

İRADE SAKATLIKLARINDA KİSİMİ İPTAL MÜMKÜN MÜDÜR?



Prof. Dr. Haluk Nami NOMER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



ÖZET: Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasına kıyasen, irade sakatlıklarında kısmi iptal mümkün olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kısmi Hükümsüzlük, Kısmi İptal, Yanılma, Aldatma, Korkutma.

Is Partial Avoidance Possible in Cases of Defects of Intention?

ABSTRACT: "By analogy with Article 27/2 of Turkish Code of Obligations, partial avoidance shall be deemed admissible in cases of defective intention."

Keywords: Partial Invalidity, Partial Avoidance, Mistake, Fraud, Threat.

§1. GİRİŞ

Kısmi hükümsüzlük Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasında kesin hükümsüzlük (butlan) hali için düzenlenmiştir. Kesin hükümsüzlük ile kastedilen bir sözleşmenin baştan itibaren ve *kendiliğinden* hükümsüz olması ve bunun kural olarak sonradan düzelememesidir. İptal edilebilirlikte ise sözleşmenin kesin hükümsüz hale gelmesi, sebepten etkilenen tarafa tanınmış yenilik doğuran hakkın kullanılmasına bağlıdır. Her ikisi de sonuçta bir geçersizlik halidir. Dolayısıyla kısmi hükümsüzlük olacak ise, bunun prensipte her iki geçersizlik türünde de olması gerekir. Konu sadece kesin hükümsüzlük (butlan) hali için düzenlenmiş olduğundan, burada kabul edilen esasların kıyasen (bünyesine uygun düştüğü ölçüde) iptal edilebilirlik hallerine de uygulanması uygun düşer¹. TBK 27 II kuralı mümkün mertebe sözleşmeyi ayakta tutma ilke-

¹ Haluk Tandoğan, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Lausanne 1952, 262; Roland Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984, N. 317; İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de, OR 20 II/TBK 27 II hükmünün irade sakatlıklarına kıyasen uygulanabileceği yönündedir. BGE 78 II 218; 96 II 106; 107 II 423; 125 III 356; 130 III 56; 135 III 541 = Pra. 2010, 293 vd.

sinden (favor negotii) hareket etmekte olup aynı ilke irade sakatlıkları bakımından da geçerli olmalıdır².

İptal edilebilirlik, özellikle yanılma, aldatma ve korkutma halleri ile aşırı yararlanma (gabin) hali için öngörülmüş bir yaptırımdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun aşırı yararlanmayı düzenleyen 28. maddesi, 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu'nun aynı konuya ilişkin 21. maddesine nazaran, konumuzu da ilgilendiren önemli değişiklikler içermektedir. Yeni düzenlemede yer alan "edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi" seçeneğinde aslında kısmi iptal söz konusudur. Konuyu aşırı yararlanma bakımından ayrı bir makalede incelemiş bulunduğumuzdan³, bu çalışmamızda yanılma, aldatma ve korkutma hallerinde kısmi hükümsüzlüğün - TBK 27 II'deki esaslar da göz önünde bulundurularak- ne şekilde gerçekleştirilebileceği konusu üzerinde duracağız.

Konu İsviçre'de hazırlanan OR 2020 Tasarısı'nda da ele alınmıştır⁴. Tasarı'da irade sakatlıkları 38 vd. maddelerde düzenlenmiştir. İrade sakatlıkları üst başlığında yanılma, aldatma ve korkutmanın yanı sıra aşırı yararlanma (gabin) kurumu da yer almıştır. Ortak hükümler arasında sözleşmenin kısmi geçersizliğine de yer verilmiştir: 43. maddenin ikinci fıkrasında kısmi geçersizlik bakımından şekil ve içerik sakatlıklarına ilişkin hükümlere atıfta bulunulmuştur. Şekil ve içerik sakatlıklarında kısmi geçersizlik ise Tasarı'nın 34. maddesinde düzenlenmiştir. 34. maddenin içeriği OR 20 II (TBK 27 II/eBK 20 II) ile örtüşmektedir: Sakatlık sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkinse, sadece o kısım geçersizdir, yeter ki tarafların sözleşmeyi onusuz da akdedecekleri kabul edilebiliyor olsun. Dolayısıyla OR 20 II/TBK 27 II'deki esaslar iptal edilebilirlik hallerinde de kural olarak geçerli olacaktır. Fakat 43. maddenin üçüncü fıkrasında aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma bakımından ana kuruldan ayrılan bir hükme yer verilmiştir. Buna göre aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmada bunlara maruz kalan taraf, sakatlık sadece sözleşmenin bir kısmına ilişkin olsa dahi, sözleşmenin tamamını geçersiz kılabilir. Böylece aldatma, korkutma veya aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafa bir tercih hakkı verilmiştir. O, ikinci fıkranın atfı uyarınca uygulanacak 34. madde hükmüne göre kısmen geçerli olabilecek bir sözleşmeyi tamamen geçersiz kılabilir.

52. KISMİ KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞE İLİŞKİN ESASLAR

Kısmi kesin hükümsüzlüğe ilişkin kural, tarafların farazi iradelerini esas almıştır. Başka bir ifadeyle sözleşme hükümlerinden birinin hükümsüz olması durumunda, sözleşmenin kısmen veya tamamen hükümsüz olması ta-

² Esaslı yanılma bakımından: Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 2013, Art. 24 N. 410.

³ Bkz. Haluk Nami Nomer, Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest midir?, Hasan Erman'a Armağan, Der Yayinevi, İstanbul 2015, 637 vd.

⁴ www.or2020.ch.

rafların farazi iradelerine göre belirlenir (TBK 27 II): "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez." (c. 1); "Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur." (c. 2). TBK 27 II, c. 2 anlamında farazi iradelerin tespitinde üç görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre farazi iradeler subjektif değerlendirme sonucunda tespit edilmeliyken, ikinci görüşe göre farazi iradeler objektif değerlendirme sonucunda tespit edilmelidir; iki aşamalı inceleme görüşüne göre ise ilk planda subjektif değerlendirme yoluyla bir sonuca varılamazsa objektif değerlendirme yoluna gidilmelidir⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kısmi kesin hükümsüzlük halinde doğan sözleşme boşluğunun tarafların farazi iradelerine göre doldurulabileceği kabul edilmektedir (değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük veya sözleşme içeriğini değiştiren kısmi hükümsüzlük; modifizierte Teilnichtigkeit)⁶. Örneğin aşırı yararlanmadaki "edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi" seçeneğinde, kısmi iptal (aşırı yararlanmaya yol açan hükmün iptali) ile birlikte doğan boşluğun, edimler arasında denge sağlayacak şekilde doldurulması söz konusudur⁷.

53. KISMİ KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞE İLİŞKİN ESASLARIN İRADE SAKATLIKLARINA UYGULANABİLİRLİĞİ

I. Açıklama Yanılmasında (Beyan Hatasında)

Açıklamada yanılma bakımından kısmi iptale ilişkin kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK 34'e göre "Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez" (f. 1); "Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanı kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır" (f. 2). İkinci fıkradaki durum aslında değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükten başka bir şey değildir. Yanılanan hüküm iptal edilmekte, doğan boşluk yanılanın kastettiği şekilde doldurulmaktadır.

İkinci fıkra esasen yanılan tarafın sözleşmeyi *tümüyle* iptal etmesi ihtimaline ilişkindir⁸. Yanılan sözleşmeyi bütünüyle iptal ettiğinde, bunun geçerli olması karşı tarafın iradesine bağlıdır. Karşı taraf, yanılanın sözleşmeyi *tümüyle* geçersiz kılmaya yönelik beyanı üzerine, sözleşmenin kısmi iptal edilip boşluğun yanılanın kastettiği şekilde doldurulmasını isterse (bı

⁵ Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 93 vd.

⁶ Kavram için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük" kavramları ile ilgili düşünceler, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, 30 vd.; aynı yazar, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme [makalede BH şerhinde kısaltılmıştır], 4. Bası, İstanbul 2008, §44, n. 12; Başpınar (dn. 5), 152 vd.; Sanem Akso Dursun, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008, 175 vd.

⁷ Bkz. Nomer (dn. 3), 639-640.

⁸ Bu yönde, Tandoğan (dn. 1), 260-261.

da yenilik doğuran bir irade beyanıdır)⁹, sözleşme o şekilde ayakta tutulur¹⁰, yani yanılanın iptal beyanı kısmen hüküm ifade eder: Sözleşme kısmen iptal edilmiş sayılır ve doğan boşluk yanılanın kastettiği şekilde doldurulur. TBK 27 II'den farklı olarak burada farazi iradelerin bir rolü bulunmamaktadır¹¹. Örneğin kira sözleşmesi, bunu aslında 10 yıllığına yapmak isteyen kiracının 1 yıl şeklindeki hatalı beyanı üzerine, 1 yıl üzerinden yapılmıştır. Kiraya veren 10 yıla da razı ise, kiracı sözleşmeyi tümüyle iptal etmek istese dahi, sözleşme 10 yıl üzerinden ayakta tutulur. Bunun için kiraya verenin farazi iradesini (yanılmayı bilseydi sözleşmeyi 10 yıl üzerinden yapıp yapmayacağını) tespit etmeye gerek yoktur.

Fakat karşı taraf TBK 34 II uyarınca yenilik doğuran beyanda bulunmamış olsa dahi, hâkim sözleşmenin kısmen iptal edilmiş olduğuna hükmedebilir mi? TBK 34'ün ikinci fıkrası birinci fıkranın özel bir görünüm halidir. Birinci fıkra ya göre "Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez." İkinci fıkra bunun özel bir görünüm halidir. İkinci fıkranın kapsamına girmeyen bir durumda da, sözleşmenin bütünüyle iptali dürüstlük kuralına aykırı düşebilir, fakat kısmi iptali dürüstlük kuralına aykırı düşmeyebilir¹². İşte bu noktada TBK 27 II hükmü yol göstericidir: TBK 34 II'den farklı olarak farazi iradeler belirleyicidir. Yanılan yanılmamış olsaydı, onun gerçek iradesine göre sözleşme kurulacak idiyse, artık yanılan sözleşmeyi bütünüyle iptal edemez, sözleşmenin kısmen iptali ile gerekiyorsa doğan boşluğun gerçek iradesine göre doldurulmasına katlanmak durumundadır. Karşı tarafın sözleşmenin bütünüyle iptaline karşı itirazı olmasa dahi, hâkim dürüstlük kuralına aykırı bu durumu re'sen dikkate alır.

Buna karşılık bir görüşe göre, TBK 34 II'deki özel hüküm sebebiyle açıklama yanılmalarında TBK 27 II'nin kıyasen uygulanması söz konusu olmaz; münhasıran TBK 34 hükmü uygulama alanı bulur¹³. TBK 34 II hükmünün özel hüküm olduğu, TBK 27 II'nin kıyasen uygulanmasına engel olacağı doğrudur. Ancak bunun için karşı tarafın TBK 34 II uyarınca yenilik doğuran beyanda bulunmuş olması gerekir. *Karşı taraf bu beyanda bulundu-*

⁹ eBK 25 II'nin (TBK 34 II) karşı tarafa yenilik doğuran hak bahşettiği konusunda bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, BH (dn. 6), §36, n. 82.

¹⁰ Yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucu, sözleşmede kanun gereği bir çevirmenin (tahvil) gerçekleştiği hususunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu BH (dn. 6), §36, n. 82, dn. 140.

¹¹ Bu sebeple OR 25 II'ye (TBK 34 II) dayanmanın karşı tarafın lehine olduğu hususunda bkz. Tandoğan (dn. 1), 261.

¹² Sözleşmenin tamamının iptalinin OR 25 I'e göre dürüstlük kuralına aykırı düşebileceği, ama kısmi iptalin dürüstlük kuralına aykırı düşmeyebileceği hususunda bkz. Basler Kommentar/Ingeborg Schwenger, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 25 N. 7; kısmi iptalin mümkün olduğu görüşünde: Schmidlin (dn. 2), Art. 25 N. 26.

¹³ Hürlimann (dn. 1), N. 320; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2014, N. 853.

ğunda artık TBK 27 II'nin kıyasen uygulanması söz konusu olmaz. Karşı taraf TBK 34 II uyarınca yenilik doğuran beyanda bulunmadığı takdirde ise, artık TBK 34 II uygulama alanı bulmaz, TBK 27 II hükmü kıyasen uygulanabilir.

Yanılan sözleşmeyi tümüyle iptal etmeyip kısmen iptal ettiğinde de, acaba TBK 27 II hükmünden kıyasen faydalanılabilir mi? TBK 34 II'deki özel hüküm sebebiyle açıklama yanılmalarında TBK 27 II'nin kıyasen uygulanması söz konusu olmayacağını; münhasıran TBK 34 hükmü uygulama alanı bulacağını ileri süren görüşten hareket edildiğinde, açıklamada yanılan taraf, karşı tarafın rızası hilafına, sözleşmeyi kastettiği şekilde ayakta tutamaz (sözleşmeyi kısmen iptal edip boşluğun kastettiği şekilde doldurulmasını isteyemez)¹⁴.

Bu görüş yerinde değildir. Örneğin kira sözleşmesi, bunu aslında 1 yıllığına yapmak isteyen kiracının 10 yıl şeklindeki hatalı beyanı üzerine, 10 yıl üzerinden yapılmıştır. Kiraya verenin, kiracının beyanda yanıldığını bilseydi kira sözleşmesini 1 yıl üzerinden de imzalayacağı -objektif veya sübjektif değerlendirmeye göre- tespit edilmiştir. Şu halde kiracı sözleşmeyi kısmen (sadece süre kısmını) iptal edip doğan boşluğun 1 yıl üzerinden doldurulmasını sağlayamaz mı? Kanaatimce sağlayabilir. Dürüstlük kuralına uygun düşen çözüm budur. Bu ihtimalde kiracıya sadece sözleşmeyi tümüyle iptal hakkını tanımak; kısmen iptali ancak karşı tarafın rızasına tabi kılmak isabetli bir çözüm tarzı değildir. Burada kıyasen TBK 34 II hükmü değil, TBK 27 II hükmü uygulanmalıdır¹⁵.

II. Saik Yanılmasında (Saik Hatasında)

Saik yanılmasında, temelinde dürüstlük kuralı bulunan TBK 27 II hükmünün kıyasen uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁶. Fakat somut olayda TBK 27 II hükmünden kıyasen yararlanılıp yararlanılmayacağı noktasında, öncelikle TBK 34 II hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunu açıklığa kavuşturmak gerekir. TBK 34 II hükmü esasen beyanda yanılma için öngörülmüş bir hükümdür. Bu hükmün kıyasen saik yanılmasında da uygulanıp uygulanamayacağı konusu öğretilerde tartışmalıdır¹⁷. Kanaatimce TBK 34 hükmü-

¹⁴ Hürlimann (dn. 1), N. 321.

¹⁵ Kısmi iptal halinde, karşı tarafın, bu kısım olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek sözleşmenin tümüyle hükümsüzlüğünü sağlayabileceği hususunda bkz. Tandoğan (dn. 1), 260.

¹⁶ Hürlimann (dn. 1), N. 324; Schmidlin (dn. 2), Art. 25 N. 26; Gauch/Schluemp/Schmid (dn. 13), N. 852; İsviçre Federal Mahkemesi de OR 20 II/TBK 27 II hükmünü saikte yanılma bakımından kıyasen uygulamaktadır: BGE 78 II 218; 96 II 106; 107 II 423; 130 III 56; 135 III 541 = Pra. 2010, 293 vd.

¹⁷ Uygulanabileceği görüşünde: Kocayusufpaşaoğlu BH (dn. 6), §36, n. 83, dn. 141; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, §37 V 3, 315; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2. Auflage, Bern 2006, §14 N. 126; aksi yönde: P. Piotet, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du

nün saik yapılmasında kıyasen uygulanmasını mümkün gören görüş üstün tutulmalıdır: Saikte yanılma olmasaydı, sözleşme içeriği nasıl olacaktıysa, karşı taraf sözleşmenin o içerikle geçerli olmasını sağlayabilir. TBK 34 II hükmünün kıyasen uygulandığı durumlarda (karşı tarafın TBK 34 II uyarınca yenilik doğuran beyanda bulunması halinde) artık kıyasen TBK 27 hükmü uygulanmaz. Örneğin kendisine 3 yıl için bir ile atandığı bildirilen memur (M), atandığı şehirde bir yeri 3 yıl için kiralar. Daha sonra tebligatın yanlış yapıldığını, gerçekte 1 yıl için o şehre atandığını öğrenen (M), kira sözleşmesini bütünüyle iptal eder. Bunun üzerine karşı taraf, TBK 34 II'ye kıyasen sözleşmenin kısmen iptal edilmiş sayılarak doğacak boşluğun 1 yıl olarak doldurulmasını ve böylece sözleşmenin ayakta tutulmasını isteyebilir (yenilik doğuran beyan). Bunun için kiraya verenin farazi iradesini (yanılmayı bilseydi sözleşmeyi 1 yıl üzerinden yapıp yapmayacağını) tespit etmeye gerek yoktur. Burada (TBK 34 II bakımından) önemli olan yanılmanın farazi iradesidir. (TBK 27 II hükmünden hareket edilseydi, karşı tarafın da farazi iradesi önem taşıyacaktı.) Aynı şekilde saikte yanılma borcun konusu olan şeylerden sadece birine veya bir kısmına ilişkin ise (örn: 5 tablodan biri orijinal değildir), yanılan taraf sözleşmeyi bütünüyle iptal ettiğinde, karşı taraf TBK 34 II hükmüne dayanarak sözleşmeyi kısmen ayakta tutabilir, yeter ki yanılanın yanılmasaydı sözleşmeyi o şekilde yapacağını ispat etsin¹⁸.

Saikte yanılmada, yanılanın, yanılmasaydı sözleşmeyi hangi şartlarla akdedeceğini tespit etmek her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin ev yapmak için taşınmaz satın alan kimse, sonradan imar mevzuatının buna tahminlerin altında imkân verdiğini öğrenir. Böyle bir durumda alıcının durumu bilseydi, farklı şartlarla da (daha düşük bedelle de) olsa aynı sözleşmeyi yapıp yapmayacağını tespit etmek mümkün olmayabilir. Yanılanın farazi iradesini tespit etmenin mümkün olmadığı durumlarda karşı tarafın TBK 34 II hükmüne dayanması mümkün olmaz¹⁹.

Diğer taraftan saikte yanılan sözleşmeyi tümüyle iptal etmeyip kısmen iptal ettiğinde, artık kıyasen TBK 34 II hükmü değil, TBK 27 II hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre verdiğimiz örnekte kiracı kira sözleşmesini kısmen (sadece süre hükmünü) iptal edip, boşluğun 1 yıl olarak doldurulması suretiyle sözleşmenin ayakta tutulmasını sağlayabilir, meğerki kira süresi 3 yıl olmasaydı tarafların -sübjektif veya objektif değerlendirmeye göre tespit edilecek- farazi iradesine göre sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılın.

Şu kadar ki, saikte yanılan, sübjektif değerlendirmeye göre, yanılmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olsaydı dahi, durumu göre sözleşmeyi kısmen iptal

consentement, ZSR 76, 1957, 119 (ayrıca bkz. dn. 28); BK-Schmidlin (dn. 2), Art. 25 N. 24-25, krş. N. 27; Gauch/Schleup/Schmid (dn. 13), N. 849; Hürlimann (dn. 1), N. 323; Federal Mahkeme bir kararında tartışmaya işaret etmiş, fakat OR 20 II/TBK 27 II hükmüne dayanmanın somut olayın durumuna uygun düştüğünü belirterek, konuyu açık bırakmıştır: BGE 96 II 106.

¹⁸ Schmidlin (dn. 2), Art. 25 N. 27.

¹⁹ Bu yönde: Schmidlin (dn. 2), Art. 25 N. 24-25.

etmesine cevaz verilebilir. Örneğin bir taşınmazı 12 ev inşa etmek üzere satın alan kimse, sonradan buraya ancak 8 ev yapabileceğini öğrendiğinde, bu şartlarla sözleşmeyi hiç yapmayacak olsaydı dahi, sözleşme akdedildikten sonra, yaptığı masrafları ve zararını düşünerek kısmi iptali (bedelin indirilmesini) kendi menfaatine uygun görebilir²⁰, yeter ki karşı tarafın (satıcı) da alıcı yanılmasaydı ve kendisi de bu durumu bilseydi inşa edilebilecek ev sayısına göre bu bedelle (düşük bedelle) sözleşmeyi yapacağı -sübjektif veya bu olmazsa objektif değerlendirmeye göre- kabul edilebilirdi²¹.

III. Aldatma ve Korkutmada

A. Aldatılan veya Korkutulan Sözleşmeyi Kısmen İptal Edebilir mi?

1. Fer'i Aldatma veya Korkutmada

a. Karşı Tarafın Aldatması veya Korkutmasında

Aldatma ve korkutmada da TBK 27 II hükmünün kıyasen uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Fer'i aldatma (dolus incidens) veya fer'i korkutmada (metus incidens) (yani aldatma veya korkutma olmasaydı, sözleşme gene yapılacaktı, fakat farklı şartlarla yapılacaktı) TBK 27 II hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olabilir²². Örneğin 1 yıllık kira sözleşmesi yapmak isteyen (A), aldatma veya korkutma sonucu kira sözleşmesini 10 yıllık yapmıştır. Böyle bir durumda (A) kira sözleşmesinin süre hükmünün iptali ile doğan boşluğun 1 yıl olarak doldurulmasını isteyebilir. Buna karşılık korkutan veya aldatan, sübjektif değerlendirmeye göre, "ben korkutmasaydım veya aldatmasaydım sözleşmeyi 1 yıl üzerinden yapmazdım" şeklinde bir itirazda bulunabilir mi? Kanaatimce sözleşmenin sakat olmasına bilerek yol açan tarafa bu imkânı tanımamak gerekir²³. TBK 27 II ancak kıyasen uygulanabilir. TBK 27 II açısından

²⁰ Burada sorunun, "sözleşme geçersiz kısım olmasaydı yapılır mıydı?" şeklinde değil, "bu kısım olmasaydı hataya düşen sözleşmeyi iptal eder miydi?" şeklinde sorulması gerektiği görüşünde BK-Schmidlin (dn. 2), Art. 24 N. 422.

²¹ İsviçre Federal Mahkemesi, bütün pay senetlerinin satın alınması yoluyla gerçekleşen işletme devrine ilişkin bir kararında, saikte yanılmanın ortaya çıkmasından önce karşı tarafın üçüncü kişinin daha düşük bir teklifini reddetmesi esas alınarak farazi iradenin belirlenemeyeceğini; farazi iradenin (karşı tarafın daha düşük bedelli kabul edip etmeyeceğinin) ancak saikte yanılmanın ortada kalkmasından sonraki şartlara göre belirlenebileceğini belirtmiştir (BGE 107 II 424). Kararı eleştiren Gmünder'e göre, sübjektif esaslı nokta söz konusu ise, artık kısmi iptal mümkün değildir ve dolayısıyla tarafların farazi iradelerinin araştırılmasına da gerek yoktur: Marcel Gmünder, Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmenseübernahme, Bern · Stuttgart · Wien 1992, 163 vd.

²² Tandoğan (dn. 1), 264; Hürlimann (dn. 1), N. 327; Karl Spiro, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJ (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins) 88, 1952, 507 vd.; BK-Schmidlin (dn. 2), Art. 28 I 79, Art. 29/30 N. 31; BSK OR-Schwenzler (dn. 12), Art. 28 N. 18; Art. 29 N. 1; Gauch/Schleup/Schmid (dn. 13), N. 869, 884; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton Schnyder/Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, §17 N. 8; Piot (dn. 17), 128; v. Tuhr/Peter (dn. 17), §38 II 5, 323, §39 III 8, 329.

²³ Aldatan ve korkutan sözleşmeyi değiştirilen şartlarla yapmayacak olsaydı dahi OR 20 II'n (TBK 27 II) kıyasen uygulanabileceği görüşünde: BSK OR-Schwenzler (dn. 12), Art. 1-5;

farazi iradelerin tespitinde subjektif değerlendirme görüşünden hareket edilse dahi, burada aldatanın veya korkutulanın farazi iradesinin objektif açıdan değerlendirilmesi gerekir; subjektif açıdan değerlendirilmesi için bünyesine uygun düşmez²⁴.

b. Üçüncü Kişinin Aldatması ve Korkutmasında

Üçüncü kişinin aldatmasında veya korkutmasında ise durum farklıdır. Üçüncü kişinin aldatmasında aldatılan, ancak karşı tarafın sözleşmenin yapıldığı sırada aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde sözleşmeyi iptal edebilir (TBK 36 II). Karşı taraf üçüncü kişinin aldatmasını biliyorduyorsa, yukarıda söylenenler geçerlidir. Buna karşılık karşı taraf üçüncü kişinin aldatmasını bilmiyor, fakat bilecek durumda idiyse, aldatılan sözleşmeyi kısmen iptal edebilir, bu sefer karşı tarafın aldatma olmasaydı sözleşmeyi aldatılanın razı olduğu şekilde yapmayacak olduğu yolundaki savunmasına TBK 27 II'ye kıyasen imkân tanımak gerekir. Verdiğimiz örnekte, kira sözleşmesini 1 yıl yerine üçüncü kişinin aldatması sonucu 10 yıl üzerinden yapan kimse sözleşmeyi kısmen iptal edip onu 1 yıl üzerinden ayakta tutmak istediğinde, aldatmadan habersiz, fakat bilecek durumda olan karşı taraf, aldatma olmasaydı tarafların farazi iradesine göre sözleşmenin bu şekilde (1 yıl üzerinden) yapılmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmenin kısmen iptaline engel olabilir.

Üçüncü kişinin korkutmasında, karşı taraf sözleşmenin kurulması esnasında korkutmayı bilmeseyse veya bilecek durumda olmasa dahi, korkutulan sözleşmeyi iptal edebilir (TBK 37 I). Buna göre karşı taraf üçüncü kişinin korkutmasını bilmiyorduyorsa, bilecek durumda olsun veya olmasın, korkutulan sözleşmeyi kısmen iptal ettiğinde, karşı tarafın korkutma olmasaydı sözleşmeyi korkutulanın razı olduğu şekilde yapmayacak olduğu yolundaki savunmasına TBK 27 II'ye kıyasen imkân tanımak gerekir. Verdiğimiz örnekte, kira sözleşmesini 1 yıl yerine üçüncü kişinin korkutması sonucu 10 yıl üzerinden yapan kimse sözleşmeyi kısmen iptal edip onu 1 yıl üzerinden ayakta tutmak istediğinde, korkutmadan haberi olmayan karşı taraf, korkutma olmasaydı tarafların farazi iradesine göre sözleşmenin bu şekilde (1 yıl üzerinden) yapılmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmenin kısmen iptaline engel olabilir.

OR, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 28 N. 18; Art. 29 N. 12; buna karşılık OR 20 II'nin kıyasen uygulanmasında asli korkutma – feri korkutma (metus causam dans – metus incidens) ayrımının yol gösterici olabileceği görüşünde: Wolfgang Wiegand, ZBJV 2001, 97-98; Koller (dn. 17), §14 N. 182.

²⁴ Sonuç itibarıyla aynı görüşte: Piotet (dn. 17), 129-130: Mağdur olan taraf, iradesi sakatlanmasaydı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmelidir. Aldatan veya korkutunun, sözleşmeyi hiç yapmayacağını ispat etmesi yeterli değildir, hiç kimsenin bu şartlar altında sözleşme yapmayacağını ispat etmesi gerekir.

Farazi iradeyi tespit etmenin zor olduğu, belirlemedeki keyfiyeti ortadan kaldırmak için objektif değerlendirmeye üstünlük tanımak gerektiği yönünde: Tandoğan (dn. 1), 266-267.

2. Asli Aldatma veya Korkutmada

Kısmi kesin hükümsüzlüğe ilişkin kuralların kıyasen uygulanması, fer'i aldatma veya korkutma hali için kabul edilmektedir²⁵. Dolayısıyla asli aldatma halinde (yani aldatma veya korkutma olmasaydı, sözleşme hiç yapılmayacaktı) aldatılan veya korkutulan sözleşmeyi kısmen iptal edemez. Ancak kanaatimce burada farazi iradelerin tespitinde uygulanacak metot (subjektif veya objektif metot) önem taşımaktadır. Buna göre soruyu şu şekilde formüle etmek mümkündür: Aldatma veya korkutma olmasaydı, *subjektif* değerlendirmeye göre aldatılan veya korkutulan sözleşmeyi hiç yapmayacak olsaydı dahi, sözleşmeyi *objektif* değerlendirmeye göre kısmen iptal edebilir mi, hatta duruma göre, kısmi iptalin yanı sıra gene objektif değerlendirme çerçevesinde belirlenecek bir hükümlerle boşluğun doldurulmasını ve böylece sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayabilir mi? Örneğin normal şartlar altında 1.000 TL bedelle satın alınabilecek bir mal, korkutma sonucunda 10.000 TL'ye satın alınmıştır. Korkutulan korkutulmasaydı, subjektif değerlendirmeye göre sözleşmeyi hiç yapmayacak olsaydı dahi, sözleşmenin 1.000 TL üzerinden ayakta kalmasını -sözleşmeyi iptal edip tazminat talep etmek yerine- kendi menfaatine daha uygun görebilir. Kanaatimce aldatılan veya korkutulanın, aldatma veya korkutma olmasaydı subjektif değerlendirmeye göre sözleşmeyi hiç yapmayacak olsaydı dahi, başkasının dahili sebebiyle artık yapılmış olan sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmasının hakkın kötüye kullanılması olduğu ileri sürülemez. Bu itibarla kısmi iptal halinde açılacak davada asli aldatma/korkutma mı, yoksa fer'i aldatma/korkutma mı olduğu belirlenirken *objektif* değerlendirme metodu tercih edilmelidir; TBK 27 II'ye kıyasen, fakat objektif değerlendirmeye göre sözleşmenin başka şartlarla yapılabileceği sonucuna varılabiliyorsa, aldatılan/korkutulan sözleşmeyi kısmen iptal edebilir ve gerekiyorsa doğan boşluğu gene objektif değerlendirmeye göre doldurularak sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayabilir²⁶.

B. Aldatılan veya Korkutulan Sözleşmeyi Bütünüyle İptal Ettiğinde Karşı Taraf Sözleşmenin Kısmen İptali İçin İtirazda Bulunabilir mi?

1. Karşı Tarafın Aldatması veya Korkutmasında

Korkutan veya aldatan, korkutulan veya aldatılan sözleşmenin bütünüyle iptali için beyanda bulunduğu, sözleşmenin kısmen iptal edilmiş sayılacak doğacak boşluğun tarafların farazi iradesine göre doldurulmasını ve böylece

²⁵ Bkz. dn. 22.

²⁶ Esaslı yanılma bakımından benzer görüşte: BK-Schmidlin (dn. 2), Art. 24 N. 422; yazara göre bir taşınmazı 12 ev inşa etmek üzere satın alan kimse, sonradan buraya ancak 8 ev yapabileceğini öğrendiğinde, bu şartlarla sözleşmeyi hiç yapmayacak olsaydı dahi, sözleşme akdedildikten sonra artık, yaptığı masrafları ve zararını düşünmek zorundadır; sözleşmeyi kısmen iptal edilebilir (bkz. dn. 20).

sözleşmenin ayakta tutulmasını isteyemez²⁷. Sözleşmenin sakat olmasına bilerek yol açan korkutana veya aldatana bu imkânın tanınmaması, TBK 27 II'nin temelinde yatan dürüstlük kurallarına uygun düşer. Verdiğimiz örnekte, kira sözleşmesini 1 yıl yerine aldatma veya korkutma sonucu 10 yıl üzerinden yapan kimse sözleşmeyi bütünüyle iptal ettiğinde, aldatan veya korkutan "o zaman sözleşme 1 yıl üzerinden ayakta kalsın" diyemez. Keza TBK 34 II'nin burada kıyasen uygulanması ve aldatan veya korkutana böyle bir imkân tanınması uygun bir çözüm tarzı değildir²⁸.

Şu var ki, aldatma sözleşmenin önemsiz (çok yan) bir noktasına ilişkin ise, bu sefer aldatılanın sözleşmenin bütünüyle iptalini istemesi dürüstlük kuralına aykırı düşer. Bu ihtimalde aldatan, iptal beyanının kısmen hüküm doğurmasını isteyebilir, yeter ki kısmi hükümsüzlük tarafların -objektif değerlendirmeye göre tespit edilecek- farazi iradesine de uygun düşsün (TBK 27 II'ye kıyasen)²⁹.

2. Üçüncü Kişinin Aldatması veya Korkutmasında

Üçüncü kişinin aldatmasında veya korkutmasında ise durum farklıdır. Üçüncü kişinin aldatmasında karşı taraf üçüncü kişinin aldatmasını biliyorduy- sa, yukarıda söylenenler geçerlidir. Buna karşılık karşı taraf üçüncü kişinin aldatmasını bilmiyor, fakat bilecek durumda idiye, aldatılan sözleşmeyi gene iptal edebilir (TBK 36 II), ancak bu sefer karşı tarafa TBK 34 II'ye kıyasen sözleşmenin kısmen iptali yönünde itirazda bulunma hakkının tanınması uygun düşer³⁰. Verdiğimiz örnekte, kira sözleşmesini 1 yıl yerine üçüncü kişinin aldatması sonucu 10 yıl üzerinden yapan kimse sözleşmeyi iptal ettiğinde, aldatmadan habersiz, fakat bilecek durumda olan karşı taraf itirazda bulunarak sözleşmenin 1 yıl üzerinden ayakta kalmasını sağlayabilir.

Üçüncü kişinin korkutmasında da, karşı taraf üçüncü kişinin korkutmasını bilmiyorduy- sa, bilecek durumda olsun veya olmasın, korkutulan sözleşmeyi iptal edebilir (TBK 37 I), fakat karşı taraf TBK 34 II'ye kıyasen sözleşmenin kısmen iptali yönünde itirazda bulunabilir. Verdiğimiz örnekte, kira sözleşmesini 1 yıl yerine üçüncü kişinin korkutması sonucu 10 yıl üzerinden yapan kimse sözleşmeyi iptal ettiğinde, korkutmadan habersiz olan karşı taraf itirazda bulunarak sözleşmenin 1 yıl üzerinden ayakta kalmasını sağlayabilir.

²⁷ Hürliemann (dn. 1), N. 328; Gauch/Schluemp/Schmid (dn. 13), N. 869, 884; BSK OR-Schwenzer (dn. 12), Art. 29 N. 12; BK-Schmidlin (dn. 2), Art. 29/30 N. 32; BGE 125 III 356.

²⁸ Kocayusufpaşaoğlu BH (dn. 6), §37, n. 31, §38, n. 15; OR 25 II (TBK 34 II) yanılanın gerçek iradesini dikkate aldığından, aldatma ve saikte yanılmaya uygulanamayacağı görüşünde: Piotet (dn. 17), 119-120; aksi yönde: v. Tuhr/Peter (dn. 17), §38 II 5, 323; Spiro (dn. 22), 506-507, 510, dn. 8.

²⁹ Hürliemann (dn. 1), N. 329; Piotet (dn. 17), 127 vd.; Gauch/Schluemp/Schmid (dn. 13), N. 869; İsviçre Federal Mahkemesi aldatmanın önemsiz bir noktaya ilişkin olması durumunda kısmi bağlamazlığı, kısmi kesin hükümsüzlük hükümlerini kıyasen uygulamak yerine, doğrudan dürüstlük kuralına dayandırmıştır: BGE 99 II 309; 81 II 219 = Pra. 1955, 579 vd.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu BH (dn. 6), §37, n. 32.

KAYNAKÇA

- Sanem Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008
- Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 93
- Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2014
- Marcel Gmünder, Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmensübernahme, Bern, Stuttgart, Wien 1992
- Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000
- Roland Hürliemann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984
- Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Değişik Kısmî Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük" kavramları ile ilgili düşünceler, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996
- Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008
- Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2. Auflage, Bern 2006
- Haluk Nami Nomer, Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest midir?, Hasan Erman'a Armağan, Der Yayınevi, İstanbul 2015, 637
- P. Piotet, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, ZSR 76, 1957, 119
- Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 2013
- Basler Kommentar/Ingeborg Schwenzer, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011
- Karl Spiro, Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins) 88, 1952
- Haluk Tandoğan, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Lausanne 1952
- Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979
- Wolfgang Wiegand, ZBJV 2001, 97-98