

RIZADAKİ FESAT SEBEBLERİNDEN BİRİ VEYA GABİN İLE MALÛL SÖZLEŞMELERDE FESİH BEYANI VE BUNUN SÜRESİ

Ord. Prof. Dr. A.B. Schwarz'ın
aziz hatırasına*

Prof. Dr. Tahir Çağa

«Rızadaki fesat» sebeplerinden biri (hata, hile, ikrah)¹ veya gabin² ile malûl bulunan sözleşmeler³ Türk-İsviçre hukukunda batıl olmayıp Borçlar Kanununun 23, 28, 29 ve 21 inci maddeleri gereğince yalnız iradesi bu suretle sakatlanan veya gabne uğrayan tarafı⁴ bağlamaz.

Başka hukuk sistemlerinde, ezcümle Alman hukukunda durum farklıdır. Alman Medeni Kanunu (BGB) § § 119/120 ve 123 e göre hata, hile veya ikrah ile malûl irade beyanları (ve sözleşmeler) aslında geçerli olup iradesi sakatlanan kimse tarafından feshedilebilirler; ilgili şahıs bu fesih hakkını (süresi içinde) kullanmadığı takdirde irade beyanı (ve sözleşme)

*Bu makale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde uzun süre öğretim üyeliği yaparak gerek öğretim faaliyeti gerekse araştırma ve yayınları ile Türk Hukuk hayatına büyük hizmetlerde bulunduktan sonra 1953 yılında vefat eden Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz'ın anısına Fakültece çıkarılması takriben iki yıl önce tasarlanan Armağan için hazırlanmıştır. Ancak aradan geçen uzunca süreye rağmen Armağan'ın ne zaman yayınlanabileceği bir türlü kesinlik kazanamadığından, daha fazla beklemeğe mahal kalmamış ve Ord. Prof. Dr. A.B. Schwarz'ın, İzmir gibi memleketimizin önemli bir şehrinde Hukuk Fakültesi açılmasından ve hatırasına ithaf olunan bir makalenin Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin ilk sayısında yayınlanmasından ruhu şad olacağı inancı ile, makale, bu dergiye gönderilmiştir.

- 1) Sadeleştirilmiş bir Türkçe ile bunlara «iradeyi sakatlayan sebepler», yanılma, aldatma ve korkutma denmektedir. Gabin karşılığı olarak da «aşırı faydalanma» veya «sömürme» sözleri kullanılmaktadır.
- 2) Gabin, rızadaki fesat sebeplerinden mâdüt değildir; Borçlar Kanunumuz da 21 inci maddesinde gabin düzenlendikten sonra 23 üncü madde başlığında «rızadaki fesat» tan söz etmektedir; aksi fikirde von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Zürich 1964, S. 226.
- 3) Ve tek taraflı hukukî muameleler.
- 4) Sözleşmenin karşı tarafı ise akitle bağlıdır; ancak iradesi sakatlanmış olan veya gabne uğrayan taraf akdin hükümsüzlüğünü kendisine beyan ettikten veya buna delâlet edecek bir davranışta bulunduktan sonra artık o da hükümsüzlüğe dayanabilir.

nın geçerliliği *kesin* bir hal alır. Gabinle malûl sözleşme ise umumî adâba aykırı ve binnetice batıl sayılmaktadır (§ 138).

Türk-İsviçre hukukunda hata, hile, ikrah veya gabin sebebiyle bir taraf için geçersiz olan sözleşme :

a) İradesi sakatlanmış veya gabne uğramış olan tarafın icazeti, veya

b) Bir yıllık bir sürenin sükût ile geçirilmesi,
ile *sonradan* geçerli hale gelebilir.

İcazet, iradesi sakatlanan veya gabne maruz kalan şahsın fesat sebebine veya gabne rağmen sözleşmeyi ayakta tutmak istediğini açıklayan bir irade izharıdır. Burada fesat sebebi veya gabin yüzünden sakat bulunan bir sözleşmenin yeniden yapılması değil, tamamlanması söz konusudur; bundan ötürü icazet verilen sözleşmenin tabi olduğu şeklin tekrarına gerek yoktur.

İcazet, ya sözleşmenin karşı tarafına yöneltilmesi gereken bir beyan ya da hükümsüz sözleşme ile taahhüt edilmiş olan bir edimin yerine getirilmesi veya kabulü yahut böyle bir sözleşme sonunda iktisab olunan şeyin tüketilmesi gibi buna delâlet edecek bir davranışla olur. Aleyhine açılan bir davada davalının bildiği bir fesat sebebinin ileri sürmemesi de zımnî icazet anlamına gelir.

Sakat sözleşmenin *bir yıllık sürenin sükût ile geçirilmesi* sonunda geçerli hale gelmesine gelince;

Borçlar Kanunumuzun 31 inci maddesi aynen şöyle demektedir:

Madde – 31: Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile müzlem olmayan taraf işbu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan, yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirirse akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder.

Gabne ilişkin 21 inci madde ise şöyledir :

Madde – 21 : Bir akitte ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın muzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

Bu müddet, akdin in'ikadından itibaren cereyan eder.

Her iki maddenin⁵ metni bir birinden farklı ise de hukukî durumun aynı olduğu kabul edilmektedir. Ezcümle :

⁵) Ve 21 inci madde ile 23, 28 ve 29 uncu maddelerin.

von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924, isimli maruf eserinde (§ 40 II, s. 282) şöyle demektedir :

«İfade tarzı tamamen aynı olmamakla beraber 21 inci maddedeki hukuki durum 31 inci maddedekinin aynıdır: sözleşme gabne maruz kalan için bağlayıcı değildir, fakat icazet veya fesih süresinin kaçırılması ile geçerli hale gelebilir.»

Keza Karl *Oftinger*, Betrachtungen über die Laesio im schweizerischen Recht, Festschrift für Pan J. Zepos, c. II'den ayrı bası, Athen 1973 s. 540/541 :

«21 inci maddeye başarılı bir şekilde dayanmanın hukuki sonucu, meselâ BGB § 138 de olduğu ve İsviçre'de eski mahkeme içtihatlarında ve bazı yazarlarca—her halde terminolojideki karışıklık yüzünden— yanlış ifade edildiği gibi, hukuki muamelelerin (mutlak surette) butlanı değil, hükümsüzlüğün özel bir nevi, bir taraf için bağlayıcı olmamaktır ki (ve halen yalnız) rızadaki fesat sebepleri için de caridir ve günlük hukuk dilinde fesih (Anfechtung, invalidation, annullabilité) olarak isimlendirilmektedir.»

Theo *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. bası Zürich 1944 s. 48 :

«Bu şartlar gerçekleştiği takdirde sözleşme gabne uğrayan kişiyi bağlamaz.»⁶

Görebildiğimiz kadar yalnız A.B. *Schwarz* aksi kanıdadır^{6a}; yazar Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt İstanbul 1948 s. 375 te aynen şöyle demektedir :

«Butlan halinde kanunun bu husustaki noktai nazarı BK mad. 21 de aynı sarahatla tecelli etmemektedir. Akdin inikadındaki sakatlık hallerinde görülen vaziyetin aksine olarak burada, akdin gabne uğrayan tarafı ilzam etmediği ifade edilmeyip, ancak mağdurun, akitle bağlı olmadığını bir sene zarfında beyan edebileceği belirtilmektedir (karş. yuk. § 38 IIc). Kanaatimce burada daha ziyade, akdin iptidaen sıhhat ifade ettiğini ve fakat gabne uğrıyan tarafın fesih beyanı dolayısıyla bu sıhhatin infisahî şarta bağlı olduğunu kabul etmek lâzımdır (başka bir ifade ile, BGB deki telâkkiye uygun olarak, taliki şarta bağlı bir butlan bahis mevzuudur¹⁶)

Dip notu 16 :

«Bu hususta v. **Tuhr** başka fikirdedir (OR § 29 III 1, § 41 II), onun kanaatine göre gabnin hükmü, BK mad. 31' kıyasen tatbik edilmek suretiyle mütalâa olunmalıdır; tamamen sarıh surette cephe almıyorlarsa da, **Becker** (Komm. zum OR

⁶) Aynı görüşte Kenan **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, cilt I: Genel Hükümler, 5. baskı İstanbul 1972 s. 247; Salahattin Sulhi **Tekinay**, Borçlar Hukuku, 3. baskı İstanbul 1974 s. 379.

^{6a}) K. **Tunçomağ** s. 247 not 14 te **Schwarz**'a atıf yapılması, onun da aynı görüşte olduğu sanısını uyandırdığından, isabetli olmamıştır.

mad. 21 N 10) ve **Oser** (Komm. zum OR mad. 21. N 14 dd.) de aynı kanaatte olsalar gerektir. Fikrimce BK mad. 31 hükmünde tecelli eden noktai nazar bu mesele zaviyesinden sunidir ve pratik değildir. Bu madde «irade nazariyesi»'nden (yuk. §34) yapılan doktriner bir istidlâle dayanmaktadır; buna göre irade mevcut olmayınca mükellefiyet doğmaz. Fakat netice itibariyle İsviçre-Türk BK bakımından da akdin ortadan kalkabilmesi için hata eden, hileye veya tehdide uğrayan tarafın bu bap-taki iradesini izhar etmesi lâzım geliyor, yani o zamana kadar akit, BGB de olduğu gibi, sahih addediliyor.»

Gabinde umumi adâba aykırılık hali de mevcut olduğundan aslında sözleşmenin BGB de olduğu gibi mutlak surette batıl sayılması gerekir-ken⁷ Borçlar Kanununun rızadaki fesat sebeplerinde, velev irade nazariyesinin tesiri altında, kabul etmiş olduğu çözüm şekline paralel olarak *askıda hükümsüz* telâkki edilmesi, bidayeten geçerli ve fakat kabili fesih sayılmasına nazaran çok daha tutarlıdır; bu sebeple A.B. Schwarz'ın yorum tarzı uygun görünmemektedir⁸.

Borçlar Kanunumuzun 31. ve onunla aynı anlamda olduğu kabul edilen 21. maddesine göre, iradesi bir fesat sebebi ile sakatlanmış veya gabne maruz kalmış olan şahsın bağlayıcı nitelikte olmayan sözleşmenin geçerli hale gelmesini önlemek üzere bir irade beyanında bulunması gerekmektedir. Bu beyanın niteliği nedir ve nasıl isimlendirilmesi yerinde olur?

Borçlar Kanunumuzun 21, 26 ve 29 uncu maddelerinde kullanılan «fesih» sözü mehzaz İsviçre Borçlar Kanununun bunlara tekabül eden maddelerinde yoktur; bizim metne girmesi ya İsviçre Borçlar Kanunu nun 21 inci maddesinin tesiri altında yahut ta tesadüfen vukubulmuş olsa gerektir. Literatürde bunu tenkit eden yazarlarımız mevcuttur. Ezcümle S.S. *Tekinay* yukarıda (not 6 da) zikredilen eserinin 379 uncu sahifesinde şöyle demektedir :

«21/I. maddenin metninde **sözleşmenin feshinden** bahsedilmesi yanlıştır. Zira fesih, geçerli bir sözleşmenin hükümlerini kaldırmak için söz konusudur. Gabin ise geçersizlik sebebidir.»

⁷) Netekim İsviçre Hukukunda Federal Mahkemenin de bazı kararlarında katıldığı yeni eğilim, BK 21 in BK 20 ye nazaran özel hüküm niteliği taşımasına rağmen; özel bazı gabin hallerinde BK 20 uyarınca sözleşmenin batıl sayılmasını kabul etmektedir ki bu görüş bir yıllık sürenin kaçırılması halinde büyük bir önem kazanmaktadır; bak K. **Oftinger**, yuk. zikredilen makale s. 548 ve dev.

⁸) A.B. **Schwarz**'ın yukarıda aynen nakledilen 16 numaralı dip notunun «Fakat netice itibariyle...» diye başlayan son cümlesi bir sehiv eseri olsa gerektir. Zira bu cümle Schwarz'ın kanaatınca hata, hile ve ikrah hallerinde de BK nın BGB nin çözüm şeklini kabul ettiği, yani sözleşmenin geçerli ve fakat kaabil-i fesih olduğu intibasını uyandırmaktadır; halbuki Schwarz eserinin 313 üncü sahifesinde BK nın bu hallerde BGB'den farklı bir çözüm şeklini kabul etmiş olduğunu, rızadaki fesat sebepleriyle mâlul sözleşmenin askıda hükümsüz olduğunu açıkça ifade etmektedir.

von *Tuhr* da bu konuda şunları söylemektedir :

«Bu beyana sözü kısaltmak için «fesih» ve fesat sebeplerinden biri ile malûl sözleşmeye de «kabili fesih» sözleşme diyebiliriz, fakat ancak bu tabirlerin (Almanca: *Anfechtung* ve *anfechtbar*) BGB de haiz olduklarından başka bir anlamda: Hataya uğrayanın yaptığı akit BGB'ye göre, feshedilmedikçe geçerlidir; İsviçre Borçlar Kanununa göre ise bilâkis, hakiki veya mefruz bir icazet lâhik olmadıkça hükümsüzdür.» (§ 39 I, s. 272).

Görülüyor ki von *Tuhr* fesih sözünü sırf ifadeyi kısaltmak için kullanıyor ve ayrıca bu tabiri iki tırnak arasında almakla aslında bunun hukuken bir fesih olmadığını belirtmek istiyor⁹.

Gerçekten de hukukî-tekniik manasiyle *fesih*ten ancak, her iki taraf için de geçerli olan bir sözleşmenin taraflardan birinin irade beyanı (veya mahkeme kararı) ile ortadan kaldırılması hallerinde bahsedilmesi alışlagelmiş bir husustur ve insana *mantıkî* de gelmektedir; fakat bunun *hukuk* mantığı gereği olmadığı artık anlaşılmıştır. Şöyle ki :

Yukarıda değindiğimiz veçhile BGB'de hata, hile veya ikrah ile yapılan bir sözleşme geçerlidir, ancak iradesi bu suretle sakatlanmış olan taraf sözleşmeyi feshedebilir. Aynı sözleşme meselâ şekil noksanı veya taraflardan birinin temyiz kudretinden yoksun olması sebebiyle esasen geçersiz ise hataya uğrayan taraf acaba hataya dayanarak sözleşmeyi feshedebilir mi? Bu suale bu gün artık çoğunlukla müsbet cevap verilmektedir :

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 5. bası, Tübingen 1960, § 203 III 7 s. 1229 :

«Muteber bir fesih için muamelenin geçerli olması şart değildir. Askıda geçersiz (yuk. § 202 I 3) veya nihai olarak batıl (veya feshedilmiş) bir muamele de fesh olunabilir, zira aynı hukukî sonuca götüren iki hukuk kuralı da aynı olaya uygulanabilir, yuk. § 136 I²⁸). Bu, meselâ bir kimsenin fesih muhatabından bir şey iktisap ederken butlan sebebine değilse de fesih sebebine vakıf bulunması halinde (§ § 932, 142 fk 2) olduğu gibi feshe terettüp eden neticelerin daha şümüllü olması takdirinde önemlidir. Bir muamelenin batıl olmasına rağmen fesih, butlan sebebinin isbatının zor olması halinde de önemi haizdir.»

Dip notu 28) Bunu *Kipp* (*Doppelwirkungen im Recht*, Festgabe für Martitz, 1911 s. 211 ve dev.), *Peter* (*Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen*, Ein Beitrag zu dem Problem der Doppelwirkungen, Arch-ZivPr 132, s. 1 vd.) ve *Hubernagel* (*Doppelwirkungen und Konkurrenzen*, Arch-ZivPr 137, s. 205 ve dev.) hukukî neticeyi isabetsiz bir şekilde «tabii ilimlere özgü», «maddiyeci» bir tarzda telakki eden mukabil görüşe karşı kanımca inandırıcı bir şekilde isbat etmişlerdir. Bu yeni görüş gittikçe daha fazla taraftar kazanmakta-

⁹) K. *Oftinger* de yuk. s. 3 te makalesinden nakledilen pasajın sonunda «... günlük hukuk dilinde fesih olarak isimlendirilmektedir» demekle bunu ima etmek istemiş olsa gerektir.

dir, bak. H. Lehmann § 27 II 2; Lange § 49 III; Palandt-Danckelmann § 104 Vorbem 4 e; Staudinger-Coing § 123 Anm. 15; aksi fikirde RGR Komm. § 142 Anm. 1 Abs 4; Soergel-Lindenmaier § 123 Anm. VI ve eskiden Oertmann § 139 ff. Vorb. 1d; v. Tuhr, Henle ve Fischer. Mahkeme içtihatları da halen baskın olan görüşe katılmaktadır, OLG München NJW 1953, 424; keza bak. BGH LM Nr 2 zu § 142 BGB.»

Bu yeni ve Alman hukukunda baskın hale gelmiş olan görüş benimsendiği takdirde –ki bizde de buna ihtiyaç vardır ve hukukumuz açısından da doğrusu budur– iradesi rızadaki fesat sebeplerinden biri ile sakatlanan veya gabne uğrayan şahsın sözleşmenin geçerli hale gelmesini önlemek için karşı tarafa yapacağı beyana *fesih* denmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak yine de bu gibi sözleşmelerin askıda hükümsüz oldukları unutulmamalıdır.

Fesih (hükümsüzlük) beyanı, rızadaki fesat sebeplerinden birine veya gabne müsteniden sözleşmeyi yerine getirmemek kararını ifade eden, muhataba tevcihi muktazi bir irade beyanıdır. Yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olan bu beyanla sözleşmenin geçersizliği tesbit ve geçerli hale gelmesi önlenmiş olur, yoksa bu beyan sözleşmeyi hükümsüz kılan bir beyan değildir¹⁰.

Fesih beyanı her hangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Fesat sebebi veya gabinden bahsile ifadan imtina edilmesi veya eda edilmiş olan şeyin istirdadı yahut karşı tarafın edasının geri çevrilmesi veya iadesi suretiyle zımnen de (veya feshe delâlet edecek davranışlarla da) olabilir.

Fesih beyanı, yukarıda da işaret olunduğu gibi, *yöneltilmesi gerekli* bir irade beyanıdır; muhatabı da sözleşmenin karşı tarafıdır¹¹.

Kanun fesih beyanını hak düşürücü bir *süreye* de bağlamıştır (BK 31, 21). Buna göre fesih, hata veya hilenin anlaşıldığı, korkunun zail olduğu, gabinde ise akdin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde vukubulmak lâzımdır; bu süre beyanda bulunulmaksızın (veya verilen şey istirdat edilmeksizin) geçirilirse «*akde icazet verilmiş nazariyle bakılır.*» Yani sözleşme, süre icazet *maksadiyle* geçirilmiş olmasa dahi, icazet verilmişçesine geçerli hale gelir. Kanun burada icazeti varsaymaktadır¹², bunun aksi-

¹⁰) Bak. von Tuhr § 39 not 6a.

¹¹) von Tuhr § 39 III te kanunun fesih beyanının kime yöneltileceğini açıklamadığından sözetmekte ise de 31 inci maddedeki «... diğer tarafa...» (almanca metindeki «dem Anderen...») sözleri meseleyi açıklığa kavuşturmağa yeterli olsa gerektir. Yazar aynı yerde karşı tarafın sözleşme zımında aldığı şeyi başkasına temlik etmiş veya iktisap ettiği alacağı diğer bir şahsa devretmiş olması halinde fesih beyanının da bu üçüncü kişiye yöneltilmesinin yeterli olduğunu söylemektedir, aksi fikirde Enneccerus-Nipperdey § 203 III 3, RGZ 86, 305; K. Tunçomağ s. 238 not 10.

¹²) von Tuhr § 39 not 26.

nin, yani sürenin icazet maksadiyle geçirilmiş olmadığı hususunun isbatı caiz değildir¹³.

İşte bir yıllık süreye riayet için acaba gaipler arasında fesih beyanının bir sene dolmadan muhatabına ulaşması şart mıdır? Yoksa beyanın ve muhataba ulaşması için gerekli işlemlerin bir yıl dolmadan yapılması, ulaşma vukubulmak kaydiyle, yeterli midir?

Von *Tuhr* (§ 22 VI, S. 150 de) konuya temasla aynen şöyle demektedir:

«VI. Belirli bir süre içinde yapılması gerekli bir beyan söz konusu olduğu takdirde ulaşma ânı özel bir ehemmiyet arz eder. Süreyi muhafaza için ulaşma şarttır. Beyanda bulunan bunu göz önünde tutarak hareket etmeli ve beyanını süre içinde ulaşacak şekilde zamanında yapmalıdır. Gecikme, velev kusursuz da olsa, onun aleyhine sonuç doğurur. Bu esas mukavele aktinde kabul beyanı için mad. 3 fk. 2'de tasrih olunmuştur, ancak diğer irade beyanları için de geçerlidir: mad. 31 uyarınca fesih beyanı için...»

K. *Tunçomağ* s. 83 te aynen :

«Belli bir süre içinde yapılması gereken beyanlarda, varma ânı büyük bir önem kazanır. Çünkü beyan, hükümlerini doğrulamak için o belli süre içinde karşı tarafa erişmiş olmalıdır. Bu nedenle, beyanda bulunan kimsenin biraz erken davranması doğru olur. Çünkü bu kimse, gecikme kusuru olmaksızın meydana gelmiş olsa bile, gecikmenin sonuçlarını yüklenmek zorundadır.»

Oser'in de mad. 31' N 15 teki beyanından aynı görüşte olduğu anlaşıl maktadır.

S.S. *Tekinay* (§ 40 II, s. 371 de):

«Hükümsüzlük beyanı, yenilik doğurucu bir beyandır; karşı tarafa erişince sonuçlarını kendiliğinden meydana getirir»

demekte, süre meselesine açıkça değinmemektedir.

Yöneltmesi gerekli irade beyanları, Alman Medeni Kanunu ile Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarının kabul ettikleri çözüm şekline göre gerçi muhatabına ulaşmakla tamamlanır ve hüküm ifade ederler¹⁴ (bak. BGB § 130 fk 1, BK ve OR mad. 3, 5, 9)¹⁵. Ancak süreli beyanlarda süreye riayet meselesi bundan tamamen ayrı bir problemdir.

Bak. *Schönenberger-Jaeggi*, Obligationenrecht, Teilband V 1a, 3. bası, Zürich 1973, mad. 1 N 411 :

¹³) Bu hususta bilgi için bak. von *Tuhr* § 21 II 7, s. 142/143.

«Bir beyanın ulaşmış olup olmadığı ve binnetice, muhatap tarafından ittila kesbedilmemiş olsa dahi, hüküm ifade edip etmiyeceği meselesinden bir beyanın ne vakit zamanında yapılmış olarak kabul edileceği meselesi —ki çok defa yekdiğeri ile karıştırılmaktadır—ayırt edilmelidir.»

von *Tuhr* da¹⁶ (§ 22 not 49–51) süreli bir irade beyanının müddetinde ulaşması muhatap tarafından iyiniyet kurallarına aykırı bir surette önlendiği veya muhatabın şahsına ilişkin sebepler bunu engellediği takdirde beyan kendisine sonradan ulaşmak şartıyla (bak. not 50) irade beyanını süresinde yapılmış olarak kabul etmekle bu ayırımı bir noktada yapmakta, daha doğrusu yapmak zorunda kalmaktadır.

Süreyi muhafazanın şartları meselesini diğerinden ayırınca yapılacak iş kanunda süre problemini çözen bir hükmün bulunup bulunmadığına bakmaktan ibarettir. Zira böyle bir hüküm varsa elbette ona uyulacaktır.

Nitekim BGB § 121 fk. 1 de :

«§§ 119, 120 deki hallerde ¹⁷) fesih, feshe hakkı bulunan kimsenin fesih sebebinin öğrenmesinden sonra kusuru ile gecikmeden (derhal) vukubulmak lâzımdır. Hazır olmyan bir şahsa karşı yapılan fesih, fesih beyanı derhal gönderildiği takdirde, zamanında yapılmış sayılır.»

demek suretiyle süreye riayette *göndermeyi* esas alan sarih bir hüküm vaz ederek meseleyi çözümlenmiştir. Bununla kanun fesih beyanının tamamlanması için ulaşmayı şart koşan § 130 fk 1 hükmüne bir istisna vazetmiş değildir; beyanın hüküm ifade etmesi için yine ulaşma şarttır, ancak süreye riayet edilmiş olup olmadığını tesbitte göndermenin süre içinde olup olmadığına bakılacaktır. Alman hukuk literatüründe bu husus açıkça ifade edilmektedir. :

Staudinger-Coing, Komm. z. BGB, 11. Aufl. Berlin 1957, § 121 Anm. 5 :

« 5. Gaibe karşı yapılacak irade beyanı § 130 a göre ancak ona **ulaşmakla** hüküm ifade eder. Bu, fesih beyanı için de geçerli olup kanun hata sebebiyle fesih hali için **buna bir istisna** vazetmemektedir. Kanun § 121 in 2 nci cümlesinde sadece, fesih beyanının zamanında yapılmış sayılması için beyanın derhal gönderilmiş olmasının yeterli olacağını hüküm altına almaktadır; bu itibarla gönderme ile ulaşma arasında vukubulacak bir gecikme kusurlu sayılmayacaktır. Fakat bunun haricinde, gönderme ulaşma şartının yerine geçecek değildir.»

¹⁴⁾ Kanunun bu hükmü emredici nitelikte değildir; bu itibarla bir irade beyanının (meselâ fesih beyanı gibi) gönderilmekle veya öğrenilmekle hüküm ifade edeceği kararlaştırılabilir. v. *Tuhr* § 22 not 23.

¹⁵⁾ Bak. von *Tuhr* § 22 II 2 s. 146.

¹⁶⁾ Keza bak. *Oser-Schönenberger* Bem. III 2 d zu Art. 9; *Becker*, Bem. 3 zu Art. 9.

¹⁷⁾ BGB § 119 hata, § 120 irade beyanının aracı tarafından yanlış ulaştırılmasından söz etmektedir.

Enneccerus-Nipperdey § 170 II 2 s. 1056 :

«2. Fesih beyanı, yukarıda §§ 158 ff. de irade beyanlarının tamamlanması hakkında izah edilen umumi esaslara göre, muhatabına **ulaşmakla** tamam olur. Gaibe karşı vukubulduğu takdirde, zamanında yapılmış sayılması için ise zamanında gönderilmiş olması yeterlidir; fakat bunun için beyanın gaib şahsa sonradan, ister aynı ve fakat gecikmiş olan isterse yeni bir mektupla ulaşması şarttır.»

İsviçre Borçlar Kanununun 226 cı maddesinde de süreye riayet meselesini düzenleyen sarıh bir hüküm mevcuttur¹⁸. Madde şöyledir :

«Taksitle satış sözleşmesi alıcı hakkında ancak her iki tarafın imzasını taşıyan mukavele nüshasını aldığı tarihten beş gün sonra yürürlüğe girer. Alıcı bu süre zarfında satıcıya mukavele yapmaktan vaz geçtiğini yazılı olarak beyan edebilir. Bu haktan önceden feragat hükümsüzdür. **Feragat beyanının sürenin son günü postaya verilmesi yeterlidir.**»

Burada da feragat beyanının tamamlanması için satıcıya ulaşması şarttır. Ancak sürenin son günü postaya verilmesi halinde zamanında yapılmış sayılacaktır.

Kanunda öngörülen süreli bir beyanın ne zaman vaktında yapılmış sayılacağını belirten böyle özel bir hüküm yoksa ne olacaktır? Bir kere Borçlar Kanunumuzda bu konuda genel bir kaide yoktur. *von Tuhr*'un yaptığı gibi (§ 22 VI) BK mad. 3 fk 2 yi veya diğer münferit bir hükmü genelleştirmek caiz olmadığı gibi irade beyanlarının ne zaman tamamlanmış sayılacağı meselesiyle meşgul olup süre problemine ilişkin olmayan «Ulaşma Teorisi» nden de bir netice çıkarılması mümkün ve isabetli değildir. Netekim süreli beyanlarda ne zaman süreye riayet edilmiş olacağı meselesini incelerken *Schönenberger-Jaeggi*, mad. 9 N 55 te aynen şöyle demektedir :

«Buna mukabil kanun bu konuda genel bir kaide ihtiva etmemektedir. Böyle bir kural ne münferit hükümler (mad. 3 ve 5) genelleştirilmek suretiyle elde edilebilir, ne de irade beyanlarının mahiyetinden, özellikle Ulaşma Teorisinden (mad. 1 N 404) çıkarılabilir. Zira bu teori sadece gaipler arasındaki bir beyanın hangi koşullarla hüküm ifade edeceği sualine cevap vermekte ve bunun için kaideten ulaşmanın yeterli olup ittilan şart olmadığını beyan etmektedir; süreli bir beyanda sürenin muhafazası için ne vukubulması gerektiğine ilişkin ve yukarıdakinden ayrı olan suale cevap vermemektedir. Bu sualin cevabı gaipler arasındaki beyanın özelliğine değil, bilakis süreye bağlama ile güdülen amaca tabidir.»

Şu halde meselenin çözümü için yapılacak iş, bir irade beyanını süreye bağlayan kanun hükmü hangisi ise onu manalandırmak, yorumlamaktan ibarettir.

¹⁸⁾ İsviçre İcra ve İflas Kanununun 32 nci maddesine göre de süreli beyan ve tebligatlarda müddeti muhafaza için beyan veya tebligatın sürenin hitamundan önce postaya verilmiş olması kâfidir. Bizde de Vergi Usul Kanununda m. 170'de benzer bir hüküm mevcuttur.

Olayımızda bu hüküm BK 31 ve onunla aynı anlamda olduğu kabul edilen BK 21 dir.

Kanun 31 inci maddesinde «... akit ile mülzem olmayan taraf işbu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan ... etmeksizin bir seneyi geçirirse akde *icazet verilmiş nazariyle bakılır.*» demektedir. Bir yıl dolmadan bu husustaki iradesini karşı tarafa yönelterek beyan etmiş ve meselâ akdi ifa etmemek hakkındaki kararını havi yazısını postaya vermiş veya notere tevdi etmiş yahut mahkemede davasını açmış olan kimsenin bir seneyi sükût ile geçirdiğinden söz edilemeyeceği gibi icazet varsayımı da mümkün değildir. Diğer yönden kanun iradesi fesat sebeplerinden biriyle malul olan veya gabne maruz kalan tarafa düşünüp karar verebilmek için bir yıllık bir süre tanımıştır. Onun bu süreden tam olarak faydalanabilmesi lâzımdır. Bunun, beyanın karşı tarafa ulaşabilmesi için geçmesi gerekli müddet –ki hadisesine göre çok farklı olabilir– kadar kısaltılması için makul bir sebep te yoktur. Bu sebeplerle beyanın bir yıl dolmadan muhataba tevcihi ve ona ulaşması için gerekli işlemlerin yapılmış olması sürenin muhafazası için yeterlidir. Bu çözüm şekli, muhatabın şahsına ait sebepler yüzünden ulaşmanın gecikmesi halinde, beyanın müddetinde yapılmış olduğunu kabul için MK 2 ve BK 154 te mesnet aramağa da ihtiyaç bırakmamaktadır.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi bir gabin olayında, gabne maruz kalmış olan tarafın akitle bağlı kalmamak hususundaki kararını bir yıllık sürenin son günü açtığı *dava* ile bildirmesini süreyi muhafaza için yeterli saymıştır. Yüksek Daire 23.6.1970 tarih ve E. 3521/K. 4361 sayılı kararında bu hususta aynen şöyle demektedir :

«Borçlar Kanununun 21. maddesi hükmüne göre, gabine maruz kalan taraf bu nedenle akdi bozmak hususundaki iradesini akit tarihinden itibaren bir yıl içinde beyan etmek zorunludur. Akitle bağlı olmamak hususundaki irade beyanı, bozucu yenilik doğuran bir beyan olduğu için kanunda öngörülen süre içinde karşı tarafa tevcih edilmiş olmakla, akdi bozmak isteyen bakımından gerekli sonuçları husule getirmiş olur. Gerçi yenilik doğuran diğer irade beyanları gibi bozucu yenilik doğuran irade beyanının da, dava haricinde yapılması halinde, tekemmülü muhataba vusule bağlı ise de; bu beyanın dava hakkını kullanmak suretiyle yapılması halinde muhataba tevcih kâfi olup bu takdirde tekemmülü, karşı tarafa ulaşım şartına bağlı değildir. Gerçekten bir sözleşmenin gabin ile malûl olduğu ve bunu yerine getirmemek yolundaki bir beyan aynı zamanda müteakıl bir edanın yerine getirilmesi talebini de kapsadığı hallerde, dava yoluyla böyle bir beyanın karşı tarafa tevcihi zorunlu olur. Bu güne kadar yapılagelen uygulama tarzı da bu yoldadır. Gabin iddiasıyla bağtın feshini isteyen davacı aynı zamanda davalı namına tapu sicilinde müesses bir kaydın iptalini de talep eylediğinden bunu, ancak dava açmak suretiyle temin edebilmek imkânına sahiptir. Bu takdirde bir senelik süre içinde mahkemeye başvurarak dava açmış bulunan davacı, bağtla bağlı olmadığı yolundaki bozucu iradesini karşı tarafa tevcih ve ulaştırmış demektir. Davanın sürenin bitimine rast-

lıyan son günü açılmış olması bu durumu değiştirmez. Satış akdi 21.2.1963 tarihinde yapılmış ve dava da 21.2.1964 gününde açılmış bulunduğuna nazaran süresinde olduğunun kabul gerekir. Binaenaleyh dava arzuhalinin davalı tarafa tebliğ tarihi itibariyle bir senelik sürenin geçmiş bulunduğu sebebine dayanan gerekçede isabet yoktur¹⁹⁾.

Yüksek Mahkemenin kararı sonuç itibariyle, yukarıdan beri savunduğumuz görüşe uygun ve yerindedir. Ancak kararda ileri sürülen bazı fikirler ilmi açıdan isabetli değildir. Yüksek Mahkemenin kabul hilâfına, akitle bağlı olmama hususundaki irade beyanı bir yıl içinde karşı tarafa tevcih edilmiş olmakla sadece süre muhafaza edilmiş olur, yoksa beyan hukuki sonuç doğurmaz; bunun için *her halde* diğer tarafa vusul şarttır; beyan ister dava yolu ile isterse dava dışında yapılsın, netice aynıdır.

Sonra: Akitle bağlı olmama hususundaki beyanın bir yıl dolmadan karşı tarafa *tevcihi* beyanın kanuni süresi içinde yapılmış olarak kabul için yeterli ise –ki yukarıda açıklandığı veçhile yeterlidir– bu, tevcihin bütün şekilleri (beyanı muhtevi mektubun postaya verilmesi, ihtarnamenin notere tevdi, dava ikamesi) hakkında geçerli olmak lâzımdır. Bu esasın beyanın dava yoluyla yapılması haline hasredilerek diğer tevcih şekillerinin bunun dışında tutulması yahut ta beyanın bir yıl içinde karşı tarafa sadece tevcih değil ulaşmaşının da şart olduğunun kabul ile dava ikamesi halinin bundan istisna edilmesi mümkün değildir. Akitle bağlı olmadığını beyan eden taraf er geç elbette geçersiz akit zımında karşı tarafa vermiş olduğu şeyi de geri isteyecektir. Ancak akitle bağlı olmama beyanı ile işbu istirdat talebinin birleştirilmesi, aynı zamanda yapılması zorunlu değildir; pekâlâ önce beyanda bulunur ve sonra da verdiğini geri isteyebilir ve bu istirdat talebi BK 31 ve 21 deki süreye de tabi değildir. Fakat ilgili şahıs dilerse akitle bağlı olmadığını hususundaki beyanını istirdat talebiyle birleştirebilir, buna engel yoktur; ancak ne böyle bir davranış ne de –karşı tarafın direnmesi sebebiyle– *istirdat talebinin* dava yoluyla dermeyanı zorunluğu yukarıki esaslarda bir değişikliği mucip olmaz: Süreyi muhafaza için şayet beyanın bir yıl içinde karşı tarafa ulaşması şart ise burada da şarttır; vusul şart değil de bir yıl dolmadan tevcih yeterli ise burada da –sırf dava yoluyla yapılmış olduğu için değil– süresi içinde tevcih edilmiş olduğu için süreye riayet edilmiş bulunmaktadır.

¹⁹⁾ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu görüşü benimseyen 24.1.1973 gün ve 1971/1–376–24 sayılı kararında şöyle demektedir: «BK mad. 21 uyarınca, gabine uğradığını iddia eden kişi, akdi bozmak hususundaki isteğini akid tarihinden itibaren bir yıl içinde beyan etmek zorunluğundadır. Akdin feshini isteyen davacı, aynı zamanda davalı adına olan tapu kaydının iptalini de istemiş olduğundan, ancak dava açmak suretiyle bu isteğini gerçekleştirebilir. Satış akdi 21.2.1963 gününde yapılmış, gabin davası ise 21.2.1964 gününde açılmış ve bu konu aki istek, bir yıllık süre içinde dava yolu ile karşı tarafa **tevcih** edilmiştir. Bu bakımdan davanın süresi içinde aıldığının kabul gerekir.»