

## İSVİÇRE - TÜRK HUKUKUNDA İRRADE FESATLARI KARŞISINDA HÂKİMİN ROLÜ

Doç. Dr. Bilge Umar

### I. Problemin ortaya konması :

İrade fesatlarının varlığı konusunda isbat yükünün mağdura (1) düştüğü (2) tereddütsüz olmakla beraber (3), bu vakıa — yâni, hukukî muamelenin bir irade fesadı ile sakatlanmış olduğu vakıası — karşısında hâkimin rolü mes'elesi görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Bu konuda doktrinin büyük çoğunluğunun benimseydiği fikre göre, hâkim, isteme mesned ittihaz edilen hukukî muamelenin bir irade fesadı sebebiyle sakatlanmış olduğuna usulü dâiresinde muttali bulunsa bile, mağdur bu vakıa dolayısıyla hâiz olduğu iptal hakkını kullanmadıkça, irade fesadı vakıası re'sen nazara alınmaz; başka bir deyişle, irade fesadının re'sen nazara alınması ancak ve ancak, mağdurun buna istinad ve bunu dermeyan etmesi hâlinde mümkündür. Buna karşılık, ikinci görüş aksi çözümlü benimser ve hâkimin, usulü dâiresinde öğrendiği irade fesadını, bu vakıa mağdur tarafından dermeyan edilmemiş olsa dahi, re'sen nazara alabileceğini savunur. İşte bu iki görüşün değerlendirilmesi, bu incelememizin konusunu teşkil edecektir.

---

(1) İradesi fesada uğramış tarafa kısaca «mağdur» diyeceğim.

(2) Ve onun hasmının, hukukî muamelenin irade fesadından arî olduğunu isbat ihtiyacında bulunmadığı. Bu anlamda: III. HD 7.1.1952, E: 5 K: 154 (TİK 1953 c. I, s. 74). Karş. ileride dn. 39.

(3) Yukarıda dn. 2 de anılan karardan başka Tic. D. 7.10.1958, E: 1041 K: 2322 (İstBD 1959 s. 104) ve HGK 8.10.1952, E: 1/2 K: 124 (Ömerbaş/Çetintaş, c. I s. 174).

## II. Çoğunluğun görüşü :

Bugün hemen hemen ittifakla kabul edilen birinci görüşü ilk defa savunan, tesbit edebildiğime göre, 1895 yılında yayınlanan bir makalesi ile, *von Tuhr*'dur (4). Müellif anılan makalesinde, «hattâ mağdur mahkemede hile vakıasına istinad etmiş bulunup da hileyi isbat edemese fakat hâkim olayda hile olmasa bile bir hatânın varlığı hususunda kanaat tesis edebilmiş bulunsa dahi, fikrimce, hatâ sebebine istinad etmek mümkün olduğu halde buna istinad edilmemiş olması karşısında, hâkim hatâ vakıasını nazarı itibara alamaz» diyecek kadar ileri gitmektedir (5).

*Von Tuhr*'un, İsviçre BK nun umumî kısmı hakkında yazdığı eserinde şu satırları görüyoruz:

«... İki hâl arasında Usul bakımından mühim bir fark vardır: ehliyetsizlik hakkın doğumuna mâni olan ve hâkimin muttali olmasından itibaren re'sen nazara alması lâzım gelen bir keyfiyettir; buna mukabil hâkim, irade fesadını ancak mağdur — yâni hatâ, hile veya ikraha uğrayan — tarafın bunu dermeyan etmesi üzerine nazaran alacak (6) ve bu tarafın, kendi beyanının (7) muteberiyet veya ademi muteberiyetine müteallik kararını ikmal edemeyecektir. Kanunda tasrih edilmeyen fakat bilâ itiraz kabul edilen bu kaide (8) aşağıki mülâhazalara istinad eder: bir irade fesadının ehemmiyet derecesi doğru olarak ancak, iradesi fesada uğrayan kimse tarafından takdir edilebilir; sâniyen, mağdur hususî sebeplerle veya hâl icaplarının değişmesinden dolayı akdin hükümlerini tevliid etmesini tercih edebilir; nihayet, irade fesadına dâhar olan tarafın

(4) ZSR 39 NF 17 de yayınlanmış «Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht» adlı makale, s. 47 - 49.

(5) Aynı makale, s. 49 dn. 1.

(6) Bu ibârelere bakılarak *von Tuhr*'un, ehliyetsizlik vakıasının bir itiraz temeli teşkil ettiğini teslim etmesine karşılık irade fesadı vakıasını teknik anlamda bir defa temeli saydığı zannına düşülebilir; halbuki müellif gerçekte, irade fesadının dahi bir itiraz temeli teşkil ettiğini kabullenmekte, ancak mağdurun dâvaya muhatab olduğu halde iptal hakkını kullanmamasını zımnî icazet (daha doğrusu, farazî icazet) saydığından buna uygun çözümlere varmaktadır. Bkz. ileride dn. 18 ve 31.

(7) Yâni, irade fesadı ile sakatlanmış hukukî muameleye vücut veren irade beyanının.

(8) *Von Tuhr* burada *Oser* ve *Becker*'e atıf yapmaktadır; fakat ne-dense kendi makalesine atıf yoktur.

iradesi hilâfına olarak 26 ncı maddenin derpiş ettiği tazmin mükel-  
lefiyeti kendi uhdesine tahmil olunamaz» (9). Müellif aynı görüşü,  
gabin konusundaki izahları sırasında da tekrar etmektedir: «hâkim  
akdin ilzamî olmayan mâhiyetini re'sen nazara alamaz. Ancak mağ-  
dur akdi muteber saymadığını beyan ettiği takdirdedir ki bu mes'e-  
leyi tetkik edebilecektir» (10).

Aynı çözümü sonuç olarak benimseyen müelliflerin büyük ço-  
ğunluğu ise, *von Tuhr*'un — teferruatın ileride daha ziyade inece-  
ğimiz — fikri aksine, irade fesadının varlığı vakiasını *teknik an-  
lamda bir defî temeli* saymaktadırlar (11). Yalnız *Oser/Schönenber-  
ger*, bu vakianın bir defî temeli mi, bir itiraz temeli mi teşkil etti-  
ğini hiç münakaşa etmeksizin ve *Von Tuhr*'un gerekçesine (12) da-  
hi dayanmaksızın, başka bir gerekçe ile (13), aynı çözüme katıl-  
maktadırlar (14).

III. *İrade fesatlarına ilişkin hukuk normları ve bunların norm-  
lar tasnifi içindeki yerinin tâyininden çıkan pratik sonuçlar :*

1. — İsviçre/Türk hukukunun irade fesatları konusundaki birin-  
ci normu şudur: irade fesadı altında yapılan hukukî muamele mağ-  
duru *bağlamaz*.

Hukukumuzun, Alman hukukundaki çözümün aksini benimse-

(9) *von Tuhr*, § 39 I (Edege terc., s. 321-322). *Von Tuhr*'un bu görüş-  
lerine, *Gönensay* (s. 115), *Arsebük* (s. 442) ve *Tunçemağ* (s. 224) da iltihak  
etmişlerdir.

(10) *von Tuhr*, § 40 II (Edege terc., s. 332). *Sungur* s. 36 da aynı gö-  
rüştedir.

(11) Ezcümle *Becker*, m. 31 No. 9; *Funk*, m. 31 No. 1 sonu; *Henrici*,  
s. 162 - 163; *Aerni*, s. 51; *Guhl*, s. 71; *Göktürk*, s. 151; *Scheider/Fick*, m.  
31 No. 20; *Rossel*, s. 72 de No. 84; *Oğuzman*, s. 14 dn. 31; *Evlîya*, s. 109. Fe-  
deral Mahkeme de 28 Haziran 1933 tarihli kararında (BGE 59 II 236 ve  
sonrakiler, bilhassa s. 240 da gerekçe No. 3), «kasdî hile *def'i*» sözünü kul-  
lanmıştır.

(12) Bkz. yukarıda dn. 6 ve ileride dn. 31.

(12) Bkz. ileride dn. 15.

(14) *von Büren* ve *Saymen/Elbir* bu konuda açık degillerdir. Gerçi  
*von Büren*, § 4 A IV 4 a (s. 223 - 224) de, «akdin in'ikadı sırasında mevcut  
bulunan irade fesadına istinad edip etmemek mağdurun iradesine bira-  
kılmıştır»; *Saymen/Elbir* de (c. I s. 278 - 279) «hâkim de re'sen akdi bo-  
zamaz» demekte iseler de, hâkimin iptal hakkını mağdur yerine kullana-  
mayacağı hususunda zaten ittifak vardır (bkz. ileride dn. 36) ve bu hu-  
susun belirtilmesi görüşlerden herhangi birinin benimsendiğini göster-  
mez.

yen (15) bu büyük prensibi her ne kadar BK m. 23, 28 ve 29 da sâ-dece hatâ, hile ve ikrah için ifade edilmiş olup BK m. 21 gabin bakımından böyle bir açıklık göstermiyorsa da, kanunun m. 21 deki sükûtunun hiç önemi yoktur (16).

Bu norm, mağdurun hasmının irade fesadı ile sakatlanmış hukukî muameleye dayanarak bir istem öne sürmesi hâlinde, bir «hakkın doğumunu engelleyen norm» (eine rechtshindernde Norm) fonksiyonuna sâhiptir (17). Şu halde, bu normun da, hakkın doğumunu engelleyen bütün normlar gibi, bir *itiraz* temeli teşkil ettiğini (18) ve bunun sonucu olarak da, hâkimin irade fesadı vakiasını usulü dâiresinde öğrendiği takdirde bu vakıayı re'sen nazara alarak istemi reddetmesi gerektiğini kabul icab eder (19).

(15) Alman hukukunda hukukî muamele irade fesadına rağmen mağduru dahi bağlar; fakat mağdur belli süre içinde iptal hakkını kullanmakla hukukî muameleyi baştan itibaren hükümsüz hâle getirebilir. **Oser/Schönenberger** bu sistemin şiddetle etkisi altında kalarak, m. 31 No. 7 de (**Seçkin** terc., s. 251) şu satırları yazmışlardır: «... tarafların iradesindeki, işlerin tabii akışını... halele uğratan bozukluk kaide olarak dış dünyada gözükmez... ve bundan dolaydır ki **irade bozukluğuna rağmen bağı-tın meydana geldiğini tabii hal saymak** ve aksini kabul için bu mânada açık bir irade açığa vurması (izhârı) aramak uygun bulunmuştur.» Müellifler, irade fesadı vakiasını hâkimin re'sen nazara alamıyacağı yolundaki görüşlerini açıkça bu düşünceye dayandırmaktadırlar (m. 31 No. 8, **Seçkin** terc., s. 251): «Bu söylediklerimizden, aynı zamanda, irade bozukluğunun kendiliğinden (re'sen) yargıç tarafından göze alınmayacağı anlaşılır».

(16) **von Tuhr**, § 4- II (**Edege** terc., s. 332).

(17) **Üstündağ**, § 2 dn. 89 (s. 55) bu hususu açıkça ifade etmiştir.

(18) **von Tuhr** dahi bunu belirtmektedir (§ 39 dn. 55, **Edege** terc., s. 330): «akit 28 ve 29 uncu maddelere göre lüzum ifade etmez; binaenaleyh BK sisteminde (exceptio doli vel metus: hile ve ikrah def'i) değil, **bir itiraz** bahis mevzuudur». Keza § 96 V 1 (**Edege** terc., s. 931) de ve § 99 VI 1 ve orada dn. 79 da (**Edege** terc., s. 963) irade fesadının, hakkın doğumuna engel olan bir vakıa ve binaenaleyh bir itiraz temeli olduğu ifade edilmiştir. Nihayet **von Tuhr** (§ 96 III, **Edege** terc., s. 926-927), alacağın temlik edildiği kimseye karşı borçlunun «temlik muamelesinde temlik eden irade fesadına dâçar olmuştur» yollu bir savunma ileri sürmek hakkını yerinde olarak tanımaktadır ki bu dahi irade fesadının bir def'i temeli değil, bir itiraz temeli teşkil ettiğini gösterir (fakat müellif, borçlunun, temlik edenin temlik akdinde gabine dâçar olduğunu dermeyan etmesine cevaz vermektedir; fikrimce bu ayırımı izah etmek güçtür).

(19) **von Tuhr**'un, irade fesadının bir itiraz temeli teşkil ettiğini teslim etmekle beraber bunun hâkim tarafından re'sen nazara alınmasına engel olarak gösterdiği gerekçeyi ileride IV 1 de inceleyeceğiz.

2. — İrade fesatları konusunda ikinci norm, gabin için BK m. 21'de ve diğer irade fesatları için BK m. 31 de ifade edilmiştir: belli hak düşüren süre geçtikten sonra mağdur, kanunî bir fiksiyon icâbı, hukukî muameleye icazet vermiş sayılır.

Bu ikinci norm, yukarıdaki birinci normun öngördüğü sonucu, yâni hakkın doğumunun engellenmesini, düşüren bir normdur (eine Hinderungsvernichtungende Norm). Bu yüzden o, mağdurun hasmına bir karşı - itiraz imkânı verir ve hâkim, bu normun unsur - vakiasının gerçekleştiğini) usulü dâiresinde öğrenmişse, bunu re'sen nazara alarak mağdurun irade fesadına dayanan savunmasını reddeder (20). Fakat dikkat etmek gerekir ki, hâkimin BK m. 21 ve m. 31 deki sürenin geçtiğini usulü dâiresinde öğrenmiş olması için, bu sürenin işlemeğe başladığı mebde (meselâ, mağdurun ikrahtan kurtulduğu târih) dahi usulü dâiresinde onun bilgisine varmış olmalıdır. Târih konusunda isbatsızlığın riskini, yâni isbat yükünü, genel kaideye uygun olarak, mağdurun hasmı taşır (21).

Keza, mağdurun daha süre dolmamışken hukukî muameleye açıkça veya zımnen icazet vermiş olması da ,hukukî muamelenin mağduru bağlamamak vasfını kaldırır; bu norm dahi, farazî icazetin aynı sonucu doğuracağını belirten norm gibi, hakkın doğumuna çıkan engeli düşüren bir normdur. Bu yüzden ve aynı gerekçelerle, açık veya zımnî icazet mağdurun hasmı lehine bir karşı - itiraz temeli teşkil eder ve bu vakıaların gerçekleştiğini hâkim re'sen nazara alacaktır.

3. — Mağdurun iptal hakkını süresi içinde kullanması ile, «hukukî muamelenin muteber hâle gelmesine mâni olan bir beyan» (22) yapılmış olur; daha doğrusu, irade fesadı sebebiyle mağduru ilzam etmeyen hukukî muamelenin, belli sürenin geçmesi üzerine farazî

(20) **Evliya** (s. 109), BK m. 31 deki sürenin geçirilmiş olduğunu hâkimin re'sen nazara alamıyacağını; bu hususun, mağdurun hasmı tarafından **defi olarak** ileri sürülmesi gerektiğini söylüyorsa da bu görüş yanlıştır ve bu yanlışlık, müellifin aynı görüşte olduğunu söylediği ve atıf yaptığı bir Federal Mahkeme kararının (aşağıda dn. 21 deki karar) tamamen yanlış anlaşılmasından doğmuştur.

(21) Bu hususlar Federal Mahkemenin 29 Haziran 1933 tarihli kararında doğru olarak belirtilmiştir (**BGE** 59 II 236 ve sonrakiler, özellikle s. 239-240 da gerekçe No. 2. Kararın **JdT** 1933 I 578 deki Fransızca tercümesinde hiçbir yanlışlık olmadığı halde, yukarıda dn. 20 de işaret ettiğimiz gibi, **Evliya** bu kararı yanlış anlamıştır).

(22) **von Tuhr**, § 39 dn. 15 (**Edege** terc., s. 323).

icazet görmüş olması ve mağduru dahi ilzam eder hâle gelmesi engellenir. Demek ki bu, yukarıda No. 2 de incelediğimiz norma nispetle «engelleyici» bir normdur. Bu engelleyici normun unsuru, yâni iptal hakkının süre içinde kullanılması, mahkeme içinde veya dışında gerçekleşebilir:

a) İptal hakkı dâva dışında kullanılmışsa, bu vakıa (iptal hakkının kullanılması) mağdura bir itiraz imkânı (23) sağlar (24). İrade fesadı sebebiyle iptal hakkının mahkeme dışında kullanılmış olduğuna dayanan savunmanın bir defa değil, bir *itiraz* teşkil ettiği bizzat *von Tuhr* tarafından dahi kabul edilmiştir (25).

b) Mağdur, iptal hakkını dâva içinde kullanabilir (26). Normal olan, iptal beyanının cevap lâyihasında yer almasıdır. Fakat fikrimce dâvalı mağdurun cevap lâyihasında, iptal hakkını kullanmaksızın, sırf irade fesadı vakıasına istinad ederek yâni bir itiraz ileri sürerek (bkz. yukarıda No. 1) dâvanın reddini istemesi câizdir ve mağdur, BK 21 veya 31 deki sürenin içinde iken (27) iptal hakkını bir an önce yahut belli bir mehil içinde kullanmağa zorlanamaz. Bu mes'elenin maddî hukuk yönünü birazdan münakaşa edeceğiz (28). İşin usulî cephesine gelince: irade fesadının, dâva dilekçesine cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülmesi, Neuchâtel/Türk Medenî Usul Hukukunda şüphesiz savunmanın genişletilmesini teşkil eder ve CPCN 177/HUMK 202 hükmüne tâbi olur; yâni,

(23) Maamafih mes'ele daha ince bir tahlile tâbi tutulursa, bu vakıanın mağdura bir «hasmın karşı - itirazına itiraz» imkânı verdiği ve bunun düplikte (bkz. HUMK m. 210) dahi dermeyan edilebileceği görülür.

(24) Bu vakıanın hangi usul kesiti içinde dermeyanı gerektiği mes'alesi bu incelemenin dışındadır. Bu konuda *Üstündağ'a* bkz.

(25) *von Tuhr*, § 39 dn. 15 (Edege terc., s. 323).

(26) Hasım buna karşı BK m. 21 veya m. 31 deki sürenin geçirilmiş olduğu iddiasında bulunsa, mağdurun savunma temelini inkâr etmiş olmaz; tersine, bir karşı - itirazda bulunmuş olur. Çünkü sürenin geçirilmiş olması, muameleye kanunî fiksiyon icabı icazet verilmesi sonucunu doğurur (BK m. 31); bu sonuç mağdurun hasmının lehine olduğundan, süreye uyulmadığı yâni sürenin geçtiği konusunda isbat yükünü o taşır (bkz. yukarıda dn. 21); çünkü sürenin geçtiği isbat edilmedikçe farazî icazetin varlığı meşkûk kalmış demektir.

(27) Bu süre, dâvanın ikamesi tarihinde, meselâ mağdur ikrahın etkisinden kurtulmuş olmadığı için, henüz başlamamış dahi olabilir.

(28) Bkz. IV 1.

böyle bir savunma, hasım açıkça yahut tevsi itirazını öne sürmemek suretiyle zimnen muvafakat etmedikçe, veya ıslah yoluna başvurulmadıkça, nazara alınamaz. Hal böyle olmakla beraber iptal hakkının maddî hukuk yönünden muteber olarak kullanılmış bulunduğu tereddütsüzdür.

Mağdur, maddî hukukun gerekli gördüğü süre içinde iptal beyanında bulunmuş olmakla beraber bunu dâvada cevap süresi içinde belirtmemişse veya iptal hakkını maddî hukukun gerekli gördüğü süre içinde, fakat usul hukukunun tanıdığı cevap süresini geçirdikten sonra dâvada kullanmış olup da hasmın tevsi itirazı ile karşılaştığı için bu beyan dâvada işe yaramamışsa, acaba mağdur tarafından bu vakıya (iptal hakkının maddî hukuk bakımından muteber yolda kullanılması vakıasına) dayanılarak ikinci bir dâva açılabilir ve birinci dâvadaki mahkûmiyet hükmü böylece bertaraf edilebilecek midir? Mes'eleyi ileride inceliyeceğim (29).

c) Mağdur ilk dâvada irade fesadını hiç dermeyan etmemiş, hattâ dâvayı gıyaba bırakmış ve sonuçta kaybetmiş olabilir. Bu faraziyede iptal hakkının, maddî hukuktaki süreye uymak şartı ile, muteber olarak kullanılabilip kullanılamayacağını ve kullanılabilirse, kesin hüküm karşısında, bunun faydası olup olmadığını keza ileride inceliyorum.

#### IV. Çoğunluk tarafından benimsenen görüşün tenkidi :

Şimdi, benimsediğimiz sistem ile çoğunluğun görüşünü karşılaştıralım ve özellikle, bu görüşün gerekçelerini münakaşa edelim:

1. — İrade fesadının varlığının, hukukî muamelenin mağduru bağlamasına *engel olan* bir vakıa vasfı taşıdığı kanunun açık metninden anlaşılmaktadır. Nitekim *von Tuhr* dahi bunu böyle kabul lenmekte (30), fakat bu tavsifin normal sonucunu, yâni irade fesadının bir itiraz temeli teşkil etmesi dolayısıyla hâkim tarafından re'sen nazara alınması gerekliliğini reddederken, sâdece ve sâdece, bir icazet faraziyesine dayanmaktadır: ona göre, «31 inci maddece hatâ, hile veya ikraha dûçar olan tarafa verilen düşünme müddeti,

(29) Bkz. V 1.

(30) Bkz. yukarıda dn. 18.

kendisi aleyhinde bir dâva açılmasile kısaltılmıştır» (31). Yâni mağdur, dâvaya muhatab oldukça, BK m. 21 veya m. 31 deki süre henüz dolmasa bile, iptal hakkını kullanmadığı takdirde, hukukî muameleye icazet vermiş sayılacaktır.

Fikrimce bu görüş doğru değildir. Gerçekten, dâva ikamesi hâlinde sürenin kısalacağı — ve bunun zarurî sonucu olarak, dâvayı gıyaba bırakan mağdurun hukukî muameleye icazet vermiş sayılacağı (32) — fikrinin kanunda en küçük bir mesnedi yoktur. O kadar ki, mağdur iptal hakkını kullanmaksızın süre geçip gitmekte iken diğer tarafın mağdura mehil tâyin edebileceği ve bu mehil içinde iptal hakkı kullanılmazsa mağdurun hukukî muameleye icazet vermiş sayılacağı yolunda *Becker*'de rastlanan fikir, bizzat *von Tuhr* (33) ve *Oser/Schönenberger* (34) tarafından reddedilmiştir. Mağdura mehil tâyinine hakkı olmayan diğer tarafın, sırf dâva açmakla mağduru cevap süresi içinde iptal hakkını kullanmaya mecbur bırakabileceğinin kabul edilmesi açık bir çelişme teşkil eder.

2. — Dâva açılması ile sürenin kısalacağı ve cevap süresi içinde iptal hakkını kullanmayan mağdurun hukukî muameleye icazet vermiş sayılacağı yolundaki fikir kabul edilmeyince, bir itiraz temeli teşkil eden irade fesadı vakiasının hâkim tarafından re'sen nazara alınamayacağı görüşünün de reddi zarurî olur. Bu görüşü, «irade fesadı vakiası *teknik anlamda bir defi* temeli teşkil eder» gerekçesi ile ayakta tutmağa fikrimce imkân bulunmaz. Çünkü *defi*, «dâvalının *borçlu bulunduğu* edayı hususî bir sebebe istinaden yerine getirmekten imtina eylesine müsaade eden bir haktır» (35). Halbuki İsviçre/Türk sisteminde mağdur, Alman sisteminin aksine olarak, hukukî muamele ile *mülzem olmadığına* göre, hukukî muameleye açık yahut zımnî veya süreyi geçirerek farazî ica-

(31) *von Tuhr*, § 39 II (Edege terc., s. 322). Çoğunluk irade fesadı vakiasını teknik anlamda bir defi temeli saymakta ise de (bkz. yukarıda dn. 11), bu görüşü dahi, ileride No. 2 de belirteceğim sebeple, doğru bulmuyorum.

(32) *von Tuhr*, § 39 dn. 14 (Edege terc., s. 322).

(33) *von Tuhr*, § 39 dn. 25 (Edege terc., s. 324); keza *Funk* m. 31 No. 5.

(34) *Oser/Schönenberger*, m. 31 No. 19 (Seçkin terc., s. 254). Dikkate değer ki bu müellifler burada, sürenin kısaltılması imkânsızlığını belirtirken, «iradesinde bozukluk olmayan taraf, diğer tarafa verilmiş bulunan bu sürenin kısaltılması için hiçbir imkâna mâlik değildir» demektedirler.

(35) *von Tuhr*, § 3 IV (Edege terc., s. 26).



zet verilmiş olmadıkça, mağdur borç altında değildir ki borcunun ifasından imtina için bir defa hakkına ihtiyacı bulunsun.

3 — *Von Tuhr*, kendi görüşünün kabulünü gerektirir saydığı bazı «gayeye uygunluk mülâhazaları» (Zweckmaessigkeitsgründe) öne sürmektedir; bunları yukarıda aynen nakletmiştik. Bu mülâhazalara benim doğru gördüğüm sistem çerçevesinde de uyulmuş olmaktadır. Şöyle ki:

a) *Von Tuhr*, irade fesadına istinad edip etmemek konusunda kararın mağdura bırakılması gerekliliğini belirtmişti. Benim doğru gördüğüm sistemde hâkim, usulü dâiresinde öğrendiği irade fesadını nazara alıp, fesatla sakatlanmış hukukî muameleye dayanan ve binaenaleyh icazet verilmedikçe dâva temelinden mahrum olan istemi reddedecek ise de bu, hâkimin mağdur yerine geçip iptal hakkını kullanması demek değildir (36). Zira, benimsediğim görüşe nazaran, *hâkimin dâvayı reddetmesi ne mağdurun süre içinde iptal hakkını kullanması lüzumunu ortadan kaldırır ve ne hukukî muameleye mağdurun sonradan açıkça veya zimnen yahut süreyi geçirerek icazet vermesi hâlinde hasmın yeni bir dâva açmasına engel olur*. Gerçekten, kesin hüküm prensipleri, yeni bir vakıanın ilâvesi suretiyle, evvelce bu vakıa mevcut bulunmadığı için eksikliğinden dolayı dâvanın reddine sebep olmuş dâva temelinin tamamlanmasına ve buna istinaden yeni bir dâva açılmasına engel değildir (37). Böylece ikinci bir dâva açılmasının gerekeceği doğrudur; fakat sırf bu durum, *de lege lata*, mağdurun iptal hakkını ilk dâvada kullanmaya zorlanması yâni *von Tuhr*'un sisteminin kabulü için bir sebep teşkil edemez.

b) Benimsediğim sistemde hâkimin mağdur yerine iptal hakkını kullanması söz konusu olmadığı cihetle, mağdur kendi iradesi hilâfına olarak BK m. 26 daki tazminat mükellefiyeti altına konmuş da olmayacaktır.

c) Burada *Aerni*'nin bir görüşü üzerinde de durmak gerekir. Bu müellife göre (38), «keza isbat yükünün paylaşılması mes'e-

(36) Bkz. yukarıda dn. 14..

(37) Kesin hükmün «Prâklusion: bertaraf etme» etkisi üzerinde ileride ayrıca duracağım (bkz. 1 b).

(38) *Aerni*, s. 51 sonu. Bu müellif, naklettiğim ifadesinden de anlaşıldığı gibi, «irade fesadı vakıasını hâkim re'sen nazara alamaz» çözümünü-

lesi dolayısıyla de İtimad Nazariyesini İrade Nazariyesine tercih etmek gerekir. İrade Nazariyesine göre bir irade fesadının varlığı akdin teşekkülünü engeller. Binaenaleyh hataya düşen vs. kimsenin hasmı, hiçbir irade fesadının bulunmadığını, bu yüzden de akdin muteberiyetine hiçbir engel olmadığını isbat etmeli idi. Halbuki bu hususu isbat imkânsızdır».

Müellifin bu gerekçesi yanlıştır; çünkü belli bir istem öne süren tarafın, o istemine hak veren hukuk normunun unsur vakıalarının gerçekleştiğini isbat etmesi yeter; bu kimsenin ayrıca, söylenen normun hukukî sonuç doğurmasını engelleyecek diğer normların unsur vakıalarının hâdisede gerçekleşmediğini isbat etmesi — daha sâde bir deyişle, hakkını engelleyebilecek vakıaların yokluğunu isbat etmesi — *asla* gerekmez (39). Bu sebeple, Aerni'nin «irade fesadı hak engelleyen bir vakıadır» esasının — ki İsviçre hukuku da, Aerni'nin zannı aksine, bu esası benimsemiştir —, (39a) kabulü hâlinde ortaya çıkacağını söylediği mahzur tamamıyla hayalîdir.

#### V. Özel problemler :

1. — İrade fesadı dâva esnasında dermeyan edilmemiş ise, mağdurun mahkûmiyetine dâir verilen hüküm, irade fesadının sonradan dermeyanına, daha doğrusu iptal hakkının sonradan kullanılmasına engel olabilecek midir? Önce bu mes'eleyi inceleyelim.

a) Eğer mağdur, dâva sırasında hatâ veya hileye vâkıf değil idiyse yahut korkunun tesirinden kurtulmamışsa, iptal hakkının

---

nü itimad nazariyesinin ve aksi çözümü de irade nazariyesinin zarurî sonucu saymaktadır. Halbuki incelediğimiz mes'ele ile, sözü edilen iki teori arasında bir bağ yoktur. Bu teoriler, irade beyanının hukukî sonuç doğurması için beyan sahibinin gerçek (iç) iradesine ne nisbette değer verileceği konusuna ilişkindirler ve irade beyanının ancak gerçek iradeye uygun olduğu takdirde hukukî sonuç doğuracağı fikrini benimseyen irade nazariyesine ve gerçek irade ne olursa olsun beyanın hukukî sonuç doğuracağını savunan beyan nazariyesine karşılık, İsviçre/Türk hukukunun kabul ettiği itimad nazariyesi, ortalama bir görüşü, yâni irade beyanının lâfzî anlamı ile değil, «bütün hal icapları nazara alınarak ve hüsnüniyet esası dâhilinde buna verilebilecek anlama göre» hukukî sonuç doğuracağı çözümünü benimsemiştir (bkz. Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Genève 1953, s. 16-18).

(39) Gmür, m. 8 No. 10 sonu; Nikisch, s. 321; Rosenberg, *Beweislast*, s. 153; FMK 18 Temmuz 1922, BGE 48 II 355 gerekçe No. 4.

tâbi tutulduğu süre henüz başlamamıştır (bkz. BK m. 31); fakat dâvacının hakkını engelleyen irade fesadı vakiasının mahkemece re'sen nazara alınmasına engel yoktur (40). İrade fesadını teknik anlamda bir defa sayanlara göre durum tabiatıyla başka olacaktı.

Bu faraziyede mahkeme, dâvayı mağdur aleyhine sonuçlandırmışsa, bu hüküm iptal hakkının sonradan kullanılmasına engel teşkil etmez (41). Maddi hukuk bakımından buna bir engel olmadığı gibi, kesin hüküm müessesesi de bu imkânı ortadan kaldırmaz (42).

b) Mağdur hatâ veya hileye dâva sırasında vâkıf olduğu yahut korkunun tesirinden kurtulmuş bulunduğu halde iptal hakkını kullanmamış ise, *von Tuhr*'un sisteminde, hukukî muameleye icazet vermiş sayılmak icab edecektir ve binaenaleyh iptal hakkından artık mahrum bulunacaktır. Bu çözümü, BK m. 21 ve m. 31 deki süreyi kısaltmak anlamına gelmesi itibariyle kabul etmediğimize göre, iptal hakkının herhalde süreye uyularak sonradan kullanılmasına maddî hukuk bakımından bir engelin bulunmadığını teslim etmemiz gerekir. Kesin hüküm müessesesi dahi sonraki bir iptâlâle; bu iptal hakkı kullanıldıktan sonra veya iptal hakkını bizzat o dâva içinde kullanmak üzere mağdurun açacağı bir menfî tesbit dâvasına veya istirdat dâvasına engel olmaz. Çünkü *birinci dâvadaki hüküm, mağdurun hasmının dâva temelinin gerçekleştiğini tesbit etmiştir ve yalnız bu bakımdan kesin hüküm etkisine sâhiptir; fakat dâva temelini hukukî sonuç doğurmasına engel olan veya o sonucu düşüren vakıaların yokluğunu dahi zimnen kesin hükme bağlamış değildir.*

Bu son nokta doktrinde ihtilâflı olduğu için bu konudaki incelememizi, Usul Hukuku problemlerinin uzun boylu üzerinde durmak bahasına da olsa, derinleştirmemiz gerekir.

Üzerinde tereddüt bulunmayan husus şudur ki, kesin hüküm etkisi, prensip itibariyle sâdece hüküm fıkrasına münhasır olup gerekçeyle şâmil değildir. Bu esas Alman hukukunda ZPO § 322 den

(40) *Aerni* s. 50 de zikredilen *Schlaepfer*'in de bunu belirttiği kaydedilmiştir.

(41) *von Tuhr* dahi bunu teslim etmektedir (§ 39 II, *Edege* terc., s. 322 - 323).

(39a) Bkz. yukarıda dn. 17, 18, 30, 31.

(42) Fakat İcra Hukukunun, ilâmlara karşı, icrayı engellemek üzere ileri sürülebilecek iddiaları sınırlayan kaideleri (bkz. İİK m. 33) mahfuzdur.

ve özellikle orada f. II deki «nur» kelimesinden çıkar (43). Neuchâtel Usul Kanunu m. 211 cümle 1/HUMK m. 237 f. I hükmü de, ZPO § 322 deki esası kabul eder. Alman doktrinindeki aksi fikre rağmen (44) bundan şu sonuç çıkar ki, dâvalının öne sürmediği bir kesin hükümden asla bahsedilemez ve binaenaleyh ilk dâvayı kaybeden dâvalı, bu dâvada dermeyeran etmediği bir savunma sebebine istinaden bu defa dâvacı sıfatiyle ikinci bir dâva açabilir (45). Fakat birinci dâvada elde edilen hüküm bir eda hükmü olup da bu hüküm icraya konmuşsa, bu hükme karşı, icrayı durdurmak için ileri sürülebilecek vakıaların neler olduğunu, nasıl isbat edilmek gerektiğini ve aynı mes'ele ile ikinci bir dâvanın cebrî icraya ne ölçüde etki edebileceğini tâyin eden İcra Hukuku normları mahfuzdur.

Maamafih Alman doktrininde çoğunluk (46), «kesin hükmün bertaraf edici etkisi» (die Präklusionswirkung des rechtsräftigen Urteils) diye anılan bir prensibin varlığını kabul etmekte ve bu prensip gereğince, kesin hükme bağlanmış bir dâvada son celse tarihinden önce mevcut olup da dermeyeran edilmemiş vakıaların ikinci bir dâvaya yol açamayacağını; buna *kesin hükmün maddî etkisi*

(43) Binaenaleyh dâvalının defi ve itirazları kesin hükme bağlanmış olmazlar (**Rosenberg**, Lehrbuch, § 150 II 2, s. 723; **Schönke/Schröder/Niese**, § 73 III 2 c, s. 337). Zira bu defi ve itirazlar hakkında varılan sonuç hükmün gerekçesinde yer alır.

(44) Bkz. dn. 46 da anılan müellifler. Halbuki burada evleviyet delili vardır.

(45) Açıkça böyle: **Ansay**, s. 370; **Belgesay**, s. 202. Zimnen böyle: **Gürdoğan**, s. 80-81; **Domaniç**, s. 33-34. İsviçrede aynı görüş: **Guldener**, c. I, § 37 III 1 (müellif burada dn. 29'da, HUMK m. 237 nin mehzasını teşkil eden CPCN m. 211'e yaptığı atıfla, bu esasların Neuchâtel/Türk Usul Hukukunda da câri olduğunu belirtmektedir); **Kummer**, s. 114 (fakat bu müellif irade fesatları konusunda başka bir çözüm benimsemektedir yâni ilk dâvada bilinen irade fesadının dermeyeran edilmemesini defi hakkından feragat saymaktadır, s. 80 sonu ve orada dn. 1); zimnen **Piguet**, s. 37 No. 24.

(46) **Habscheid**'in s. 170 dn. 6 da andığı müellifler ve ezcümle **Gaupp/Stein/Jonas**, § 322 VIII 3. İsviçre hukukunda da **Jaeger**, özel bir mes'eledе, bu görüşe uygun çözümü benimsemektedir (m. 86 No. 4). Ona göre, borçtan kurtulma dâvasını kaybetmesi üzerine gerçekte borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalan tâkip borçlusu dahi, LP m. 86/İİK m. 72 f. VII deki istirdat dâvasını açabilir, fakat bu ikinci dâvada dâva sebebi olarak istinad edeceği vakıalar, birinci dâvadan sonra doğmuş olmalıdır. Müellif bu çözüm için gerekçe göstermemiş, iki içtihadı atıfla yetinmiştir. **Kuru**, s. 181 ise bu faraziyede istirdat dâvasının hiç açılmayacağı görüşündedir.

*nin* mâni olacağını söylemektedir. Yeni eserlerde ise «kesin hükmün bertaraf edici etkisi» yine kabul edilmekle beraber, buna başka gerekçeler verilmek istenmektedir.

Fikrimce, mücerret «kesin hüküm» müessesesinden, ilk dâvada dermeyan edilmemiş vakıaların ikinci bir dâvada iddia veya savunma temeli teşkil edemeyecekleri yolunda bir sonuç doğamaz. Buna herşeyden önce, yukarıda işaret ettiğim gibi, kesin hüküm etkisinin ancak hüküm fıkrasına münhasır bulunacağı yolundaki prensip engeldir. Nitekim, «kesin hükmün bertaraf edici etkisi» ni kabul edip de buna yeni gerekçeler arayan son eserlerde, *kesin hüküm müessesesinden* böyle bir sonucun doğmadığı açıkça belirtilmektedir (47).

«Kesin hükmün bertaraf edici etkisi» denen prensibin varlığını ortaya koymak üzere yeni eserlerde ileri sürülen gerekçelere gelince:

Neuchâtel/Türk hukuku için ileri sürülen gerekçeye nazaran (49), bu hukuk çevresinde yürüyen «bütün iddia veya savunma sebeplerinin bir arada bildirilmesi gereği» (die Eventualmaxime) nin bir sonucu olarak, birinci dâvada dermeyan edilmemiş iddia veya savunma sebepleri artık kaybedilir. Fikrimce bu prensip, varılan böyle bir sonucu haklı gösteremez (49); başka bir deyimle, Eventualmaxime ancak bir dâva içinde uygulanır ve bizdeki HUMK m. 185 ve m. 202 hükümlerinin temelini teşkil eder. Kaldı ki, katılmadığım muhakeme kabul edilseydi hiç şüphesiz, dâvacının kendisini aynı neticeye ulaştırabileceği halde ilk dâvada dermeyan etmediği bir dâva sebebine dayanarak ikinci bir dâva açması câiz olmamalı idi. Halbuki bizzat — katılmadığım görüşü savunan — Üstündağ bunun câiz olduğunu kabul etmekte; hatta, bu sonucu benimsemesine Eventualmaxime'nin engel olmadığını belirtmekten de ileri giderek, Eventualmaxime'yi gerekçe göstermekte ve şöyle demektedir: «Ayrıca Eventualmaxime prensibi dahi bu hâkim fikrin savunulması için kuvvetli bir argümandır. Zira dâvacı dâva

(47) **Habscheid**, s. 169 başı ve bilhassa s. 171; burada «maddî anlamda kesin hüküm yalnız, dâvacının bu vakıalara (dermeyan edilmiş vakıalara) müstenit, dâva dilekçesinde söylenen muhtevada bir hakkının bulunup bulunmadığını tesbit eder» denmektedir. Aynı husus Üstündağ tarafından da teslim edilmektedir (s. 131).

(48) Üstündağ, § 2 dn. 89 (s. 54-55) ve bilhassa s. 131.

(49) Açıkça aynı fikir: **Ansay**, s. 367 başı.

vakıaları hakkında sırf dâva dilekçesinde söz söyleyebilecek, ve bu safhadan sonra artık talebi farklı bir doğum sebebine istinad ettiremeyecektir. Bu bakımdan, çıkacak kesin hükmün sınırı da ancak onun mevzuubahis edebildiği vakıalarla mukayyet olmak gerekecektir» (50). Fikrimce *Üstündağ*'ın bu ikinci mütalâası doğrudur; fakat dâvacının ilk dâvada istinad etmediği dâva sebeplerine ikinci bir dâvada istinad etmesinin câiz bulunduğunu, *Eventualmaxime*'nin buna engel olmadığını söyledikten sonra, *dâvalının* ilk dâvada dermeyeran etmediği savunma sebeplerini ikinci bir dâvada dermeyeran etmesine *Eventualmaxime*'nin engel olacağını kabul etmek câiz değildir.

Dâvada dermeyeran edilmemiş vakıalara, aynı gayeye ulaşmağa mâtuf ikinci bir dâvada istinad edilemeyeceğini belirten müelliflerden *Habscheid* ve *Rosenberg*'in gerekçelerine gelince: Bu müelliflerden ikincisi, görüşünü ZPO § 767 f. II'ye dayandırır. Anılan madde, kesinleşmiş bir hükümden icraî kaabiliyet vasfını nez etmek için ilk hüküm dâvalısının açabileceği, Alman hukukuna mahsus «die Vollstreckungsabwehrklage» yi (51) düzenler ve bu dâvada dâvacının, dâvalı sıfatıyla taraf teşkil ettiği ilk dâvada muhakeme safhasının hitamından sonra doğmuş savunma sebeplerini ikinci dâvaya temel ittihaz edebileceğini söyler. *Rosenberg* bu hükmü genelleştirmekte ve bundan, «bir dâvada, muhakeme safhasının bitiminden önce mevcut olduğu halde dermeyeran edilmemiş iddia ve savunma sebepleri artık bertaraf edilmiş, kaybedilmiş olur» yolunda genel bir prensibe varmaktadır (52). *Habscheid* buna başka bir gerekçe eklemenin ve ZPO § 580 hükmünün mefhumu muhalifine dayanmanın da mümkün olacağı fikrindedir (53). Anılan madde muhakemenin iadesi imkânı veren halleri düzenler, fakat (*Neuchâtel*/Türk hukukuna da uygun olarak), ilk dâva sırasında bilinme-

(50) *Üstündağ*, § 6 dn. 15 (s. 232).

(51) Bu terimi, biraz serbest bir tercüme ile, «icrayı bertaraf etme dâvası» diye çevirebiliriz.

(52) *Habscheid*, s. 171 deki atfa göre *Rosenberg* Alman hukukunda ilk defa olarak 1950 de yayınlanmış bir makalesiyle bu fikri belirtmiş ve doğrudan doğruya kesin hükmün maddî etkisine istinad eden hâkim görüşü tenkid etmiştir. Ben bu makaleyi elde edemedim; maamafih *Rosenberg*, *Lehrbuch*'unda da bu hususta yeteri kadar açıktır (§ 150 III 2, s. 725 ve bilhassa § 183 III 2 a başı, s. 921).

(53) *Habscheid*, s. 172. *Üstündağ* da bu gerekçeyi benimsemiştir (s. 131 - 132).

yen vakıaların sonradan öğrenilmiş olmasını bir iadei muhakeme sebebi saymaz.

Önce *Habscheid*'in gerekçesi üzerinde duralım. Fikrimce kanunun, ilk dâvada bilinmeyen vakıaların sonradan öğrenilmesinin *iadei muhakemeye imkân vermeyeceği* yolundaki prensibi, «ilk dâva sırasında mevcut olup da bilinmeyen, ve evleviyetle, bilindiği halde dermeyan edilmeyen vakıalara *ikinci bir dâva ile* istinad edilemez» tarzında bir sonucu haklı gösteremez. Çünkü bu vakıalara istinaden *ikinci bir dâva* açmanın câiz olduğu, kesin hükmün buna engel olmadığı kabul edilince (54), pek tabiidir ki o yeni öğrenilen vakıalara istinaden *iadei muhakeme* imkânı tanımaya lüzum ve hatta imkân yoktur; çünkü iadei muhakeme, *kesin hükmü* bertaraf etmeye yarayan istisnaî bir hukuk çâresidir (55).

*Rosenberg*'in gerekçesine gelince: muhtevasına yukarıda işaret ettiğim ZPO § 767 f. II hükmü, hiç şüphe yok ki, «ilk dâvada dermeyan edilmeyen iddia veya savunma sebepleri kaybedilmiş olur» tarzında bir sonucu *doğrudan doğruya* haklı göstermez. Çünkü bu madde, icra kaabiliyetinin nez'ine ilişkin dâva açılması imkânını

(54) **Habscheid** ve **Üstündağ** dahi böyle bir dâvanın açılmasına kesin hüküm müessesesinin engel olmadığını teslim etmektedirler, bkz. yukarıda dn. 47.

(55) Bu yüzden **Habscheid** ve **Üstündağ**'ın gerekçesini yeterli saymıyorum. Ayrıca, **Üstündağ**'ın kendi görüşünü kabul eder yolda yorumladığı (s. 132) bir HGK kararının da böyle yorumlanabileceğinden şüphe ederim. Hâdisede dâvacı, zilyedi bulunduğu gayrimenkulün **tapusuz** olduğu iddiasıyla MK 639 gereğince Hazineye karşı dâva açmış ve bu dâvayı kazanmıştı; Hazine sonradan açtığı ikinci dâva ile, söz konusu gayrimenkulün kendi adına tapuda **kayıtlı** olduğunu ileri sürerek, birinci dâva üzerine alınan tapunun iptâlini istemekteydi. HGK bu ikinci dâvanın dinlenmesine birindi davadaki kesin hükmün engel olduğunu belirtmiş ve bu vesileyle, Hazine'nin, gayrimenkulün kendi üzerine tapulu olduğunu birinci dâvada ortaya atması gerektiğini ifade etmiştir. Fikrimce bu karar doğru olmakla beraber, Yargıtayın, ilk dâvada dermeyan edilmemiş **savunma sebeplerinin** ikinci bir dâvaya yol açamayacağı fikrinde olduğunu gösteremez. Çünkü içtihada konu olan hâdisede, Hazine ikinci dâvayı, birinci dâvada öne sürmediği **bir savunma sebebine** dayanarak açmış değildi; tersine, birinci dâvada **dâva temelini** teşkil eden vakıalardan birinin (gayrimenkulün tapusuz olması vakıası), her nasılsa birinci dâvada sâbit sayılmasına rağmen gerçekte bu vakıanın mevcut olmadığı iddiasında idi. Halbuki böyle bir iddianın ikinci dâvaya mesnet yapılmasına, birinci dâvadaki **kesin hükmün** engel bulunacağı konusunda ittifak vardır (bkz. yukarıda dn. 47).

düzenlediğine göre, ancak *eda dâvaları* sonunda verilen hükümler için uygulanabilir. Nitekim *Rosenberg* de bu maddeden, bütün dâvalara şâmil bir genel prensip *istihrac* etmek suretiyle, yâni bu maddeyi bir genel prensibin özel bir hal için ifadesi saymak suretiyledir ki tenkid ettiğim çözüme varabilmiştir. Fikrimce böyle bir genel prensip yoktur ve buna teknik bir gerekçe gösterilemeyeceğinden başka, böyle bir prensip var olsaydı bile onu yok etmek icab ederdi; bu prensip dâvaların çoğalmasını önlese bile o kadar adaletsiz sonuçlara yol açardı (56).

*Sonuç* : Bu uzun incelemenin sonucunu asıl konumuz bakımından şöyle özetleyebiliriz: ilk dâvada kullanılmamış iptal hakkının BK m. 31 deki süreye uyularak sonradan kullanılmasına ve bu iptal beyanının ikinci bir dâva içinde değerlendirilmesine, meselâ sebepsiz zenginleşme dâvasının açılmasına (İİK m. 72 f. VII veya BK m. 61) (57), ilk dâvayı sonuçlandıran hüküm, ne kesin hüküm etkisi sebebiyle ve ne de başka bir sebeple engel olabilir.

2. — Mağdurun hatâ veya hileye, dâva dilekçesine cevap süresinin bitiminden ve cevap lâyihası verilmeden önce vâkıf olduğu veya korkunun tesirinden bu tarihte artık kurtulmuş bulunduğu halde, süre içinde verilmiş cevap lâyihası ile irade fesadını dermeyan etmemesinin, bu vakiya aynı dâva içinde sonradan istinad etmesine engel olup olmayacağını daha önce incelemiştik (58). Şimdi de, hata veya hilenin öğrenilmesi yahut korkunun tesirinden kurtulma, cevap lâyihası verildikten — veya, cevap lâyihası verilmeksizin cevap süresi geçirildikten — sonra vâki olursa, irade fesadının aynı dâva içinde dermeyan edilmesinin câiz olup olmadığını inceleyelim.

Neuchâtel/Türk hukukunda, kanun metinlerinin (CPCN 177/HUMK 202) müsamahasız görünen lâfzına rağmen, incelediğimiz

(56) Meselâ davalı, ödemesine hükmedilen borcun hukukî sebebinin ortadan kalktığını hükümden sonra öğrenince, sebepsiz zenginleşme dâvası açamıyacaktı; keza, hukukî muameledeki hileyi ancak bu hukukî muameleye müstenit dâvada mahkûm olduktan sonra öğrenen mağdurun iptal hakkı kullanılamayacaktı.

(57) İİK m. 72 f. VII deki istirdat dâvası ile BK daki sebepsiz zenginleşme dâvası telâhuk edebilir; her ne kadar cebri icra tehdidi altındaki ödeme *hataen* vâki olmaz ve bu yüzden BK m. 62 uygulanamaz ise de *condictio indebiti* sırf BK m. 62 deki halde tanınmış değildir. Bu konudaki incelememi başka bir yerde yayınlayacağım.

(58) Bkz. ykarıda III 3 b.



faraziyede bir tevsi görmemek gerekir. Çünkü önce, akli selim bir savunma imkânının daha doğmadan kaybedilmesine cevaz vermez; ikinci olarak, Neuchâtel ve Türk içtihatları, sonradan ortaya çıkan vakıaların dâva içinde, savunma sebebi teşkil etmek üzere dermeyanının tevsi yasağına tâbi olmadığını haklı surette kabul etmektedirler ki (59) burada da buna benzer bir durum vardır. Nihayet bu çözümün kabulü şu bakımdan da gereklidir ki, mevcut dâva içinde dermeyan edilmeyen irade fesadı sebebiyle iptal hakkının bu dâvadan sonra kullanılmasına, dâva neticesinde verilen hüküm engel olmayacaktır ve burada tevsi görülürse mağdur yeni bir dâva açabilecektir (60).

3. — Mağdur, irade fesadı ile sakatlanmış hukukî muameleye müstenit bir istemin kendisine karşı ileri sürüldüğü dâvada, irade fesadını bildirmekle beraber, iptal hakkını şimdi kullanmadığını, fakat hukukî muameleye icazet de vermediğini ve iptal hakkını süre içinde kullanmak yetkisini mahfuz tuttuğunu söyleyerek dâvanın reddini isteyebilir mi? *von Tuhr* soruya açıkça menfî cevap vermektedir (61), çünkü ona göre mağdurun iptal hakkını kullanabileceği süre dâva ikamesi ile kısalmıştır. Fikrimce mes'eleyi müsbet yolda çözmek gerekir: çünkü kanunun bugünkü sistemi ne kadar haklı bir tenkide mâruz bulunursa bulunsun, gerçek şudur ki mağdurun hasmı mağdura bir mehil tâyini suretiyle onun düşünme süresini kısaltmak imkânını *de lege lata* mâlik bulunmamaktadır (62) ve bunun zarurî sonucu olarak, *von Tuhr*'un fikri aksine, iptal hakkının tâbi olduğu süre mağdur aleyhine dâva ikamesiyle dahi kısaltılamaz.

(59) Neuchâtel Kanton Mahkemesi, 11 Aralık 1961 (RJV c. III, 1. kısım, s. 26; Umar, s. 103); Neuchâtel Temyiz Mahkemesi, 17 Haziran 1949 (RCCC c. VI, s. 266; Umar, s. 187). Türk tatbikatı için bkz. Postacıoğlu, s. 331 - 332 ve orada da anılan IV. HD 26.1.1954 (Karaok, m. 409 No. 19).

(60) Bu mes'eleyi biraz önce etraflı surette incelemiştik.

(61) *von Tuhr*, § 39 II (Edege terc., s. 322).

(62) Daha önce belirttiğim gibi bu noktada Becker hâriç ittifak vardır, bkz. yukarıda dn. 33 ve 34.

*Literatür*

- Aerni* : Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln, Diss., Bern 1944.
- Ansay* : Hukuk Yargılama Usulleri, 7. basım, Ankara 1960.
- Arsebük* : Borçlar Hukuku, 3. basım, c. I-II, Ankara 1950.
- Becker* : Kommentar zum schweiz. ZGB, Obligationenrecht, I. Abteilung: allgemeine Bestimmungen, Bern 1917.
- Belgesay* : HUMK Şerhi, Teoriler, c. III, İsbat Teorisi, 3. basım, İstanbul 1950.
- Büren, von* : Schweizerisches Obligationenrecht, allg. Teil, Zürich 1964.
- Domanıç* : Hukukta Kaziyei Muhkeme ve Nisbî Kuvveti, tez, İstanbul 1964.
- Evliya* : La violence en droit français et la crainte fondée en droit suisse dans la formation des actes juridiques, thèse, Genève 1949.
- Funk* : Borçlar Kanunu Şerhi, c. I, Umumî Hükümler (çeviren: *Veldet/Selek*), İstanbul 1938.
- Gmür* : Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. I: Einleitung - Personenrecht, 2. basım, Bern 1919.
- Göktürk* : Borçlar Hukuku, Ankara 1946.
- Gönensay* : Borçlar Hukuku, c. 1, İstanbul 1948.
- Guhl* : Das schweizerische Obligationenrecht, c. I/1, Zürich 1936.
- Guldener* : Das schweizerischerische Zivilprozessrecht, c. I, Zürich 1947.

- Gürdoğan* : Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, tez, Ankara 1960.
- Habscheid* : Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 152).
- Henrici* : Über den Irrtum beim Vertragsabschluss, Zürich tezi, Aarau 1916.
- Jaeger* : Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (Almanca aslından Fransızcaya çevirenler: *Petitmermet/Bovay*), Lausanne-Genève 1922.
- Kummer* : Das Klagerecht und die materielle rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954.
- Kuru* : İcra ve İflâs Hukuku, c. I, İcra Hukuku, Ankara 1965.
- Nikisch* : Zivilprozessrecht, 2. basım, Tübingen 1952.
- Oğuzman* : Bir akdin hile sebebiyle iptâli azamî bir müddetle tahdid edilmiş midir? (İstBD 1953 c. 27 No. 4 den ayrı bası).
- Oser/Schönberger* : İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, Birinci Kısım (çeviren: *Seçkin*), Ankara 1947.
- Patry* : Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Genève 1953.
- Piguet* : L'exception de chose jugée spécialement en procédure civile vaudoise, Lausanne tezi, Yverdon 1956.
- Postacioğlu* : Medenî Usul Hukuku Dersleri, 3. basım, İstanbul 1966.
- Rosenberg* : Die Beweislat, 5. basım, München - Berlin 1965.
- Rosenberg* : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7. basım, München - Berlin 1956.

- Rossel* : Manuel du droit fédéral des obligations, c. I, Lausanne - Genève 1920.
- Saymen/Elbir* : Türk Borçlar Hukuku, c. I, İstanbul 1958.
- Schneider/Fick* : Das schweizerische Obligationenrecht, 4. basım, Zürich 1915.
- Schönke/Schröder/Niese* : Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. basım, Karlsruhe 1956.
- Sungur* : Gabin, İstanbul 1953.
- Tuhr, von* : Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht (ZSR 39 NF 17).
- Tuhr, von* : Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı (çeviren: Edege), c. I: İstanbul 1952, c. II: İstanbul 1953.
- Tunçomağ* : Borçlar Hukuku Dersleri, 2. basım, İstanbul 1965.
- Üstündağ* : İddia ve Müdafaaanın Değiştirilmesi Yasası, Doçentlik tezi, İstanbul 1967.

*İçtihat dergi ve derlemeleri*

- BGE* : Entscheidungen des Bundesgerichts, amtliche Sammlung.
- İstBD* : İstanbul Barosu Dergisi.
- Jdt* : Journal des Tribunaux.
- Karaok* : HUMK - Buna ait içtihatlar, 2. basım, İstanbul 1957.
- Ömerbaş/Çetintaş* : Temyiz Mahkemesi HGK Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları, c. I, Ankara 1953.
- RCC* : Recueil des arrêts rendus par la Cour de Cassation Civile (Neuchâtel).
- RJN* : Recueil de jurisprudence neuchâteloise.
- Umar* : HUMK muzun mehaz Neuchâtel Kantonundaki tatbikatı, İstanbul 1967.
- TİK* : Türk İçtihatlar Külliyyatı (*Saymen/Erman/Elbir*).