

AKİTLERDE SÜKÛTUN EHEMMİYETİ

Yazan: Doçent Dr. Hikmet BELBEZ

I. İNCİ KISIM

B A Ş L A N G I Ç

1. Maksat ve Plân

Hususi hukuk nizamında hakların doğumu, değişmesi ve düşmesi, - hukuki fiillerle haksız fiiller bir tarafa bırakılacak olursa - hukuki muamelelere, yani insanların hukuki bir netice elde etmek maksadiyle iradelerini bilerek beyan etmelerine bağlıdır [1]. Bir insan iradesini muhtelif şekillerde beyan edebilir. Acaba sükût da bu beyan şekillerinden biri midir? Sükût yalnız bir menfilîği mi ifade eder, yoksa ona müspet bir mâna vermek de kabil midir? Bir tarafın sükûtu ne zaman mutlak menfilîği ve ne gibi hallerde müspet bir durum ifade eder? Bunu tâyin için birtakım kaide ve esaslar tespit etmek mümkündür?

Tezimizin mevzuunu bilhassa bu sualler teşkil edecektir. Fakat tetkikatımızı yalnız hususi hukuk sahasına inhisar ettireceğiz Hukuk mevzuu olarak sükût âmme hukuku sahasında, meselâ Devletler Umumi Hukukunda, Ceza Hukukunda, Usul Hukukunda da rol oynayabilir. Meselâ bir devletin diğer bir devlete bir ultimatum vererek muayyen bir müddet içinde cevap almadığı takdirde şu veya bu harekette bulunacağını ve meselâ muhatap devletin sükûtunu bir harb sebebi addedeceğini bildirebilir. Bu vaziyette muhatap devletin hiçbir cevap vermiyecek sükûetmesinin hukuki birtakım neticeler doğurabileceği meydandadır. Ceza Kanunumuz, vazifesini yaptığı sırada memuriyetine mütaallik olarak resen takibat icrasını müstelzim bir suçta vakıf olup da ait olduğu daireye haber vermeyen bir memuru cezalandırmıştır [2]. Yedi yaşından aşağı olan bir çocuğu veya müptelâ olduğu akıl veya beden hastalığından do-

[1] Bak: Esat Arsebük, Medeni Hukuk I., Başlangıç ve Şahsın Hukuku. İstanbul, 1938. S. 65.

[2] CK. m. 235 fk. 1.

layı kendini idare etmiyen bir kimseyi terkedilmiş bulup da derhal ait olduğu daireye veya hükümet memurlarına malûmat vermiyen kimse de ceza göreceği gibi [3] bir mecruha veya sair tehlikede bulunan bir kimseye yahut ölü veya ölüye benzer bir cesede tesadüf edip de mümkün olan yardımı yapmakta kusur eden veya ait olduğu daireye veya hükümet memurlarına malûmat vermiyen kimse de ceza tehdidi altına alınmıştır[4]. Bunlardan başka şahıslar aleyhine işlenmiş bir cürüm âsarını gösteren hallerde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyyeye veya zabıtaya bildirmiyen hekim veya cerrah, ebe veya sair sıhhiye memurları da cezalandırılır [5]. Sükûtun Usul Hukukundaki ehemmiyetine bir misal olarak da şahitlerin şahadetten kaçınmaları halini gösterebiliriz. Şahadetin mecburi olduğu halde kanuni bir sebep olmaksızın şahadetten kaçınarak sükût edenleri her Usul Kanunlarımız [6] ve hem de şahitlerin bu sükûtunu yalan şahitlik addetmek suretiyle Ceza Kanunumuz [7] ceza tahdidi altına almıştır.

Sükût, hususi hukukda da muhtelif bakımlardan ehemmiyet kazanabilir: Bir kere bir irade beyanı mahiyetini alabilir ve bu suretle de bir aktin vücut bulmasına yarar. Bundan başka haksız bir fiilin unsurunu teşkil ederek zarar ve ziyan itası mecburiyetini doğurabilir. Nihayet sükût, hakkın sukutu sebeplerinden biri olarak birtakım hakların zayı olmasını intacedebilir. Bütün bu imkânları nazarı itibare almak bir tezin şümulünü aşarak âdeta başlı başına bir kitap mahiyetini alabileceğinden ikinci ve üçüncü ihtimaller üzerinde durulmıyarak tetkikat yalnız birinci ihtimale inhisar ettirilecek, yani sükûtun akitlerin inikadında oynadığı rol tetkik ve tahlile çalışılacaktır.

Bunun için de her şeyden evvel hukuk tarihi gözden geçirilerek sükûtun Roma Hukukunda ve İslâm Hukukundaki mevkiî üzerinde durulacaktır. Sükûtun bir irade beyanı olup olmayacağı meselesini münakaşa edebilmek için irade beyanları hakkında bir fikir sahibi olmak lâzımdır. Bu itibarla tezin II. inci ve III. üncü kısımları akte ve irade beyanlarına tahsis edilmiştir. IV. üncü kısımda artık sükût bir irade beyanı olarak ele alınacaktır. V. inci ve sonuncu kısımda da bütün bu tetkikattan elde edilen netice toplu bir halde hülâsa edilecektir.

[3] CK. m. 476 fık. 1.

[4] CK. m. 476 fık. 2.

[5] CK. m. 530.

[6] HUK. m. 272, 275; CUK. m. 63.

[7] CK. m. 286.

2. Tarihçe

a) Roma Hukuku. Roma Hukuku, bilhassa ilk devrelerinde dar ve şekilci bir hukuktur. Yalnız Roma vatandaşlarına mahsus olan Vatandaşlar Hukuku (Medenî Hukuk) = *ius civile de bütün hukuki muamelelerin, hususiyle akitlerin muteber sayılması, muayyen merasim ve şekillerin yapılmasına bağlı idi. Akitler, riayeti icabeden merasim ve şekillere göre başlıca üçe ayrılıyordu: 1) Sözlü akitler. Bunlarda yapılması lâzım gelen merasim ve şekil muayyen birtakım kelimelerin söylenmesi ve karşılıklı cevapların verilmesinden ibarettir. Bu da stipulatio suretiyle olurdu. Alacaklının «spondesne?» sualine karşı borçlu «spondeo» («taahhüt ediyor musun?», «ediyorum») cevabını veriyor, akit bu suretle artık tamamlanmış ve borçlu bu sözlü merasim sonunda taahhüt altına girmiş oluyordu.*

2) Yazılı akitler. Bunlarda riayeti icabeden şekil ve merasim akitin muayyen bir deftere yazılmasından ibaretti.

3) Aynı akitlere gelince: Bunlar da bir tarafın maddî bir şey teslim ve diğer tarafın da tesellüm etmesi merasimine dayanan akitlerdir, yani bir taraftan devir ve teslim diğer taraftan da kabul muamelesi akte vücut vermiş oluyordu [8].

Bu merasim ve şekiller hukuki muamelelerin esaslı unsurlarındandı. Bir hukuki muamelenin hukuk nizamı tarafından tanınması, himaye görmesi için bu merasim ve şekillere uymuş olmak şarttı. Diğer taraftan bu merasim ve şekil dairesinde yapılan bir akit artık mutlak olarak hüküm ifade ediyordu. Böyle sıkı sıkıya şekle bağlı akitlere misal olarak bilhassa on iki levha devrinin hukuki muamelelere hâkim olan en esaslı üç akdini gösterebiliriz: *mancipatio*, *in iure cessio* ve *nexum*.

Bilindiği gibi *mancipatio* aleni birtakım merasimle yapılan şekli bir beyi akittir. Taraflar, Roma vatandaşı olan beş şahit ile terazi me-murunun huzurunda beyiin mevzuunu teşkil eden şey ile bedelin karşılıklı olarak devri muamelesini yapar ve bu esnada yine sabit ve muayyen olan kelimeleri âlenen tekrar ederler [9].

Mancipatio, şekli bir beyi akti olduğu halde *nexum* aynı merasim ve şekle tâbi olarak yapılan bir karz akittir. Bu muamele paranın henüz tedavül vasıtası olarak kullanılmadığı devirlerde tatbik olunuyordu.

[8] Meselâ: *mutuum* = ödünç akti, *depositum* = idâ, *commodatum* = iâre, *pignus* = rehin, *permutatio* = trampa.

[9] Andrea; B. Schwarz, Roma Hukuku Dersleri, birinci cilt, Tarihî kısım ve umumî doktrinler, türkçeye çeviren Türkân Basman, İstanbul 1943, S. 99; Richard Honig, Roma Hukuku, tercüme eden Şemsettin Talip, 2. nci tabı, İstanbul 1938, S. 337.

Terazi memuru tarafların ve Roma vatandaşı olan beş şahidin huzurunda borçluya verilecek olan maden miktarını tartıyordu. Para kullanılmaya başlandıktan sonra da bu şekil baki kaldı. Bu aleni merasim neticesinde borçlu için muayyen bir müddet sonunda aynı miktarda maden veya para iade etmek borcu doğuyordu.

Bunların içinde sükûtun az çok bir rol oynadığı hukuki muamele belki in iure cesso'dur. Bu muameleye mülkiyetin nakli, veya diğer bir ifade ile mülkiyetin iktisabı için müracaat ediliyordu. İktisap edecek olan kimse magistrat huzurunda müddei sıfatıyla devri mevzuu bahis şeye elini dokundurarak o şeyin kendisine aidiyetini iddia ediyor; magistrat diğer traftan mukabil bir iddiası olup olmadığını soruyor; diğer taraf da bu suale karşı mukabil iddiasını ileri süreceği yerde ya o şeyin sahibi olmadığını itiraf veyahut da büsbütün sükût ediyor ve bu suretle de o şey magistrat huzurunda devir ve temlik edilmiş oluyordu [10].

Bu muamelede sükûtun muayyen bir rolü olduğu görülüyor. Ancak ona bir irade beyanı olarak fazla bir ehemmiyet vermeğe imkân yoktur; çünkü burada sükût sıkı sıkıya şekle bağlı olan muamelenin yine şekli bir unsurundan başka bir şey değildir.

Bütün bu muamelelerde tarafları ilzam eden cihet şekil ve merasimdir. Bu şekillere uygun olarak yapılmıyan bir muamle hukuken hiçbir himaye görmez. Bu derece şekilci bir hukuk nizamında zımni irade beyanlarının, hususiyle irade beyanı olarak sükûtun yeri olmayacağı tabiidir.

Romada bu durum Milâttan evvel birinci asra kadar devam etmiştir. Fakat Roma devletinin genişlemesine ve yayılmasına muvazi olarak iktisadi hayat ve hukuk da inkişaf etmeğe başlamıştır. Aynı zamanda başka milletlerle münasebetler de arttığından, hukuku bunların daima değişen âdet ve ihtiyaçlarına uydurmak mecburiyeti hasıl olmuş, bu suretle Milletler veya Kavimler Hukuku = ius gentium doğmaya başlamıştır [11]; kavimler hukukunda hukuki tasarruflar, Roma vatandaşlarına has olan ius civile'de olduğu gibi muayyen şekil ve merasimin tathikine bağlı değildi ve akitlerin muteber olması için akitlerin hüsn-ü niyetinin mevcudiyeti kâfi idi [12]. Bunun neticesinde, yukarıda üçe ayırdığımız ve şekle bağlı olan akitlere bir üçüncü nevi akit daha karış-

[10] Schwarz, Roma Hukuku, S. 101..

[11] Kavimler Hukuku ve Vatandaşlar Hukuku için bak: Schwarz, Roma Hukuku, S. 124, 128 vd.

[12] Honig, Roma Hukuku, S. 11.

miş oluyor ki bu da rızâî akitler idi. Bu akitlerin muteber olması için tarafların her hangi surette anlaşmış olması, mutabık kalmış bulunması kâfi idi. Bu akitlerde taraflar rızalarını her hangi bir şekilde izhar edebilirlerdi ve aralarındaki akit de muteber sayılırdı [13].

Hukukta şekil serbestliği hâkim olmağa başlayınca artık zimni irade beyanlarına da yol açılmış oluyordu. Artık sükût da irade beyanı olarak bahis mevzuu edilmeğe başlandı. Buna başlıca misal: «Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare» (yani: Susan kimse kabul etmiş değildir; fakat aynı zamanda reddetmiş de sayılmaz) sözü zikredilebilir.

b) İslâm Hukuku. İslâm Hukuku, Roma Hukuku kadar şekilci değil, bilâkis daha elâstiki bir hukuktur; bunda, Roma hukukuna nazaran rızâî akitlere çok daha geniş bir yer verilmiştir. Bu itibarla zimni irade beyanları, ve dolayısıyla sükût İslâm hukukunda büyük bir rol oynamış, gerek fıkıh ve gerek usul-ü fıkıhda dakik ve o nisbette ehemmiyetli bir mesele sayılmış, muamelelerde bahis mevzuu edilmiştir. Hattâ Eşbah gibi, hukuk kaidelerini umumi bir tarzda mütalâa eden eserlerde sükût «ahkâm-üs-sükût» başlığı altında ayrı bir bahis olarak tetkik edilmiştir.

Bu tetkikat neticesini iki esas halinde toplamak mümkündür:

- 1 — Sükût eden bir kimseye her hangi bir söz isnat olunamaz,
- 2 — Fakat icabında sükût da beyan yerine geçer.

Nitekim Mecelle'nin kavaid-i fıkhiyesinde de «sâkite bir söz isnat olunmaz. Lâkin marız-ı hacette sükût beyandır» şeklinde her iki esas birleştirilmiştir. [14]; yani sükût eden kimseye şu sözü söyledi denemez. Lâkin söyleyecek yerde sükût ederse, bu sükût beyan ve ikrar adedilir [15].

Mecellenin diğer umumi hükümlerinde olduğu gibi bu maddede de meselemiz veciz ve kudretli bir şekilde ifade edilmiştir. Ancak bu madde de bir umumi kaide vazetmektedir. Umumi kaideler ise birer rehber, yol gösteren birer işaretten ibarettir. Bu umumi kaideleri tatbik etmek, her hangi bir hâdisede sükûtun beyan olup olmadığını anlamak kolay değildir, hukukta kudret ve melekeye bağlıdır. Misaller kaidelerin aynası gibi olduğundan Mecellenin üstat şarihleri bu umumi kaidenin tatbik şekillerini canlandıran birçok misaller sıralamışlardır. Bunlardan bazılarını burada tekrarlamak faydalı buluyoruz:

[13] Honig, Röm. Hukuku, S. 257.

[14] Mecelle, m. 67.

[15] Mirat-ı Mecelle. S. 30, 31; Ali Haydar, Mecelle şehri, İstanbul. 1330, c. I, S. 144; Arse. bük, Borçlar Hukuku, 2. ncı tabı, S. 60.

Bir kimse bir başkasının malını üçüncü bir şahsa satarken mal sahibinin bunu görüp de sükût etmesi, satışa icazet vermiş manasına alınmaz.

Kezalik bir kimse bir başkasının malını tahrip ve itlâf ederken mal sahibi bunu görüp de sükût etse, bu sükûtu da malın tahrip edilmesine izin vermiş sayılmaz.

Hâkim, veli veya vasisi olmıyan bir çocuğun alış veriş ettiğini görüpte sükût etse ticaret etmesine izin vermiş olmaz.

Bir kimse ölümü sırasında «hiç kimseye borcum yoktur» deyip öldüğü takdirde, bunu söylediği sırada hazır bulunduğu halde sesini çıkarmamış olan bir şahıs, müteveffada alacağı olduğunu dava etse, bu davası dinlenir, mücerret sükût etmiş olmasından dolayı davası reddolunmaz.

Bütün bunlar «sâkite bir söz isnat olunmaz» esasına misallerdir [16]. Bu yerler marız-ı hacet, yani söz söylenecek yerler değildir. Binaenaleyh bu yerlerde susan kimsenin sükûtuna bir irade beyanı mahiyeti verecek sükûtiyle bu muameleleri kabul etmiş denemez.

Lâkin «marız-ı hacette sükût beyandır». Meselâ:

Kendisi için hapis hakkı bulunan bayi müşterinin mebyii kabzettiğini görüp de sükût ederse, kabza izin vermiş sayılır.

Bir kimse diğertinden bir mal satın alırken üçüncü bir şahıs o malın ayıplı olduğunu haber vermesine rağmen müşteri olan kimse sükût ederse, ayba razı olmuş sayılır ve bundan sonra artık ayıplı olduğu iddiasıyla malı bayie reddedemez.

Bir kimse diğerrinin evinde gasb veya âriyet suretiyle otururken mal sahibi «aylığı şukadar kuruşa otur, yoksa evimden çık» demesine rağmen o kimse evde oturmakta devam ederse, mal sahibinin teklif ettiği ücretle evi kiralamış olur.

Bir veli, velayeti altında bulunan mümeyyiz küçüğü alış veriş ederken görüpte sükût etse, ahz ve itaya izin vermiş olur.

Şefi, satışı öğrendiği halde sükût ederse şufa hakkı sakıt olur.

Bir kimse bir şahsa «şu husus hakkında seni vekil tâyin ettim» deyip de o şahıs da sükût etse, vekâleti kabul etmiş olur [17].

Görülüyor ki İslâm Hukukunda da sükût iradenin beyan vasıtalarından biri olarak kabul edilmiştir. Verdiğimiz misallerden anlaşıldığına göre İslâm Hukukunda da sükûta irade beyanı mahiyeti izafe olunan

[16] Bu ve başka misaller için bak: Ali Haydar, S. 144 vd.

[17] Bu misaller için de bak: Ali Haydar, S. 145 vd.

halleri, modern hukukumuzda da cari olan birtakım kaide ve esaslara ve hususiyle objektif hüsn-ü niyet prensibine irca etmek mümkündür. Bundan da ileride bahsedilecektir.

II. İNCİ KISIM

A K İ T

1. Aktin Unsurları

Akit, tarafların aynı hukuki neticeyi doğurmağı istihdaf eden irade beyanlarının birleşmesiyle meydana gelen bir anlaşmadır. Buna göre, bir aktin vücut bulması için karşılıklı ve biribiriine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır [1] [2]. Akte iştirâk edenlerin sayısına göre beyanların da sayısı değişir. Bir aktin meydana gelmesi için ise kaideten yalnız iki karşılıklı irade beyanının mevcudiyeti ve bunların birleşmesi kâfidir. Bunlardan birincisine icap, kaideten zaman itibariyle daha sonra gelen ikincisine de kabul denir [3].

a) İcap: İcap, bir başkasıyla akte girişmek için yapılan ve vusulü iktiza eden bir irade beyanıdır [4]. İcap sarih ve muayyen olmalıdır. Yani

[1] B. K. m. 1. Kızalık Ticaret Kanunumuzun da 663 üncü maddesinde ticari akitlerin inikâdî için «iki tarafın rızalarının birleşmesinin kâfi» olduğu yazılıdır. Borçlar Kanununun sara-hatı karşısında esasen fuzulî olan bu maddenin asıl hedefi Ticaret Hukuku sahasında şekil serbestliği prensibini bir kere daha teyit etmektir.

[2] Bu irade beyanları yalnız akitlerin değil, her hukuki muamelenin en esaslı unsurunu ve özünü teşkil eder. Bak: Andreas B. Schwarz, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1942, S. 149; Andreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (İsviçre, Borçlar) c. II, S. 135.

[3] Akit istisnai olarak bazan iradelerin aynı zamanda beyanı neticesinde vücut bulabilir. Gayipler arasında biribiriine uygun şekilde yapılan ve karşılaşan iki icapta olduğu gibi. Misal (Enneccerus - Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, c. I, § 152, dipnot 5): A ile B arasında, A'ya ait bir arazi B'ye satılması için müzakere cereyan etmektedir. A, B'ye bir mektup yazarak arazi kendisine 900 liraya bırakacağını bildiriyor. Aynı zamanda B de bir mektup göndererek arazi için A'ya 900 lira teklif ediyor. Burada esas itibariyle iki icap mevcut olmakla beraber müteber bir akit vücut bulmuştur. Çünkü her iki taraf için de ehemmiyeti haiz olan noktada, diğer tarafın behemehal icap üzerine ve icaba göre bir beyanda bulunması değil, onun, aktin vücut bulması hususundaki rıza ve iradesidir. Diğer bir misal (Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I, İstanbul 1942, S. 58, dipnot 1): Noter tarafından uzatılan bir mukaveleye her iki taraf da aynı zamanda razı oluyorlar. Burada da icap ve kabulü biribirinden ayırmaya imkân yoktur. Aksi fikirde olanlar: Cosack - Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 58, not 5; Andreas von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, C. II-I, S. 459; Paul Oertmann, Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, S. 527, not 2 b.

[4] B.K. m. 3, 5, 9 v.s.

icabın, muhteva itibariyle aktin inikadı için elverişli ve olgun bir beyan olması, aktin bütün esaslı noktalarını ihtiva etmesi [5], akit, muhatabın «evet» demesiyle vücuda gelebilecek şekilde katı ve mutlak olması lâzımdır [6].

Gazeteye verilen bir ilân, halka dağıtılan kataloglar ve fiyat listeleri de sarîh ve katı olabilir. Buna rağmen bunları icap mahiyetinde kabul etmeğe imkân yoktur [7]. Çünkü icabın sarîh ve muayyen olması demek, aynı zamanda muayyen bir şahsa veya şahıslara matuf ve müteveccih bulunması demektir; bir kimsenin icabı ile kim oldukları ve sayıları belli olmayan kimselere karşı bağlı kalmak istememesi asıldır [8]. Bu gibi ilânlar, katalog ve fiyat listeleri ancak icapta bulunmağa davet telâkki edilebilir [9].

b) Kabul: Tetkikatımızın esasını teşkil edecek olan kabule gelince: bu, icaba muvafakat edildiğini bildiren karşılık bir irade beyanıdır. Kabulün şartsız, icaba uygun olması ve müddeti içinde beyan edilmesi lâzımdır; aksi takdirde böyle bir beyan icabın reddi ile birlikte yeni bir icap mahiyetini alır [10]. Kabul de kaideten vusulü lâzım gelen bir irade beyanıdır [11].

2. Vusulü lâzım gelen irade beyanları

Irade beyanının vusulü lâzımdır ne demektir? Bununla irade beyanının tekemmül ettiği ve hüküm ifade etmeğe başladığı ânın tesbiti istenmektedir.

a) Gaippler arasında. İstisnalar [12] bir taraf bırakılacak olursa, gaippler arasında bir irade beyanı diğer tarafa «vasıl olduğu» ânda te-

[5] Schwarz, Borçlar, S. 60.

[6] Heinrich Stoll, Vertrag und Unrecht, c. I, S. 21; Oser - Schönerberger, Kommentar, c. I, S. 160.

[7] Sarîh olarak: T.K. m. 685. Alman hukukunun aksine olarak Borçlar Kanunumuz (m. 7 f. 3) fiyatını göstermek suretiyle mal teşhirini kaideten icap saymıştır. Böyle bir icabın bir mağaza sahibini ne dereceye kadar ilzam edeceği hususunda bak: Ernst E. Hirsch, Akitlerin tefsiri, Profesör Ebulûla Mardin'e Armağandan ayrı bası, İstanbul 1943, No. 4.

[8] Von Tuhr, Alman, c. II, 62; Oser-Schönerberger, m. 3-10, not 5; İstisna: B.K. m. 8.

[9] Schwarz, Borçlar, S. 61; T.K. m. 685.

[10] Schwarz, Borçlar, S. 75; Esat Arsebük, Borçlar Hukuku, 1 inci tabı, Ankara 1937, S. 129; 2 nci tabı, İstanbul 1943, S. 281. Kezalik sarîh olarak: T.K. m. 669 ve Alman Medeni Kanunu m. 50 f. 2.

[11] Arsebük, 1 inci tabı, S. 115, 128; 2 nci tabı, S. 251, 289.

[12] Meselâ tesislerde, vasiyette, mirasın reddinde olduğu gibi,

kemmül etmiş sayılır [13] [14]. İrade beyanının tekemmül etmesi bakımından Roma Hukukunda ve Müsterek Hukukta dört nazariye vardı: izhar (isdar), irsal, vusul ve ittıla nazariyeleri. Bunların her birinin mahiyeti isminden de anlaşılmaktadır [15]. Müsterek Hukukta vusul nazariyesi hâkimdi. Bunu Alman Medenî Kanunu da kabul etmiş ve 130 uncu maddesinde açık olarak göstermiştir. Alman Medenî Kanunundaki açıklıkla ifade edilmiş olmamakla beraber aynı esas bizim Borçlar Kanunumuzda da kabul edilmiştir [16]. Burada kanunumuzun iki hususiyeti üzerinde durmak faydalı olur. Bir kere 10 uncu maddeye göre gaipler arasında yapılan akitler «kabul haberi irsal olunduğu ânda hüküm ifade ederler». Bu madde Borçlar Kanunumuzun vusul nazariyesi yerine irsal nazariyesini koymak istediği zannını verebilir. Halbuki bu madde sadece kabul beyanının vusuliyle meydana gelen aktin hükümlerini daha önceki bir zamana irca etmektedir; ve bu doğrudan doğruya akitlere münhasır bir hükümdür ve diğer hukuki muamelelere de teşmili caiz değildir [17]. Diğer taraftan 9 uncu madde âkidlerin icabı veya kabulü geri almak imkânını vusul âni ile takyit etmiyerek, diğer tarafın beyana mutali olacağı âna kadar dönebilmek hakkını tanımaktadır [18].

Bir irade beyanının ne zamandan itibaren vasıl olmuş sayılacağı meselesine gelince: Muhatabın o beyanı öğrenmesiyle beyan her halde vasıl olmuş demektir, yani ittilâda daima vusul mündemiçtir [19]. Bunun dışındaki hallerde beyan muhatabın hâkimiyet sahasına girer, yani muhatabın o beyanı öğrenebilmesi imkânı temin edilmiş olur ve normal şartlara ve hayatın verdiği tecrübelerle göre öğrenebileceği beklenebilirse, o irade beyanının vasıl olduğu, muhataba vardığı kabul edilir [20]. Yazı

[13] Arsebük, Borçlar, 1 inci tabı, S. 117, 2 nci tabı, S. 254.

[14] Hazırlar arasındaki irade beyanlarında bu esas cari değildir. Bundan ileride bahsedilecektir. Bak: S. 219 vd.

[15] Bu nazariyeler hakkında fazla izahat için bak: Arsebük, Borçlar, 2 nci tabı, S. 253.

[16] B.K. m. 3, 5, 9, 260 fk. 2, 429, 491 fk. 3. Bak: Schwarz, Medeniye, S. 150. Ticaret Kanunumuzda da kezaik aynı esas caridir; T.K. m. 672.

[17] Titzze, S. 804. Ticaret Kanunumuza göre de «muhabere suretiyle yapılan aktin ahkâmı, kabul cevabının gönderildiği tarihten itibaren hasıl olur» (m. 673)

[18] Alman Medenî Kanununun 130 uncu maddesinin metni aykırı olmakla beraber bu hal tarzını müdafaa ve tavsiye eden alman müellifleri de vardır. Meselâ: Staudinger, BGB. Kommentar, c. I, m. 130, No. 8, S. 543.

[19] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 49, S. 131.

[20] Arsebük, Borçlar, 1 inci tabı, S. 116, 2 nci tabı, S. 254; Schwarz, Medeni Hukuk, S. 150; Staudinger, m. 130 No. 3; Enneccerus-Nipperdey, c. I, § 149 All 1; Alm. Devlet Mah. Kar., c. 50, S. 194, c. 61, S. 414, c. 99, S. 22.

ile yapılan müzakerelerde irade beyanını ihtiva eden yazının doğrudan doğruya ve fiilen muhatabın eline geçmesi icabedeceği iddiasında isabet olamaz. İcapta bulunanın, muhatabın beyanı öğrenebilmesi için elinde olanları yapmış bulunması kâfidir. Meselâ mektubun [21] muhatabın kapısındaki posta kutusuna atılması, onun hizmetçisine verilmesi gibi [22]. Beyanda bulunanın, muhatabın onu öğrenebilmesi için elinden gelen her şeyi yapmış olması halinde irade beyanının tekemmül etmiş sayılmasından şu netice çıkar: Muhatap, hasta olması veya seyahatta bulunması gibi şahsına bağlı sebepler yüzünden beyanı öğrenemezse veya öğrenmek imkânından mahrum olursa, bunun irade beyanının tekemmülü üzerinde hiçbir tesir ve hükmü yoktur [23]. Şukadar ki beyanda bulunan, muhatabın bu imkânsızlığını bilir ve meselâ evinin bütün pencerelerinin kâğıtlanmış ve pencerelerinin kapanmış olduğunu göreyerek, bundan, muhatabın yolculuğa gitmiş olduğunu istidlâl eder ve mektubu buna rağmen onun posta kutusuna atarsa, beyan vasıl olmuş sayılmaz [24]. Bundan başka meselâ adres vazih olmaz ve mektubun muhtelif kimselere ait olabileceği mânası çıkar ve muhatap da mektubu postacıya iade ederse, bu takdirde de beyan vasıl olmamış sayılır [25].

Hazır bir muhataba yazı ile yapılan beyan bir gaibe yapılmış beyan hükmündedir [26].

b) Hazırlar arasında. Bir beyanın hazırlar arasında ne zaman tekemmül etmiş olacağını ve hüküm ifade edeceğini Borçlar Kanunumuz tasrih etmemiştir. Kanunun kabul ettiği umumi esas buna da tatbik edilecek olursa, hazır olan bir kimseye karşı yapılan bir beyanın tekemmül etmesi için «vusul» kâfi gelecektir. Fakat bunu kabul etmek, hayattaki tatbikatın icapları karşısında büyük bir haksızlık ve adaletsizlik olurdu. Bunun içindir ki hazırlar arasında bir beyanın tekemmül etmesi için ıtıla, yani onu duymak ve öğrenmek şarttır. Aksi takdirde hazır olmayan bir muhataba hazır olana nazaran çok daha elverişli bir vaziyet tanınmış olur. Gaipler arasında beyanlar hemen daima mektup veya telegraf vasıtasıyla teati olunur; bu suretle beyan âdeta maddileştirilmiş, ona sabit bir mahiyet verilmiştir. Muhatap, beyan üzerinde düşünmek, ilk oku-

[21] Telgraf ta aynı mahiyette sayılmakta ve aynı hükümlere tâbi tutulmaktadır. Alm. Devlet Mah. Kar., c. 56, S. 262, c. 60, S. 336.

[22] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 125, S. 75.

[23] Arsebük, Borçlar, 1 inci tabı, S. 117, 2 nci tabı, S. 255.

[24] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 105, S. 255, c. 142, S. 402, c. 144, S. 209.

[25] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 125, S. 75.

[26] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 83, S. 105; Arsebük, 2 nci tabı, S. 237 dipnot 57. Aksi fikirde: Schwarz, Borçlar, S. 71.

yuşta kavramadığı takdirde daha sonra yeniden ele alarak tetkik etmek ve asıl beyanı öğrenmek imkânına maliktir [27]. Şifahi beyanda ise vaziyet başkadır; beyan sabit bir mahiyet almış, daimî bir şekilde mevcut değildir. Bu bakımdan sonradan öğrenilmesine de imkân yoktur [28]. Binaenaleyh hazırlar arasında, hitap olunan kimisenin aleyhine hareket etmiş olmamak için, onun beyanı hakikaten ve fiilen işitmiş ve öğrenmiş olmasını aramak lâzımdır [29]. Beyanda bulunan kimse bizzat görmek veya ufacak bir sual tevcih etmek suretiyle müşkilârsız olarak muhatabın öğrenip öğrenmediğini anlıyabilir. Bu, beyanda bulunana fazla bir yük olmayacağı gibi hayatın icaplarına da uygundur [30].

Alman hukuku için Enneccerus [31] aynı neticeye Medeni Kanununun 130 uncu maddesini tatbik etmek suretiyle varıyor: 130 uncu maddeye göre bir beyan muhatabın hâkimiyet sahasına ulaşmakla tekemmül etmiş olur. Şifahi bir beyanda ise bu, sözün anlaşılmasızın kulağa varmasıyla değil, ancak öğrenilip anlaşılmasıyla temin edilmiş olur.

c) Telefonla yapılan görüşmelerde. Borçlar Kanunumuzla Ticaret Kanunumuz açık olarak vaziyet almış olmasalardı, telefonla yapılan bir müzakerenin hazırlar arasında mı, yoksa gaipler arasında mı cereyan ettiği münakaşa mevzuu olabilirdi. Borçlar Kanunumuzun 4 üncü maddesinde «iki taraf yahut vekillerinin telefon ile yaptıkları akitlere hazırlar arasında icra olunmuş nazariyle bakılır», ve Ticaret Kanunumuzun 665 inci maddesinde de «telefonla vuku bulan akit, tarafeyni hazır bulunan akit hükmündedir» denilmektedir.

Alman Medeni Kanununda bu cihet aynı açıklıkla ifade edilmiş olmamakla beraber 147 inci maddenin 1 inci fırasında hazır olan bir şahsa yapılan icapla telefon vasıtasıyla yapılan bir icabın derhal kabul edilmesi lâzım geleceği yazılıdır. Demek ki burada da her iki şekil bir tutulmuştur [32].

Telefonla muhaberelelerde de beyanın maddileşmiş, sabit bir mahiyet almış olmasından ziyade tarafların anlaşması bahis mevzuu olduğundan bu hal tarzı yerindedir. Beyanda bulunan, tıpkı hazırlar arasında olduğu, gibi, telefonda da karşı tarafın işitmiş ve anlamış olup olmadığını

[27] Von Tuhr, İsviçre Borçlar, c. I, S. 138.

[28] Von Tuhr, Alman, c. II, S. 413, 439.

[29] Oertmann, Allgemeiner Teil, m. 130, No. 4. Aksi fikirde: von Tuhr, Alman, c. II, S. 439; Staudinger, m. 130, No. 1 ve 4. Her ikisi de bunda bir haksızlık ve imkânlık görüyor.

[30] Hazır olan bir muhataba yazı ile yapılan beyanın bir gaibe yapılmış beyan hükmünde olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Bak: S. 219.

[31] C. I, § 149 BI.

[32] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 90, S. 166.

kontrol etmek imkânına maliktir. Binaenaleyh telefonla yapılacak bir beyanın tekemmül etmesi için de ittila, yani muhatap tarafından işitilmiş ve öğrenilmiş olması şarttır.

III. ÜNCÜ KISIM

BEYAN VASITALARI

1. İradenin izharı.

Akte vücut veren irade beyanlarını bu suretle gördükten sonra artık beyan vasıtalarına geçebiliriz. Bir irade beyanı hukuken hüküm ifade edebilmek için nasıl olmalı, ne gibi şekiller almalıdır? İrade beyanı, bir ruhî hâdiseden bir başkasını haberdar etmek üzere yapılan ve bununla hususi huku sahasındaki münasebetlerde değişiklik yapılması, yeni münasebetler yaratılması veya bu gibi münasebetlerin ortadan kaldırılması istendiği, hayatta edinilen tecrübeler ve örf ve âdete göre halin icaplarından anlaşılan iradenin hareket ve faaliyetidir.

Bununla hemen hemen her şey söylenmiş ve bilhassa şu ehemmiyetli iki nokta tebarüz ettirilmiş oluyor: Bir iradenin hukuki muamelelerde hüküm ifade edebilmesi için onun izhar edilmiş olması lâzımdır [1]. İrade insanın ruhunda bir istek veya bir karar halinde kaldığı müddetçe hukuk nizamı tarafından hiç nazar-ı itibara alınmaz. Hukukan bir hüküm ifade edebilmesi için onun görünür ve anlaşılır bir şekilde açığa çıkmış olması lâzımdır [2]. İşte bu açığa çıkmanın şekli ne olacaktır? Hukukta bu hususta mutlak bir kaide yoktur. Kanun fiilbakika birtakım hukuki muameleler için muayyen bir şekle bağlı beyanlar aramıştır. Bunlar ekseriya taraflar için hususi bir ehemmiyeti haiz olan ve çok kere onların malî durumlarına nüfuz eden hukuki muamelelerdir. Gayrimenkullerin takyidinde [3], kefalette [4], vasiyette [5] olduğu gibi.

[1] Daha önce bir tefrik yaparak «iradenin izharı» ile «iradenin beyanı» tâbirlerini birbirinden ayırmak ve «irade beyan» tâbirini daha dar bir mânada kullanmak ve yalnız bir hukuki muamele zamanında sarih olarak açığa vurulan iradelere hasretmek te kabildir. Ancak hukuki neticeleri itibarıyla her ikisi arasında bir fark olmadığından bu tefrik üzerinde daha fazla durmak lüzumunu burada hissetmedik.

[2] Arsebük, Borçlar Hukuku, 1 inci tabı, S. 106, 2 nci tabı, S. 230. Hirsch, No. 11.

[3] M.K. m. 704, 755, 771.

[4] B.K. m. 484.

[5] M.K. m. 478, vd.

Bunun dışında ise gerek Borçlar ve gerek Ticaret Kanunlarımız şekil serbestliği prensibini kabul etmiştir [°].

İradenin izharı onun sadece harici şekli, onu harice karşı aksettiren bir vasıttan ibarettir. Bu harice çıkışın bir hukuki muamele olabilmesi için beyanda bulunanın iradesini açığa vurmak üzere ittibaz ettiği hat-tı hareketi bilerek ve idrâk ederek yapmış olması, yani kendisinde bir de «beyan iradesi» nin bulunması lâzımdır ki, ikinci ehemmiyetli nokta da budur [°a].

2. İrade beyanlarında «sarih» ve «zımnî» tefriki.

Kanunun açık olarak şekle bağlamadığı hukuki muamelelerde gerek doktrinde ve gerek bazı kanunlarda «sarih» ve «zımnî» irade beyanı tefriki yapılmaktadır. Meselâ Borçlar Kanunumuzun birinci maddesinin ikinci fıkrasında irade beyanlarının «sarih olabileceği gibi zımnî dahi olabileceği» tasrih edilmiştir [7]. Fakat bu iki mefhum çok kere birbirine karışmakta, bunları hakkiyle yekdiğerinden ayırmağa imkân kalmamaktadır [8]. Nitekim böyle bir ayrılıktan tatbikatta hiçbir fayda elde edilmediği iddia olunduğu gibi [9] hayata daha uygun bir şekilde intibakı yolları da aranmaktadır [10]. Gerçekten iradenin bu iki tezahür şekli arasında böyle bir farkın yapılmasının tatbiki hiçbir kıymeti yoktur. Hukuk bakımından her ikisi de birdir ve aralarında hüküm itibariyle hiçbir fark yoktur [11]. Esasen böyle bir fark gözetmiş olan kanunlarda da kanun vazının bu farkı yapmaktaki maksadı, ikisi arasında hukukan hiçbir ayrılık tanımadığını göstermek içindir [12]. Sarih irade beyanını zımnî beyandan ayırmakta belki ancak beyan «vasıtaları» arasındaki farkı göstermek bakımından bir fayda bulunabilir.

[°] B.K. m. 11; T.K. m. 663.

[°a] Fazla tafsilât ve «beyan iradesi» nin «iş bitirmek iradesi» veya «muayyen neticeyi istihdaf eden irade» den olan farkı için bak: Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 nci tabı, S. 232 vd.

[7] Alman Medeni Kanununun ilk lâvihasının 72 nci maddesinde de irade beyanlarının sarih olabileceği gibi zımnî de olabileceği tasrih edilmiştir. Fakat bunun gayet tabii olduğu ve esasen irade beyanının mahiyetinde mündemîç bulunduğu ileri sürülerek bu madde haklı olarak Alman Medeni Kanununa alınmamıştır. Fakat sarih ve zımnî irade beyanı tefriki buna rağmen Almanvada da doktrinde yerleşmiş, mahkemelerin içtihatlarının da bahis mevzuu olmuştur. Bak: aşağıda dipnot 11.

[8] Bak: Schläpfer, Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht, 1937, S. 60.

[9] Oser-Schönenberger, c. V-1, m. 1 No. 65; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 1930 vd., c. IV, S. 13, No. 13; Titzze, S. 800.

[10] Von Tuhr, Isvicre Borçlar, c. I, S. 135 vd.

[11] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 89, S. 291.

[12] Titzze, S. 801.

O halde iradenin muhtelif beyan vasıtaları nelerdir? İradesini beyan etmek istiyenin onu örf ve âdete ve hayatın verdiği tecrübeler göre, alâkadar herkes tarafından anlaşılacak bir şekilde açığa vurması lâzımdır [13]. Bu da gösteriyor ki iradeyi açığa vurmak için sayısız imkânlar mevcuttur. Fakat bunların hepsinde müşterek olan bir nokta, herkes tarafından muayyen bir tarz ve mânada tefsir edilebilmeleri için beyan şekillerinin örf ve âdete, mevcut teamüllere uygun, olmaları lüzumudur!

Tarafların, bir beyanın umumi örf ve âdete göre değil, aralarında kabul ettikleri tarzda anlaşılacağını kararlaştırdıkları haller bundan müstesnadır. Şu klâsik misali alalım: şarap deposuna «kütüphane» demegi âdet edinmiş olan A, kendisinin bu huyunu ve itiyadını bilen arkadaş B'ye: «Sana kütüphanemi satıyorum, alır mısın?» diye bir icapta bulursa ve B de bunu kabul etse, bu takdirde artık kütüphane değil, fakat, umumi dilin ifade ettiği mânanın aksine olarak, şaraplar satılmış olur.

İkinci bir misal de şifre kodlarıdır: İki kimse aralarında bir şifre kodu kararlaştırır ve kelimelere asıllarından başka birer mâna verirlerse, bu takdirde kararlaştırmış oldukları mâna esas olur.

Binaenaleyh şu neticeye varıyoruz: İradeyi beyan vasıtaları sayısızdır; bunlar eveliminde tarafların-sarih veya zımni-anlaşmasına ve onların hususi münasebetlerine göre ve ancak bu hususiyetlerin mevcut olmaması halinde umumi dile ve örf âdete göre tefsir olunurlar. Bununla beraber birinci halleri, tarafların hususi anlaşmalarına göre mâna alan irade beyanlarını istisna olarak kabul etmek lâzımdır. Bu itibarla bundan sonra tetkiklerimizde onları artık nazar-ı itibara almayacağız.

a) Sarih irade beyanı. Sarih irade beyanını başa almamızın sebebi, bunların her türlü tereddüdü giderecek şekildeki vasıtalarla izhar edilmiş olmaları ve her türlü tefsir ve izahtan müstağni bulunmalarınıdır [14]. Sarih beyan vasıtası dil (= lisan) dır. Bu, söz (kelime, tâbir), yazı veya işaret gibi muhtelif şekiller alabilir. Fakat bunların hepsi sarihdir; çünkü dil kaideleri umumun malıdır, muavyen bir kelimevi herkes aynı şekilde anlar ve muavyen işaretler örf ve âdet karşısında ancak muavyen bir mânada tefsir olunabilir. Meselâ baş eğmenin tasdik

[13] Oser-Schönenberger, c. V-1, m. 1, No. 9. Enneccerus-Nipperdey, c. I, § 193.

[14] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 138, S. 52.

mobilyalı bir oda tutmak isteyen birisi ve sahibiyle şartlarda uyuşuyor, fakat katî kararını akşama kadar bildireceğini söylüyor. Bir müddet sonra, başka hiçbir söz ilâve etmeksizin ve hiçbir haber göndermeksizin eşyalarını bir hamalla yolluyor. Burada ev sahibi tarafından yapılmış olan icabın zımnen kabulü mevcuttur. İradenin bu şekilde açığa vurulmuş olması, örf ve âdete göre icabın kabul edilmiş olduğu neticesini çıkarmaya bizi sevk ediyor. Bu gibi misalleri halin icaplarına göre çoğaltmak mümkündür. Fakat prensip olarak şunu tespit etmek kâfidir: Zımni irade beyanlarına verilecek mâna örf ve âdete göre işin hususi mahiyetinden veya halin icaplarından istidlâl olunur. Binaenaleyh beyanda bulunanın bu fiil ve hareketiyle kastetmek istediği mâna değil, bilâkis, muhatabın örf ve âdete göre o fiil ve hareketten hüsn-ü niyetle çıkaracağı mâna esastır. Yani muhatap o beyanı umumca kabul olunan ve mutata mânada anlamış olursa, beyanda bulunan kimsenin kast eylediği mâna başka olsa dahi, muhatabın o beyana vermiş olduğu mânaya itibar olunur [21]. Beyanda bulunanın hattı hareketi, hayatın verdiği tecrübeler göre, hem iradenin mevcudiyetine, hem beyan şeklinin iradeye uygunluğuna karine teşkil eder.

3. Sükût.

Sarih ve zımni irade beyanlarını gözden geçirdikten sonra artık sükûtun iradeyi beyan için bir vasıta olup olmayacağı meselesine gelmiş oluyoruz. Sükût, irade beyanı olarak kabul edilebilir mi?

Filhakika insan, iradesini «beyan» eder ve bu kelimedede dar mânada alınacak olursa, bu bir hareketi, müspet bir fiili ifade eder. Sükût ise bunun tam zıddı olan bir durumu [22], yani menfiliği, mutlak hareket-sizliği gösterir. Sükût denilince ilk akla gelen de bu dur. Kaideten her hareketsizlik gibi sükût da hukukan hiçbir mâna ve hüküm ifade etmez [23]. Fakat bazan ise sükût edilmek suretiyle karşı tarafa muayyen bir maksat anlatılmak istenir, veya diğer bir ifade ile, karşı tarafta muayyen bir zan ve fikir uyandırmak niyetiyle sükût edilir. Bu takdirde ise, yani sükûtun karşı tarafa, hukuki neticeler doğuracak olan muayyen bir iradeyi izhar maksadiyle ittihaz edilmiş olması hallerinde sükût da, diğer bir şekle bürünmüş olan her hangi bir irade beyanı gibi,

[21] Hirsch, No. 2.

[22] Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 nci tabı, c. I, S. 57.

[23] Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, c. I, S. 264; Oser-Schönenberger, vs. Bak: Arsebük, 2 nci tabı, S. 58 vd.

hüküm ifade eder. İrade beyanını, bir kimsenin muayyen bir iradesinin mevcudiyetine delâlet eden fiil ve hareket olarak kabul etmiştik. Bütün gaye, her ne şekilde olursa olsun, muhataba bir şey gösterebilmek, ona bir şey anlatabilmek, onda, beyanda bulunan tarafın iradesi hususunda öyle bir tasavvur uyandırmaktır ki, muhatap örf ve âdete ve hayatta edinilen tecrübelerle göre halin icaplarından öyle bir iradenin mevcudiyetine hüküm edebilsin. Sükût da pek âlâ bu neticeyi doğurabilir. Nitekim kanun da bunu bazı hallerde sarahaten kabul etmiştir [24]. Bundan başka gerek örf ve âdet ve gerek günlük hayatımızda esas olması lâzım gelen objektif hüsn-ü niyet gözönünde tutulmak suretiyle, sükûtun irade beyanı yerine geçebileceğini edinilen tecrübeler ve birçok kararlar göstermektedir.

IV. ÜNCÜ KISIM

İRADE BEYANI OLARAK SÜKÛT

1. Sükûtun da vusulü lâzım mıdır?

Bir irade beyanının tekemmül ve hüküm ifade etmesi için hukuk bakımından kaideten «vasıl olması» lâzım geldiğine yukarıda [1] işaret etmiş [2] ve normal şartlar altında muhatap için ıttıla, onu öğrenebilmek imkânı yaratılmış olur ve hayatın verdiği tecrübelerle göre onu öğreneceği ve öğrenmesi beklenirse, o beyanın varmış sayılacağını söylemiştik [3]. Fakat mücerret sükût ile muayyen bir şahsa hitap olunabilir mi, sükût muayyen bir şahsa matuf ve müteveccih olabilir mi, yani sükût icabında bir irade beyanı olabileceğine göre, ona muayyen bir istikamet verilebilir mi? Eğer irade beyanı müspet bir fiil ve hareket olarak kabul edilecek olursa, bu takdirde sükût da bir irade beyanı olamaz. Fakat bir irade beyanını, karşı tarafa muayyen bir iradeyi izhara yarayan ve edinilen tecrübelerle ve halin icaplarına göre kaideten muayyen bir iradenin mevcudiyetine hükmetmek imkân ve fırsatını veren bir hattı hareket olarak tarif etmiştik [4]. Halbuki münferit fiil ve hareketler arasında bir ayrılık yapmağa imkân yoktur. İrade beyanı olan her fiil ve hareket de aynı

[24] Meselâ bazı akitlerin sükût ile teccidinde olduğu gibi. BK. 263, 339, TK. 668, 684 c. V-1, m. 1, No. 64; von Tuhr, İsviçre Borçlar, S. 141; Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 nci tabı, S. 58.

[1] S. 217 vd.

[2] İstisnalar için bak: yukarıda S. 217, dipnot 12.

[3] S. 218.

[4] S. 221.

şekilde fark ve müşahede olunur; her hareket bir başkasına gösterilecek ve his ettirilebilecek şekilde ittihaz ve izhar olunabilir. Binaenaleyh her ne şekilde izhar edilirse edilsin her irade beyanı - ve bunlar meyanında da sükût - muayyen bir şahsa matuf olabilir, ona hitap edebilir [5]. Binaenaleyh sükût da pek âlâ vasıl olabilir [6]. Beyanda bulunan kimsenin, hareket tarzını - burada sükûtu - karşı tarafa kendi iradesi hususunda bir fikir ve kanaat vermek maksadiyle ittihaz etmiş olması halinde bu cihet bilhassa barizdir.

2. Umumi bir cevap mecburiyeti yoktur.

Sükûtun icabında irade beyanı mahiyetini alabilmesi, onun her zaman behemehal bir irade beyanı sayılmasını icabettirmez. Filhakika kaide olarak, umumi bir cevap mecburiyeti yoktur [7]. Hiç kimse bir başkasına bir taraflı ve keyfi olarak, tevcih edeceği bir sualle onu cevap vermek gibi bir yük altına sokmak hakkını haiz değildir [8]. Beyanda bulunanın, meselâ muayyen bir müddet içinde cevap verilmediği takdirde icabının kabul edilmiş sayılacağını tasrih etmiş olması dahi bu hususta hiçbir değişiklik yapmaz [9]. Beyanda bulunan bunu yapmakla sadece kabul beyanından sarf-ı nazar etmiş olduğunu bildirmiş olur. Bu, bilhassa ismarlanmadığı halde gönderilen eşya hakkında bahis mevzuudur. Bu gibi vaziyetlerde çok kere eşya muayyen bir zamana kadar geri gönderilmediği takdirde kabul edilmiş telâkki olunacağı da ilâve edilmektedir. Bu şekilde gönderilen şeyler, bir akit yapılması için - fiili diyebileceğimiz - bir icap mahiyetindedir. Umumi bir cevap mecburiyeti olmadığı gibi ismarlanmadan gönderilen bu gibi eşyayı geri yollamak hususunda da hukuki bir mükellefiyet yoktur [10]. Bu esas Ticaret Ka-

[5] Staudinger, m. 116 vd. hakkında umumi malûmat.

[6] Bak: Scheftelowitz, Das Schweigen und seine Bedeutung im Privatrechtsverkehr, S. 19.

[7] Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 nci tabı, S. 241; Rosenwald, Stillschweigen im Handelsrecht, S. 70; Baumbach, Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, m. 362 No. 3; von Tuhr, İsviçre Borçlar, S. 141, 166.

[8] Schläpfer, S. 23.

[9] Schläpfer, S. 25; Rosenwald, S. 70; von Tuhr, İsviçre Borçlar, S. 167.

[10] Schläpfer, S. 26. Bununla beraber o eşya satılamaz veya tahrip edilemez, Gönderene, gelip almak imkânını vermiş olmak için bunların münasip bir müddet saklanması hüsnü niyet icabıdır. Şu kadar ki eşyanın muhafazasında, o kimsenin, kendi mallarına karşı göstereceğinden fazla bir dikkat ve ihtimam göstermesi beklenemez.

Alman Devlet mahkemesi, alacaklısından vadenin uzatılmasını isteyen ve red cevabı verilmediği takdirde kabul edilmiş olduğunu istidlâl edeceğini bildiren borçlunun müracaatına cevap vermeyen alacaklının bu sükûtunun da kabul sayılamayacağına karar vermiştir. Bu ve başka kararlar için bak: Ritter, Handelsgesetzbuch, Kommentar, S. 424. Vaktiyle reddedilmiş olduğu halde yeniden yapılan bir icap karşısındaki sükût da kabul sayılamaz. Bak: Alm. Devlet Mah. Kar., c. 53, S. 373; Baumbach, m. 362 No. 3.

nunumuza «icaba muhatap olan tarafın mücerret sükûtu kabul sayılmaz» şeklinde geçmiştir [11].

a) Kanuni cevap mecburiyeti. Kanunun cevap vermekle mükellef tuttuğu hukuki hâdiselerle kanuni bir cevap mecburiyeti olmıyan hukuki hâdiseleri birbirinden ayırmak lâzımdır. Birincilerde sükût her halde iradenin beyanı mahiyetini alır ve meselâ tasvip ve kabul yerine geçer. Bu hususta Borçlar Kanunumuz 6 ıncı maddesiyle umumi bir kaide koymuş ve «icaba muhatap olan tarafın mücerret sükûtunun kabul sayılmıyacağı» esasına bazı istisnalar kabul etmiştir: «İcaba dermeyan eden kimse gerek işin mahiyetinden gerek hal ve mevkiin icabından naşi sarih bir kabule intizar mecburiyetinde olmadığı takdirde, eğer icap münasip bir müddet içinde reddolunmamış ise, akte münakit olmuş nazariyle bakılır». Gerek Borçlar ve gerek Ticaret Kanunlarımızda bu umumi istisna kaidesinin birçok tatbik şekillerine [12] rastlamak mümkündür. Meselâ vaktinde gönderilen kabul haberi icabı yapana geç varır ve o kimse mülzem olmamak iddiasında bulunursa keyfiyeti derhal kabul edene bildirmeğe mecburdur; aksi takdirde sükûtu kabul yerine geçer ve akit meydana gelmiş olur [13]. Müşteri teslim aldığı malı örf ve âdete göre imkân hasıl olur olmaz muayene etmek ve satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal ihbar etmekle mükelleftir. Bunu ihmal ettiği takdirde malı kabul etmiş sayılır [14]. Vekilin, tevdi edilen işi idare hususunda resmî bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilân etmiş ise, vekâlet, vekil tarafından derhal reddedilmediği takdirde kabul edilmiş sayılır [15]. İki kimse birbirleriyle daimî ticarî münasebetlerde bulunduğu veyahut iki tacirden biri diğerine müracaatla kendi hesabına vekâleten bazı muamelelerin yapılmasını teklif etmiş olduğu hallerde, bunlardan biri diğerinden gelen icaba karşı derhal cevap vermeğe mecburdur; aksi takdirde sükûtu kabul sayılır [16] [17].

b) Bir tarafı ilzam eden akitlerde cevap mecburiyeti. Yukarıda a) altında saydığımız bütün hallerde kanun sükûtta bir irade beyanı

[11] TK. m. 668.

[12] Hirsch, No. 5.

[13] BK. m. 5; TK. m. 667.

[14] BK. m. 198.

[15] BK. m. 387.

[16] TK. m. 668.

[17] Başka misaller: BK. m. 220; TK. m. 710, 711 ve bilhassa umummi olarak BK. m. 6. Akitlerin sükût ile tevdit ve temdidi halleri için bak: Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 nci tabı, S. 58. vd.

mahiyeti görmüş ve sükûtun kabul yerine geçeceğine dair katî ve hilâfının ispatı caiz ve kabil olmayan bir karine vazetmiştir [18]. Fakat sükûtun kabul yerine geçebileceği halleri kanunun sarîh olarak tespit etmiş olduğu hukukî hâdiselere hasretmek doğru olmaz. Muhataba sadece menfaat temin edecek olan bir akit için yapılan ve muhatabın reddetmesi için objektif olarak makul hiçbir sebep bulunmayan bir icap karşısında muhatabın sükût etmesini de kabul saymak lâzım gelir. Yalnız bir tarafı ilzam eden ve muhatabın lehine olarak vücut bulacak olan akitlerde bu, umumi olarak kabul edilmiş bir prensiptir [19]. Meselâ hibe, kefalet v.s. akitlerde olduğu gibi. Bütün bu akitlerde gerek işin hususî mahiyetine gerek hal ve mevkiin icabına göre muhatabın sarîh bir kabulünü beklemeğe ihtiyaç olmadığı hayatta edinilen tecrübelerden anlaşılmaktadır.

c) Hüsni niyet icabı cevap mecburiyeti. Kanunî bir cevap mecburiyeti olmamakla beraber objektif hüsni niyet icabı olarak cevap mükellefiyetinin doğduğu haller de hayatta pek çoktur, ve bu mükellefiyet yerine getirilmediği takdirde icapta bulunan taraf muhatabın bu hareketinden, - yani sükûtundan - muayyen neticeler çıkarmak hakkını elde eder. Çünkü bu sükût da icapta bulunana muayyen bir iradeyi bildiren bir hattı hareket olur ve bunun için de o kimsenin bilerek ve isteyerek sükût etmiş olup olmadığına bakılmaz. Bunun ehemmiyeti ticaret hayatında bilhassa fazladır. Filhakika burada da umumi bir cevap mecburiyeti yoktur [20]. Fakat her yerden ziyade ticarî alışverişler emniyet ve itimat üzerine kurulmuştur; tacirlerden muamelelerinde beklenen basiret ve alâka alelâde vatandaşlarınkinden fazladır. Karşılıklı güven, karşılıklı olarak hüsni niyet esaslarına uymağı, kendisinin olduğu kadar karşı tarafın menfaatlerini de gözönünde tutmağı icabettirir. Medenî Kanunumuzun 2 inci maddesinin koyduğu «herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifade hüsni niyet kaidelerine riayetle mükelleftir» prensibi yalnız dar mânada medenî hukuk sahasına değil, bütün hukukî hayatımıza hâkim olan bir kaidedir. Ve hususiyle ticaret hukukunda tatbik sahasını bulur. Bir icap karşısında sükûtun kabul yerine geçip geçmeyeceği de bu hukuk umdesine göre tâyin olunur. Kanunî bir mecburiyet olmamasına rağmen örf ve âdet ve bilhassa hüsni niyetin cevap vermekle mükellef kıldıkları bir vaziyette sükût kabul yerine geçebilir [21]. Bu, bilhassa başkasına zarar vermesi imkânı olan hallerde

[18] Schläpfer, S. 30.

[19] Oser-Schönenberger, c. V-1, m. 6, No. 5; von Tuhr, İsviçre Borçlar, c. I, S. 167.

[20] Baumbach, m. 346, No. 5, S. 406; Rosenwald, S. 32, 70. Bak: S. 44 dipnot 7.

[21] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 54, S. 181.

bahis mevzuudur [22]. Hüsn-ü niyet icabı olarak cevap mükellefiyetinin mevcut olup olmadığı her hâdisede halin icaplarına ve hususi şartlarına göre tâyin olunur. Sükûtun, örf ve âdet neticesi olarak mantıkan kabul ve tasvip sayılacağı bütün hallerde behemhal cevap lâzımdır [23]. İcapta bulunan tarafı kendi aleyhine neticeler verebilecek tedbirler almağa sevk etmek veya bir başkasının arkasında spekülâsiyon yapmak maksadıyle sükût etmek hüsn-ü niyet esaslarına mugayir olacağından caiz de değildir [24] ve böyle bir vaziyette muhatabın sükûtu iradenin beyanı mahiyetinde telâkki olunarak icap da kabul edilmiş sayılır [25].

V. İNCİ KISIM

NETİCE

Sükûtun tarihçesini kısaca gözden geçirdikten sonra aktin unsurlarını teşkil eden irade beyanları üzerinde durduk ve nihayet irade beyanı olarak sükûtü tetkik ve tahlil ederek sükûtun da bir irade beyanı olabileceğini gördük. Bütün bu tetkiklerimizi şöylece hulâsa edebiliriz:

Umumi bir cevap mecburiyeti yoktur. Mücerret sükût hukukan hiçbir mâna ve hüküm ifade etmez. Fakat bazan ise sükût da bir irade beyanı mahiyetini alabilir ve diğer her hangi bir irade beyanı gibi hüküm ifade eder.

Sükûtun hukukan irade beyanı sayılarak hüküm ifade ettiği halleri esas itibarıyla şu üç şıkta tolihyabiliriz:

- 1 — Kanuni bir cevap mecburiyeti bulunan ve sükûta kanun tarafından hukuki bir netice izafe olunan haller.
- 2 — Yalnız bir tarafı ilzam edip diğer tarafa münhasıran menfaat temin eden akitler.
- 3 — Hüsn-ü niyet icabı olarak cevap vermek mecburiyeti bulunan haller.

Birinci ve ikinci şıklardaki haller az çok sarih ve muayyen olup anlaşılmaları nisbeten kolay olan hallerdir. Objektif hüsn-ü niyet icabı

[22] Arsebük, Borçlar Hukuku, 22 nci tabı, S. 60.

[23] Alm. Devlet Mah. Kar., c. 91, S. 346; Ritter, S. 424.

[24] Bu husustaki içtihatlar için bak: Ritter, S. 424.

[25] Tacir A, B'ye, kendisine B'nin imzasını taşıyan bir poliçenin cito edilmiş olduğunu bildirerek poliçeyi vâdesinde her halde ödemesini rica eder, fakat B'nin poliçedeki imzası da taklit edilmiş bulunursa, B artık örf ve âdete göre ve hüsnü niyet icabı olarak sükût edemez; ederse vadesinde poliçeyi ödemekle mükellef kalır (Alm. Devlet Mahkemesinin bu kararı için bak: Ritter, S. 424; Baumbach S. 406.)

olarak sükûta irade beyanı mahiyet ve kuvveti izafe olunan halleri takdir etmek ise her zaman kolay değildir. Bunun için örf ve âdeti de gözönünde tutarak her hâdise üzerinde ayrı ayrı durmak ve halin icaplarına göre bir hüküm vermek lâzımdır.

Sükût iradenin izharı şekillerinden biri olarak kabul edildiğine göre irade beyanları hakkındaki hükümlerin sükût hakkında da tatbiki icabeder. Binaenaleyh irade fesadı hakkındaki esaslar gibi, irade beyanlarına müteallik hükümler kaideten sükût şeklinde tecelli eden iradelere dahi cari olur [1].

[1] Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 nci tabı, S. 60.

KISALTMALAR

Alm. Devlet Mah. Kar.

B.K.

c.

C.K.

C.U.K.

f.k.

H.U.K.

K.

m.

M.K.

S.

T.K.

vd.

Alman Devlet Mahkemesi Kararları

Borçlar Kanunu

Cilt

Ceza Kanunu

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Fıkra

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu

Kanun

Madde

Medeni Kanun

Sahife

Ticaret Kanunu

ve devamı, müteakip