığı (*interner Auslegungsstreit*) olarak adlandırılmaktadır⁵⁶⁹. Fakat bazı durumlarda, sözleşmenin tarafları dışında bir kimsenin de, sözleşmenin yorumuna ilişkin olarak mahkemeye yansıyan ihtilafta taraf olarak yer alması mümkündür. Bunun söz konusu olabileceği ilk ihtimal, sözleşmenin muhtevasının bir başka hukukî uyuşmazlık bakımından ön sorun (*Vorfrage*, HMK⁵⁷⁰ m. 163) teşkil etmesidir. Doktrinde buna örnek olarak, B ile C arasında akdedilen bir sözleşmenin, A ile B arasındaki rekabet yasağı anlaşmasını ihlâl edip etmediği hakkında bir değerlendirme yapılabilmesi için, A ile B arasındaki dava sırasında yorumlanması gerekliliği gösterilmektedir⁵⁷¹. Bunun yanı sıra, nispîlik ilkesinin istisnaları olarak değerlendirilebilecek olan; tam üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m. 129)⁵⁷², alacağın devri (TBK m. 183 vd.) ve borcun üstlenilmesi (TBK m. 195 vd.) hâllerinde de, sözleşmenin ve yorum uyuşmazlığının taraflarının farklı kişilerden oluşması mümkündür⁵⁷³. Bu gibi hâllerde de uyuşmazlık, dış yorum uyuşmazlığı (*externer Auslegungsstreit*) olarak nitelendirilmektedir⁵⁷⁴.

Sözleşmenin hâkim tarafından yorumlanması gerekliliği, bir kimsenin mahkeme önünde sözleşmenin belirli yöndeki içeriğine dayanarak bir hukukî talepte bulunması, karşı tarafın ise bu talebin dayanağı olan sözleşme içeriğine karşı çıkması hâlinde gündeme gelir⁵⁷⁵. Bu durumda hâkimin söz konusu talebin karşılanıp karşılanmayacağına ilişkin bir karar verebilmesi için sözleşmenin içeriğini tespit etmesi şarttır. Bu bağlamda sözleşmenin yorumu, mahkeme için bir amaç olmaktan ziyade, belirli bir yargıya ulaşılmasında araç niteliği taşıyan bir faaliyet olarak kendisini gösterir⁵⁷⁶. Gerçekten, esas itibarıyla hâkimden

⁵⁶⁹ Müller, Art. 18, N. 32.

⁵⁷⁰ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG, T. 4.2.2011, S. 27836.

⁵⁷¹ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 329; Müller, Art. 18, N. 34.

⁵⁷² Örnek olarak bkz. BGE 83 II 277, 280 vd..

⁵⁷³ Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 45; Müller, Art. 18, N. 33; Wiegand, Art. 18, N. 9. Farklı örnekler için ayrıca bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 48.

⁵⁷⁴ Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 44; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 47; Müller, Art. 18, N. 33; Wiegand, Art. 18, N. 9. Üçüncü kişinin yorum uyuşmazlığının tarafını oluşturması, bu kişinin kural olarak tarafların gerçek iradesinden değil, sadece sözleşmenin lafzından haberdar olması ve buna dayanabilmesi bakımından özellik arz etmektedir. Bu ihtimalde bir görüş, üçüncü kişi bahis konusu sözleşmeyi oluşturan irade açıklamasının muhatabı olmadığı ve kendisi de bir irade açıklamasında bulunmadığı için, sübjektif yorum yöntemi ile objektif - somut yorum yönteminin uygulanabilir nitelik taşımadığını öne sürmektedir. Bu çerçevede geriye sadece objektif - genel yorum yöntemi kalmaktadır. Bu yönde bkz. Wiegand, Art. 18, N. 9. Dış yorum uyuşmazlıklarında üçüncü kişinin kural olarak sözleşmenin lafzına dayandığı, ancak lehine nitelik taşıması hâlinde TBK m. 19/I (OR Art. 18 Abs. 1) uyarınca sözleşme taraflarının uyuşan gerçek iradelerine de dayanabileceği yönünde, kanaatimizce de isabet taşıyan diğer görüş için ise bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 46; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 49.

⁵⁷⁵ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 330; Müller, Art. 18, N. 35.

⁵⁷⁶ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 330; Müller, Art. 18, N. 35.

beklenen, sözleşmenin yorumlanması değil, uyuşmazlık konusu hukukî talebin değerlendirilerek sonuca bağlanmasıdır. Somut uyuşmazlıkta davacı belirli bir yorum sonucuna dayanarak hak iddia eder, davalı ise buna karşı çıkmakla yetinir ve farklı bir yorum sonucunun doğruluğunu ileri sürmezse, hâkim sadece davacının dayandığı sözleşme içeriğinin doğru olup olmadığını araştırır⁵⁷⁷. Davalının, davacının sözleşmeye atfettiği anlamdan farklı bir anlama dayanarak karşı dava açmak suretiyle talepte bulunması hâlinde ise hâkim, bu iddiaların her ikisini de değerlendirmek ve hangisinin isabetli olduğunu açığa çıkarmak amacıyla sözleşmeyi yorumlar. Ancak hâkim, tarafların ileri sürdüğü yorum sonuçlarından birini seçmek zorunda değildir; bunların her ikisinden de farklı üçüncü bir anlamın esas alınması gerektiğine de hükmedebilir⁵⁷⁸. Esas itibarıyla hâkim, uyuşmazlığı çözmek amacıyla tarafların yorumlarının doğru ya da yanlış olduğu belirlemesini yapmakla yetinebilir. Fakat çoğunlukla varılan yargının gerekçelendirilmesi, hükümde ya da hükmün gerekçesinde, hâkim tarafından doğru yorum sonucuna yer verilmesiyle gerçekleştirilir⁵⁷⁹. Yine de, hâkimin sözleşmenin anlamına ilişkin tespiti hükümde yer alsa dahi, bu tespit yönünden bir kesin hükmün varlığından bahsedilemez⁵⁸⁰.

B. Yorum Uyuşmazlığı ile Uygunluk Uyuşmazlığı Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak

Her ne kadar uygunluk uyuşmazlıkları ve yorum uyuşmazlıkları kavramsal düzeyde birbirlerinden net sınırlarla ayrılabiliriyorsa da, uygulamada aynı ayrımı yapmanın son derece güç olduğu göze çarpmaktadır. Her şeyden önce, aynı dava çerçevesinde hem uygunluk uyuşmazlığının hem de yorum uyuşmazlığının varlık kazanması mümkündür⁵⁸¹. Gerçekten davacı, sözleşmenin belirli bir anlamına dayanarak bir talepte bulunup, bu talebin hâkim tarafından kabul edilmemesi ihtimalinde irade açıklamaları arasında bir uygunluğun bulunmadığından bahisle sözleşmenin kurulmadığına hükmedilmesini isteyebilir. Bunun yanı sıra, taraflardan birinin, sözleşmenin irade açıklamaları arasında uyuşmanın gerçekleşmemesi nedeniyle kurulmadığını, ancak sözleşmenin meydana geldiğine hükmedilmesi hâlinde bunun belirli bir içerik taşıdığını ileri sürmek suretiyle bir iddiada

⁵⁷⁷ Müller, Art. 18, N. 37.

⁵⁷⁸ Jäggi, 150; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 331; Müller, Art. 18, N. 37.

⁵⁷⁹ Jäggi, 150; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 330-332; Müller, Art. 18, N. 37.

⁵⁸⁰ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 330.

⁵⁸¹ Gauch, Schlupe ve Schmid, Art. 18, N. 1199; Müller, Art. 18, N. 43. Tek başına uygunluk uyuşmazlığının gündeme geldiği ihtimallerde salt uygunluk uyuşmazlığından (*reiner Konsensstreit*); tek başına yorum uyuşmazlığının ortaya çıktığı ihtimallerde ise salt yorum uyuşmazlığından (*reiner Auslegungstreit*) söz edilir. Bkz. Müller, Art. 18, N. 39.

veya savunmada bulunması mümkündür⁵⁸².

Uygunluk sorunu ve yorum sorununun birlikte ileri sürüldüğü uyuşmazlıklarda hâkim, öncelikle sözleşmenin mevcut olup olmadığını açığa çıkarmak amacıyla uygunluk uyuşmazlığını çözüme kavuşturma yoluna gitmelidir⁵⁸³. Zira sözleşmenin kurulmadığına hükmedildiğinde yorum sorunu zaten kendiliğinden ortadan kalkar. Kaldı ki sözleşmenin kurulduğu sonucuna varıldığında da, çoğu zaman bunun içeriği zaten tespit edilmiş olmaktadır⁵⁸⁴.

2. Yorum Uyuşmazlıklarında Uygunluk Sorununun Gündeme Gelmesi

Uyuşmazlık tarafları açıkça her iki uyuşmazlığın doğmasına sebebiyet verecek taleplerde bulunmasalar dahi, mahkemece yapılacak değerlendirme sonucunda, uygunluk uyuşmazlığı adı taşıyan bir uyuşmazlığın yorum uyuşmazlığına ya da aksine yorum uyuşmazlığı görüntüsü çizen bir uyuşmazlığın uygunluk uyuşmazlığına dönüşmesi söz konusu olabilir⁵⁸⁵. Bilhassa sözleşmenin yorumlanması talebiyle açılmış bir davada, hâkimin, gerçekleştireceği yorum faaliyeti sonucunda aslında irade açıklamaları arasında uygunluğun söz konusu olmadığını keşfetmesi ve böylece yorum uyuşmazlığı kapsamında uygunluk sorununun gündeme gelmesi mümkündür. Tarafların, özellikle belirli bir aşamaya kadar ifa edilmiş sözleşmelerde sözleşmenin yokluğuna hükmedilmesinden çekinmeleri nedeniyle, irade açıklamalarının birbirine uygunluğu yönünden soru işareti yaratabilecek hâllerde dahi sözleşmenin yorumundan bahsetmeleri ve böylece uyuşmazlığı yorum uyuşmazlığı görünümüne büründürmeleri ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, bu ihtimalin hiç de azımsanmayacak büyüklükte olduğu fark edilir⁵⁸⁶.

Yorum uyuşmazlığı kapsamında bir uygunluk sorununun ortaya çıktığı ihtimallerde hâkimin nasıl bir yol izlemesi gerektiği konusunda doktrin, önemli tartışmalara sahne olmuştur. Burada sorun, tarafların kendisine salt sözleşmenin yorumu talebiyle geldikleri bir durumda hâkimin, aslında irade açıklamalarının birbirine uygun olmadığını keşfetmesi hâlinde, onların talebinin ötesine geçerek sözleşmenin kurulmadığına hükmedip hükmedemeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır.

⁵⁸² İki uyuşmazlığın bir arada bulunduğu ihtimaller için bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, Art. 18, N. 1199; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 335; Müller, Art. 18, N. 44; ayrıca bkz. BGE 123 III 35, 38.

⁵⁸³ Müller, Art. 18, N. 45.

⁵⁸⁴ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1198; Müller, Art. 18, N. 45.

⁵⁸⁵ Karş. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1199; Huguenin, N. 277.

⁵⁸⁶ Bkz. ve karş. von Büren, 168; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1199; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 327; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 337; Müller, Art. 18, N. 30.

a. Uygunluk sorununun objektif esaslı noktalara ilişkin olduğu ihtimal

Doktrinde, irade açıklamaları arasındaki uyumsuzluğun sözleşmenin objektif esaslı noktalarına ilişkin olduğu ihtimal bakımından büyük ölçüde görüş birliği bulunmaktadır. Bu hâlde, sözleşmenin kurulup kurulmamasının hâkim tarafından hukukun uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulması gereken bir sorun olduğundan hareketle, hâkimin sözleşmenin meydana gelmediğine hükmedebileceği, kanaatimizce de isabetli olarak kabul edilmektedir⁵⁸⁷.

b. Uygunluk sorununun subjektif esaslı noktalara ilişkin olduğu ihtimal

Uyuşmamanın objektif esaslı noktalara ilişkin olduğu hâl bakımdan mevcut olan görüş birliği, subjektif esaslı noktalar söz konusu olduğunda yerini üç farklı görüşe bırakmaktadır. Bu görüşler; salt yorum uyumsuzluğu teorisi, hâkimin uygunluğun bulunmamasını re'sen dikkate alarak sözleşmenin kurulmadığına hükmedebileceği görüşü ve uyumsuzluk konusunun yorum ile sınırlandırılmasıyla yeni bir sözleşmenin meydana geldiği görüşü şeklinde üç başlık altında incelenebilir.

(1) Salt yorum uyumsuzluğu teorisi

Konuya ilişkin yürütülen tartışmaların çıkış noktasını oluşturan ve salt yorum uyumsuzluğu teorisi olarak adlandırılan ilk görüşe göre, tarafların uygunluk uyumsuzluğunu ileri sürmeyerek sözleşmeyle tereddütsüz bağlı kalmak istemesi ve kurulduğu farz edilen sözleşmenin sadece içeriğinin ihtilaf konusu yapılması hâlinde bir salt yorum

⁵⁸⁷ Bu yönde bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 340; Peter Gauch, Walter R. Schlupe, "Zum 'Reinen Auslegungsstreit' – Eine Klarstellung", *SJZ* 78. Jahrgang, Heft 14 (1982): 231; Max Keller, "Die Theorie des sog. 'Reinen Auslegungsstreites'", *SJZ* 78. Jahrgang, Heft 8 (1982): 127; Keller ve Schöbi, 121; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 250; Müller, Art. 18, N. 41; Gaudenz Zindel, "Reiner Auslegungsstreit und Konsensfrage", *SJZ* 78. Jahrgang, Heft 22 (1982): 356. Objektif ve subjektif esaslı nokta ayrımına gitmeksizin, tarafların sözleşmenin kurulduğunu kabul ettiği, ancak sadece bunun içeriğini tartışmaya açtığı uyumsuzluklarda hâkimin sözleşmenin kurulmadığına karar veremeyeceği yönünde bkz. Bucher, *OR AT*, 180, dn. 6; Huguenin, N. 276; BGE 29 II 114, 125. Hemen belirtelim ki Gauch ve Schlupe ile Zindel, buradaki objektif esaslı noktalardan anlaşılması gerekenin, sözleşmenin çekirdeğini (*Geschäftskern*) oluşturan asgarî içerik (*Mindestinhalt*) olduğunu, -eğer varsa- sözleşme tipinin bunun dışında kalan esaslı unsurları bakımından sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Gauch ve Schlupe, 231, 232; Zindel, 356, dn. 5. Sözleşme tipine ilişkin esaslı unsurlar ve sözleşmenin asgarî içeriği arasındaki ayrım için bkz. Schönenberger ve Jäggi, Art. 2, N. 3. Esaslı unsurlar arasında böyle bir ayrıma gidilemeyeceği yönünde aksi görüş için bkz. Keller ve Schöbi, 122. Konuya ilişkin detaylı bilgi ve inceleme için ayrıca bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 11, II, A, 1.

uyuşmazlığının varlığından⁵⁸⁸ bahsedilir⁵⁸⁹. Böyle bir durumda, taraflar sübjektif esaslı noktalar üzerinde uygunluk sorununu ileri sürmeyerek sözleşmeye bağlı kalmak istiyorlarsa, hâkim söz konusu uyuşmanın gerçekleşmemesi nedeniyle sözleşmenin kurulmadığına karar verememelidir⁵⁹⁰. Zira tarafların böyle bir tercihte bulunmaları, menfaat durumlarında sonradan bir değişikliğin meydana geldiğinin ve artık tarafların ortak menfaatinin sözleşmeyi ayakta tutmaya yöneldiğinin göstergesidir⁵⁹¹. Açılan davada her iki tarafın da sözleşmenin kurulduğu konusunda tartışmasız hemfikir olmaları, onların önceden sübjektif esaslı nitelik kazandırdıkları noktaları artık “esaslı” olarak görmedikleri anlamına gelmektedir⁵⁹². Taraflar, irade özerkliği çerçevesinde bir noktaya esaslı vasfı kazandırmaya nasıl muktedirlerse, bundan vazgeçmeye de aynı derecede muktedirler ve hukuk düzenince de buna saygı duyulması gerekir⁵⁹³. Taraflarca getirilme ilkesi (*Verhandlungsmaxime*) uyarınca hâkimin taleple bağlı bulunması da, bu argümanı doğrulamaktadır⁵⁹⁴. Bu çerçevede, talebin salt yorum ile sınırlandırılması hâkimin sözleşmenin kurulmadığına hükmetmesinin önünde bariyer teşkil eder ve sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması gerekliliğini doğurur.

(2) Hâkimin uygunluğun bulunmamasını re’sen dikkate alarak sözleşmenin kurulmadığına hükmedebileceği görüşü

Salt yorum uyuşmazlığı teorisinin karşı kutbunu oluşturan ikinci görüşe⁵⁹⁵ göre tarafların sübjektif esaslı nokta niteliği kazandırdıkları bir nokta üzerinde uyuşmamış

⁵⁸⁸ Esasında kavramsal düzeyde yorum uyuşmazlıklarını uygunluk uyuşmazlıklarından ayıran, zaten uyuşmazlık konusunu sözleşmenin kurulup kurulmadığının değil, içeriğinin tespitinin oluşturmasıdır. Fakat kökeni itibarıyla bir teori çerçevesinde ortaya atılan salt yorum uyuşmazlığı kavramı, tarafların sözleşmenin meydana gelmesini konusunu da tartışmaya açtıkları veya bu konuda tamamen nötr kaldıkları değil; sözleşmenin kurulduğunu varsaydıkları, böylece -zımnen de olsa- uygunluk sorununu ve sözleşmenin kurulmamış olması ihtimalini devre dışı bıraktıkları hâller için kullanılmaktadır. Fakat doktrinde yorum uyuşmazlığı ve salt yorum uyuşmazlığı kavramlarını eş anlamlı şekilde kullanan yazarlara da rastlandığını belirtmek gerekir. Örnek olarak bkz. Huguenin, N. 276.

⁵⁸⁹ Salt yorum uyuşmazlığı hakkında bkz. Bucher, *OR AT*, 180, dn. 6; Eren, N. 762, 763, 1453, 1494; Gauch ve Schlupe, 230-232; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1199; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 326-328; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 336-342; Keller, “Reiner Auslegungsstreit”, 126-128; Keller ve Schöbi, 120-122; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 250; Müller, Art. 18, N. 40-42; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 172; Wiegand, Art. 18, N. 9; Zindel, 356-361; BGER 4C.240/2003 vom 3. Dezember 2003, Erw. 3.1.

⁵⁹⁰ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Bucher, *OR AT*, 180, dn. 6; Eren, N. 762, 763; Gauch ve Schlupe, 230, 231; Huguenin, N. 276; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 328; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 338, 339, 342; Keller ve Schöbi, 121; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 250; Müller, Art. 18, N. 42. Alman doktrininde ileri sürülen aynı doğrultuda görüş için bkz. Danz, 212.

⁵⁹¹ Gauch ve Schlupe, 231.

⁵⁹² Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 342; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 250; Müller, Art. 18, N. 42.

⁵⁹³ Eren, N. 762, 763.

⁵⁹⁴ Bucher, *OR AT*, 180, dn. 6; Eren, N. 762, 763; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 339.

⁵⁹⁵ Keller, “Reiner Auslegungsstreit”, 127.

olmaları, bu uyuşmama onlar tarafından davada ileri sürülmemiş olsa dahi, sözleşmenin yokluğu sonucunu doğurur. Zira bir sözleşmenin meydana gelip gelmediği, hâkim tarafından re'sen gözetilmesi ve çözüme kavuşturulması gereken bir hukukun uygulanması sorunu (*Rechtsfrage*) teşkil etmektedir⁵⁹⁶. Kaldı ki, objektif esaslı nitelik taşımayan bir hususun sübjektif olarak esaslı kılınması, taraflarca bu husus üzerinde uyuşmanın olmazsa olmaz şart (*conditio sine qua non*) olarak değerlendirildiğinin göstergesidir⁵⁹⁷. Bu şartlar altında hâkim, uyuşmazlık önüne sözleşmenin yorumlanması talebiyle gelse dahi, irade açıklamaları arasında uyuşmanın gerçekleşmediğini re'sen göz önünde bulundurarak hükmünü sözleşmenin kurulmadığı yönünde tesis etmelidir.

(3) Uyuşmazlık konusunun yorum ile sınırlandırılmasıyla yeni bir sözleşmenin meydana geldiği görüşü

Konuya ilişkin olarak, vardığı sonuç itibarıyla ilk görüşle paralellik arz eden, ancak bu sonuca sunduğu gerekçe itibarıyla ondan ayrılan ve bu yönüyle kanaatimizce ayrıca ele alınmayı hak eden üçüncü bir görüş⁵⁹⁸ de mevcuttur. Bu görüşe göre bu tür uyuşmazlıklarda durum, hâkimin sübjektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmanın gerçekleşmemesi nedeniyle kurulmamış bir sözleşmenin kurulmadığına hükmetme olanağının çeşitli sebeplerle (örneğin taraflarca getirilme ilkesi dolayısıyla) onun elinden alınması şeklinde tezahür etmemektedir. Bilakis tarafların, en geç salt yorum uyuşmazlığı sırasında sözleşmenin kurulduğu konusunda hemfikir olmaları, onlar arasında ilgili noktanın sübjektif esaslı nitelik taşımadığı bir sözleşmenin meydana geldiğinin göstergesidir. Gerçekten böyle bir durumda en geç, davanın uyuşmazlık konusunun yorum ile sınırlandırılması suretiyle açılması (öneri) ve davalı tarafça bu sınırlandırmaya itiraz edilmemesi (kabul) ile sözleşmenin meydana geldiği kabul edilir⁵⁹⁹. Artık sözleşme kurulmuş olduğuna göre hâkim, sübjektif esaslı olmaktan çıkarılan nokta bakımından sözleşmeyi tamamlama imkânına sahiptir ve bunu tamamlama yoluna gitmelidir.

(4) Görüşlerin değerlendirilmesi

Kanaatimizce yukarıda belirtilen görüşler arasında en isabetli çözümü son görüş

⁵⁹⁶ Keller, "Reiner Auslegungsstreit", 126, 127.

⁵⁹⁷ Keller, "Reiner Auslegungsstreit", 127.

⁵⁹⁸ Bu yönde bkz. Zindel, 358-360. Hemen belirtelim ki ilk görüş ile bu üçüncü görüşün, maddî hukuk yönünden vardıkları sonuç bakımından ortak bir noktada buluşup sadece bu sonucun gerekçelendirilmesi noktasında birbirlerinden ayrılmaları, konuya ilişkin detaylı gerekçeler ileri sürmeksizin fikir belirten yazarların görüşlerinin sınıflandırılmasında güçlükler neden olmaktadır. Bu esastan hareketle üçüncü görüşe de yakın nitelik arz eden ve bununla da bağdaştırılabilecek değerlendirmeler için bkz. Eren, N. 763; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 250; Müller, Art. 18, N. 42.

⁵⁹⁹ Zindel, 358, 359.

sunmaktadır. Her şeyden önce, ister objektif ister sübjektif olsun, esaslı noktaların tamamı üzerinde uyuşulması, sözleşmenin meydana gelmesi için şarttır. Buradan hareketle, sübjektif esaslı noktalar bakımından uyuşmanın gerçekleşmemesi sözleşmenin kurulmaması sonucunu doğurur. Zira taraflar, ikinci derecedeki bir noktaya esaslı nitelik kazandırmak suretiyle, bu noktada anlaşma gerçekleşmediği sürece sözleşmenin kurulmasını arzulamadıklarını açıkça dışa vurmaktadırlar. Tartışma ister objektif isterse sübjektif esaslı noktalar bakımından çıkmış olsun, sözleşmenin kurulup kurulmadığının değerlendirilmesi bir hukukun uygulanması meselesidir ve hâkim sözleşmenin kurulmadığını re'sen göz önünde bulundurur⁶⁰⁰.

Fakat şu hususa dikkat edilmelidir: Sözleşmelerin objektif esaslı noktaları sözleşmenin taraflarından bağımsız olarak, objektif bir biçimde tespit edilmişken, sübjektif esaslı noktaların esaslılığı doğrudan tarafların iradesine dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle sübjektif esaslı noktalar, aslında tarafların sözleşmeyle bağlanmak için şart koştukları ve böylece bu noktalar üzerinde uyuşma olmadığı sürece hukuken bağlanma iradesine sahip bulunmadıkları noktaları ifade etmektedir. Tarafların bir noktayı sübjektif esaslı addetme yönündeki iradesi devreden çıktığında, bunlar tekrar ikinci derecedeki noktalar vaziyetini almakta⁶⁰¹ ve bu noktalar üzerinde uyuşma olmaksızın, objektif esaslı noktalarda uygunluk sağlanmasıyla sözleşme varlık kazanabilmektedir. Zira artık tarafların hukuken bağlanma iradesi bu nokta üzerine anlaşılmasına bağlı olmaktan çıkmakta, irade açıklamaları kesinlik vasfını kazanmaktadır. Dolayısıyla, objektif esaslı noktalar olmaksızın bir sözleşme meydana getirmek mümkün değilken; sübjektif esaslı noktaların esaslı niteliğini kaybetmesi hâlinde, salt objektif esaslı unsurlar üzerinden bir sözleşme akdedilmesi şüphesiz mümkündür. Öyleyse, tarafların sonradan, menfaat durumlarında meydana gelen değişiklik çerçevesinde, daha önceden sübjektif esaslı nitelik atfettikleri hususları ikinci derecedeki nokta olarak bırakmak suretiyle, kalan esaslı noktalar üzerinden yeni birer öneri ve kabulde bulunmaları ve bu yolla bir sözleşme kurmalarının önünde engel yoktur. Bu bağlamda ilk aşamadaki sözleşme görüşmelerinden sonraki süreçte yeni bir öneri ve kabul olarak nitelendirilebilecek açıklama ve davranışlar sergilenmişse, taraflar arasında anılan sübjektif esaslı noktalardan vazgeçilerek bir sözleşmenin kurulduğu kabul edilmelidir⁶⁰². Böyle bir

⁶⁰⁰ Keller, "Reiner Auslegungstreit", 126, 127; Keller ve Schöbi, 121.

⁶⁰¹ Eren, N. 763; Zindel, 359.

⁶⁰² Gizli uyuşmama ihtimalinde taraflar uyuşmamanın farkında olmadıkları için, dava açıldığında her iki tarafın da sözleşmenin kurulduğunu tartışma konusu yapmamalarının, kural olarak ilgili noktanın sübjektif esaslılığından vazgeçme anlamına gelmeyeceği şeklinde aksi yönde görüş ve konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Sarıkaya, 196 vd..

sözleşme, yorum uyuşmazlığı çıkmadan önce tarafların, sübjektif esaslı bir nokta üzerinde uyuşmamış olmakla birlikte, sözleşmeyi diğer noktalar üzerinden öneri ve kabul olarak nitelendirilebilecek davranışlarla ifa etmeleri hâlinde meydana gelebilir⁶⁰³. İfa söz konusu olmasa bile, uyuşmazlık konusunun salt yorum ile sınırlandırılması suretiyle dava açılması ve karşı tarafın aynı yöndeki iradesinin de yine dava çerçevesinde sabit olmasıyla da yeni bir sözleşme vücut bulur⁶⁰⁴. Bu andan itibaren hâkim, esaslı niteliğini kaybeden nokta olmaksızın sözleşmenin kurulduğu yönünde karar verir ve anılan noktaya ilişkin uyuşmazlığı da sözleşmeyi tamamlamak suretiyle çözer. Dolayısıyla varılan sonuç, başlangıçta sübjektif esaslı nitelik arz eden bakımından, sadece yorum talepli bir uyuşmazlıkta hâkimin sözleşmenin kurulmadığına hükmedemeyeceği şeklindedir. Fakat tekrar vurgulamak gerekir ki üzerinde uyuşma sağlanamayan noktalar objektif esaslı nitelik taşıdığına, hâkimin sözleşmenin kurulmadığı yargısına ulaşmaktan başka bir seçeneği yoktur.

§ 9. “YORUMLANABİLİRLİK” SORUNU

I. GENEL OLARAK

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında cevap aranması gereken sorular arasında, bütün irade açıklamalarının “yorumlanabilir” nitelik taşıyıp taşımadığı da yer almaktadır. Bu soruya verilecek cevap, her şeyden önce hâkimin, karşısında bulunduğu uyuşmazlıkta yorum yoluna başvurusunun irade açıklamasının

⁶⁰³ Zindel, 358, 359. Zindel’e göre bu sözleşmenin kurulduğu an, taraflardan birinin, diğer tarafça bilinebilir şekilde tartışma konusu noktanın sübjektif esaslılığından vazgeçtiği andır. Bkz. Zindel, 358, dn. 17.

⁶⁰⁴ Zindel, 358, 359. Dava çerçevesinde ileri sürülen beyanlarla gerçekleştirilen bu irade açıklamaları yönünden, her ne kadar şekil şartına bağlı sözleşmelerde şekil şartı sağlanmamaktaysa da, şekle aykırılığın sözleşmenin kurulmasını değil, geçerliliğini engelleyen bir husus olması çerçevesinde varılacak sonuç değişmemektedir. Bkz. Zindel, 359. Dava sürecindeki ve özellikle dilekçelerdeki beyanların yorumunda salt lafza bağlı kalınmaması, talebin bağlamı ile gerekçelendiriliş şekli de gözetilerek objektif esaslara dayanan bir yöntemin tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 333; BGer 4A_618/2010 vom 7. März 2011, Erw. 2.2.2; BGE 105 II 149, 152. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E. 2014/15-2182, K. 2015/1047, T. 18.3.2015: “Bu noktada, Hukuk Genel Kurulu 3.4.1963 gün ve E:2-93, K:29 sayılı kararında; 'Gerek dava dilekçeleri, gerek tarafların dava sırasındaki sözlü veya yazılı diğer bildirimleri (beyanları), kural olarak, birer hukuk işlemidir ve her hukuk işlemi gibi, Borçlar Kanununun 18 ve Medeni Kanunun 2.maddeleri gereğince, bildirimde bulunanın kullandığı sözlere bakılmayarak, afaki iyiniyet kuralları uyarınca kendisine karşı bildirimde bulunulan sözlerden veya yazılardan ne gibi bir anlam çıkarması gerektiği belli edilerek yorumlanmalı ve bu yorum sonucuna göre işlem yapılmalıdır' denilmek suretiyle, öğretilerde de benimsenen (Necip, Kocayusufoğlu: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul 1968, s.5 vd;) güven teorisi gereğince yorum yapılmasını kabul etmiş ve uygulamasını da bu yönde geliştirmiştir. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun yerleşik uygulamasını yansıtan 06.02.2012 gün ve E:2012/14-606, K:2013/212 sayılı ilamında da; irade beyanlarının yorumunda başvuru ve genel kabul gören güven teorisi ışığında gerek beyanda bulunanın beyanının içeriğine, gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca varılacağı vurgulanmıştır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

niteliğinden kaynaklanan birtakım sınırlamalara tâbi bulunup bulunmadığını açığa çıkaracak olması yönünden önem arz etmektedir. Hatta bunun da ötesinde, irade açıklamaları alanında yorum kavramının anlamı, işlevi ve sınırları dahi, yorumlanabilirlik sorunu bakımından varılacak sonuçların doğrudan etki alanında kalmaktadır.

II. AÇIKLIK KURALININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Açıklık Kuralı ve Bu Kuralın Yorum Alanındaki Sonuçları

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın zamana kadar verdiği kararlarında ve Alman Federal Mahkemesi'nin özellikle eski içtihatlarında, irade açıklamasının yorumunun birtakım ön şartlara bağlanmak suretiyle sınırlandırıldığı görülmektedir. Böylece, yorumlanabilir nitelik taşımayan irade açıklamalarının mevcut olduğu fikri benimsenmiştir. Gerçekten İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında⁶⁰⁵, sözleşmenin lafzının açık olduğu ihtimallerde, yoruma başvurmak suretiyle bu anlamın doğruluğunun denetlenmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi'nin de, tamamen açık nitelik arz eden irade açıklamalarının yorumlanabilir olmadığını, bunların yorum yoluyla açık lafzından farklı biçimde anlamlandırılmayacağını belirttiği kararları⁶⁰⁶ mevcuttur. Söz konusu yaklaşım Türk, İsviçre ve Alman doktrinlerinden⁶⁰⁷ de kısmen destek bulmuş, yorumun sadece yoruma muhtaç irade açıklamaları bakımından gündeme gelebileceği, açık ve kesin nitelik arz eden irade açıklamalarının bu anlamda yoruma elverişli olmadığı ifade edilmiştir. İrade açıklamasının yorumunda yoruma muhtaçlığın (*Auslegungsbedürftigkeit*) ya da yoruma elverişliliğin (*Auslegungsfähigkeit*) ön koşul teşkil ettiği şeklindeki kural⁶⁰⁸, doktrinde “açıklık kuralı (*Eindeutigkeitsregel*)” olarak nitelendirilmektedir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Bu yönde bkz. BGE 111 III 284, 287; BGE 99 II 282, 285; BGE 83 II 297, 307; BGE 81 II 520, 525, 526. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin özellikle yakın tarihli kararlarında açıklık kuralını reddeden bir tavır sergilediği görülmektedir. Bu yönde örnek olarak bkz. BGE 136 III 186, 188; BGE 135 III 295, 302; BGE 131 III 606, 611, 612; BGE 127 III 444, 445; BGE 123 III 16, 23; BGE 121 III 118, 124.

⁶⁰⁶ Örnek olarak bkz. BGH NJW 2007, 1460, 1461; Reichsgericht, 11.03.1909, Rep. IV. 304/08, RGZ 70, 391, 393.

⁶⁰⁷ Türk doktrininde bu yönde bkz. Şahin ve Çelt, 710. İsviçre doktrininde bu yönde bkz. Honsell, “Willenstheorie”, 337, 338, 350. Alman doktrininde bu yönde bkz. Jürgen Ellenberger, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar zu BGB §§ 1-240, 76. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2017), § 133, N. 6, 6a; Hefermehl, § 133, N. 4; Roland Schimmel, “Zur Auslegung von Willenserklärungen”, *JA* 30. Jahrgang, Heft 12 (1998): 983.

⁶⁰⁸ Bu kuralın tarihsel kaynağını, Roma hukukundaki “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*” (D. 32, 25, 1, Iustinianus, 486) kuralının oluşturduğu belirtilmektedir. Aynı kural “*in claris non fit interpretatio*” şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. Busche, § 133, N. 54; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 47.

⁶⁰⁹ Bu şekilde isimlendirme için bkz. Claus-Wilhelm Canaris, “Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht”, *JZ* Bd. 42, Heft 11 (1987): 545; Eren, N. 1462; Hefermehl, § 133, N. 27; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 368; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 398; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 47; Inge Scherer, “Die Auslegung von Willenserklärungen ‘klaren und

İrade açıklamaları bakımından açıklık ve kesinliğin yoruma engel teşkil ettiği düşüncesi, irade açıklamalarının yorumu alanında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Böyle bir yaklaşım, her şeyden önce, yorumun ancak anlamı açık ve belirgin olmayan ya da birden çok anlama gelme ihtimali bulunan irade açıklamalarında gündeme gelebileceği çıkarımını beraberinde getirmektedir⁶¹⁰. Bu durumda yorum kavramı da, irade açıklamasının anlamının tespit edilmesi değil, irade açıklamasının anlamındaki belirsizliğin giderilmesi amacına yönelik bir faaliyet vasfını elde etmektedir. Böyle bir yaklaşımın en belirgin sonucu, önüne gelen irade açıklamasının “açık” nitelik taşıdığını tespit eden hâkimin bu “açık” anlamla bağlı olmasıdır. Hâkim, bu ihtimalde yorum yoluna başvurma imkânını kaybetmekte, lafız dışındaki yorum araçlarına başvurarak lafzın tarafların gerçek iradeleriyle örtüşüp örtüşmediğini araştırma seçeneğinden yoksun bırakılmaktadır.

B. Açıklık Kuralının Eleştirisi

Açıklık kuralı çerçevesinde yorum eylemini görece dar bir alana hapseden düşünce tarzı, pek çok yönden kabul edilebilir olmaktan uzaktır⁶¹¹. Her şeyden önce bu yargı, bünyesinde önemli bir çelişki barındırmaktadır. Nitekim hâkimin, bir irade açıklamasının ya da bir sözleşme metnindeki ifadelerin tamamen açık ve kesin nitelik taşıyıp taşımadığını - daha doğru bir ifadeyle sözlük anlamıyla aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığını- tespit etmesi dahi bir yorum faaliyetini gerekli kılmaktadır⁶¹². Bu faaliyet, ancak irade

eindeutigen' Wortlauts”, *Jura* 10. Jahrgang, Heft 6 (Juni 1988): 303, 304; Stehle, 259. Aynı kurala Anglo-Amerikan hukukunda “*plain meaning rule*”, Fransız hukukunda ise “*la doctrine du sens clair*” adı altında rastlanmaktadır. Anglo-Amerikan hukukundaki “*plain meaning rule*” hakkında bilgi için bkz. Alexander Lüderitz, *Auslegung von Rechtsgeschäften* (Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1966), 66 vd.. Fransız hukukundaki “*la doctrine du sens clair*” hakkında bilgi için bkz. Antje Wolgast, *Die Auslegung von Rechtsgeschäften im französischen Recht, im deutschen Recht und im Common Law*, Diss. (Hamburg, 1965), 16 vd..

⁶¹⁰ Bkz. ve karşı. Honsell, “Willenstheorie”, 337, 338, 350.

⁶¹¹ Aynı yönde görüş için bkz. ve karşı. Arnd Arnold, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Kommentar zu BGB §§ 116-133, 13. Aufl.* (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011), § 133, N. 12, 13; Busche, § 133, N. 53, 54; Canaris, *Wechselrecht*, 545, Mark Andre Czarnecki, *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), 76, 77; Eren, N. 1462; Flume, *Rechtsgeschäft*, 303; Philipp Heck, “Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 9. November 1918”, *JW* Bd. 48, (1919): 102; Hefermehl, § 133, N. 27; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 368; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 398; Kramer, *Grundfragen*, 138, 139; Larenz ve Wolf, § 28, N. 22; Heinz-Peter Mansel, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar zu §§ 1-242, 17. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2018), § 133, N. 2; Jörg Neuner, “Vertragsauslegung - Vertragsergänzung, Vertragskorrektur”, *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I* (München: Verlag C. H. Beck, 2007), 908; Scherer, “Auslegung”, 304; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 9, 10; Stehle, 260. Ayrıca karşı. Zeller, *Auslegung*, § 8, N. 191, 192.

⁶¹² Aynı fikirde bkz. Björn Biehl, “Grundsätze der Vertragsauslegung”, *JuS* 50. Jahrgang, Heft 3 (März 2010): 197; Busche, § 133, N. 54; Canaris, *Wechselrecht*, 545; Czarnecki, 76, 77; Heck, “Anmerkung”, 102; Hefermehl, § 133, N. 27; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 398; Kramer, *Grundfragen*, 138; Mansel, § 133, N. 2; Neuner, “Vertragsauslegung”, 908; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 9; Ahmet Cemil Yıldırım, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015), 127. Bu esastan hareketle aslında “açık” bir irade açıklamasından hiçbir zaman

açıklamasına eşlik eden şartlara başvurularak icra edilebilir. Öte yandan açıklık kuralı gibi bir kural aracılığıyla irade açıklamasının anlamının belirlenmesinde lafzın tek başına belirleyici kılınması ve ne derece önemli olursa olsun bunun dışındaki yorum araçlarının kesin biçimde göz ardı edilmesi, tarafların bu lafza yansımaya olan olası gerçek ve ortak iradelerini yok saymak gibi bir ihtimali beraberinde getirmektedir. Böyle bir ihtimale açık kapı bırakılması, eski çağların katı şekilci yorum anlayışının diriltilmesinden başka bir şey değildir⁶¹³. Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerde gerçekleştirilen kodifikasyon faaliyetleri çerçevesinde, yorumda salt lafzın değil, gerçek iradelerin belirleyici kabul edilmesi esasının benimsenmesi (TBK m. 19/I, OR Art. 18 Abs. 1, BGB § 133, ABGB § 914, CC Art. 1156, CCI Art. 1362) suretiyle kapıyı bu yorum anlayışına sıkı sıkıya kapatmaya yönelik ortak ve istikrarlı çaba, böylece boşa çıkarılmış olur. Kaldı ki Türk ve İsviçre kanun koyucuları da, tarafların uyuşan gerçek iradelerinin tespit edilmesi hâlinde, ne kadar açık nitelik arz ederse etsin sözleşmenin lafzının göz ardı edilmesini emreden TBK m. 19/I ve OR Art. 18 Abs. 1 düzenlemeleriyle açıklık kuralına net biçimde sırt çevirmişlerdir. Yorumda bu tür bir sınır öngörülmesi, bu bağlamda kanuna aykırı bir tutum niteliği taşır⁶¹⁴. Son olarak, açıklık kuralı ile kelimelerin sözlük anlamına atfedilen mutlak değer, dil felsefesi alanında günümüzde öne çıkan pragmatik anlam yaklaşımıyla⁶¹⁵ da bariz biçimde çeliştiğini ifade etmek gerekir. Gerçekten anılan yaklaşım, bağlamlarının kelimelere sözlük anlamını aşan anlamlar kazandırabileceği vurgusuyla anlamın belirlenmesinde bağlama özel bir önem atfetmektedir.

Yukarıda sunulan gerekçeler ışığında, irade açıklamasının yorumunun sadece açık nitelik arz etmeyen bir açıklamanın açık ve belirli hâle getirilmesinden ibaret olmadığı, bilakis her türlü irade açıklamasının anlamının tespit edilmesinin yorum faaliyeti kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir⁶¹⁶. Diğer bir ifadeyle bir irade açıklamasının anlamının ne olduğuna yönelik değerlendirmelerde bulunulan her durumda, yorum faaliyeti icra edilmektedir. Gerçi lafzın, yorumun konusunu ve çıkış noktasını oluşturması nedeniyle,

bahsedilemeyeceği yönünde, kanaatimizce de isabetli bir değerlendirme için bkz. Scherer, "Auslegung", 304. Hemen belirtmek gerekir ki açıklık kuralını savunan yazarlardan bir kısmı dahi açıklığın yorum faaliyetine başvurmaksızın anlaşılacağı fikrine hak vermektedirler. Bkz. Ellenberger, § 133, N. 6; Schimmel, 983.

⁶¹³ Bkz. ve karşı. Hefermehl, § 133, N. 27; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 9, 10.

⁶¹⁴ Bu yönde bkz. Müller, Art. 18, N. 17; Schwenzer, *AT*, N. 33.04; BGE 127 III 444, 445. Ayrıca bkz. Eren, N. 1462; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 47.

⁶¹⁵ Pragmatik dil felsefesine ilişkin olarak özellikle bkz. ve karşı. Austin, 12 vd., 98 vd.; Busse, *Semantik*, 60 vd.; Grice, *Meaning*, 378 vd.; Searle, 22 vd.; Wittgenstein, N. 43. Ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, B, 3, b.

⁶¹⁶ Taşındıkları anlamın araştırılması her durumda gereklilik arz ettiği için bütün irade açıklamalarının yoruma muhtaç olduğu şeklinde aynı doğrultuda değerlendirme için bkz. Arnold, § 133, N. 12.

yorumda çoğu zaman başrolü oynadığı doğrudur⁶¹⁷. Fakat bu, lafza tek başına belirleyicilik tanınmasını ve somut uyuşmazlıkta bunun dışındaki her türlü yorum materyaline sırt çevrilmesini hiçbir surette gerektirmez. Kaldı ki açıklık kuralının savunucuları tarafından lafzın açık olmasıyla kastedilen durum, anlam araştırmasında lafzı oluşturan kelimelerden başka yorum araçlarına başvurmanın mümkün bulunmamasından⁶¹⁸ ya da tüm yorum araçlarından yararlanarak tespit edilen anlamın açıklamanın sözlük anlamıyla aynı olmasından ibarettir⁶¹⁹. Ancak bu tespit ve bunun neticesinde irade açıklamasının sözlük anlamı doğrultusunda anlamlandırılması dahi, başlı başına ve tereddütsüz yorum faaliyetinin sınırları içinde kalmaktadır. Bu kapsamda, kanaatimizce ister objektif - somut yöntemden yararlanarak isterse de sübjektif yöntem doğrultusunda gerçekleştirilsin, her türlü anlam verme faaliyeti yorum adı altında ele alınmak durumunadır. Anlamlandırılmayan bir irade açıklaması mevcut olamayacağına göre, “yorumlanabilir” nitelik arz etmeyen bir irade açıklamasından da bahsedilemeyeceği sonucuna varılır. Bu eksende, her türlü irade açıklamasının yorumlanabilir olduğunun tespitiyle birlikte, yorumlanabilirlik sorunu çözüme kavuşturulmuş olmaktadır.

III. GERÇEK İRADELERİN UYUŞMASINDA YORUM YOLUNA GİDİLMEMEYECİĞİ GÖRÜŞÜ VE GÖRÜŞÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yorumlanabilirlik konusu bağlamında son olarak üzerinde durulması gereken bir iddia, tarafların uyuşan gerçek iradeleriyle bağdaşmayan bir yorum sonucunun kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, böyle bir iradenin tespit edilmesinin de yorumun sınırını oluşturduğu yönündedir⁶²⁰. Kanaatimizce bu iddia, sübjektif yorumun, yani tarafların açıklamaya vermek istediği anlamın esas alınmasının da nihayetinde bir yorum teşkil ettiği gözetilerek reddedilmelidir. Tarafların uyuşan gerçek iradeleri, yorumun değil, objektif - somut yorumun devre dışı kalmasına yol açar ve bu anlamda yorum faaliyetinin değil, objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanının sınırlarını çizer.

⁶¹⁷ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 374; Wiegand, Art. 18, N. 19; Zeller, *Auslegung*, § 11, N. 210.

⁶¹⁸ Başkaca yorum araçlarının erişilebilir olmaması ya da bu yorum araçları kullanılarak gerçekleştirilen yorum faaliyeti sonucunda net bir sonuca ulaşılamaması hâlinde yorum sonucunun, lafız ve özellikle sözlük anlamı doğrultusunda belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 348, 369; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 376, 399, 400.

⁶¹⁹ Bu çerçevede bir açıklamanın anlamının açık ve belirli olduğundan söz edildiğinde, bununla açıklamanın sözlük anlamı teyit edilmekte, anlamın bundan farklılaşıp farklılaşmadığı yönündeki şüphe giderilmektedir. Bu ihtimalde yorum faaliyetinin sınırları dışına çıkılmamakta, sadece yorum, bir anlamda görünürlüğünü kaybetmektedir. Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Busche, § 133, N. 54; Scherer, “Auslegung”, 304.

⁶²⁰ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Natasa Hadzimanovic, *Auslegung und Ergänzung von Verträgen – Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006), 87; Şahin ve Çelt, 710. Ayrıca karşı. Eren, N. 415-418.

§ 10. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN OLARAK YORUM YOLUYLA ARAŞTIRILACAK HUSUSLAR

I. GENEL OLARAK

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumundan söz edildiğinde, öncelikle kastedilen, tarafların irade açıklamalarının yorumlanarak sözleşmenin kurulup kurulmadığının açığa çıkarılmasıdır. Öyleyse irade açıklamalarının yorumlanması faaliyetiyle araştırılacak olan, sözleşmenin kurulması için gerekli olan şartların sağlanıp sağlanmadığıdır. Bu şartlar bakımından yol gösterici kanunî düzenlemeyi ise, TBK m. 1/I teşkil etmektedir. Sözleşmenin, taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun biçimde açıklanmasıyla kurulduğunu öngören bu düzenlemeden hareketle, sözleşmenin kurulmasının temelde üç şarta bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar, en az iki irade açıklamasının varlığı, irade açıklamalarının karşılıklığı ve irade açıklamalarının birbirine uygunluğudur. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta sözleşmenin kurulup kurulmadığı sorusuna cevap arayan hâkimin araştırması, bu üç şartın sağlanıp sağlanmadığının ortaya çıkarılmasına yönelir.

II. EN AZ İKİ İRADE AÇIKLAMASININ VARLIĞI

Türk ve İsviçre kanun koyucularının sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak sevk ettiği formülü ve dolayısıyla bir anlamda sözleşmenin tanımını içeren TBK m. 1/I'de karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından söz edilmiştir. Bu ifadeden, bir sözleşmenin kurulması için her şeyden önce en az iki irade açıklamasının varlığının şart olduğu anlaşılmaktadır. Bu gereklilik, sözleşmenin en az iki tarafı bulunan bir hukukî işlem niteliği taşımasından hareketle de rahatlıkla çıkarılabilmektedir.

İrade açıklaması, esas itibarıyla belirli bir hukukî sonuca⁶²¹ ulaşmak amacıyla işlem

⁶²¹ Bilhassa Alman doktrininde, iradenin belirli bir hukukî sonuca yönelmesinin irade açıklamasından bahsedilebilmesi için gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde hukukî sonuçlar teorisi (*Rechtsfolgentheorie*) olarak adlandırılan bir görüş, iradenin hukukî sonuca yönelmesini gerekli görmektedir. Karşı görüşü oluşturan temel sonuçlar teorisi (*Grundfolgentheorie*) ise, tarafların çoğu zaman eylemlerinin hukukî sonuçları hakkında tam bir bilgi sahibi olamayacaklarından hareketle, bunların iradelerinin sair -özellikle ekonomik nitelik taşıyan- sonuçlara yönelmiş bulunmasının yeterli olduğundan söz etmektedir. Görüşler hakkında detaya inmeden belirtmek isteriz ki, kanaatimizce taraflar, ilk aşamada ekonomik sonuçlara ulaşmayı amaçlasalar dahi, bu sonuca hukuk düzeninin öngördüğü araçlarla (örneğin irade açıklamasıyla ya da sözleşmeyle) varmaya çalışıyorlarsa ve bu sonucun hukuken teminat altına alınmış bir sonuç olduğu tasavvuruna sahiplerse, onların nihayetinde hukukî bir sonuca yöndikleri kabul edilmelidir. Bu çerçevede, irade açıklamasında irade, her durumda, son tahlilde bir hukukî sonuca yönelmektedir. Tartışmalar hakkında bilgi ve aynı yönde görüş için bkz. ve karşı. Ennecerus ve Nipperdey, 896, dn. 4; Flume, *Rechtsgeschäft*, 51-54; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 10, N. 2; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 24, dn. 19; Heinrich Lehmann ve Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 16. Aufl. (Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1966), 141,

iradesinin (hukukî sonuç iradesinin), kelimelerle ya da davranışlarla dış dünyaya vurulmasından ibarettir⁶²². Savigny'den bu yana genel kabul gören ayrıma göre, irade açıklaması, sübjektif unsur ve objektif unsur adı altında iki unsura ayrılmaktadır. Sübjektif unsuru oluşturan irade; açıklama ile yürürlüğe konmak istenen işlemin içeriğinin arzulanmasını betimleyen işlem iradesinin yanı sıra, herhangi bir hukukî sonuç doğurmak amacıyla hukukî işlemler sahasına çıkma isteğini ifade eden açıklama iradesinden ve işlem iradesinin dışa vurulmasına hizmet eden fiilin istenmesi anlamını taşıyan fiil iradesinden oluşmaktadır. Objektif unsur ise açıklama olarak nitelendirilmekte ve işlem iradesini dış dünyaya yansıtarak yürürlüğe koyma amacına yönelik her türlü kelime ve davranışı kapsamına almaktadır⁶²³.

Sözleşmeler hukukunda sözleşmenin kurulması sürecinde rol oynayan irade açıklamaları, öneri ve kabul olarak nitelendirilmektedir. Öneri, öneride bulunanın, muhatabın kabul açıklamasında bulunması ihtimalinde bu önerinin içeriğine sahip bir sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracak olan, zamansal olarak kabulden önce gelen irade açıklamasıdır⁶²⁴. Kabul ise, öneriyle uygunluk içinde bulunan ve böylece sözleşmenin meydana gelmesi sonucunu doğuran, kronolojik açıdan ikinci sıradaki irade açıklamasını oluşturur⁶²⁵.

Hem öneri hem de kabul, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, birer irade açıklaması niteliği taşımaktadır. Bu irade açıklamaları, ancak bir araya gelmeleri suretiyle bir hukukî işleme hayat vermektedir. Buradan hareketle, önerinin, sahibini bağlaması ve muhatabı sözleşmeyi kurma hususunda yetkilendirmesi bakımından tek taraflı bir hukukî işlem⁶²⁶; kabulün ise, sahibine tek taraflı olarak sözleşmeyi kurma yetkisi tanıyan bir yenilik doğuran

142. Konu bazında ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi ve değerlendirme için ayrıca bkz. Fritz von Hippel, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie* (Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1936), 8 vd..

⁶²² Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl.* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012), N. 232; Enneccerus ve Nipperdey, 896, 897; Eren, N. 345; Flume, *Rechtsgeschäft*, 51; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 168; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 4; BGE 132 III 609, 617.

⁶²³ Bu şekilde ayırım için örnek olarak bkz. Eren, N. 347 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 1, 2; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 22 vd.; Larenz ve Wolf, § 24, N. 2 vd.; Lehmann ve Hübner, 146 vd.; Schwenger, *AT*, N. 27.02.

⁶²⁴ Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 14. Baskı* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006), 27; Eren, N. 765; Esener ve Gündoğdu, 43; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 363; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 177; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 1; Koller, § 7, N. 7, 11; Zeynep Damla Taşkın, *Sözleşmenin Kurulması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 3; Abdulkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı* (Ankara: Monopol Yayınları, 2019), 62.

⁶²⁵ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 435; Koller, § 7, N. 7, 53.

⁶²⁶ Bu yönde görüş için bkz. Antalya, N. 1244; Bucher, *OR AT*, 126, dn. 52; Eren, N. 765; Schönerberger ve Jäggi, Art. 3, N. 9; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 83, 84.

hak⁶²⁷ niteliği taşıdığını ileri süren yazarların bu değerlendirmelerini isabetli bulmadığımızı belirtmek istiyoruz. Tarafların gerçekleştirmeye çabaladıkları hukukî sonuç, ayrı ayrı öneriye ve kabule değil, bunların birleşmesiyle ortaya çıkan sözleşmeye bağlanmaktadır. Her ne kadar öneri muhatapı, öneriyi almasıyla birlikte kabul açıklamasında bulunmak suretiyle sözleşmeyi kurma imkânına kavuşmaktaysa da, bu durum kabul açıklamasının bir yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı anlamına gelmez. Zira sözleşmeyi meydana getiren, tek taraflı bir hukukî işlem ya da yenilik doğuran hak olarak kabul açıklaması değil, öneriyle kabulün bir araya gelmesidir⁶²⁸. Muhatap, kendisine yöneltilen öneriyle, bir yenilik doğuran hak değil, sözleşmenin kurulmasını sağlamaya yönelik özel bir hukukî durum (*sonstige Rechtsposition*) elde etmektedir⁶²⁹. Dolayısıyla tamlık ve kesinlik vasıflarını taşımaları, her iki irade açıklamasını da bir hukukî işlem ya da yenilik doğuran hak hâline getirmez; bunlar irade açıklaması sıfatını korumaya devam ederler.

TBK m. 1/II, sözleşmenin kurulması amacına yönelen irade açıklamalarının açık ya da örtülü olabileceğini açıkça hüküm altına almıştır. Bu bağlamda, öneri ve kabulden bahsedilebilmesi için, iradenin mutlaka açık bir irade açıklamasıyla, yani sözlü ya da yazılı olarak veya kafa sallama gibi, anlamı itibarıyla genel kabul gören hareketlerle dışa vurulması gerekmez. Yorum faaliyeti neticesinde, bir kimsenin aktif ya da pasif davranışlarından veya somut olayın şartlarından, bu kimsenin belirli bir hukukî sonuca yönelen iradesinin mevcut olduğu yönünde çıkarımda bulunulabiliyorsa, örtülü nitelik taşıyan bir irade açıklamasının (*konkludente Willensäusserung*) varlığından söz edilir⁶³⁰. Gerek önerinin gerekse kabulün, bu şekilde, yani örtülü irade açıklamalarıyla gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin öneri,

⁶²⁷ Bu yönde görüş için bkz. Bucher, *OR AT*, 127, dn. 54; Eren, N. 801; İnan ve Yücel, 190. Kabulün bir hukukî işlem niteliği taşıdığı yönünde bkz. Antalya, N. 1394, 1396, 1397; Schönenberger ve Jäggi, Art. 3, N. 46; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 93.

⁶²⁸ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Reinhard Bork, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4 b), Kommentar zu §§ 145-156, 158-163* (Berlin: Sellier - de Gruyter, 2015), § 145, N. 1, 34; Flume, *Rechtsgeschäft*, 635, dn. 1, 649; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 25, § 20, N. 1; Koller, § 7, N. 8, 9; Kramer ve Schmidlin, Vorbem. zu Art. 3-10, N. 30 vd., Art. 3, N. 38; Larenz ve Wolf, § 23, N. 11; Rona Serozan, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu, C. I, İrade Açıklaması (TBK m. 1-2) ve Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri (TBK m. 7-9), 3. Baskı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), m. 8, N. 1; Taşkın, 124; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 3, 15, 16. Ayrıca karşı. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 395, 396; Hatemi ve Gökyayla, § 4, N. 14, 16, 17. Kabul açıklamasının hukukî niteliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 140 vd..

⁶²⁹ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 34; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 20, N. 1; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 16.

⁶³⁰ Örtülü irade açıklamaları hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, N. 367 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 181, 182; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 3 vd.; Koller, § 3, N. 118 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 9 vd.; Müller, Art. 1, N. 38 vd.; Halük Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 42, 43.

otomatlarda fiyatı gösterilerek mal sergilenmesinde ve park yerlerinin kullanıma açık tutulmasında olduğu gibi⁶³¹, salt bir davranışta bulunmak suretiyle meydana getirilebilir. Bu şekilde, açık bir beyan olmaksızın, iradenin aktif davranışlarla dolaylı surette dışa vurulmasına, doktrinde irade faaliyeti adı verilmektedir⁶³². Burada iradenin, beyan edilmeksizin, sergilenen davranışlarla doğrudan icra edilmesi söz konusudur⁶³³. Yine kabul açıklaması da, önerinin konusunu oluşturan edime ilişkin ifa faaliyetlerine girişmek suretiyle, yani irade faaliyetiyle yapılabilir⁶³⁴. Hatta TBK m. 6 uyarınca, bir kanun hükmü, işin özelliği veya durum açık bir kabulün beklenmesini gerektirmiyorsa, salt susma şeklindeki pasif bir davranış dahi kabul açıklaması olarak nitelendirilebilmektedir.

Hemen belirtelim ki uygulamada, bir öneride bulunma ve bu önerinin kabul edilmesi şeklinde, zamansal açıdan öncelik - sonralık ilişkisi içinde tezahür etmeyen, “atipik” sözleşme kurma şekilleri de gözlemlenmektedir⁶³⁵. Buna örnek olarak, doktrinde “gelişen sözleşme (*der gewachsene Vertrag*)” olarak adlandırılan⁶³⁶ sözleşmeler gösterilebilir⁶³⁷. Bunlar, her birinde farklı hükümler üzerinde anlaşma sağlanmasıyla ilerleyen çok sayıda görüşmenin yaşandığı uzun bir müzakere süreci sonucunda kurulan sözleşmelerdir. Taraflar, sözleşmenin içeriğinde anlaşmalar dahi bunun yürürlüğe girişini her iki tarafın hazırlanan bir sözleşme metnini birlikte uygun bulacağı bir ana ötelemekte⁶³⁸; bu nedenle süreç, genellikle bir yazılı sözleşmenin her iki tarafça aynı oturumda imzalanmasıyla noktalanmaktadır. Bu özelliğinden hareketle, böyle sözleşmelerin kurulmasında uygulanan teknik, “bir sözleşme metninin birlikte benimsenmesi (*gemeinsame Zustimmung zu einem Vertragstext*)” suretiyle

⁶³¹ Örnekler için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 48.

⁶³² İrade faaliyetine ilişkin bilgi için bkz. Antalya, N. 481-483; Eren, N. 346; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 4, 5; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 20; Müller, Art. 1, N. 47-50; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 44; Seçkin Topuz ve Ferhat Canbolat, “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, *HHFD C. 1, S. 1* (2011): 5, 6. İrade faaliyetinin örtülü irade beyanı niteliği taşımadığı yönünde görüş ve tartışmalar için ayrıca bkz. Eren, N. 377; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 5.

⁶³³ Eren, N. 346; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 181; Keller ve Schöbi, 34, 35; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 20; Topuz ve Canbolat, 5, 6.

⁶³⁴ İrade faaliyetiyle yapılan öneri ve kabul, doktrinde real öneri veya fiilî öneri (*Realofferte*) ve real kabul veya fiilî kabul (*Realakzept*) olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirmeler ve ayrıca konu hakkında bilgi için bkz. Eren, N. 773, 809, 810; Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 46 vd., 56 vd.; Müller, Art. 1, N. 49, Art. 3, N. 41 vd., 124 vd.; Topuz ve Canbolat, 5, 6.

⁶³⁵ Atipik sözleşme kurma şekillerine ilişkin bilgi için bkz. Kai Bischoff, *Der Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag* (Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000), 189-192; Flume, *Rechtsgeschäft*, 619, 620; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 478 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 16, N. 6; Koller, § 7, N. 1; Detlef Leenen, “Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages”, *AcP* Bd. 188, Heft 4 (1988): 399-404; Merz, *Vertrag*, N. 191a; Müller, Art. 1, N. 257, 258.

⁶³⁶ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 484.

⁶³⁷ Bu tür sözleşmelere ilişkin bkz. Bischoff, 189, 190; Flume, *Rechtsgeschäft*, 619; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 484-486; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 16, N. 6; Müller, Art. 1, N. 258.

⁶³⁸ Leenen, “Abschluß”, 400, dn. 62.

sözleşmenin kurulması” şeklinde nitelendirilmektedir⁶³⁹. Müzakere sürecinin uzunluğu ve karmaşıklığı, bu tür sözleşmelerde hangi tarafın irade açıklamasının öneri, hangisinin ise kabul olarak nitelendirileceğinin belirlenmesini olanaksız hâle getirmektedir. Bu teknik çerçevesinde, taraflardan birinin ya da üçüncü kişinin hazırladığı sözleşme nüshalarının taraflarca bir oturumda eş zamanlı olarak ya da sırayla imzalanması da, irade açıklamaları arasındaki zamansal farkı silikleştiren ve hatta yok eden bir başka etkidir⁶⁴⁰. Benzer bir durum, kesişen öneriler (*Kreuzofferten*) adı altında ele alınan⁶⁴¹, tarafların, sözleşme kurmak amacıyla, birbirlerinden habersiz, ancak eşzamanlı olarak birbirlerine gönderdikleri aynı içerikteki irade açıklamalarıyla meydana gelen sözleşmeler bakımından da gündeme gelmektedir. Nihayet, tek taraflı bir irade beyanıyla bir sözleşmenin kurulması imkânını tanıyan opsiyon hakkı ve alım hakkı gibi haklara dayanarak kurulan sözleşmelerin de öneri - kabul şablonuna uyduğundan söz edilemez⁶⁴².

Her ne kadar atipik sözleşme kurma şekillerinin hemen hemen hepsinde dahi irade açıklamaları arasındaki küçük zaman aralıkları dahi gözetilerek bunlara öneri ve kabul nitelikleri atfedilmesi denenebilirse de⁶⁴³, böyle bir çaba zorlama ve yapay olmanın ötesine geçmez⁶⁴⁴. Fakat bu hâlde dahi tarafların çoğunlukla aynı metinde somutlaşan açıklamalarının sözleşme meydana getirme yeterliğine sahip birer irade açıklaması olup olmadığı, yine yorum yoluyla değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme, öneri - kabul şablonu üzerinden gerçekleştirilen incelemeye nazaran bir özellik arz etmez⁶⁴⁵. Burada da her iki irade açıklamasının içeriğinin de üzerinde ortak mutabakata varılan metinden oluştuğu kabul edilerek, her bir irade açıklamasının kendi muhatabının gözünden yapılacak objektif - somut yorumu ya da eğer tarafların iradeleri objektif - somut yorum sonuçlarından ayrılan bir anlam üzerinde uyuşmuşsa sübjektif yorumu esas alınarak bir sonuca varılır. Tek taraflı irade açıklamasıyla kurulan sözleşmeler bakımından ise, kurulan sözleşmenin içeriğinin tespitinde

⁶³⁹ Bischoff, 189; Flume, *Rechtsgeschäft*, 619; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 16, N. 6; Leenen, “Abschluß”, 399.

⁶⁴⁰ Karş. Gauch, Schluep ve Schmid, N. 481.

⁶⁴¹ Kesişen önerilere ilişkin genel olarak bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 650, 651; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 483; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 166; Merz, *Vertrag*, N. 226. Ayrıca bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, § 11, III.

⁶⁴² Gauch, Schluep ve Schmid, N. 487.

⁶⁴³ Bu yönde görüş için bkz. Merz, *Vertrag*, N. 191a.

⁶⁴⁴ Aynı doğrultuda bkz. ve karş. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 16, N. 7.

⁶⁴⁵ Aynı yönde bkz. ve karş. Gauch, Schluep ve Schmid, N. 486; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 16, N. 6; Merz, *Vertrag*, N. 191a; Müller, Art. 1, N. 258. Bu tür esnek sözleşme kurma tekniklerinin avantajları üzerine değerlendirmeler ile özellikle bu tür tekniklerin sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin içeriği sorunlarının birbirinden ayrılmasına ve belirli şartlarla, üzerinde uyuşulan içerikten bağımsız olarak sözleşmenin kurulmasına imkân tanıdığı sağladığı yönündeki argüman için bkz. Bischoff, 181-187.

ise, ayrıca ilgili hakkın dayanağı olan sözleşme hükümlerinden yararlanılır.

Belirtelim ki, gerek klasik yöntemi oluşturması gerekse Kanun tarafından sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemelerin hareket noktasını oluşturması bakımından, çalışmamızda sözleşmenin kurulmasına ilişkin açıklamalar kural olarak öneri - kabul usulü göz önünde bulundurularak yapılacaktır.

Önerinin, karşı tarafın onay ifade eden bir kelime ya da cümlesiyle, örneğin “evet”, “tamam”, “kabul ediyorum” gibi cevaplarla karşılık bulduğunda -veya seçimlik önerilerde (*Wahlofferte*) seçenekler arasından tercih yapması neticesinde- bir sözleşme meydana getirmeye elverişli şekilde teşekkül etmesi şarttır⁶⁴⁶. Bu elverişlilik, anılan irade açıklamasının kurulacak olan sözleşmeye ilişkin esaslı unsurları taşıması, yani tamlık ve sahibinin bununla nihaî olarak bağlanma isteğini yansıtmaması, yani kesinlik vasıflarını bünyesinde barındırması hâlinde söz konusu olur⁶⁴⁷. Aynı şekilde kabul de⁶⁴⁸, bu adı elde edebilmek için, öneriyi yansıtmak suretiyle⁶⁴⁹ ve/veya kendi teşekkülü itibarıyla bu vasıfları haiz bulunmalıdır. Bu çerçevede, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumlanması yoluyla araştırılması gereken hususlardan ikisi, tarafların açıklamalarının öneri ve kabul adını almak için aranan şartlara, yani tamlık ve kesinlik özelliklerine sahip olup olmadıklarıdır.

Tarafların açıklamalarının tam ve kesin olması, bunların sadece öneri ya da kabul olarak adlandırılması için değil, irade açıklaması niteliğini elde etmesi için de gereklidir. Gerçekten, aşağıda daha detaylı biçimde ortaya koyulacağı üzere açıklamanın kesinliği, açıklamada bulunanın hukuken bağlanma iradesine karşılık gelmektedir. Kesinlik araştırması da, bu bağlamda, aslında açıklama sahibinin açıklamasıyla hukuken bağlanma arzusunun bulunup bulunmadığını belirlemeye yönelir. İrade açıklaması da, neticede hukuk sahasında bir sonuç doğurmak üzere bir iradenin dışı vurulmasını ifade ettiğinden, kural olarak sahibinin hukuken bağlanma iradesini şart koşmaktadır. Zira bir hukukî sonucun meydana gelmesi, açıklama sahibinin o hukukî sonuca ulaşmak için kendisini bağlılık altına

⁶⁴⁶ Bkz. ve karşı. Flume, *Rechtsgeschäft*, 635; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 363; Huguenin, N. 206; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 2; Koller, § 7, N. 11; Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 7; Larenz ve Wolf, § 29, N. 17; Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 358; Merz, *Vertrag*, N. 194; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 4; BGER 4A_649/2011, Erw. 3.2.2.

⁶⁴⁷ Şartlar için genel itibarıyla bkz. Eren, N. 766 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, § 20; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 167 vd.; Merz, *Vertrag*, N. 191 vd.; Müller, Art. 1, N. 261 vd..

⁶⁴⁸ Gauch, Schluep ve Schmid, N. 435; Koller, § 7, N. 7, 53.

⁶⁴⁹ Objektif - somut yorum yönteminin uygulandığı hâllerde karşı irade açıklamasının ne zaman önerinin içeriğini aynen yansıtacağı, ne zaman ise kendi muhatabının gözünden ayrıca yoruma tâbi tutulacağı konusundaki değerlendirmeler için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 11, IV.

sokmasıyla gerçekleşebilir⁶⁵⁰. Buna ilişkin istekten ve dolayısıyla kesinlikten yoksun bir açıklama, hukuk sahasında etkiler doğurmaya muktedir değildir. Açıklamanın “tam” sıfatını haiz bulunmadığı ihtimallerde de aynı durum geçerlidir. Zira açıklama bir öneri ya da kabul olarak adlandırılmaya yetecek tamlığa kavuşturulmamışsa, bu da açıklama sahibinin, gelecekte kurmayı planladığı sözleşmeye ilişkin iradesini henüz kesin olarak ortaya koymadığının ve bu sözleşmeyle bağlanmak istemediğinin göstergesini oluşturur. Bu bağlamda, tamlık mevcut olmadığında kesinlik de bertaraf edilmiş olur ve yine hukuken bağlanma iradesinin yokluğuna ilişkin yaptırım uygulama alanı bulur. Özetle ifade etmek gerekirse, tamlık ve kesinlik araştırması irade açıklamasının varlığıyla doğrudan ilgilidir; hatta öncelikle irade açıklamasının mevcut olup olmadığını ortaya koymaya yönelmektedir.

Nihayet, irade açıklamalarının varlığı şartı bağlamında yorum yoluyla çözüme kavuşturulacak sorunlardan bir diğerini, sübjektif unsurun tam olmadığı hâllerde açıklamanın açıklama sahibine irade açıklaması olarak isnat edilip edilemeyeceği oluşturur. İrade açıklamasının sübjektif unsurunun kısmen ya da tamamen eksik olduğu, özellikle de açıklama sahibinin fiil iradesine ya da açıklama iradesine sahip bulunmadığı hâller bakımından bir irade açıklamasının mevcut olup olmadığı, açıklama sahibi yönünden yapılacak isnat edilebilirlik değerlendirmesi neticesinde belirlenir. Hangi yorum yönteminin uygulama alanında kalındığı, bu konuda doğrudan söz sahibidir. Gerçekten, özellikle fiil iradesi ve açıklama iradesi bakımından, sübjektif yorum yönteminin uygulama alanına giren hâllerde açıklama, sahibine irade açıklaması olarak isnat edilemezken, objektif - somut yorum yönteminin uygulanması durumunda bir irade açıklamasının varlığına hükmedilir. Dolayısıyla, sübjektif unsurların kısmen ya da tamamen eksikliğinde açıklamanın isnat edilebilirliği de, en az iki irade açıklamasının varlığı şartı bağlamında yorum yoluyla araştırılacak hususlar arasında kendisine yer bulmaktadır.

A. Açıklamaların Tamlığı

Açıklamanın tam olmasıyla kastedilen, içeriğinde, muhatabın bununla uyuşan karşı irade açıklamasıyla buluştuğunda, bir sözleşmenin meydana gelmesini sağlayabilecek tüm

⁶⁵⁰ Bkz. ve karşı. Eren, N. 353.

unsurları⁶⁵¹ barındırmasıdır⁶⁵². Tarafların tamlık şartını sağlamaları için açıklamalarına dâhil etmeleri ve üzerinde uyuşmaları gereken unsurlara, esaslı noktalar adı verilmektedir⁶⁵³. Esaslılığı, yani taraflarca üzerinde anlaşılması zorunluluğu sözleşmenin tipinden kaynaklanan noktalara objektif esaslı noktalar (*die objektiv wesentlichen Vertragspunkte*); tarafların bir sözleşme meydana geldiğinden bahsedilebilmesi için olmazsa olmaz koşul vasfı atfetmek suretiyle esaslı kıldıkları noktalara ise sübjektif esaslı noktalar (*die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte*) denir⁶⁵⁴. Tarafların açıklamalarının “tam” olarak nitelendirilebilmesi için, bunların kural olarak hem objektif hem de sübjektif esaslı noktaları, yeterli derecede belirlenebilir biçimde içermesi gerekir⁶⁵⁵.

“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.” şeklindeki TBK m. 2/I hükmü, ilk bakışta, tamlık şartının gerçekleşmesi için açıklamaların esaslı unsurları içermesi gerekliliğinin kanunî ifadesi gibi görünmektedir. Gerçekten, düzenleme lafzı itibarıyla, sözleşmenin kurulması için tarafların esaslı noktaları düzenlemelerinin şart olduğu, yan noktaların düzenlenmemesinin ise sözleşmenin meydana gelmesine engel teşkil etmeyeceği yargısıyla sınırlı bir hüküm olarak ele alınabilir. Hâlbuki objektif esaslı unsurlar olmadan ilgili sözleşmenin tipi oluşmayacağı, sübjektif esaslı unsurlar düzenlenmediği sürece de ilgili açıklamanın sahibinin hukuken bağlanma iradesini yansıtmayacağı gözetilirse, Kanun’un böyle bir düzenleme sevk etmesinde lüzum bulunmadığı rahatlıkla fark edilir. Düzenleme, kendisine böyle bir içerik atfedildiğinde, mâlumun ilânı olmanın ötesine geçememektedir. Oysaki TBK m. 2/I’in kaynağını oluşturan OR Art. 2 Abs. 1 incelendiğinde, hükmün bu

⁶⁵¹ Yarg. 11. HD, E. 2014/4499, K. 2015/2107, T. 17.2.2015: “Bilindiği üzere sözleşme; iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette irade açıklamasıyla meydana gelmekte olup, bir tarafın bir şeyi teklif etmesi (icap-öneri) ve karşı tarafın onu kabul etmesi (kabul) ile sözleşme kurulur. İcap, tek taraflı ve karşı tarafa varınca sonuç doğurabilecek ve sözleşmenin objektif-sübjektif yönden bütün esaslı unsurlarını ihtiva etmesi gereken bir irade açıklamasıdır, icap o kadar tam ve mükemmel olmalıdır ki, karşı taraf hiç bir tereddüde düşmeksizin kabul iradesini açıklayabilsin.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. ve karşı. Hatemi ve Gökyayla, § 4, N. 3.

⁶⁵² Doktrinde tamlık ve belirlilik/belirlenebilirlik şartlarının iç içe geçecek şekilde ele alındığına ve birbiriyle eş anlamlı olarak kullanıldığına rastlanmaktadır. Örnek olarak bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 167, 168. Biz ise, tamlık şartını; irade açıklamasının tüm esaslı noktaları içermesini ve bu içeriğin belirli veya belirlenebilir olmasını kapsamına alan bir kavram olarak değerlendiriyoruz. Aynı yönde tercih için bkz. Müller, Art. 3, N. 23 vd., 27 vd..

⁶⁵³ Esaslı noktalara ilişkin genel olarak bkz. Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 20 vd.; Bucher, *OR AT*, 117, 118; Eren, N. 744 vd.; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 330 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 6 vd.; Koller, § 6, N. 17 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 5 vd.; Müller, Art. 2, N. 10 vd..

⁶⁵⁴ Peter Gauch, “Von den wesentlichen Vertragspunkten”, *Recht* (1991): 45, 46.

⁶⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 2; İpek Sağlam, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu, C. I, Öneri ve Kabul (TBK m. 3-4)*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), m. 3, N. 8; Serozan, *İstanbul Şerhi*, m. 2, N. 18; Taşkın, 35; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), N. 577, N. 607.

amaçla sevk edilmediği, daha dar bir uygulama alanına sahip olduğu anlaşılmaktadır⁶⁵⁶. Gerçekten OR Art. 2 Abs. 1, esaslı noktalar üzerinde uygunluğun sağlanması hâlinde, taraflarca üzerinde durulmayan değil, üzerinde anlaşma sağlanması sonraya bırakılan ikinci derecedeki noktaların (*der Vorbehalt von Nebenpunkten*) sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı yargısını içermektedir. Dolayısıyla hüküm, tarafların üzerinde müzakere etmelerine rağmen anlaşamayıp, açıkça ya da zımnen üzerinde anlaşmaya varmayı ileriye erteledikleri yan noktalar bakımından uygulama alanı bulur⁶⁵⁷. Zaten düzenlemenin ikinci fıkrasında, söz konusu ikinci derecedeki noktaların hâkim tarafından tamamlanmasında, sözleşmenin tamamlanmasının olağan yolları olan tamamlayıcı kanun hükümleri ya da tarafların farazî iradeleri yerine bilinçli olarak “işin özelliği”ne (*die Natur des Geschäftes*) işaret edilmesi, ancak bu hâlde bir anlam ifade etmektedir. Zira bu tercihin temelinde, bahis konusu ikinci derecedeki noktaların taraflarca üzerinde anlaşılacak üzere sonraya bırakılması, onların kanunun tamamlayıcı hükümlerinden ayrıldıklarına ve bu konuda ortak bir farazî iradeye sahip olmadıklarına gösterge teşkil edeceğinden, bu tamamlama imkânları kural olarak devre dışı kalmaktadır⁶⁵⁸. Bu doğrultuda, gerek BK m. 2/I'deki “ikinci derecedeki noktalar sükutla geçilmiş olsa bile” gerekse TBK m. 2/I'deki “ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile” ibareleri, kanaatimizce mehâz Kanun'a uygun olarak, “ikinci derecedeki noktalar üzerinde anlaşılması sonraya bırakılmış olsa bile” şeklinde okunmalıdır⁶⁵⁹. Bu çerçevede, TBK m. 2/I, açıklamaların tam nitelik arz etmesi için esaslı noktaları bünyesinde barındırması gerekliliğinin doğrudan değil, ancak dolaylı bir biçimde türetilbileceği, daha doğrusu teyit edilebileceği bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Düzenlemenin içeriği ile ilgili açıklama ve değerlendirmeler esas olarak sübjektif esaslı noktalar bahsinde⁶⁶⁰ yapılacağından, buradaki açıklamalarımızı bu kadarla

⁶⁵⁶ Hükümün İsviçre Borçlar Kanunu'ndan yanlış tercüme edildiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 4.

⁶⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 4; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 15; Müller, Art. 2, N. 23-25; Schönenberger ve Jäggi, Art. 2, N. 20.

⁶⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 5; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 23; Schönenberger ve Jäggi, Art. 2, N. 52; Ernst Keller, *Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschlusse* (Aarau: Verlag H. R. Sauerländer & Co., 1943), 174, 175; Müller, Art. 2, N. 62, 63; ayrıca karşı. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 76, 77.

⁶⁵⁹ TBK m. 2/I'in OR Art. 2 Abs. 1 doğrultusunda anlamlandırılması zorunluluğu bulunmadığı yönünde aksi görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 4. Düzenlemenin, belirli noktalar üzerinde uyulmasının ileriye bırakılması hâlinde irade özerkliği ilkesi gereğince sözleşmenin kurulduğunun değil, kurulmadığının karineten kabulünün daha isabetli olacağı gerekçesiyle eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 4, dn. 2b; Koller, § 6, N. 22; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 77. Hükümün sözleşmenin ayakta tutulmasına hizmet eden bir değerlendirmenin ürünü olduğu yönünde bkz. Koller, § 6, N. 22.

⁶⁶⁰ Bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, § 11, II, A, 2.

sınırlı tutuyoruz.

Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için, tamlık şartının karşılıklı açıklamaların her ikisi yönünden de sağlanması zorunludur. Her iki açıklamanın da tam nitelik taşıyıp taşımadığı, yorum faaliyeti neticesinde tespit edilir⁶⁶¹. Bu çalışmada savunulan görüş uyarınca sübjektif yorum yöntemine ancak beyana yansımayan, beyana eşlik eden şartlar gözetildiğinde dahi muhatapça bilinebilir olmayan iradelerin varlığında başvurulduğundan, bu yöntemin uygulandığı hâllerde her iki açıklama, ayrı ayrı yorumlanarak tamlık araştırmasına tâbi tutulur. Objektif - somut yöntemin uygulama sahasında bulunulan ihtimallerde ise, öneriye karşılık yapılan açıklama, öneriyi onaylamak suretiyle önerinin içeriğini aynen yansıttığı ölçüde, ayrıca bir anlam araştırmasına tâbi tutulmaz ve yine bu ölçüde tamlık şartını sağlamış olur. Önerinin içeriğini kısmen ya da tamamen yansıtmayan karşı açıklamanın kabul olarak nitelendirilebilmesi için gerekli derecede tamlık arz edip etmediği, önerinin içeriğini yansıtmayan boyutuyla, bu karşı irade açıklaması yönünden ayrı bir anlam araştırması icra edilmesi suretiyle açığa çıkarılır⁶⁶².

1. Objektif Esaslı Noktalar Yönünden

Objektif esaslı nokta dendiğinde bundan, kurulmak istenen sözleşme tipine uygun bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için taraflarca kararlaştırılması zorunlu olan ve taraflarca üzerinde uyusulmadığı takdirde, o tipte sözleşmenin meydana gelmesini engelleyen hususlar anlaşılır⁶⁶³. Bu tür noktaların esaslılığı tarafların bunları olmazsa olmaz şart olarak görme şeklindeki iradelerinden değil, sözleşmenin tipinden, kimliğinden doğduğu için, burada “objektif” esaslılıktan bahsedilmektedir⁶⁶⁴.

Objektif esaslı noktaların nasıl belirleneceği, diğer bir ifadeyle objektif esaslılığın kavramının sınırlarının nasıl çizileceği konusunda doktrinde bir görüş birliğine rastlanamamaktadır. Bilhassa İsviçre doktrini, bu konuda ciddi görüş ayrılıklarına sahne olmaktadır. Geleneksel öğreti⁶⁶⁵, objektif esaslı unsur kavramının içeriğini, köklerini Roma

⁶⁶¹ Karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 11; Müller, Art. 3, N. 26, 79.

⁶⁶² Objektif - somut yorum yönteminin uygulandığı hâllerde karşı irade açıklamasının ne zaman önerinin içeriğini aynen yansıtaacağı, ne zaman ise kendi muhatabının gözünden ayrıca yoruma tâbi tutulacağı konusundaki değerlendirmeler için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 11, IV.

⁶⁶³ Gauch, “Vertragspunkte”, 45; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 330; Koller, § 6, N. 28; Müller, Art. 2, N. 10; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 5; BGer 4C.155/2004, Erw. 2.2; BGE 127 III 248, 254; BGE 103 II 190, 194, 195. Ayrıca karşı. Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 84, Art. 2, N. 3.

⁶⁶⁴ Gauch, “Vertragspunkte”, 46.

⁶⁶⁵ Bu yönde bkz. Antalya, N. 1213, 1214; Eren, N. 744; Guhl, Merz ve Kummer, 93; Keller ve Schöbi, 53; Köksal Kocağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, *TBB D* S. 79 (2008): 80, 81; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 6; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 7; Merz, *Vertrag*, N. 174; Müller, Art. 2, N. 15;

hukukunda bulan esaslı noktalar (*essentialia negotii*), doğal noktalar (*naturalia negotii*) ve yan noktalar (*accidentalia negotii*) ayırımından⁶⁶⁶ hareketle belirlemektedir. Roma hukukunda bir anlaşmanın belirli bir sözleşme tipi altında sınıflandırılabilmesi ve böylece dava edilebilir hâle getirilmesi için taraflarca sözleşmeye dâhil edilmesi şart koşulan noktaları ifade eden⁶⁶⁷ esaslı noktalar (*essentialia negotii*), geleneksel öğreti tarafından, sözleşmenin objektif esaslı noktalarına eş tutulmaktadır. Bu çerçevede objektif esaslı noktalar, sözleşmenin tipini belirleyen, ilgili sözleşmenin kanunî tanımında kendisine yer bulan unsurların tamamıdır.⁶⁶⁸ Bu unsurlar, aynı zamanda, sözleşmenin “kavramsal açıdan esaslı (*begriffswesentlich*)⁶⁶⁹” ya da “kavramsal açıdan gerekli (*begriffsnotwendig*)⁶⁷⁰” unsurları olarak da nitelendirilmektedir. Klasik öğreti uyarınca, tarafların bu unsurlar üzerinde uyuşması, ilgili sözleşmenin tipinin oluşması için zorunluluk arz eder. Bu bağlamda örneğin, satış sözleşmesinin kanunî tanımı (TBK m. 207/I) göz önünde bulundurulduğunda, taraflar satış konusu ve satış bedeli üzerinde anlaşmadıkları sürece, bir satış sözleşmesi meydana gelmez. Öyleyse satış sözleşmesi kurmaya yönelik bir öneri olarak nitelendirilebilmesi için, açıklamanın bu noktaları bünyesinde barındırması şarttır.

Klasik öğretiye, esaslı noktalar (*essentialia negotii*) üzerinde anlaşma sağlanamaması hâlinde sözleşmenin kurulmamasına sağlam gerekçeler getirememesi ve atipik sözleşmeler yönünden objektif esaslı noktaların belirlenmesi hususunda bir çözüm üretmemesi gibi eleştiriler⁶⁷¹ yönelten bir başka görüş⁶⁷² ise, objektif esaslı nokta kavramına farklı bir açıklama getirmeye çalışmıştır. Bu görüşteki yazarlar, objektif esaslı nokta kavramını,

Schwenzer, *AT*, N. 29.03; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 75, 76; von Tuhr ve Peter, 155. Ayrıca karşı. BGE 142 III 746, 752, 753.

⁶⁶⁶ Doğal noktalar, taraflarca düzenlenmemiş bulunan noktalarda devreye giren ve sözleşmeyi tamamlayan kanun hükümlerini; yan noktalar ise taraflarca sözleşmenin tipini belirleyen noktaların dışında kalan konulara ilişkin olarak sevk edilen, kanunun emredici olmayan düzenlemelerinden sapan ya da bunları tamamlayan sözleşme hükümlerini ifade etmektedir. Söz konusu üçlü ayırma ilişkin bilgi ve açıklamalar için bkz. Enneccerus ve Nipperdey, 1151; Turhan Esener, “Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”, *AÜHF D. C. 16*, S. 1 (1959): 267, 268; Flume, *Rechtsgeschäft*, 80, 81; Keller, *Vorbehalt*, 52; Kocaağa, 79, 80; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 6; von Tuhr ve Peter, 155, 156.

⁶⁶⁷ Bucher, *OR AT*, 117, 118; Gauch, “Vertragspunkte”, 46; Wolfgang Wiegand ve Christoph Brunner, “Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückskaufvertrages”, *Recht* (1993): 2.

⁶⁶⁸ Atipik sözleşmeler yönünden ise, klasik öğreti başlığı altında sınıflandırılabilir yazarların bir kısmı tarafından, objektif esaslı unsurların belirlenmesinde işlem teamüllerinin (Müller, Art. 2, N. 17), sözleşmenin niteliğinin (Eren, N. 744) ve anlamlı bir bütün oluşturma kriterinin (Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 172) göz önünde bulundurulacağına işaret edildiği görülmektedir.

⁶⁶⁹ Örneğin bkz. Becker, Art. 2, N. 4; Keller, *Vorbehalt*, 98; Merz, *Vertrag*, N. 174.

⁶⁷⁰ Örneğin bkz. Guhl, Merz ve Kummer, 93; Keller ve Schöbi, 53.

⁶⁷¹ Eleştiriler için bkz. Eugen Bucher, “Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht”, *ZSR Neue Folge 102 II* (1983): 319, dn. 73; Bucher, *OR AT*, 118; Gauch, “Vertragspunkte”, 46; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 340; Huguenin, N. 258.

⁶⁷² Gauch, “Vertragspunkte”, 47-49; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 333 vd..

objektif açıdan esaslı olmayan noktaların dışında kalan noktalar şeklinde, negatif bir biçimde tanımlama yoluna gitmektedir. Buna göre, objektif yönden esaslı olmayan noktalar, sözleşmenin hukukî akıbetinin belirlenebilmesi için sözleşme taraflarının üzerinde anlaşmalarının zorunluluk arz etmediği noktalardır. Bunlar, kanunun emredici hükümleriyle veya tamamlayıcı hükümleriyle düzenlendiği hususların yanı sıra, bir örf ve adet kuralı çerçevesinde belirlenebilen ya da hâkim tarafından tamamlanması mümkün olan hususları kapsamına almaktadır⁶⁷³. Bu açıklamanın zıt anlamından hareketle objektif esaslı unsurlar, taraflarca düzenlenmemesi hâlinde, kanunun emredici ya da tamamlayıcı hükümleri, örf ve adet hukuku veya hâkim tarafından doldurulması mümkün bulunmayan bir boşluğun meydana geldiği unsurlar olarak tespit edilmektedir⁶⁷⁴. Hem tipik hem de atipik sözleşmeler bakımından bu unsurlar, “anamlı bir bütün (*ein sinnvolles Ganzes*)” teşkil eden bir sözleşmenin varlık kazanabilmesi için taraflarca üzerinde uzlaşılması zorunlu “işlem çekirdeğini (*Geschäftskern*)” oluşturur⁶⁷⁵.

Kanaatimizce yukarıda zikrettiğimiz yeni görüş, özellikle tip özgürlüğü düşüncesiyle uyumluluk içinde olması bakımından büyük ölçüde isabetli sonuçlara ulaşmıştır. Gerçekten, her şeyden önce objektif esaslı unsurların belirli bir kanunî tanıma göre değil, negatif biçimde tarif ve tespit edilmesi, atipik sözleşmeler bakımından da uygulanabilir nitelik arz eden bir objektif esaslı unsur anlayışına hayat vermiştir. Bu kapsamda atipik sözleşmelerde objektif esaslı unsurlar, sözleşmenin “anamlı bir bütün” teşkil etme, yani tarafların yaşam alanlarında kendi içinde anlam ifade eden bir değişiklik meydana getirmeye yeterli olma kriterine göre tespit edilir⁶⁷⁶. Bunun dışında kalan noktalar yönünden eksiklik, kanun hükümlerinden veya örf ve âdet kurallarından yararlanarak ya da hâkimin sözleşmeyi tamamlaması yoluyla giderilir. Tipik sözleşmeler yönünden ise ikinci görüşün en önemli katkısı, klasik öğretinin tarafların üzerinde uyuşmaları gereken noktaların kapsamını belirlerken içine düştüğü çelişkiyi ortadan kaldırmasıdır. Gerçekten kanun koyucu, bazı hâllerde, sözleşmenin kanunî tanımında yer almasına rağmen taraflarca kararlaştırılmamış olan hususlar için tamamlayıcı hükümler (örneğin kesin siparişlerde bedele ilişkin TBK m.

⁶⁷³ Gauch, “Vertragspunkte”, 47; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 334; ayrıca karşı. Müller, Art. 2, N. 15.

⁶⁷⁴ Gauch, “Vertragspunkte”, 47; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 335; Koller, § 6, N. 28. Esaslı noktaların tarafların güven teorisine göre belirlenen iradelerine göre tayin edileceği ve tarafların essentialia negotii kapsamına giren noktaların bazılarını esaslı olmaktan çıkarabilecekleri yönünde değerlendirme için ise bkz. Esener, “Esaslı Noktalar”, 272, 273.

⁶⁷⁵ Karşı. Gauch, “Vertragspunkte”, 46, 47; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 332, 335; Jörg Schmid, *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen* (Freiburg [Schweiz]: Universitätsverlag, 1988), N. 561; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 84.

⁶⁷⁶ Gauch, “Vertragspunkte”, 46, 47; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 332, 335; Schmid, N. 561; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 84; ayrıca karşı. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 172.

233/I) sevk etme yoluna gitmiştir. Bu gibi, bir kanun hükmü ya da örf ve adet kuralı aracılığıyla eksikliği giderilebilen unsurlar üzerinde tarafların anlaşmasının zorunluluk arz ettiğinden bahsedilemez. Oysaki objektif esaslı nokta kavramı, taraflarca üzerinde uyuşulması zorunluluk arz eden noktalar için kullanılmaktadır. Klasik öğretisi, kanunî tanımda yer alan unsurların tamamını objektif esaslı nokta olarak nitelendirmek suretiyle, hakkında tamamlayıcı kurallar sevk edilmiş olan unsurları dahi taraflarca üzerinde uyuşulması zorunlu hususlar kapsamına dâhil etmektedir ki, bunun bir çelişki niteliği taşıdığı açıktır. İkinci görüşle birlikte, bu çelişki bertaraf edilmiş olmaktadır. Bu temelden hareketle, kanunun emredici ya da tamamlayıcı hükümleriyle düzenlenen ya da hakkında bir örf ve adet kuralı bulunan noktaların, tipik sözleşmenin kanunî tanımında yer alsalar dahi objektif esaslı unsur niteliğini elde etmeyeceği sonucuna varılması, kanaatimizce isabetlidir.

Aynı görüşün savunucularının, tipik sözleşmelerin kanunî tanımında yer alan unsurların belirli sınırlar dâhilinde hâkim tarafından da tamamlanabileceği, hâkimce tamamlanması mümkün olan unsurların da objektif esaslı noktalar dışında tutulması gerektiği yönündeki fikirleri ise ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Gerçekten anılan görüşün savunucuları, sözleşmenin kanunî tipinde yer alan ve eksikliği kanun ya da örf ve adet kurallarıyla giderilemeyen hususların bazılarının hâkim tarafından tamamlanmasını mümkün görmektedirler. Bu düşüncedeki yazarların bir kısmı⁶⁷⁷, hâkimin tamamlama yetkisinin sınırlarının sabit bir formülle çizilemeyeceğini belirtmekte, bu yetkiyi bilhassa bedel ya da ücret unsuru yönünden (örneğin kira bedeli) kabul etmektedirler. Başka bir grup yazara⁶⁷⁸ göre ise, tarafların sözleşmenin kurulduğunu tartışmaya açmadığı, diğer bir ifadeyle her iki tarafın da hukuken bağlanma iradesine sahip olduğu ihtimalde hâkim sözleşmeyi tamamlama yetkisine sahiptir. Örneğin satış bedelinin ispat edilmediği ihtimalde hâkim, tarafların her ikisi de sözleşmeyle bağlı kalma iradesine sahipse, sunulan deliller ve diğer tarafın kabulü hâlinde taraflardan birinin ileri sürdüğü bedeli esas alarak ya da kendisi bir bedel tespit ederek sözleşmeyi tamamlayabilir. Yazarlar benzer şekilde bu yetkinin, yürürlüğe koyulmuş, yani ifasına başlamış ve hatta ifası tamamlanmış sözleşmelerde de

⁶⁷⁷ Bu yönde bkz. Gauch, “Vertragspunkte”, 47, 48; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 336-338a; Koller, § 6, N. 29 vd.. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. ve karşı. Piotet, *La formation*, 36; Schönerberger ve Jäggi, Art. 1, N. 61, 84.

⁶⁷⁸ Bu yönde bkz. Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 25, 26; Bucher, *OR AT*, 118, 119; Huguenin, N. 303; Halûk Nami Nomer, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 8 (2013): 2065 vd..

hâkime tanınması gerektiğini savunmaktadırlar⁶⁷⁹.

Hâkime, sözleşmenin kanunî tanımında geçen unsurlar bakımından sözleşmeyi tamamlama yetkisi tanınmasına karşı doktrinde, sözleşme özgürlüğünün bir uzantısı olan sözleşmenin içeriğini belirleme yetkisinin münhasıran taraflara ait olduğu itirazı yöneltilmektedir⁶⁸⁰. Buna göre, kanun bazı hâllerde bu unsurlara ilişkin tamamlayıcı hükümler sevk etmişse de, bunlar sözleşme özgürlüğüne getirilmiş istisnalar niteliğinde olduğundan, bunların hakkında böyle hükümler öngörülmemiş olan unsurlara kıyasen uygulanması kabul edilemez. Bu gerekçeyle hâkim, söz konusu unsurlar bakımından sözleşmeyi tamamlama yetkisine sahip olmamalıdır.

Konu hakkında bir değerlendirmede bulunmadan önce belirtmek isteriz ki, hâkimin *essentialia negotii* bakımından sözleşmeyi tamamlama imkânına sahip bulunduğunu savunan yazarlar dahi, bu kapsamdaki belirli hususlar bakımından sözleşmenin tamamlanması imkânını, kanaatimizce de haklı olarak reddetmektedirler⁶⁸¹. Buna göre, sözleşmenin taraflarının ve bunların rollerinin, sözleşmedeki karakteristik edimin konusunun (örneğin satış konusu mal, görülecek olan iş), yapılacak tasarruf işleminin türünün, sözleşmenin ivazlı olup olmadığı belirlenmesi gibi hususlarda hâkim sözleşmeyi tamamlama yoluna gidemez. Bu eksende tamamlanabilirlik tartışması, büyük ölçüde, ivazlı olduğu hususunda taraflarca anlaşılan, ancak bedelin ya da ücretin miktarının taraflarca kararlaştırılmadığı ihtimallerde, bu miktarın tespiti imkânı üzerinde yürütülmektedir. Hatta Kanun'da çoğu sözleşme için bedele ya da ücrete ilişkin tamamlayıcı hükümler (örneğin TBK m. 233/I, TBK m. 401, TBK m. 481, TBK m. 496) sevk edildiğinden, söz konusu tartışma, hakkında böyle bir düzenleme mevcut olmayan, kira sözleşmesinin bedel unsuru üzerinde yoğunlaşmıştır. Bilhassa tarafların kullanımın ivazlı olacağını kararlaştırdıkları, ancak bedeli tespit etmedikleri ihtimalde kira bedelinin hâkim tarafından belirlenip

⁶⁷⁹ Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 26; Bucher, *ORAT*, 119, dn. 36; Huguenin, N. 303. Bu yönde ayrıca bkz. ve karşı. Sanem Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008), 68, 69.

⁶⁸⁰ Bu yönde bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 627, 628; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 153, 171; Merz, *Vertrag*, N. 188; von Tuhr ve Peter, 155.

⁶⁸¹ Bkz. ve karşı. Gauch, "Vertragspunkte", 47, 48; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 336-338a; Koller, § 6, N. 29 vd..

belirlenemeyeceği konusu⁶⁸² oldukça tartışmalıdır⁶⁸³. İsviçre Federal Mahkemesi de, bu konuda verdiği farklı kararlarla⁶⁸⁴ tartışmaları bir anlamda alevlendirmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşmenin içeriğini belirleme yetkisinin gerçek sahibinin, irade özerkliği ilkesi uyarınca taraflar olduğu hususunda tereddüt yoktur. Bilhassa kanunî tipte yer alan unsurlar bakımından, bu unsurların sözleşmeye niteliğini kazandırması ve sözleşmeyle takip edilen temel amaçla yakın ilişki içinde bulunması nedeniyle, tarafların bu yetkisine müdahale edilmesine özellikle mesafeli yaklaşmak gerekir. Ancak bu, hâkimin söz konusu unsurlar bakımından sözleşmeyi tamamlama imkânından tamamen mahrum bırakılmasını gerektirmez. Nitekim bazı hâller vardır ki, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması, irade özerkliği ilkesini ihlâl etmekten ziyade, bu ilkenin daha iyi gerçekleştirilmesine hizmet eder⁶⁸⁵. Şöyle ki, taraflardan her ikisinin de aralarındaki sözleşmeyle bağlı kalmak istedikleri ihtimalde, sözleşmenin kanunî tanımındaki

⁶⁸² Yarg. İBGK, E. 1964/2, K. 1964/4, T. 18.11.1964: “Hâkim, Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca sınırlandırmayı yaparken kiralananın birikişilerce biçilecek rayiç kirasını esas alacaktır. Gerçekten, akit, kira parası belli olmayan bir akit haline gelmiştir. Özünde, kira parası, aktin esaslı unsurlarından olduğu için, bu karar üzerinde, tarafların uyuşmamış olmaları sebebiyle aktin meydana geldiği ileri sürülebilmesi gerektirse de, burada, 6570 sayılı Yasanın 9 ve 11. maddeleri gereğince, yenilenmiş bir akit bulunduğundan, aktin hukuki varlığı artık tartışılmaz. Borçlar Hukukunun genel kuralına göre karşılıklı borçları kapsayan akitlerde karşılık borçlardan birisinin akit yapanlarca belli edilmemiş olması halinde bu borç mahkemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim, bir satış aktinde mal parası veya kira aktinde kira parası, hizmet aktinde işçi parası, istisna aktinde iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıklar, rayice göre hükmedilir. Yargıtayın kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁸³ Bir şeyin bedel karşılığında kullanılması taraflarca kararlaştırılmış, ancak bedel belirlenmemişse hâkimin -en azından henüz ifanın, yani kullanımın gerçekleşmediği dönem için- kira bedelini belirleyemeyeceği ve sözleşmenin kurulmamış sayılacağı yönünde görüş için bkz. Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 213; Mustafa Alper Gümüüş, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 36; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 169, 171; Merz, *Vertrag*, N. 188, 189. Böyle bir ihtimalde hâkimin kira bedelini belirlemesine ve sözleşmenin kurulmuş sayılmasına olanak tanıyan görüş için bkz. Gauch, “Vertragspunkte”, 48; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 338; Nomer, “Esaslı Nokta”, 2069, 2070; Özkan Özyakışır, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 177, 178. Ayrıca karşı Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 9. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2010), 211. Alman doktrininde ise böyle bir durumda hâkimin kira bedelini emsal bedele göre belirleyebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Örnek olarak bkz. Martin Häublein, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4: Schuldrecht - Besonderer Teil II, Kommentar zu §§ Einl. MietR/PachtR - § 536d*, 7. Aufl. (München: Verlag C. H. Beck, 2016), § 535, N. 4; ayrıca bkz. Özyakışır, 177, dn. 647’deki yazarlar.

⁶⁸⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, 1974 tarihli ilk kararında (BGE 100 II 330, 331), tarafların aralarındaki mevcut kira ilişkisinin uzaması konusunda anlaşmalarına rağmen kira bedelini tespit etmedikleri bir olayda, hâkimin kira bedelini dürüstlük kuralına göre belirleyebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme bu kararını, Kanun’da sair ivazlı sözleşmelerde bedel ya da ücretin hâkim tarafından belirlenmesi imkânı öngören hükümlerin temelinde yatan genel hukuk kuralının (*allgemeiner Rechtssatz*) kira sözleşmesi için de geçerli olması gerektiği şeklinde temellendirmiştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, 1993 yılında verdiği bir başka kararında (BGE 119 II 347, 348), kira bedeli objektif esaslı unsur olarak değerlendirmiş ve bunun taraflarca kararlaştırılmaması hâlinde sözleşmenin kurulmadığına hükmetmiştir. Buna göre hâkim, kira bedelini ancak hâlihazırda ifa edilmiş, yani kullanımın gerçekleşmiş olduğu kısım için belirleyebilir; ancak kiracı, kullanmanın devam etmesine ilişkin bir talepte bulunamaz.

⁶⁸⁵ Karş. Gauch, “Vertragspunkte”, 48, 49; Nomer, “Esaslı Nokta”, 2068.

unsurlarından birine ilişkin eksikliğin hâkim tarafından tamamlanamayacağından söz edilirse, hâkim tarafların sözleşmeyle bağlı kalmaya yönelik iradelerine rağmen sözleşmenin yokluğuna hükmetmek durumundadır. Böyle bir durumda hâkime sözleşmedeki eksikliği giderme imkânı verilmesinin, tarafların irade ve menfaatleriyle daha çok bağdaşacağından şüphe duyulmamalıdır. Burada mühim olan, tarafların, hâkimin ilgili noktaya ilişkin boşluğu doldururken sergileyebileceği olası bir keyfi tutuma karşı korunmalarıdır. Bu, tarafların, öngöremeyecekleri sonuçlarla bağlı tutulmaları tehlikesinin önüne geçilmesi bakımından elzendir. Anılan koruma, hâkimin sözleşme boşluğunu doldurma yetkisinin, sözleşmenin kanunî tipinde yer alan unsurlar bakımından, bunların objektif kriterlere göre tespit edilmesinin mümkün olduğu hâllerle (örneğin emsal kira bedelinin mevcudiyeti) sınırlanmasıyla sağlanmış olur. Fakat örneğin kira sözleşmesi yönünden emsal bir kira bedeli mevcut olsa dahi, bununla sözleşmenin tamamlanması, ancak tarafların emsal kira bedelinden ayrılma iradesinin varlığından söz edilemediği hâllerde, özellikle tarafların kira bedeli konusunu hiç müzakere etmemiş olmaları⁶⁸⁶ ihtimalinde gündeme gelir. Taraflardan her birinin açıklamalarında farklı bir bedel öngörmüş olması, talep ve tekliflerinden vazgeçtiklerine ilişkin bir emare tespit edilemediği sürece, onların emsal kira bedelinden ayrılma yönünde bir iradeye sahip olduklarının göstergesi olarak değerlendirilmelidir. Benzer şekilde, tarafların, sözleşme görüşmeleri sırasında bedel üzerinde müzakere etmiş olmalarına rağmen bu husustaki anlaşmayı sonraya bırakmaları hâlinde de⁶⁸⁷, emsal kira bedelinden ayrılma iradesi söz konusudur.

Yukarıda söylenenler ışığında, sözleşmenin kanunî tanımında yer verilen unsurlar bakımından hâkimin sözleşmeyi tamamlaması, üç şartla mümkün kabul edilmelidir⁶⁸⁸: 1. Her iki tarafın da bu sözleşmeyle bağlı kalmak istemesi⁶⁸⁹. 2. Taraflarca kararlaştırılmayan

⁶⁸⁶ Tarafların ilgili noktanın hâkim tarafından belirleneceğini kararlaştırmaları ihtimalinde, hâkimin resmî makamı itibarıyla bu yönde yetkilendirilmesi kanaatimizce mümkün olmadığından, bunun ilgili noktanın hâkim tarafından tamamlanmasına yönelik bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla tarafların sözleşmede böyle bir hükme yer vermesi, onların objektif kriterlere göre belirlenecek olan içerikten ayrılma iradesine sahip olduklarını göstermez.

⁶⁸⁷ Bedel üzerinde anlaşmanın sonraya bırakılması hâlinde emsal kira bedelinden ayrılma iradesinin bulunduğu hükmedilmesi gerektiği yönünde aynı doğrultuda görüş için bkz. Taşkın, 223, 224.

⁶⁸⁸ Hemen belirtelim ki sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması için tespit ettiğimiz şartlar, satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 233/T'de (OR Art. 212 Abs. 1) yer alan, "Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır." düzenlemesindeki şartlarla büyük ölçüde paralellik arz etmektedir.

⁶⁸⁹ Sözleşmenin ifasına başlanmış olması, bu yönde bir gösterge teşkil eder. Aynı yönde bkz. Nomer, "Esaslı Nokta", 2069. Sözleşme ne derece ifa edilmişse, hâkimin sözleşmeyi tamamlamasının o derece haklı görüleceği yönünde bkz. Gauch, "Vertragspunkte", 49; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 1276. Bağlanma iradesinin bulunduğu sonucuna varılması ve hâkimin sözleşmeyi tamamlaması için ifa aşamasına geçilmesi gerektiği yönünde bkz. Aksoy Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 69.

noktanın objektif kriterlere dayanarak doldurulmasının imkân dâhilinde olması. 3. Tarafların objektif kriterlere göre belirlenecek içerikten ayrılma iradesine sahip bulunmamaları.

Sözleşmenin kanunî tipini oluşturan noktalar bakımından hâkimin sözleşmeyi tamamlama imkânının gündeme gelebileceği bir başka ihtimal, bu noktalardan bir kısmının belirlenmesinin taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılmasıdır. Alman hukukunda, taraflardan birinin yetkilendirilmesi yönünden BGB § 315 Abs. 3'te, üçüncü bir kişinin yetkilendirilmesine ilişkin olarak ise BGB § 319 Abs. 1'de açıkça öngörülen, bu kişilerin yetkilerini kullanırken hakkaniyete uygun davranmamaları ya da sözleşmenin ilgili içeriğini tespitinde gecikmeleri ihtimalinde belirlemenin hâkim tarafından yapılacağı kuralı, İsviçre ve Türk doktrini tarafından da, kanaatimizce isabetli olarak benimsenmektedir⁶⁹⁰. İsviçre ve Türk hukuk düzenleri yönünden bu imkânın dayanağı olarak, bir yandan TMK m. 1/II'deki hâkimin hukuk yaratma yetkisine, diğer yandan ise TBK m. 2/II'de düzenlenen, hâkimin uyuşulmayan ikinci derecedeki noktaları işin özelliğine göre takdir etmesi kuralının kıyasen uygulanmasına işaret edilebilir⁶⁹¹. Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki hâkimin bu ihtimalde devreye girerek sözleşmedeki boşluğu tamamlaması, ancak ilgili noktanın taraflardan birinin ya da üçüncü kişinin takdirine terk edilmesi ve bu takdirin hakkaniyete uygun veya zamanında kullanılmaması şartlarına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bu hâlde hâkim, sadece tali nitelik arz eden bir yetkiye sahiptir.

Netice itibarıyla objektif esaslı noktalar, atipik sözleşmeler bakımından başlı başına anlamlı bir bütün teşkil eden, diğer bir ifadeyle tarafların yaşam alanlarında anlamlı bir değişiklik meydana getirmeye elverişli unsurlardan ibarettir. Tipik sözleşmeler bakımından ise objektif esaslı noktalar; ilgili sözleşmenin kanunî tanımındaki unsurlardan, kanun hükümleri ya da olası bir örf ve adet kuralıyla veya yukarıda belirtilen şartlarla hâkim tarafından tamamlanması mümkün olan noktaların çıkarılması sonucunda geriye kalan noktalar olarak belirlenir. Kanun koyucunun her bir tipik sözleşme bakımından tamamlayıcı hükümleri farklı şekillerde sevk etmiş olduğu dikkate alınırsa, objektif esaslı unsur kavramının kapsamının her bir sözleşme ve hatta her bir sözleşmenin alt türleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve belirlenmesi gerekir⁶⁹². Bu belirleme yapılırken, elbette tarafların akdettikleri sözleşmede kanunun tamamlayıcı hükümlerinden sapma yönünde açık

⁶⁹⁰ Bu yönde bkz. Herbert Schönle, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Kommentar zu Art. 184-191 OR*, 3. Aufl. (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1993), Art. 184, N. 90; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 170; Müller, Art. 1, N. 266, dn. 441; Nomer, "Esaslı Nokta", 2069; von Tuhr ve Peter, 191.

⁶⁹¹ Schönle, Art. 184, N. 90.

⁶⁹² Gauch, "Vertragspunkte", 49, 50; Koller, § 6, N. 29.

ya da örtülü bir anlaşmalarının bulunup bulunmadığı ve somut sözleşmenin niteliği ve kendine özgü içeriği itibarıyla ilgili tamamlayıcı hüküm ile tamamlanmaya elverişli olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁹³. Bu tür bir anlaşmanın ya da elverişsizliğin bulunduğu anlaşılıyorsa, bahis konusu sözleşme yönünden tamamlayıcı hüküm devre dışı kalır ve objektif esaslı noktaların kapsamı genişler. Öte yandan, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması da, yukarıda öngördüğümüz, her bir somut olaya göre değişkenlik gösterebilecek şartlara bağlı olduğundan, objektif esaslı noktaların kapsamının uyuşmazlıktan uyuşmazlığa dahi farklılık gösterebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Tarafların açıklamalarının tamlığından söz edebilmek için, bu açıklamaların, yukarıdaki esaslara göre tespit edilecek olan objektif esaslı unsurların tamamını, belirli ya da en azından belirlenebilir şekilde bünyesinde barındırması gerekir⁶⁹⁴. Bu, her şeyden önce açıklamanın anlam bakımından belirliliğini ya da belirlenebilirliğini şart koşar. Özellikle muğlak ya da birden çok anlama gelebilecek ifadelerin varlığında, bunların yorum faaliyeti neticesinde dahi yeterli derecede belirli hâle getirilmesi mümkün olmazsa, açıklamanın anlam bakımından belirlilik şartını sağlamadığı sonucuna varılır⁶⁹⁵. Örneğin bir kahve firmasını arayarak sadece “kahve istediğini” söyleyen bir kimsenin açıklaması, bedele ilişkin bir belirleme içerse dahi yeterince belirli nitelik arz etmediğinden, tamlık şartını sağlamaz ve öneri ya da kabul olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde, antika bir tablo satın almak isteyen kişi, bunun karşılığında “ciddi bir miktar para” ödeyebileceğini söylese, bu da belirsizlik nedeniyle açıklamanın tam sayılmamasına yol açar. Yine çelişkili ifadeler içeren bir açıklama, yorum yoluyla bu çelişkinin giderilememesi hâlinde, anlam yönünden belirsiz bir açıklama olmanın ötesine geçemez⁶⁹⁶.

Diğer yandan objektif esaslı noktalar, taraflarca açıkça belirlenmemiş olsa dahi, objektif ya da sübjektif olarak belirlenebilir nitelikteyse yine tam bir açıklamadan söz edilir. Objektif belirlenebilirlik ifadesiyle kastedilen, tarafların ilgili noktayı objektif kriterlerden yararlanarak tespit etmeleridir⁶⁹⁷. Örneğin bir fiyat tarifesine ya da emsal bedele atıf yapılması, bir yabancı paranın belirli bir tarihteki kura göre karşılığının bedel olarak

⁶⁹³ Kanunun tamamlayıcı hükümlerinin taraflarca bertaraf edilmesi ya da somut uyuşmazlıktaki sözleşmenin içeriği itibarıyla arz ettiği özellik nedeniyle belirli bir tamamlayıcı hükümle tamamlanmaya elverişli nitelik arz etmemesi ihtimallerine ilişkin bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 33, N. 3.

⁶⁹⁴ Eren, N. 768, 769; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 344; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 168; Müller, Art. 1, N. 263; Serozan, *İstanbul Şerhi*, m. 2, N. 18; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, N. 577; von Tuhr ve Peter, 191; Yıldırım, *Borçlar Hukuku*, 62.

⁶⁹⁵ Karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art 18, N. 325, 326.

⁶⁹⁶ Larenz ve Wolf, § 29, N. 77; ayrıca karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 325.

⁶⁹⁷ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 345; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 170; Müller, Art. 1, N. 264.

kararlaştırılması, satış konusu edimin miktarı olarak gelecekte bir tarladan elde edilecek ürünlerin tümüne işaret edilmesi gibi ihtimallerde, objektif açıdan belirlenebilir bir edim mevcuttur⁶⁹⁸.

Sübjektif belirlenebilirlik ise, esaslı noktanın taraflardan birisi ya da üçüncü kişinin takdirine bırakılması ihtimalinde gündeme gelir⁶⁹⁹. Alman Medenî Kanunu tarafından BGB §§ 315 ve 317’de, bu ihtimalde, edimin içeriğini belirleyecek olan kişinin, şüphe hâlinde bunu hakkaniyete uygun bir biçimde takdir etmesi gerektiği düzenlenmiştir. BGB §§ 315 Abs. 3 ve 319 Abs. 1, belirlemenin hakkaniyete göre yapılmasının gerektiği hâllerde, bu hakkaniyete uygun gerçekleşmezse ya da gecikirse, bu noktayı hâkimin kararlaştıracağı öngörülmüştür. BGB § 319 Abs. 2 uyarınca üçüncü kişi edimi serbestçe belirleme imkânına sahipse, onun bu tespiti yapmaması, yapmak istememesi veya bu tespitte gecikmesi hâlinde sözleşme hükümsüz olmaktadır. İsviçre doktrininde⁷⁰⁰ İsviçre hukuku bakımından da hâkimin hukuk yaratma yetkisi çerçevesinde (ZGB Art. 1 Abs. 2) uygulanabileceği ifade edilen bu esasların, Türk hukuku bakımından da benimsenmesinde kanaatimizce isabet vardır⁷⁰¹. Hâkimin, resmî görevi itibarıyla taraflarca edimin içeriğini belirleme konusunda yetkilendirilebilecek bir kimse olamayacağı, bu görevi ancak BGB §§ 315 ve 319 uyarınca tarafların yetkilerini hakkaniyete uygun kullanmamaları ya da gecikmeleri ihtimalinde tâli olarak üstlenebileceği, burada tekrar vurgulanmalıdır⁷⁰². Ancak sözleşmede hâkimi bu konuda yetkilendiren bir kayıt varsa bu, ilgili noktanın, eğer mümkünse hâkim tarafından tamamlanmasına yönelik bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Bu ihtimalde, hâkimin sözleşmeyi tamamlamasının mümkün olduğu alan içerisinde kalınırsa, yani objektif esaslı bir nokta mevcut değilse hâkim sözleşmeyi tamamlar. Objektif esaslı noktalar ise, bu

⁶⁹⁸ Karş. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 345; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 170; Müller, Art. 1, N. 264; von Tuhr ve Peter, 191, dn. 73.

⁶⁹⁹ Eren, N. 769; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 345; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 170; Müller, Art. 1, N. 265, 266; von Tuhr ve Peter, 191. Bu durum, Alman doktrininde hâkimin sözleşmeye yardımı (*richterliche Vertragshilfe*) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Volker Rieble, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II), Kommentar zu §§ 315-319* (Berlin: Sellier - de Gruyter, 2004), § 315, N. 13.

⁷⁰⁰ Bu doğrultuda bkz. Schönle, Art. 184, N. 90; ayrıca bkz. ve karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 170; Müller, Art. 1, N. 266, dn. 441; von Tuhr ve Peter, 191.

⁷⁰¹ Aynı yönde bkz. Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 2; Nomer, “Esaslı Nokta”, 2068, 2069.

⁷⁰² Aynı görüşte bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 630; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 170; Nomer, “Esaslı Nokta”, 2068; Rieble, § 315, N. 18 vd.; Markus Würdinger, *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, Kommentar zu §§ 315-319, 8. Aufl.* (München: Verlag C. H. Beck, 2019), § 317, N. 16. Alman hukukunda bu durumun gerekçesi olarak, BGB §§ 315 ve 317’nin hâkimi ikinci derecede yetkilendiren lafzının yanı sıra, yenilik doğuran davaların sınırlı sayıda olmasına ve çekişmeli yargılamanın tarafları sözleşmeyi oluşturma zahmetinden kurtarma amacı gütmeyeğine işaret edilmektedir. Bkz. Rieble, § 315, N. 19; ayrıca bkz. ve karş. Würdinger, § 317, N. 16. Aksi görüşte bkz. Larenz ve Wolf, § 29, N. 18.

çalışmada savunulan görüş uyarınca hâkim tarafından tamamlanamayan hususlardan ibaret olduğu için, hâkimin bu noktaları belirleme konusunda yetkilendirilmesi ihtimalinde, sözleşme belirlilik şartının sağlanmamış olması dolayısıyla kurulmamış sayılır. Ayrıca önemle üzerinde durulmalıdır ki, irade açıklamasının içeriğinin bir başkası tarafından belirleneceğinin kararlaştırılması, TMK m. 23/II uyarınca özgürlüklerden vazgeçilmesi ya da bunun hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlandırılması anlamına gelirse, kurulmuş olan sözleşmenin TBK m. 27/I uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşmasına yol açar⁷⁰³.

Hemen belirtelim ki sözleşme noktalarından birinin taraflardan birisi ya da üçüncü kişi tarafından daha sonra belirleneceğinin kararlaştırılması, seçimlik öneriden farklıdır. Seçimlik öneride, öneride bulunan önerisinde, karşı tarafın aralarından birini seçeceği birden çok seçenek sunmakta, bu ihtimalde sözleşme karşı tarafın bunlardan birini seçerek kabul açıklamasında bulunmasıyla meydana gelmektedir⁷⁰⁴. Seçimlik öneri bakımından önemli olan, aralarından seçim yapılacak olan edimlerin her birinin yeterli derecede belirlenebilir nitelik taşımasıdır⁷⁰⁵. Sübjektif belirlenebilirlik adı altında ifade ettiğimiz ilk durumda ise, sözleşme belirleme yetkisinin taraflardan birine ya da üçüncü kişiye verilmesi ile kurulmakta, kendisine takdir hakkı tanınan kişinin belirlemeyi yapmasıyla edimin içeriği belirlenmiş olmaktadır.

Sözleşmenin içeriğini belirleme yetkisinin taraflardan birine ya da üçüncü kişiye bırakılması, tarafların sözleşmenin belirli bir unsuru üzerinde anlaşmayı ileri bir tarihe ertelemelerinden de farklıdır. Objektif esaslı bir noktanın bu şekilde, her iki tarafça da üzerinde görüşülmek üzere geleceğe bırakılmış olduğu ihtimalde, bu konuda anlaşma sağlanmadığı sürece sözleşme kurulmaz⁷⁰⁶.

Görüldüğü üzere hem objektif hem de sübjektif belirlenebilirlik ihtimallerinde, tarafların sözleşmenin ilgili unsurunu doğrudan değil, dolaylı şekilde tayin etmeleri söz konusudur⁷⁰⁷. İlgili unsur objektif ya da sübjektif biçimde, ileriki bir tarihte tespit edilecek olsa dahi, tarafların açıklamanın kaderini bu şekilde tayin etmiş olmaları, tamlık şartının

⁷⁰³ Eren, N. 769; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 345; Müller, Art. 1, N. 265, 266; Sağlam, m. 3, N. 8; Schönerberger ve Jäggi, Art. 1, N. 83; Serozan, *İstanbul Şerhi*, m. 2, N. 19.

⁷⁰⁴ Bucher, *BSK*, Art. 3, N. 12; Eren, N. 769; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 365, 380; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 2; Koller, § 7, N. 11; Müller, Art. 3, N. 31; Schönerberger ve Jäggi, Art. 3, N. 22.

⁷⁰⁵ Müller, Art. 3, N. 31.

⁷⁰⁶ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 346; Müller, Art. 1, N. 268; von Tuhr ve Peter, 191; BGE 127 III 248, 255.

⁷⁰⁷ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 344; Schönerberger ve Jäggi, Art. 3, N. 22.

sağlanmasına ve sözleşmenin kurulmasını sağlamaya yetmektedir.

Açıklamanın belirlenebilirliğinden söz edilebilmesi için, bunun yöneldiği kişinin de esas itibarıyla belirli ya da belirlenebilir olması aranır. Bu bağlamda, belirli ya da belirlenebilir bir kişiye ya da kişi topluluğuna yönelmeyen açıklamalar, kural olarak öneri olarak nitelendirilemez. Bu tür açıklamalarda, muhatap belli olana kadar açıklama sahibinin açıklamasıyla bağlılık altına girmek istemediği, diğer bir ifadeyle açıklamanın kesin nitelik arz etmediği varsayılır ve bu bağlamda ancak bir öneriye çağırmanın (icaba davet, *invitatio ad offerendum*, *Aufforderung zur Abgabe von Angeboten*) varlığından söz edilebilir⁷⁰⁸. Bununla birlikte, muhatabı belirli olmayan bir açıklama, açıklamada bulunanın her kim kabul açıklamasında bulunursa onunla sözleşme yapmayı arzuladığı bir açıklama, yani herkese açık (umuma yönelen) öneri (*offerta ad incertis personas*) olarak nitelendirilebilirse belirlenebilirlik şartını sağlar ve öneri adı altında sınıflandırılır⁷⁰⁹. Diğer yandan kanun koyucu, TBK m. 8/II'de, herkese açık önerilere ilişkin bir yorum kuralı sevk etmiş ve fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesinin, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılacağını düzenlemiştir. Bu hükmün uygulama alanı kapsamında yer alan ihtimallerde, artık açıklamanın yeterince belirlenebilir ve kesin olup olmadığı araştırılmaksızın, öneri olarak değerlendirilmesi söz konusu olur⁷¹⁰.

Nihayet belirtelim ki açıklama, sahibinin sözleşme yapma iradesinin kesin olmaması, yani henüz bu açıklamayla bağlanmak istememesi nedeniyle esaslı unsurlar yönünden eksik bırakılmışsa, karşı tarafı öneride bulunmaya yönlendirmeyi hedefleyen bir öneriye çağırma (icaba davet) olarak nitelendirilir⁷¹¹. Örneğin bir mobilya mağazasına girerek sadece “bir oturma grubu satın almak istediğini” söyleyen kişinin irade açıklaması bakımından durum böyledir. Öneri ile öneriye çağırma arasındaki bu ayrımın yapılmasında da yine açıklamanın yorum faaliyeti sonucunda açığa çıkarılan anlamı belirleyicilik arz eder⁷¹².

2. Sübjektif Esaslı Noktalar Yönünden

Sübjektif esaslı noktalar, esaslı niteliğini, sözleşmenin tipine ya da anlamlı bir bütün arz etmesi için sahip olması gereken içeriğe göre değil, doğrudan tarafların iradesi

⁷⁰⁸ Şüphe hâlinde belirli ya da belirlenebilir bir kişiye ya da kişi topluluğuna yönelmeyen açıklamaların öneri değil, öneriye çağırma olarak nitelendirilmesi gerektiği şeklinde aynı doğrultuda görüş için bkz. Larenz ve Wolf, § 29, N. 22. Ayrıca karşı. Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 8.

⁷⁰⁹ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 19; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 4. Ayrıca karşı. Bucher, *OR AT*, 126, 127; Eren, N. 768, 769, 781 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 28; BGE 47 II 208, 209, 210; BGE 45 II 162, 172, 173.

⁷¹⁰ Herkese açık öneriler ve TBK m. 8/II hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, N. 781 vd..

⁷¹¹ Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 11. Ayrıca karşı. Eren, N. 769, 774-777; Hatemi ve Gökyayla, § 4, N. 3.

⁷¹² Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 11.

doğrultusunda elde etmektedir⁷¹³. Burada artık sözleşmenin nesnel biçimde, yani taraflardan bağımsız olarak belirlenen esaslı içeriğinden değil, tarafların sözleşmenin kurulması için üzerinde anlaşılmasını zorunlu tuttıkları, bu açıdan olmazsa olmaz şart (*conditio sine qua non*)⁷¹⁴ mevkiine taşıdıkları unsurlardan söz edilmektedir. Bu zorunluluk, taraflardan her ikisinin de bu yöndeki iradesinden doğabileceği gibi, tek bir tarafın, bir ikinci derecedeki noktaya ilişkin, diğer tarafça bilinebilir nitelik arz eden sübjektif esaslılık düşüncesinin varlığında da söz konusu olabilir⁷¹⁵. Sözleşmenin meydana gelmesi taraflarca bu hususlar üzerinde uyuşulmasına bağlı kılındığından, bir açıklamanın tam olduğundan bahsedilebilmesi ve öneri olarak nitelendirilebilmesi için, sübjektif esaslı unsurları da bünyesinde barındırması gerekir⁷¹⁶. İrade açıklamasının içeriğinde bu hususların bulunup bulunmadığı, yine yorum yoluyla tespit edilir.

Sübjektif esaslı unsurları taşımayan bir açıklamanın tamlık arz etmemesi, öneri ve kabul nitelendirmeleri için aranan bir diğer şart olan kesinlik ile de doğrudan bağlantılıdır. Zira taraflar, objektif yönden esaslı olmayan bir nokta üzerinde uyuşmamaları hâlinde sözleşmenin kurulmayacağını kararlaştırmakla, ancak bu nokta bakımından anlaşmanın sağlanması hâlinde sözleşmeyle bağlanmak istediklerini ifade etmiş olurlar. Bunun doğal bir sonucu olarak, anılan sübjektif esaslı noktayı içermeyen bir açıklamanın, tüm objektif esaslı noktalara eksiksiz bir biçimde ev sahipliği yapsa dahi, açıklamada bulunanın hukuken bağlanma iradesini bünyesinde barındırdığı, yani kesin nitelik taşıdığı söylenemez⁷¹⁷.

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmaları ihtimalinde, ikinci derecedeki noktalar üzerinde taraflarca hiç durulmamış olsa dahi sözleşmenin kurulacağı yönünde bir karine öngören TBK m. 2/I düzenlemesidir. Düzenlemeye ilişkin olarak öncelikle, yukarıda⁷¹⁸ ifade ettiğimiz, hükmün

⁷¹³ Karş. Eren, N. 745; Gauch, “Vertragspunkte”, 45, 46; Kocaağa, 84; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 8; Merz, *Vertrag*, N. 175; Wiegand ve Brunner, 2. Doktrinde sübjektif esaslılık, “tarafların bakış açısına göre esaslılık (*die Wesentlichkeit gemäß der Parteianschauung*)” şeklinde de nitelendirilmektedir. Bu yönde bkz. Keller, *Vorbehalt*, 99.

⁷¹⁴ Antalya, N. 1219; Eren, N. 745; Gauch, “Vertragspunkte”, 50; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 341; Kocaağa, 84; Müller, Art. 2, N. 21; Wiegand ve Brunner, 2; BGE 138 III 29, 32. Ayrıca karş. BGE 4A_293/2015 vom 10.12.2015, Erw. 4.3. Doktrinde sübjektif esaslı noktalardan söz edilirken direnç noktası (*Widerstandspunkt*) nitelendirmesinin kullanıldığı da görülmektedir. Nitekim burada taraflardan birisinin ya da her ikisinin, bir nokta üzerinde anlaşma sağlanmadığı sürece, sözleşme kurmaya karşı bir tür direnç göstermesi söz konusudur. Bu yönde nitelendirme için bkz. von Büren, 132; Merz, *Vertrag*, N. 175; Schönenberger ve Jäggi, Art. 2, N. 39.

⁷¹⁵ Antalya, N. 1218, 1219; Bucher, *OR AT*, 120; Gauch, “Vertragspunkte”, 50; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 341; Koller, § 6, N. 17; Wiegand ve Brunner, 2. Ayrıca karş. BGE 118 II 32, 34.

⁷¹⁶ Eren, N. 768; Müller, Art. 3, N. 21. Ayrıca karş. BGE 122 III 118, 122.

⁷¹⁷ Bucher, *OR AT*, 120; Eren, N. 745; Gauch, “Vertragspunkte”, 50; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 341, 342; Merz, *Vertrag*, N. 175.

⁷¹⁸ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 11, II, A.

mehâz Kanun'daki düzenlemeden isabetli olmayan bir şekilde saptığı ve OR Art. 2 Abs. 1'e uygun şekilde okunması ve uygulanması gerektiği yönündeki düşüncelerimizi tekrar etmek istiyoruz. Bilhassa TBK m. 2/II'de olağan sözleşmeyi tamamlama vasıtaları olarak kabul edilen tarafların farazî iradelerinden ve tamamlayıcı mevzuat hükümlerinden saparak işin özelliğine atıf yapılmış olması karşısında, TBK m. 2/I'in doğrudan uygulandığı alanın ikinci derecedeki noktalar üzerindeki anlaşmanın taraflarca sonraya bırakılmış olduğu ihtimallerle sınırlı bulunduğu benimsenmelidir⁷¹⁹.

Öte yandan doktrinde, TBK m. 2/I'de geçen esaslı nokta ibaresinin kapsamı konusunda da tartışmalara rastlanmaktadır. Bu ibarenin objektif esaslı noktaları kapsamına aldığı hususunda tereddüt duyulmamakla birlikte, tartışmalar sübjektif esaslı noktaların da bu kapsama dâhil olup olmadığı hususu üzerinde toplanmaktadır. Klasik görüş⁷²⁰, buradaki esaslı noktaların, hem objektif hem de sübjektif esaslı noktaları ifade ettiği yönündedir. Sözleşmenin meydana geldiği karinesi, bu doğrultuda, ancak her iki tür esaslı noktalar üzerinde de taraflarca uyuşmuş olması hâlinde işletilir. Düzenleme uyarınca sözleşmenin kurulmasına engel olmayan saklı tutulmuş noktalar ise, sübjektif açıdan da esaslı olmayan ikinci derecedeki noktalardan ibarettir. Buna karşılık, kanaatimizce de isabet taşıyan ve bugün hâkim görüş olarak addedilebilecek diğer bir görüşe⁷²¹ göre, düzenlemedeki esaslı noktalardan sadece objektif esaslı noktaların anlaşılması gerekir. Zira objektif veya sübjektif yönden esaslı nitelik arz etmeyen unsurlar üzerinde anlaşma sağlanamamış olması, zaten sözleşmenin varlık kazanmasının önünde engel teşkil etmez. İlk görüş benimsendiğinde, ikinci derecedeki bu unsurlar üzerinde uyuşmanın gerçekleşmediği ihtimal için Kanun'da sözleşmenin kurulduğu yönünde bir karine öngördüğü sonucuna varılır ki, böyle bir karine gereksiz ve anlamsızdır⁷²². Düzenlemenin anlamını kaybetmemesi için, önüne gelen uyuşmazlıkta hâkim, tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde uyuştüğünü belirlediğinde,

⁷¹⁹ Karş. Kocaağa, 75-77. Düzenleme hakkında değerlendirme ve eleştiriler için ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 4; Koller, § 6, N. 22; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 77.

⁷²⁰ Bu doğrultuda bkz. ve karş. Becker, Art. 2, N. 4; Guhl, Merz ve Kummer, 93, 94; Merz, *Vertrag*, N. 179; BGE 110 II 287, 291; BGE 103 II 191, 194; BGE 54 II 300, 304. Ayrıca karş. Eren, N. 746, 747; Keller, *Vorbehalt*, 100, 101.

⁷²¹ Aksoy Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 44; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 995, 996; Güvenç, "Culpa in Contrahendo", 377; Nicolas R. Herzog, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht* (Zürich: Schulthess, 1999), N. 37; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 7; Koller, § 6, N. 22, 23; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 10-13; Kut, Art. 2, N. 2; Müller, Art. 2, N. 22; Schönenberger ve Jäggi, Art. 2, N. 37, 39; Schwenzer, *AT*, N. 29.04; Serozan, *İstanbul Şerhi*, m. 2, N. 12; Taşkın, 32, 33, dn. 96, 201 vd.; BGER 4A_80/2013 vom 30.07.2013, Erw. 3.3.

⁷²² Aynı doğrultuda bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 997; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 9, dn. 10; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 10; Müller, Art. 2, N. 22; Schönenberger ve Jäggi, Art. 2, N. 37, 39.

sözleşmenin kurulduğunu karinenen kabul etmelidir. Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında müzakere etmelerine rağmen karara bağlayamayıp üzerinde anlaşmayı ileriye bıraktıkları, objektif açıdan esaslı nitelik taşımayan noktaların, TBK m. 2/I uyarınca, sübjektif yönden de esaslı olmadığı yönünde bir karine devreye girmektedir⁷²³. Bunların sübjektif esaslı nokta teşkil ettiğini iddia eden taraf, bunu ispatlamak suretiyle anılan karineyi çürütebilir. Taraflardan birinin karşı tarafça bilinebilir şekilde veya taraflardan her ikisinin birden ilgili nokta üzerinde anlaşma sağlanmadığı sürece sözleşmeyle bağlanma iradesine sahip bulunmadıklarının ispatı, karinenin çürütülmesi için yeterlidir. Bu karine çürütüldüğünde hâkim, sübjektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmadığından bahisle sözleşmenin kurulmadığına hükmeder. Dolayısıyla TBK m. 2/I hükmü, üzerinde anlaşma sağlanamayan noktanın sübjektif esaslı niteliği ispatlandığında bertaraf edilmesi mümkün bir karineden ibarettir⁷²⁴.

Hemen belirtelim ki TBK m. 2/I'deki karine, tarafların objektif açıdan esaslı olmayan bir nokta üzerinde uyuşmayı ileriye bıraktıkları ihtimalin yanında, sözleşme görüşmeleri sırasında hiç üzerinde durmadıkları objektif açıdan esaslı olmayan noktalar bakımından da evleviyetle (*a fortiori*) uygulama alanı bulur. Benzer şekilde, açık bir biçimde ileriye bırakılmamakla birlikte, objektif açıdan ikinci derecedeki noktaların taraflarca müzakere edilmesi, ancak bunlar üzerinde anlaşma sağlanamaması ihtimalinde de TBK m. 2/I uygulanarak bu noktaların esaslı olmadığı karinesinin geçerliliğinden hareket edilmelidir⁷²⁵. Bu doğrultuda, öneriden sapan bir karşı irade açıklamasında bulunulması hâlinde, eğer sapma objektif açıdan ikinci derecedeki noktalara ilişkinse, TBK m. 2/I'in kıyasen uygulanması yoluna gidilmelidir. Burada hâkim, anılan noktanın taraflarca sübjektif esaslı nitelik taşıdığı ispat edilmedikçe, bu karşı irade açıklamasının kabul niteliği taşıdığı ve

⁷²³ Aynı yönde bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2012), 56.

⁷²⁴ Bucher, *OR AT*, 119, 120; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 995, 996; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 9, 10; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 11, 12; Müller, Art. 2, N. 22; Schönerberger ve Jäggi, Art. 2, N. 39.

⁷²⁵ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 17; Müller, Art. 2, N. 29, 42-45; BGE 103 II 190, 194, 195.

sözleşmenin kurulduğu yönünde bir değerlendirmede⁷²⁶ bulunmalıdır⁷²⁷. Kabul açıklamasında bulunan kişinin öneriden sapan bu açıklaması öneride bulunan tarafından örtülü olarak kabul edilirse, bu artık ilk sözleşmenin değiştirilmesi ya da tamamlanması anlamını taşır⁷²⁸.

Bu çalışmada TBK m. 2/I'e atfedilen anlam çerçevesinde, Türk ve İsviçre hukukunun sözleşmenin kurulması alanında, şüphe hâlinde sözleşmenin kurulmasını öncelemek şeklinde bir tutum sergilemek suretiyle, Alman kanun koyucusuna nazaran farklı bir tercihte bulunduğu gözlemlenmektedir. Gerçekten BGB § 150 Abs. 2'de öneriyi genişleten, sınırlandıran ya da başka bir surette değişikliğe uğratan karşı açıklamanın kabul beyanı şeklinde değil, önerinin reddi ve yeni bir öneri olarak nitelendirileceği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan BGB § 154 Abs. 1, taraflardan sadece birinin ya da her ikisinin beyanına göre üzerinde uyuşulması gereklilik arz eden noktaların tamamı üzerinde uyuşulmadığı sürece, şüphe hâlinde sözleşmenin kurulmadığını düzenlemek suretiyle, TBK m. 2/I'in sözleşmenin meydana gelmesi lehine sergilediği duruştan ayrılan bir değerlendirme ortaya koymuştur⁷²⁹. Genel itibarıyla ifade etmek gerekirse, her iki hukuk düzeni de bu tercihleriyle irade özerkliği ilkesini gerçekleştirmeye yönelik bir tutum sergilemekle birlikte, Alman Medenî Kanunu bunu tarafları istemedikleri bir sözleşmeyle bağlı tutmama çabasıyla yaparken, İsviçre ve Türk kanun koyucuları bu amaca sözleşmeyi ayakta tutma yönündeki eğilimiyle

⁷²⁶ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Becker, Art. 2, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 157, 158, Art. 2, N. 18, 19; Müller, Art. 2, N. 46; Schöenenberger ve Jäggi, Art. 2, N. 59; von Tuhr ve Peter, 190; Handelsgericht (St. Gallen), 27. November 2008, SJZ 105/2009, 477. Koller ise, öneride yer verilen ve objektif açıdan esaslı nokta niteliği taşımayan bir hususun öneri muhatabı tarafından reddedildiği ya da buna söz konusu husus yönünden farklılık arz eden bir karşı irade açıklamasıyla cevap verildiği ihtimallerde, şüphe hâlinde anılan noktanın subjektif esaslı nokta niteliği taşıdığı karinesinden hareket edileceği görüşündedir. Bkz. Koller, § 6, N. 24, 25. Aksine işaret eden bir durum söz konusu olmadığı sürece öneride yer alan ve objektif esaslı nitelik taşımayan tüm noktaların öneride bulunan açısından subjektif esaslı olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş için ise bkz. Taşkın, 130, 131.

⁷²⁷ Kanaatimizce, sözleşme kurulurken taraflardan her birinin diğerine kendi genel işlem koşullarını gönderdiği, ancak bu koşullar arasında birbiriyle uyuşmayan hükümlerin bulunduğu "çelişen genel işlem şartları" (*battle of forms*) ihtimalinde de, bu esastan hareketle bir çözüme ulaşılmalıdır. Tarafların irade açıklamaları arasında objektif esaslı noktalar yönünden uyuşma sağlanabiliyorsa, TBK m. 2/I uyarınca diğer noktalar üzerinde uyuşma gerçekleşmese bile sözleşmenin kurulduğu karine olarak kabul edilmelidir. Taraflar, üzerinde uyuşulmayan nokta ya da noktaların subjektif esaslı niteliğini ispatlayarak bu karineyi çürütebilirler. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Erdem Büyüksağış, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları", *UAÜHFD* S. 5 (2015): 144 vd., 156, 157. Konuya ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Büyüksağış, 139 vd.; Ece Baş Süzöl ve Felix Aden, "Battle of Forms' im türkischen AGB-Recht", *RIW* 63. Jahrgang, Heft 3 (2017): 114-116.

⁷²⁸ Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 18; Müller, Art. 2, N. 47.

⁷²⁹ Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 157. BGB § 154 Abs 1 hakkında geniş bilgi için bkz. Bork, *Staudingers Kommentar*, § 154, N. 2 vd.; Flume, *Rechtsgeschäft*, 627, 628; Larenz ve Wolf, § 29, N. 81; Wolf, *Soergel BGB*, § 154, N. 3 vd.. Düzenleme, doktrinde şüphe kuralı (*Zweifelsregel*) olarak da adlandırılmaktadır. Bkz ve karşı. Güvenç, "Culpa in Contrahendo", 381; Meinhard Lukas, "Abbruch von Vertragsverhandlungen - 2. Teil", *Juristische Blätter* Volume 132, Issue 1 (2010): 23.

ulaşmaktadır⁷³⁰.

Tüm bu açıklamalar ışığında, TBK m. 2/I'de yer verilen karine uyarınca bir açıklama, objektif açıdan ikinci derecedeki noktaları içermese bile, objektif esaslı noktaları bünyesinde barındırıyorsa, aksi ispatlanmadığı sürece bunun öneri vasfı kazandığı varsayılır. Ancak objektif esaslı nitelik arz etmeyen bir noktanın sübjektif esaslı niteliği ispatlandığında, artık ilgili açıklama öneri niteliği elde etmek için bu noktayı da içermek zorundadır. Anılan nokta eksiğe, açıklama öneri sayılmak için sahip olması gereken tamlık vasfından yoksun kalır. Bu ihtimalde, olsa olsa bir öneriye çağırmanın varlığından söz edilebilir.

Sübjektif esaslı noktalar yönünden, bu noktaların esaslılığının tarafların ortak iradelerine ya da taraflardan birinin karşı tarafça bilinebilir iradesine dayandığı ayrıca vurgulanmalıdır. Buradan hareketle, tarafların bu yöndeki iradeleri ortadan kalktığında, söz konusu nokta da esaslı niteliğini kaybeder. Bir noktanın sübjektif esaslılığından vazgeçilmesi yönündeki irade, taraflarca açıkça ya da zımnen ortaya koyulabilir. Bu yönde açık bir iradenin varlığında açıklaması, ikinci derece nokta niteliğini tekrar elde eden bu husus üzerinde bir belirleme içermese dahi, öneri niteliğini kazanır. Zira taraflar, artık bunun dışındaki objektif ve sübjektif esaslı noktalar üzerinden hukuken bağlanma iradesine sahip durumdadırlar. Bunun yanı sıra, tarafların ilgili husus bakımından anlaşma sağlanmaksızın sözleşmeyi sair esaslı noktalar üzerinden ifaya başlamaları ya da olası bir uyuşmazlıkta bu nokta üzerinde anlaşma gerçekleşmemiş olsa dahi bunu tartışmaya açmaksızın sözleşmeyle bağlı kalma arzularını ortaya koymaları da, ilgili noktanın örtülü olarak esaslı olmaktan çıkarıldığı anlamına gelir⁷³¹. Bu andan itibaren, diğer tüm esaslı noktalar üzerinde uyuşulmuşsa, tarafların açık ya da örtülü beyanları öneri ve kabul vasfını elde eder ve sözleşme kurulmuş olur. Anılan hâlde taraflarca kararlaştırılmamış bulunan ikinci derecedeki nokta, TBK m. 2/II uyarınca hâkim tarafından tamamlanır.

Objektif esaslı noktalar bahsinde açıklamanın belirliliğine ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar⁷³², sübjektif esaslı noktalar yönünden de geçerlidir. Bir noktanın sübjektif esaslı nokta olduğu anlaşılıyorsa, buna tarafların açıklamaları içinde belirli ya da hiç değilse objektif ya da sübjektif yönden belirlenebilir biçimde yer verilmiş olması şarttır.

⁷³⁰ Bkz. ve karşı. Flume, *Rechtsgeschäft*, 628; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 157. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde sergilenen bu tutum, doktrinde *utile per inutile non vitiatur* (faydalı bir şey faydasız bir şeyle hükümsüz kılınmaz) ve *favor contractus* (sözleşme yararına yorum) ilkeleriyle açıklanmaktadır. Bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 157.

⁷³¹ Bkz. ve karşı. Eren, N. 763; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 342; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 250; Müller, Art. 18, N. 42. Ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, III, B, 2, b, dd.

⁷³² Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 11, II, A, 1.

B. Açıklamaların Kesinliği

Kesinlik şartı, açıklamanın, sahibinin bununla nihaî biçimde bağlanma iradesini yansıtmasıyla sağlanır. Açıklama sahibi, iradesini tereddütsüz ve çekincesiz biçimde ortaya koyduğunda ve bu suretle meydana getirdiği açıklamanın karşı tarafın irade açıklamasıyla buluşması hâlinde bir sözleşmenin kurulmasını göze aldığı anda, onun bu açıklaması kesin (*endgültig*⁷³³, *definitiv*⁷³⁴, *mit Vertragsernst*⁷³⁵) olarak nitelendirilir⁷³⁶. Açıklama sahibinin bu yöndeki arzusu, hukuken bağlanma iradesi (*Rechtsbindungswille*) kavramıyla⁷³⁷ karşılanmaktadır. Buradan hareketle irade açıklamasının kesinliği, açıklama sahibinin ortaya koyduğu irade açıklamasıyla ve bu doğrultuda kurulacak olan sözleşmeyle hukuken bağlanma iradesine sahip olması şeklinde de ifade edilebilir. Görüldüğü üzere, esasında kesinlik de, tamlıkta olduğu gibi açıklamanın, bununla uyuşan bir karşı irade açıklamasıyla buluştuğunda sözleşmenin kurulmasına imkân verecek yeterlilikte olmasını ifade etmektedir. Bunlar arasındaki fark, söz konusu yeterliliğin tamlık şartında açıklamanın içeriği yönünden, kesinlik şartında ise açıklama sahibinin iradesi yönünden söz konusu olmasında gizlidir.

Açıklamanın kesinliğinin açıklama sahibinin hukuken bağlanma iradesine sahip bulunmasına indirgenmesiyle birlikte, hukuken bağlanma iradesinin hukukî işlem öğretisinde hangi noktaya yerleştirileceği ve bunun hukukî akıbetinin nasıl belirleneceği soruları baş göstermiştir. Doktrindeki⁷³⁸ bir eğilim, hukuken bağlanma iradesini irade açıklamasının sübjektif unsurlarıyla ilişkilendirme yönünde tezahür etmektedir. Bu

⁷³³ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 363; Koller, § 7, N. 3; Schönerberger ve Jäggi, Art. 3, N. 10-12; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 5.

⁷³⁴ BGE 15 I 361, 364.

⁷³⁵ von Büren, 125.

⁷³⁶ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 2; von Büren, 124; Eren, N. 771, 777; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 363; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 57; Kocayusufopaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 3, 6; Koller, § 7, N. 3; Schönerberger ve Jäggi, Art. 3, N. 10-12; Taşkın, 7; von Tuhr ve Peter, 186; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 5.

⁷³⁷ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 2; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 5. Hukuken bağlanma iradesinin doktrinde sadece “bağlanma iradesi (*Bindungswille*)” kavramıyla ifade edildiği de görülmektedir. Bu yönde bkz. Kocayusufopaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 6; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 5. Bazı yazarlar ise, bu çalışmada işlem iradesinin eş anlamlısı olarak ele aldığımız hukukî sonuç iradesi kavramını, hukuken bağlanma iradesini ifade etmek amacıyla da kullanmaktadırlar. Bu yönde bkz. Koller, § 7, N. 4; Neuner, “Willenserklärung”, 886. Hukuken bağlanma iradesi ile hukukî sonuç iradesinin birbirinden kesin bir biçimde ayrılması gerektiği yönünde ise bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 29.

⁷³⁸ Hemen belirtelim ki özellikle Alman hukukunda konuya ilişkin tartışmalar, büyük ölçüde hukukî ilişkiler ile hatır ilişkileri (*Gefälligkeiten*) arasındaki sınırı çizme amacına yönelik olarak yürütülmektedir. Bkz. Bork, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 145-156, N. 79 vd.; Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 27; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 29. Fakat elde edilen sonuçlar, öneri ile öneriye çağırmanın birbirinden ayırt edilmesi bakımından da geçerlidir.

bağlamda bir görüş⁷³⁹ hukuken bağlanma iradesini belirli bir hukukî sonuca yönelme iradesiyle, yani işlem iradesiyle denk görmektedir. Bir başka görüş⁷⁴⁰ ise hukuken bağlanma iradesinin, hukuk sahasına çıkarak herhangi bir sonuçla bağlanma arzusunun ifade ettiği bahisle, açıklama iradesinin bir görünümünden başka bir şey olmadığı doğrultusundadır.

Hukuken bağlanma iradesini irade açıklamasının sübjektif unsurlarıyla bağlantılandıran bakış açısının karşısında konum alan diğer bir düşünce tarzı⁷⁴¹ ise, hukuken bağlanma iradesini işlem iradesi ve açıklama iradesinden ayrı tutmakta, bunu daha ziyade irade açıklamasının objektif unsurunu oluşturan açıklama ile ilişkili olarak değerlendirmektedir. Buna göre yorum, yorumlayanı hukuken bağlanma iradesinin yokluğu sonucuna götürürse, objektif unsurun eksikliği nedeniyle bir irade açıklaması mevcudiyet kazanamaz. Bu iddiayı temellendirmek ve bilhassa açıklama iradesi ile hukukî işlem iradesi arasındaki sınırı çizmek için ileri sürülen argümanlardan en dikkat çeken, açıklama iradesinin zamansal açıdan açıklamadan önce ortaya çıktığı ve irade açıklamasının teşekkülüne ilişkin bulunduğu vurgusudur⁷⁴². Hukuken bağlanma iradesi ise ilk olarak açıklamayla birlikte varlık kazanmakta ve açıklama ile, hukuk düzenince arzuladıkları hukukî sonuçlara ulaşabilmeleri için hukuk sükelerinin kullanımına sunulan hukukî işlem mekanizması arasındaki bağlantıyı kurma rolünü üstlenmektedir. Bu görüş ekseninde, hukuken bağlanma iradesinin objektif esaslara dayalı bir yorum yöntemiyle araştırılacağı, açıklama iradesinde ise yorumda sübjektif esasların belirli ölçüde gözetilebileceği yönünde değerlendirmelere rastlanmaktadır⁷⁴³.

Kanaatimizce yukarıdaki görüşler arasında en isabetlisi, hukuken bağlanma iradesini açıklama iradesiyle bağlantılandıran düşünce tarzıdır. Gerçekten bu ikisi arasında, salt teorik nüansların ötesine geçen farklar tespit edilmesi oldukça güçtür. Bu durum, açıklama iradesinin, yapılan açıklama ile hukuk alanında sonuç doğurma ve herhangi bir hukukî sonuca ulaşma isteğini ifade ettiği düşünüldüğünde, rahatlıkla fark edilir. Zira hukuken bağlanma iradesi de, açıklama sahibinin, hukuk alanında bir etki meydana getirme, belirli

⁷³⁹ Bu yönde bkz. Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 6; Christoph Hirsch, *BGB Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. (Baden-Baden: Nomos, 2012), 58.

⁷⁴⁰ Bu yönde bkz. Jens Petersen, “Der Tatbestand der Willenserklärung”, *Jura* 28. Jahrgang, Heft 3 (2006): 180; Şahin ve Çelt, 701.

⁷⁴¹ Bu yönde bkz. Daniel Matthias Klocke, *Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille - Willenserklärung und Rechtsgeschäft* (Halle an der Saale: Universtätsverlag Halle-Wittenberg, 2014), 43, 44; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 29. Ayrıca karş. Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs BGB*, 12. Aufl. (München: Verlag C. H. Beck, 2011), § 2, N. 55.

⁷⁴² Klocke, 43, 44, 52.

⁷⁴³ Bkz. ve karş. Bork, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 145-156 ff., N. 81; Hepting, 232; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 5.

sonuçlara ulaşma amacıyla hukuken bağlılık altına girme arzusundan başka bir şey değildir. Bir hukukî sonuca ulaşma arzusuyla irade açıklamasında bulunmak, netice itibarıyla hukuk düzeninin bu amaca hizmet etmesi amacıyla ortaya koyduğu hukukî işlem mekanizmasını kullanma isteğini de bünyesinde barındırır. Bu nedenle, yukarıdaki ikinci görüşün açıklama iradesini irade açıklamasının teşekkülüyle, hukuken bağlanma iradesini ise irade açıklaması ile hukukî işlem arasındaki bağlantıyla ilişkilendirme şeklindeki ayırım çabasından bir sonuç almak mümkün görünmemektedir. Öte yandan, bu çalışmada savunulan görüş uyarınca gerek açıklama iradesinin gerekse hukuken bağlanma iradesinin varlığı yorum yoluyla araştırılacağı için, bu yönden de bunlar arasında bir ayırım yapılamamaktadır. Tüm bunlar, hukuken bağlanma iradesiyle açıklama iradesinin aynı akıbete tâbi tutulmasını gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Bir açıklamanın öneri sayılabilmesi için yeterli kesinliği bünyesinde barındırıp barındırmadığı, diğer ifadesiyle açıklama sahibinin hukuken bağlanma iradesine sahip bulunup bulunmadığı, yine yorum faaliyeti neticesinde tespit edilmelidir⁷⁴⁴. Açıklamada kullanılan ifadelerin tereddütsüz ve çekincesiz olması, açıklama sahibinin emin olmadığına ya da düşünüp daha sonra bir karar verme arzusunda olduğuna yönelik emareler içermemesi, açıklamanın kesin nitelik taşıdığına ve açıklama sahibinin hukuken bağlanma iradesinin bulunduğuna gösterge teşkil eder⁷⁴⁵. Yorum sonucunda kesinlik tespit edilmiş olmakla birlikte, açıklama sahibi gerçekte hukuken bağlanma iradesine sahip değilse, açıklama iradesinin eksikliğine bağlanan yaptırımın aynısı uygulanır. Dolayısıyla, irade ile açıklama arasında istenmeden meydana getirilen böyle bir uygunsuzlukta, açıklamada yanılma hükümlerine başvurulur. Yorumun, yorumlayıcıyı açıklamanın yeterli kesinliği bünyesinde barındırmadığı sonucuna ulaştırması ihtimalinde ise, bir önerinin ya da kabulün mevcudiyetinden söz edilemez.

Açıklamanın kesin olmaması, açıklama sahibinin bir sözleşme akdetmeye ilişkin kararını karşı taraftan gelecek teklife göre oluşturma isteğinden ve bu çerçevede karşı tarafı öneride bulunmaya yöneltmeye çalışmasından kaynaklanıyorsa, onun bu amaçla ortaya koyduğu beyan öneriye çağırma (icaba davet, *invitatio ad offerendum*, *Aufforderung zur*

⁷⁴⁴ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 4; Bucher, *BSK*, Art. 3, N. 8; von Büren, 125; Eren, N. 775; Flume, *Rechtsgeschäft*, 637; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 371; Koller, § 7, N. 19; Schönenberger ve Jäggi, Art. 3, N. 14; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 6.

⁷⁴⁵ Hukuken bağlanma iradesinin (bağlanma niyetinin) bulunup bulunmadığının incelenmesinde yararlanılacak kıstaslar hakkında geniş bilgi için bkz. Taşkın, 12 vd..

Abgabe von Angeboten) olarak⁷⁴⁶ nitelendirilir⁷⁴⁷. TBK m. 8/I, “bağlayıcı olmayan öneri” adı altında, öneriye çağırma düzenlemiştir. Düzenlemeye göre açıklama sahibinin açıklamasıyla bağlanmak istemediğini açıkça ortaya koyması veya işin niteliğinden ya da durumun gereğinden bunun anlaşılması hâlinde, açıklama bağlayıcı nitelik arz etmez ve bir öneriye çağırmanın varlığından bahsedilebilir. Buna örnek olarak, beyanın “teklife göre değerlendirilmek üzere” veya “bağlayıcı olmaksızın” gibi ifadeler içermesi ya da bir malın “stoklarla sınırlı” olduğunun belirtilmesi ihtimalleri gösterilebilir⁷⁴⁸. Bunun yanı sıra kanun koyucu, TBK m. 7/I’de ismarlanmamış şeyin gönderilmesinin öneri sayılmayacağını⁷⁴⁹; TBK m. 8/II’de ise, aksi açıkça ve kolayca anlaşılmadıkça fiyatını göstererek mal sergilenmesi ya da tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesinin öneri olarak kabul edileceğini⁷⁵⁰ belirtmek suretiyle, öneri - öneriye çağırma ayrımına ilişkin birtakım yorum kuralları sevk etmiştir.

Hemen belirtelim ki TBK m. 8’in ve OR Art. 7’nin başlığını oluşturan “bağlayıcı olmayan öneri (*Antrag ohne Verbindlichkeit*)” ibaresi, kanaatimizce hatalı bir tercihin ürünüdür. Zira bir açıklamaya öneri niteliğini kazandıran unsurlardan bir tanesi, bağlayıcı nitelik taşımasıdır. Diğer bir ifadeyle açıklama, ancak sahibini bağlamaktaysa öneri adını alır. Bağlayıcılık vasfına sahip olmayan bir açıklama, ancak öneriye çağırma olarak

⁷⁴⁶ Yarg. 11. HD, E. 2014/4499, K. 2015/2107, T. 17.2.2015: “Ayrıca icabın, icapçının bir sözleşme yapma konusundaki iradesini "ciddi surette" yansıtması gerekir. Başka bir deyişle, icapçı yaptığı icapla bağlanmak istediğini belli etmeli, yani son sözünü söylemiş olmalıdır. Eğer icapta böyle bir nitelik bulunmuyorsa, bu irade açıklaması icap değil, bir icaba davettir, icaba davette, bir kimsenin, başkalarının kendisine teklifte bulunmasını sağlayıcı ve sözleşme için görüşmelerin başlamasını amaçlayan beyanda bulunması söz konusudur.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁴⁷ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 3; Bucher, *BSK*, Art. 3, N. 7; Eren, N. 774-777; Flume, *Rechtsgeschäft*, 636; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 369; Koller, § 7, N. 16; Kramer ve Schmidlin, Art. 7, N. 1; Schöenberger ve Jäggi, Art. 3, N. 14; Taşkın, 7; von Tuhr ve Peter, 186, 187; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 6.

⁷⁴⁸ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 26; Ellenberger, § 145, N. 4; Enneccerus ve Nipperdey, 991, 992; Eren, N. 779; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 12.

⁷⁴⁹ Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Ece Baş Süzel, “Sipariş Edilmemiş Mal Gönderilmesi veya Hizmet Sağlanması”, *BATİDER C. XXXIV*, S. 3 (2018): 169 vd.; Muzaffer Şeker, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)”, *İTÜSBD* Yıl 12, S. 24 (Güz 2013/2): 91 vd.; Taşkın, 94 vd..

⁷⁵⁰ Türk Borçlar Kanunu, tarife ve fiyat listesi gönderilmesini aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri olarak kabul etmek suretiyle, 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan ve İsviçre Borçlar Kanunu’ndan ayrılmıştır. Nitekim BK m. 7/II ve OR Art. 7 Abs. 2’de, tarife ve fiyat listesi gönderilmesinin öneri sayılmayacağı açıkça belirtilmiştir.

nitelendirilebilir⁷⁵¹. Doktrinde bazı yazarlar⁷⁵² tarafından Kanun'a paralel şekilde "bağlayıcı olmayan öneri (bağlamayan icap)" adı altında zikredilen, bazı yazarların⁷⁵³ ise öneriye çağırma olarak nitelendirmekte olduğu, bünyesinde "serbestçe geri alma hakkı saklı kalmak üzere" ibaresini barındıran açıklamalar dahi, bağlayıcı olmayan öneri kavramıyla karşılanamaz. Zira bu tür açıklamalar, geri alma hakkı kullanılana dek bağlayıcı özelliği haizdir ve bu nedenle öneri sayılır. Burada ne bir bağlayıcı olmayan öneri ne de bir öneriye çağırma söz konusudur⁷⁵⁴.

Öneriye çağırma her ne kadar kesin nitelik arz etmemesi bakımından bir irade açıklaması ya da bir öneri olarak nitelendirilemezse de⁷⁵⁵, bu tür bir beyanın hukuken tamamen değersiz olduğu da söylenemez. Öneriye çağırmada bulunan kişi, bir anlamda karşı tarafı öneride bulunma yönünde harekete geçirmek istemekte, bu öneriyi uygun bulması hâlinde sözleşme akdetmeye hazır olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle öneriye çağırma, karşısındaki kişinin kendisine iletildiği öneriye karşı susarsa, bu susma artık genel kurala göre ret olarak değil, TBK m. 6 çerçevesinde kabul olarak yorumlanır. O, eğer öneriyi kabul etmek istemiyorsa, gecikmeksizin bunu karşı tarafa bildirmek durumundadır⁷⁵⁶. Bu bağlamda bir beyanın öneriye çağırma olarak nitelendirilmesi, susma şeklinde tezahür eden olası bir karşı davranışın yorumlanması bakımından önem arz etmektedir.

C. Açıklamaların Açıklama Sahiplerine İrade Açıklaması Olarak İsnat Edilebilmesi

Yanılmayı düzenleyen TBK m. 30 vd. ile ayırt etme gücünün bulunmadığı hâllere bağlanan yaptırımı ortaya koyan TMK m. 15'e ilişkin yukarıda yaptığımız değerlendirmeler⁷⁵⁷, Türk kanun koyucusunun ne işlem iradesi ve açıklama iradesini ne de fiil iradesini irade açıklamasının kurucu unsuru olarak ele aldığını açıkça ortaya koymuştur.

⁷⁵¹ Aynı yönde bkz. Herdem Belen, *6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 47; Kramer ve Schmidlin, Art. 7, N. 5; Schönerberger ve Jäggi, Art. 7, N. 6; Taşkın, 7, 8. Alman hukuku yönünden bkz. Ellenberger, § 145, N. 4; Enneccerus ve Nipperdey, 991, 992; BGH NJW 1956, 1628. Bağlayıcı olmayan öneri ile hukuken bağlanma iradesi olmaksızın yapılan açıklamanın birbirinden farklı olduğu şeklinde aksi doğrultuda değerlendirme için bkz. Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 26; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 10.

⁷⁵² Örnek olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 18, N. 12.

⁷⁵³ Örnek olarak bkz. Eren, N. 778.

⁷⁵⁴ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 7, N. 13; Müller, Art. 7, N. 24.

⁷⁵⁵ Bağlayıcı olmayan açıklamanın, yani öneriye çağırmanın irade açıklaması niteliği taşımayacağı yönünde aynı doğrultuda görüş için bkz. Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 26; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 8. Öneriye çağırmanın bir irade açıklaması olduğu yönünde ise bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 57.

⁷⁵⁶ Eren, N. 776; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 422; Çiğdem Kırcı, "İnternette Sözleşme Kurulması", *BATİDER* C. 20, S. 4, (2000): 113; Kramer ve Schmidlin, Art. 7, N. 6; Müller, Art. 7, N. 18.

⁷⁵⁷ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5.

Gerçekten, açıklamada yanılma ihtimalinde sahibinin işlem iradesinin ya da açıklama iradesinin taşıyıcısı olmayan açıklamalara TBK m. 30 vd. uyarınca düzelebilir hükümsüzlük yaptırımı bağlanmıştır. Fiil iradesinin bulunmadığı ihtimaller için TMK m. 15'te kesin hükümsüzlük müeyyidesi öngörülmüştür. Bu tercihler, kanun koyucunun anılan hâller için yokluk müeyyidesine başvurmadığını gözler önüne sermektedir. Dolayısıyla, sübjektif unsurun oluşturan işlem iradesi, açıklama iradesi ve fiil iradesi, ideal bir irade açıklamasını tarif eden, tanımlayan ve bunun sistematik açıdan daha iyi anlaşılmasını ve analizini mümkün kılan unsurlar olmanın ötesine geçmemekte, irade açıklamasının kurucu unsuru vasfını taşımamaktadır. İradenin bu alt başlıklarının her üçünün de eksikliğinde, açıklama muhatabının, açıklama sahibi tarafından kendisine yöneltilmiş, belirli içerikte bir irade açıklamasının mevcut olduğuna yönelik fiilen haklı güven duyması, bir irade açıklamasının mevcut olduğu yargısına varmak için yeterlidir. Buradan hareketle irade açıklamasının varlığı sorunu da, netice itibarıyla bir yorum sorunu olarak kendisini göstermektedir⁷⁵⁸. Sübjektif unsurun tam olmayan bir irade açıklaması bakımından, ancak ilgili eksiklik muhatapça biliniyorsa ya da bilinebilir nitelik arz ediyorsa yokluk yaptırımı gündeme gelmektedir. Muhatabın, kendince bilinebilir olan ve bilinmesi gereken şartları dikkatli bir şekilde değerlendirerek bir irade açıklamasının mevcut olduğu yargısına ulaştığı ve bunda haklı görüldüğü hâllerde ise, irade açıklaması kural olarak mevcut kabul edilir. Bu açıdan bakıldığında, hâkimin, gerçekleştirdiği yorum faaliyeti sonucunda bir irade açıklamasının varlığı sonucuna ulaşması hâlinde, kural olarak bir irade açıklaması mevcut demektir. Diğer bir ifadeyle, anılan perspektiften, irade açıklaması kavramı, kural olarak, yorum yoluyla irade açıklaması niteliği taşıdığı anlaşılan her türlü açıklamayı ifade eden bir kavram vasfına bürünmektedir⁷⁵⁹. Sonuç itibarıyla, somut uyuşmazlıkta bir irade açıklamasının bulunup bulunmadığı, yorum yoluyla araştırılacak hususlardan birini teşkil etmektedir.

Hemen belirtelim ki irade açıklamasının mevcut olup olmadığının yorum yoluyla belirleneceği kuralının önemli bir sınırı vardır. Bu sınır, açıklamayla açıklama sahibinin

⁷⁵⁸ İrade açıklamasının varlığının da güven ilkesi tarafından -veya objektif yorum yönteminden yararlanarak- araştırılacak hususlar arasında yer aldığı yönünde bkz. Eren, N. 412; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 208; Koller, § 3, N. 184; Müller, Art. 1, N. 139; Schöenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 192; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 8, 25; BGer 9C_554/2011 vom 12.09.2011, Erw. 4.1; BGer 4A_437/2007 vom 05.02.2008, Erw. 2.4; BGE 120 II 197, 200. Ayrıca karş. Lange, 3.

⁷⁵⁹ Bu çalışmada savunulan görüş uyarınca, irade açıklamalarının açıklama sahibinin iç iradesi doğrultusunda anlamlandırılması da, sübjektif yorum adı altında, yorumun bir türü olarak değerlendirildiğinden, bu tanım sübjektif yorum yoluyla mevcut olduğu sonucuna varılan irade açıklamalarını da kapsamına almaktadır. Yaptığımız tanım; Danz'ın irade açıklaması için önerdiği, sahibinin iç iradesine uygun olup olmadığına bakılmaksızın, onun somut olayın tüm şartları çerçevesinde belirli bir iradeye sahip olduğu yönünde çıkarımda bulunmaya elverişli açıklamalar şeklindeki, benzer nitelik arz eden tanımından (Danz, 14) bu yönüyle ayrılmaktadır.

eylemleri arasında herhangi bir bağlantı kurulmasının mümkün olmadığı ihtimaller bakımından söz konusudur. Gerçekten, her ne kadar Türk kanun koyucusu irade unsuruna ilişkin eksiklik ve bozuklukları irade açıklamasının isnat edilebilirliğinin önünde bir engel olarak değerlendirmemişse de, aynı durum irade açıklamasının bir diğer unsurunu teşkil eden açıklama bakımından söz konusu değildir. Bir kimse, açık ya da örtülü bir davranışıyla -duruma göre susmak suretiyle- iradenin dışı vurulması sürecine hiçbir şekilde dâhil olmamışsa, onun adı kullanılarak bir başkası tarafından yapılan açıklama, muhatabın korunmaya değer bir güveninin mevcudiyetinde dahi, bu kimseye bir irade açıklaması olarak yükletilemez. Bu bağlamda, bir kimse, bir başkasına kendisi adına işlem yapma yetkisi tanıyan bir doğrudan temsil yetkisi vermedikçe veya bir irade açıklamasının oluşturulması, örneğin kaleme alınması, imzalanması ya da gönderilmesi sürecinin herhangi bir kısmına, iradî ya da iradî olmayan fiilleriyle katılmamışsa⁷⁶⁰, o kimseye isnat edilebilir bir irade açıklamasının varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla, açıklama sahteciliği (*Erklärungsfälschung*) adı verilen, sahtecilik suretiyle bir başkasının adını taşıyan bir açıklamada bulunulması hâlinde, bu kimseye aitmiş gibi görünen açıklama bir irade açıklaması sıfatını kazanamaz ve buna dayanarak bir sözleşmenin kurulması da doğal olarak gündeme gelmez⁷⁶¹. Aynı sonuca, böyle bir görüntünün görünüşteki açıklama sahibi dışında bir kimse tarafından kasten, yani sahtecilik yoluyla değil, ihmâlen veya kusur olmaksızın yaratıldığı durumlarda da hükmedilmelidir. Öyleyse, yorum bu gibi durumlarda bir irade açıklamasının varlığına işaret etse dahi, bu açıklamanın sahibi görüntüsü çizen kimseye açıklama arasında görünüşte de olsa bir bağlantı mevcut olmadığında, irade açıklaması yokluk yaptırımıyla karşılaşır. Netice olarak böyle ihtimaller, irade açıklamasının mevcut olup olmadığı sorusunun yorum yoluyla cevaplanacağı yönündeki kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

III. İRADE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLILIĞI

Sözleşmenin kurulması için TBK m. 1/I'de açıkça zikredilmiş olan bir diğer şart, tarafların irade açıklamaları arasında karşılıklılığın mevcut olmasıdır. Karşılıklılık şartı ile kastedilen, önerinin, yöneldiği muhatap tarafından, yine öneride bulunana karşı yöneltililecek

⁷⁶⁰ Bu bağlamda, açıklama sahibinin yazdığı, ancak onun iradesi dışında sekreteri tarafından postaya verilen irade açıklamaları (kaybolan ya da elden çıkan irade açıklamaları, *abhandengekommene Willenserklärungen*) ile sahibi tarafından postaya verilen, ancak muhatabına varmadan bir başkası tarafından değişikliğe uğratılan irade açıklamaları, bunlarla açıklama sahibi arasındaki fiziksel bağlantı bir şekilde kurulduğu için yokluk değil, TMK m. 15'e kıyasen kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşır. Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, D.

⁷⁶¹ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Hefermehl, Vorbem. zu § 116, N. 16.

bir irade açıklamasıyla yanıtlanması gerekliliğidir⁷⁶². Gerçekten bir kimse, ancak muhatabı olduğu bir öneriye karşı kabul açıklamasında bulunabilir ve sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Önerinin muhatabı olmayan bir üçüncü kişinin öneriye karşı yaptığı onay içeren açıklama kabul niteliği kazanmaz ve bir sözleşme meydana getirmez. Yine muhatap, kendisine yöneltilmiş olan öneriye karşılık yapacağı irade açıklamasını öneride bulunan dışında bir kişiye yöneltirse, bu irade açıklaması da kabul beyanı olarak değerlendirilemez. Öneri ve kabul suretiyle kurulan sözleşmelerde kabul çoğu zaman öneriyle ilişkilendirilerek, buna cevap olarak karşı tarafa iletilirken, klasik yöntemle kurulmayan sözleşmelerde tarafların aynı içerikteki bir metni benimsemesi karşılıklılık için yeterlidir⁷⁶³.

Elbette sözleşmenin kurulması sürecinde tarafların, irade açıklamalarının bir doğrudan temsilci tarafından yapılması veya bir haberci aracılığıyla karşı tarafa iletilmesi hâlinde, bu sürece üçüncü kişilerin dâhil olması gündeme gelebilir. Aynı şekilde her iki taraf da, kendilerine yöneltilen irade açıklamasının alınması (karşılanması) için doğrudan temsilciden veya haberciden (alma habercisi veya karşılama habercisi, *Empfangsbote*) yararlanabilir⁷⁶⁴. Bu gibi hâllerde iradenin açıklanması ya da açıklamanın karşılanması yine öneride bulunan ve kabul eden tarafından veya en azından bunlar adına gerçekleştirildiği için karşılıklılık şartı tereddütsüz sağlanmış olur.

Somut uyuşmazlıkta irade açıklamalarının karşılıklı olup olmadığının konusunda bir sonuca varılması, irade açıklamasının kime yöneldiğinin belirlenmesini gerektirir. İrade açıklamasının kime yöneldiği de, yorum yoluyla araştırılacak hususlardan birisidir⁷⁶⁵. Özellikle önerinin yanlışlıkla aynı ya da benzer isimdeki başka bir kimseye gönderilmiş olması hâlinde, öneriyi alan kişi önerinin kendisine yanlışlık sonucu gönderdiğini bilmiyorsa ve bilebilecek durumda da değilse, objektif - somut yorum yoluyla muhatap, öneriyi alan kişi olarak belirlenir⁷⁶⁶.

Karşılıklılık şartıyla bağlantılı olarak ele alınması gereken sorunlardan biri, önerinin yöneltildiği kişinin elde ettiği “muhatap” hukukî pozisyonunu bir başkasına devredip devredemeyeceği ya da bunun mirasçılara geçip geçmeyeceğidir. Dikkat edilirse burada,

⁷⁶² Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 163, 164.

⁷⁶³ Karş. Enneccerus ve Nipperdey, 986, dn. 6; Oser ve Schönenberger, Vorbem. zu Art. 3-10, N. 12.

⁷⁶⁴ Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 163. Doğrudan temsilcinin temsilci sıfatı gözetilerek değil, şahsına yöneltilen açıklamanın kabul açıklaması niteliği taşımayacağı yönünde bkz. BGE 40 II 246, 248.

⁷⁶⁵ İrade açıklamasının kime yöneldiğinin güven ilkesi uyarınca cevaplanacak sorulardan biri olduğu şeklinde, aynı doğrultuda değerlendirme için bkz. Eren, N. 412; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 208; Müller, Art. 1, N. 139; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 192. Ayrıca karşı. Lange, 3.

⁷⁶⁶ Bkz. ve karşı. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 164.

muhatap adına bir başkasının kabul açıklamasında bulunmasından söz edilmemektedir. Bilakis muhatabın, kendisine yönelen öneri çerçevesinde sahip olduğu, kabul beyanında bulunarak sözleşmenin kurulmasını sağlama olanağını kendisi kullanmayıp bir başkasına devretmesi ya da bunun mirasçılara intikâli tartışılmaktadır⁷⁶⁷. Kanaatimizce bu konuda genelgeçer bir değerlendirme yapmak mümkün değildir⁷⁶⁸. Bu hususta bir sonuca varabilmenin yolu, yine önerinin yorumlanmasından geçmektedir⁷⁶⁹. Yorum sonucunda göstergeler, öneri muhatabın belli özellikleri gözetilerek, doğrudan onun şahsına yöneldiği yönündeyse, muhatap sıfatının kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğuna ve bir başka kişiye devredilemeyeceğine hükmedilmelidir⁷⁷⁰. Aksi sonuca varılması, yani öneri sahibinin herhangi bir kimseyle sözleşme yapmayı arzuladığının (örneğin herkese açık [umuma yönelen] öneri, *offerta ad incertis personas*) veya devre rıza gösterdiğinin anlaşılması hâlinde, devir yolu açık tutulmalıdır⁷⁷¹. Yorum yoluyla net bir sonuca varılamıyorsa, yani şüphe ihtimalinde, muhatap pozisyonunun kişiye sıkı sıkıya bağlılığından ve dolayısıyla devredilemezliğinden hareket edilmesi kanaatimizce daha isabetli olur. Zira böyle bir hâlde sözleşme özgürlüğü ve özellikle bundan doğan sözleşmenin karşı tarafını tayin etme yetkisi öncelikli olarak korunmalıdır⁷⁷².

Muhatab pozisyonu devredilebilir nitelik arz ettiği sürece, kural olarak mirasçılara da intikâl eder⁷⁷³. Özellikle sözleşmenin karşı tarafını muhatabın ya da küllî haleflerinin oluşturması arasında öneride bulunan açısından bir fark yoksa, muhatabın küllî haleflerinin de süresi içinde öneriye karşı kabul açıklamasında bulunmak suretiyle sözleşmeye vücut vermeleri mümkün olmalıdır⁷⁷⁴.

⁷⁶⁷ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 35.

⁷⁶⁸ Aynı görüşte bkz. Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 35; Busche, § 145, N. 22; Ellenberger, § 145, N. 5.

⁷⁶⁹ Christian Armbrüster, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Kommentar zu BGB §§ 145-157, 13. Aufl.* (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011), § 145, N. 19; Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 35; Ellenberger, § 145, N. 5; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 19.

⁷⁷⁰ Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 35; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 19.

⁷⁷¹ Karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 30. Öneride bulunanın devre önceden ve genel olarak rıza göstermesinin mümkün olduğu, doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir. Bu rıza, öneride bulunan tarafından her zaman, haklı sebep göstermek zorunda olmaksızın tek taraflı olarak geri alınabilir. Bkz. Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 19.

⁷⁷² Armbrüster, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, § 145, N. 19; Flume, *Rechtsgeschäft*, 651; Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 29; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 19. Bu sonuca, TBK m. 205 uyarınca sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın, TBK m. 206 uyarınca sözleşmeye katılma için ise sözleşmenin her iki tarafının bu yöndeki iradesinin aranması tercihinin kıyasen uygulanması yoluyla da ulaşılabilir. Alman doktrininde benzer bir gerekçelendirme için bkz. Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 19.

⁷⁷³ Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 31; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 20.

⁷⁷⁴ Mirasçılardan kabul beyanında bulunabilmesi hususunda aynı doğrultuda bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 651; von Tuhr ve Peter, 187; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 20. Ayrıca karşı. Armbrüster, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, § 145, N. 19; Ellenberger, § 145, N. 5.

İrade açıklamalarının karşılıklılığı bağlamında nihayet, kesişen öneriler (*Kreuzofferten*) olarak adlandırılan önerilerin varlığında sözleşmenin kurulması sorununun ne şekilde çözüme kavuşturulacağı üzerinde durulmalıdır. Kesişen öneriler kavramıyla ifade edilen ihtimalde, iki tarafın, birbirlerinden habersiz biçimde, birbirlerine gönderdikleri aynı içerikte öneriler söz konusudur⁷⁷⁵. Böyle bir durumda sözleşmenin kurulup kurulmadığı, kuruluyorsa bunun hangi anda gerçekleştiği hususunda, doktrinde temelde iki görüşün çatışma hâlinde olduğu izlenmektedir. Bir görüşe⁷⁷⁶ göre burada tarafların birbirlerine gönderdiği bu irade açıklamalarının her ikisi de kabul olarak nitelendirilemez. Zira burada, karşı tarafın önerisine cevaben, yani onun önerisiyle ilişkilendirilerek, ona karşı yapılan bir irade açıklaması mevcut olmadığından, karşılıklılık şartı sağlanmamaktadır. Sözleşme, ancak taraflardan birinin kendisine yöneltilen öneriye karşı bu doğrultuda belirli davranışlarda, yani irade faaliyetinde bulunması ya da susması ihtimalinde, irade faaliyetinin⁷⁷⁷ ya da susmanın⁷⁷⁸ kabul olarak nitelendirilmesi suretiyle (TBK m. 6) kurulur. Eline kendi gönderdiği öneriyle aynı içerikte bir öneri geçen kişi, karşı tarafın susmasını kabul olarak değerlendirmekte ve açık bir kabul açıklamasına ihtiyaç duyulmadığını düşünmekte haklı görülür. Bu görüşteki yazarların bir kısmına⁷⁷⁹ göre, taraflardan birinin, kendisine ulaşan öneriyi uygun bir sürede reddetmesi mümkündür. Bu hâlde reddeden tarafın karşısındaki kişi, bu sefer kendisine yönelen ve daha önce karşılığında açık bir kabul beyanında bulunmasının gerekmediğini varsaydığı diğer öneriyi açıkça kabul etmek suretiyle sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Reddeden tarafın reddine diğer taraf da sessiz kalarak cevap verirse, sözleşme kurulmamış sayılır.

Bir başka görüşe⁷⁸⁰ göre ise, burada sözleşmenin tamam olduğundan söz edilmesi için bir irade faaliyetinin ya da susmanın beklenmesine gerek duyulmamalıdır. Her iki irade

⁷⁷⁵ Kesişen irade açıklamalarına ilişkin genel olarak bkz. Bork, *Staudingers Kommentar*, § 146, N. 7; Flume, *Rechtsgeschäft*, 650, 651; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 483; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 166; Merz, *Vertrag*, N. 226.

⁷⁷⁶ Bu yönde bkz. ve karşı. Esener ve Gündoğdu, 31; Flume, *Rechtsgeschäft*, 650, 651; Schönenberger ve Jäggi, Art. 3, N. 87; Wolf, *Soergel BGB*, § 145, N. 24. Müller, eserinin bir yerinde (Art. 3, N. 158) açıkça bu görüşü savunurken, diğer bir yerde (Art. 1, N. 260) ise metinde zikrettiğimiz ikinci görüşle örtüşen cümleler sarf etmektedir.

⁷⁷⁷ Bu yönde bkz. Hans Joachim Mertens, Eckard Rehbindler, *Internationales Kaufrecht - Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen* (Frankfurt am Main: Metzner, 1975), Kommentar zu EAG, Art. 6, N. 5.

⁷⁷⁸ Müller, Art. 3, N. 158; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 87.

⁷⁷⁹ Flume, *Rechtsgeschäft*, 650, 651; Müller, Art. 3, N. 158; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 87.

⁷⁸⁰ Bu yönde bkz. Ellenberger, § 145, N. 10; Enneccerus ve Nipperdey, 986, dn. 6; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 20, N. 6; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 166, Art. 3, N. 54; Merz, *Vertrag*, N. 226; Karl Heinz Neumayer, "Vertragsschluss durch Kreuzofferten?", *Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebsigsten Geburtstages* (Karlsruhe: C. F. Müller, 1964), 315 vd.; Oser ve Schönenberger, Vorbem. zu Art. 3-10, N. 12.

açıklamasının da karşı tarafa ulaşması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Bu bağlamda sözleşmenin meydana gelme anı, irade açıklamaları arasında muhatabına daha geç ulaşan muhataba varması anı olarak belirlenir. Bunun gerekçesi olarak, görüşün savunucularından bir kısmı⁷⁸¹, her bir önerinin bünyesinde, aynı içerikteki karşı önerinin kabul edileceğine dair önceden verilmiş bir onayın, bir kabul beyanının da yer aldığını öne sürmektedir. Bir başka grup yazar⁷⁸² ise bu yöndeki görüşünü, tarafların sözleşme iradelerinin bir araya gelmesiyle hiç değilse maddî anlamda uyuşmanın (*materielle Konsensbildung*)⁷⁸³ vuku bulduğu ve bunun sözleşmenin kurulmasını sağlamaya yeteceği değerlendirmesiyle gerekçelendirmektedir.

Kanaatimizce yukarıda zikredilen görüşlerden ikincisine üstünlük tanınmalıdır. Gerçekten, TBK m. 1/I'de yer verilen karşılıklılık, tarafların irade açıklamalarının "birbirine" yönelmesi gerekliliğinin ifadesidir. Daha önce detaylı biçimde izah edildiği⁷⁸⁴ üzere Türk - İsviçre borçlar hukuku büyük ölçüde irade özerkliği ilkesi üzerine inşa edilmiştir ve sözleşmenin kurulmasının olağan biçimini birden çok kişinin aynı doğrultudaki iradelerinin bir araya gelmesi olarak ele almaktadır. Bu eksende karşılıklılık şartı da, öncelikli olarak her iki tarafın da belirli bir hukukî sonuca ulaşmak amacıyla birbirini sözleşmenin karşı tarafı olarak görmelerinde, bu sonuca ulaşmak amacıyla iradelerini ortak bir noktada buluşturmalarında somutlaşır. Daha açık ifadesiyle her iki tarafın birbirine karşı aynı içerikte bir sözleşme yapma iradesine sahip olması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir⁷⁸⁵. Türk Borçlar Kanunu, bu buluşmanın bir tarafın diğerine öneride bulunması, diğerinin ise bu öneriyi kabul etmesi şeklinde gerçekleşeceğini varsaymış ve sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemelerini bu klasik yöntemi gözeterek şekillendirmiştir. Fakat klasik yöntem, tarafların ortak bir sözleşme yapma iradesi üzerinde buluşmalarının tek yolu değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi⁷⁸⁶, ortak bir metnin benimsenmesi suretiyle sözleşme akdetme gibi daha farklı usullerle de bu buluşma sağlanabilir. İşte kesişen öneriler şeklinde nitelendirilen ihtimalde de, esas itibarıyla taraf iradeleri klasik yöntem dışında bir

⁷⁸¹ Bu yönde bkz. Merz, *Vertrag*, N. 226.

⁷⁸² Bu yönde bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 166, Art. 3, N. 54; Neumayer, 315 vd..

⁷⁸³ Maddî anlamda uyuşma teorisi (*Theorie von der materiellen Konsensbildung*) hakkında geniş bilgi için bkz. Neumayer, 315 vd..

⁷⁸⁴ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, B, 3.

⁷⁸⁵ Muhatabın kabul açıklamasını öneriyle ilişkilendirerek değil, karşı tarafın sözleşme iradesiyle (*Vertragswille*) ilişkilendirerek yapmasının sözleşmenin meydana gelmesi için yeterli olduğu şeklinde aynı doğrultuda görüş için bkz. Enneccerus ve Nipperdey, 986, dn. 6; Oser ve Schönerberger, Vorbem. zu Art. 3-10, N. 12.

⁷⁸⁶ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 11, II, A.

usulle bir araya gelmektedir⁷⁸⁷. Bu noktadan sonra, sözleşmenin kurulması için açık ya da örtülü başka bir irade açıklamasını beklemeye gerek yoktur. Sözleşme, Türk hukukunda sözleşmenin kurulması anının tespiti hususunda benimsenen genel kural dikkate alınarak, her iki irade açıklamasının da muhatabın hâkimiyet alanına varmasıyla kurulmuş addedilmelidir⁷⁸⁸. Bu hâlde taraflara, örtülü kabul çerçevesinde söz konusu olan, makul bir süre içinde öneriyi reddetme imkânı da tanınmamalıdır. Zira kendi gönderdiği öneri yüzünden kendisi de aynı içerikte bir irade açıklamasıyla hâlihazırda bağlı bulunan kişinin, kendisine yönelen bu içerikteki irade açıklamasını reddetme yetkisini haiz bulunması, makul gerekçelerle temellendirilebilir olmaktan uzaktır⁷⁸⁹.

IV. İRADE AÇIKLAMALARININ BİRBİRİNE UYGUNLUĞU

Sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılabilmesi için hâkim tarafından araştırılması gereken bir diğer husus, tarafların karşılıklı irade açıklamaları arasında uygunluğun bulunmasıdır. TBK m. 1/I'de, iradelerin “birbirine uygun” olarak açıklanmasından söz etmek suretiyle bu şarta açıkça yer verilmiştir. Birbirine uygunluk ile kastedilen, tarafların irade açıklamalarının içerik olarak birbirine eş nitelik arz etmesi, anlam itibarıyla birbiriyle uyuşmasıdır. Öneri özelliği taşıyan bir irade açıklamasına cevaben yapılan karşı irade açıklaması, ancak bu uyuşmanın mevcut olması hâlinde kabul açıklaması olarak nitelendirilebilir ve sözleşmenin meydana gelmesini sağlayabilir⁷⁹⁰.

Tarafların irade açıklamaları arasında uygunluğun bulunup bulunmadığı, irade açıklamalarının yorumlanması yoluyla araştırılır⁷⁹¹. Hatta uygunluk araştırması, doğrudan irade açıklamalarının anlamına yöneldiğinden, sözleşmenin kurulup kurulmadığının tespitinde yorum faaliyetinin en kritik ve temel rolü oynadığı noktayı oluşturur. Öneriyi karşılayan açıklamanın kabul beyanı olarak nitelendirilebilmesi ve böylece sözleşmenin kurulduğundan söz edilebilmesi için, irade açıklamaları arasındaki uygunluğun, kurulmak istenen sözleşmenin objektif esaslı noktalarının yanı sıra, taraflarca olmazsa olmaz şart hâline getirilen sübjektif esaslı noktalar üzerinde de gerçekleşmesi zorunludur⁷⁹². Ancak bu

⁷⁸⁷ Aynı doğrultuda bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 483; Müller, Art. 1, N. 257.

⁷⁸⁸ Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 20, N. 6; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 166, Art. 3, N. 54.

⁷⁸⁹ Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 166, Art. 3, N. 54; Müller, Art. 1, N. 260.

⁷⁹⁰ Karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 49; Taşkın, 124, 125. Kabulün genellikle onay içeren açıklamalardan oluşması ve yorumun güven teorisine göre muhatabın gözünden gerçekleştirilecek olması karşısında, önerinin yorumunun sözleşmenin içeriğini, kabulün yorumunun ise sözleşmenin kurulup kurulmadığını açığa çıkaracağı yönünde bkz. Sarıkaya, 160, 161.

⁷⁹¹ Bkz. ve karşı. Eren, N. 732, 733, 752; Flume, *Rechtsgeschäft*, 620, 630; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 441; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 121, 126.

⁷⁹² Eren, N. 745; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 330; Kramer ve Schmidlin, Art. 2, N. 6.

noktada TBK m. 2/I'de düzenlenen karine göz önünde bulundurulmalı; irade açıklamaları objektif esaslı noktalar yönünden birbirine uygun olduğu sürece, aksi taraflarca ispatlanana dek, üzerinde anlaşma sağlanamayan diğer noktaların esaslı nitelik arz etmediği ve sözleşmenin meydana geldiği esastan hareket edilmelidir⁷⁹³.

Öneriye karşı yapılan irade açıklaması, farklı şekillerde tezahür edebilir. Gerçekten karşı açıklama, “tamam”, “kabul ediyorum”, “anlaştık” gibi kayıtsız şartsız, salt onaydan ibaret olabileceği gibi; onay ifade eden ibareye, öneriyi kısmen ya da tamamen teyit eden, sözleşmenin muhtevasına ilişkin birtakım ifadelerin eklenmesiyle de meydana getirilebilir. Hatta öneri muhatabı onay belirten bir ibare kullanılmaksızın, doğrudan sözleşmenin içeriğine ilişkin belirlemeler içeren bir açıklamada dahi bulunabilir⁷⁹⁴. Her bir ihtimalde karşı açıklamanın yorumlanması ve böylece irade açıklamaları arasında uygunluğun mevcut olup olmadığı sorusuna cevap bulunması, uygulanacak olan yorum yöntemine göre farklı şekillerde gerçekleştirilir.

Bu çalışmada savunulan görüş uyarınca sübjektif yorum yöntemine ancak beyana yansımayan, beyana eşlik eden şartlar gözetildiğinde dahi muhatapça bilinebilir olmayan iradelerin varlığında başvurulduğundan, bu yöntemin uygulandığı hâllerde karşı açıklama, öneriden tamamen ayrı şekilde yoruma tâbi tutulur. Zira bu yöntemde hedef, karşı tarafın gözünden gerçekleştirilecek objektif nitelikli bir yorumla tespiti mümkün olmayan, açıklamaya yansımayan iradenin açığa çıkarılmasıdır. Bunun açıklamanın dış görünüşünden bağımsız şekilde gerçekleştirilmesi doğaldır.

Objektif - somut yöntemin uygulama sahasında bulunulan ihtimallerde ise başvurulacak yol, çeşitli ihtimallere göre değişkenlik gösterir. İhtimaller üzerinden değerlendirmelere geçmeden önce belirtmek isteriz ki, karşı açıklamanın öneriyle aynı şekilde mi, yoksa bundan ayrı olarak, tek başına mı yorumlanacağı, objektif - somut yorum yöntemi bakımından ciddi önemi haizdir. Zira objektif - somut yöntem, irade açıklamasının muhatapça bilinebilir şartlar gözetilerek, onun gözünden anlamlandırılması esasına dayandığı için, açıklama aynı olsa dahi, yorumda pozisyonu itibarıyla belirleyici nitelik arz edecek muhatap değiştiğinde yorumun sonucu da değişebilir. Daha açık ifade etmek gerekirse, karşı açıklamanın öneriyi bire bir yansıttığı ve bunun ayrı bir yoruma tâbi tutulmayacağı sonucuna varıldığında, karşı açıklama da aynı öneri gibi öneri muhatabının

⁷⁹³ Objektif ve sübjektif esaslı noktalara ve TBK m. 2/I'deki karinenin uygulama alanı ile sonuçlarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 11, II, A.

⁷⁹⁴ Bkz. ve karşı. Kramer ve Schmidlin, Art. 3, N. 49.

gözünden, onun için bilinebilir olan şartlar çerçevesinde anlamlandırılmış olur. Karşı açıklamanın bağımsız biçimde yorumlanacağından dem vurulursa, bu sefer öneri muhatabının değil; karşı açıklamanın muhatabının, yani öneride bulunanın pozisyonu ve onun tarafından bilinebilir olan şartlar anlamı tayin eder. Bilgi ve uzmanlık düzeyleri arasında fark bulunması nedeniyle somut olayda taraflarca bilinebilir olan hususlar değişkenlik göstermekteyse, bu iki ihtimalde farklı sonuçlara varılması kuvvetle muhtemeldir.

Objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde karşı açıklamanın yorumlanması bağlamında ilk ihtimali, karşı açıklamanın kayıtsız şartsız, sadece onay ifade eden bir şekilde teşekkül etmesi oluşturur. Bu ihtimalde başvurulacak yol açıktır: Onay beyanını ayrıca bir içeriği haiz bulunmadığı için, bunun öneriyi tekrarladığı kabul edilir ve öneriden ayrı bir biçimde yorumlanması gündeme gelmez⁷⁹⁵. Aynı durum, öneriyi kısmen tekrarlayan ve arkasından onay ifadesi içeren karşı açıklamalar bakımından da söz konusudur. Buna örnek olarak, “Otomobilinizi 120.000 TL’ye satın almak istiyorum.” şeklindeki öneriye karşılık verilen, “otomobilime ilişkin teklifinizi kabul ediyorum” cevabı gösterilebilir. Her ne kadar karşı açıklamada fiyat belirtilmemiş olsa da, açıklamanın geri kalan kısmı öneriyle uyum içinde olduğundan, “kabul ediyorum” ibaresi fiyatın da aynen benimsendiğinin göstergesini oluşturur. Nihayet, karşı açıklamanın öneriye cevap olarak yapıldığı, yani onunla ilişkilendirildiği anlaşıldığı sürece, onay beyanı içermeksizin öneriyi bire bir tekrarlaması hâlinde de bu karşı açıklama önerinin anlamını aynen yansıtır; diğer bir ifadeyle öneriyle aynı esaslara göre yorumlanır. Fakat kesişen öneriler ihtimalinde olduğu gibi, karşı açıklama önerinin aynen ya da kısmen tekrarlanmasından ibaret olsa dahi, öneriyle ilişkilendirilmemişse ve onun cevabını oluşturuyorsa, açıklamaların her birinin, kendi muhatabı gözünden ayrıca yorumlanması yoluna gidilmelidir. Öte yandan karşı açıklamanın öneriden sapan düzenlemeler içermesi veya önerinin kısmen reddi anlamına gelen bir ibare barındırması hâlinde, içinde bir onay ifadesi mevcut olsa dahi, bu karşı açıklamanın yine ayrıca yorumlanması gerekir. Aynı durum, karşı açıklamanın öneriye nazaran eksik olması ve herhangi bir onay ibaresi içermemesi ihtimalinde de geçerli olmalıdır⁷⁹⁶.

Seçimlik bir önerinin mevcut olduğu hâllerde, buna karşı yapılan irade açıklamasının salt onay içermesi kabul olarak nitelendirilmesi için şüphesiz ki yeterli olmaz. Söz konusu

⁷⁹⁵ Karş. Flume, *Rechtsgeschäft*, 620, 630.

⁷⁹⁶ Öneriye karşı yapılan açıklamanın kabul sayılıp sayılmayacağına değerlendirilmesinde, her durumda öneri muhatabının bilebileceği şartların gözetilmesi gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Sarıkaya, 167, 168.

açıklama, önerideki seçeneklerden birinin seçildiğini gösteren içeriği haiz bulunmalıdır⁷⁹⁷. Dolayısıyla bu ihtimal de, objektif - somut yorum yöntemi uygulandığında, kabul açıklamasının ayrıca yoruma tâbi tutulmasının elzem olduğu bir başka hâli oluşturur.

Yorum faaliyeti aracılığıyla yapılan araştırma sonucunda irade açıklamaları arasında mevcut olduğu belirlenen uygunluk, doktrinde uyuşma (*Konsens*) olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir uygunluğun bulunmadığı ihtimal ise uyuşmama (*Dissens*) kavramıyla karşılanmaktadır⁷⁹⁸. Bu açıdan bakıldığında uyuşmama kavramı, uyuşma kavramının zıt ve negatif anlamlısından başka bir şey değildir⁷⁹⁹. Nitekim Alman Medenî Kanunu, irade açıklamaları arasında uygunluğun bulunmadığı durumu ifade etmek için uyuşmama değil, uyuşma yokluğu (*Einigungsmangel*, BGB §§ 154, 155) ibaresini tercih etmiştir.

Uyuşma ve uyuşmamaya ilişkin olarak, doktrinin birtakım alt kavramlara başvurmak suretiyle çeşitli ayrımlara gittiği de gözlenmektedir. Bunlar arasında en sık yararlanılan, fiilî uyuşma (*tatsächlicher Konsens*, doğal uyuşma - *natürlicher Konsens*) - farazî uyuşma (normatif uyuşma - *normativer Konsens*, hukukî uyuşma - *rechtlicher Konsens*) ayrımıdır⁸⁰⁰. Tarafların iradeleri arasında bir uygunluğun bulunup bulunmadığı ölçütüne göre gerçekleştirilen bu ayrım çerçevesinde, açıklamaların objektif anlamı birbiriyle uyuşsun ya da uyuşmasın, tarafların iradeleri arasında bir uygunluk tespit edilebiliyorsa buna gerçek uyuşma adı verilmektedir. Farazî uyuşma ise, açıklamanın objektif - somut yorum yöntemi sonucunda tespit edilen anlamlarının uyuşması, ancak taraflardan birinin iradesinin bu anlamdan farklı bir içerikte teşekkül etmiş olması ihtimalinde gündeme gelmektedir. Bu ayrım, iradeler arasındaki uyuşmanın sözleşmenin kurulmasının doğal ve esas biçimi olduğundan hareket etmektedir. İradeler arasında uygunluk bulunmamasına rağmen haklı güvenin korunması temelinde gerçekleşen bir uyuşma, bu bakış açısıyla gerçek anlamda uyuşma olarak kabul edilmemekte, farazî ya da normatif olarak nitelendirilmektedir.

Kanaatimizce gerçek uyuşma - farazî uyuşma ayrımına mesafeli yaklaşılmalıdır. Zira bu ayrımın temelinde yatan düşünce tarzı, irade açıklaması öğretisinin özünü irade özerkliği

⁷⁹⁷ Huguenin, N. 207.

⁷⁹⁸ Kavramlar için bkz. Eren, N. 729 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 325, 326; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 1 vd.; Koller, § 6, N. 3 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 117 vd.; Müller, Art. 1, N. 198 vd..

⁷⁹⁹ Bu kavrama uyuşmanın zıddı olmanın ötesinde bir içerik atfetme çabalarının (örneğin Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 325, 326: “irade uyuşmaması [*Willensdissens*]”; Schönerberger ve Jäggi, Art. 1, N. 279 vd.: tek taraflı hukukî işlemler bakımından uygunluğun bulunmamasını ifade eden “basit uyuşmama [*einfacher Dissens*]”) isabetsizliği yönünde görüş ve değerlendirme için bkz. Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 39; Koller, § 6, N. 7.

⁸⁰⁰ Ayrım için bkz. Eren, N. 731 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 1, 2; Koller, § 6, N. 3-6; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 121 vd.; Müller, Art. 1, N. 202 vd..

ilkesinden ibaret görmekte ve işlem güvenliğinin korunmasının ancak varsayımsal olarak bir sözleşmenin meydana gelmesine dayanak oluşturabileceğinden hareket etmektedir. Hâlbuki bu çalışmada savunulan görüş uyarınca irade açıklaması ve hukukî işlem öğretileri, irade özerkliği ilkesinin mutlak hâkimiyet alanı değildir. Anılan ilke, söz konusu alanı işlem güvenliğinin korunması ilkesiyle paylaşmaktadır. İrade özerkliği ilkesi kadar, işlem güvenliğinin korunması ilkesi de bir irade açıklamasının meydana gelmesine dayanak teşkil edebilir. Bunlardan birine dayanan uyuşmanın gerçek, diğerine farazî ismi verilmesi bu açıdan isabetli olmaktan uzaktır; ikinci tür uyuşma da en az ilki kadar “gerçek” ve “doğal” nitelik taşır. Ayrıca, her iki ilke de, ancak hukuk düzeni tarafından benimsendiği sürece ve kendilerine tanınan alanda bir irade açıklamasının varlık kazanmasını sağlayabilirler. Bu açıdan ele alındığında, irade açıklamaları kaynağını bu ilkelerin hangisinden alırsa alsın, irade açıklamaları arasındaki uyuşma, oluşum sebebinin hukuk düzeninde bulunması anlamında “hukukî” ya da “normatif” nitelendirmesini hak eder.

Bir başka ayırım⁸⁰¹, uyuşmamayı açık ve gizli olarak iki başlık altında ele almaktadır. Alman Medenî Kanunu’nda (BGB §§ 154, 155) kanun koyucu tarafından da kullanılan bu ayırma göre açık uyuşmama (*offener Dissens, offenbarer Dissens*) her iki tarafın da irade açıklamaları arasında bir uygunluğun bulunmadığının bilincinde oldukları; gizli uyuşmama (*versteckter Dissens, latenter Dissens*) ise, taraflardan birinin ya da ikisinin birden, irade açıklamalarının birbiriyle uyuşmamasına rağmen, bunlar arasında uygunluğun mevcut olduğunu sandıkları ihtimalde gündeme gelmektedir. Bu yanlış izlenim taraflardan sadece birinde mevcutsa tek taraflı gizli uyuşmamadan (*einseitig versteckter Dissens*), tarafların her ikisi bakımından da aynı durum bahis konusuysa iki taraflı gizli uyuşmamadan (*beiderseitig versteckter Dissens*) söz edilir⁸⁰². Gizli uyuşmamamanın en tipik örneğini, tarafların dış görünüş itibarıyla aynı kelimeleri telaffuz ettikleri ya da aynı davranışları sergiledikleri, ancak bunlarla kastettikleri ya da gerçekte arzuladıkları anlamın birbirinden farklı olduğu görünüşte uyuşma (*Scheinkonsens*)⁸⁰³ durumu oluşturur.

Uyuşma ve uyuşmama, irade açıklamalarının birbiriyle tamamen mi yoksa kısmen mi

⁸⁰¹ Ayırım için bkz. Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, 48; Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 41; Esener ve Gündoğdu, 31-33; Hatemi ve Gökyayla, § 4, N. 9; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 3; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 138 vd.; Müller, Art. 1, N. 227 vd.; von Tuhr, 289, 290.

⁸⁰² Flume, *Rechtsgeschäft*, 622 vd.; Kocağa, 78; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 3; Kramer, *MüKo*, § 155, N. 2; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 141; Müller, Art. 1, N. 231; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 369 vd..

⁸⁰³ Görünüşte uyuşma hakkında bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 145; Müller, Art. 1, N. 235-238; Rolf Raiser, “Schadenshaftung bei verstecktem Dissens”, *AcP* Bd. 127 (Neue Folge Bd. 7) (1927): 9.

örtüştüğüne göre ise, tam ve kısmî sıfatlarıyla betimlenmektedir⁸⁰⁴. İrade açıklamaları birbirine kısmen uygun, kısmen ise birbirinden farklı olduğunda böyle bir durumu nitelendirmek için kısmî uyuşma ya da kısmî uyuşmama (*Teildissens, Partialdissens*) kavramlarına başvurulmaktadır. Tam uyuşmada her iki irade açıklamasının anlamı birbiriyle tamamıyla aynı; tam uyuşmamada (*Totaldissens*) ise irade açıklamalarının anlamı birbirinden bütünüyle farklıdır. Öte yandan bu ayrıma benzer bir sınıflandırma çabası, esaslı uyuşmama (*wesentlicher Dissens*) - esaslı olmayan uyuşmama (*unwesentlicher Dissens*) kategorilerine⁸⁰⁵ hayat vermiştir. Objektif ve sübjektif esaslı noktalar bakımından tam bir uygunluğun mevcut olmadığı ve böylece bir sözleşmenin meydana gelmemesi sonucunu doğuran uyuşmama hâli esaslı uyuşmamayı; esaslı noktalarda uyuşma sağlanmakla birlikte tarafların irade açıklamalarının ikinci derecedeki noktalarda birbirinden ayrıldığı ihtimal ise esaslı olmayan uyuşmamayı ifade etmektedir. Bu ikinci tür uyuşmamada, yukarıda da belirttiğimiz üzere, TBK m. 2/T'in kıyasen uygulanmasıyla sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılır; meğerki taraflardan biri üzerinde uygunluğun sağlanamadığı noktanın sübjektif esaslı niteliğini ispat edebilsin.

Nihayet bir diğer ayırım⁸⁰⁶, uyuşmamayı gerçek ve gerçek olmayan uyuşmama şeklinde iki grupta ele almaktadır. Gerçek uyuşmama (*eigentlicher Dissens*) kavramıyla, tarafların irade açıklamalarının her ikisinin de üzerinde uyuşulması gereken noktalara ilişkin düzenleme içermesi, ancak bu düzenlemelerin birbiriyle uygunluk içinde olmaması ihtimali karşılanmaktadır. Gerçek olmayan uyuşmadan (*uneigentlicher Dissens*) ise, tarafların, irade açıklamalarında, üzerinde uyuşma sağlanması şart olan noktalara ilişkin doğrudan ya da dolaylı herhangi bir belirlemeye yer vermemiş bulunmaları hâlinde bahsedilir. Bu ikinci durumda, irade açıklamaları içerik itibarıyla birbirine uygun olsa dahi, uygunluk, esaslı noktaların tamamını kapsamına almadığı için, bir sözleşmeye varlık kazandırmaya yetmez. Diğer bir ifadeyle burada mevcut, ancak yetersiz bir uygunluktan söz edilmektedir.

⁸⁰⁴ Ayırım için bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 325; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, N. 3; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 137, 152 vd.; Müller, Art. 1, N. 225, 242 vd.; Schwenger, AT, N. 29.07.

⁸⁰⁵ Ayırım için bkz. Bucher OR AT, 145; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 326; Koller, § 6, N. 47 vd.; Müller, Art. 1, N. 223, 244 vd..

⁸⁰⁶ Ayırım için bkz. Koller, § 6, N. 8, 9. Bir başka görüş ise, gerçek uyuşmama ve gerçek olmayan uyuşmama ayırımını esaslı uyuşmama ve esaslı olmayan uyuşmama ile eş anlamlı olarak ele almaktadır. Bu yönde bkz. Bucher, BSK, Art. 1, N. 42, 43; Bucher OR AT, 145; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 326; Kocaağa, 78, 79; Müller, Art. 1, N. 223.

§ 11. YORUM YÖNTEMLERİ

I. GENEL OLARAK

Yorumun yönteminden bahsedildiğinde, bundan yorum faaliyetinin gerçekleştirilme şekli anlaşılır. Bu bağlamda irade açıklamalarının yorumunda yöntem, hâkimin önüne gelen irade açıklamalarını anlamlandırırken izleyeceği yoldan ibarettir. Bu yol bilhassa, yorumun amacını, konusunu ve yorumlama esnasında kullanılacak araçları kapsamına alır.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu irade açıklamalarının yorumlanmasında uygulanacak yöntem ya da yöntemleri açıkça düzenlememişse de, Kanun'un sözleşmenin kurulması ve yorumuyla bağlantılı olarak sevk ettiği düzenlemeler, bu konuda net çıkarımlar yapmaya imkân tanımaktadır. TBK m. 1/I ve TBK m. 19/I düzenlemelerinin amaçsal - sistematik yorumu bahsinde daha önce ortaya koyduğumuz⁸⁰⁷ üzere, doktrinde bu yönde sergilenen çabalara rağmen, Türk kanun koyucusunun sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin olarak benimsediği yaklaşımın tek bir yöntemle açıklanması mümkün görünmemektedir. Nitekim TBK m. 1/I'de, birbirine uygun iradeler yerine iradelerin birbirine uygun biçimde açıklanmasından söz etmek suretiyle objektif temelli bir yorum yöntemine cevaz verildiği doğrudur. Bu yöntem, TBK m. 1/I'in, amaçsal arka planını oluşturan, işlem güvenliğinin nispî olarak korunması, yani haklı güvenin korunması ilkesi doğrultusunda ve TBK m. 19/I ile birlikte yorumlanması neticesinde, objektif - somut yorum yöntemi olarak tespit edilir. Bahsedilen yorum yöntemi, irade açıklamasının, somut muhatabının bildiği ve bilebileceği şartlar çerçevesinde, özenli bir değerlendirme neticesinde bu açıklamaya vermesi gereken anlama belirleyicilik atfedilmesi esasına dayanır. Fakat TBK m. 19/I, teleolojik temelini oluşturan irade özerkliği ilkesi ışığında değerlendirildiğinde, maddî hukuk anlamında uyuşan iradelerin, objektif esaslara dayanan her türlü yorum sonucuna nazaran öncelikli olduğunu ifade eden bir hüküm vasfını elde etmektedir. Hükümde ortaya koyulan bu değerlendirme, açıklama sahibinin gerçek iradesi muhatapça hiçbir şekilde bilinebilir olmasa dahi, bir şekilde, bilhassa tesadüfen ya da tahmin yoluyla tarafların iradeleri arasında bir birlik meydana gelmişse, sözleşmenin bu ortak anlam üzerinden kurulduğunun kabulünü gerekli kılar. Objektif - somut yorum yöntemi aracılığıyla elde edilemeyen bu anlama ulaşılması, sübjektif yorum yöntemi adı altında, irade açıklamasının açıklamada bulunanın iradesi doğrultusunda anlamlandırılması temeline dayanan bir yöntemin de benimsenmesini zorunlu hâle getirmektedir. Tüm bu

⁸⁰⁷ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, B, 3.

anlatılanlar ışığında yorum yöntemleri, objektif - somut yöntem ve sübjektif yöntem adı altında iki başlıkta ele alınmalıdır.

Yorum yöntemlerini incelemeye geçmeden önce belirtilmelidir ki, bahsi geçen yöntemlerin kanunî dayanakları, çalışmamızın ikinci bölümünde, kanun hükümlerinin sistematik analizi sırasında⁸⁰⁸ detaylıca incelenmiş ve açıklanmıştır. Bu başlık içinde yapılacak açıklamalarda söz konusu kanunî dayanaklar tekrar ve etraflıca ele alınmayacak; sadece Kanun'dan elde edilen yönetsel bulguların daha sistematik bir biçimde ve içerikleri itibarıyla açıklanıp detaylandırılarak ortaya koyulması yoluna gidilecektir.

II. OBJEKTİF - SOMUT YORUM YÖNTEMİ

A. Genel Olarak

Objektif - somut yorum yöntemi, kanunî temelini öncelikli olarak TBK m. 1/I düzenlemesinde bulmaktadır. Anılan düzenlemenin sözleşmenin kurulması için gerekli uygunluğu iradeler değil, iradelerin açıklanışı arasında araması, açıklamada yanılma durumunda, yani irade ile açıklama arasında bir uyum bulunmadığında dahi sözleşmenin kurulmasına izin veren TBK m. 30/I ışığında, bilinçli bir tercih olarak görülmelidir⁸⁰⁹. Bu tercihle kanun koyucu, işlem güvenliğinin korunması ilkesini gerçekleştirmek adına, taraf iradeleri birbiriyle uyuşmadığında dahi bir sözleşmenin meydana gelmesine kapı aralamıştır. TBK m. 19/I'in uyuşan iradelere tanıdığı mutlak öncelik, TBK m. 1/I'de işlem güvenliğinin mutlak biçimde değil, nispî olarak, yani haklı güvenin korunması şeklinde tezahür ettiği sonucunu gün yüzüne çıkarmaktadır. Açıklama muhatabının haklı güveninden, ancak açıklamayı anlamlandırırken üzerine düşen tüm dikkat ve özeni sergilemesi hâlinde söz edilebileceğinde tereddüt yoktur. Bu ekseninde haklı güveni korumaya çalışan bir yorum yöntemi çerçevesinde araştırılması gereken, somut olaydaki açıklama muhatabının, dikkatli ve özenli bir değerlendirme neticesinde açıklamaya vermek durumunda olduğu anlamdır. İşte objektif - somut yorum yönteminin açığa çıkarmaya yöneldiği yorum sonucu, bu anlamdan ibarettir. Yöntemin objektif olması, tarafların her ikisinin sübjektif süreçlerinden uzak bir biçimde, açıklamayı oluşturan kelime ya da davranışlara atfedilmesi gereken içeriğe yönelmesini ifade etmektedir. Somut kavramıyla kastedilen ise, açıklamanın herhangi bir üçüncü kişinin gözünden değil, somut olaydaki muhatabın bilgi ve beceriler gözetilerek,

⁸⁰⁸ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, özellikle § 6, II, B, 3.

⁸⁰⁹ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 2; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 318, 350; Guhl, 159, 160; Guhl, Merz ve Kummer, 90, 91; Honsell, "Willenstheorie", 338, 350; Lange, 8; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 130; Oftinger, "Auslegung", 193; Oser ve Schönenberger, Art. 1, N. 36, 37, 48; von Tuhr, 280.

onun perspektifinden anlamlandırılmasıdır.

B. Uygulama Alanı

Objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanından söz edildiğinde bundan, bahis konusu yöntemle ulaşılan sonucun ne zaman belirleyici kabul edileceği, diğer bir ifadeyle objektif - somut yorum yöntemiyle ulaşılan anlamın hangi durumlarda yorum sonucunu belirleyeceği anlaşılmalıdır. Anılan yöntemin uygulama alanının tespitinde ilk sırada belirleyici nitelik taşıyan düzenlemeyi, TBK m. 19/I oluşturur. TBK m. 19/I'de, uyuşan iradelerin bundan farklılaşan her türlü objektif yorum sonucuna üstün tutulması, kanun koyucunun sözleşmenin kurulmasının olağan ve arzulanan biçimini iradelerin birbiriyle uyuşması olarak gördüğüne işaret etmektedir. Böylece yorumun öncelikli hedefi, uyuşan iradelere ulaşmak olarak belirlenir. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta aksi ispatlanmadığı sürece normal durumdan, yani irade ile açıklama arasında uygunluğun mevcudiyetinden⁸¹⁰ hareket etmelidir. Normal durumda irade, açıklamanın içine yerleştirilerek muhataba aksettirilir. Bu açıklama, açıklama sahibi tarafından, somut muhatap tarafından anlaşılma beklentisiyle ve onun anlayabileceği şekilde teşekkül ettirilir. Bu çerçevede, somut muhatap, kendisinden beklenen özeni göstererek açıklamayı anlamlandırdığında, açıklama sahibinin iradesine ulaşmış olur. İşte bu anlama ulaşma hedefinde olan objektif - somut yorum yöntemi, zikredilen gerekçelerle, sözleşmenin kurulup kurulmadığını araştırırken irade açıklamalarını yorumlayacak olan hâkimin kural olarak başvuracağı yöntemi oluşturmaktadır⁸¹¹. Diğer bir ifadeyle hâkimin kural olarak belirleyici kabul etmesi gereken yorum sonucu, objektif - somut yöntemle tespit edilen anlamdır⁸¹².

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında objektif - somut yorum sonucuna belirleyicilik tanınacağı yönündeki kuralın üç istisnası vardır. Bu üç hâlde, anılan yöntemle tespit edilen anlama tanınan belirleyicilik bertaraf edilir ve sübjektif yorum yönteminin uygulama alanına girilir. Söz konusu hâllerden ilki, tarafların iradelerinin, objektif - somut yorum yoluyla tespit edilen yorum sonucundan farklı bir anlam üzerinden uyuştugu ihtimaldir. TBK m. 19/I çerçevesinde uyuşan iradelerin bundan farklılaşan her türlü objektif yorum sonucuna öncelikli kabul edilmesi, bu istisnanın kanunî dayanağını oluşturur. Hâkim, objektif - somut yorum sonucunu belirledikten sonra, dosyada yer alan

⁸¹⁰ von Savigny, 258.

⁸¹¹ Objektif - somut yorum yoluyla ulaşılan anlamın açıklama sahibinin gerçek iradesine uygun olduğu yönünde bir karinenin mevcudiyetinden hareket eden aynı doğrultuda görüş için bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 358. Ayrıca karşı. BGer 5A_914/2013 vom 4. April 2014, Erw. 2.1.

⁸¹² Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 317, 358.

verilerden her iki tarafın iradesinin de bu sonuçtan farklılaştığına ve bu iradeler arasında bir uygunluk mevcut olduğuna hükmederse, artık sahne sübjektif yorum yöntemine bırakılır ve sübjektif yorum sonucuna, yani tarafların uyuşan iradelerine belirleyicilik atfedilir.

Objektif - somut yorum yönteminin uygulanması kuralının ikinci istisnası ise, TBK m. 1/I'in TBK m. 19/I ile birlikte gerçekleştirilen amaçsal - sistematik yorumundan çıkarılmaktadır⁸¹³. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 19/I'de uyuşan iradelerin varlığında her türlü objektif yorum sonucunun bertaraf edilmesi, TBK m. 1/I'in işlem güvenliğinin korunmasına, mutlak olarak değil, nispi biçimde, yani haklı güvenin korunması suretiyle hizmet ettiğini gözler önüne sermektedir. Bu çerçevede, TBK m. 1/I ile sağlanan, taraf iradeleri arasında bir uygunluk bulunmamasına rağmen sözleşmenin meydana gelmesi imkânı, ancak muhatabın haklı güvenini korunmak amacıyla ve bu güvenin mevcudiyetinde doğar. Daha açık bir ifadeyle, açıklama sahibinin iradesinin objektif - somut yorum sonucundan farklılaştığı durumda objektif - somut yorum sonucuna belirleyicilik tanınması, ancak muhatabın haklı güveninin varlığında gündeme gelebilir. Dolayısıyla, açıklama sahibi yönünden patolojik durum gerçekleştiğinde, yani irade ile açıklama arasında bir uygunsuzluk söz konusu olduğunda, muhatabın korunmaya değer bir güveninin⁸¹⁴ bulunmaması, objektif - somut yorum yönteminin saf dışı kaldığı bir diğer ihtimali oluşturmaktadır. Bu bağlamda, muhatabın, üzerine düşen yorum özenini göstermemesi ve böylece somut olayda açıklamaya vermesi gerekenden başka bir anlam yüklemesi hâlinde, artık muhatabın fiilen haklı bir güven duyduğundan söz edilemeyeceği için objektif - somut yorum yöntemi uygulanmaz⁸¹⁵. Bunun en tipik örneği, her iki tarafın da, açıklamaya objektif - somut yorum sonucundan farklı bir anlam vermesi, diğer bir ifadeyle bu anlamla ve birbiriyle uyuşmayan iç iradelere sahip olması ihtimalidir. Anılan ihtimalde yine sübjektif yorum yönteminin uygulanmasıyla sözleşmenin kurulmadığına hükmedilmesi icap etmektedir⁸¹⁶. Fakat bu gibi durumlarda dahi olağan durumdan hareketle, muhatabın üzerine düşen yorum özenini göstermiş ve açıklamayı objektif - somut yorum sonucuyla aynı

⁸¹³ Karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 24; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 10-12.

⁸¹⁴ Bu haklı güven, irade açıklamasının hüküm ve sonuç doğurma anı olan muhataba varma anında mevcut olmalıdır. Zira muhatap, karşı açıklamasını, kendisine yöneltilen açıklamaya bu anda verdiği anlama göre şekillendirmektedir. Fakat Alman doktrininde yakın tarihli bir eserde, güvenin açıklamanın muhataba varmasından sonraki bir tarihte mevcut olmasının ya da ortadan kalkmasının da önem arz ettiği ve yorum sonucunun bu şekilde sonradan değişebileceği yönünde bir görüşe de rastlanmaktadır. Bu yönde bkz. Mittelstädt, 115 vd., 298 vd..

⁸¹⁵ Aynı doğrultuda bkz. ve karş. Bydlinski, "Grundlagen", 15; Bydlinski, *Privatautonomie*, 38; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 42; Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 233, dn. 19.

⁸¹⁶ Aynı doğrultuda bkz. ve karş. Eren, N. 421; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 220; Koller, § 3, N. 161.

doğrultuda anlamlandırmış olduğu karineten kabul edilmelidir⁸¹⁷. Açıklama sahibi, bu durumun aksini ispatlamak, yani muhatabın farklı bir iradeye sahip olduğunu sabit kılmak suretiyle bu karineyi çürütebilir.

Benzer şekilde, objektif - somut yorum yöntemi uygulandığında açıklamanın anlamının yeterince belirlilik kazanmadığı ve tek bir anlama ulaşmanın mümkün olmadığı ihtimallerde, yine muhatabın haklı güven duyabileceği bir anlamdan ve dolayısıyla korunmaya değer bir güveninden bahsedilemeyeceğinden, bu yöntem başarısız olmuş sayılır⁸¹⁸. Geriye başvurulabilecek tek seçenek olarak sübjektif yorum yöntemi kalır. Bu tür ihtimaller arasında, açıklamada bulunanın açıklamada yanılmasının muhatap tarafından fark edilmesi ya da fark edilebilir olması (*der erkennbare Erklärungsirrtum*) hâli zikredilebilir⁸¹⁹. Aynı durum, açıklama sahibinin kullanımına hâkim olmadığı bir dilde yaptığı irade açıklamaları bağlamında⁸²⁰, bu dil yetersizliğinin muhatapça bilindiği ya da bilinebilir olduğu olasılık için de geçerlidir⁸²¹. Yine, okunmadan imzalanan belgede muhatabın, açıklama sahibi tarafından imzalanan metnin açıklama sahibinin tasavvurlarına uymadığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi ihtimalinin yanı sıra; muhatabın, belgeyi açığa imza atan kişinin iradesine aykırı şekilde doldurduğunu bilmesi veya bilmek durumunda olması ihtimallerinde de, muhatabın korunmaya değer güveninden söz edilemeyeceği için varılacak sonuç aynıdır⁸²².

Fakat açıklama sahibi, kullandığı kelimelerin ya da sergilediği davranışların objektif - genel anlamı itibarıyla iradesine uymayan bir açıklamada bulunmuş olsa dahi, açıklama sahibinin gerçek iradesi muhatapça bilinebilir nitelik arz ediyorsa, artık objektif - somut yorum sonucunu bu gerçek irade belirler. Dolayısıyla burada açıklama sahibinin iradesi ile açıklamanın objektif - somut anlamı arasında bir uygunsuzluk mevcut olmadığı için, onun yönünden patolojik bir durum gündeme gelmez. Böyle bir durumda özellikle açıklamada

⁸¹⁷ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Bydlinski, “Grundlagen”, 15.

⁸¹⁸ Sözleşmenin yorumu bağlamında bu tür ihtimallerin yorumun başarısız olması (*Misserfolg der Auslegung*) şeklinde nitelendirilişi için ayrıca bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 316; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 326; Kaplan, 424. Ayrıca karşı. Larenz ve Wolf, § 28, N. 65; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 19, 23.

⁸¹⁹ Muhatapça fark edilebilir olan açıklamada yanılmanın sözleşmenin kurulmasına olan etkisi hakkında bilgi ve aynı doğrultuda görüş için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 148, 149; Müller, Art. 1, N. 239-241.

⁸²⁰ Yabancı dilde yapılan açıklamaların akıbeti hakkında bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 12, II, D.

⁸²¹ Muhatapça bilinebilir olan açıklamada yanılma ve yabancı dilde yapılan irade açıklamaları bağlamında sözleşmenin kurulup kurulmadığının nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 14, I, A.

⁸²² Kanişlı, 341, 342, 349; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 36, N. 55, 59; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 120.

yanılmadan söz edilemeyeceğinde tereddüt yoktur⁸²³. Patolojik durumun yokluğunda, muhatabın açıklamayı ne şekilde anlamlandırdığına bakılmaksızın, objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanında kalınır ve bu yöntemle bulunan sonuca belirleyicilik tanınır. Benzer şekilde, açıklama sahibinin herhangi bir surette bir irade açıklamasında bulunmak istemediğinin muhatap tarafından bilinebilir nitelik arz ettiği durumda da, yine objektif - somut yorum yöntemi uygulanır ve irade açıklamasının yokluğu yorum sonucu olarak tespit edilir. Bu son duruma örnek olarak, şaka açıklaması (*Scherzerklärung*) durumunda açıklamanın ciddi olmadığını muhatapça fark edildiği ya da fark edilebilir olduğu ihtimal gösterilebilir⁸²⁴.

Diğer yandan, açıklamanın açıklama sahibi tarafından, bilinçli olarak iradesine aykırı bir biçimde teşekkül ettirilmesinin, muhatap yönünden güvenin haklılığına hükmedilmesi için sergilenmesi beklenen özenin derecesini düşürdüğü kabul edilmelidir. Bu durumun en güzel örneğini oluşturan zihnî kayıta, bilinçli olarak iradesinden aykırı bir açıklama ortaya koyan kimsenin muhatabının, artık açıklama sahibinin gerçek iradesine ulaşmak için bir emek ve çaba gösterilmesi beklenmemelidir. Buradan hareketle, zihnî kayıt bakımından muhatabın, açıklamada bulunanın irade açıklamasını aslında istemediğini bilmesi dışındaki tüm diğer ihtimallerde, onun açıklamanın mevcudiyetine ve geçerliliğine olan haklı güveni korunur⁸²⁵. Diğer bir ifadeyle böyle bir durumda muhatap tarafından özen gösterilmiş olsaydı bu durumun bilinebilecek olması, haklı güvenin korunmasının önünde engel teşkil etmez⁸²⁶.

⁸²³ Aynı doğrultuda bkz. Eren, N. 1214.

⁸²⁴ Bkz. Eren, N. 1082; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 34, N. 4; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 55; Müller, Art. 1, N. 179; Schwenger, *AT*, 30.03.

⁸²⁵ Burada savunduğumuz görüş, Alman kanun koyucusu tarafından BGB § 116'da benimsenen yaklaşımla aynıdır. Nitekim BGB § 116'nın ilk cümlesinde zihnî kayıt hâlinde irade açıklamasının geçersiz olmayacağı düzenlenmiş; ikinci cümlede ise muhatabın zihnî kaydı bildiği hâllerde geçersizliğin gündeme geleceğinden söz edilmiştir. Fakat doktrinde kanun koyucunun bu yaklaşımının eleştiriye tâbi tutulduğu ve zihnî kayıt hâlinde irade açıklamasının her halükârda geçerli olması gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Bydlinski, *Privatautonomie*, 113; Kramer, *MüKo*, § 116, N. 10; Larenz, *Auslegung*, 88, 89. BGB § 116'nın isabetli bir düzenleme olduğu yönünde bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 403; Larenz ve Wolf, § 35, N. 9; Singer, *Selbstbestimmung*, 204; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 116, N. 1.

⁸²⁶ Aynı yönde bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Bası* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), 185; Flume, *Rechtsgeschäft*, 403; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 34, N. 3; Larenz ve Wolf, § 35, N. 9; Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Thèse (Genève, 1953), 231, 232; Singer, *Selbstbestimmung*, 204; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 116, N. 1; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 424, 425. Zihnî kaydın, muhatapça bilinsin ya da bilinmesin, irade açıklamasını geçersiz kılmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Bydlinski, *Privatautonomie*, 113; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 835; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 93; Kurt Klausberger, *Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989), 95; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N.

Objektif - somut yorum yönteminin uygulanacağı yönündeki kuralın üçüncü ve son istisnası, muhatabın açıklamanın objektif - somut anlamına duyduğu haklı bir güven mevcut olmasına rağmen, bu açıklamanın, görünüşteki açıklama sahibine isnat edilememesidir. Bu ihtimal sadece, görünüşteki açıklama sahibinin açıklamanın oluşturulması ve gerçekleştirilmesi sürecine hiçbir şekilde dahilinin bulunmadığı irade açıklamaları bakımından söz konusudur. Bu kapsama, kasten, ihmalen ya da kusursuz biçimde, bir başkası tarafından, görünüşteki açıklama sahibi tarafından yapıldığı görüntüsü yaratılan açıklamalar girer. Burada da objektif - somut yorum sonucu bertaraf olmakta ve sübjektif yorum yönteminden faydalanma gereği doğmaktadır.

Görüldüğü üzere objektif - somut yorum yönteminin sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından normal durumdan hareketle taşıdığı kural niteliği, normal durumun ortadan kalkması ve taraflardan birinin ya da her ikisinin birden iradesi ile açıklaması arasında bir uygunsuzluğun mevcut olması ihtimalinde kaybolmaktadır. Bu tür patolojik ihimallerde objektif - somut yorum yöntemi, ancak muhatabın korunmaya değer bir güveninin mevcut olduğu sınırlar içinde uygulama alanı bulmakta; diğer hâllerde yerini sübjektif yorum yöntemine bırakmaktadır. Isnat edilebilirlikten söz edilemeyecek olan, açıklamanın hiçbir surette görünüşteki açıklama sahibiyle bağlantılandırılmaması ise, korunmaya değer güvenin mevcudiyetinde dahi objektif - somut yorum sonucunun etkisiz kaldığı ihtimali oluşturmaktadır.

C. Yorumun Konusu

Yorumun konusu ibaresiyle kastedilen, yorumlanacak şeyin ne olduğu, neyin anlamının araştırılması gerektiğidir. Bu sorulara bir cevap üretebilmek için, öncelikle yargılama sürecinde yorumun geçirdiği aşamaları incelemekte fayda vardır. Yargılama sürecinde irade açıklamalarının yorumlanması, iki aşamada gerçekleşir. İlk aşama, yorum için bir tür hazırlık süreci olarak da değerlendirilebilecek olan, açıklama vakiasının (*Erklärungstatbestand*) tespitidir. Açıklama vakiası kavramı, hem açıklama eylemini (*Erklärungsakt*) hem de bu eylemin içeriği hakkında bir çıkarımda bulunulmasında yardımcı olan, somut olayın şartları gibi hususları kapsamına alır⁸²⁷. Bunlardan açıklamada bulunanın iradesini nihaî olarak açıklamak amacıyla ortaya koyduğu ya da dış görünüşü itibarıyla bir

54, Art. 18, N. 107. Zihni kaydın muhatapça bilinmesinin yanı sıra bilinebilir olması ihtimalinde de irade açıklamasının hüküm ve sonuç doğurmayacağı yönünde ise bkz. Eren, N. 1085; Esener ve Gündoğdu, 94.
⁸²⁷ Hefermehl, § 133, N. 9; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 8.

irade açıklaması teşkil eden açıklama eylemi⁸²⁸ yorumun konusunu oluştururken⁸²⁹; anlam araştırmasında yardımcı olan hususlar yorum araçları olarak nitelendirilir. TBK m. 1/II'de açıkça belirtildiği üzere irade açıklaması açık ya da örtülü nitelik arz edebileceğinden, yorumun konusunu oluşturan açıklama eyleminin kelimelerden, jestlerden, irade faaliyeti gibi aktif davranışlardan ve hatta susma şeklindeki pasif davranışlardan oluşması⁸³⁰ mümkündür⁸³¹. Objektif - somut yorum yöntemi, objektif niteliği itibarıyla açıklanan iradeye ulaşmak için açıklamanın anlamının açığa çıkarılmasına yöneldiğinden, bu yöntem çerçevesinde yorumun konusunun yukarıdaki gibi, iradenin dışa vurulması amacıyla kullanılan kelimeler ya da sergilenen davranışlardan ibaret olduğunda tereddüt duyulmamalıdır.

Sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların birbirlerine karşı öneri ya da öneriye çağırma niteliği taşıyan çok sayıda beyanda bulunmaları mümkündür. Bu ihtimalde, yorumun konusunu, bu beyanlardan sadece iradenin nihaî olarak dışa vurulmasına hizmet eden oluşturduğuna dikkat edilmelidir. Bunun dışındaki açıklamalar, ancak kurulan sözleşmenin tarihçesini oluşturması hasebiyle asıl açıklamanın anlamlandırılmasında yardımcı görev üstlenen birer yorum aracından ibarettir.

D. Yorumun Hedefi

Objektif - somut yorum bağlamında yorumun hedefi, irade açıklamasının somut olaydaki muhatabının, üzerine düşen tüm yorum özenini (*Auslegungssorgfalt*) göstermek suretiyle açıklamaya vereceği anlamın⁸³² açığa çıkarılmasıdır⁸³³. Yorum özeni kavramıyla

⁸²⁸ Açıklama fiili yerine açıklama olayı (*Erklärungsvorgang*) kavramının kullanıldığına da rastlanmaktadır. Bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 299; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 310; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 27, 241.

⁸²⁹ Larenz ve Wolf, § 28, N. 19, 21 vd.; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 8. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. ve karşı. Stehle, 260; Wiegand, Art. 18, N. 10. Yorumun konusunu lafzın (*Wortlaut*) oluşturduğu şekilde ifade etmekle birlikte, özü itibarıyla benzer görüşte bkz. Honsell, "Willenstheorie", 348, 350; Müller, Art. 18, N. 104, 130.

⁸³⁰ Örtülü irade açıklamaları hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, N. 367 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 181, 182; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 3 vd.; Koller, § 3, N. 118 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 9 vd.; Müller, Art. 1, N. 38 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 42, 43.

⁸³¹ Biehl, 197; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 299, 300; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 310, 311; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 8.

⁸³² Yarg. 11. HD, E. 1997/10396, K. 1998/1278, T. 2.3.1998: "Sözleşmelerin yorumunda da kabul edilen teori güven prensibidir. Beyan muhatabının fiilen o beyanı nasıl anladığına ya da kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları objektif iyiniyet kurallarınca değerlendirerek nasıl anlaması gerektiğine bakılması icap eder ki, bu güven ilkesinin bir sonucudur" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸³³ Bkz. ve karşı. Arnold, § 133, N. 19; Bork, *Allgemeiner Teil*, N. 527, 549; Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 6; Bucher, *OR AT*, 122; Ellenberger, § 133, N. 9; Peter Gauch, "Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge", *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert - Symposium zum Schweizerischen Privatrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2001), 211; Hausheer ve Aebi-Müller, *BK*, Art. 2, N. 101; Hefermehl, § 133, N. 14; Honsell, "Willenstheorie", 337; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 356, 360; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 102; Merz, *BK*, Art. 2, N. 123;

kastedilen, somut muhatabın, kendisine yöneltilen açıklamayı, açıklamaya eşlik eden ve kendisince bilinen ya da bilinebilir olan tüm şartlarla birlikte dikkatle değerlendirmesi ve bu suretle açıklamaya doğru bir anlam vermek için çabalamasıdır⁸³⁴. Gösterilmesi gereken özenin ölçüsü herhangi bir üçüncü kişiye göre değil, somut muhataba, onun idrak ve anlayış olanaklarına göre tayin edilir⁸³⁵. Dolayısıyla hâkim, bu yorum yöntemini uygularken bir anlamda somut muhatabın yerine geçmekte, özenli bir muhatap kimliğine bürünerek, onun gözünden açıklamanın anlamını araştırmaktadır⁸³⁶.

İrade açıklamasının objektif - somut anlamının açığa çıkarılmasında belirleyici nitelik taşıyan an, açıklamanın hüküm ve sonuç doğuracağı andır. Gerek öneri gerekse kabul varması gereken irade açıklamaları olduğu için, bunların hüküm ve sonuç ifade edeceği an, varması gereken irade açıklamalarının hüküm ve sonuç doğurması anına göre belirlenir. Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim görüş⁸³⁷ bu hususta, bilhassa TBK m. 3/II (“Kabul bu süre içinde kendisine ulaşmazsa ...”), TBK m. 5/III (“Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ...”) ve TBK m. 10/I’den (“Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşmış ...”) tümevarım yoluyla yaptığı çıkarımla, varma ya da ulaşma anına işaret etmektedir. Varma teorisi olarak adlandırılan bu teori ışığında, öneri ve kabulün her birinin yorumlanmasında belirleyici kabul edilen, muhataplarına varma, diğer bir ifadeyle muhataplarının hâkimiyet alanına ulaşma anındaki yorum materyali çerçevesinde tespit edilecek anlamdır⁸³⁸. Muhatabın yorumda göstermesi gereken yorum özeni çerçevesinde göz önünde bulundurması gereken şartlar, muhatapça bahis konusu anda bilinen ya da bilinebilir olan şartlardan ibarettir. Hâkim de, önüne gelen uyuşmazlıkta, muhatabın gözünden yapacağı objektif - somut yorumda dikkate alacağı şartları, bu anı ölçüt olarak sınırlandırır ve bu andan sonra muhatabın bilgisine ulaşan şartları ya da tarafların bu andan sonraki davranışlarını göz ardı eder⁸³⁹. Zira objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde belirleyici

Mittelstädt, 35 vd.; Müller, Art. 18, N. 61; Oftinger, “Auslegung”, 185 vd.; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 18; Wiegand, Art. 18, N. 11; BGE 132 III 626, 632; BGE 129 III 702, 707.

⁸³⁴ Larenz ve Wolf, § 28, N. 16.

⁸³⁵ Larenz ve Wolf, § 28, N. 16.

⁸³⁶ Karş. Schöenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 195.

⁸³⁷ Bu yönde bkz. Eren, N. 384 vd.; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 195 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 82-85; von Tuhr ve Peter, 167 vd.. Ayrıca karşı. Bucher, *OR AT*, 139, 140.

⁸³⁸ Busche, § 133, N. 5; Hefermehl, § 133, N. 26; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 360; Schöenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 195; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 50; Vogenauer, §§ 133, 157, N. 53; BGer 4C.219/2004 vom 25. Oktober 2004, Erw. 2.1; BGE 129 III 675, 680; BGE 125 III 263, 268.

⁸³⁹ Fakat sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışların, sözleşmenin değiştirildiği veya yeni bir sözleşmenin kurulduğu anlamına gelebileceği unutulmamalıdır. Bkz. ve karşı. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319; Oftinger, “Auslegung”, 195; Oser ve Schöenberger, Art. 18, N. 2.

olan, muhatabın açıklama kendisine ulaştığında buna verdiği anlamdır⁸⁴⁰. Muhatabın, karşı açıklamasını bu anlam üzerinden, buna bağlı olarak gerçekleştirdiği göz önünde bulundurulduğunda, bu durum son derece anlaşılabilir ve doğal nitelik arz etmektedir.

Objektif - somut yorum yönteminde yorumun hedefine ilişkin olarak özellikle soru işareti uyandırabilecek ve üzerinde durulmayı hak eden üç konu mevcuttur. Bunlardan ilki, muhatabın idrak ya da değerlendirme yeteneğindeki, açıklama sahibi tarafından bilinebilir olmayan zayıflıkların etkisidir. Kanaatimizce, böyle bir zayıflık, dikkatsizlik ya da özensizlik olarak değerlendirilemediği sürece, açıklamayı somut muhatabın gözünden anlamlandırmanın önünde bir engel teşkil etmez. Bu bağlamda, örneğin teknik bilgi gerektiren bir konuda, bu bilgiye sahip olan bir satıcının irade açıklamasının muhatabının söz konusu teknik bilgiden yoksun bir kimsenin, özellikle tüketicilerin oluşturduğu ihtimalde anlam, tüketicinin sahip olduğu idrak ve değerlendirme yeteneği esas alınarak tespit edilmelidir. Bu çalışmada savunulan görüş uyarınca objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde, görünüşteki açıklama sahibinin iradenin açıklanması süreciyle herhangi bir fiili bağlantısının bulunmadığı hâller istisna kalmak üzere, açıklama sahibi yönünden ayrıca bir isnat edilebilirlik araştırması yapılmaz. Bu nedenle, açıklamanın muhatabın gözünden ifade ettiği anlamın açıklama sahibi tarafından öngörülebilir olup olmadığının önemi yoktur.

Yukarıda zikrettiğimiz sorunun bir başka tezahürü, açıklama sahibinin iradesini açıklarken kullandığı dilin muhatap yönünden, hâkim bulunmadığı bir yabancı dil teşkil etmesi ihtimalidir. Doktrinde açıklama sahibine aydınlatma yükümü yüklemeye ve ortaya çıkan dil rizikosunu (*Sprachrisiko*)⁸⁴¹ açıklamada bulunanın üzerinde bırakma yönünde bir görüşe⁸⁴² de rastlanmakla birlikte, kanaatimizce böyle bir ihtimalde dahi kendisine karşı

⁸⁴⁰ Aynı görüşte bkz. Antalya, N. 2599; Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötiye Kullanılması Yasağı*, 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 34; Busche, § 133, N. 5; Eren, N. 1464; Hefermehl, § 133, N. 26; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319, 361, 396; Sarıkaya, 273, 274; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 50; Vogenauer, §§ 133, 157, N. 53; Wiegand, Art. 18, N. 29; BGE 132 III 626, 632. Açıklamanın hüküm ve sonuç doğurmasından sonra sergilenen davranışların objektif yorum yöntemi çerçevesinde göz önünde bulundurulabileceği yönünde aksi görüş için bkz. Becker, Art. 18, N. 3, 4; Müller, Art. 18, N. 164, 166; Stehle, 260. Kanunun yorumundakine benzer bir düşünceyle sözleşmenin yorumunda da zaman içinde anlamın değişebileceği iddiasıyla yorumun yapıldığı ana belirleyicilik atfeden aksi yönde görüş için bkz. Zeller, *Auslegung*, 150.

⁸⁴¹ Dil rizikosunu kavramı ve konu hakkında geniş bilgi için bkz. Hans Dehler, *Die Zurechnung des Sprachrisikos bei Willenserklärungen* (Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2002), özellikle 293 vd.; Ulrich Jancke, *Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht* (München: Florentz, 1987), 1 vd.; Michael Kling, *Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr - Die wertende Verteilung sprachbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), özellikle 240 vd.; Maximilian Kummer, *Sprachprobleme und Sprachrisiken* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), 6-9, 37 vd..

⁸⁴² Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Jancke, 218 vd.; Jörg Neuner, "Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht", *NJW*, Heft 25 (2000): 1825.

yapılan irade açıklamasını doğru biçimde anlamlandırmak için⁸⁴³ çabalama külfeti, esas itibarıyla muhatap üzerindedir⁸⁴⁴. Zira muhatap, açıklama sahibine nazaran, irade açıklamasını anlama hususunda yeterli dil bilgisine sahip olup olmadığını daha iyi takdir edebilecek ve buna göre önlem alabilecek durumdadır⁸⁴⁵. Dolayısıyla o, böyle bir çaba kendisinden beklenebilir olduğu, yani çevirmenden yararlanmak ya da gerekli araştırmaları yapmak suretiyle, o açıklamanın teşekkül ettirildiği dile hâkim bulunan, kendisiyle aynı bilgi düzeyinde bir muhatapın verdiği anlamı ortaya çıkarabilecek durumda olduğu sürece, bu çabayı sarf etmelidir⁸⁴⁶. Bu çaba, muhatapın göstermesi gereken yorum özenine dâhildir. Böyle bir anlama ulaşmaması hâlinde muhatap gerekli soruları sorarak teyit almalı, bunu yapmadan bir karşı irade açıklamasında bulunma yoluna gitmemelidir. Özellikle açıklamanın dilinin resmî dil olarak kullanıldığı ülkede yapılan ya da açık veya örtülü bir anlaşmayla sözleşme dilinin açıklamanın yapıldığı dil olarak tespit edildiği sözleşmeler bakımından bu yargının isabetliliğinde şüphe yoktur⁸⁴⁷. Öyleyse objektif - somut anlam, bu hâlde dahi, muhatapın ilgili yabancı dile hâkim bir muhatap olsaydı açıklamaya vermek durumunda olduğu anlam şeklinde belirlenmelidir.

Fakat iradenin muhatap yönünden yabancı dil olarak kabul edilen bir dilde açıklanması ihtimalinde, açıklama sahibinin, muhatapının kullanılan dile tam olarak hâkim bulunmadığını bilmesi ya da bilebilecek durumda olması tamamen önemsiz de değildir. Bu ihtimalde açıklama sahibi, muhatap açıklamayı yanlış anlar ve kendisine onay içerikli bir karşı açıklamada bulunursa, bu karşı açıklamayı kendisi kastettiği gibi anlamlandırmakta ve bu anlama güven duymakta haklı görülmez⁸⁴⁸. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, A tarafından X anlamı kastedilmekle birlikte, beyanın muhatap B'nin dil yetersizliği nedeniyle B tarafından Y şeklinde anlamlandırılması ihtimalinde, dil rizikosu muhatap üzerinde olacağından, muhatap yönünden objektif - somut yorum sonucu X olarak tespit edilir. Burada artık A yönünden bir patolojik durum gündeme gelmeyeceği için, B'nin açıklamaya verdiği anlamın ne yönde olduğuna bakılmaksızın, objektif - somut yorum sonucu olan X'e

⁸⁴³ Alman doktrininde son dönemde gözlenen eğilim, dil rizikosunun paylaşılmasını bir yorum sorunundan ziyade, irade açıklamasının varması sorunu olarak görmektedir. Buna göre muhatapın, kendisine yöneltilen yabancı dilde bir açıklamayı anlaması beklenemezse, açıklama muhataba varmamış sayılır. Bu yönde bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 249, 250; Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 295, 296. Bunun bir varma sorunu değil, yorum sorunu olduğu yönünde aksi görüş için bkz. Neuner, "Körperbehinderter", 1825.

⁸⁴⁴ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Einsele, § 130, N. 31; Hefermehl, § 130, N. 8; Kling, 298, 299; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 119, N. 118.

⁸⁴⁵ Singer, *Staudingers Kommentar*, § 119, N. 18.

⁸⁴⁶ Bkz. ve karşı. Singer, *Staudingers Kommentar*, § 119, N. 18.

⁸⁴⁷ Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 296; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 119, N. 18; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 19.

⁸⁴⁸ Aynı doğrultuda bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, § 119, N. 18.

belirleyicilik tanınır. Fakat B'nin A'ya karşı yaptığı olası bir onay içerikli karşı açıklama yönünden, B'nin dil yetersizliğini bilen ya da bilebilecek durumda olan A'nın, açıklamayı X şeklinde anlamlandırmakta bir haklı güveninden söz edilemez. Haklı güven yokluğu burada da objektif - somut yorum yönteminin uygulanması ihtimalini bertaraf eder ve B'nin irade açıklaması Y olarak yorumlanır. Netice olarak uyuşma gerçekleşmez ve sözleşme meydana gelmez. Hâlbuki A, B'nin dil konusundaki yetersizliğini biliyor ya da bilebilecek durumda olmasa, karşı açıklamanın X anlamına geldiğine güven duymakta haklı addedilir ve sözleşme X anlamı üzerinden kurulmuş olur.

İkinci husus, somut muhatabın, açıklama sahibine ilişkin olarak, açıklama sahibinin muhatapça bilinmesini beklemediği birtakım bilgilere sahip bulunmasıdır⁸⁴⁹. Böyle bir durum, muhatabın, açıklama sahibinin öngöremeyeceği bir şekilde, açıklamayı açıklama sahibinin kastettiğinden farklı bir doğrultuda yorumlaması sonucunu doğurabilir. Örneğin açıklamada bulunan ortaklığın daha önce sözleşmelerini Avusturalya doları üzerinden yaptığından tesadüfi bir şekilde haberdar olan bir muhatap, ortaklığın merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nde olmasına rağmen, bu ortaklığın dolar kelimesini kullanarak yaptığı bir öneriyi Avusturalya doları olarak anlamlandırabilir. Bu hâlde varılması gereken sonuç, eğer muhatap kendi bildiği ve bilebileceği tüm hususları özenli bir biçimde değerlendirmek suretiyle açıklamayı Avusturalya doları üzerinden anlamlandırmaktaysa, yorum sonucu olarak Avusturya dolarının kabul edilmesidir⁸⁵⁰. Nitekim çalışmamızda savunulan görüş uyarınca, bu yöntemde belirleyici olan, muhatabın bakış açısıdır. Temel kaygı muhatabın haklı güveninin korunması olduğundan, açıklama sahibi yönünden, muhatapça dikkate alınması gereken şartlar yönünden bir öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılmasına yer yoktur.

Son olarak açıklama sahibinin açıklamayı meydana getirmedeki olası bir yetersizliğinin, örneğin hâkim olmadığı bir dilde açıklamada bulunmasının yorum faaliyeti bağlamında nasıl bir etki doğuracağı tartışılmalıdır. Bu hâlde, muhatap bu yetersizlikten haberdar değilse ve onun bundan haberdar olması da beklenmiyorsa, muhatabın gözünden tespit edilen objektif - somut anlam yorum sonucunu oluşturur. Fakat muhatap, örneğin açıklama sahibinin dil bilgisinin yetersizliğinin farkındaysa ve bu yetersizlikten

⁸⁴⁹ Alman doktrininde bu durumu ifade etmek üzere, “aşırı özel bilgi (*exorbitantes Sonderwissen*)” kavramına başvurulmaktadır. Bkz. Mittelstädt, 313 vd..

⁸⁵⁰ Mittelstädt, bu konuda farklı düşünmekte ve açıklama sahibinin açıklamasının varması anında muhatapça bilinebilir olabileceğini öngöremeyeceği şartların, muhatabın gözünden gerçekleştirilecek yorumda dikkate alınmaması gerektiğini öne sürmektedir. Bkz. Mittelstädt, 333 vd..

kaynaklanabilecek anlaşma rizikosunu giderme hususunda üzerine düşen dikkat ve özeni sergilemezse, açıklama sahibinin kastettiği anlamın açıklamanın objektif - genel anlamından sapması durumunda, bu objektif - genel anlamın doğruluğuna ilişkin haklı bir güven duymaya izinli addedilemez⁸⁵¹. O, açıklama sahibinin gerçek iradesini bilebilecek durumdaysa açıklama objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde bu irade doğrultusunda yorumlanır; aksi hâlde ise belirli bir yorum sonucundan söz edilemez ve objektif - somut yorum yöntemi devre dışı kalır.

E. Yorum Araçları

Yorum aracı kavramıyla kastedilen, hâkim tarafından, yorumun konusunu oluşturan irade açıklamasının anlamına ulaşılmasında kullanılacak materyallerdir. Objektif - somut yönteminde yorumun hedefinin, açıklamanın hüküm ve sonuç doğurduğu anda, dikkatli ve özenli bir değerlendirme sonucunda muhatabın buna vermek durumunda olduğu anlam şeklinde tespit edilmesiyle, yorum araçlarının sınırlandırılmasında iki temel ölçüt gün yüzüne çıkmaktadır. Bunlardan ilki belirleyici nitelik taşıyan ana, ikincisi ise belirleyicilik arz eden bakış açısına ilişkindir. Buna göre, objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde, sadece, açıklamanın hüküm ve sonuç doğurma anı da dâhil olmak üzere, bu ana kadar olan ve sadece dikkatli ve özenli davranan somut muhatap yönünden bilinebilir nitelik arz eden materyaller yorum aracı olarak göz önünde bulundurulabilir.

Doktrindeki genel eğilim⁸⁵² ve İsviçre Federal Mahkemesi⁸⁵³ yorum araçlarını, birincil (aslî) yorum araçları (*primäre Auslegungsmittel*) ve tamamlayıcı ya da ikincil (talî) yorum araçları (*ergänzende / weitere Auslegungsmittel*) ayrımına tâbi tutmaktadır. Buna göre birincil yorum araçlarını, doktrinde ve mahkeme kararlarında “lafız (*Wortlaut*)” kavramıyla ifade edilen, iradenin dışı vurumunda kullanılan kelime ve davranışların objektif - genel anlamı oluşturmakta; açıklamaya eşlik eden şartlar, sözleşme görüşmeleri, tarafların menfaat durumları ve işlem teamülleri gibi hususlar ise tamamlayıcı yorum araçları başlığı altında ele alınmaktadır. Objektif - genel anlamın birincil niteliği, tamamlayıcı yorum araçları aksine net bir çıkarım yapılmasını gerektirmediği sürece objektif - genel anlamın belirleyici nitelik arz edeceği şeklinde açıklanmakta ve gerekçelendirilmektedir⁸⁵⁴. Bu açıklamalar, ilk

⁸⁵¹ Singer, *Staudingers Kommentar*, § 119, N. 21 vd.; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 19.

⁸⁵² Aksoy Dursun, “Yanlı Niteleme”, 146; Antalya, N. 2583 vd.; Eren, N. 1459-1462; Gauch, Schluep ve Schmid, N. 1205 vd.; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 344; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 371 vd.; Kut, Art. 18, N. 9 vd.; Wiegand, Art. 18, N. 18 vd..

⁸⁵³ Örnek olarak bkz. BGE 133 III 406, 409; BGE 129 III 702, 707.

⁸⁵⁴ Bkz. ve karşı. Gauch, Schluep ve Schmid, N. 1220; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 369; Wiegand, Art. 18, N. 18.

bakışta söz konusu yorum araçları arasında bir tür hiyerarşi varmış görüntüsü çizmekte ve kanaatimizce son derece isabetsiz olan açıklık kuralının⁸⁵⁵ benimsendiği şekilde yorumlanmaya elverişli nitelik arz etmektedir. Bizce, objektif - genel anlamın bir önceliğinden bahsedilecekse, bu ancak, söz konusu anlamın yorumun çıkış noktasını oluşturması ve bu nedenle kronolojik açıdan ilk sırada değerlendirmeye alınması bakımından gündeme gelebilir. Öte yandan somut olayda açıklamanın objektif - genel anlamından başka bir yorum aracı mevcut değilse ya da mevcut olan araçlar objektif - genel anlamı doğruluyorsa, objektif - somut yorum yönteminde yorum sonucunu bu anlamın oluşturacağı hususunda tereddüt duyulmamalıdır⁸⁵⁶. Fakat bu durumda dahi, objektif - genel anlamın hiyerarşik bir üstünlüğünden bahsedilmesine imkân yoktur⁸⁵⁷. Böyle bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına, bu çalışmada söz konusu ayrıma başvurmadan özellikle kaçınılmıştır.

1. Objektif - Genel Anlam

Objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde kronolojik açıdan ilk sırada değerlendirmeye alınacak olan yorum aracını, yazılı ya da sözlü açıklamalarda beyanın sözlük anlamı, sair bir davranışla gerçekleştirilen açıklamalarda ise davranışın objektif - genel anlamı oluşturur⁸⁵⁸. Kelimelerin sözlük anlamı da nihayetinde objektif - genel anlam adı altında ele alınabileceği için, bu yorum aracının doğrudan açıklamanın objektif - genel anlamı şeklinde ifade edilmesi de mümkündür. Objektif - genel anlam ile kastedilen, kural olarak, açıklamanın hüküm ve sonuç doğurduğu yer ve zamanda, açıklamayı gerçekleştirmek amacıyla kullanılan kelimelerin ve sergilenen davranışların, dilin genel kullanımını (*allgemeiner Sprachgebrauch*) çerçevesinde, yani günlük dilde sahip olduğu anlam içeriğidir⁸⁵⁹. Bu anlamın yargılamada taraflarca ileri sürülmesi ya da ispatlanması

⁸⁵⁵ Açıklık kuralı ve eleştirisi için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 10, II.

⁸⁵⁶ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Busche, § 133, N. 54; Scherer, "Auslegung", 304.

⁸⁵⁷ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 367, 368; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 1; Schwenger, AT, N. 33.04; Wiegand, Art. 18, N. 18. Doktrin ve Federal Mahkeme tarafından sergilenen tutuma yöneltilen, açıklamanın anlamına ancak yorum araçlarının değerlendirilmesiyle ulaşılabileceği ve bu nedenle lafzın bir önceliğinden bahsedilemeyeceği şeklinde eleştiri için bkz. Müller, Art. 18, N. 185.

⁸⁵⁸ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1207, 1211. Doktrinde bu yorum aracından söz ederken objektif - genel anlam yerine genellikle lafız (*Wortlaut*) kavramı kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Eren, N. 1460; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1206; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 374. Kastedilen şey aynı olmakla birlikte, kelimeler aracılığıyla dışa vurulan açıklamalarda kelimeler yorumun amacını değil, konusunu oluşturduğu için, kavram kargaşasına ve yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına çalışmamızda objektif - genel anlam nitelendirmesini tercih etmekte isabet görüyoruz. Lafız kavramının kullanılmasının eleştirisi için bkz. Honsell, "Willentheorie", 348, 350; Müller, Art. 18, N. 104, 130; Wiegand, Art. 18, N. 19.

⁸⁵⁹ Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 348; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 375; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 23; Müller, Art. 18, N. 133; Wiegand, Art. 18, N. 19; BGer 5C.179/2006 vom 16. November 2006,

gerekmez; hâkim bunu, sözlüklerden ve gerektiğinde, özellikle yabancı dillerde bilirkişiden yararlanmak suretiyle re'sen gözetmek durumundadır⁸⁶⁰. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, objektif - genel anlam yorumunda kronolojik açıdan ilk sırada değerlendirmeye alınır⁸⁶¹ ve diğer yorum araçları net biçimde farklı bir anlam elde edilmesine imkân vermediği sürece, objektif - somut yorumda yorum sonucunu teşkil eder⁸⁶². Zira aksine dayanak noktaları bulunmadığı sürece, tarafların bir kelimeyi günlük dildeki anlamına uygun biçimde kullandığı varsayılır⁸⁶³.

Sözleşmenin birden çok dilde düzenlendiği ve yorumlanacak kelime ya da cümleler bakımından her bir dilin yorumlayanı farklı sonuçlara götürdüğü ihtimalde, tarafların sözleşmede öncelik tanıdıkları ya da belirleyici kabul ettikleri bir dil varsa, bu dildeki anlam yorum sonucu olarak kabul edilir. Böyle bir kaydın yokluğunda, sözleşme görüşmelerinin bu dillerden sadece biri üzerinden yürütüldüğü ya da taslakların sadece bir dilde hazırlandığı görülmekteyse, bu dildeki anlamın esas alınması gerekir⁸⁶⁴.

Bazı hâllerde ise açıklamanın günlük dildeki anlamı belirleyiciliğini kaybetmektedir. Bu durum, her şeyden önce, kelimenin teknik bir anlamının varlığında gündeme gelebilir. İrade açıklamasının muhtevasına dâhil bulunan bir kelimenin günlük anlamının yanı sıra, meslekî bir çevreye ya da belirli bir uzmanlık veya yaşam alanına özgü bir teknik (terim) anlamı da mevcutsa, yapılması gereken tarafların bu çevre veya alana aidiyetine göre bir sonuca varmaktır. Tarafların her ikisinin de bu çevre yahut alana dâhil bulunmaları veya

Erw. 2.4.2; BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, Erw. 2.3. Tipikleştirici yorum (*typisierende Auslegung*) nitelendirmesi için bkz. Busche, § 133, N. 6.

⁸⁶⁰ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1207; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 23; Kut, Art. 18, N. 11; Müller, Art. 18, N. 133; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 259. Bir sözlükten yararlanan mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. BGE 137 III 444, 448; BGE 136 III 186, 188; BGE 131 III 268, 274. Yarg. 14. HD, E. 2007/426, K. 2007/1574, T. 21.2.2007: "Sözleşmede geçen "rüsüm" sözcüğünün ne olduğu Türk Hukuk Lugatının 288 ve 284 sahifelerinde "Devlet dairelerinde ve amme müesseselerinde görülen hizmet ve masrafların karşılığı olarak yalnız o işle alakası olan hakiki veya hükmü şahıslardan alınan varidata denir. Bu itibarla umumi Devlet hizmetlerinin ifası karşılığı olarak ve bu hizmetten bizzat istifade etsin, etmesin kanun hükümleri dairesinde herkesten alınan vergi mefhumundan farklıdır." olarak tarif edilmiştir. Buna karşılık 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1. maddesi 3/f bendine göre "Gelir Vergisi Kanununun 70. maddesinde belirtilen mal ve hakların kiralanması işlemleri" Katma Değer Vergisi kapsamına dahildir. Görülüyor ki; rüsüm sözcüğü ile ifade edilmek istenenle Katma Değer Vergisi Kanununun yukarıda anılan mal ve hakların kiralanması işlemleri ayrı ayrı yasalara tabi ayrı ayrı vergi kaynaklarıdır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁶¹ Yarg. 11. HD, E. 1997/10396, K. 1998/1278, T. 2.3.1998: "Taraflar bu madde hükmünün yorumunda anlaşmazlık içindedirler. Bu durumda sözleşmede yer alan kayıtların anlamını ve bu kayıtların hangi hukuki sonuçlara yöneldiğini tayin etmek zorunludur. Yorum herşeyden önce mantık ve gramer kurallarına göre yapılacaktır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁶² Bkz. ve karşı. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1220; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 369; Müller, Art. 18, N. 130; Wiegand, Art. 18, N. 18.

⁸⁶³ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1207; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 376.

⁸⁶⁴ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 383; Müller, Art. 18, N. 137; Wiegand, Art. 18, N. 20.

tarafardan sadece birinde bu mensubiyet bulunmakla birlikte diğer taraftan bu teknik anlamı bilmesinin beklenebileceği ihtimallerde teknik anlama öncelik tanınır⁸⁶⁵. Diğer tarafın bu anlamı bilmesi gereken hâller arasında, onun ilgili çevre ya da alana ilişkin terimlere hâkim bulunması ve açıklama sahibinin diğer tarafı kelimenin teknik anlamı hakkında bilgilendirmiş olması zikredilebilir⁸⁶⁶. Sayılan tüm bu hâllerin kapsamına dâhil edilemeyen ihtimallerde yorum sonucunun günlük dildeki anlama göre belirlenmesi esastır⁸⁶⁷.

Hukukî kavramların kullanıldığı irade açıklamaları bakımından ise, bu kavramlar tarafların meslekî ya da uzmanlık alanlarında genel olarak bilinmekteyse veya taraflar avukattan yararlanıyorlarsa, kavramın hukuk sahasındaki terim anlamına üstünlük atfedilmelidir⁸⁶⁸. Aksi hâlde günlük dildeki anlam belirleyici olur. Bu bağlamda, örneğin irade açıklamasında sözleşmenin feshine ilişkin bir belirleme yapılmışsa, tarafların bu kavrama hâkim olmaları ya da hukukî yardım almaları bunun ileriye etkili sona erdirme şeklinde yorumlanmasını sağlar; aksi hâlde ise anılan kelimenin sadece sona erdirme şeklinde anlamlandırılması gerekir.

Nihayet, kelime ve davranışların objektif - genel anlamının devre dışı kaldığı bir diğer hâli, tarafların belirli bir kavrama, sadece kendi aralarında geçerli olan özel bir anlam (*individueller Sinn*) atfettikleri ihtimal oluşturur. Özel bir dil (*Privatsprache*) ya da kodun (*Code*) varlığından bahsedilen bu hâllerde, kelimelerin günlük dildeki anlamından sapan bu özel anlam tereddütsüz belirleyici kabul edilir⁸⁶⁹. Bunun dayanağı olarak, tanımlama yetkisinin (*Definitionsmacht*) öncelikle taraflara ait bulunmasına işaret edilmektedir⁸⁷⁰. Benzer bir durum, tarafların irade açıklamalarında tanımlar klozuna yer vermeleri ve burada ilgili kelime ya da kelime gruplarına ilişkin tanımlar öngörmeleri hâlinde de gündeme gelir.

⁸⁶⁵ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 30; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1208; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 348 vd.; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 377; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 23; Merz, *BK*, Art. 2, N. 151; Müller, Art. 18, N. 134; Edward E. Ott, *Die Interpretation von Verträgen und Statuten unter besonderer Berücksichtigung der in der Gerichtspraxis effektiv verwendeten Entscheidungsgründe* (Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000), 75; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 260; Wiegand, Art. 18, N. 21; BGE 122 III 426, 429; BGE 116 II 431, 434, 435.

⁸⁶⁶ Bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1208; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 23; Müller, Art. 18, N. 134.

⁸⁶⁷ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 377; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 23; Ott, 77.

⁸⁶⁸ Gauch, Schlupe ve Schmid, Art. 18, N. 1209; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 350; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 24; Müller, Art. 18, N. 135; BGE 131 III 606, 612; BGE 129 III 702, 707, 708. Ayrıca karşı. BGer 4C.107/2004 vom 15. Juni 2004, Erw. 4.

⁸⁶⁹ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 379; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 25; Müller, Art. 18, N. 136; Wiegand, Art. 18, N. 20; BGE 87 II 234, 238, 239. Bu hususta sıklıkla, bir kimsenin irade açıklamasında “kütüphane” kavramına yer vermesi, ancak bununla şarap mahzenini kastetmesi örneğine başvurulmaktadır. Bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 25.

⁸⁷⁰ Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 25.

Yorumun sonucunu doğrudan bu tanımlar oluşturur⁸⁷¹.

2. Sistematik

İrade açıklamalarının objektif - somut yorumu bağlamında zikredilmesi gereken yorum araçlarından biri de, kanunun yorumunda olduğu kadar irade açıklamalarının yorumlanmasında da önemli bir rol oynayan sistemattir. Sistematik unsurun gözetilmesi, açıklamada kullanılan kelime ve cümlelerin, izole bir biçimde değil, bir bütünün parçası olarak değerlendirilmesi ve bunların anlamlandırılmasında bu bütünün, yani bağlamın göz önünde bulundurulması anlamına gelir. Kelimenin içinde bulunduğu cümlenin yapısı, cümlelerin akışı ve bu kapsamda önceki ve sonraki cümleler, başlıklar ve varsa açıklamanın ekini oluşturan belgelerin muhtevası, bu çerçevede hâkim tarafından tamamlayıcı yorum aracı olarak değerlendirilmek durumundadır⁸⁷².

3. Açıklamaya Eşlik Eden Şartlar

Bir başka yorum aracını, açıklamaya eşlik eden şartlar (*Begleitumstände*) oluşturur⁸⁷³. Bu kapsamda, tarafların kişisel durum ve özellikleri ile sözleşmeyi etkileyen genel yaşam ilişkileri, irade açıklamalarının yorumlanmasında dikkate alınmalıdır. Tarafların kişisel durum ve özelliklerinden bilhassa, bunların mensup olduğu meslekî, kültürel ya da sosyoekonomik çevre ile yaşları ve tecrübe durumları anlaşılır⁸⁷⁴. Genel yaşam ilişkileri ise, açıklamayı etkileyen taraflar dışında kalan koşulları ifade eder. Bunlar arasında, irade açıklamasının yapıldığı yer ve zaman ile, açıklamanın konusunu oluşturan işlemin ilişkin bulunduğu sektör ya da piyasadaki ekonomik ilişkiler ve hatta işlemi etkileyen genel yaşam tecrübeleri sayılabilir⁸⁷⁵.

4. Sözleşmenin Amacı

Açıklamaya eşlik eden şartlarla bağlantılı olarak ele alınabilecek bir diğer yorum aracı,

⁸⁷¹ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 379; Müller, Art. 18, N. 136; Wiegand, Art. 18, N. 20.

⁸⁷² Bkz. ve karşı. Deschenaux, 169; Hüppi, 130, 131; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 351, 352; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 248; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 26; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 136; Merz, *BK*, Art. 2, N. 152; Müller, Art. 18, N. 139, 142; BGE 133 III 406, 409; BGE 128 III 265, 269.

⁸⁷³ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1213; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 44; Müller, Art. 18, N. 139; Wiegand, Art. 18, N. 28. Hemen belirtelim ki açıklamaya eşlik eden şartlar kavramı, kimi zaman tüm tamamlayıcı yorum araçlarını kapsamına alacak şekilde de kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Egger, *ZK*, Art. 2, N. 17; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 354; Oftinger, "Auslegung", 194; BGE 101 II 323, 325.

⁸⁷⁴ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 394; BGE 82 II 430, 435, 436.

⁸⁷⁵ Biehl, 197; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1213; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 394; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 9; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 44; Müller, Art. 18, N. 139; Wiegand, Art. 18, N. 28; BGE 133 III 406, 409; BGE 113 II 49, 51; BGE 99 II 290, 294, 295; BGE 88 II 162, 167; BGE 45 II 454, 456.

akdedilmek istenen sözleşmenin amacıdır (*ratio contractus*⁸⁷⁶). Amacın tespiti, kanunun yorumunda olduğu gibi⁸⁷⁷, irade açıklamalarının yorumunda da teleolojik değerlendirmeler yapılmasına kapı aralayacak olması bakımından önem arz etmektedir⁸⁷⁸. Her ne kadar amacın kendisi bir yorum aracı olarak nitelendirilse de, amacın gün yüzüne çıkarılması için de yoruma ihtiyaç vardır⁸⁷⁹. Amacın açığa çıkarılmasının yolu, esas itibarıyla tarafların menfaat durumlarının araştırılması ve kavranmasından geçer⁸⁸⁰. Hâkim, irade açıklamalarında yer verilen düzenlemelerin objektif - genel anlamından ve olaydaki tüm diğer yorum araçlarından yararlanmak suretiyle taraf menfaatlerine ve böylece sözleşmenin amacına⁸⁸¹ ulaşmaya çalışır⁸⁸². Kanunun yorumunda olduğu gibi irade açıklamalarının yorumunda da, keşfedilen amaç doğrultusunda gerçekleştirilen yorum, açıklamanın objektif - genel anlamını daraltabilir, genişletebilir ve hatta bu anlamın ötesine geçerek onu düzeltici bir rol üstlenebilir⁸⁸³. Bilhassa tarafların ortak bir menfaate yöneldiği ve dolayısıyla ortak bir amaç güttükleri fark edilirse, bu ortak amaç yorumun sonucunu belirleme hususunda açıklamanın sözlük anlamına üstün gelir⁸⁸⁴. Her ne kadar çoğu zaman taraflar birbiriyle çatışan menfaatlere sahip bulunsalar da, bu menfaatler arasında sözleşmeyle kurulmak istenen denge her iki tarafça da benimsenmişse, yine yorumda yol gösterici olabilecek bir

⁸⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 10.

⁸⁷⁷ Amacın kanunun yorumu ve sözleşmenin yorumu bakımından benzer bir işlev üstlendiği yönünde bkz. Egger, *ZK*, Art. 1, N. 18; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 384; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 10; Meier-Hayoz, *BK*, Art. 1, N. 192 vd.; Müller, Art. 18, N. 151.

⁸⁷⁸ Bkz. ve karşı. Becker, Art. 18, N. 19; August Egger, “Grundsätze der Vertragsauslegung”, *August Egger - Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. II* (Zürich: Schulthess & Co AG, 1957), 104-105; Hüppi, 132; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 10; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 106; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 35; Müller, Art. 18, N. 149; Oftinger, “Auslegung”, 195; Wiegand, Art. 18, N. 30. Sözleşmenin amacı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 370 vd.; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 402 vd..

⁸⁷⁹ Gauch, Schluep ve Schmid, N. 1216; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 378; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 410; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 35.

⁸⁸⁰ Bkz. ve karşı. Gauch, Schluep ve Schmid, N. 1216; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 35; Müller, Art. 18, N. 149, 150; Wiegand, Art. 18, N. 30; BGE 122 III 426, 429.

⁸⁸¹ Yarg. 22. HD, E. 2013/8240, K. 2014/8158, T. 15.4.2014: “Öte yandan, sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi gereğince, tarafların sözleşmede kullandıkları sözlere ve deyimlere bakılmaksızın gerçekte amaçladıkları hukuki sonuçlara göre olayı değerlendirmek ve yorumlamak gerekir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E. 2000/1-744, K. 2000/755, T. 12.4.2000; 15. HD, E. 2002/38, K. 2002/1749, T. 11.4.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸² Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 378 vd.; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 410 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 246, 247; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 35.

⁸⁸³ Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 35. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, sözleşmenin bir satış mı, yoksa karma bağışlama mı olduğu sorusunu cevaplarken, davalının satıcının kızıyla evlenme amacına sahip olmasından hareket ederek, davalıya bir karşılıksız kazandırmanın yapıldığı sonucuna vardığı kararı (BGE 82 II 430, 435), amacın yorumdaki rolüne ilişkin güzel bir örnek teşkil etmektedir. Yargı kararlarından başka örnekler için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 38.

⁸⁸⁴ Wiegand, Art. 18, N. 30. Şüphe hâlinde sözleşmenin lafzı itibarıyla sahip olduğu anlamın amaca nazaran öncelikli kabul edilmesi gerektiği yönünde düşünce için bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 386.

ortak amacın varlığından söz edilir⁸⁸⁵.

5. Sözleşmenin Oluşum Sürecine İlişkin Materyaller

Yorumda başvurulacak diğer bir araç olarak, kurulmak istenen sözleşmenin oluşum sürecine ilişkin materyalleri zikretmek gerekir. Bunlar esas itibarıyla, sözleşme müzakereleri sırasında tarafların birbirlerine karşı olan beyanları ile sözleşme taslakları ve toplantı protokolleri gibi belgelerden ibarettir⁸⁸⁶. Kanunun yorumundaki subjektif - tarihî yöntemin irade açıklamalarının yorumu alanındaki izdüşümünü oluşturan⁸⁸⁷ bu materyaller, irade açıklamalarının anlamlandırılmasında önemli rol oynar. Özellikle taraflar arasında süreklilik arz eden iş ilişkileri mevcut olduğunda, daha önce kurulan sözleşmelerin içeriği ve ifa ediliş tarzları, sonraki sözleşmelerin yorumlanması bakımından ciddi göstergeler sağlayabilir⁸⁸⁸. Fakat bu noktada, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasındaki pozisyonlarını daha sonra değiştirmiş olabilecekleri gözden kaçırılmamalıdır⁸⁸⁹. Böyle bir durumda sözleşme görüşmelerine ilişkin materyaller yorum aracı olmaya elverişli niteliğini kaybeder⁸⁹⁰.

6. İşlem Teamülleri

İrade açıklamalarının objektif - somut yorumunda ayrıca, yapılan işleme ilişkin işlem teamüllerinin de gözetilmesi⁸⁹¹ gerekir⁸⁹². Her ikisi de belirli bir bölgeye ve iş sahasına dâhil

⁸⁸⁵ Guhl, 168, 169; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 36; Müller, Art. 18, N. 151; Schmidlin, “Vertragsabschluss”, 109. Sözleşmede tarafların menfaatlerinin çatışma hâlinde olduğundan bahisle sözleşmelerin amaçsal yoruma kanunlara nazaran daha az elverişli olduğu şeklinde aksi yönde değerlendirme için bkz. Dieter Medicus, “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage”, *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. I* (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1978), 641. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. ve karşı. Wiegand, Art. 18, N. 30. Amacın yorumdaki rolüne daha mesafeli ve eleştirel yaklaşan bir başka değerlendirme için bkz. Vogenauer, §§ 133, 157, N. 66.

⁸⁸⁶ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 30; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 389; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 248; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 9; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 27; Müller, Art. 18, N. 145; Wiegand, Art. 18, N. 27, 29; BGE 142 III 239, 253; BGer 4C.8/2001 vom 16. August 2001, Erw. 2; BGE 77 II 154, 156, 157.

⁸⁸⁷ Karş. Deschenaux, 169; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1214; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 357; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 27; Müller, Art. 18, N. 144; Wiegand, Art. 18, N. 27.

⁸⁸⁸ Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 27.

⁸⁸⁹ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 390; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 27; Müller, Art. 1, N. 145; Wiegand, Art. 18, N. 27.

⁸⁹⁰ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 390; Müller, Art. 18, N. 145.

⁸⁹¹ Alman Medenî Kanunu, işlem teamüllerinin (*Verkehrssitte*) yorumda dikkate alınmasını, BGB § 157 düzenlemesinde açıkça öngörmüştür. Düzenlemeye göre, “Sözleşmeler, işlem teamülleri dikkate alınarak, dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde yorumlanır”.

⁸⁹² Biehl, 199; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1217, 1218; Müller, Art. 18, N. 155; BGE 132 III 460, 466, 467. Taraflarca ya da kanun tarafından işlem teamüllerine atıfta bulunulduğu hâllerde, bunlar yorum aracı olmanın ötesine geçerek doğrudan sözleşmenin içeriğine dâhil olurlar. Bkz. ve karşı. Bucher *OR AT*, 188, 189; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1218, 1219; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 440-442; Wiegand, Art. 18, N. 31. İşlem teamüllerinin sözleşmenin yorumundaki rolü hakkında geniş bilgi için bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 419 vd.; Peter Rummel, “Verkehrssitten und Vertragsauslegung”, *Juristische Blätter* 95. Jahrgang, Heft 3/4 (17. Februar 1973): 66 vd.; Hans Jürgen

bulunan kişiler, özellikle de tacirler arasında akdedilen sözleşmeler bakımından önem arz eden bu yorum aracı, bunların beyan ya da davranışlarının, ilgili alanda ve ilgili bölgedeki teamüllere uygun olduğu karinesini beraberinde getirir⁸⁹³. Taraflardan en az birinin tacir olmaması ihtimalinde ise, tacir olmayan tarafın bir teamül hakkında bilgi sahibi olduğu anlaşılmadığı sürece, bu tür bir karinenin gündeme gelmeyeceği belirtilmelidir⁸⁹⁴. İşlem teamüllerinin yorumdaki rolünün en belirgin şekilde kendisini gösterdiği örnek olarak, uluslararası ticarete kullanılan, taşıma ve teslim ilişkili modellerden oluşan Incoterms zikredilebilir⁸⁹⁵.

7. Yorum Kuralları ve Yorum İlkeleri

Bir yorum aracı olarak yorum sonucunu etkileyebilecek bir diğer husus, yorum kuralları ve yorum ilkeleridir. Yorum kuralları, kimi zaman tarafların iradelerinin tezahürü olarak irade açıklamalarının ve dolayısıyla sözleşmenin içinde yer alırken; kimi zaman ise belli bir olay grubuna özgü olarak kanun koyucu tarafından sevk edilir. İlk durumda iradî yorum kurallarından, ikinci durumda ise kanunî yorum kurallarından söz edilir.

İradî yorum kuralları, tarafların irade açıklamalarına dâhil ettikleri, belirli bir kelimenin ya da davranışın ne şekilde anlamlandırılacağına ilişkin belirlemelerdir. Özellikle detaylı ve karmaşık sözleşmelerde gözlemlenen tanım klozları (*Wortdefinitionen*) ile sözleşmenin hükümleri arasında çatışma söz konusu olduğunda hangi hükme öncelik tanınacağına ilişkin çatışma kuralları (*Konfliktregeln*) bu kurallara örnek olarak gösterilebilir⁸⁹⁶. Bu yorum kurallarının içeriği de netice olarak yorum faaliyeti sonucunda açığa çıkarılır⁸⁹⁷. Bu tür kurallar esas itibarıyla geçerlidir⁸⁹⁸ ve yorumda hâkimi bağlar⁸⁹⁹.

Sonnenberger, *Verkehrssitten im Schuldvertrag* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1969), 132 vd..

⁸⁹³ Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 29, 30; Müller, Art. 18, N. 155; Wiegand, Art. 18, N. 31.

⁸⁹⁴ Karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 30; Müller, Art. 18, N. 156.

⁸⁹⁵ Müller, Art. 18, N. 158; Wiegand, Art. 18, N. 31.

⁸⁹⁶ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1238; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 446, 447; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 19; Müller, Art. 18, N. 368.

⁸⁹⁷ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1236; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 448; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 19.

⁸⁹⁸ Çatışma ya da şüphe hâlinde hangi anlama belirleyicilik tanınacağı ya da hangi hükmün uygulanacağı taraflardan birine bırakılmışsa, böyle bir anlaşmanın TMK m. 23/II uyarınca kişilik haklarına aykırı olacağı ve kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1239; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 448; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 19.

⁸⁹⁹ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1236; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 379; Kut, Art. 18, N. 18; Müller, Art. 18, N. 136, 173; Zeller, *Auslegung*, § 11, N. 280.

Kanunî yorum kurallarında ise, belirli olay gruplarıyla sınırlı olmak üzere, bir beyanın ya da davranışın anlamı, doğrudan kanun koyucu tarafından tespit edilmektedir⁹⁰⁰. Bu tespit bir irade açıklamasının içeriğini netleştirme amacına yönelebileceği gibi, bir beyanın irade açıklaması olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ilişkin de olabilir⁹⁰¹. Böyle kurallar, genellikle “anlaşılır”, “sayılır”, “kabul edilir” gibi yüklemeler kullanılarak kaleme alınmıştır⁹⁰². Kanun koyucu sevk ettiği bu kurallarla, yorumlayan vasfını kural itibarıyla bünyesinde barındıran hâkimin yerine geçmekte, hâkime irade açıklamasının ne şekilde anlamlandırılacağına ilişkin talimat vermektedir⁹⁰³. Bu anlamın tespiti taraflar arasındaki somut ilişkiden bağımsız şekilde gerçekleştirildiğinden, burada bir bakıma kanun koyucu tarafından beyanın ya da davranışın objektif - genel anlamının belirlenmesi söz konusudur⁹⁰⁴. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, bu objektif - genel anlamın, olası farklı bir objektif - bireysel anlam (objektif - somut anlam) karşısında hemen hemen her zaman ikinci planda yer alacağıdır. Bu çerçevede hâkimin objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde, eldeki diğer tüm yorum araçlarını değerlendirmek suretiyle farklı bir yorum sonucuna ulaşması ihtimalinde, ilgili kanunî yorum kuralı esas itibarıyla devre dışı kalır⁹⁰⁵. Dolayısıyla hâkim, kanunî yorum kuralının uygulanabilirliğini denetlemek için her hâlükârda objektif - somut yorumu gerçekleştirmek durumundadır. Doktrindeki bazı yazarların, kanunî yorum kurallarının varlığında hâkimin objektif - somut ya da objektif - bireysel yorumu yapmaktan imtina edebileceğine ilişkin düşünceleri⁹⁰⁶, bu nedenle kanaatimizce kabul edilebilir olmaktan uzaktır. Başkaca bir objektif - somut anlama ulaşamadığı durumda ise, objektif - somut yorum sonucu kanun koyucunun yorum kuralında öngördüğü sonuç doğrultusunda tayin edilir. Fakat bu sonucun, ancak objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanında kalındığı sürece belirleyici nitelik arz edeceği

⁹⁰⁰ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1222; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 449; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 49; Wiegand, Art. 18, N. 33. Belirli bir olay grubuna özgülümlenmiş olmaları nedeniyle bu tür kurallara özel yorum kuralları (*besondere Auslegungsregeln*) adı da verilmektedir. Bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 449.

⁹⁰¹ Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 275.

⁹⁰² Koller, § 9, N. 10; Sarıkaya, 291, 292.

⁹⁰³ Karş. Deschenaux, 266.

⁹⁰⁴ Karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 449; Müller, Art. 18, N. 223; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 276.

⁹⁰⁵ Aynı doğrultuda bkz. ve karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 49; Max Kummer, *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 8 ZGB* (Bern: Verlag Stämpfli & Cie., 1966), Art. 8, N. 341; Müller, Art. 18, N. 224.

⁹⁰⁶ Bu doğrultuda bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 449; Müller, Art. 18, N. 223; Sarıkaya, 295-297; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 276. Fakat yazarlar da, bu kanunî yorum kurallarının aksinin taraflarca ispatlanabileceğini kabul etmekte ve sonuç itibarıyla savunduğumuz görüşle benzer bir sonuca ulaşmış olmaktadır. Bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 449; Müller, Art. 18, N. 224; Sarıkaya, 295-297; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 276.

göz ardı edilmemelidir. Bu yöntemin uygulama alanından çıkılarak sübjektif yorum yönteminin sahasına dâhil olunmasıyla, kanunî yorum kuralı belirleyiciliğini yine kaybeder⁹⁰⁷. Söz konusu kanunî yorum kurallarına örnek olarak, TBK m. 91⁹⁰⁸, TBK m. 196/III⁹⁰⁹, TBK m. 394/II⁹¹⁰, TBK m. 503⁹¹¹ ve TBK m. 570/II⁹¹² gösterilebilir⁹¹³.

Çalışmamızda savunulan görüş uyarınca objektif - somut yorumun aksi ispatlanmadıkça, yani karineten geçerli olduğu düşünülürse, bu yöntem çerçevesinde uygulanma imkânına kavuşan kanunî yorum kurallarının da karine niteliği taşıdığı pekâlâ söylenebilir⁹¹⁴. Bunlar ekseriyetle adî karine vasfında olmakla birlikte, istisnâ bazı durumlarda kanun koyucu, özellikle zayıf olan tarafı korumak amacıyla bazı yorum kurallarını kesin karine olarak da düzenlemiş olabilir. Bu ihtimalde artık anlam sabitlenmiştir; başkaca bir yorum sonucunun kabulüne olanak kalmaz. Genel hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 394/II, kesin karine niteliğindeki yorum kurallarına örnek teşkil etmektedir⁹¹⁵.

Yorum ilkeleri (*Auslegungsmaximen*, *Auslegungsgrundsätze*) ise, kaynağını esas itibarıyla genel tecrübe kurallarında bulan, mahkemelerin ya da doktrinin bu tecrübe kurallarına dayanarak geliştirdiği ve şekillendirdiği, yorumda dikkate alınması gereken genel düsturlardan ibarettir⁹¹⁶. Bu ilkeler, belli bir olaya özgü olmanın ötesine geçerek genel

⁹⁰⁷ Karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 449; Koller, § 10, N. 11, 12; Schöenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 277.

⁹⁰⁸ TBK m. 91/I: “Borcun ifası için bir ayın başlangıcı veya sonu belirlenmişse, bundan ayın birinci ve sonuncu günü; ayın ortası belirlenmişse, bundan da ayın onbeşinci günü anlaşılır.”; TBK m. 91/II: “Borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın son günü anlaşılır.”

⁹⁰⁹ TBK m. 196/III: “Alacaklının kabulü açık veya örtülü olabilir. Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır.”

⁹¹⁰ TBK m. 394/II: “Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”

⁹¹¹ TBK m. 503: “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”

⁹¹² TBK m. 570/II: “Paranın mühürsüz ve açık olarak bırakılmış olması, örtülü anlaşma sayılır.”

⁹¹³ Örnekler için bkz. Antalya, N. 2604, özellikle dn. 27; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1222; Hatemi ve Gökyayla, § 10, N. 8; Koller, § 9, N. 9, 10; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 49; Müller, Art. 18, N. 222; Wiegand, Art. 18, N. 33.

⁹¹⁴ Bu yönde bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1222; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 412; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 449; Koller, § 9, N. 11; Müller, Art. 18, N. 224; Schöenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 275, 277.

⁹¹⁵ Hükmün kesin karine (*unwiderlegbare Vermutung*) niteliği taşıdığı yönünde bkz. Manfred Rehbinder ve Jean-Fritz Stöckli, *Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-362 OR), Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2010), Art. 320, N. 17.

⁹¹⁶ Bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1222; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 453; Oftinger, “Auslegung”, 182, 183; Wiegand, Art. 18, N. 34; BGE 95 II 547, 549; BGE 69 II 319, 322.

nitelik arz etmeleri bakımından yorum kurallarından ayrılırlar⁹¹⁷. Fakat bu tür ilkelerin dahi kanun koyucu tarafından bir kanun hükmü olarak düzenlenmesi mümkündür. İsviçre Borçlar Kanunu'na paralel olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda irade açıklamalarının yorumuna ilişkin bu tür genel ilkelere rastlanmamakla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin olarak sevk ettiği TBK m. 23⁹¹⁸ ile Türk borçlar hukukuna bir kanunî yorum ilkesi kazandırılmıştır. Alman Medenî Kanunu'ndaki BGB §§ 133⁹¹⁹ ve 157⁹²⁰ de, kanunî dayanağa kavuşturulmuş yorum ilkelerine örnek teşkil etmektedir⁹²¹. Yorum ilkelerine örnek olarak, bilhassa yorum sonucunun şüpheli olduğu ihtimallerde devreye giren ve birden çok olası yorum sonucundan hangisinin uygulanacağını gösteren; kanuna uygun yorum (tamamlayıcı hükümlerden sapan düzenlemelerin dar yorumlanması), mantıklı anlama uygun yorum⁹²², sözleşmeyi ayakta tutucu yorum (*favor negotii*) ve genel işlem koşullarında düzenleyen aleyhine yorum (*Unklarheitenregel, in dubio contra stipulatorem*) ilkeleri gösterilebilir⁹²³.

8. Diğer Yorum Araçları

Hemen belirtelim ki yukarıda saydığımız yorum araçları sınırlı sayıda değildir, örnekleyici olarak zikredilmiştir. Objektif - somut yorum yönteminin temel hedefi uyarınca açıklamanın, dikkatli ve özenli bir muhatabın gözünden anlamlandırılmasına yarayan her türlü vakıa, hâkim tarafından yorum aracı olarak değerlendirilebilir⁹²⁴. Fakat bu noktada, objektif - somut yöntemde yorum araçlarının sınırlandırılması bakımından belirleyici olan anın irade açıklamasının hüküm ve sonuç doğurma anı olduğu ve tarafların bu andan sonraki

⁹¹⁷ Yorum ilkeleri kavramı yerine genel yorum kuralları kavramına başvurulduğu da görülmektedir. Bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 450.

⁹¹⁸ TBK m. 23: "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."

⁹¹⁹ BGB § 133: "Bir irade açıklamasının yorumunda açıklamanın kelime anlamına bağlı kalınmamalı ve gerçek irade araştırılmalıdır."

⁹²⁰ BGB § 157: "Sözleşmeler, işlem teamülleri dikkate alınarak, dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde yorumlanır."

⁹²¹ Avusturya Medenî Kanunu (ABGB §§ 863 Abs. 2, 914, 915), Fransız Medenî Kanunu (CC Art. 1156-1164) ve İtalyan Medenî Kanunu'nda (CCI Art. 1362-1371) da kanunî yorum ilkelerine rastlanmaktadır.

⁹²² Yarg. 11. HD, E. 1997/10396, K. 1998/1278, T. 2.3.1998: "Taraflar bu madde hükmünün yorumunda anlaşmazlık içindedirler. Bu durumda sözleşmede yer alan kayıtların anlamını ve bu kayıtların hangi hukuki sonuçlara yöneldiğini tayin etmek zorunludur. Yorum herşeyden önce mantık ve gramer kurallarına göre yapılacaktır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹²³ Yorum ilkelerine ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Eren, N. 1463-1473; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1223 vd.; Hatemi ve Gökyayla, § 10, N. 4, 6; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 417 vd.; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 454 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 11 vd.; Kramer ve Schmidlin, N. 40-43, 47, 48; Müller, Art. 18, N. 169 vd.; Wiegand, Art. 18, N. 35 vd.; Yıldırım, *Sözleşmenin Yorumu*, 133-138.

⁹²⁴ Aynı yönde bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 354; Schönerberger ve Jäggi, Art. 1, N. 266; Wiegand, Art. 18, N. 26, 27.

davranışlarının bu yöntem çerçevesinde bir yorum aracı değeri taşımayacağı vurgulanmalıdır⁹²⁵.

F. Yorumun Üst Derece Mahkemelerince Denetimi

Yorum yöntemleri bağlamında ele alınması gereken önemli hususlardan biri de, sözleşmenin kurulup kurulmadığını araştırmak amacıyla ilk derece mahkemelerince gerçekleştirilen yorum faaliyetinin üst mahkemelerce denetlenebilirliğidir. Yorumun denetlenebilirliği, bilhassa İsviçre doktrininin tartışmalı konularından birini oluşturmuş, İsviçre Federal Mahkemesi'nin pek çok kararına⁹²⁶ konu teşkil etmiştir. Yürütülen tartışmanın merkezinde vakıa sorunu (*Tatfrage*) - hukukun uygulanması sorunu (*Rechtsfrage*) ayrımı yer almaktadır⁹²⁷. İlk derece mahkemesinin yorum faaliyeti neticesinde ortaya koyduğu yargı bir vakıanın tespiti olarak değerlendirildiğinde Federal Mahkeme denetimi dışında tutulmakta, hukukun uygulanması olarak nitelendirildiğinde ise bu yargı üzerinde Federal Mahkeme'nin denetim yetkisi doğmaktadır⁹²⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki İsviçre hukukunda süregelen tartışmaların asıl odak noktasını subjektif yorum yöntemi teşkil etmektedir. Bu durumun temelinde, subjektif yorum yönteminde yorumun hedefini açıklama sahibinin iradesi oluşturması karşısında, iradenin açığa çıkarılmasının bir vakıa tespitinden ibaret mi olduğu, yoksa hukukun uygulanması niteliği mi taşıdığı konusunda yaşanan görüş ayrılıkları yer almaktadır⁹²⁹. Objektif - somut yorum yönteminde ise durum daha nettir. Zira bu yöntemde, muhatabın haklı güveninin korunması amacıyla, hâkimin muhatabın yerine geçerek, onun gözünden açıklamayı ve buna eşlik eden şartları değerlendirmesi söz konusu olduğu için, buradaki anlam araştırmasında hâkim tarafından hukukî bir değerlendirme yapıldığı konusunda görüş

⁹²⁵ Gauch, "Auslegung", 212, 213; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1223; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319, 320, 361, 396.

⁹²⁶ Örnek olarak bkz. BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.1; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.1; BGer 4C.108/2004 vom 29. August 2005, Erw. 2; BGE 138 III 659, 666, 667; BGE 135 III 410, 413; BGE 129 III 702, 707.

⁹²⁷ Ayrıma ilişkin geniş bilgi için bkz. Burhan Gürdoğan, "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk", *AÜSBFD* C. XI, S. 3 (1956): 260 vd.. Alman hukuku yönünden bkz. Wilhelm A. Scheuerle, "Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage", *AcP* 157. Bd., Heft 1 (1958/1959): 2 vd..

⁹²⁸ Genel olarak bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 365 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 74 vd.; Müller, Art. 18, N. 60, 62; Wiegand, Art. 18, N. 42, 43. Stehle (261-263), yeknesak bir yorum yöntemini savunduğu çalışmasında bu ayrımı şu şekilde modifiye etmiştir: Hâkimin dış unsuru (vakıayı) tespit etmesi ya da dış unsurdan bir başka dış unsura ilişkin çıkarımda bulunması (emare ispatı) vakıa sorunu olarak görülüp Federal Mahkeme denetimi dışında bırakılmalı; tarafların bilgi ve istekleri çerçevesinde dış unsurdan iç unsura ilişkin çıkarımda bulunuluyorsa, bir hukukun uygulanması sorununun mevcudiyetinden söz edilerek Federal Mahkeme'nin denetim yetkisine onay verilmelidir.

⁹²⁹ Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 12, III, F.

birliği mevcuttur. Anılan yöntem çerçevesinde gerçekleştirilen yorum faaliyeti de, bu doğrultuda hukukun uygulanması sorunu olarak ele alınmakta ve Federal Mahkeme'nin bu faaliyet üzerindeki denetim yetkisine onay verilmektedir⁹³⁰.

Türk hukukunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile öngörülen üç dereceli sistem, bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde faaliyete başlamasıyla birlikte fiilen yürürlüğe girmiştir. Bu durum karşısında, yorumun denetlenebilirliğinin istinaf ve temyiz kanun yolları bakımından ayrı ayrı inceleme konusu yapılması gündeme gelmektedir. Fakat istinaf incelemesinde vakıa ve hukukun uygulanması ayrımı söz konusu değildir ve istinaf mercii, ilk derece mahkemesince delillerin değerlendirilişini ve vakıaların tespitini de inceleme yetkisini haizdir⁹³¹. Bu bağlamda yorum faaliyeti ister vakıa tespiti isterse hukukun uygulanması olarak değerlendirilsin, istinaf mercii'nin bu faaliyeti denetleme yetkisi vardır. Temyiz bakımından ise, İsviçre hukukunda tartışılan konu Türk hukuku bakımından da gündeme gelmektedir. Zira temyiz sebeplerini düzenleyen HMK m. 371 uyarınca Yargıtay'ın temyiz incelemesi, hukuka uygunluk denetimiyle sınırlandırılmıştır. İstinaftan farklı olarak Yargıtay, ilk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemelerinin vakıa tespitleriyle bağlıdır ve bu tespitlerin hatalı olup olmadığını inceleme konusu yapamaz⁹³².

⁹³⁰ Bu yönde bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1201; Honsell, "Willenstheorie", 349; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 365, 366; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 74-76, 80; Müller, Art. 18, N. 62; Wiegand, Art. 18, N. 43; BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.1; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.1; BGer 4C.108/2004 vom 29. August 2005, Erw. 2; BGE 138 III 659, 666, 667; BGE 135 III 410, 413; BGE 129 III 702, 707. Alman hukukunda ise durum farklıdır. Her ne kadar ispat yüküne ilişkin belirlemeler Alman hukukunda da genel olarak vakıa sorunu - hukukun uygulanması sorunu ayrımı ekseninde yapılsa da, yorum sonucunun denetlenmesi bakımından farklı bir esas benimsenmiştir. Hâkim doktrin ve Alman Federal Mahkemesi, yorumun esas itibarıyla ilk derece mahkemesinin görevi olduğunu ve ilk derece hâkiminin takdirinde bulunduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, genel nitelik arz etmeyen, yani üçüncü kişilerin alanının etkilemeyen münferit sözleşmeler bakımından irade açıklamalarının yorumu, belli şartlarla Federal Mahkeme'nin denetimine tâbi olmaktadır. Bu denetimin söz konusu olması için, yorum gerçekleştirilirken bir kanun hükmünün ya da genel kabul gören bir yorum kuralının yanlış uygulanması veya genel mantık kurallarının, tecrübe kurallarının ya da esaslı yorum vakıalarının dikkate alınmaması ihtimallerinden birisi gerçekleşmelidir. Bireyleri aşarak genel etki doğuran, genel işlem koşulları ve tüzel kişilerde esas sözleşme veya vakıf senedi gibi düzenlemelerin yorumlanmasını denetleme hususunda ise, Alman Federal Mahkemesi kendisini tam olarak yetkili görmektedir. Bu esaslar, sübjektif ya da objektif yorum ayrımı yapılmaksızın geçerlidir. Alman hukukundaki durum hakkında detaylı bilgi için bkz. Busche, § 133, N. 75 vd.; Larenz ve Wolf, § 28, N. 130-131; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 80 vd.; Wolf ve Neuner, § 35, N. 77 vd.. Ayrıca bkz. BGH NJW-RR 2002, 1344. Bireyler arası ve genel etki doğuran irade açıklamaları arasında bir ayrım yapılarak sonuca gidilmesinin makul bir dayanağının bulunmadığı yönünde eleştiri için ise bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 82-84.

⁹³¹ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 598, 607, 608; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 488; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (§ 19: Kanun Yolları)*, 15. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2206 vd..

⁹³² Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 606; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 637; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018),

Hâl böyle olunca, Yargıtay'ın yorum faaliyetine ilişkin denetim yetkisinin sınırlarının çizilmesinde vakıa tespiti sorunu - hukukun uygulanması sorunu ekseninde yapılan değerlendirme belirleyici nitelik arz eder.

Kanaatimizce İsviçre doktrininde objektif - somut yorum yöntemi bağlamında varılan sonuç, Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Gerçi bu çalışmada savunulan görüş, olağan durumda objektif - somut yorum yönteminin açıklamanın süjelerarası anlamının tespitine ve böylece açıklama sahibinin iradesine ulaşılmasına yöneldiği biçimindedir. Bu çerçevede araştırılan hususun açıklamanın anlamı ya da açıklama sahibinin iradesi olduğundan söz açıldığında, bunların dahi vakıa tespiti niteliği taşıdığı düşüncesi akla gelebilir. Fakat bu noktada, objektif - somut yorum yönteminin, irade ile açıklama arasında uygunluğun bulunmadığı patolojik durumlarda haklı güvenin korunması işlevini üstlendiği göz ardı edilmemelidir. Haklı güvenin korunması işlevi, kaynağını TBK m. 19/I ışığında içeriği ve sınırları tespit edilen TBK m. 1/I'de bulduğuna göre, objektif - somut yorum yönteminin uygulanması, netice olarak TBK m. 1/I'in, yani hukukun uygulanması anlamına gelir. Dolayısıyla patolojik durumlarda üstlendiği haklı güvenin korunması işlevi, bu yöntemin uygulanışının temyiz kanun yolunda Yargıtay denetimine tâbi olması sonucunu beraberinde getirmektedir. Fakat şu noktaya dikkat çekilmelidir: Yargıtay, ilk derece mahkemesinin ve bölge adliye mahkemesinin açıklamayı oluşturan kelime ve davranışlara ve açıklamaya eşlik eden şartlara ilişkin tespitleriyle bağlıdır; zira bunlar tereddütsüz biçimde vakıa tespiti niteliği taşımaktadır⁹³³. Temyiz incelemesi, ancak ve ancak bunların değerlendirilişine ve bu yolla ortaya çıkarılan anlamın doğruluğuna ilişkin olarak gerçekleştirilir. Bu çerçevede, yorumun gerçekleştirilmesinde belirleyici kabul edilen an, dikkate alınması gereken muhatap tipi ve yorum araçları ile bunların değerlendirilişi gibi hususlar bakımından yapılan hatalar, temyiz incelemesinde bozma kararına dayanak teşkil edebilir.

Objektif - somut yorum yönteminin uygulanışının ve elde edilen yorum sonucunun yanı sıra, somut uyumsuzlukta objektif - somut yorum yöntemi ile sübjektif yorum yönteminden hangisinin uygulanması gerektiği de, temyiz denetimine tâbidir⁹³⁴. Zira söz

676; Kuru, 506; Özkes, 2277; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 486.

⁹³³ İsviçre hukuku yönünden aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 366; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 76. Alman hukukunda aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Larenz ve Wolf, § 28, N. 127; Wolf ve Neuner, § 35, N. 79.

⁹³⁴ Aynı görüşte bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 365; BGer 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002, Erw. 1c; BGE 131 III 606, 611; BGE 125 III 305, 308; BGE 121 III 118, 123.

konusu yöntemlerin uygulama alanı, TBK m. 1/I ve TBK m. 19/I'in birlikte yorumlanması neticesinde belirlenmektedir. Uygulama alanının doğru biçimde tespiti, bu kapsamda hukukun doğru uygulanması anlamına gelir. Aksi durumda ise hukukun yanlış uygulanmasından bahsedilir ki, bu durum HMK m. 371 uyarınca temyiz sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

III. SÜBJEKTİF YORUM YÖNTEMİ

A. Genel Olarak

Sübjektif yorum yönteminin Türk pozitif hukukundaki dayanağını, TBK m. 19/I oluşturmaktadır. Düzenleme, temelinde yatan irade özerkliği ilkesi doğrultusunda teleolojik bir yoruma tâbi tutulduğunda, tarafların iradelerinin uyuşması ihtimalinde olası tüm objektif yorum sonuçlarını devre dışı bırakan bir niteliğe bürünmektedir. Bu tercih karşısında, açıklamaya hiçbir şekilde aksettirilmeyen ve muhatap tarafından gerekli yorum özeni gösterildiğinde dahi bilinebilir olmayan bir anlam üzerinde tarafların iradeleri tesadüfen ya da salt tahmin suretiyle buluşmuşsa⁹³⁵, bu anlama belirleyicilik tanınması gerekir. Objektif - somut yorum yönteminin hiçbir surette açıklayamadığı bu sonuca dayanak teşkil etmek üzere, sübjektif yorum yöntemine ihtiyaç vardır. Bu yöntem, irade açıklamasının, açıklamada bulunanın iradesi, diğer bir deyişle onun açıklamayla kastettiği anlam doğrultusunda yorumlanması esasına dayanmaktadır. Çalışmamızda sergilenen yaklaşım⁹³⁶ uyarınca sübjektif yorum yöntemine sadece, açıklama sahibinin iradesinin içeriğine objektif - somut yorum yöntemiyle ulaşılmamasının mümkün olmadığı hâllerde başvurulduğundan, sübjektif yorum yöntemi esas itibarıyla açıklamaya yansımayan iradenin açığa çıkarılmasına yönelmektedir.

B. Uygulama Alanı

Sübjektif yorum yönteminin uygulama alanı, objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanı dışında kalan hâlleri kapsamına alır. Dolayısıyla, bu çalışmada savunulan görüş uyarınca sübjektif yorum yöntemine, sadece taraflardan en az birinin iradesi ile açıklaması arasında uygunsuzluk bulunduğu patolojik durumlarda ve kural olarak açıklama muhatabının objektif - somut yorum sonucuna duyduğu korunmaya değer bir güvenin bulunmadığı ihtimallerde başvurulur. Öyleyse sübjektif yorum yönteminin

⁹³⁵ *Falsa demonstratio non nocet* ilkesinin uygulama alanını objektif - somut yorum sonucu ile sübjektif yorum sonucunun farklı olduğu bu gibi hâllerle sınırlandıran benzer içerikte görüş için bkz. Reinicke, 456, 457; Wieling, 525, 526.

⁹³⁶ Aynı doğrultuda bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 358, 361-364.

uygulanacağından söz edilebilmesi için, her şeyden önce objektif - somut yorum materyallerine yansımayan, muhatapça gerekli yorum özeni gösterilse dahi idraki mümkün olmayan bir iradenin varlığı -ve ispatlanmış olması- şarttır⁹³⁷. Buna ek olarak, yine kural itibarıyla, açıklama muhatabının, açıklamanın bu saklı iradeden farklılaşan objektif anlamına haklı bir güven duymamış olması da gerekir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, sübjektif yorum yöntemi öncelikle; tarafların iradelerinin objektif - somut yorum sonucu dışında bir anlam üzerinden uyuşması ihtimalinde devreye girer ve bu anlam üzerinden sözleşmenin kurulmasını sağlar. Bunun yanı sıra, açıklama sahibinin iradesi ile açıklamanın objektif - somut anlamı arasında bir uygunsuzluğun mevcut olduğu patolojik durumda, muhatabın haklı güveninin yokluğunda yine sübjektif yorum yöntemine başvurulur ve sözleşmenin kurulmadığında hükmedilir⁹³⁸. Haklı güvenin yokluğu her şeyden önce, muhatabın, açıklamaya hem objektif - somut yorum sonucundan hem de açıklama sahibinin iradesinden farklı bir anlam verdiği durumda gündeme gelir. Açıklamanın yorum faaliyeti neticesinde dahi yeterince belirlilik kazanmadığı ihtimal ile açıklama sahibinin açıklamada yanılmasının muhatapça fark edilebilir olması hâllerinde de yine korunmaya değer bir güvenin bulunmadığından söz edilir. Nihayet, muhatabın açıklamanın objektif - somut anlamına duyduğu bir haklı güven mevcut olsa dahi, bu anlamın açıklama sahibine isnadının mümkün olmadığı, görünüşteki açıklama sahibinin açıklamanın oluşturulması ve gerçekleştirilmesi sürecine hiçbir şekilde dahli bulunmadığı ihtimalde sübjektif yorum yöntemi uygulanarak bir irade açıklamasının yokluğuna hükmedilir.

Sübjektif yorum yönteminin uygulama alanına giren ihtimallerde yorum açıklama sahibinin iradesi doğrultusunda gerçekleştirileceğinden, onun fiil iradesinin ya da açıklama iradesinin mevcut olmaması hâlinde varılacak sonuç, irade açıklamasının yokluğudur. Zira bu ihtimallerde açıklamada bulunan, ya dış dünyaya yansıttığı fiili ya da bunun hukuk âleminde herhangi bir sonuç doğurmasını arzulamamaktadır. Bu nedenle anılan hâllerde bir sözleşmenin meydana gelmesine imkân yoktur. Fakat sadece işlem iradesinin eksikliği hâlinde, bir irade açıklaması vardır, ancak objektif - somut yorum sonucundan farklı bir

⁹³⁷ Bkz. ve karşı. Eva-Maria Belser, “Die Auslegung des Vertrages - Richterliche Inhaltsgestaltung zwischen Freiheit und Gerechtigkeit”, *L'européanisation du Droit Privé - Vers un Code Civil Européen?* (Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1988), 243; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 361; Koller, § 9, N. 4; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 18; Lange, 26, 27; BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.2; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.3.

⁹³⁸ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Eren, N. 421; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 220; Koller, § 3, N. 161.

içeriktir. Bu nedenle sadece işlem iradesi eksikse, muhatabın irade açıklamasının anlamının bu bahsedilen içerikle, yani açıklama sahibinin iradesiyle uyuşması hâlinde bir sözleşmenin varlık kazanması mümkündür.

C. Yorumun Konusu

Bu çalışmada savunulan görüş uyarınca subjektif yorum yönteminin sadece açıklamaya yansımayan bir iradenin varlığında devreye girmesi, ilk bakışta subjektif yorum yöntemi bağlamında yorumun konusunun açıklama eylemi dışında bir eylem ya da eylemler bütünü olduğu düşüncesini uyandırabilir. Gerçekten, muhatabın bilgisine sunulan yorum konusu ve yorum araçlarının içinde ifadesini bulmayan ve bunlarla ulaşılabilecek bulunmayan bir yorum sonucu bağlamında yorumun konusunun yine açıklama eylemi olduğundan söz edilmesi, ilk tahlilde yadırganmaya müsaittir. Fakat anlam meselesi doğru kavrandığında, yorumun konusu bakımından objektif - somut yorum yöntemi ile subjektif yorum yöntemi arasında bir fark bulunmadığı açığa çıkmaktadır. Zira kelimelerin ya da cümlelerin anlamı, bunların objektif anlamından, özellikle sözlük anlamından ibaret değildir. Subjektif yorum yöntemi çerçevesinde araştırılan subjektif anlam da, nihayetinde açıklama sahibinin dış dünyaya yansıttığı açıklamaya verdiği anlamın, diğer bir deyişle açıklama ile ne kastettiğinin ifadesidir⁹³⁹. Subjektif yorumun hedefini oluşturan irade de, bu çerçevede, açıklama sahibinin açıklamayla kastettiği içerikten başka bir şey değildir. Bu bağlamda, subjektif anlam da netice itibarıyla açıklama eyleminin anlamıdır ve subjektif anlam arayışında yorumun konusunu yine açıklama eylemi oluşturur. Öyleyse objektif - somut yorum yöntemi ile subjektif yorum yöntemi arasında, yorumun konusu bakımından bir fark bulunmadığı vurgulanmalıdır.

D. Yorumun Hedefi

Subjektif yorum yönteminde yorumun hedefi, doğrudan açıklama sahibinin iradesini⁹⁴⁰, daha doğrusu açıklama sahibinin açıklamayla kastettiği subjektif anlamı açığa çıkarmaktır⁹⁴¹. Dolayısıyla subjektif yorum, açıklamada bulunanın zihninde açıklamasıyla

⁹³⁹ Aynı doğrultuda bkz. Coing, § 133, N. 2, 7, 30; Hefermehl, § 133, N. 1; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 11; Eberhard Wieser, “Empirische und normative Auslegung”, *JZ* 40. Jahrgang, Heft 9 (1985): 407; Eberhard Wieser, “Wille und Verständnis bei der Willenserklärung”, *AcP* Bd. 189, Heft 1/2 (1989): 115.

⁹⁴⁰ Psikolojik anlamda irade ve hukukî anlamda irade ayrımı için bkz. Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 3.

⁹⁴¹ Bkz. ve karşı. Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, 6; Coing, § 133, N. 2, 7, 30; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1200; Hefermehl, § 133, N. 1; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 361; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 17; Mittelstädt, 52 vd.; Müller, Art. 18, N. 59; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 11; Stehle, 258; Şahin ve Çelt, 724; Wiegand, Art. 18, N. 12; Wieser, “Auslegung”, 407; Wieser, “Wille”, 115. Ayrıca karşı. BGE 143 III 157, 159; BGE 132 III 626, 632; BGE 122 III 106, 108, 109.

ilgili yer alan sübjektif tasavvur ve değerlendirmeleri araştırmaya yönelir. Çalışmamızda savunulan görüş uyarınca açıklama sahibinin iradesine objektif - somut yorumun sunduğu imkân ve materyaller çerçevesinde ulaşmak mümkün olduğu sürece sübjektif yorum yöntemi uygulanma imkânından yoksun olacağından⁹⁴², sübjektif yorum yöntemiyle ulaşmaya çalışılan, aslında açıklama sahibinin açıklama vakıasına yansımayan, açıklama bünyesinde ifadesini bulmamış iradesidir. Bu irade, sözleşmenin kurulması sürecinde hiç dışa yansımamış olup⁹⁴³ açıklama sahibinin açıklamadan sonraki davranışlarından anlaşılabilceği gibi, muhataba yansımayan bir biçimde, örneğin başka bir kimseye karşı açığa vurulmuş da olabilir⁹⁴⁴.

Hemen belirtmek gerekir ki sübjektif yorum yöntemi bakımından açıklama sahibinin açıklamayla kastettiği anlamın tespitinde belirleyicilik arz eden an, yine açıklamanın hüküm ve sonuç doğurduğu andır⁹⁴⁵. Açıklama sahibinin iradesinde bu andan sonra meydana gelen değişiklikler, irade açıklamasının sübjektif yorumunda dikkate alınmaz; olsa olsa sözleşmenin değiştirilip değiştirilmediği veya yeni bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı değerlendirmesine temel oluşturabilir⁹⁴⁶. Her ne kadar açıklama sahibinin sözleşme kurulduktan sonraki davranışları da sübjektif yöntem çerçevesinde yorum aracı olarak kullanılmaktaysa da, bunda amaç açıklama sahibinin sözleşme kurulduktan sonraki iradesinin belirleyici kabul edilmesi değil, açıklamanın hüküm ve sonuç doğurduğu andaki anlamına ulaşılmasıdır⁹⁴⁷.

E. Yorum Araçları

TBK m. 1/I ile TBK m. 19/I'in birlikte yorumlanması neticesinde yöntemler arasında tespit ettiğimiz ilişki çerçevesinde sübjektif yorum yönteminin ancak patolojik durumda, yani açıklamanın objektif - somut anlamından sapan irade ya da iradelerin varlığında uygulama alanı bulması, bu yöntem çerçevesinde yararlanılacak yorum araçlarının belirlenmesinde de yol göstericidir. Bu tespit karşısında sübjektif yorum yoluna gidilebilmesi için, objektif - somut yorum sonucundan ayrılan bir iradenin ispatlanmış

⁹⁴² Karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 361; Koller, § 9, N. 4; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 18; Lange, 26, 27.

⁹⁴³ Bir görüş, iç iradenin bir şekilde açıklanmış olmasını zorunlu görmekte, ancak bu açıklamanın zımnen ve dolaylı olarak da gerçekleştirilebileceğini öne sürmektedir. Bu yönde bkz. Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 3; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 25; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 26.

⁹⁴⁴ Bkz. ve karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 361, 362; Schönerberger ve Jäggi, Art. 1, N. 264.

⁹⁴⁵ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319.

⁹⁴⁶ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 28; Oftinger, "Auslegung", 195; Oser ve Schönerberger, Art. 18, N. 2.

⁹⁴⁷ Bkz. ve karş. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319, 320; Gauch, "Auslegung", 212, 213; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1223; Lange, 27; Oftinger, "Auslegung", 195; Wiegand, Art. 18, N. 29.

olması, bunun için de objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde kullanılan yorum araçları dışında araçların mevcudiyeti şarttır⁹⁴⁸.

İrade, zihinsel bir süreç olduğundan, doğrudan değil, dolaylı olarak, yani emare ispatı yoluyla ispatlanır⁹⁴⁹. Bu çerçevede yorum aracı olarak, hâkimin açıklama sahibinin iradesine ilişkin çıkarım yapmasına olanak tanıyan her türlü komşu vakıadan yararlanılabilir. Bunlara örnek olarak özellikle açıklama sahibinin sözleşme görüşmeleri sırasında ya da daha sonra muhatap dışındaki kimselere karşı yazılı ya da sözlü beyanları ile, kendi nezdinde tuttuğu, yani muhataba yansıtılmayan defter ve kayıtlar gösterilebilir⁹⁵⁰.

Ayrıca sübjektif yorumda, objektif - somut yorum yöntemi kapsamında bir yorum aracı olarak kullanılmaya elverişli bulunmayan, açıklama sahibinin açıklamadan sonraki davranışlarına da yorum aracı olarak başvurulabilir⁹⁵¹. Bu davranışların gözetilmesinde amaç, açıklama sahibinin, açıklamanın hüküm ve sonuç doğurduğu anda açıklamayla kastettiği anlamın⁹⁵² açığa çıkarılmasıdır. Bu kapsamda değerlendirmeye alınacak davranışların, muhataba ya da üçüncü kişiye karşı sergilenmiş olması mümkündür. Muhataba karşı olan davranışlardan ifa amacıyla sergilenen davranışlar ile yapılan açıklamalar özel önemi haizdir⁹⁵³. Fakat bilhassa yoruma ilişkin uyuşmazlıktan haberdar olan kişinin bu husustaki davranış ve beyanları ile yorumu manipüle etme ihtimali bulunduğundan, açıklamanın hüküm doğurduğu andan sonraki davranışların ispat sürecindeki değerini dikkatli ölçmekte fayda vardır⁹⁵⁴. Bu bağlamda bir ölçüt olarak, davranışın sözleşme görüşmelerine zamansal yakınlığı göz önünde bulundurulabilir.

⁹⁴⁸ Belser, 243; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 361; Koller, § 9, N. 4; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 18; Lange, 26, 27; BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.2; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.3.

⁹⁴⁹ Bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, § 12, III, F.

⁹⁵⁰ Bkz. ve karşı. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 361; Lange, 26, 27; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 264; BGer 4A_105/2011 vom 7. April 2011, Erw. 3.1.

⁹⁵¹ Gauch, "Auslegung", 212, 213; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1223; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319, 320, 361, 396; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 28; Lange, 27; Merz, BK, Art. 2, N. 155; Oftinger, "Auslegung", 195; Wiegand, Art. 18, N. 29; BGE 132 III 626, 632; BGE 107 II 417, 418; BGE 96 II 325, 333.

⁹⁵² Burada aslında, açıklama sahibinin kurulduğu iddia edilen sözleşmeyi sonradan nasıl yorumladığı görünür kılınmaktadır. Bkz. Danz, 73; Flume, *Rechtsgeschäft*, 300; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 28.

⁹⁵³ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 396; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 9; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 28; Wiegand, Art. 18, N. 29; Yarg. HGK, E. 981/6-420, K. 1983/1173, T. 18.11.1983 (Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, dn. 18); BGer 4C.100/2003 vom 20.6.2003, Erw. 2.2; BGE 132 III 626, 632. Sübjektif yorum kapsamında gözetilecek sonraki davranışlara ilişkin sair örnekler için bkz. Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 360; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 362.

⁹⁵⁴ Gauch, "Auslegung", 212, 213; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 396; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 28; Müller, Art. 18, N. 166; Oftinger, "Auslegung", 195. Taraflar arasında yorum uyuşmazlığı çıktıktan sonra taraflarca sergilenen davranışların yorum aracı olarak dikkate alınmaya elverişliliklerini tamamen kaybettiği yönünde bkz. Müller, Art. 18, N. 166.

Zamansal yakınlık azaldıkça, davranışın ispata ilişkin gücünün de azalacağı kabul edilmelidir. Diğer yandan açıklama sahibinin davada ileri sürdüğü iddialarla bağdaşmayan, yani aleyhine olan davranışlara, lehine olan davranışlara nazaran daha güçlü bir emare değeri atfedilebilir. Söz konusu davranışın, irade açıklamasının muhatabın hâkimiyet alanına varma anında mevcut olan bir iradeyi değil, sonradan ortaya çıkan bir iradeyi yansıttığı sonucuna varılırsa, artık bu davranış sübjektif yorum yöntemi yönünden bir yorum aracı olmaktan çıkar⁹⁵⁵. Böyle bir davranış, olsa olsa sonradan başka bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı ya da ilk sözleşmenin değişikliğe uğratılıp uğratılmadığı değerlendirmesine temel teşkil edebilir⁹⁵⁶.

F. Yorumun Üst Derece Mahkemelerince Denetimi

Objektif - somut yorum yönteminin ilk derece mahkemesi tarafından uygulanışının denetlenmesi bahsinde de ifade ettiğimiz üzere⁹⁵⁷ İsviçre doktrininde yorumun İsviçre Federal Mahkemesi tarafından denetlenebilirliğine ilişkin yürütülen tartışmaların merkezinde, sübjektif yorum faaliyetinin denetime açık olup olmadığı sorunu bulunmaktadır. Nitekim objektif - somut yorum yönteminin uygulanmasının bir hukukun uygulanması sorunu olduğu hususundaki görüş birliği, sübjektif yorum yöntemine geldiğinde yerini görüş ayrılığına bırakmaktadır. Vakıa sorunu - hukukun uygulanması sorunu ekseninde baş gösteren bu görüş ayrılıkları, Türk hukuku bakımından da, istinaf için olmasa da, temyiz kanun yolu bakımından önem arz etmektedir. Zira istinafta hem vakıaların tespiti ile delillerin değerlendirilişi hem de hukukun uygulanması denetlenebilirken⁹⁵⁸; HMK m. 371 uyarınca Yargıtay, temyiz aşamasında sadece hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisine sahip kılınmıştır⁹⁵⁹. Dolayısıyla sübjektif yorum yönteminin bir vakıa tespitine indirgenmesi, bu tespitin Yargıtay denetimi dışına çıkarılması anlamına gelir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları⁹⁶⁰ ve hâkim doktrin⁹⁶¹, sübjektif

⁹⁵⁵ Aynı doğrultuda bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319. Sonraki davranışların ilk irade açıklamasının yorum sonucunu değiştirebileceği şeklinde aksi yönde değerlendirme için bkz. Mittelstädt, 115 vd., 298 vd..

⁹⁵⁶ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 319; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 28; Merz, *BK*, Art. 2, N. 156; Müller, Art. 18, N. 167; Oftinger, "Auslegung", 195; Oser ve Schönenberger, Art. 18, N. 2.

⁹⁵⁷ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 12, II, F.

⁹⁵⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 598, 607, 608; Kuru, 488; Özkes, 2206 vd..

⁹⁵⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 606; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 637; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, 676; Kuru, 506; Özkes, 2277; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 486.

⁹⁶⁰ BGer 4A_571/2012, 4A_579/2012 vom 18. März 2013, Erw. 4.2.1; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_156/2008 vom 8. Juli 2008, Erw. 1.1; BGer 4C.108/2004 vom 29. August 2005, Erw. 2; BGE 138 III 659, 666, 667; BGE 135 III 410, 413; BGE 129 III 702, 707.

⁹⁶¹ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1201; Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 365, 366; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 74-76; Müller, Art. 18, N. 62. Türk doktrininde Sarıkaya, gerçek ve ortak iradenin

yorum yönteminin açıklama sahibinin iradesini açığa çıkarmaya yöneldiği ve iradenin bir vakıa niteliği taşıdığı gerekçesiyle, burada bir vakıa tespitinin ve dolayısıyla maddî bir sorunun mevcut olduğu yönünde bir duruş sergilemektedir. Buna göre ilk derece mahkemesinin sübjektif yorum yöntemini uygulayarak ulaştığı yorum sonucu, bir vakıa niteliği taşıması hasebiyle, Federal Mahkeme Kanunu'nda⁹⁶² öngörülen iki istisna (BGG Art. 97, Abs. 1; Art. 105 Abs. 2) dışında İsviçre Federal Mahkemesi'nin denetim alanı dışında kalmaktadır. Bu istisnalardan ilki vakıa tespitinin açıkça yanlış (*offensichtlich unrichtig*) olması, yani keyfi biçimde gerçekleştirilmiş bulunması; ikincisi ise vakıanın tespit edilmesi sırasında federal hukukun veya kanton hukuklarının ihlâlinin (BGG Art. 95) söz konusu olmasıdır⁹⁶³.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve hâkim doktrinin yaklaşımı, İsviçre doktrininde çeşitli yönlerden eleştiriye maruz kalmıştır. Bu eleştirilerden ilki⁹⁶⁴, önce sübjektif yorum yönteminin uygulanması, bu yöntem çerçevesinde iradeler arasında bir uyuşmanın gerçekleştiği sonucuna varılamazsa objektif nitelikli yorum yönteminin devreye girmesi esasına dayanan hâkim görüşe yöneltilen, her iki yorum yönteminde kullanılan yorum araçlarının aynı olduğu itirazıdır. Bu görüşteki yazarlara göre, yöntemler arasında gerçekçi bir ayırım yapılamaması, yapılan ayırımın az ya da çok keyfi temellere dayanması karşısında, yorumun denetlenebilirliği bakımından yapılan ayırma da sağlam gerekçeler üretmek güçtür.

Diğer bir eleştiride⁹⁶⁵ ise, iradenin içsel ve doğrudan ulaşılması mümkün olmayan bir süreç niteliği taşıdığına vurgu yapılmaktadır. Bu nedenle sübjektif yorum yöntemi uyarınca iradenin açığa çıkarılması, ancak iradeye ilişkin ipuçları veren emarelerden çıkarım yapılması yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Emarelerin değerlendirilmesi ve bunlardan iradenin ne yönde olduğuna ilişkin çıkarımlar yapılması, nihayetinde tecrübe kurallarının uygulanması anlamına geldiğinden, burada hâkim tarafından yapılan bir değerlendirmenin bulunmadığından söz edilemez. Bu durum karşısında, sübjektif yorum yöntemi de hukukun uygulanması sorunu olarak ele alınıp üst derece mahkemesi denetimine tâbi tutulmalıdır.

tespitinin kural olarak Yargıtay denetimi dışında kalacağını kabul etmekle birlikte, bu tespit esnasında kanunî bir yorum kuralının dikkate alınmaması ve böylece hukuk kuralının ihlâli söz konusuysa temyiz denetimine cevaz vermektedir. Bkz. Sarıkaya, 350, 351. Çalışmamızda savunulan görüş uyarınca kanunî yorum kuralları sadece objektif - somut yorum yönteminin uygulandığı hâllerde devreye girdiğinden, kanaatimizce sübjektif yorum yönteminde böyle bir istisna tanınması gündeme gelmez.

⁹⁶² Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, AS 2006 1205.

⁹⁶³ Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 365; Müller, Art. 18, N. 62; BGer 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013, Erw. 4.2; BGer 4A_517/2011 vom 10. Februar 2012, Erw. 1.4.

⁹⁶⁴ Bu yönde eleştiri için bkz. Honsell, "Willenstheorie", 349; Wiegand, Art. 18, N. 14, 42, 43. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. ve karşı. Baumann, Art. 2, N. 74.

⁹⁶⁵ Bu yönde eleştiri için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 77.

Yukarıda belirtilen görüşlere ve Türk hukukundaki duruma ilişkin olarak her şeyden önce belirtmek isteriz ki, çalışmamız çerçevesinde yorum yöntemleri arasında tespit ettiğimiz ilişki, hâkim düalist yaklaşım çerçevesinde bilhassa usulî açıdan, yani yorumun konusu ve yorum araçları bağlamında birbiri içine geçmiş durumda bulunan yöntemleri etkili biçimde birbirinden ayırmayı mümkün kılmaktadır. Olağan durumda öncelikle uygulanacak yorum yönteminin objektif - somut yorum yöntemi olduğu ve sübjektif yorum yönteminin ancak patolojik durumda ve belli şartlarla devreye gireceği yönündeki kanaatimiz, sübjektif yöntemin uygulama alanını daha dar bir alana hapsedmektedir⁹⁶⁶. Bu nedenle, hâkim doktrinden farklı olarak bizce, patolojik durumun gündeme gelmediği ihtimallerde uygulanan objektif - somut yorum yöntemidir ve Yargıtay'ın bu yöntem üzerinde denetim yetkisi zaten mevcut addedilmelidir. Sübjektif yorum yöntemine kalan sınırlı alan bakımından ise, İsviçre Federal Mahkemesi'nce sergilenen, bu alanı temyiz denetimi dışında bırakmaya yönelik ilkesel tavır, Türk hukukunda da benimsenmelidir. Nitekim HMK. m. 371, temyiz denetimini kararın hukuka uygunluğu ile sınırlandırmış; delillerin incelenmesi ve vakıaların tespiti bu çerçevede Yargıtay'ın denetim ve inceleme sahasına dâhil edilmemiştir. İradenin, açıklamanın objektif anlamından ve mahkemenin normatif değerlendirmelerinden bağımsız olarak, bireylerin zihinlerinde bulunan sübjektif tasavvur ve düşüncelerden ibaret olması, vakıa niteliği taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu anlamda sübjektif yorum yöntemi uygulanarak iradeye ulaşılması, bir vakıa tespiti olarak nitelendirilmelidir. Her ne kadar içsel niteliği dolayısıyla iradeye doğrudan ispat yoluyla ulaşmak mümkün değilse ve bu hususta dolaylı ispata, yani emare ispata (*Indizienbeweis*)⁹⁶⁷ başvurmak zorunluysa da⁹⁶⁸, bu durum netice varılan sonucun bir vakıanın tespit edilmesinden ibaret bulunduğu gerçeğini değiştirmez. Yine ispatın dolaylı niteliği dolayısıyla, komşu vakılardan, yani sübjektif yorum araçlarından hareketle asıl vakıa hakkında bir çıkarımda bulunulması tecrübe kurallarından (*Erfahrungssätze*)

⁹⁶⁶ Aynı yönde bkz. Jäggi, Gauch ve Hartmann, Art. 18, N. 368.

⁹⁶⁷ Emare ispatı hakkında bilgi için bkz. Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 43, 44; Oğuz Atalay, "Emare İspatı", *Manisa Barosu Dergisi* S. 70 (1999): 8 vd.; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001), 7, 8; Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (§ 14: İspat)*, 15. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 1620-1623; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 487; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, 459, 460; Halûk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 29; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 354-356; Sema Taşpınar, "Fiilî Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *AÜHFD* C. XLV, S. 1-4 (1996): 540, 541; Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 135, 136.

⁹⁶⁸ Bkz. ve karşı. Honsell, "Willenstheorie", 349; Kramer ve Schmidlin, Art. 18, N. 76, 77; Wiegand, Art. 18, N. 12, 18.

yararlanılmasını zorunlu kılar⁹⁶⁹. Fakat bu tecrübe kuralları, bunların uygulanması hukukun uygulanmasına benzetilmekle⁹⁷⁰ birlikte, birer hukuk kuralı değildirler ve hâkimin takdir alanında vazife görürler⁹⁷¹. Bu nedenle, salt tecrübe kurallarının işin içine dâhil olması, vakıa sorununun ötesine geçilmesi ve bir hukukun uygulanması sorununun gündeme gelmesi anlamını taşımaz⁹⁷². Bu çerçevede, ilk derece mahkemesinin ve istinaf mahkemesinin, sübjektif yorum yöntemi çerçevesinde açıklama sahibinin iradesinin içeriğine ilişkin tespitlerinin temyiz incelemesinde Yargıtay'ı bağlayacağı ve temyiz denetimi dışında kalacağı sonucuna varılmalıdır.

§ 12. YORUMU ÖZELLİK ARZ EDEN İRADE AÇIKLAMALARI

I. GENEL OLARAK

Bazı açıklamaların yorumunda, bunların taşıdıkları birtakım özellikler dolayısıyla, yoruma ilişkin genel düsturlardan kısmen ya da tamamen ayrılmak gerekmektedir. Bu özellikleri, anılan açıklamaların, yorumda farklılık arz eden yönleriyle, ayrı bir başlık altında ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Özellik arz eden yönleri itibarıyla ayrıca incelemeye tâbi tutulacak bu açıklamalar; şekle bağlı irade açıklamaları, genel işlem koşulu içeren irade açıklamaları, herkese açık öneriler ve susmadır.

II. ŞEKLE BAĞLI İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU

Şekle bağlı irade açıklamalarının yorumunun diğer irade açıklamalarına nazaran özellik taşımaya yol açan iki husus mevcuttur. Bunlardan ilki, TBK m. 17/I'de öngörülen, taraflarca bir iradî şekil kararlaştırılmış olması⁹⁷³ hâlinde belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmenin tarafları bağlamayacağı şeklindeki kuraldır. Öncelikle belirtelim ki TBK m. 12/II'de kanunî şekil şartına uyulmamasını kanun koyucu, sözleşmenin kurulmasıyla değil, geçerliliğiyle ilgili bir sorun olarak ele almış ve bunun sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracağını öngörmüştür. TBK m. 17/I'de ise, tarafların iradî olarak kararlaştırdıkları şekil

⁹⁶⁹ Bkz. ve karşı. Albayrak, 43, 44; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 1620-1623; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 487; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, 459; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 354-356; Taşpınar, 540, 541; Topuz, 135, 136.

⁹⁷⁰ Taşpınar, 545; Topuz, 124.

⁹⁷¹ Taşpınar, 545.

⁹⁷² İsviçre Federal Mahkemesi de (BGE 117 II 256, 258), tecrübe kurallarının vakıa tespiti amacıyla kullanıldığı hâllerde Federal Mahkeme'nin denetimine tâbi olmayacağına, ancak bu kurallar somut olayın ötesine geçerek bir hukuk kuralı işlevi üstlenirse, istisnaî olarak temyiz denetiminin gündeme gelebileceğine hükmetmiştir.

⁹⁷³ İradî şekil şartı, kanunî şekil şartının aksine dayanağını soyut bir kuralda bulmamakta, doğrudan tarafların iradesine dayanmaktadır. Bkz. İhsan Erdoğan, "Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları", *GÜHFD C. I, S. 1* (1997): 115.

şartına uyulmamasının yaptırımını olarak sözleşmenin tarafları bağlamayacağı düzenlenmiştir. İlk bakışta yine mevcut, ama geçersiz bir sözleşmeden söz edildiği görüntüsü çizen düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu düzenlemeye karşılık gelen OR Art. 16 Abs. 1 doğrultusunda yorumlandığında, farklı bir anlam kazanmaktadır. Nitekim OR Art. 16 Abs. 1'de, iradî şekil şartının varlığında, tarafların şekil şartı yerine getirilmediği sürece yükümlülük altına girmek istemediklerinin (“*nicht verpflichtet sein wollen*”) karine olarak kabul edileceği ifade edilmektedir. Buradaki yaptırım, geçersizlikten ziyade yokluğu çağrıştırmaktadır ki, kanaatimizce de düzenlemeden çıkarılması gereken budur⁹⁷⁴. Gerçekten taraflar, sözleşmeyi iradî olarak şekil şartına bağlamışlarsa bu karineten, tarafların açıklamalarını bu şekil şartına uygun şekilde gerçekleştirmedikleri sürece o açıklamayla bağlı olmak istemedikleri, yani hukuken bağlanma iradesine sahip olmadıkları anlamına gelir⁹⁷⁵. Bu açıdan bakıldığında TBK m. 17/I, bir açıklamanın bağlayıcı olup olmadığı konusunda çıkarımda bulunulmasını sağlayan bir yorum kuralı olarak kendisini göstermektedir⁹⁷⁶. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta, iradî şekil şartının kararlaştırıldığını, ancak taraflardan birinin bu şekli taşımayan bir açıklamada bulunduğunu tespit ettiğinde, anılan yorum kuralını uygulayarak sözleşmenin meydana gelmediği⁹⁷⁷ karinesinden hareket etmelidir. Ancak taraflar, sübjektif esaslı unsurları daha sonra yapacakları bir anlaşma ile sübjektif esaslı vasfından yoksun bırakabilirler. Bu çerçevede taraflardan biri, anlaşmayla sübjektif esaslı niteliğin bertaraf edildiğini ya da iradî şeklin ispat şekli olarak kararlaştırıldığını⁹⁷⁸ ispatlayarak TBK m. 17/I'de öngörülen karineyi çürütebilir. Benzer şekilde, taraflar iradî şekil şartına riayet ememiş olsalar bile, davada bunu hiç ileri

⁹⁷⁴ Aynı görüşte bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 597-599; Koller, § 12, N. 153; Jolanta Kren-Kostkiewitz, *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 1-18 OR, 2. Aufl.* (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2009), Art. 16, N. 5; Kut, Art. 16, N. 11. Önerenin, önerisinde kabul açıklamasının belirli bir şekil şartına uyularak gerçekleştirilmesini istemesi hâlinde bu şekil şartına uyulmamasının kabul açıklamasının yokluğuna yol açacağı yönünde benzer bir görüş için bkz. Oğuzman ve Öz, 67; Taşkın, 123, 124. Uygulanacak yaptırımın kanunî şekil şartına riayet edilmemesinin yaptırımıyla aynı ve dolayısıyla hükümsüzlük olması gerektiği yönünde ise bkz. Esener ve Gündoğdu, 195; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 31, N. 6; Kramer ve Schmidlin, Art. 16, N. 35; Schmid, N. 875-881; Schwenger, AT, N. 31.50; BGE 138 III 123, 128.

⁹⁷⁵ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 597; Müller, Art. 16, N. 64.

⁹⁷⁶ Aynı yönde bkz. Müller, Art. 16, N. 8.

⁹⁷⁷ Yarg. 15. HD, E. 2005/2513, K. 2006/587, T. 8.2.2006: “Kural olarak, karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen tam iki yanlı sözleşme olan "eser" sözleşmesi yazılı biçim koşuluna bağlı değildir. Buna göre, Borçlar Yasası'nın 1 ve 3. maddeleri uyarınca, iki taraf karşılıklı ve birbirlerine uygun onaylarını bildirince, sözleşme yapılmış olur ise de; aynı kanunun 13 ve 16. maddeleri gereğince taraflarınca "yazılı şekilde" yapılması kararlaştırılan sözleşme, yazılı olarak yapılmadıkça yanlar arasında akdi ilişki kurulmaz. Somut olayda da, ihale şartnamesinde sözleşmenin yazılı ve noterden onaylı olarak yapılacağı bildirilmiş ve davacı tarafından da önerilen bu şart kabul edilmiştir. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; yanlar arasında yazılı sözleşme yapılmadığından ve dolayısıyla akdi ilişki kurulmadığından, ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁷⁸ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 599.

sürmemişlerse ya da karşılıklı olarak sözleşmenin icrasına başlamışlarsa, bu da tarafların anılan iradî şekil şartından vazgeçtikleri şeklinde değerlendirilir ve artık sözleşmenin kurulduğuna hükmedilir.

İkinci olarak ise, şekil sorunu ile yorum sorununu birbiriyle bağlantılı olarak ele alan ima etme teorisi⁹⁷⁹ (*Andeutungstheorie*)⁹⁸⁰ üzerinde durulmalıdır. Söz konusu teori, bir hukukî işlemin yorum yoluyla tespit edilen anlamının geçerli kabul edilebilmesi için, bunun ancak şekil şartının sağlanmasına hizmet eden belgede kısmen ya da tamamen, doğrudan ya da dolaylı biçimde, hiç olmazsa ima edilerek ifadesini bulmuş olmasını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle, belgenin dışında yer alan yorum araçları, bu teoriye göre, ancak belgeden çıkarılabilen anlamla örtüşmekteyse başka bir yorum sonucuna yol açabilir; aksi hâlde yorum sonucu, belgeden çıkarılan anlam doğrultusunda belirlenir. Son dönemde anılan teori, doktrinde genel olarak, yorum sorunu ile şekil sorununu birbirine karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve bu sorunların birbirinden ayrı biçimde ele alınması gerektiği şeklinde bir duruş sergilenmektedir⁹⁸¹.

Kanaatimizce ima etme teorisinin ne lehinde ne de aleyhinde kesin bir tavır almak mümkündür. Zira anılan teori, aslında açıklamanın objektif - genel anlamıyla objektif - somut anlamı arasında bir fark bulunduğu ihtimalde, metinden çıkarılamayan objektif - somut anlamın ne derece şekil şartını sağlamış sayılacağı gibi, önemli bir soruna parmak basmaktadır. Bu konuda, ilgili sözleşme için öngörülen şekil kuralının amacından hareketle bir ayrıma gitmek yerinde olur⁹⁸².

Eğer şekil şartı salt taraflar bakımından etki sahibiyse ve üçüncü kişilerin menfaatlerini

⁹⁷⁹ Bu yönde nitelendirme için bkz. Eren, N. 1474.

⁹⁸⁰ Teori hakkında geniş bilgi için bkz. Hans Brox, “Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie”, *JA* 16. Jahrgang, Heft 10 (1984): 549 vd.; Inge Scherer, *Andeutungsformel und falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs* (Berlin: Duncker & Humblot, 1987), 61 vd.; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 31 vd..

⁹⁸¹ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Aksoy Dursun, “Yanlış Niteleme”, 149; Brox, “Andeutungstheorie”, 552; Ellenberger, § 133, N. 19; Eren, N. 1474; Hadzimanovic, 88; Ludwig Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte* (Frankfurt am Main: Athenäum, 1971), 155-158; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 479, 480; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 32, N. 20; Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 330; Scherer, *Andeutungsformel*, 46; Schwenzler, *AT*, N. 33.09; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 30; Wiegand, Art. 18, N. 54; Wolf ve Neuner, § 35, N. 36.

⁹⁸² Benzer görüşte bkz. ve karşı. Sarıkaya, 314, 315. Alman doktrininde, burada savunulan görüşe benzer şekilde şekil kuralının amacına göre bir ayrıma giden yazarlar mevcuttur. Örnek olarak bkz. Einsele, § 125, N. 24; Larenz ve Wolf, § 28, N. 90-93; Lüderitz, 194 vd.. Ayrıca karşı. Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 331. Fakat bu görüşteki yazarlar, bu ayrıma göre yanlış belirtme zarar vermez kuralının uygulanıp uygulanmayacağını tartışmakta, yani yorum sonucunu bu ayrıma göre farklı biçimde tayin etmektedirler. Bizim burada savunduğumuz görüş ise, anlamın her ihtimalde sözleşme metninden bağımsız biçimde belirleneceği yönündedir. Şekil kuralının amacının ne olduğu, yorum sonucu üzerinde bir etki doğurmaz. Şeklin amacına göre yapılan ayırım, anlamı anılan yolla tespit edilen sözleşmenin şekil yönünden geçerli olup olmadığı konusunda varılacak sonuçlara ilişkindir.

etkilemiyorsa, bu ihtimalde, objektif - somut yorum sonucu, metinde geçen objektif - genel anlamın ne yönde olduğuna bakılmaksızın belirleyici kabul edilmelidir. Her ne kadar üçüncü kişiler aynı belgeyle karşılaştıklarında, belgede yer alan ifadelerden bu objektif - somut anlamı çıkaramayacak olsalar da, bu üçüncü kişilerin korunmaya değer bir menfaati bulunmadığından, açıklamanın taraflar arasındaki anlamı esas alınmalı ve şekil şartının da bu anlam üzerinden karşılandığı yargısına varılmalıdır.

Şekil şartı üçüncü kişiler üzerinde etki doğurmakta, onların menfaatini etkilemekteyse, açıklamanın anlamıyla şekle riayet edilip edilmediği hususları, birbirinden ayrı biçimde ele alınmalıdır. Özellikle şeklin aleniyeti sağlama işlevinin öne çıktığı, örneğin tapu sicilinde işlem yapılmasını gerektiren sözleşmeler bakımından⁹⁸³ gündeme gelen bu ihtimalde, açıklamanın ve dolayısıyla sözleşmenin anlamı, şekil şartından tamamen bağımsız olarak tespit edilir. Fakat şekil şartına uyulup uyulmadığı denetlenirken, artık üçüncü kişilerin olası menfaatleri de devreye girdiğinden, açıklamanın metinden çıkarılabilen anlamının esas alınması gerekir. Buna göre, yorum sonucunda tespit edilen objektif - somut anlam, açıklamanın metninde kendisine hiçbir şekilde dayanak bulmuyorsa, yani metinden çıkarılamıyorsa, objektif - somut anlam üzerinden sözleşmenin kurulduğu, ancak şekil şartının sağlanmadığı sonucuna ulaşılır. Objektif - somut anlam kendisine metinde dayanak bulabiliyorsa, bu sefer hem bu anlam geçerli olur hem de şekil şartının sağlandığı kabul edilir. Fakat dikkat edilmesi gereken, şekil şartının objektif - somut yorum sonucuyla uyuşmaması hâlinde dahi yorumun sonucunu objektif - somut anlamın belirleyeceğidir. Ortada sadece, şekil şartını taşımayan bir irade açıklaması ve sözleşme mevcuttur. İma etme teorisi bu şekilde anlaşılrsa ve bu ihtimalle sınırlı olmak üzere, kanaatimizce isabetli addedilebilir.

Kanaatimizce Türk hukukunda şekle bağlı sözleşmelerde muvazaa ve yanlış belirtme ihtimallerinin yaptırımını, yukarıda belirttiğimiz doğrultuda tayin edilmeli ve gerekçelendirilmelidir. Şöyle ki, şekle bağlı sözleşmelerde anılan ihtimallerde sözleşmenin içeriği, şekil şartı göz ardı edilerek ve şekle bağlı olmayan sözleşmelerle aynı esaslar çerçevesinde belirlenir. Dolayısıyla objektif - somut yorumda muhatapın üzerine düşen dikkat ve özeni sergileyerek açıklamaya vermesi gereken anlam, sübjektif yorumda açıklama sahibinin gerçek iradesi, yorum sonucu olarak kabul edilir. Sözleşmenin içeriğini,

⁹⁸³ Doktrinde şeklin bu işlevi, şeklin genel koruma amacı başlığı altında ele alınmakta ve bu genel koruma amacının kamu düzenini sağlamak olduğu belirtilmektedir. Bkz. Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), 66.

metinde neyin yazılı olduğuna bakılmaksızın, bu şekilde tayin etmek gerekir. Bu doğrultuda, mutlak muvazaada sözleşmenin yokluğuna, nitelikli muvazaada ve yanlış belirtme ihtimallerinde ise tarafların gerçek iradeleri üzerinden sözleşmenin meydana geldiğine hükmedilir. Şekil şartının salt tarafların menfaatini etkilediği, üçüncü kişiler üzerinde ise bir etki doğurmadığı ihtimalde, gerçek iradelerin taşıyıcısı olan bu sözleşmenin şeklen de geçerli olduğu sonucuna varılır. Üçüncü kişilerin menfaatlerinin de şekil şartının koruma ve etki alanında kaldığı ihtimalde ise, şekil şartına riayet edilip edilmediği, sözleşme metninde yer alan ibarelerin objektif - genel anlamı çerçevesinde belirlenir. Gerçek iradelerin üzerinde birleştiği anlam metinde kendisine hiçbir şekilde dayanak bulamıyorsa ve objektif - genel anlam tarafından kapsanmıyorsa, kurulan sözleşmenin şeklen geçersiz olduğu yargısına ulaşılır. Görüldüğü üzere burada görünüşte işlem ve gizli işlem şeklinde iki ayrı işlemden ziyade, mevcut, ancak şeklen geçersiz tek bir işlem bulunmaktadır. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, İsviçre doktrininde hâkim olan ve son dönemde Türk doktrininde de karşılık bulan, nitelikli muvazaada “görünüşteki işlemi” yokluk yaptırımına tâbi tutmak şeklindeki görüş⁹⁸⁴, tek bir işlemin varlığından hareket etmesi bakımından isabetli addedilebilir.

III. GENEL İŞLEM KOŞULU İÇEREN İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU

TBK m. 20/I uyarınca genel işlem koşulları, düzenleyen tarafın, ileride birden çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere, önceden ve tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme düzenlemelerini ifade etmektedir⁹⁸⁵. Bu tür koşullar içeren irade açıklamalarının yorum bağlamında arz ettiği özelliği iki yönden ele almak gerekir. Bunlardan ilki, TBK m. 23'te açıkça düzenlenmiş olan, genel işlem koşulları içindeki bir hükmün açık ya da anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi ihtimalinde, düzenleyenin aleyhine, karşı tarafın ise lehine yorumlanması kuralıdır. Kanunî yorum ilkelerinin bir örneğini teşkil eden bu düzenleme, BGB § 305c Abs. 2'de açık olmama kuralı (*Unklarheitenregel*) şeklinde adlandırılmıştır⁹⁸⁶. Objektif - somut yorum faaliyeti neticesinde bulunan anlamın yeterli açıklığı haiz bulunmaması ya da birden çok anlama gelebilecek bir yorum sonucuna ulaşılması hâlinde, bu yorum ilkesi tâli olarak devreye

⁹⁸⁴ Bu yönde bkz. Eren, N. 1105 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1019; Güvenç, *İnançlı İşlem*, 144; Keller ve Schöbi, 194; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 35, N. 19.

⁹⁸⁵ Genel işlem koşulları hakkında genel bilgi için bkz. Cemal Oğuz, *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Ankara, 1993), 45 vd..

⁹⁸⁶ Karş. Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 63. TBK m. 23'te geçen açık ve anlaşılır olmama ibaresinin sadece genel işlem koşuluna hiçbir anlamın yüklenemeyeceği hâlde sınırlı olarak ele alınışı ve açık olmama kuralı (*Unklarheitenregel*) ifadesinin birden çok anlama gelme kuralı şeklinde ifadesi için bkz. Fahri Erdem Kaşak, “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)”, *AHBVÜHFD C. 23*, S. 3 (2019): 206.

girer⁹⁸⁷ ve düzenleyen aleyhindeki anlama belirleyicilik tanınmasını sağlar⁹⁸⁸.

Genel işlem koşullarıyla yorum arasında özellik arz eden ikinci bağlantı ise, esasında yürürlük denetimine ilişkin bulunan TBK m. 21 oluşturmaktadır. Düzenlemenin ilk fıkrasında, karşı tarafın menfaatine aykırı olan ve sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa hakkında açıkça bilgi verilmeyip onun bilgi sahibi olmasının sağlanmadığı veya karşı tarafın kabul etmediği genel işlem koşulları, yazılmamış sayılma yaptırımına tâbi tutulmuştur. İkinci fıkrada ise bu yaptırımın, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları için de uygulanacağı öngörülmüştür. Her ne kadar ilk bakışta açıkça seçilemese de, aslında burada da kanun koyucu tarafından sevk edilmiş bir yorum kuralı mevcuttur⁹⁸⁹. Gerçekten, objektif - somut yorum yöntemi çerçevesinde muhatabın açıklamaya vermesi gereken anlam, onun bilgi sahibi kılınmadığı koşullar⁹⁹⁰ ile sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan koşulları zaten kapsamaz. Sözleşme, eğer esaslı noktalar geride kalan hükümlerle tamamlanıyorsa, bu koşullar dışında kalan hükümler üzerinden kurulur. Buradan hareketle yazılmamış sayılma yaptırımı da, aslında yorum çerçevesinde genel işlem koşullarının bir kısmının objektif - somut anlamın ve dolayısıyla sözleşme muhtevasının dışında kalmasını ifade etmektedir. Elbette bu noktada TBK m. 21'in, emredici niteliği dolayısıyla kesin karine niteliğindeki⁹⁹¹ bir kanunî yorum kuralı olduğunu zikretmek gerekir.

IV. HERKESE AÇIK ÖNERİLERİN YORUMU

Herkese açık önerilerin yorumda teşkil ettiği özellik, somut bir muhataba yöneltilmedikleri ve böyle bir muhatap için meydana getirilmedikleri için, bunların

⁹⁸⁷ Bkz. ve karşı. Antalya, N. 2289, 2290; Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, 71, 72; Esener ve Gündoğdu, 239; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1232; Jäggi ve Gauch, Art. 18, N. 452; Kaşak, 212, 213; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 109; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 452.

⁹⁸⁸ Genel işlem koşullarının genişletici yorumunun muhataba değil, düzenleyene fayda sağlamasının kuvvetle muhtemel olması nedeniyle, burada aslında daraltıcı yorumun (*restriktive Auslegung*) bir görünümünün söz konusu olduğu yönünde bkz. Singer, *Staudinger Kommentar*, § 133, N. 63.

⁹⁸⁹ Alışıldık olmayan (*ungewöhnlich*) ya da şaşırtıcı nitelik taşıyan (*überraschende*) koşulların yürürlük denetimi çerçevesinde denetlenmesinin ve sözleşmeye dâhil olmamasının (*Ungewöhnlichkeitsregel*) güven ilkesinden türetilen bir kural olduğu yönünde bkz. Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999), 109, 110; Hadzimanovic, 93; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 201, 208; Sarıkaya, 317, 318; Wiegand, Art. 18, N. 55. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. ve karşı. Murat Topuz, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 1165 vd..

⁹⁹⁰ Düzenlemede karşı tarafın menfaatine aykırı ifadesine yer verilmesinin, yürürlük denetimi ile içerik denetiminin birbirine karıştırılması anlamına geldiği ve hâkimin yürürlük denetimi aşamasında koşulların karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığına bakmaksızın bir denetim gerçekleştireceği yönünde bkz. Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015), 37 vd..

⁹⁹¹ Kuralın kesin karine değil, varsayım niteliği taşıdığı yönünde bkz. Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, 96, 97.

yorumlanmasında esas itibarıyla objektif - genel anlamın belirleyici olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁹². Gerçekten bu tür açıklamaların objektif yorumunda, ancak açıklamanın sözlük anlamı ve bunun yanı sıra herkesçe bilinebilir nitelik arz eden açıklamaya eşlik eden şartlar dikkate alınabilir. Esasında, zaten açıklamada bulunan ile olası açıklama muhatapları arasında ayrı bir ilişki söz konusu olmadığı için, bu tür açıklamalarda muhatabın yorumda göz önünde bulundurabileceği başkaca bir yorum aracına hemen hemen hiçbir zaman ulaşamaz. Bu nedenle, aslında burada objektif - somut yorum yönteminin uygulanması da, yorumlayıcı büyük çoğunlukla objektif - genel anlama götürmektedir⁹⁹³.

V. SUSMANIN YORUMU

TBK m. 1/II uyarınca, sözleşmenin kurulması amacına yönelen irade açıklamaları açık ya da örtülü olabilir⁹⁹⁴. Örtülü irade açıklamaları arasında, özellikle irade faaliyetini ve susmayı zikretmek gerekir. İrade faaliyetinde, açık bir beyan olmaksızın, iradenin aktif davranışlarla, doğrudan icra edilmek suretiyle dışa vurulması söz konusudur⁹⁹⁵. Susma ihtimalinde ise, irade hareketsiz kalmak suretiyle, yani salt pasif bir davranışla ortaya koyulmaktadır⁹⁹⁶.

Kanaatimizce, bir açıklamanın örtülü olması, tek başına yoruma ilişkin genel düsturlardan ayrılmayı gerektirmez. Gerçekten, objektif - somut yorum yöntemi ile subjektif yorum yönteminin her biri, kural olarak, aynı şekilde bu açıklamalar bakımından da uygulanır. Özellikle irade faaliyetinde, bir beyandan söz edilemeye dahi nihayetinde aktif bir davranış söz konusu olduğundan, bunun yoruma ilişkin genel kural ve yöntemler çerçevesinde anlamlandırılmasında güçlüklerle karşılaşılmaz. Dolayısıyla örtülü irade açıklamaları, esas itibarıyla açık irade açıklamalarıyla aynı yorum ilke ve kurallarına tâbidir⁹⁹⁷.

Yoruma ilişkin genel ilke ve kuralların örtülü irade açıklamalarına aynen uygulanması

⁹⁹² Karş. Busche, § 133, N. 42; Hefemehl, § 133, N. 15; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 72; Wolf ve Neuner, § 35, N. 33.

⁹⁹³ Aynı doğrultuda bkz. ve karş. Singer, *Staudingers Kommentar*, § 133, N. 72.

⁹⁹⁴ Örtülü irade açıklamaları hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, N. 367 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 181, 182; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 3 vd.; Koller, § 3, N. 118 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 9 vd.; Müller, Art. 1, N. 38 vd.. Ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 11, II, A.

⁹⁹⁵ İrade faaliyetine ilişkin bilgi için bkz. Antalya, N. 481-483; Eren, N. 346; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 4, 5; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 20; Müller, Art. 1, N. 47-50; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 44; Topuz ve Canbolat, 5, 6. İrade faaliyetinin örtülü irade beyanı niteliği taşımadığı yönünde görüş ve tartışmalar için ayrıca bkz. Eren, N. 377; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 5.

⁹⁹⁶ Antalya, N. 484; Eren, N. 369.

⁹⁹⁷ Bkz. ve karş. Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, 37; Max J. Schläpfer, *Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht* (Zürich: Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co., 1937), 17.

kuralının istisnasını, salt pasif bir davranıştan ibaret olan susmanın yorumu oluşturur⁹⁹⁸. Susmanın yorumda teşkil ettiği özellik, aslında susan kişinin bir açıklamada bulunmuş sayılmayacağı⁹⁹⁹ şeklindeki yorum ilkesinden kaynaklanmaktadır. Sair irade açıklamaları esas itibarıyla bu tür bir ilkeye tâbi değilken ve yorumda bunların irade açıklaması değerine nötr biçimde yaklaşılırken, susma şeklindeki davranışlarda, davranışın irade açıklaması anlamına gelmediği kuralından hareket edilmektedir. Ancak somut olayda, açıklama sahibinin aktif bir davranış sergilemesinin, yani bir irade açıklamasında bulunmadığını açıkça dışa vurmasının beklendiği ihtimallerde, susmasının ona irade açıklaması olarak yükletilmesi gerekir¹⁰⁰⁰. Özellikle açıklama sahibi bir önerinin muhatabı konumundaysa, susmanın kabul sayılması, onun ret iradesini açıkça ortaya koymasının gereklilik arz ettiği ihtimaller bakımından gündeme gelir. Nitekim TBK m. 6'da, susmanın kabul niteliği taşıyıp taşımadığı hakkında bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır”.

Kanunun, işin özelliğinin ya da durumun gereğinin açıklamada bulunanın pasif kalmasının bir irade açıklaması olarak ona yükletilmesini gerektirdiği ihtimallerde, esasında muhatabın kendisine düşen dikkat ve özeni göstererek susmayı bir irade açıklaması olarak anlamlandırması söz konusudur¹⁰⁰¹. Diğer bir ifadeyle TBK m. 6 düzenlemesiyle aslında bir anlamda objektif - somut yorum yöntemine işaret edilmekte, bu yöntem uyarınca susmanın bir irade açıklaması olarak değerlendirileceği hâllerde irade açıklamasının varlığına hükmedilmektedir. Bu çerçevede anılan düzenlemenin, objektif - somut yorum yönteminin susma şeklindeki davranışlara uygulanmasını öngören bir hüküm olarak görülmesi yerinde olur¹⁰⁰². Dolayısıyla, düzenlemede salt susmanın kabul sayılıp sayılmayacağına ilişkin bir

⁹⁹⁸ Susmanın da yorumda diğer örtülü irade açıklamalarıyla aynı esaslara tâbi tutulacağı yönünde görüş için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 12; Schläpfer, 17.

⁹⁹⁹ Antalya, N. 484; Eren, N. 369; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 6; Oğuzman ve Barlas, N. 681; Şahin ve Çelt, 708; Taşkın, 146. Mecelle'de de bu doğrultuda bir hükme rastlanmaktadır. Mecelle'nin 67. maddesine göre, “*Sâkit'e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hacette sükût beyandır*”. Bkz. Cengiz İlhan, *Günümüz Türkçesiyle Mecelle, 2. Baskı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 53.

¹⁰⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 6; Oğuzman ve Barlas, N. 681; Şahin ve Çelt, 708. Susmanın kabul olarak nitelendirilebilmesi için susan kimsenin susmama olanağına da sahip bulunması gerektiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 6; Taşkın, 152.

¹⁰⁰¹ Bkz. ve karşı. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 6; Oğuzman ve Barlas, N. 190; Şahin ve Çelt, 708.

¹⁰⁰² TBK m. 6'nın (OR Art. 6) TBK m. 1/II'yi (OR Art. 1 Abs. 2) teyit eden bir düzenleme olduğu yönünde, aynı doğrultuda görüş için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 13; Topuz ve Canbolat, 6. OR Art. 6'nın, somut olayda susmanın sözleşme kurmaya yönelik bir irade ortaya koyup koymadığına bakılmaksızın, işlem güvenliği adına susma vakıasına kabul sonucunu bağlayan bir düzenleme olduğu ve bu nedenle OR Art. 1 Abs. 2'ye nazaran bir özel hüküm niteliği taşıdığı şeklinde farklı bir görüş için ise bkz. Becker, Art. 6, N. 1; Schläpfer, 33 vd.. Susmanın kabul sayılıp sayılmayacağına ilişkin TBK m. 1 çerçevesinde

değerlendirmede bulunulmuşsa da, susmanın olası bir öneri niteliğinin araştırılmasında da aynı esastan hareket edilmelidir. Ancak temel ilke susmanın irade açıklaması sayılmayacağı yönünde olduğundan, burada muhatabın, haklı güveninden söz edilebilmesi için sergilemesi gereken dikkat ve özenin boyutunun arttığını söylemek pekâlâ mümkündür¹⁰⁰³. Hemen belirtelim ki taraflar başka bir sözleşmede susmanın kabul sayılacağını kararlaştırmışlarsa, susma artık örtülü bir irade açıklaması olmaktan çıkar, açık bir irade açıklaması niteliğine bürünerek kabul vasfını elde eder¹⁰⁰⁴.

Kanun gereği susmanın bir irade açıklaması ve bir kabul olarak nitelendirildiği hâllere verilebilecek en güzel örnek, vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 503 düzenlemesidir. Düzenlemeye göre, “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır”. Bir başka örnek olarak ise, sigorta sözleşmelerine ilişkin TTK¹⁰⁰⁵ m. 1405/1’e işaret edilebilir. Hükme göre, “Sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır”. Bu örneklerin her ikisinde de, susmanın kabul sayılması kanunî bir yorum kuralından ileri gelmektedir. İşin özelliğinden ya da durumun gereğinden susmanın kabul anlamına geldiği sonucunun çıkarılmasına verilebilecek örnek ise, öneriye çağırmada bulunan kimsenin, bunun üzerine muhatabının kendisine ilettiği öneriye karşı sessiz kalması hâlinde öneriyi kabul etmiş sayılmasıdır¹⁰⁰⁶. Yine, daha önce birden çok kez sözleşmeler akdeden ve bu çerçevede süreklilik arz eden bir ilişki içinde bulunan taraflar arasında yapılan irade açıklamaları bakımından da, susma kural olarak kabul sayılır¹⁰⁰⁷.

Susma ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir başka husus, teyit mektubuna karşı sessiz kalmanın sözleşmenin kurulması alanındaki olası sonuçlarıdır. Teyit mektubu (*Bestätigungsschreiben*), bilhassa ticarî ilişkilerde, tarafların sözlü olarak akdettikleri bir

belirleneceği, TBK m. 6’nın ise yalnızca, hükmün kapsamına giren hâllerde önerenin önerisi ile bağlı kalacağı sürenin tespitine ilişkin bir düzenleme olduğu yönünde bir başka görüş için ise bkz. Taşkın, 149.

¹⁰⁰³ Karş. Topuz ve Canbolat, 5.

¹⁰⁰⁴ Eren, N. 366, 367; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 12. Şahin ve Çelt’e göre, bir kanun hükmünün susmaya açıkça kabul sonucu bağladığı hâllerde susma, örtülü irade açıklaması değil, açık irade açıklaması niteliği taşır. Bkz. Şahin ve Çelt, 708.

¹⁰⁰⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, RG, 14.02.2011, S. 27846.

¹⁰⁰⁶ Bkz. Eren, N. 776; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 422; Kırca, 113; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 20, N. 5; Kramer ve Schmidlin, Art. 7, N. 6; Müller, Art. 7, N. 18. Ayrıca karş. Taşkın, 153, 154. Konuya ilişkin açıklama için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 11, II, B.

¹⁰⁰⁷ Aybay, 32; Taşkın, 152, 153.

sözleşmeye ilişkin olarak, taraflardan birinin diğerine gönderdiği, bu sözleşmenin içeriğini tespit ve teyit eden bir yazıdır¹⁰⁰⁸. Söz konusu mektup, tacirler açısından TTK m. 21/III’te düzenlenmiş¹⁰⁰⁹ ve teyit mektubunu alan kişinin, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmaması hâlinde bu mektubun taraflar arasında akdedilen sözleşmeye ya da açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılacağı öngörülmüştür.

Sözleşmenin kurulması bakımından tartışılması gereken, teyit mektubunun gönderilmesinin ve teyit mektubuna karşı susan kişinin davranışının öneri ya da kabul olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki teyit mektubu, kural olarak daha önce kurulmuş bir sözleşmenin içeriğini teyit eden, bildirici nitelikte bir belge olduğu için, sözleşmenin kurulmasıyla ilişkili bir soruna dayanak teşkil etmez¹⁰¹⁰. Burada anılan belge, en fazla bir ispat aracı hükmündedir¹⁰¹¹. Konunun sözleşmenin kurulmasıyla ilgisi, teyit mektubunun taraflar arasında sözlü biçimde akdedilen sözleşmenin içeriğinden kısmen ya da tamamen ayrılan düzenlemeler içermesi ihtimalinde ortaya çıkmaktadır¹⁰¹². Kanaatimizce böyle bir durumda teyit mektubu sözleşmenin değiştirilmesine ya da yeni bir sözleşmenin kurulmasına yönelik bir öneri niteliği kazanır. Bu önerinin sahibi, kendisinden beklenen dikkat ve özeni sergilediğinde muhatabın susmasını kabul şeklinde anlamlandırmaya izinli ise, teyit mektubuna karşı susma, önerinin kabulü anlamına gelir¹⁰¹³. Fakat burada, ana kuralın susmanın bir irade açıklaması addedilmemesi yönünde olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu çerçevede, mektubu gönderenin yaptığı değişikliklerin, mektubun muhatabının lehinde olduğu veya sözlü olarak sadece ana hatları üzerinde durulan sözleşmeyi mantıken tutarlı biçimde detaylandırmaktan ibaret bulunduğu ihtimallerde susmanın kabul sayılmasına izin verilmesi isabetli olur¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 7.

¹⁰⁰⁹ TTK m. 21/III: “Telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.”

¹⁰¹⁰ Ernst A. Kramer, “Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben aus rechtsgeschäftlicher Vertrauensgrundsatz”, *Recht* (1990): 100; Kramer ve Schmidlin, Art. 6, N. 91.

¹⁰¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 8; Kramer ve Schmidlin, Art. 6, N. 84.

¹⁰¹² Kramer, “Bestätigungsschreiben”, 101.

¹⁰¹³ Bkz. ve karşı Kramer, “Bestätigungsschreiben”, 103, 104.

¹⁰¹⁴ Aynı görüşte bkz. Kramer, “Bestätigungsschreiben”, 104, 105. Konu ve konuya ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Canaris, *Vertrauenshaftung*, 206 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 1162 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 14, N. 9; Kramer ve Schmidlin, Art. 6, N. 87 vd.; Larenz ve Wolf, § 30, N. 29; Taşkın, 171 vd.. Ayrıca bkz. ve karşı BGE 71 II 223; BGE 114 II 250.

§ 13. YORUMUN SONUÇLARI

I. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

A. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında hâkimin temel amacı sözleşmenin kurulup kurulmadığını tespit etmektir. Bu kapsamda anılan yorum faaliyetinin iki muhtemel sonucu mevcuttur: sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin kurulmaması.

Sözleşmenin kurulması sonucuna, yorum faaliyetinin yorumlayıcı, yorum yoluyla araştırılacak üç hususun tamamının mevcut olduğu yargısına ulaştırması hâlinde varılır. Bu bağlamda, objektif - somut yorum yöntemi ya da sübjektif yorum yöntemi uygulandığında, yorum sonucu olarak en az iki irade açıklamasının varlığının yanı sıra, bunların kesin ve birbirine uygun olduğu da tespit edilirse, sözleşme kurulmuştur.

Sözleşmenin kurulması ihtimalinde, irade açıklamaları arasındaki uygunluk çoğunlukla her iki açıklamanın da objektif - somut anlamları arasında gerçekleşir. Zira tarafların iradeleri ile açıklamaları arasında bir uygunsuzluğun bulunmadığı olağan durumda uygulanan yöntem budur. Ayrıca patolojik durumlarda da, açıklamanın objektif anlamına muhatabın haklı güven duyduğunun karineten kabul edilmesi, bu yöntemin uygulama alanını genişletmektedir. Muhatabın, kendisine yöneltilen öneriye karşı yaptığı açıklama çoğu kez salt onay içerikli olduğundan, karşı açıklama da önerinin anlamını yansıtır. Böylece her iki açıklama da objektif - somut yorum yöntemiyle anlamlandırılmış ve sözleşme kurulmuş olur. Objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanından çıktığı ihtimallerde ise sözleşmenin meydana gelmesi, esas itibarıyla her iki tarafın da sübjektif yorum yöntemi uygulanarak keşfedilen iradeleri arasında bir uygunluğun bulunmasıyla gerçekleşir. Fakat muhatabın öneriye karşı yaptığı açıklamanın öneriyi aynen yansıtmadığı ve kendi muhatabının gözünden ayrıca yoruma tâbi tutulacağı durumlarda¹⁰¹⁵ sözleşme, bir irade açıklamasının objektif - somut anlamıyla diğer irade açıklamasının sübjektif anlamı arasındaki uyuşmayla da varlık kazanabilir.

¹⁰¹⁵ Objektif - somut yorum yönteminin uygulandığı hâllerde muhatabın karşı açıklamasının ne zaman önerinin anlamını aynen yansıtacağına, ne zaman ise kendi muhatabı gözünden ayrıca yoruma tâbi tutulacağına ilişkin değerlendirmeler için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 11, IV.

B. Objektif - Somut Yorum Yönteminin Uygulandığı İhtimalde Sübjektif Unsurdaki Eksikliklerin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi

Objektif - somut yorum yöntemi, taraflardan birinin iradesi ile açıklaması arasında bir uygunsuzluğun mevcut olduğu patolojik hâllerde devreye girerek muhatabın haklı güveninin korunması amacıyla sözleşmenin kurulmasına imkân tanımaktadır. Dolayısıyla objektif - somut yorum yönteminin uygulandığı ve objektif - somut yorum sonucunun belirleyici kabul edildiği hâllerde sözleşme, taraflardan birinin iradesine aykırı bir şekilde ya da aykırı bir içerikte meydana gelmiş olabilir. İrade ile açıklama arasındaki bu uygunsuzluğun sözleşmeyi nasıl etkileyeceğinin, bir yandan fiil iradesi yönünden, diğer yandan ise işlem iradesi ve açıklama iradesi yönünden, iki başlık altında ele alınmasında fayda vardır.

1. Fiil İradesinin Bulunmaması

Yukarıda, TMK m. 15 ile TMK m. 1/I'in sistematik yorumu bağlamında detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere, fiil iradesinin bulunmaması, irade açıklamasının yokluğu sonucunu doğurmadığı gibi, tek başına sözleşmenin kurulmamasına da yol açmaz¹⁰¹⁶. Zira TMK m. 13 uyarınca yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve buna benzer sebeplerden biriyle (baygınlık, koma, hipnoz vb.) akla uygun biçimde davranma yeteneğini kaybeden kişiler ayırt etme gücünden yoksun kabul edilmiş; TMK m. 15 ile ise ayırt etme gücünün yokluğuna kesin hükümsüzlük yaptırımını bağlanmıştır¹⁰¹⁷. Ayırt etme gücünün bulunmadığı hâller aynı zamanda fiil iradesini de ortadan kaldıracığı için, kanun koyucunun fiil iradesinin yokluğu bağlamında seçtiği yaptırımın yokluk değil, kesin hükümsüzlük olduğu tespit edilmektedir. Mutlak kuvvet altındaki davranışlar ve refleks davranışları da netice itibarıyla kişinin, davranışları üzerindeki hâkimiyetini, onları yönlendirme yetisini kaybetmesi sonucunu doğurduğundan, bunlar da ayırt etme gücünün yokluğu ile aynı akıbete tâbi tutulmalıdır¹⁰¹⁸. Dolayısıyla bunlara da, TMK m. 15'in kıyasen uygulanmasıyla kesin hükümsüzlük yaptırımını bağlanmalıdır. Tüm bunlardan hareketle, fiil iradesinin yokluğunun, kurulan sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracağı kabul edilmelidir¹⁰¹⁹.

TBK m. 114/II'de yer alan, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin sözleşme

¹⁰¹⁶ Türk hukukunda genel kabul gören görüşün ise, fiil iradesinin yokluğunda bir irade açıklamasının mevcudiyet kazanamayacağı yönünde olduğu göze çarpmaktadır. Bu yönde bkz. Antalya, N. 452; Eren, N. 350; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 12, N. 2.

¹⁰¹⁷ Buradaki yaptırımın kesin hükümsüzlük olduğu yönünde bkz. Antalya, N. 710; Eren, N. 727; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 228; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 43, N. 2; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 74-76.

¹⁰¹⁸ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Neuner, "Willenserklärung", 884.

¹⁰¹⁹ Konu hakkında detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, B.

sorumluluğunda kıyasen uygulanacağına ilişkin düzenleme uyarınca, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin TBK m. 65 ve ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin haksız fiillerinden sorumluluğunu öngören TBK m. 59, sözleşme sorumluluğu alanında da kıyasen uygulanabilmektedir¹⁰²⁰. Doktrin, anılan düzenlemelerin sözleşme sorumluluğu bakımından uygulanma imkânı, culpa in contrahendo sorumluluğunu da kapsayacak şekilde yorumlamaktadır¹⁰²¹. Bu düzenlemelerin, ayırt etme gücünün kaybı hâlleriyle sınırlı tutulmayıp, fiil iradesinin kaybı niteliği taşıyan diğer hâllere (mutlak kuvvet altındaki davranışlar, refleks davranışları) de kıyasen uygulanması kanaatimizce isabetli olur. Bu çerçevede, hakkaniyetin gerektirdiği ihtimallerde fiil iradesinden sürekli olarak yoksun bulunan kişi TBK m. 65 uyarınca culpa in contrahendo sorumluluğuyla karşı karşıya kalabilir. Fiil iradesini geçici olarak kaybeden kişi ise, TBK m. 59 çerçevesinde fiil iradesini kaybetmede kusursuz olduğunu ispatlayamadığı sürece culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde, muhatabının sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle uğradığı menfi zararı karşılamak durumundadır.

2. Açıklama İradesinin ve İşlem İradesinin Bulunmaması

İşlem iradesinin yokluğundan bahsedildiğinde ilk akla gelen patolojik durumu, açıklamada yanılma oluşturmaktadır. Gerçekten açıklamada yanılma, açıklama sahibinin, açıklamasının anlamına ilişkin eksik veya yanlış düşünce ve tasavvurlarını ifade etmektedir¹⁰²². Bu yanılma türü, tipik olarak açıklama sahibinin işlem iradesiyle objektif-somut yorum sonucu arasında istenmeden meydana gelen uygunsuzluk ihtimalinde ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, TBK m. 31/I'de açıklamada yanılma adı altında gündeme gelebilecek ihtimallerin önemli bir kısmını sayarak bunların esaslı nitelik arz ettiği yönünde bir değerlendirme ortaya koymuş, TBK m. 30'da ise esaslı yanılmanın yaptırımını, yanılmanın “sözleşmeyle bağlı olmaması” şeklinde tayin etmiştir. Burada “sözleşme” ile bağlı olmamaktan söz edilmesi, işlem iradesinin eksikliğinin bir sözleşmenin meydana gelmesine engel olmayacağına göstergesidir. Öyleyse, açıklama sahibinin, objektif - somut yorum yönteminin uygulanması neticesinde, istemeden işlem iradesine uygun olmayan bir sözleşmenin tarafı hâline gelmesi ihtimalinde, yanılmanın esaslı nitelik taşıması kaydıyla,

¹⁰²⁰ Bu yönde bkz. Ataay, 115; Bigler-Eggenberger, Art. 18, N. 21; Brehm, Art. 54, N. 49; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 18, N. 33; Eren, N. 1905, 3322, 3335; Öztan, 87; BGE 102 II 226, 230.

¹⁰²¹ Bu yönde bkz. Ataay, 115; Bigler-Eggenberger, Art. 18, N. 21; Brehm, Art. 54, N. 50; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 18, N. 32; Hausheer ve Aebi-Müller, *Personenrecht*, N. 07.42; Helvacı, “Temyiz Kudreti”, 161.

¹⁰²² Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 809; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 308.

onun bu sözleşmeyle bağlı olmaması yaptırımını uygulanır.

Kanaatimizce açıklama iradesinin yokluğu ihtimalinde devreye girecek yaptırım da farklı olmamalıdır¹⁰²³. Bu ihtimalde de TBK m. 31'in doğrudan ya da hiç değilse kıyasen uygulanmasıyla, açıklama iradesine sahip bulunmayan kimsenin kurulan sözleşmeyle bağlı olmadığına hükmedilmelidir¹⁰²⁴. Bunun gerekçesi olarak, özellikle işlem iradesi ile açıklama iradesi arasındaki ayrımın yapaylığı nedeniyle menfaatler dengesinin her iki iradenin yokluğunda da aynı şekilde kurulması gerekliliğine işaret edilebilir¹⁰²⁵.

Taraflardan birinin işlem iradesi ve/veya açıklama iradesiyle açıklaması arasında farkında olmadan yarattığı uygunsuzluk çerçevesinde meydana gelen sözleşmeler bakımından uygulanacak “sözleşmeyle bağlı olmama” yaptırımını, açıklama sahibinin kusurlu olması şartına da bağlı değildir¹⁰²⁶. Nitekim kanun koyucu, TBK m. 35/I'de culpa in contrahendo sorumluluğunu açıkça “yanılanın yanılmasında kusurlu olması” hâlinde kabul etmiştir. Bu şartın zikredilmesine gerek duyulması, yanılmanın açıklama sahibinin kusuru olmaksızın da gündeme gelebileceğinin göstergesidir. Bu çerçevede, gerek açıklama iradesinin gerekse de işlem iradesinin yokluğu bakımından, açıklama sahibi kusursuz ya da bir sözleşmenin kurulması sonucunu öngöremeyecek olsa dahi sözleşme meydana gelir. Bu ihtimalde, açıklama sahibi tarafından işlem iradesinin veya açıklama iradesinin taşıyıcısı olmayan bir irade açıklamasının istenmeden ortaya koyulduğu söylenebiliyorsa, esaslılık şartının da sağlanmasıyla sözleşmeyle bağlı olmama yaptırımını uygulanır.

Somut olaydaki açıklamada yanılma, TBK m. 31/I'de sayılan hâllerden birinin kapsamına dâhil edilebiliyorsa, yanılmanın esaslı niteliği doğrudan kanun koyucu tarafından tayin edilmiş olmaktadır. Bu çerçevede yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için, istediği konudan başka bir konu için, istediği kişiden başka bir kişiye veya istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim ya da az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa, bu yanılma esaslıdır. Anılan fıkra kapsamına girmeyen hâllerde ise esaslılık değerlendirmesi, subjektif ve objektif esaslılık şartları gözetilerek gerçekleştirilmeli, her iki açıdan da esaslı olan açıklamada yanılma hâllerinin sözleşmeyle bağlı olmama sonucunu

¹⁰²³ Açıklama iradesinin yokluğunun sonuçlarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, I, C, 2.

¹⁰²⁴ Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 65, 209-211; Musielak, “Wille und Erklärung”, 791 vd., 800, 801.

¹⁰²⁵ Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 210.

¹⁰²⁶ İşlem iradesi yönünden aynı görüşte bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 828; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 116; Schmidlin, *BK*, Art. 26, N. 5. Açıklama iradesi yönünden aynı görüşte bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 65, 209-211; Musielak, “Wille und Erklärung”, 791 vd., 798, 800, 801.

doğuracağı kabul edilmelidir. Sübjektif esaslılık şartı, açıklama sahibinin açıklamasıyla iradesi arasındaki uygunsuzluğun sözleşmenin kurulması bağlamında önemli nitelik taşıması; objektif esaslılık şartı ise bu uygunsuzluğun, alışveriş hayatındaki genel bakış açısına göre açıklama sahibinin bu uygunsuzluğu fark etseydi sözleşmenin hiç ya da mevcut hâliyle yapılmayacağı sonucuna varmaya elverişli nitelik arz etmesidir¹⁰²⁷. Özellikle açıklamada bulunanın açıklama iradesine sahip olmadığı ve dolayısıyla herhangi içerikte bir sözleşme akdetmek istemediği ihtimallerde, her iki yönden de esaslılığın varlığı kabul edilmelidir.

Esaslı açıklamada yanılma durumunda TBK m. 39/I uyarınca ise yanılan, yanılmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmemesi veya verdiği şeyi geri istememesi hâlinde sözleşmeyi onamış sayılmaktadır. Bu yaptırımın niteliği tartışmalı olmakla birlikte, kanun koyucunun, kendisini bilhassa TBK m. 19/I'de açıkça gösteren, irade özerkliğini baskın ilke olarak kabul etme yönündeki eğilimi karşısında, kanaatimizce “sözleşmeyle bağlı olmamak” ve “onamış sayılır” ibarelerinin bilinçli şekilde tercih edildiği sonucuna varılmalıdır. Zira kanun koyucu, irade özerkliği ilkesini gözeterek, açıklama sahibinin açık ya da bir yıl sessiz kalmak şeklindeki örtülü onama iradesi gelmedikçe, onu kurulan sözleşmeyle bağlı tutmamak yönünde bir tavır sergilemektedir. Bu doğrultuda açıklamada yanılmanın yaptırımının düzelebilir hükümsüzlük olduğu kabul edilmelidir¹⁰²⁸. Açıklamada bulunan, TBK m. 39/I uyarınca, sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmek veya verdiği şeyi geri istemek suretiyle, mevcut hükümsüzlüğü kesinleştirme imkânına sahiptir. Aksi hâlde yanılmanın öğrenildiği andan itibaren bir yılın geçmesiyle sözleşme yapıldığı andan başlayarak, yani geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur¹⁰²⁹. Mevcut hükümsüzlüğün kesinleşmesi ihtimalinde yanılan, kusurluysa, muhatabın sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle uğradığı menfi zarardan, culpa in contrahendo

¹⁰²⁷ Şartlara ilişkin bkz. Kanışlı, 382, 383; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 159; Koller, § 14, N. 112; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 32 vd.; Schwenzer, *AT*, N. 37.02.

¹⁰²⁸ Aynı yönde bkz. Peter Gauch, “Vertrag und Parteiwille”, *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht* (Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1982), 355 vd.; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 890 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 36, N. 69; BGE 114 II 131, 142, 143; Yarg. HGK, E. 2006/1-83, K. 2006/143, T. 5.4.2006: “Hemen belirtilmelidir ki, hata ile malul olan akit, hataya duçar olan tarafı ilzam etmez ise de; hata ile müzlem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazarıyla bakılır. Bu mehil, hatanın anlaşıldığı tarihten itibaren cereyan eder (BK m. 31). Buna göre hatanın neticesi, taliki şarta bağlı sıhhattir ve hata edene tanınan inşai hakkın, bir sene zarfında kullanılması gerekir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 36, N. 65.

sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olur (TBK m. 35/I)¹⁰³⁰.

Bu noktada, işlem iradesinin bulunmadığı bazı ihtimallerde ise, sözleşme meydana gelse dahi açıklamada yanılmaya başvurma imkânının mevcut olmadığını belirtmek gerekir. Açıklamada yanılmadan söz edilebilmesi için, açıklama sahibinin, davranışı neticesinde, iradesine uygun olmayan bir irade açıklamasının varlık kazanmasına bilinçli şekilde neden olmamalıdır. Kasten, farkında olarak gerçekleşen bir yanılmadan, bu bakımdan söz edilemez¹⁰³¹. Dolayısıyla, zihni kayıt (*Mentalreservation*) olarak adlandırılan, bilerek ve isteyerek gerçek iradesine uygun olmayan bir açıklamada bulunma hâlinde, bir irade açıklaması ve bir sözleşme meydana gelse dahi, açıklamada yanılma hükümleri uygulanmaz¹⁰³². Aynı doğrultuda, iradesiyle uyuşmayan bir irade açıklamasının meydana gelebileceğini öngörebilen ve bunu bir şekilde göze alan kişinin de yanıldığından söz edilemez¹⁰³³. Boş kâğıda imza atılmasını ifade eden açığa imza (beyaza imza, *Blankunterschrift*) ihtimalinde durum böyledir ve bu nedenle açıklamada yanılma hükümlerine başvurma yolu kapalıdır¹⁰³⁴. Okunmadan imzalanan belge (*die ungelesene unterzeichnete Urkunde*) bakımından da, belgenin, içeriği ne olursa olsun geçerli olması göze alınarak imzalanması ihtimalinde açıklamada yanılma hükümlerinin uygulanmasına, kanaatimizce de isabetli biçimde sıcak bakılmamaktadır¹⁰³⁵. Fakat imzalayanın zihninde

¹⁰³⁰ Yanılma durumunda culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Demircioğlu, 214 vd.; Ümit Gezder, *Türk / İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009), 150, 151; Ilgın, 29 vd..

¹⁰³¹ Seyfullah Edis, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973), 7, 8; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 763; Kanışlı, 59, 60; Klausberger, 22; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 33; Nina Reiser, *Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2010), N. 9; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 14; Ingeborg Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, Kommentar zu Art. 11-17, 23-31 OR, 5. Aufl.* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), Art. 23, N. 3; Schwenzer, *AT*, N. 37.01; Andreas E. Zehnder, *Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993), 22, 23.

¹⁰³² Aynı yönde bkz. Cuénod, 23; Eren, N. 1086; Esener ve Gündoğdu, 94; Kanışlı, 59, dn. 142; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 34, N. 3. Aksi görüşte bkz. Hatemi ve Gökyayla, § 12, N. 18.

¹⁰³³ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 763; Kanışlı, 60; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 33; Koller, § 14, N. 21; Reiser, N. 9; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 14; Schwenzer, *BSK*, Art. 23, N. 3.

¹⁰³⁴ Açığa imza ihtimalinde açıklamada yanılma hükümlerine başvurulamayacağı yönünde aynı doğrultuda görüş için bkz. Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl.* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988), 198; Kanışlı, 340; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 397; Schwenzer, *BSK*, Art. 24, N. 6; Schwenzer, *AT*, N. 37.19; BGE 88 II 422, 428. Açığa imza ve bunun hukuki akıbetine ilişkin görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Kanışlı, 324 vd..

¹⁰³⁵ Bu doğrultuda bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 935; Kanışlı, 351; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 389; Yarg. 4. HD, E. 1977/9842, K. 1978/7238, T. 30.05.1978: “Oysa, bir belgenin okunmadan imzalanıp ya da işaretlenmesi, güven ilkesi yönünden geçerli bir belge olarak kabul edilmek gerekir. Çünkü, içeriği hakkında hiç bir bilgi sahibi olmadığı bir belgeyi bu durumu bile bile, karşı tarafın her istediğine önceden razı olarak imzalayan ya da parmak izini basan kişi sonradan hata sebebiyle belgenin kapsadığı hukuki işlemin iptalini ileri süremez. Aksi halde şuurlu bilgisizlik, hata ile bir tutulmuş ve hata kavramı içinde mütalaa edilmiş olurki böyle bir kabule ve bilimsel ve nede yargısal görüşlerde yer yoktur.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bulunan belli bir tasavvurla belgeyi imzaladığı, ancak objektif - somut yorum neticesinde tasavvur ettiğinden farklı içerikte bir sözleşmenin kurulduğu ihtimalde, açıklamada yanılma düzenlemelerine başvurulması mümkündür¹⁰³⁶.

Şaka açıklaması (latife beyanı, *Scherzerklärung*) ve yanlış anlama (*Missverständnis*) hâlleri ise, sözleşmenin kurulması olasılığında açıklamada yanılmanın yaptırımının uygulama alanı bulacağı ihtimalleri oluşturur. Gerçekten bir kimse, ciddi olmamasına ve herhangi bir işlem iradesine sahip bulunmamasına rağmen bir irade açıklamasında bulunur ve muhatap, bunun ciddiyetle yapılmış bir irade açıklaması olduğuna haklı güven duyarsa, objektif - somut yorum yönteminin uygulanmasıyla sözleşme kurulur. Bu çerçevede, istemediği bir sözleşmenin tarafı olan açıklama sahibi, açıklamada yanılma hükümlerine başvurabilir¹⁰³⁷.

Yanlış anlama olarak adlandırılan durumda¹⁰³⁸ ise, açıklama sahibi kendisini doğru bir biçimde ifade etmiştir. Bu çerçevede onun gerçek iradesiyle muhatap gözünden gerçekleştirilen objektif - somut yorum sonucu uyum içindedir. Ancak muhatap, bu açıklamaya farklı bir anlam vermiştir. Bu durumda, muhatapın açıklamaya fiilen verdiği anlama bakılmaksızın, objektif - somut yorum sonucuna belirleyicilik tanınır¹⁰³⁹. Muhatabın salt yanlış anlaması, tek başına TBK m. 30'daki sözleşmeyle bağlı olmama yaptırımının uygulanmasına yol açmaz¹⁰⁴⁰. Ancak muhatapın buna karşı yönelttiği olası bir onay içerikli açıklama bakımından yanılma gündeme gelebilir. Zira bu karşı açıklama ilk açıklamanın objektif - somut anlamı doğrultusunda yorumlanır ve sözleşme bu anlam üzerinden kurulmuş olur. Fakat açıklama muhatapı, bu onay içerikli karşı açıklaması yönünden farklı bir gerçek iradeye (yanlış anlaması neticesinde oluşan irade) sahip bulunduğu ve böylece onun iradesi ile açıklaması arasında bir uygunsuzluk meydana geldiği için, açıklamada yanılma hükümlerine başvurabilir¹⁰⁴¹. Esasında burada, karşı açıklama sahibinin, ilk

¹⁰³⁶ Aynı yönde bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 935; Kanışlı, 353; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 36, N. 56; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 33, 34.

¹⁰³⁷ Bkz. Eren, N. 1083; Hatemi ve Gökyayla, § 12, N. 18; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 34, N. 4; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 55; Müller, Art. 1, N. 179; Schwenger, *AT*, 30.03.

¹⁰³⁸ Yanlış anlamaya ilişkin olarak bkz. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 832, 833; Walter G. Matthes, *Irrtum und Mißverständnis in ihren Beziehungen zueinander* (Borna - Leipzig: Buchdruckerei Robert Noste, 1905), 23 vd.; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 195-197; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 425; Heinrich Titze, *Die Lehre vom Mißverständnis* (Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1910), 1 vd., 339 vd.. Muhatap yanılması (*Empfängersirrtum*) adı altında bkz. Kanışlı, 365-367.

¹⁰³⁹ Bkz. ve karşı. Eren, N. 1214.

¹⁰⁴⁰ Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 833; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 425.

¹⁰⁴¹ Bkz. ve karşı. Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 833; Kanışlı, 365, 366; Klausberger, 144, dn. 635; Dieter Medicus ve Jens Petersen, *Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl.* (Heidelberg: C. F. Müller, 2016), N. 749; Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 197; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 425. Kendisine yapılan açıklamayı yanlış anlayıp buna istinaden bir karşı açıklamada bulunan kişinin saik yanılmasına düşeceği yönünde

açıklamayı yanlış anlaması nedeniyle, kendi açıklaması yönünden açıklamada yanılmaya düşmesi söz konusudur¹⁰⁴².

Fakat açıklama sahibi, kullandığı kelimelerin ya da sergilediği davranışların objektif - genel anlamı itibarıyla iradesine uymayan bir açıklamada bulunmuş olsa dahi, açıklama sahibinin gerçek iradesi muhatapça bilinebilir nitelik arz ediyorsa, artık objektif - somut yorum sonucunu bu gerçek irade belirler. Dolayısıyla burada açıklama sahibinin iradesi ile açıklamanın objektif - somut anlamı arasında bir uygunsuzluk mevcut olmadığı için, onun yönünden patolojik bir durum gündeme gelmez. Böyle bir durumda özellikle açıklamada yanılmadan söz edilemeyeceğinde tereddüt yoktur. Patolojik durumun yokluğunda, muhatapın açıklamayı ne şekilde anlamlandırdığına bakılmaksızın, objektif - somut yorum yönteminin uygulama alanında kalınır ve bu yöntemle bulunan sonuca belirleyicilik tanınır. Benzer şekilde, açıklama sahibinin herhangi bir surette bir irade açıklamasında bulunmak istemediğinin muhatap tarafından bilinebilir nitelik arz ettiği durumda da, yine objektif - somut yorum yöntemi uygulanır ve irade açıklamasının yokluğu yorum sonucu olarak tespit edilir. Bu son duruma örnek olarak, şaka açıklaması (*Scherzerklärung*) durumunda açıklamanın ciddi olmadığını muhatapça fark edildiği ya da fark edilebilir olduğu ihtimal gösterilebilir.

II. SÖZLEŞMENİN KURULMAMASI

A. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulmaması sonucu, irade açıklamalarının yorumu faaliyeti çerçevesinde araştırılan; irade açıklamalarının varlığı, karşılıklılığı ve birbirine uygunluğu şartlarından en az birinin sağlanmaması hâlinde gündeme gelir. Bu ihtimalde, ne objektif - somut yöntem ne de sübjektif yöntem, yorumlayıcı sözleşmenin meydana gelmesi için aranan hususların tamamının mevcut olduğu bir sonuca ulaştırabilmektedir. Daha detaylı ifade etmek gerekirse, sözleşmenin kurulmadığından söz edilebilmesi için, objektif - somut yorum yöntemi uygulandığında esas itibarıyla şu yargılardan birine ulaşılmış olmalıdır: irade açıklamalarından en az birinin yokluğu ya da açıklamaların karşılıklı olmadığı; irade açıklamalarının anlamlarının birbirine uygun olmadığı; yoruma rağmen açıklamanın belirsiz ya da çok anlamlı olmayı sürdürdüğü; açıklama sahibinin iradesinden farklılaşan objektif -

aksi görüş için bkz. Oğuzman ve Öz, 95, dn. 169. Bu durumda açıklamayı yanlış anlayan muhatapın sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal edemeyeceği yönünde görüş için ise bkz. Aksoy Dursun, “Yanlış Niteleme”, 144, 145.

¹⁰⁴² Flume, *Rechtsgeschäft*, 419, 420; Gauch, Schlupe ve Schmid, N. 833; Schmidlin, *BK*, Art. 23-24, N. 425.

somut anlam yönünden muhatabın haklı bir fiilî güveninden bahsedilemeyeceği; görünüşteki açıklama sahibi ile açıklama arasında fiilen hiçbir bir bağlantı kurulmadığı için objektif - somut anlamın görünüşteki açıklama sahibine isnat edilemeyeceği. Sübjektif yöntem bakımından ise, tarafların objektif - somut yorum yönteminden sapan iradeleri arasında bir uygunluğun bulunmaması gerekmektedir.

B. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Uygulanabilirliği

Sözleşmenin kurulmadığı ihtimal bağlamında üzerinde durulması gereken önemli bir husus, sözleşme görüşmeleri sürecinde görüşmecilerin olası bir kusurlu davranışının culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açıp açmayacağıdır. Bu sorun, esasında, tarafların irade açıklamaları arasında bir uygunluk meydana gelmiş olmamasına rağmen, taraflardan sadece birinin ya da her ikisinin birden sözleşmenin meydana geldiğini düşündüğü gizli uyuşmama ihtimalinde gündeme gelmektedir. Tartışılan husus ise, sözleşme görüşmeleri sürecinde kelime ve davranışlarını yeterli açıklıkta ortaya koymayarak veya irade açıklamasını doğru anlamlandırmak için gerekli özeni sergilemeyerek, kusurlu biçimde karşı tarafta sözleşmenin meydana geldiği görüntüsünün oluşmasına neden olan tarafın, karşı tarafın sözleşmenin kurulmaması nedeniyle uğradığı menfî zarardan sorumlu olup olmayacağıdır. Bilhassa Alman doktrininde hâkim görüş¹⁰⁴³, böyle bir durumda, yanılma durumunda culpa in contrahendo sorumluluğunu düzenleyen BGB § 122 Abs. 1'i kıyasen uygulayarak culpa in contrahendo sorumluluğuna onay vermektedir. Bir başka görüş¹⁰⁴⁴ ise, bilhassa uyuşmamanın ya açıklamanın çok anlamlı olmasından veya muhatabın açıklamada bulunanın yanılmasını fark edebilecek durumda bulunmasından kaynaklandığından hareketle, uyuşmama durumunda bir haklı güvenin söz konusu olmayacağı ve dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği yönündedir. Bu ikinci

¹⁰⁴³ Bu yönde bkz. Armbrüster, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, § 155, N. 6; Bork, *Allgemeiner Teil*, N. 783; Bork, *Staudingers Kommentar*, § 145, N. 17; Ellenberger, § 155, N. 5; Enneccerus ve Nipperdey, 1003, dn. 9; Medicus, *Allgemeiner Teil*, N. 439; Raiser, 23; Wolf, *Soergel BGB*, § 155, N. 21. Alman İmparatorluk Mahkemesi, tartarik asit olayı (*Weinsteinsäurefall*) olarak bilinen kararında, tarafların her ikisinin de kendisini satıcı zannederek yürüttüğü sözleşme görüşmeleri sonucunda, sözleşmenin kurulmadığına hükmetmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, işlem güvenliğinin korunması ve hakkaniyet düşünceleriyle, ihmâlen kendisini yanlış ifade ederek karşı taraf nezdinde bir yanlış anlaşılmaya yol açan tarafın bundan doğan zararı tazmin etmesi gerekir. Karar için bkz. RGZ 104, 265, 268. Karara ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. Kramer, *Grundfragen*, 187 vd.. İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı doğrultudaki kararı (BGE 90 II 449 vd.) hakkında bilgi için bkz. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 161.

¹⁰⁴⁴ Bu yönde bkz. Flume, *Rechtsgeschäft*, 626; Kramer, *Grundfragen*, 187 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 162; Mansel, § 155, N. 3; Müller, Art. 1, N. 253. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. ve karşı. Demetrios Bailas, *Das Problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt* (Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1962), 56, 57; Bucher, *OR AT*, 145; Monika Schlachter, "Irrtum, Dissens und kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche", *JA* 23. Jahrgang, Heft 4 (1991): 105, 108; Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 365.

görüştteki yazarlara göre burada, her iki taraf da kendi zarar rizikosuna katlanmak durumundadır.

Konuya ilişkin olarak öncelikle belirtmek gerekir *culpa in contrahendo* sorumluluğunun temelinde de, nihayetinde işlem güvenliğinin korunması ilkesinin bir görünümü olan haklı güvenin korunması ihtiyacı yatmaktadır¹⁰⁴⁵. Dolayısıyla uyuşmama ve sözleşmenin kurulmaması nedeniyle taraflardan birinin muhatabına karşı sorumlu tutulması, ancak muhatabının sözleşmenin kurulduğuna ilişkin haklı güvenini ihlâl etmesi, boşa çıkarması ihtimalinde bahis konusu olabilir. Oysaki objektif - somut yorum yöntemi zaten esas itibarıyla tarafların haklı güvenlerini, sözleşmenin kurulmasını sağlamak suretiyle koruma temel amacına hizmet etmektedir. Açıklamada yanılma ihtimalinde karşı taraf, açıklamanın, açıklama sahibinin iradesinden sapan objektif - somut anlamına haklı güven duyduğunda, esas itibarıyla zaten onun bu haklı güveni korunur. Böylece sözleşme, anılan anlam üzerinden meydana gelir. Soruna bu açıdan yaklaşıldığında, uyuşmama ihtimallerinin büyük çoğunluğunda, tarafların üzerlerine düşen tüm dikkat ve özeni gösterdiğinden ve böylece açıklamanın objektif - somut anlamına haklı güven duyduklarından söz edilemeyeceği görülür. Açıklamanın tek ve belirli bir anlama gelmemesi veya karşı tarafın açıklamada yanılmasının muhatapça bilinebilir olması ihtimallerinde, bu durum son derece belirgindir. Dolayısıyla bu gibi hâllerde, yukarıda zikrettiğimiz ikinci görüşe uygun olarak, olası bir *culpa in contrahendo* sorumluluğunun reddi gerekir. TBK m. 35/I, OR Art. 26 Abs. 1 ve BGB § 122 Abs. 2 düzenlemelerinin hepsinde, zarar görenin karşı tarafın yanılmasını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminat istenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu yargıyı desteklemektedir¹⁰⁴⁶.

Çalışmamızda savunulan görüş uyarınca muhatabın haklı güveninin mevcudiyetine rağmen, objektif - somut anlamın görünüşteki açıklama sahibine isnat edilememesi nedeniyle bu güvenin korunmadığı tek ihtimal vardır; bu da görünüşteki açıklama sahibinin açıklamayla fiilen hiçbir bağının bulunmamasıdır. Bu durumda, diğer uyuşmama hâllerinden farklı olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi mümkünse de, *culpa in contrahendo* sorumluluğu esas itibarıyla sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulandığı¹⁰⁴⁷ bir tür kusur sorumluluğu teşkil ettiğinden, hiç değilse görünüşteki

¹⁰⁴⁵ Bkz. ve karşı. Demircioğlu, 191 vd.; Güvenç, “*Culpa in Contrahendo*”, 382, 383; Iğın, 65, 66.

¹⁰⁴⁶ Flume, *Rechtsgeschäft*, 626; Kramer, *Grundfragen*, 187 vd.; Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 162; Müller, Art. 1, N. 253.

¹⁰⁴⁷ Bu yönde bkz. Demircioğlu, 278-280; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, 97; Gonzenbach, 155; Güvenç, “*Culpa in Contrahendo*”, 396; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 2, N. 8; Serozan, *Edim Yükümlerinden Bağimsız Borç İlişkisi*, 111; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 979; Ulsan, 311; Yalman, 83;

açıklama sahibine ilişkin olarak, burada da anılan sorumluluğa başvurma yolu açık değildir. Zira böyle bir durumda görünüşteki açıklama sahibinin kusurundan bahsedilemez. Burada olsa olsa açıklamanın bu görünüşteki açıklama sahibine ait olduğu görüntüsünü yaratan kişinin muhataba karşı sorumlu tutulması düşünülebilir. Bu ihtimalde, ilke kıyasına (hukukî kıyas, *Gesamtanalogie, Rechtsanalogie*)¹⁰⁴⁸ başvurmak suretiyle culpa in contrahendo sorumluluğuna işlerlik kazandırılmasının¹⁰⁴⁹ önünde kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır.

Hemen belirtelim ki taraflardan birinin sözleşmenin kurulmadığını fark etmesine rağmen karşı tarafı bu hususta bilgilendirmemesi nedeniyle oluşan zararın tazmini bakımından culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür¹⁰⁵⁰. Fakat burada sorumluluğun dayanağının farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten burada sorumluluk, sözleşmenin kurulmamasından değil, aydınlatma ve bilgilendirme yükümünün ihlâlinden ileri gelmektedir¹⁰⁵¹.

§ 14. OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA İRADE AÇIKLAMALARININ YORUMU

I. TÜRK - İSVİÇRE KANUN KOYUCUSUNUN İLKELER ARASINDA KURDUĞU DENGİNİN ELEŞTİRİSİ

Türk - İsviçre pozitif hukukunda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun ele alınışına ilişkin değerlendirmelerimiz, irade özerkliği ilkesine tanınan üstünlüğü gözler önüne sermiştir. Gerçekten, her ne kadar sözleşmenin kurulması aşamasının izole biçimde analize tâbi tutulması sonucunda benimsenen teori güven teorisi gibi görünse de, menfaat ve ilke odaklı bir inceleme çerçevesinde açıklamada yanılmanın ve buna bağlanan yaptırımın da değerlendirmeye dâhil edilmesiyle, varılan noktanın yumuşatılmış bir irade teorisinden başka bir şey olmadığını belirtmek gerekir. Zira objektif

Yılmaz, 251. Ayrıca karşı. Mustafa Fadil Yıldırım, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile* (Ankara: Nobel, 2002), 266-268.

¹⁰⁴⁸ Bu kıyas türünde, basit kıyastan (*Gesetzesanalogie*) farklı olarak, kanun boşluğunun doğrudan bir kanun hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla değil, birden çok kanun hükmünde ortak olan temel bir ilkeyle doldurulması söz konusudur. İlke kıyası hakkında bkz. Larenz ve Canaris, 204; Serozan, *Medenî Hukuk*, Birinci Başlık, Birinci Bölüm, § 5, N. 36.

¹⁰⁴⁹ Culpa in contrahendo sorumluluğunun bağımsız bir sorumluluk kategorisi olarak ele alınmasının ilke kıyası ile gerekçelendirilebileceği yönünde bkz. Koller, § 28, N. 24, 34; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 6. Bası* (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014), § 19, N. 2. Bu yöndeki değerlendirme hakkında bilgi için ayrıca bkz. Gezder, 81, 82.

¹⁰⁵⁰ Bu yönde bkz. Bucher, *OR AT*, 145; Müller, Art. 1, N. 254.

¹⁰⁵¹ Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 162; Müller, Art. 1, N. 254.

- somut yorum yönteminin uygulandığı patolojik hâllerin çoğunluğunda açıklama sahibi, istemeden iradesine uygun olmayan bir sözleşmenin kurulmasına neden olmakta ve bu durum, açıklamada yanılmanın gündeme gelmesine yol açmaktadır. TBK m. 31/I’de sayılan ve açıklamada yanılmanın en karakteristik görünümünü teşkil eden hâllerin kanunen esaslı kabul edilmesi ve böylece açıklama sahibinin sözleşmeyle bağlı olmamasına (TBK m. 30) sebebiyet vermesi, güvene sağlanan korumanın adeta içeriğini boşaltmaktadır. Zira sözleşmenin kurulması sahasında objektif - somut yorum yönteminin uygulanmasıyla haklı güveni korumaya alınan muhatapın, esaslı açıklamada yanılmanın yaptırımının uygulanmasıyla, sözleşmenin geçerli bir şekilde varlığını sürdürebilmesi için açıklama sahibinin bunu onamasını ya da öğrenmeden itibaren bir yıllık sürenin geçmesini beklemekten başka çaresi kalmamaktadır. Belki yanılmanın dürüstlük kuralına aykırı biçimde ileri sürülemeyeceğini öngören TBK m. 34 tartıyı açıklama muhatapı lehine bir nebze dengelemeye çalışmaktadır; ancak bu düzenlemenin uygulama alanının çok geniş olmadığı da açıktır. Buna ek olarak, tazminat riskinin muhatapı sözleşmeyi onama yönünde karar vermeye yönlendirici etkisiyle culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin TBK m. 35/I’e işaret edilebilir¹⁰⁵²; fakat menfi zararın müspet zarardan çoğunlukla ciddi derecede daha az olması karşısında bu düzenlemenin caydırıcı etkisi de sınırlıdır. Yanılan taraf sözleşmeyi onamama yolunu seçtiğinde, irade açıklamasının varlığına ve geçerliliğine haklı güven duyan muhatapın güvenine sağlanan koruma, ancak açıklama sahibinin yanılmada kusurlu olmasına bağlı olarak, menfi zararın tazminine olanak sağlayan culpa in contrahendo sorumluluğuyla sınırlı kalmaktadır¹⁰⁵³. Nihayet, esaslı olmayan yanılmalar bakımından TBK m. 1/I’in muhatapın haklı güveninin kesin biçimde koruduğu doğrudur. Fakat kanun koyucunun TBK m. 31/I’de açıkça ortaya koyduğu temel yaklaşımı, açıklamada yanılmaları büyük ölçüde ve ilke olarak esaslı saymak yönünde olduğundan, kesinlik arz eden bu korumanın geçerlilik alanının ne derece dar olduğu kolaylıkla fark edilebilmektedir.

¹⁰⁵² Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 116, 117.

¹⁰⁵³ Guhl, Merz ve Kummer (127), Türk ve İsviçre kanun koyucusunun sözleşmenin kurulması ve yanılmaya ilişkin düzenlemelerindeki tercihlerini sarkaç benzetmesiyle açıklamaktadır. Buna göre tarafların açıklamalarının objektif olarak yorumlanmasında güven ilkesi yönünde sallanan sarkaç, esaslı yanılma söz konusu olduğunda bu sefer irade ilkesi yönünde sallanmaktadır. Bu hâlde muhatap yönünden meydana gelen olumsuz sonuçlar ise, yanılmanın ileri sürülmesi imkânını sınırlayan TBK m. 34 ve menfi zararın tazminini öngören TBK m. 35 ile giderilmekte, böylece sarkaç bir kez daha muhatap yönünde sallanmış olmaktadır. Avusturya hukukunda Fulterer ise, bu durumu kanun koyucunun sağ eliyle verdiğini sol eliyle geri alması şeklinde açıklamaktadır. Bkz. Walter Fulterer, *Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage bei vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften unter Berücksichtigung des österreichischen, deutschen und schweizerischen Rechts* (Innsbruck: Wagner, 1939), 75. Ayrıca karşı. Schmidlin, “Vertrauensprinzip”, 241; Spiro, 50; von Büren, 237. Alman hukuku yönünden karşı. Singer, *Selbstbestimmung*, 61-64, 252; Singer, *Staudingers Kommentar*, Vorbem. zu §§ 116 ff., N. 25.

Kanaatimizce Türk - İsviçre kanun koyucusunun ilkesel düzlemde aldığı pozisyon, her ne kadar irade özerkliği ilkesini gerçekleştirme yönünde atılmış bilinçli bir tercihse de, bugün gelinen durum itibarıyla adil bir menfaat dengesini sağlamaktan oldukça uzaktır. Zira sadece sözleşmenin kurulması alanında TBK m. 1/I ile TBK m. 19/I'in birbirlerini karşılıklı anlamlandırmak ve sınırlandırmak suretiyle kurdukları denge, zaten başlı başına son derece isabetlidir. Şöyle ki, anılan denge uyarınca güvene sağlanan koruma, muhataba kayıtsız şartsız sunulmamakta, onun tarafından belli külfetlere uyulmasına bağlanmaktadır. Muhatap, kendisinden beklenen tüm dikkat ve özeni göstermediği sürece, onun güveni haklı addedilmemekte ve koruma altına alınmamaktadır¹⁰⁵⁴. Dolayısıyla muhatap, açıklama sahibinin iradesiyle açıklaması arasındaki uygunsuzluk ihtimalinde ifa menfaatine kavuşabilmek için, aslında açıklama sahibinin gerçek iradesini açığa çıkarabilmek için elinden gelen tüm çabayı sergilemek ve başarısız olmak zorundadır. Muhataba yüklenen bu külfetin, işlem güvenliğinin korunması uğruna irade özerkliği ilkesinin aşırı derecede etkisizleştirilmesinin önüne geçmede ciddi bir etken teşkil ettiğini kabul etmek gerekir¹⁰⁵⁵. Her ne kadar muhatapın haklı güveninin mevcudiyetinde açıklamanın objektif - somut anlamının açıklama sahibine isnat edilmesi için onun yönünden ortaya çıkan hukukî sonucun öngörülebilirliği araştırması yapılmamasının bir menfaat dengesizliği yarattığı düşünülebilirse de, aslında durum böyle değildir. Zira açıklama sahibi, nihayetinde dış dünyada yarattığı yanlış görüntü kendi etki alanında meydana geldiği, kendi davranışlarına dayandığı için, bunun bir irade açıklaması teşkil ettiğine haklı güven duyan muhataba nazaran daha az korunmaya değer durumdadır¹⁰⁵⁶. Tüm bunlar, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında güven teorisinin ne derece etkili bir menfaat dengesi tesis ettiğinin belirgin göstergeleridir. Açıklamada yanılmanın yaptırımının devreye girmesiyle, sözleşmenin kurulması alanında taraf menfaatleri arasında tesis edilen etkili denge, muhatap ve onun korunmaya değer haklı güveni aleyhine ciddi ölçüde bozulmaktadır.

Diğer yandan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 1912 yılında irade özerkliğine daha baskın bir rol atfedilmesini anlayışla karşılamak mümkünse de, bugün gelinen noktada ibrenin işlem güvenliğinin korunması ilkesi yönüne dönmeye başladığını kabul etmek gerekir. Nitekim irade özerkliği, sözleşmelerin çoğunlukla birbirini şahsen tanıyan hazırlar arasında kurulduğu ve tarafların birbirlerinin iradelerini fark etme imkânına

¹⁰⁵⁴ Sarıkaya, 97.

¹⁰⁵⁵ Bu durumun güven ilkesinin yumuşatılması anlamına geldiği yönünde bkz. Bucher, *BSK*, Art. 1, N. 8.

¹⁰⁵⁶ Aynı yönde bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 210. Ayrıca karşı. Kramer, *Grundfragen*, 209, 210.

sahip buldukları ihtimal bakımından etkili bir çözüm sunmaktadır¹⁰⁵⁷. Fakat hukukî ilişkiler gün geçtikçe daha çok anonimleşmekte ve taraflar, özellikle sözleşmenin kurulmasında elektronik araçlardan daha sık yararlanmasıyla, birbirlerini tanımak bir yana, görme imkânına dahi sahip bulunmamaktadırlar. Bu yöndeki gelişmeler, bireylerin sübjektif düşünce ve tasavvurlarını önceleyen irade özerkliği ilkesini geriye iterek, işlem trafiğinin düzgün, sorunsuz ve hızlı akmasını sağlamayı hedefleyen işlem güvenliğinin korunması ilkesinin daha çok öne çıkmasına önayak olmuştur.

Ayrıca, liberal piyasa modelinden (*das liberale Marktmodell*) sosyal devlet modeline (*das Sozialstaatsmodell*) doğru yaşanan kaymayla¹⁰⁵⁸ birlikte hukukun amacının şekli sözleşme adaletinin ötesine geçerek maddî sözleşme adaletini tesis etmeye dönüşmesi karşısında¹⁰⁵⁹, olası irade bozukluklarına karşı zayıf konumda bulunan tarafı etkili biçimde koruyan mekanizmalar kanunlaşmaya başlamıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁶⁰, da yer alan; taksitle satış sözleşmelerinde yedi gün içinde sebep belirtmeden ve cezaî şart ödemedi sözleşmeden cayma hakkı (TKHK m. 18/I), bu mekanizmalara verilebilecek en önemli örneklerden biridir. Yine aynı Kanun'da düzenlenen, iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde¹⁰⁶¹ ve mesafeli sözleşmelerde¹⁰⁶² on dört gün içinde hiçbir gerekçe göstermeden ve cezaî şart ödemedi sözleşmeden cayma hakkı (TKHK m. 47/V, 48/IV) da bu hususta örnek olarak gösterilebilir. Türk Borçlar Kanunu'nda da benzer araçlara rastlanmaktadır. Bu hususta özellikle, taksitle satış sözleşmelerinde, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ifade edeceğinin öngörülmesine ve alıcıya bu süre içinde irade açıklamasını serbestçe geri alma hakkı tanınmasına (TBK m. 255) işaret edilebilir. Sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânı veren bu tür haklar, açıklamada yanılma ihtimalinde gündeme gelen düzelebilir hükümsüzlük yaptırımına nazaran yanılan tarafa daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Bir yandan anılan hakların kullanılacakları sürenin çoğunlukla hak sahibinin olası bir yanılmasından haberdar olabileceği andan (örneğin malın eline geçmesi

¹⁰⁵⁷ Karş. Kramer ve Schmidlin, Art. 1, N. 43.

¹⁰⁵⁸ Claus-Wilhelm Canaris, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'", *AcP* Bd. 200 (2000): 282 vd..

¹⁰⁵⁹ Bkz. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung - Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992), 489.

¹⁰⁶⁰ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG, T. 28.11.2013, S. 28835.

¹⁰⁶¹ İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin geniş bilgi için bkz. Esen Kabaş, *İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Ankara, Eylül 2015), 81 vd..

¹⁰⁶² Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin geniş bilgi için bkz. Abdülkerim Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2009), 210 vd..

anı) başlatılması, diğer yandan ise sözleşmenin ortadan kaldırılması ihtimalinde hak sahibinin herhangi bir ödeme ya da tazminat borcu altına girmemesi bunun kanıtıdır. Ekonomik ve sosyal yönlerden eşit ya da eşite yakın kişiler arasında TBK m. 1/I ve TBK m. 19/I ile kurulan menfaat dengesi, güç ve menfaatler arasındaki dengenin baştan bozuk olduğu ihtimallerde, yukarıda zikredilen türde araçlarla tesis edilmektedir. Bu durum da, açıklamada yanılmanın yaptırıma bağlanmasına duyulan ihtiyacı fikrimizce önemli ölçüde azaltmaktadır¹⁰⁶³.

II. İSVİÇRE DOKTRİNİNDEKİ ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

İsviçre doktrininde bazı yazarlar, açıklamada yanılma düzenlemeleriyle haklı güvenin korunmasının aldığı yarayı açık biçimde fark etmiş ve bu yarayı kapatma yönünde yoğun bir çaba sergilemiştir. Her şeyden önce Simonius, açıklamada yanılmanın bir bütün olarak güven teorisiyle bağdaşmadığını ve bu nedenle yanılana sözleşmeyi iptal etme hakkı vermeyeceğini öne sürmüştür¹⁰⁶⁴. Zira güven teorisi, ancak muhatapça bilinebilir olan yanılmalara sonuç bağlanmasını gerektirir; ancak açıklamada yanılmaya ilişkin düzenlemeler bu gereklilikle hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Yazar, açıklamada yanılma düzenlemelerinin uygulanmamasını, ilk olarak, bu nedenle iptal yoluna gitmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle, yanılmaya dürüstlük kuralına aykırı olarak başvurulmasını yasaklayan OR Art. 25 Abs. 1'e dayandırmıştır¹⁰⁶⁵. Daha sonraları ise yazar tarafından, OR Art. 25 Abs. 1'e başvuruya gerek olmaksızın, hâkimin yorum suretiyle ancak muhatapça bilinebilir nitelik arz eden açıklamada yanılmaları iptal edilebilir görmesinin mümkün olduğu savunulmuştur¹⁰⁶⁶. Jäggi de benzer endişelerle, güven teorisinin sözleşmenin kurulmasını sağladığı ihtimallerde artık yanılma nedeniyle iptale yer olmadığı, güven teorisinin ve açıklamada yanılmanın ileri sürülmesinin birbiriyle bağdaşmadığı ve birbirini devre dışı bıraktığı düşüncesindedir¹⁰⁶⁷. Yine Büren de, Simonius ve Jäggi ile birlikte pozisyon alarak muhatapça fark edilebilir olmayan yanılmaların sözleşmenin iptali sonucu doğurmayacağı düşüncesini paylaşmaktadır¹⁰⁶⁸. Kramer de bu fikri desteklemekle

¹⁰⁶³ Kocayusufpaşaoğlu da, salt açıklamada yanılmaya dayanarak açılan davalara çok seyrek rastlandığına ve Yargıtay'da bu tür davaları reddetme yönünde bir eğilim gözlemlendiğinde işaret etmektedir (*Hata*, 1 vd.). İsviçre Federal Mahkemesi bakımından da aynı durumun söz konusu olduğu yönünde bkz. Kramer, *Grundfragen*, 111; Simonius, "Vertrauensprinzip", 276.

¹⁰⁶⁴ Simonius, "Vertrauensprinzip", 277; August Simonius, "Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis", *Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden - Festgabe zum 70. Geburtstag von Fritz Goetzinger* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1935), 246 vd..

¹⁰⁶⁵ Simonius, "Irrtumslehre", 262.

¹⁰⁶⁶ Simonius, "Vertrauensprinzip", 277.

¹⁰⁶⁷ Bkz. Schönenberger ve Jäggi, Art. 1, N. 208, 209.

¹⁰⁶⁸ Bkz. von Büren, 235-237.

birlikte, böyle bir sonucun yürürlükteki hukuktan türetilmeyeceğini belirterek, *de lege ferenda* açıklamada yanılmaya iptal edilebilirlik sonucunun bağlanmasından tamamen vazgeçilmesini savunmaktadır¹⁰⁶⁹. Schmidlin¹⁰⁷⁰ ise, irade açıklamasının türüne göre bir ayrıma gitmektedir. Yazar, objektifleştirilmiş, tipikleştirilmiş ve standardize edilmiş irade açıklamaları bakımından haklı güvenin korunmasının daha güçlü bir gereksinim arz ettiğinden hareketle, OR Art. 25 Abs. 1 çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırılıktan hareket ederek, açıklamada yanılma nedeniyle iptale cevaz vermemektedir. Bireysel ve subjektif unsurların ağır bastığı irade açıklamalarında ise yazara göre, açıklamada yanılma dolayısıyla iptal yaptırımını muhafaza edilmelidir¹⁰⁷¹.

III. ÇÖZÜM ÖNERİLERİMİZ

Açıklamada yanılmanın Türk ve İsviçre hukuk düzenlerince düzenlenişinden kaynaklanan sorunların giderilmesi adına, olması gereken hukuk bakımından, aşamalı olarak da değerlendirilebilecek iki farklı çözüm önerimiz mevcuttur. Bunlardan ilki ve kanaatimizce en elzemi, hukuk politikası açısından oldukça uzun bir süre teşkil eden¹⁰⁷² ve yanılana, sözleşmenin karşı tarafıyla arasındaki ilişkiyi speküle etme fırsatı tanıyan¹⁰⁷³, öğrenmeden itibaren bir yıllık sürenin kaldırılmasıdır. Bunun yerine Alman Medenî Kanunu'yla paralel olarak, iptalin somut olayın şartlarına göre gecikmeksizin gerçekleştirilmesinin aranması kanaatimizce isabetli olur. Nitekim BGB § 121 Abs. 1, yanılma hâlinde iptal açıklamasının, yanılanın iptal sebebini öğrenmesi anından başlayarak gecikmeksizin (*unverzüglich*) yapılması gerektiğini açıkça öngörmektedir¹⁰⁷⁴. Buradaki gecikmeksizin kavramından iptalin derhâl yapılması değil, kusurlu bir gecikme olmaksızın (*ohne schulhaftes Zögern*) yapılması anlaşılmalıdır (BGB § 121 Abs. 1). Bu çerçevede hak sahibine, yanılması sonucunda kurulan sözleşmenin ve bunun iptal edilmesinin olası sonuçlarını ölçüp tartarak karar vermesi ve kararını karşı tarafa iletmesi için makul bir süre tanınır¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁶⁹ Bkz. Kramer, *Grundfragen*, 204 vd..

¹⁰⁷⁰ Bkz. Schmidlin, "Vertrauensprinzip", 250-252.

¹⁰⁷¹ Alman hukukunda da, açıklamada yanılmanın uygulama alanının haklı güvenin korunması lehine sınırlandırma çabaları çerçevesinde, yanılanın yanılmada ağır kusurlu olduğu ihtimallerde iptal yoluna gidemeyeceği fikri öne sürülmüştür. Bu yönde bkz. Götz von Craushaar, *Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1969), 45, 46.

¹⁰⁷² Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 128.

¹⁰⁷³ Spekülasyon amacıyla onamama açıklamasını geciktiren kişinin bu yöndeki açıklamasının, yanılmanın dürüstlük kuralına aykırı ileri sürülmesi (TBK m. 34) nedeniyle etkisiz kılınabileceği yönünde bkz. Oser ve Schönenberger, Art. 31, N. 19, 20.

¹⁰⁷⁴ BGB § 121 hakkında detaylı bilgi için bkz. Singer, *Staudingers Kommentar*, § 121, N. 1 vd..

¹⁰⁷⁵ Larenz ve Wolf, § 36, N. 88; Singer, *Staudingers Kommentar*, § 121, N. 9.

İkinci önerimiz ise, bir adım daha ileri giderek, açıklamada yanılmanın uygulama alanını daraltmak ve sözleşmenin açıklamada yanılma nedeniyle geçersiz olmasını sıkı şartlara bağlamak yönündedir. Bu yöndeki değişiklik için ise, kanaatimizce muhatabın haklı güveninin korunması adına oldukça isabetli bir yanılma düzenlemesi içeren Avusturya Medenî Kanunu model alınabilir¹⁰⁷⁶. Nitekim ABGB § 871, ancak üç durumdan birinin gerçekleşmesi ihtimalinde yanılanın sözleşmeyi iptal edebileceğini öngörmektedir. Birinci durumu, yanılmaya açıklama muhatabının sebep olması oluşturmaktadır. Burada, kusuru bulunsun ya da bulunmasın, aktif ya da pasif bir davranışla, özellikle aydınlatma yükümünün ihlâli suretiyle, muhatabın yanılmada payının bulunmasından söz edilmektedir. İkinci durum, açıklama muhatabının yanılmayı açıkça fark edebilecek durumda olmasıdır. Üçüncü ve son durum ise, açıklamada bulunanın karşı tarafı yanılmadan vaktinde (*rechtzeitig*) haberdar etmesidir. Burada vaktinde ibaresiyle kastedilen muhatabın henüz irade açıklamasına dayanarak önemli işlemlere girişmesinden önce haberdar kılınmasıdır ki, bu gerçekleştiğinde muhatabın sözleşmenin varlığına dair haklı güveni dolayısıyla uğrayacağı olası bir zarar engellenmiş ya da az miktarda tutulmuş olur¹⁰⁷⁷.

Yukarıda anılan durumlardan ikincisinde, sözleşme ya hiç kurulmayacağı ya da açıklamada bulunanın iradesi doğrultusunda kurulacağı için açıklamada yanılmanın gündeme gelmeyeceği açıktır. Bu çerçevede Türk hukuku bakımından, açıklamada yanılmanın esaslılığının ve dolayısıyla ileri sürülebilirliğinin birinci ve üçüncü durumla, yani muhatabın yanılmaya yol açmış olması ve muhatabın yanılma hususunda vaktinde haberdar edilmesi ihtimalleriyle sınırlandırılması kanaatimizce isabetli olur. Hemen belirtelim ki birinci durumda, muhatap yanılmaya kusurlu olarak yol açmışsa, yine onun korunmaya değer bir güveninden söz edilemeyeceğinden, sözleşme hiç meydana gelmez. Bu

¹⁰⁷⁶ İsviçre hukuku açısından benzer bir öneri için bkz. Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*, 222 vd.. Yazar, açıklamada yanılma ile saik yanılması arasındaki ayrımın kaldırılması ve bütün yanılma hâlleri için ABGB § 871 Abs. 1'e paralel bir yeknesak düzenleme yapılmasını önermektedir. Açıklamada yanılma ve saik yanılması ayrımının isabetsiz olduğu yönünde ayrıca bkz. Simonius, "Vertrauensprinzip", 273; Heinrich Titze, "Vom sogenannten Motivirtum", *Festschrift Ernst Heymann, Bd. II* (Weimar: Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, 1940), 94-99. Kanaatimizce saikte yanılmanın esaslılığının TBK m. 32 uyarınca muhatapça bilinebilir olmasına bağlanması muhatabın haklı güvenini koruma bakımından yeterli olduğundan, saik yanılması yönünden bir değişikliğe gidilmesine gerek bulunmamaktadır.

¹⁰⁷⁷ Avusturya hukukunda yanılma nedeniyle iptal yoluna gidilmesinin mümkün olduğu ihtimaller hakkında bilgi için bkz. Helmut Koziol, Rudolf Welser ve Andreas Kletecka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 14. Aufl.* (Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014), N. 495 vd.; Renate Pletzer, *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar zu § 871* (Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010), § 871, N. 39 vd.; Peter Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Teilband §§ 859-916 ABGB (Vertragsrecht), 4. Aufl., Kommentar zu §§ 859-878* (Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014), § 871, N. 20 vd.; Wolfgang Zankl, *Bürgerliches Recht, 8. Aufl.* (Wien: Facultas, 2017), N. 94.

kapsamda açıklamada yanılma sayılabilecek hâl olarak geriye, açıklama sahibinin yanılmasına kusursuz biçimde neden olmak kalmaktadır. Örneğin, sahte bir eserin muhatapça da gerçek bir sanat eseri olduğunun sanılması ve muhatabın bunun gerçek olduğunu söyleyerek açıklama sahibinin yanılmasına yol açması, bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁰⁷⁸.

Açıklamada yanılma nedeniyle onamama ya da iptal yoluna başvurmanın yukarıda zikrettiğimiz iki hâl ile sınırlandırılması, açıklamada yanılmanın alanını daraltmak ve muhatabın korunmaya değer güveninin bu yolla boşa çıkarılması ihtimalini ciddi derecede azaltmak anlamına geleceğinden, yukarıda zikrettiğimiz sakıncaların bertaraf edilmesini sağlar. Zira anılan durumlarda, her ne kadar muhatabın hâlâ bir haklı güveninden söz edilebilirse de, kendisinin de yanılmada bir rolünün bulunması veya henüz ciddi boyutlarda bir zarara uğramamış olması, menfaat dengesinin açıklama sahibine daha yakın bir noktada tesis edilmesini haklı göstermektedir.

¹⁰⁷⁸ Benzer bir örnek için bkz. Koziol, Welser ve Kletecka, N. 496.

SONUÇ

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamasının yorumu, Roma hukukundan bu yana, oldukça güçlü iki kutbu bulunan bir tartışma konusu olarak hukuk âleminde kendisine yer bulmuştur. Tartışma kutupları, tarihsel süreç içinde, bilhassa hukuk teorisi ve hukuk metodolojisindeki gelişmelerin etkisiyle farklı görünümlere bürünse ve zaman zaman bunlardan biri diğerine baskın biçimde üstün gelse de, varlıklarını bugüne dek korumuşlardır. Bugün gelinen noktada ise, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumunun, irade özerkliği ilkesi ile işlem güvenliğinin korunması ilkeleri arasındaki çatışmanın etki alanında kaldığı görülmektedir. İrade özerkliği ilkesi, esas itibarıyla kişinin kendi hukukî ilişkilerini kendi iradesi doğrultusunda oluşturabilme ve düzenleyebilme yetkisini ifade ederken; işlem güvenliğinin korunması ilkesiyle bireyler arasındaki mal ve hizmet alışverişinin güvenli biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

İrade teorisi açıklama sahibi yönünden, anlam verme teorisi ise muhatap yönünden irade özerkliği ilkesinin mutlak tezahürünü oluşturmaktadır. İşlem güvenliğinin korunması ilkesinin mutlak biçimde benimsenmesi ise, açıklama teorisine hayat vermiştir. Güven teorisi, muhatabın fiilî haklı güveninin korunmasının gerekli olduğu hâller bakımından işlem güvenliğinin korunması ilkesinin, aksi ihtimalde ise irade özerkliği ilkesinin izlerini taşıyan bir orta yol teşkil etmektedir. Yürürlük teorisi ve meram anlatma teorisi ise, muhatabın haklı güvenine sağlanan korumaya, açıklama sahibi yönünden yapılan öngörülebilirlik araştırmasıyla istisna getiren ve bu anlamda güven teorisine nazaran irade özerkliğini daha baskın biçimde gerçekleştirmeye yönelik diğer orta yollardır.

Türk - İsviçre pozitif hukukunda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bağlamında kanun koyucunun aldığı ilkesel pozisyonu aydınlatmaya yarayacak hükümler olarak, sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK m. 1/I, yanılmaya ilişkin TBK m. 30 vd., ayırt etme gücünün bulunmamasına ilişkin TMK m. 15, sözleşmenin yorumuna ilişkin TBK m. 19/I ve dürüstlük kuralını bünyesinde barındıran TMK m. 2/I karşımıza çıkmaktadır. TBK m. 30 vd., her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun merkezine sözleşmeyi alan yapısı çerçevesinde yanılmayı sözleşmeyle bağlantılı olarak düzenlemişse de, kanun koyucunun irade açıklamasına olan bakış açısını ortaya koymaktadır. İrade ile açıklama arasında istenmeden yaratılan uygunsuzluğu ifade eden açıklamada yanılmanın, esaslılık şartının sağlanmasıyla TBK m. 30'da sözleşmeyle bağlı olmama şeklinde yaptırıma bağlanması, açıklamada yanılma hâlinde bir sözleşmenin ve dolayısıyla bir irade açıklamasının varlık kazanabildiğini göstermektedir. Bilhassa tarafların menfaat

durumlarındaki benzerlik nedeniyle açıklama iradesinin taşıyıcısı olmayan irade açıklamalarıyla işlem iradesinin taşıyıcısı olmayan irade açıklamalarının aynı hukukî akıbeta tâbi tutulması gerekliliği, her iki ihtimalde de açıklamada yanılmaya bağlanan yaptırımın uygulanması sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde ne işlem iradesinin ne de açıklama iradesinin irade açıklamasının kurucu unsuru sayıldığı açığa çıkmaktadır. Öte yandan kanun koyucunun yanılmada kusur değerlendirmesini yanılmanın mevcudiyetine ilişkin olarak değil, yanılma sonucunda gündeme gelecek olan culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında yaptığı gözetildiğinde, irade açıklamasının geçerliliği için bir kusur ya da öngörülebilirlik değerlendirmesinin de yapılmadığı rahatlıkla söylenebilir.

TBK m. 30 vd. hükümlerinden yapılan çıkarımlar, TBK m. 1/I'in içeriğinin aydınlatılmasında doğrudan belirleyicidir. Şöyle ki, TBK m. 1/I'de kanun koyucu, birbirine uygun iradeler yerine, iradelerin birbirine uygun açıklanmasından söz etmiştir. TBK m. 30 vd. uyarınca, sahibinin açıklama iradesinin ve işlem iradesinin taşıyıcısı olmayan bir irade açıklaması varlık kazanabildiğine göre, kanun koyucunun TBK m. 1/I'de sözleşmenin yapı taşı olarak irade açıklamalarına işaret etmesini, işlem güvenliğinin korunması yönünde bilinçli bir tercih olarak görmek gerekir. Burada kanun koyucu, irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluk hâllerinde dahi bir sözleşmenin meydana gelmesine olanak tanımıştır.

Fiil iradesi bakımından ise, Türk hukukunda konuyla yakından ilişkili düzenlemeleri oluşturan, ayırt etme gücüne ilişkin TMK m. 13 ve özellikle ayırt etme gücünün yokluğunu yaptırıma bağlayan TMK m. 15 söz sahibidir. TMK m. 13 ayırt etme gücünü negatif biçimde betimlemekte ve yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı ya da sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesi ayırt etme gücüne sahip addetmektedir. Bu nedenle baygınlık, koma ve hipnoz gibi, maddede zikredilenlerden daha ağır nitelik arz eden sebepleri “benzer sebepler” ibaresi içinde değerlendirmekten başka çare yoktur. Fiil iradesini ortadan kaldıran sebepler olarak da zikredilen bu patolojik durumlar, ayırt etme gücünün yokluğuna ve TMK m. 15 uyarınca hukukî işlemin kesin hükümsüzlüğüne sebebiyet verir. Mutlak kuvvet altında sergilenen davranışlar ve refleks davranışları ise, her ne kadar kişinin zihinsel durumuna ilişkin olmamaları hasebiyle bunları TMK m. 13 kapsamında değerlendirme imkânı bulunmamaktaysa da, aralarındaki benzerlik itibarıyla hipnoz ve baygınlık hâlleriyle aynı yaptırıma tâbi tutulmak durumundadır. Dolayısıyla bu iki ihtimalde de, TMK m. 15'in kıyasen uygulanmasıyla kesin hükümsüzlük yaptırımı devreye girer. Bu tespitler, Türk

kanun koyucusunun fiil iradesinin varlığını da irade açıklamasının, sahibine isnat edilmesi için bir şart olarak görmediğini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle fiil iradesinin yokluğunda da pekâlâ bir sözleşme vücut bulmakta, ancak bu sözleşme baştan hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. TMK m. 15, yokluk yerine kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmekle, bilhassa hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği ihtimallerde sözleşmenin ayakta kalmasına olanak sağlamaktadır. Bu yönüyle anılan düzenleme, sınırlı şekilde de olsa işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Bu durum da, TBK m. 1/I'in fiil iradesinin bulunmadığı hâllerde de sözleşmenin kurulmasına olanak tanıyan bir düzenleme olarak, işlem güvenliğinin korunması ilkesini gerçekleştirmeye yöneldiğini ortaya koymaktadır.

TBK m. 1/I çerçevesinde işlem güvenliğinin hangi sınırlar dâhilinde ve ne şekilde korumaya alındığı konusunda yol gösterici ve belirleyici olan ise, TBK m. 1/I'in TBK m. 19/I ışığında gerçekleştirilecek sistematik yorumudur. TBK m. 19/I, her ne kadar bir yandan tarafların gerçek iradelerinin, diğer yandan ise açıklamalarının objektif anlamlarının birbirine uygunluk arz ettiği, ancak bu iki anlamın birbirinden farklı olduğu, nitelikli muvazaa ve falsa demonstratio hâllerinden ibaret bir düzenleme alanına sahip görünse de, bunun ötesinde çıkarımlar yapılmasına imkân vermektedir. Düzenlemenin temelinde yatan anlayış, irade özerkliği ilkesinin baskın üstünlüğü ve bu çerçevede tarafların gerçek iradeleri arasında bir uyuşma keşfedildiğinde artık objektif anlamlar arasında farklı bir anlam üzerinden olası bir uyuşmanın ya da uyuşmamanın önem arz etmediğidir. Bu çıkarım, gerçek iradelerin uyuşması hâlinde her türlü objektif yorum sonucunun bertaraf edilmesi anlamına geldiğinden, TBK m. 1/I'de işlem güvenliğine sağlanan korumanın mutlak biçimde değil, haklı güvenin korunması şeklinde olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu bağlamda, irade ile açıklama arasında bir uygunsuzluğun meydana geldiği patolojik durumlarda TBK m. 1/I, muhatabın açıklamanın objektif anlamına fiilen haklı güven duyduğu hâllerde devreye girerek, bu objektif anlam üzerinden sözleşmenin kurulmasını sağlar. Tarafların gerçek iradelerinin objektif anlam dışında bir anlam üzerinde bir araya geldiği ihtimallerle muhatabın haklı güveninden bahsedilemeyen hâllerde, bu çerçevede, objektif esaslara dayanan yorum devre dışı kalır ve yorum sonucunu tarafların bundan sapan gerçek iradeleri belirler.

TMK m. 2/I düzenlemesi ise, hukuk süjelerinin birbirlerine olan karşılıklı bağlılığını korumak ve birbirlerinin haklı menfaatlerini gözeterek hareket etmelerini sağlamak amacıyla, onları makul ve dürüst bir kişi tipine uygun hareket etmeye yöneltmektedir. Bu

yönüyle anılan düzenleme, haklı güvenin korunmasının ilkesel düzeyde bir ifadesidir. Fakat anılan ilkenin hâlihazırda zaten TBK m. 1/1'in amaçsal arka planını oluşturduğu gözetilirse, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından haklı güvenin korunmasına dayanak olarak TMK m. 2/1'e gidilmesine gerek kalmamaktadır. Dürüstlük kuralının, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu bakımından bir rol oynadığından söz edilecekse, bu ancak kanunun uygulanmasında uygulayıcıya yönelttiği, yorumda hükmün amacının gözetilmesi talimatı yönünden söz konusu olabilir.

Sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumu, her şeyden önce, bir sözleşmenin kurulup kurulmadığının taraflarca tartışma konusu yapıldığı uygunluk uyuşmazlıklarında gündeme gelir. Ancak taraflardan her birinin, kurulduğunu düşündüğü sözleşmeye farklı anlamlar verdiği ve bu doğrultuda taleplerde bulunduğu yorum uyuşmazlıklarında da, irade açıklamalarının yorumuna ihtiyaç duyulur. Nitekim sözleşmenin yorumundan söz edildiğinde, anlamın tespitinde esas alınan an sözleşmenin kurulduğu an olduğundan, aslında yorumlanması gereken yine irade açıklamalarıdır. Bu hususta önemli bir sorunu, tarafların sadece sözleşmenin yorumlanmasını istedikleri, sözleşmenin kurulup kurulmadığını ise tartışma konusu yapmadıkları uyuşmazlıklarda hâkimin sözleşmenin kurulmadığını re'sen dikkate alıp alamayacağı oluşturmaktadır. Sözleşmenin objektif esaslı noktaları tartışma konusu yapıldığında, hâkim bu objektif esaslı noktalarda uygunluğun bulunmadığını re'sen gözetebilir. Fakat esaslılığı taraf iradelerine dayanan sübjektif esaslı noktalar bakımından, tarafların bunlar üzerinde uyuşma sağlayamamış olmalarına rağmen uyuşmazlık sırasında sözleşmenin kurulduğunu tartışmaya açmamaları ve sözleşmenin kurulduğu konusunda hemfikir olmaları, anılan noktanın esaslı niteliğinin taraflarca tekrar bertaraf edildiği anlamına gelir. Böylece, taraflar anılan nokta üzerinde anlaşamamış olsalar dahi bir sözleşme varlık kazanabilir. Hâkim, artık bu nokta üzerinde uygunluğun sağlanmadığından bahisle sözleşmenin yokluğuna hükmedemez; o, sözleşmeyi tamamlama yetkisini kullanarak eksik noktayı tamamlamak ve buna göre hüküm vermek durumundadır.

Yorumlanabilirlik sorununa gelince, irade açıklamasının yeterince açık olduğu durumlarda yorumun gündeme gelmeyeceğini ifade eden açıklık kuralının benimsenmesine imkân yoktur. Zira bir kelimenin ya da davranışın anlamının açık olduğu yönündeki değerlendirmeye dahi, ancak yorum faaliyeti neticesinde ulaşılabilir. Bu bağlamda, her türlü anlam tespiti, yorum faaliyetini gerekli kılar ve bütün irade açıklamalarının yorumlanması, bu bağlamda şarttır. Bir irade açıklamasının açık olduğundan söz edildiğinde, bununla

kastedilen, başkaca bir yorum aracının bulunmaması ya da tüm yorum araçlarının objektif - genel anlamı doğrulaması ihtimalinde, açıklamanın objektif - genel anlamının yorum sonucu olarak kabul edilmesinden ibarettir.

Sözleşmenin kurulmasında yorum faaliyeti, temelde üç hususu açığa çıkarmaya yönelir: en az iki irade açıklamasının varlığı, irade açıklamalarının karşılıklılığı ve irade açıklamalarının birbirine uygunluğu. En az iki irade açıklamasından, sözleşmenin kurulması sahasındaki isimleriyle öneri ve kabulden söz edebilmek için; açıklamaların tam olması, kesin olması ve açıklama sahibine isnat edilebilmesi gerekir. Tamlıkla kastedilen, açıklamaların bir sözleşme kurmaya yetecek içeriği haiz bulunmaları, yani kurulmak istenen sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarını bünyelerinde barındırmalarıdır. Objektif esaslı noktalar, atipik sözleşmeler bakımından anlamlı bir bütün teşkil eden unsurlardır. Tipik sözleşmeler bakımından ise objektif esaslı noktaları, ilgili sözleşmenin kanunî tanımındaki unsurlardan, kanun hükümleri ya da olası bir örf ve adet kuralıyla veya belirli şartlarla hâkim tarafından tamamlanması mümkün olan noktaların çıkarılması sonucunda geriye kalan noktalar oluşturur. Objektif esaslı noktalar tamsa, TBK m. 2/I uyarınca aksi ispatlanmadığı sürece diğer noktaların sübjektif yönden esaslı olmadığı karinesi gündeme girer ve açıklamanın tam nitelik arz ettiği kabul edilir. Elbette açıklamanın, gerek objektif gerekse sübjektif esaslı noktalara belirli ya da yeterince belirlenebilir biçimde ev sahipliği yapması şarttır. Açıklamanın kesinliği ise, açıklama sahibinin açıklamayla kesin olarak bağlanmak istemesine, yani hukuken bağlanma iradesinin varlığına bağlıdır. İrade açıklamasının sahibine isnat edilebilmesinin önündeki tek engel, görünüşteki açıklama sahibi ile açıklama arasında fiilen hiçbir bağlantının kurulamamasıdır. Zira bir başkası tarafından, kusurlu ya da kusursuz olarak, görünüşteki açıklama sahibinin herhangi bir dahli olmaksızın ona ait bir irade açıklamasının varlığı görüntüsünün yaratıldığı ihtimalde, muhatapın korunmaya değer bir haklı güveni mevcut olsa bile, açıklama görünüşteki sahibine irade açıklaması olarak isnat edilemez.

İrade açıklamalarının karşılıklılığı, önerinin, yöneldiği muhatap tarafından, yine öneride bulunana karşı yöneltilecek bir irade açıklamasıyla yanıtlanması gerekliliğini ifade eder. Birbirine uygunluk ise, irade açıklamaları arasında anlam bakımından bir uyuşmanın varlığından başka bir şey değildir. Karşılıklılık ve birbirine uygunluk şartlarının sağlanması ihtimalinde, öneri muhatapın yaptığı karşı açıklama kabul açıklaması adını alır.

TBK m. 1/I ile TBK m. 19/I'in birlikte analizi neticesinde, Türk borçlar hukukunda sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının yorumuna ilişkin iki yöntemin bulunduğu

keşfedilir. Bunlardan ilki, açıklamanın somut muhatabın gözünden, onun üzerine düşen tüm dikkat ve özeni sergilemek suretiyle açıklamaya vermesi gereken anlam doğrultusunda anlamlandırılmasını ifade eden objektif - somut yöntem; ikincisi ise açıklamanın açıklamada bulunanın iradesi doğrultusunda yorumlanmasını ifade eden sübjektif yöntemdir. Olağan durumda irade ile açıklamanın birbirine uygun olduğundan hareket edileceğinden ve açıklama açıklama sahibi tarafından, somut muhatabına yönelik olarak ve onun kendisini anlamasına imkân verecek şekilde teşekkül ettirileceğinden, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta kural olarak ve öncelikle objektif - somut yorum yöntemini uygular. Bu yöntem çerçevesinde, irade açıklamasının hüküm ve sonuç doğurduğu an da dâhil olmak üzere, bu ana kadar mevcut ve muhatapça bilinebilir olan tüm yorum araçlarından yararlanılarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılır. Patolojik durumun, yani taraflardan en az biri yönünden irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluğun ispatlanması hâlinde ise, kural olarak yine objektif - somut yorum yöntemi uygulanmakla birlikte, üç ihtimalde sübjektif yorum yöntemi devreye girer. Bu ihtimaller, tarafların iradelerinin objektif - somut yorum yönteminden sapan bir anlam üzerinde uyuşmuş olması; muhatabın objektif - somut anlama ilişkin olarak korunmaya değer bir haklı güveninin bulunmaması ve açıklama ile görünüşteki açıklama sahibi arasında fiilen hiçbir bağlantı kurulamaması nedeniyle açıklamanın ona isnat edilememesidir. Muhatabın açıklamayı objektif - somut anlamı doğrultusunda anlamlandırıldığı karineten kabul edilmeli, aksini iddia eden açıklamada bulunan bunu ispat yükü altında olmalıdır.

Objektif - somut yorum yöntemi, hâkim tarafından muhatabın yerine geçilerek gerçekleştirilen bir değerlendirme içerdiği için, objektif - somut anlamın belirlenmesi bir vakıa tespiti değil, hukukun uygulanması sorunudur ve Yargıtay tarafından temyiz incelemesinde denetim konusu yapılabilir. Fakat sübjektif yorum yöntemi uygulanarak iradeye ulaşılması bir vakıa tespitinden ibaret görülmeli ve bu yöntemin uygulanışı Yargıtay'ın denetim alanı dışında bırakılmalıdır.

TBK m. 1/I, patolojik durumlarda muhatabın açıklamanın objektif - somut anlamına haklı güven duyması ihtimalinde, onu haklı güvenini korumakta ve sözleşmenin objektif - somut anlam üzerinden meydana gelmesini sağlamaktadır. Bu anlamın isnat edilebilmesi için açıklama sahibinin fiil iradesinin, açıklama iradesinin ya da işlem iradesinin aranmaması karşısında, Türk hukukunda katı bir güven teorisinin benimsendiği düşünülebilir. Fakat bu sonuca, ancak sözleşmenin kurulması sahasının irade bozukluklarından izole biçimde ele alınmasıyla ulaşılabilmektedir. Zira fiil iradesinin bulunmadığı hâllerde TMK m. 15

çerçevesinde sözleşme baştan kesin hükümsüz olmaktadır. İşlem iradesinin ve açıklama iradesinin eksikliğinde ise açıklamada yanılma düzenlemeleri uygulama alanı bulmaktadır. Türk kanun koyucusu, TBK m. 31/I ile açıklamada yanılmanın en tipik görünüm biçimlerini doğrudan esaslı kabul etmiş, TBK m. 30 uyarınca da bu hâllerde yanılanın sözleşmeyle bağlı olmayacağına hükmetmiştir. TBK m. 35/I uyarınca yanılan, bir yıl içinde aldığı şeyi geri vermek ya da sözleşmeyi onamadığını bildirmek suretiyle sözleşmenin geçersizliğini nihaî hâle getirebilmektedir. Bu durumda, muhatabın haklı güveninin ona ifa menfaatini sağladığı hâller, açıklamada yanılmanın esaslı olmadığı ihtimallerin yanı sıra, TBK m. 34 uyarınca açıklama yanılmanın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık arz etmesiyle sınırlı kalmaktadır. Bunlara belki onamama durumunda culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme gelecek olmasının sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik caydırıcı etkisi eklenebilir. Ancak bu hâllerin gerek uygulama alanı gerekse de caydırıcı etkisi oldukça sınırlıdır. Onamama durumunda, geriye sadece yanılanın kusurlu olduğu ihtimalde uygulama alanı bulan ve kural olarak menfî zararlarla sınırlı bir zarar tazminine olanak sağlayan culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurma olanağı kalmaktadır. Bu durum karşısında, Türk - İsviçre hukuk düzenlerinde, aslında güven teorisinin değil, culpa in contrahendo sorumluluğuyla yumuşatılmış bir irade teorisinin benimsendiğini kabul etmek gerekir.

Muhatabın haklı güveninin gerçek anlamda korunduğundan söz edilebilmesi için, açıklamada yanılmaya yönelik kanun değişikliğine ihtiyaç vardır. Bu konuda, aşamalı olarak da değerlendirilebilecek iki çözüm önerimiz mevcuttur. Bunlardan ilki, sözleşmeyi onayıp onamama hususunda açıklama sahibine tanınan ve hukuk politikası yönünden oldukça uzun bir süre teşkil eden, yanılmayı öğrenmesinden itibaren bir yıllık sürenin kaldırılmasıdır. Bunun yerine, BGB § 121 Abs. 1'e paralel olarak, yanılanın yanılmayı öğrenmesinden itibaren gecikmeksizin (makul bir süre içinde) onamama -veya iptal- yoluna gitmezse, sözleşmenin nihaî olarak geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yönünde bir düzenleme yapılmalıdır. İkinci önerimiz ise, açıklamada yanılmanın esaslılığının ve dolayısıyla ileri sürülebilirliğinin, muhatabın haklı güveninin korunmasından fedakârlık yapılmasının görece daha kabul edilebilir olduğu iki hâlle sınırlandırılmasıdır. Bunlardan ilki, yanılmaya muhatabın yol açması; ikincisi ise yanılanın muhatabı yanılma hakkında zamanında bilgilendirmesi, yani onu sözleşmenin varlığına güvenerek önemli boyutta hukukî işlemlere girişmeye vakti olmaksızın haberdar etmesi hâlleridir.

KAYNAKLAR

- Aerni, Kurt. *Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln*. Bern: Stämpfli & Cie., 1944.
- Akbulut, Pakize Ezgi. *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Aksoy Dursun, Sanem. “Borçlar Hukukunda ‘Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)’ Kuralının Uygulanması”. *İÜHFMC* C. 76, S. 1, (2018): 133-152 (Aksoy Dursun, “Yanlış Niteleme”).
- Aksoy Dursun, Sanem. *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008 (Aksoy Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*).
- Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006 (Akyol, *Dürüstlük Kuralı*).
- Akyol, Şener. *Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010 (Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*).
- Albayrak, Hakan. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Altaş, Hüseyin. *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014 (Altaş, *Medeni Hukuk*).
- Altaş, Hüseyin. *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998 (Altaş, *Şekle Aykırılık*).
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Armbrüster, Christian. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Kommentar zu BGB §§ 145-157, 13. Aufl.*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011 (Armbrüster, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*).
- Armbrüster, Christian. *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 116-122, 8. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2018 (Armbrüster, *MüKo*).
- Arnold, Arnd. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Kommentar zu BGB §§ 116-133, 13. Aufl.*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011.
- Arslan, Ramazan. *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları, 1989.
- Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Ataay, Aytekin. *Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım: Giriş - Hakikî Şahıslar, 3. Bası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Atalay, Oğuz. “Emare İspatı”. *Manisa Barosu Dergisi* S. 70 (1999): 7-22 (Atalay, “Emare İspatı”).

- Atalay, Oğuz. *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001 (Atalay, *Menfi Vakıaların İspatı*).
- Atalay, Oğuz. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (Ş 14: İspat), 15. Bası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Atalay, *Pekcanitez Usûl*).
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Atamer, Yeşim M.. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.
- Austin, John Langshaw. *How to Do Things with Words*. London: Oxford University Press, 1962.
- Aybay, Aydın. *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 14. Baskı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006.
- Aysever, Reşat Levent. *Anlam Sorunu ve John R. Searle'nin Çözümü*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1994 (Aysever, *Anlam Sorunu*).
- Aysever, Reşat Levent. "Bir Şey Anlat(maya Çalış)mak: H. Paul Grice'a Eleştirel Bir Bakış". *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi* C. 18, S. 2 (2001): 135-157 (Aysever, "Bir Şey Anlatmak").
- Bähr, Otto. "Über Irrungen im Kontrahiren". *JherJb* Bd. XIV (1875): 393-427.
- Bailas, Demetrios. *Das Problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1962.
- Barlas, Nami. "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi". *İÜHFİM* C. LV, S. 3 (1997): 191-208.
- Bartholomeyczik, Horst. "Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung". *Festschrift für Hans G. Ficker zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1967*. Frankfurt - Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1967, 51-77.
- Baş Süzel, Ece. "Sipariş Edilmemiş Mal Gönderilmesi veya Hizmet Sağlanması". *BATİDER* C. XXXIV, S. 3 (2018): 163-199.
- Baş Süzel, Ece ve Aden, Felix. "'Battle of Forms' im türkischen AGB-Recht". *RIW* 63. Jahrgang, Heft 3 (2017): 111-116.
- Baumann, Max. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1: Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB, 3. Aufl.*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1998.
- Baykent, Ufuk Özen. "Dil Felsefesinde Anlam Sorunu". *JASSS* S. 56 (2017): 497-508.
- Becker, Hermann. *Berner Kommentar, Bd. VI/1: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl.*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1945.
- Belen, Herdem. *6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Belser, Eva-Maria. "Die Auslegung des Vertrages - Richterliche Inhaltsgestaltung zwischen Freiheit und Gerechtigkeit". *L'européanisation du Droit Privé - Vers un Code Civil Européen?*. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1988, 237-265.

- Berger, Bernhard. *Allgemeines Schuldrecht*, 2. Aufl.. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Bickel, Dietrich. *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen*. Marburg: N. G. Elwert Verlag, 1976.
- Biehl, Björn. "Grundsätze der Vertragsauslegung". *JuS* 50. Jahrgang, Heft 3 (März 2010): 195-200.
- Bigler-Eggenberger, Margrith. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 11-21 ZGB*, 4. Aufl.. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Binder, Julius. "Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes". *ARWP* Bd. V, Heft 2 (1911/1912): 266-282.
- Bischoff, Kai. *Der Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag*. Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
- Bork, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Aufl.. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011 (Bork, Allgemeiner Teil).
- Bork, Reinhard. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4 b), Kommentar zu §§ 145-156, 158-163*. Berlin: Sellier - de Gruyter, 2015 (Bork, Staudingers Kommentar).
- Böttcher, Leif. *Von der Lüge zur Mentalreservation*. Bonn: V & R Unipress, 2007.
- Brehm, Roland. *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4. Aufl.. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2013.
- Brox, Hans. "Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie". *JA* 16. Jahrgang, Heft 10 (1984): 549-557 (Brox, "Andeutungstheorie").
- Brox, Hans. *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1960.
- Bucher, Andreas. *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*. 4. Aufl., Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009 (Bucher, *Natürliche Personen*).
- Bucher, Eugen. *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, Kommentar zu Art. 1-10 OR*, 5. Aufl.. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011 (Bucher, *BSK*).
- Bucher, Eugen. "Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht". *ZSR Neue Folge* 102 II (1983): 251-383 (Bucher, "Vertragsrecht").
- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl.. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988 (Bucher, *OR AT*).
- Bucher, Eugen ve Aebi-Müller, Regina E.. *Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit*, 2. Aufl.. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Busche, Jan. *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 133, 139-157*, 8. Aufl.. München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- Busse, Dietrich. *Juristische Semantik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993 (Busse, *Juristische Semantik*).
- Busse, Dietrich. *Semantik*. Paderborn: Wilhelm Fink, 2009 (Busse, *Semantik*).

- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Büyükcay, Yusuf. *Roma Borçlar Hukukunda Hata*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Büyüksağış, Erdem. “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları”. *UAÜHFD* S. 5 (2015): 135-157.
- Bydlinski, Franz. “Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit”. *BJM* (1982): 1-30 (Bydlinski, “Grundlagen”).
- Bydlinski, Franz. “Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft”. *JZ* Bd. 30, Heft 1 (1975): 1-6 (Bydlinski, “Erklärungsbewußtsein”).
- Bydlinski, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl.*. Wien: Springer-Verlag, 1991 (Bydlinski, *Methodenlehre*).
- Bydlinski, Franz. *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*. Wien - New York: Springer-Verlag, 1967 (Bydlinski, *Privatautonomie*).
- Canaris, Claus-Wilhelm. “Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr”. *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*. Wien - New York: Springer Verlag, 1986, 103-116 (Canaris, “Bewegliches System”).
- Canaris, Claus-Wilhelm. “Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht”. *JZ* Bd. 42, Heft 11 (1987): 543-553 (Canaris, “Wechselrecht”).
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971 (Canaris, *Vertrauenshaftung*).
- Canaris, Claus-Wilhelm. “Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”. *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I*, München: Verlag C. H. Beck, 2000, 129-197 (Canaris, “FS 50 Jahre BGH”).
- Canaris, Claus-Wilhelm. “Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien”. *JZ* Bd. 48, Heft 8 (1993): 377-391 (Canaris, “Juristische Theorien”).
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl.*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983 (Canaris, *Systemdenken*).
- Canaris, Claus-Wilhelm. “Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”. *AcP* Bd. 200 (2000): 273-364 (Canaris, “Wandlungen”).
- Coing, Helmut. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Kommentar zu §§ 116-122, 130-133, 11. Aufl.*. Berlin: Schweitzer, 1957.
- Cuénod, Bernard. *Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations*. Vevey: Klausfelder, 1941.
- Czarnecki, Mark Andre. *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- Çıtak, Halim Alperen. *İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan. “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”. *İNÜHFD* C. 8, S. 1 (2017): 33-52.

- Danz, Erich. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3. Aufl.. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1911.
- Dehler, Hans. *Die Zurechnung des Sprachrisikos bei Willenserklärungen*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2002.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Deschenaux, Henri. *Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2: Einleitung und Personenrecht, Der Einleitungstitel*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1967.
- Dörner, Heinrich. *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (Nomoskommentar)*, Hrsg. Reiner Schulze, *Kommentar zu §§ 1-240, 10. Aufl.*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.
- Dulckeit, Gerhard. "Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht". *Festschrift Fritz Schulz, Bd. I*. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1951, 148-190.
- Dural, Mustafa. *Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.
- Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 20. Baskı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Dural, Mustafa, Sarı, Suat. *Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Dürr, David. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1: Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB, 3. Aufl.*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1998.
- Ebner, Otto. *Der Erklärungsirrtum im Lichte der Vertrauenslehre*. Diss., Basel, 1941.
- Edis, Seyfullah. *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.
- Egger, August. "Grundsätze der Vertragsauslegung". *August Egger - Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. II*. Zürich: Schulthess & Co AG, 1957, 103-107 (Egger, "Vertragsauslegung").
- Egger, August. "Vom individualistischen zum sozialen Zivilrecht". *August Egger - Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. I*. Zürich: Schulthess & Co AG, 1957, s. 209-229 (Egger, Zivilrecht).
- Egger, August. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung, Kommentar zu Art. 1-89 ZGB, 2. Aufl.*. Zürich: Schulthess Verlag, 1930 (Egger, ZK).
- Eichler, Hermann. *Die Rechtslehre vom Vertrauen*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950.
- Einsele, Dorothee. *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 125-132, 8. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- Ellenberger, Jürgen. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar zu BGB §§ 1-240, 76. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2017.

- Emmenegger, Susan ve Tschentscher, Axel. *Berner Kommentar, Bd. I/1: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-9 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Enneccerus, Ludwig ve Nipperdey, Hans Carl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 15. Aufl.*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1960.
- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019 (Erdoğan, *Borçlar Hukuku*).
- Erdoğan, İhsan. “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”. *GÜHFD C. I, S. 1* (1997): 114-123 (Erdoğan, “Şekle Aykırılık”).
- Erdoğan, İhsan ve Keskin, A. Dilşad. *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 2. Baskı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Esener, Turhan. “Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”. *AÜHFD C. 16, S. 1* (1959): 267-276 (Esener, “Esaslı Noktalar”).
- Esener, Turhan. “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn’ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”. *AÜHFD C. XI, S. 3* (1952): 166-197 (Esener, “İtimat Prensibi”).
- Esener, Turhan ve Gündoğdu, Fatih. *Borçlar Hukuku I - Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1 - 48)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Esser, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Bası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Flume, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl.*. Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 1992 (Flume, *Rechtsgeschäft*).
- Flume, Werner. “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”. *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. I*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1960, s. 135-238 (Flume, *Privatautonomie*).
- Fröde, Christian. *Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- Fulterer, Walter. *Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage bei vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften unter Berücksichtigung des österreichischen, deutschen und schweizerischen Rechts*. Innsbruck: Wagner, 1939.
- Furrer, Andreas ve Müller-Chen, Markus. *Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 3. Aufl.*. Zürich: Schulthess, 2018.
- Gadamer, Hans - Georg. *Gesammelte Werke I - Hermeneutik I: Wahrheit und Methode, 6. Aufl.*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.
- Gaius. *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius, Transl. Edward Poste, Fourth edition*. Oxford: Clarendon Press, 1904, Erişim: <http://oll.libertyfund.org/titles/1154>, 19.4.2017.
- Gauch, Peter. “Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge”. *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert - Symposium zum*

- Schweizerischen Privatrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2001, 209-244 (Gauch, "Auslegung").
- Gauch, Peter. "Vertrag und Parteiwille". *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1982, 343-368 (Gauch, "Vertrag").
- Gauch, Peter. "Von den wesentlichen Vertragspunkten". *Recht* (1991): 45-52 (Gauch, "Vertragspunkte").
- Gauch, Peter ve Schluemp, Walter R.. "Zum 'Reinen Auslegungsstreit' – Eine Klarstellung". *SJZ* 78. Jahrgang, Heft 14 (1982): 230-232.
- Gauch, Peter, Schluemp, Walter R. ve Schmid, Jörg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl.*. Zürich: Schulthess, 2014.
- Gezder, Ümit. *Türk / İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Gonzenbach, Rainer. *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*. Bern: Stämpfli & Cie AG, 1987.
- Görgün, L. Şanal, Börü, Levent, Toraman, Barış ve Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Grice, Herbert Paul. "Logic and Conversation". *Studies in the Way of Words*. Cambridge - Massachusetts - London - England: Harvard University Press, 1991, 22-40 (Grice, "Logic and Conversation").
- Grice, Herbert Paul. "Meaning". *The Philosophical Review* Vol. 66, No. 3 (July 1957): 377-388 (Grice, "Meaning").
- Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace, Book II*. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.
- Guhl, Theo. "Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während der verfloßenen Jahrhunderte". *ZSR, Hundert Jahre Schweizerisches Recht Jubiläumsgabe*. Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1952, 141-172.
- Guhl, Theo, Merz, Hans ve Kummer, Max. *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts, 7. Aufl.*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1980.
- Gürdoğan, Burhan. "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk". *AÜSBFD* C. XI, S. 3 (1956): 258-285.
- Güvenç, Özgür. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi". *GÜHFD* C. XVIII, S. 3-4 (2015): 363-405 (Güvenç, "Culpa in Contrahendo").
- Güvenç, Özgür. *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014 (Güvenç, *İnançlı İşlem*).
- Gümüş, Mustafa Alper. "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung - Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- Hadzimanovic, Natasa. *Auslegung und Ergänzung von Verträgen – Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006.

- Harke, Jan Dirk. *Si error aliquis intervenit - Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- Hartmann, Gustav. "Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens". *AcP* Bd. 72, Heft 2 (1888): 161-256 (Hartmann, "Werk und Wille").
- Hartmann, Gustav. "Wort und Wille im Rechtsverkehr". *JherJb* Bd. XX, Neue Folge Bd. VIII (1882): 1-79 (Hartmann, "Wort und Wille").
- Häsemeyer, Ludwig. *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1971.
- Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Haupt, Peter. *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption*. Weimar: Verlag Hermann Böhlau Nachf., 1941.
- Hausheer, Heinz ve Aebi-Müller, Regina E.. *Berner Kommentar, Bd. I/1: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012 (Hausheer ve Aebi-Müller, BK).
- Hausheer, Heinz ve Aebi-Müller, Regina E.. *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl.*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2008 (Hausheer ve Aebi-Müller, *Personenrecht*).
- Hausheer, Heinz ve Jaun, Manuel. *Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2003.
- Hausmaninger, Herbert ve Selb, Walter: *Römisches Privatrecht, 8. Aufl.*. Wien - Köln - Weimar: Böhlau Verlag, 1997.
- Häublein, Martin. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4: Schuldrecht - Besonderer Teil II, Kommentar zu §§ Einl. MietR/PachtR - § 536d, 7. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2016.
- Heck, Philipp. "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 9. November 1918". *JW* Bd. 48 (1919): 102 vd..
- Heck, Philipp. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1932 (Heck, *Begriffsbildung*).
- Heck, Philipp. "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz". *AcP* Bd. 112, Heft 1 (1914): 1-318 (Heck, "Gesetzesauslegung").
- Hefermehl, Wolfgang. *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2: §§ 104-240, Kommentar zu §§ 116-122, 133*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1999.
- Heger, Martin. "Recht im 'Alten Reich' - Der Usus modernus". *ZJS* 3. Jahrgang, (1/2010): 29-39.
- Heiss, Helmut. *ABGB-ON: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar zu ABGB § 914*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010.
- Helvacı, İlhan. "Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine". *İÜHFMC*. LV, S. 4 (1997): 145-171 (Helvacı, "Temyiz Kudreti").
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler, 4. Bası*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012 (Helvacı, *Gerçek Kişiler*).

- Heper, Altan. "Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck". *İÜHFMC*. LXXII, S. 1 (2014): 333-348.
- Hepting, Reinhard. "Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Bindung". *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Köln - Berlin - Bonn - München: Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 209-234.
- Herrlich, Bernhard. *Recht zur Sprache gebracht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Herzog, Nicolas R.. *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*. Zürich: Schulthess, 1999.
- Heusler, Andreas. *Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. I*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885.
- Hirsch, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil, 7. Aufl.*. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- Hofer, Sibylle. *Freiheit ohne Grenzen? - Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- Hofer, Sibylle, Hrubesch-Millauer, Stephanie ve Roberto, Vito. *Einleitungsartikel und Personenrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2011.
- Hofmann, Franz. *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag*. Wien: Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung, 1874.
- Honsell, Heinrich. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 1-4 ZGB, 4. Aufl.*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010 (Honsell, BSK).
- Honsell, Heinrich. *Römisches Recht, 7. Aufl.*. Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 2010 (Honsell, *Römisches Recht*).
- Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl.*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2010 (Honsell, *Besonderer Teil*).
- Honsell, Heinrich. "Willenstheorie oder Erklärungstheorie". *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis - Festschrift für Hans Peter Walter*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005, 335-350 (Honsell, "Willenstheorie").
- Huber, Eugen. *Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl.*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1925.
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl.*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Hüppi, David. *Die Methode zur Auslegung von Statuten*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1971.
- Hürlimann-Kaup, Bettina ve Schmid, Jörg. *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl.*. Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- İlgin, Ayşe Nur. *Kendi Kusuruyla Hataya Düşen Tarafın Tazminat Sorumluluğunun Şartları ve Kapsamı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Iustinianus. *Corpus Iuris Civilis, Bd. I: Institutiones, Digesta*, Hrsg. Paulus Krueger, Theodor Mommsen. Berolini: Weidmann, 1963 (Iustinianus, *Corpus Iuris Civilis*).
- İlhan, Cengiz. *Günümüz Türkçesiyle Mecelle, 2. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- İnan, Ali Naim ve Yücel, Özge. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

- İnternet: Die digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Erişim: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>.
- İnternet: Beck-Online, Erişim: <https://beck-online.beck.de/Home>.
- İnternet: DigiZeitschriften, Das deutsche digitale Zeitschriftenarchiv, Erişim: <http://www.digizeitschriften.de/startseite/>.
- İnternet: HeinOnline, Erişim: <https://home.heinonline.org/>.
- İnternet: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.
- İnternet: Münchener Digitalisierungszentrum Digitale Bibliothek, Erişim: <https://www.digitale-sammlungen.de/index.html?c=suchen&l=de>.
- İnternet: Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Erişim: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction.htm>.
- İnternet: Resmî Gazete, Erişim: <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>.
- İnternet: Schweizerisches Fallrecht, Erişim: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/>.
- İnternet: Springerlink, Erişim: <http://link.springer.com/>.
- İnternet: Swisslex, Erişim: <https://www.swisslex.ch/>.
- İnternet: Wolters Kluwer, Erişim: <https://www.wolterskluwer-online.de/>.
- Jancke, Ulrich. *Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht*. München: Florentz, 1987.
- Jäggi, Peter. “Vertrauensprinzip und Gesetz”. *Aequitas und bona fides - Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955, 145-159.
- Jäggi, Peter ve Gauch, Peter. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/1b: Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl.*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980.
- Jäggi, Peter, Gauch, Peter ve Hartmann, Stephan. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 18 OR: Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4. Aufl.*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Jörs, Paul, Kunkel, Wolfgang, Wenger, Leopold, Honsell, Heinrich, Mayer-Maly, Theo ve Selb, Walter. *Römisches Recht, 4. Aufl.*. Berlin - Heidelberg - New York: Springer-Verlag, 1987 (ilgili bölümün yazarına göre; Kunkel ve Honsell, Kunkel ve Mayer-Maly veya Kunkel ve Selb).
- Kaden, Erich-Hans. “Die Lehre vom Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und die Rechtsregel: Non videntur qui errant consentire”. *Festschrift Paul Koschaker, Bd. I*. Weimar: Verlag Hermann Böhlaus Nachf., 1939, 334-357.
- Kabaş, Esen. *İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Eylül 2015.
- Kanışlı, Erhan. *İsviçre - Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kaplan, İbrahim. “Sözleşmenin Hâkim Tarafından Yorumu”. *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı*. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1998, 417-462.

- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Hukuku, 16. Bası*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Kaser, Max. *Das römische Privatrecht, Bd. I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl.*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971 (Kaser, *Das römische Privatrecht I*).
- Kaser, Max. *Das römische Privatrecht, Bd. II: Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl.*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1975 (Kaser, *Das römische Privatrecht II*).
- Kaşak, Fahri Erdem. "Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)". *AHBVÜHFD* C. 23, S. 3 (2019): 195-222.
- Keller, Ernst. *Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschlusse*. Aarau: Verlag H. R. Sauerländer & Co., 1943 (Keller, *Vorbehalt*).
- Keller, Max. "Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge". *SJZ* 57. Jahrgang, Heft 20 (1961): 313-322 (Keller, "Auslegung").
- Keller, Max. "Der Vertragswille im Obligationenrecht". *SJZ* 58. Jahrgang, Heft 24 (1962): 365-371 (Keller, "Vertragswille").
- Keller, Max. "Die Theorie des sog. 'Reinen Auslegungsstreites'". *SJZ* 78. Jahrgang, Heft 8 (1982): 126-128 (Keller, "Reiner Auslegungsstreit").
- Keller, Max ve Schöbi, Christian. *Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl.*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1988.
- Kellmann, Christof. "Grundprobleme der Willenserklärung". *JuS* 11. Jahrgang, Heft 12 (Dezember 1971): 609-617.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2012 (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016 (Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*).
- Kırca, Çiğdem. "İnternette Sözleşme Kurulması". *BATİDER* C. 20, S. 4 (2000): 99-122.
- Klausberger, Kurt. *Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.
- Kling, Michael. *Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr - Die wertende Verteilung sprachbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- Klocke, Daniel Matthias. *Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille - Willenserklärung und Rechtsgeschäft*. Halle an der Saale: Universitätsverlag Halle-Wittenberg, 2014.
- Knothe, Hans-Georg. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch I: Allgemeiner Teil, §§ 90-124, 130-133, Kommentar zu §§ 104-115*. Berlin: Sellier - de Gruyter, 2017.
- Kocaağa, Köksal. "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar". *TBBD* S. 79, (2008): 73-102.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 6. Bası*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014 (Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968 (Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*).
- Koch, Hans-Joachim ve Rüßmann, Helmut. *Juristische Begründungslehre*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982.
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2006.
- Konuralp, Halûk. *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Koschaker, Paul ve Ayiter, Kudret. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Koziol, Helmut, Welsler, Rudolf ve Kletecka, Andreas. *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 14. Aufl.*. Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014.
- Kramer, Adam. "Common Sense Principles of Contract Interpretation (And How We've Been Using Them All Along)". *Oxford Journal of Legal Studies* Volume 23, Issue 2 (Summer) (2003): 173-196 (Kramer, "Contract Interpretation").
- Kramer, Ernst A.. *Grundfragen der vertraglichen Einigung*. München: Wilhelm Fink Verlag, 1972 (Kramer, *Grundfragen*).
- Kramer, Ernst A.. *Juristische Methodenlehre, 2. Aufl.*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005 (Kramer, *Methodenlehre*).
- Kramer, Ernst A.. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB-Gesetz, Kommentar zu §§ 116-124, 4. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2001 (Kramer, MüKo).
- Kramer, Ernst A.. "Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben aus rechtsgeschäftlicher Vertrauensgrundsatz". *Recht* (1990): 99-106 (Kramer, "Bestätigungsschreiben").
- Kramer, Ernst A. ve Schmidlin, Bruno. *Berner Kommentar, Bd. VI/1/1: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1986.
- Kren-Kostkiewitz, Jolanta. *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 1-18 OR, 2. Aufl.*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2009.
- Kummer, Max. *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 8 ZGB*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie., 1966 (Kummer, *BK*).
- Kummer, Maximilian. *Sprachprobleme und Sprachrisiken*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016 (Kummer, *Sprachprobleme*).
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

- Kut, Ahmet. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), Kommentar zu Art. 1-31 OR, 2. Aufl.*. Zürich: Schulthess, 2012.
- Küçük, Eşref. “XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”. *AÜHFD C. LVI, S. 4* (2007): 111-122.
- Lange, Esther. *Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981.
- Larenz, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Aufl.*. München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1983 (Larenz, *Allgemeiner Teil*).
- Larenz, Karl. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*. Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1930 (Larenz, *Auslegung*).
- Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl.*. Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 1991 (Larenz, *Methodenlehre*).
- Larenz, Karl ve Canaris, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl.*. Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag, 1995.
- Larenz, Karl ve Wolf, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- Leenen, Detlef. “Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages”. *AcP Bd. 188, Heft 4* (1988): 381-418 (Leenen, “Abschluß”).
- Leenen, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl.*. Berlin - Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2015 (Leenen, *BGB Allgemeiner Teil*).
- Lehmann, Heinrich, Hübner, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl.*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1966.
- Leonhard, Rudolf. *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, Erster Teil*. Breslau: Verlag von M. & H. Marcus, 1907.
- Lipp, Martin. *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.
- Lobinger, Thomas. *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1999.
- Lorenz, Stephan. *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*. München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1997.
- Loser, Peter. *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2006.
- Luig, Klaus. “Savignys Irrtumslehre”. *Ius Commune - Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte VII: Vorträge zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1979, 36-59.
- Lukas, Meinhard. “Abbruch von Vertragsverhandlungen - 2. Teil”. *Juristische Blätter* Volume 132, Issue 1 (2010): 23-37.
- Lüderitz, Alexander. *Auslegung von Rechtsgeschäften*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1966.
- Manigk, Alfred. *Irrtum und Auslegung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1918 (Manigk, *Irrtum*).

- Manigk, Alfred. “Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts” (Rezensionsabhandlung). *ARWP* Bd. XXVI (1932, 1933): 359-380 (Manigk, “Die Methode der Auslegung”).
- Mansel, Heinz-Peter. *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar zu §§ 1-242, 17. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- Matthes, Walter G.. *Irrtum und Mißverständnis in ihren Beziehungen zueinander*. Borna - Leipzig: Buchdruckerei Robert Noste, 1905.
- McLauchlan, David. “Contract Interpretation: What Is It About?”. *The Sydney Law Review* S. 31 (1) (2009): 5-52.
- Medicus, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl.*. Heidelberg - München: C. F. Müller, 2010 (Medicus, *Allgemeiner Teil*).
- Medicus, Dieter. “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage”. *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. I*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1978, 629-647 (Medicus, “Vertragsauslegung”).
- Medicus, Dieter ve Petersen, Jens. *Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl.*. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.
- Meier-Hayoz, Arthur. *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie., 1966 (Meier-Hayoz, BK).
- Meier-Hayoz, Arthur. *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*. Zürich: Buchdruckerei Stampfenbach AG., 1948 (Meier-Hayoz, *Vertrauensprinzip*).
- Mertens, Hans Joachim ve Rehbinder, Eckard. *Internationales Kaufrecht - Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen*. Frankfurt am Main: Metzner, 1975.
- Merz, Hans. “Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung”. *ZSR Neue Folge* Bd. 80, 1. Halbband, Heft 4 (1961): 335-366 (Merz, “Treu und Glauben”).
- Merz, Hans. *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie., 1966 (Merz, BK).
- Merz, Hans. *Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl.*. Freiburg Schweiz: Universitätsverlag, 1992 (Merz, *Vertrag*).
- Metin, Sevtap. *Hukuk Normunun Yorumu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- Meyer, Olaf. “Die abhandengekommene Willenserklärung”. *JuS* 57. Jahrgang, Heft 10, (2017): 960-963.
- Mittelstädt, Morten. *Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I: Allgemeiner Theil*. Berlin - Leipzig: Verlag von J. Guttentag, 1888 (BGB Motive I).
- Musielak, Hans-Joachim. *Grundkurs BGB, 12. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2011 (Musielak, *BGB*).

- Musielak, Hans-Joachim. "Zum Verhältnis von Wille und Erklärung: Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung". *AcP* Bd. 211, Heft 6 (Dezember 2011): 769-802 (Musielak, "Wille und Erklärung").
- Müller, Christoph. *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Neumayer, Karl Heinz. "Vertragsschluss durch Kreuzofferten?". *Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebsigsten Geburtstages*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1964, 309-328.
- Neuner, Jörg. "Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht". *NJW* Heft 25 (2000): 1822-1833 (Neuner, "Körperbehinderter").
- Neuner, Jörg. "Vertragsauslegung - Vertragsergänzung, Vertragskorrektur". *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I*. München: Verlag C. H. Beck, 2007, 901-924 (Neuner, "Vertragsauslegung").
- Neuner, Jörg. "Was ist eine Willenserklärung?". *JuS* 47. Jahrgang, Heft 10 (Oktober 2007): 881-888 (Neuner, "Willenserklärung").
- Nomer, Halûk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018 (Nomer, *Borçlar Hukuku*).
- Nomer, Halûk Nami. "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?". *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, C. 8 (2013): 2053-2074 (Nomer, "Esaslı Nokta").
- Oebike, Burkhard. *Wille und Erklärung beim Irrtum in der Dogmengeschichte der beiden letzten Jahrhunderte*. Emsdetten (Westf.): Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, 1935.
- Oftinger, Karl. "Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte". *ZSR Neue Folge* Bd. 58 (1939): 178-209 (Oftinger, "Auslegung").
- Oftinger, Karl. "Überblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation". *SJZ* 63. Jahrgang, Heft 23 (1967): 353-361 (Oftinger, "Überblick").
- Oğuz, Cemal. *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1993.
- Oğuzman, M. Kemal ve Barlas, Nami. *Medenî Hukuk, 20. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 11. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 11. Bası*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.
- Oser, Hugo ve Schönenberger, Wilhelm. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Aufl.*. Zürich: Schulthess & Co., 1929.
- Ott, Edward E.. *Die Interpretation von Verträgen und Statuten unter besonderer Berücksichtigung der in der Gerichtspraxis effektiv verwendeten Entscheidungsgründe*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000.

- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (§ 19: Kanun Yolları)*, 15. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özsunar, Erdal. *Roma ve Türk Hukuku'nda Hata*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Öztan, Bilge. *Şahsın Hukuku - Hakikî Şahıslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1987.
- Özyakışır, Özkan. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Patry, Robert. *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*. Thèse, Genève, 1953.
- Pawlowski, Hans-Martin. *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1966.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Petersen, Jens. "Der Tatbestand der Willenserklärung". *Jura* 28. Jahrgang, Heft 3 (2006): 178-181.
- Piotet, Paul. *La formation du contrat: en doctrine générale et en droit privé suisse*. Bern: Stämpfli, 1956 (Piotet, *La formation*).
- Piotet, Paul. "La théorie de la conclusion du contrat et son évolution en droit suisse". *ZbJV* 121 (1985): 148 vd. (Piotet, "La théorie").
- Pletzer, Renate. *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar zu § 871*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010.
- Raiser, Rolf. "Schadenshaftung bei verstecktem Dissens". *AcP* Bd. 127 (Neue Folge Bd. 7) (1927): 1-45.
- Rehbinder, Manfred ve Stöckli, Jean-Fritz. *Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-362 OR), Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2010.
- Reichel, Hans. "Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches". *Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag am 19. Febr. 1926*. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1926, 281-358.
- Reimann, Mathias. "Nineteenth Century German Legal Science". *Boston College Law Review* Volume 31, Issue 4, Number 4 (1990): 837-897, Erişim: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol31/iss4/2/>, 9.3.2018.
- Reinicke, Michael. "Der Satz von der 'falsa demonstratio' im Vertragsrecht". *JA* 12. Jahrgang, Heft 8-9 (1980): 455-463.
- Reiser, Nina. *Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2010.
- Rieble, Volker. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II), Kommentar zu §§ 315-319*. Berlin: Sellier - de Gruyter, 2004.
- Röhl, Klaus F. ve Röhl, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl.*. Köln - München: Carl Heymanns Verlag, 2008.

- Röver, Wilhelm. *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*. Rostock: Koch, 1874.
- Rummel, Peter. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Teilband §§ 859-916 ABGB (Vertragsrecht), 4. Aufl., Kommentar zu §§ 859-878*. Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014.
- Rummel, Peter. "Verkehrssitten und Vertragsauslegung". *Juristische Blätter* 95. Jahrgang, Heft 3/4 (17. Februar 1973): 66-75.
- Rusch, Arnold F.. *Rechtsscheinlehre in der Schweiz*. Zürich - St. Gallen: Dike Verlag AG, 2010.
- Rückert, Joachim. "Prinzipienjurisprudenz?!". *Recht* (2017): 300-312.
- Rüthers, Bernd ve Stadler, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2009.
- Sağlam, İpek. *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu, C. I, Öneri ve Kabul (TBK m. 3-4), 3. Baskı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Sarikaya, Murat. *Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Schapp, Jan. *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986.
- Scherer, Inge. *Andeutungsformel und falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987 (Scherer, *Andeutungsformel*).
- Scherer, Inge. "Die Auslegung von Willenserklärungen 'klaren und eindeutigen' Wortlauts". *Jura* 10. Jahrgang, Heft 6 (Juni 1988): 302-305 (Scherer, "Auslegung").
- Schermaier, Martin Josef. *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*. Wien - Köln - Weimar: Böhlau Verlag, 2000 (Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*).
- Schermaier, Martin Josef. "Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts". *ZEuP* (1998): 60-83 (Schermaier, "Irrtumsrecht").
- Schermaier, Martin Josef. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, Kommentar zu §§ 116-124: Willensmängel*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003 (Schermaier, *HKK*).
- Scheuerle, Wilhelm A.. "Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage". *AcP* 157. Bd., Heft 1 (1958/1959): 1-85.
- Schimmel, Roland. "Zur Auslegung von Willenserklärungen". *JA* 30. Jahrgang, Heft 12 (1998): 979-987.
- Schlachter, Monika. "Irrtum, Dissens und kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche". *JA*, 23. Jahrgang, Heft 4 (1991): 105-111.
- Schläpfer, Max J.. *Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluß nach schweizerischem Recht*. Zürich: Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co., 1937.
- Schlossmann, Siegmund. "Willenserklärung und Rechtsgeschäft". *Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät ihrem hochverehrten Senior Dr. Albert Hänel*. Kiel und Leipzig: Verlag von Lipsius & Tischer, 1907, 1-84.

- Schmid, Jörg. *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*. Freiburg (Schweiz): Universitätsverlag, 1988.
- Schmidlin, Bruno. *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1/2/1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1995 (Schmidlin, BK).
- Schmidlin, Bruno. “Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht”. *ZSR Neue Folge* Bd. LXXXIX (Bd. CXI der gesamten Folge), 1. Halbband, Heft 3 (1970): 225-254 (Schmidlin, “Vertrauensprinzip”).
- Schmidlin, Bruno. “Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR: Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis”. *ZSR* Bd. 134, Heft 2 (2015): 107-134 (Schmidlin, “Vertragsabschluss”).
- Schönenberger, Wilhelm ve Jäggi, Peter. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/1a: Obligationenrecht Art. 1-17, 3. Aufl.*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973.
- Schönle, Herbert. *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Kommentar zu Art. 184-191 OR, 3. Aufl.*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1993.
- Schulz, Fritz. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1961.
- Schwenzer, Ingeborg. *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, Kommentar zu Art. 11-17, 23-31 OR, 5. Aufl.*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011 (Schwenzer, BSK).
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl.*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012 (Schwenzer, AT).
- Schwind, Fritz. *Römisches Recht, Bd. I: Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes*. Wien: Springer-Verlag, 1950.
- Searle, John R.. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge - New York: Cambridge University Press, 1969.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 6. Bası*. İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014 (Serozan, İfa).
- Serozan, Rona. “Culpa In Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”. *MHAD* Yıl 2, S. 3 (1968): 108-129 (Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”).
- Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem - Mantık, 2. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017 (Serozan, *Hukukta Yöntem*).
- Serozan, Rona. *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu, C. I, İrade Açıklaması (TBK m. 1-2) ve Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri (TBK m. 7-9), 3. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019 (Serozan, *İstanbul Şerhi*).
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk: Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 4. Bası*. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (Serozan, *Medeni Hukuk*).

- Simonius, August. “Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre”. *Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 1942, 235-282 (Simonius, “Vertrauensprinzip”).
- Simonius, August. “Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis”. *Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden - Festgabe zum 70. Geburtstage von Fritz Goetzinger*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1935, s. 240 vd. (Simonius, “Irrtumslehre”).
- Singer, Reinhard. *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*. München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1995 (Singer, *Selbstbestimmung*).
- Singer, Reinhard. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90-124, 130-133, Kommentar zu §§ 116-122, 133*. Berlin: Sellier - de Gruyter, 2017 (Singer, *Staudingers Kommentar*).
- Sonnenberger, Hans Jürgen. *Verkehrssitten im Schuldvertrag*. München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1969.
- Spickhoff, Andreas. *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönIR, ProstG, AGG, Kommentar zu §§ 104-115*. 8. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- Spiro, Karl. *Ueber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1948.
- Stathopoulos, Michael. “Zur Methode der Auslegung der Willenserklärung”. *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1973, 357-372.
- Stehle, Bernhard. “Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien”. *Recht* (2014): 257-263.
- Steinmarder, Georg. “Liegt dem schweizer. Obligationenrecht die Willens- oder Erklärungstheorie zugrunde?”. *SJZ XIII*. Jahrgang, Heft 18 (1917): 289-291.
- Şahin, Eda ve Çelt, Damla Özden. “Sözleşmenin Yorumlanması Meselesine Türk ve İngiliz Hukuklarının Farklı Yaklaşımı”. *Legal Hukuk Dergisi C*. 17, S. 194 (2019): 697-746.
- Şeker, Muzaffer. *Yazılmamış Sayılma*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015 (Şeker, *Yazılmamış Sayılma*).
- Şeker, Muzaffer. “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)”. *İTÜSBD* Yıl 12, S. 24 (Güz 2013/2): 81-98 (Şeker, “İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi”).
- Taşkın, Zeynep Damla. *Sözleşmenin Kurulması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Taşpınar, Sema. “Fiilî Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”. *AÜHFD C*. XLV, S. 1-4 (1996): 533-572.
- Tekil, Fahiman. “Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları”. *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000, 1091-1114.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk ve Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tercier, Pierre, Pichonnaz, Pascal ve Develioğlu, Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Titiriga, Remus. “The ‘Jurisprudence of Interests’ (Interessenjurisprudenz) from Germany: History, Accomplishments, Evaluation”. *IJLLD* Volume 3.1 (June 2013): 55-78.
- Titze, Heinrich. *Die Lehre vom Mißverständnis*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1910 (Titze, *Mißverständnis*).
- Titze, Heinrich. “Vom sogenannten Motivirrtum”. *Festschrift Ernst Heymann, Bd. II*. Weimar: Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, 1940 (Titze, “Motivirrtum”).
- Topuz, Murat. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”. *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, 1138-1174.
- Topuz, Seçkin ve Canbolat, Ferhat. “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”. *HHFD* C. 1, S. 1 (2011): 1-31.
- Tuor, Peter, Schnyder, Bernhard, Schmid, Jörg ve Rumo-Jungo, Alexandra. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl.*. Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2002.
- Uçaryılmaz, Talya Şans. *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019 (Uçaryılmaz, *Bona Fides*).
- Uçaryılmaz, Talya Şans. “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”. *TBBD* S. 135, (2018): 335-382 (Uçaryılmaz, “Sözleşmesel Bona Fides”).
- Uluslan, İlhan. “Culpa In Contrahendo Üstüne”. *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, 275-319.
- Van der Meer, Jens ve Perren, Ruben. *Repetitorium Personenrecht, 2. Aufl.*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2011.
- Vogenauer, Stefan. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, Kommentar zu §§ 133, 157: Auslegung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Vogt, Hans-Ueli. *Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Kommentar zu Art. 19, 20*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2013.
- von Amira, Karl. *Grundriss des germanischen Rechts, 3. Aufl.*. Strassburg: Verlag von Karl J. Trübner, 1913.
- von Büren, Bruno. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess & Co. AG, 1964.
- von Craushaar, Götz. *Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*. München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1969.
- von Hippel, Fritz. *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1936.
- von Jhering, Rudolf. “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”. *JherJb* Bd. IV, (1861): 1-112 (von Jhering, “Culpa in contrahendo”).
- von Jhering, Rudolf. *Der Zweck im Recht, Bd. I*. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1877 (von Jhering, *Zweck*).

- von Jhering, Rudolf. *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, Bd. I*. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1865 (von Jhering, *Geist*).
- von Jhering, Rudolf. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975 (unveränderter reprografischer Nachdruck der 13. Aufl., Leipzig, 1924) (von Jhering, *Scherz*).
- von Martini, Carl Anton. *Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts, Bd. II*. Wien: Sonnleithner, 1784.
- von Savigny, Friedrich Karl. *System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III*. Berlin: Bei Veit und Comp., 1840.
- von Tuhr, Andreas. “Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht”. *ZSR* Bd. XXXVII (Neue Folge Fünftehnter Band), Heft 2 (1896): 278-319.
- von Tuhr, Andreas ve Peter, Hans. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl.*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1984.
- Wagner, Gerhard. “Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen”. *AcP* Bd. 193, Heft 4 (1993): 319-347.
- Weiler, Frank. *Die beeinflusste Willenserklärung - Eine Untersuchung der rechtlichen Auswirkungen fremder Einflüsse auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2002.
- Welzel, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl.*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.
- Werba, Ulf. *Die Willenserklärung ohne Willen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- Wieacker, Franz. “Altrömische Priesterjurisprudenz”. *Iuris Professio: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*. Wien - Köln - Graz: Böhlau Verlag, 1986, 347-370.
- Wieacker, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl.*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967 (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*).
- Wiegand, Wolfgang. *Basler Kommentar Obligationenrecht, Bd. I (Art. 1-529 OR), Kommentar zu Art. 18, 6. Aufl.*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.
- Wiegand, Wolfgang ve Brunner, Christoph. “Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages”. *Recht* (1993): 1-12.
- Wieling, Hans. “Falsa demonstratio non nocet”. *Jura* 1. Jahrgang, Heft 10 (Oktober 1979): 524-532.
- Wieser, Eberhard. “Empirische und normative Auslegung”. *JZ* 40. Jahrgang, Heft 9 (1985): 407-410 (Wieser, “Auslegung”).
- Wieser, Eberhard. “Wille und Verständnis bei der Willenserklärung”. *AcP* Bd. 189, Heft 1/2 (1989): 112-121 (Wieser, “Wille”).
- Wilburg, Walter. *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*. Graz: Verlag Jos. A. Kienreich, 1950.
- Windscheid, Bernhard. “Wille und Willenserklärung”. *AcP* Bd. 63, Heft 1 (1880): 72-112.
- Wolf, Joseph Georg. *Error im römischen Vertragsrecht*. Köln - Graz: Böhlau Verlag, 1961 (Wolf, *Error*).

- Wolf, Manfred. *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2: §§ 104-240, Kommentar zu §§ 145-157*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1999 (Wolf, *Soergel BGB*).
- Wolf, Manfred ve Neuner, Jörg. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 10. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2012.
- Wolgast, Antje. *Die Auslegung von Rechtsgeschäften im französischen Recht, im deutschen Recht und im Common Law*. Diss., Hamburg, 1965.
- Würdinger, Markus. *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, Kommentar zu §§ 315-319, 8. Aufl.*. München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Yalman, Süleyman. *Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Yıldırım, Abdulkerim. *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2009 (Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmeler*).
- Yıldırım, Abdulkerim. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı*. Ankara: Monopol Yayınları, 2019 (Yıldırım, *Borçlar Hukuku*).
- Yıldırım, Ahmet Cemil. *Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015 (Yıldırım, *Sözleşmenin Yorumu*).
- Yıldırım, Mustafa Fadıl. *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Ankara: Nobel, 2002 (Yıldırım, *Hile*).
- Yılmaz, Hamdi. “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa In Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”. *Yargıtay Dergisi* C. XI, S. 3 (Temmuz 1985): 234-252.
- Zankl, Wolfgang. *Bürgerliches Recht, 8. Aufl.*. Wien: Facultas, 2017.
- Zehnder, Andreas E.. *Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993.
- Zeller, Ernst. *Auslegung von Gesetz und Vertrag*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 (Zeller, *Auslegung*).
- Zeller, Ernst. *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981 (Zeller, *Treu und Glauben*).
- Zevkliler, Aydın. *Medeni Hukuk - Giriş ve Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku, 2. Basım*. Ankara: Savaş Yayınları, 1989.
- Zindel, Gaudenz. “Reiner Auslegungsstreit und Konsensfrage”. *SJZ* 78. Jahrgang, Heft 22 (1982): 356-361.
- Zitelmann, Ernst. “Die juristische Willenserklärung”. *JherJb* Bd. XVI (1878): 357-436.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, Adı : Güvenç, Özgür
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum Tarihi ve Yeri : 07.09.1990 - İzmir
Medenî Hâli : Bekâr
Telefon : (0312) 216 20 87
E-posta : ozgur.guvenc@hbv.edu.tr

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi SBE	2013
Lisans	Bilkent Üniversitesi	2011

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2011 - ...	AHBVÜ (GÜ) Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Diller

İngilizce (İleri seviye)

Almanca (İleri seviye)

Fransızca (Başlangıç seviyesi)

Yayınlar

- Kitaplar:

- *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

- Makaleler:
 - “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”. *GÜHFD C. XVIII*, S. 3-4 (2014): 363-405.
 - “Yayımcının Planı Çerçevesinde Eser Meydana Getirilmesi (TBK m. 501) Hâlinde Eser Üzerindeki Hak Sahipliği Sorunu”. *AÜHFD C. 66*, S. 1 (2017): 117-156 (Ayşe Karaca ile birlikte).
- Tebliğler:
 - “Liability for Robots: Tortious Liability for Damages Caused by Autonomous Software Agents within the Framework of Turkish Law”. *8th International Conference on Law & Society (ICLAS 8)*. İstanbul, 6 April 2019.
 - “Özel Hukuk Sorumluluğu Perspektifinden Yapay Zeka”. *Bilişim Hukuku Paneli*. Ankara, 2 Mayıs 2019.

