

ZAMANAŞIMINDAN FERAGAT*

WAIVER OF THE PRESCRIPTION

Hülya ATLAN GÜRER**

Özet: Önceden feragat yasağını ihlal etmediği sürece hukukumuzda zamanaşımından feragat edilebilmesi mümkündür. Bu anlamda borçlu, zamanaşımı süresi dolduktan sonra olduğu kadar, bu süre işlerken de zamanaşımından feragat edebilir. Önceden feragat yasağının dar yorumlanması suretiyle zamanaşımı süresi işlerken de feragat edilebileceğinin kabulü, zamanaşımından feragat kurumunun daha işlevsel olmasını sağlar. Özellikle uzlaşma görüşmeleri bakımından zamanaşımından feragat, uygulamada taraflara zaman kazandırmaya yarayan bir hukuki kurum olarak ön plana çıkabilir.

Anahtar Kelimeler: Zamanaşımı, Zamanaşımı Defi, Zamanaşımından Feragat, Önceden Feragat Yasağı, İrade Serbestisi

Abstract: According to Turkish law, it is possible to waive the right of prescription defence unless it violates the waiver prohibition in advance. In this sense, the debtor may waive the prescription after the prescriptive period expires as well as during this period. Adopting that the waiver can be implemented during the prescriptive period by strict interpretation of waiver prohibition in advance, ensures that waiver of the prescription is functional. The waiver of the prescription, particularly in terms of settlement talks, may become prominent as a legal concept for leading the parties save time in practice.

Keywords: Prescription, Prescription Defence, Waiver of the Prescription, Waiver Prohibition in Advance, Party Autonomy

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, hulyaatlan@balikesir.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0895-4410, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.07.2022, Kabul Tarihi: 06.09.2022

GİRİŞ

Borçlu, kendisine tanınmış olan bir defi hakkını kullanıp kullanma konusunda serbest olup, bu haktan feragat edebilir.¹ Bu anlamda borçlunun, hukuk düzeninin sınırları içerisinde zamaşıımı definden feragat edebilmesi mümkündür. Borçlunun, zamaşıımı defini ileri sürmeye ilişkin hakkını - belli bir süre için - ortadan kaldıran böyle bir tasarrufta² bulunması pratik bazı sebeplerden kaynaklanabilir. Özellikle kısa bir zamaşıımı süresine tâbi alacaklar bakımından taraflar, uyuşmazlığı uzlaşarak çözüme ulaştırmaya yetecek bir zamana sahip olmak amacıyla bu yola başvurmak isteyebilirler.³ Zamaşıımından feragat ile zamaşıımı süresinin uzamasını amaçlayan taraflar, böylece aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme dışında çözebilecek zamanı elde etmiş olurlar.⁴ Bunun yanı sıra, borçlunun ve alacaklının zamaşıımından feragat başvurmakta ayrı ayrı da menfaati bulunabilir. Söz gelimi, borçlu alacağı tanımak istememekle birlikte, alacaklının zamaşıımını kesen bir davranışta bulunmasını (Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 154/1, b. 2 gereği mahkeme veya hakeme başvurusu, icra takibinde bulunması) önlemek istemesi halinde zamaşıımı definden feragat, borçlu lehine zamaşıımının kesilmesini engelleyen bir araç olarak işlev görebilir.⁵ Bunun gibi, borçlunun zamaşıımından feragat yoluna başvurusu, söz gelimi etik sebeplerle veya itibarının zarar görmesinden çekindiği için zamaşıımı define hemen başvur-

¹ Neslihan Çukadar, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 117 vd.

² Genel olarak feragatin tanımı için bkz. Meliha Sermin Paksoy, Zamaşıımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 3 vd.

³ Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2019, s. 687, N. 2257. Zamaşıımından feragatin uygulamada özellikle, kısa zamaşıımı sürelerinin söz konusu olduğu haksız fiil ve sigorta hukukunda yaygın olduğuna ilişkin olarak bkz. Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, N. 1582.

⁴ Christoph Müller, "Verjährungsverzicht: 13 praxisrelevante Fragen unter dem neuen Recht", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2020, s. 289.

⁵ Isabelle Wildhaber/Sevda Dede, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen - Verjährung Art. 127-142 OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, Art. 141, N. 5; Müller, s. 289; Isabelle Wildhaber/Sevda Dede, "Verzicht auf die Verjährungseinrede", Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Walter Fellmann (Hrsg.), Stämpfli Verlag, Bern, 2019, s. 136-137. Ayrıca bkz. Bilgehan Çetiner/Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N. 1721.

mak istememesinden de kaynaklanabilir.⁶ Diğer taraftan alacaklı da zamanaşımından feragat edilmesi halinde, çoğu durumda zaman alan ve külfetli olan zamanaşımını kesen bir fiili (dava açmak, icra takibinde bulunmak) ivedi olarak yerine getirmek zorunda kalmaz. Ayrıca alacaklı bu sayede alacağını mahkeme önünde ileri sürebileceği ek bir süre elde etmiş olur.⁷ Böylece zamanaşımından feragat, bir yandan zamanaşımının kesilmesinin borçlu aleyhine doğuracağı olumsuz sonuçları ortadan kaldırmaya, diğer yandan da alacaklının zamanaşımının kesilmesiyle ulaşmak istediği korumayı elde etmesini sağlamaya yarayan bir hukuki imkân olarak belirir.⁸

Hukukumuzda zamanaşımından feragatin daha çok zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, borçlunun borcunu ikrar etmesi nedeniyle gündeme geldiği görülmektedir.⁹ Zamanaşımından feragatin esas önemi ise tarafların, zamanaşımı baskısı altında olmaksızın, aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme dışında çözmelerine katkı sağlayabilmesi bakımından ortaya çıkar. Nitekim İsviçre uygulamasında zamanaşımından feragat asıl olarak bu yönden, dolayısıyla zamanaşımı süresi işlerken yapılması halinde özellik taşımaktadır.¹⁰ Bu yönden feragat;

⁶ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 5; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 137.

⁷ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 136-137.

⁸ Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 378. Aynı yönde bkz. Mehtap İpek İşleten, "Zamanaşımından Feragat", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu (4 Ekim 2021), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 210.

⁹ Bu anlamda Yargıtay, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borçlunun borcunu ikrar etmesinin, zamanaşımından örtülü feragat anlamını taşıyacağını kabul etmektedir. Bu yöndeki kararlarında Yargıtay, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borcu ikrar eden davalının zamanaşımı defini ileri sürmesinin çelişkili davranış sayısına aykırılık oluşturacağını belirtmektedir (Yarg. HGK, 23.02.2000, E. 2000/71, K. 2000/116; Yarg. 9. HD, 09.11.2020, E. 2017/18726, K. 2020/15407; Yarg. 9. HD, 14.01.2013, E. 2010/38436, K. 2013/253; Yarg. 23. HD, 27.02.2012, E. 2011/1809, K. 2012/1426; Yarg. 21. HD, 14.06.2016, E. 20116/4052, K. 2016/9911; Yarg. 22. HD, 31.10.2017, E. 2017/8822, K. 2017/23669, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 28.06.2022. Aksi görüşte bkz. Ozan Tok, "Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötiye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 1, 2015, s. 250). Hukukumuzda doktrinde de bu görüşün savunulduğu görülmektedir (bkz. aşağıda, III, C' de yer alan açıklamalar).

¹⁰ İsviçre'de her geçen yıl, avukatların, bankaların, sigorta şirketlerinin ve diğer profesyonel borçluların, alacaklıları veya onların avukatlarını belli bir süre daha (ilave bir yıl veya en azından birkaç ay için) savuşturmak amacıyla zamanaşımından feragat ettikleri belirtilmektedir. Borçlular zaman kazanmak

alacaklıyı, alacağın zamaşıımına uğramasını önlemek için mahkemeye başvurma zorunluluğundan kurtaran bir etkiye sahip olmaktadır. Bunun gibi, alacaklının sırf zamaşıımı süresini kesmek amacıyla mahkemeye başvurusu, taraflar arasında devam eden olası uzlaşma görüşmelerine de zarar verir. Bu ise tarafların menfaatine, öncelikle de kamu yararına ters düşen sonuçlar yaratır.¹¹ Bu nedenle, zamaşıımı süresi dolmadan önce feragat edilmesi imkânı bu çalışmada özellikle üzerinde durulacak hususlardan birini oluşturacaktır. Burada olduğu gibi, zamaşıımından feragatin işlevsel olduğu hallerin kavranması ve konunun bütüncül olarak ele alınması bakımından öncelikle zamaşıımından feragat kavramı incelenecek, daha sonra önceden feragat yasağı, zamaşıımından feragatin etkisi, süresi ve tâbi olduğu şekil ele alınacaktır. Söz konusu hususlar, 15 Haziran 2018 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2020’de yürürlüğe giren kanunla zamaşıımına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılan İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) ilgili hükümleri ile karşılaştırılarak değerlendirilecektir¹².

I. ZAMAŞIIMINDAN FERAGAT KAVRAMI

Doktrinde feragati ifade etmek üzere hem “zamaşıımından feragat” hem de “zamaşıımı definden feragat” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bu da söz konusu kavramların aynı anlamı ifade edip etmediği, bu anlamda aynı etkiye sahip olup olmadığı konusunda bir belirsizlik yaratmaktadır. Geleneksel anlayışa göre söz konusu kavramlar farklı anlamlara sahip olup birbirinden ayırt edilmelidir.¹³ Bu anlamda doktrinde ve yargı uygulamasında “zamaşıımından feragat”, daha önce işlemiş olan zamaşıımı süresinden

ve alacaklılar (veya onların avukatları) tarafından hemen dava edilmemek amacıyla bu yola başvurmakta, alacaklılar (veya avukatları) da bunu tereddüt etmeden kabul etmektedirler. Böylece iki tarafın da yararına olmak üzere uzlaşma görüşmeleri için belli bir süre elde edilmiş olmaktadır (Bu konuda bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 135; Walter Fellmann, “Die Verjährung Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht”, HAVE, Zürich, 2018, s. 144).

¹¹ Bu yönde bkz. Paksoy, s. 64.

¹² Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) Änderung vom 15. Juni 2018, AS 2018 5343 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2018/807/de>, Erişim Tarihi: 23.06.2022).

¹³ Müller, s. 293; Fellmann, HAVE, s. 152; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143; Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 493, N. 1477.

kısmen veya tamamen feragat edilmesi veya zamanaşımı süresinin kararlaştırılan süre kadar uzaması olarak anlaşılmaktadır.¹⁴ Başka bir ifadeyle zamanaşımından feragat, zamanaşımı süresinin uzamasına yol açar. Böylece zamanaşımı süresi, uzatılan sürenin sonuna kadar işlemeye devam eder.¹⁵ Feragat burada maddi bir etkiye sahip olup, zamanaşımı en erken, kararlaştırılan sürenin dolmasından sonra gerçekleşir. Bu ana kadar zamanaşımı henüz gerçekleşmediğinden, alacaklı bu andan önce işlemeye devam eden zamanaşımını kesebilir.¹⁶ Belirtelim ki doktrinde, zamanaşımından feragat ifadesini, alacağın zamanaşımına tâbi olmasından feragat şeklinde anlamlandıran bir görüş de bulunmaktadır.¹⁷ Ancak doktrinde, zamanaşımından feragat ile bunun kastedilmiş olamayacağı, bununla alacağın yıllanmayan bir alacak haline getirilmesinin kabul edilemeyeceği belirtilerek bu görüşe karşı çıkmaktadır. Buna göre hukuk sistemimizde alacakların kural olarak zamanaşımına tâbi olduğundan hareket edilir ve ancak bazı alacaklar zamanaşımına tâbi olmayan alacak olarak öngörülebilir. “Zamanaşımından feragat” ile alacak zamanaşımına tâbi olmayan bir alacak haline getirilirse zamanaşımı kurumu bütünüyle bertaraf edilmiş olur.¹⁸

¹⁴ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 33; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143; Fellmann, HAVE, s. 156; Walter Fellmann, “Das neue Verjährungsrecht”, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 156/2020, s. 223-224; Robert K. Däppen, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 141, N. 1a. Buna ilişkin Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 99 II 185 E. 3a, BGer 9C_109/2007, 20.08.2007, E. 8.2.1; BGer 4A_707/2012, 28.05.2013, E. 7.4.2 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 23.06.2022).

¹⁵ Müller, s. 293.

¹⁶ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143; Berger, s. 493, N. 1477; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 33; Fellmann, HAVE, s. 156. Ayrıca bkz. Fellmann, ZBJV, s. 223.

¹⁷ Alfred Koller, “Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht - Zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR”, *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 103/2007, s. 196. Ancak daha sonra görüş değiştiren yazar, feragat ile on yıllık yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı düşüncesini benimsemiştir (Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2017, s. 1242, N. 71.14).

¹⁸ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143. Aynı yönde bkz. Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.14. Borçlunun zamanaşımı definden tüm zamanlar için feragat etmiş olduğunu açıkça beyan etmiş olması da bu sonucu değiştirmez (Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.14). Ayrıca bkz. Peter Gauch, “Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist”, *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 102/2006, s. 537.

Zamanaşımı süresinin uzamasına yol açacağı kabul edilen “zamanaşımından feragat” kavramından farklı olarak “zamanaşımı definden feragat”ın, usule ilişkin bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna göre zamanaşımı definden feragat, kanuni zamanaşımı süresinin dolmasından sonra zamanaşımının gerçekleşmesini engellemez. Başka bir ifadeyle böyle bir feragat, zamanaşımı süresinin dolmasına engel olmaz. Zira bu halde borçlu, sadece usule ilişkin bir savunma aracından vazgeçmektedir.¹⁹ Burada feragatin, zamanaşımı süresinin itibari uzunluğuna bir etkisi bulunmaz. Böylece alacak, feragat edilmesinden öncekiyle aynı anda zamanaşımına uğrar. Borçlu, aradaki sürede zamanaşımı definden feragat etmiş olsa da olmasa da alacak, kanuni (veya sözleşmesel) zamanaşımı süresinin dolmasından sonra zamanaşımına uğrar. Ancak borçlu artık, bu feragati nedeniyle yargılama sırasında zamanaşımı define başvuramaz. Bununla borçlu gerçekte sadece, alacaklının açmış olduğu alacak davasında usule ilişkin bir savunma aracından vazgeçmektedir.²⁰ Borçlu, kararlaştırılan sürede zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat ederek alacaklıya, zamanaşımı gerçekleşmiş olsa dahi alacağını söz konusu süre içerisinde ileri sürebilme imkânını tanımış olur. Ancak, zamanaşımı definden feragat edilmiş olmasına rağmen, kanuni zamanaşımı süresi dolduktan sonra zamanaşımı gerçekleşmiş olacağından, geri kalan feragat süresi içerisinde alacaklının zamanaşımının kesilmesi veya durmasına yol açması artık mümkün olmaz.²¹

Zamanaşımından feragat ile zamanaşımı definden feragat kavramları arasında yukarıda belirtildiği gibi bir ayırım yapılması, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından isabetli bulunmamıştır. Yüksek Mahkeme’nin bu yöndeki bir kararına göre, uygulamada zamanaşımının veya hukuki sonuçlarının belirli bir tarihe kadar “göz önünde bulundurulmayacağı” veya “dikkate alınmayacağı” kararlaştırılmış olması halinde, tarafların gerçekte zamanaşımı süresini uzatmak mı istediklerinin, yoksa borçlunun sadece zamanaşımı definden fera-

¹⁹ Fellmann, HAVE, s. 156; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 34; Fellmann, ZBJV, s. 224. Aynı yönde bkz. Berger, s. 493, N. 1477; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 609.

²⁰ Müller, s. 293-294.

²¹ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143-144; Fellmann, ZBJV, s. 224; Berger, s. 493, N. 1477; Fellmann, HAVE, s. 156.

gat etmeyi mi düşündüğünün sonradan tespit edilebilmesi oldukça zordur. Hatta borçlunun açıkça “zamanaşımı definden” feragat ettiğini beyan etmiş olması halinde de taraflardan birinin bunu, zamanaşımı süresinin uzamayacağı şeklinde anlayıp anlamadığını tespit etmek zorluk arz edebilir. Ancak zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat etmekle borçlu her halde, borcunun zamanaşımı gerçekleşmemiş veya zamanaşımı süresi uzamış gibi görüldüğüne ve buna göre işlem yapılacağına ilişkin muvafakatini ortaya koymuş olur. Yasal düzenlemelerin yalınlığı, açıklığı ve anlaşılabilirliği adına, zamanaşımı süresinin uzaması ile sonradan yapılan yalın bir zamanaşımı definden feragatin aynı etkiye sahip olduğunun kabulü gerekir.²² Federal Mahkemenin bu görüşü doktrinde de kabul görmüştür. Buna göre zamanaşımından feragat ile zamanaşımı definden feragatin pratik etkisi, zamanaşımı süresinin feragat edilen süre kadar uzaması temeline dayanır.²³ Dolayısıyla her iki ifade biçiminde de zamanaşımı süresinin uzamasından hareket edilmelidir. Böylece iki kavram arasındaki söz konusu geleksel ayırım, doktrin ve yargı uygulaması ile her ikisinin sonuçları birbirine eşit kılınmak suretiyle aşılmıştır.^{24 25}

²² Söz konusu karar için bkz. BGE 99 II 185, E. 3a (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

²³ Müller, s. 294; Berger, s. 493, N. 1477; Fellmann, ZBJV, s. 224; Fellmann, HAVE, s. 156.

²⁴ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Fellmann, HAVE, s. 157.

²⁵ Belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan (ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren) zamanaşımı hukuku revizyonundan sonra OR Art. 141’in (TBK m. 160) “zamanaşımından feragat” olan kenar başlığı, “zamanaşımı definden feragat” olarak değiştirilmiştir. Gerekçeye göre bununla, borçlunun zamanaşımından değil, zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat ettiği açıklığa kavuşturulmak istenmiştir (BBl 2014, 235 vd., 261). Hâlbuki yukarıda belirtildiği gibi Federal Mahkeme güncel kararlarında, zamanaşımından feragat ile zamanaşımı definden feragati etkisi bakımından birbirinden ayırmamaktadır. Federal Mahkeme, somut durumda hangi ifadenin kullanılmış olduğuna bakmaksızın her zaman, tipik bir zamanaşımından feragatin söz konusu olduğu kabulünden hareket etmektedir. Bu nedenle doktrinde, Federal Mahkeme’nin “zamanaşımı definden feragatin” etkisini de - tıpkı “zamanaşımından feragatte” olduğu gibi - zamanaşımı süresinin uzatılması olarak kabul ettiği uygulamasını, OR 141’in yeni düzenlemesinden sonra da muhafaza etmesi umulmaktadır (Yasin Alperen Karaşahin, “Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts”, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 155/2019, s. 742; Frédéric Krauskopf, “Neues Verjährungsrecht: Merkpunkte für das Bauen”, Schweizerische Baurechtstagung 2019, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, 2019, s. 46; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Fellmann, HAVE, s. 157; Fellmann, ZBJV, s. 223. Ayrıca bkz. Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligatio-

II. ÖNCEDEN FERAGAT YASAĞI

İrade serbestisi zamaşaşımı hukukunda da uygulama alanı bulan bir prensip olup, alacaklı ve borçlu, zamaşaşımından feragat konusunda anlaşmakta serbesttir. Ancak bu prensibin, zamaşaşımı süresini uzatmaya yönelik hukuki işlemler bakımından borçlunun ve dolaylı olarak hukuk güvenliğinin korunması amacıyla sınırlandırılabilmesine dikkat edilmelidir.²⁶ Nitekim hukukumuzda bir yandan TBK m. 148 (OR Art. 129), diğere yandan TBK m. 160/1 (OR Art. 141) hükmüyle irade serbestisine bir sınırlama getirildiğı görölmektedir.²⁷ TBK m. 148, TBK'nun üçüncü bölümünün ikinci ayırımında (TBK m. 146, 147, 156/2, 158) öngörölen zamaşaşımı sürelerinin sözleşmeyle değıştirilemeyeceğini,²⁸ TBK m. 160/1 ise zamaşaşımından önceden

nenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich, 2020, N. 3384, dn. 215). Aksi halde bu hukuki imkânın uygulamasının sona ereceğı belirtilmektedir (Fellmann, ZBJV, s. 225; Fellmann, HAVE, s. 157). Kanun koyucunun esasen bu değışiklikle sadece tarafların zamaşaşımına tâbi olmayan bir alacak yaratamayacaklarını açıklığa kavuşturmak istediğine ilişkin olarak bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 39.

²⁶ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 136.

²⁷ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3373; Huguenin, s. 687, N. 2257; Laurent Killias/Matthias Wiget, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 129, N. 1; Stephen V. Berti, ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2002, Art. 141, N. 1; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 1. TBK m. 148 bakımından bu sonuç için bkz. Ergin Akçay, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamaşaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 32.

²⁸ Ayrıca bkz. Mehmet Erdem, İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu, C. 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, m. 148, N. 1; Erdem, Zamaşaşımı, s. 370; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Hâluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1070; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1723; Fikret Eren/Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III (m. 83-206), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 2646. Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 3. HD, 11.09.2003, E. 2003/10466, K. 9936 (Erhan Günay, Alacaklarda Zamaşaşımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 112-113). Kanunun üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki sürelerin kısaltılabilmesi gerektiğı yönünde ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072. Sürelerin değıştirilemeyeceğine ilişkin söz konusu hükümden, bu sürelerin dolaylı olarak değıştirilmesi halinde ne şekilde hareket edileceğı konusunda bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bu kapsamda doktrinde, kanuni zamaşaşımı süresinin hak düşürücü süreye dönüştürülmesinin, zamaşaşımı süresinin geçersiz bir biçimde kısaltılması (TBK m. 148 gereğı) anlamını taşıyacağı belirtilmektedir. Zira her iki kurum farklı özelliklere ve hukuki sonuçlara sahiptir. Hak düşürücü sürenin durması veya kesilmesinden söz edilemeyeceğinden, somut durumda bir durma veya kesilme sebebi söz konusu ise, zamaşaşımı süresi böyle bir dönüşüm ne-

deniyle oldukça kısaltılmış olacaktır. (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 33. Ayrıca bkz. Erdem, Zamaşımı, s. 31; Paksoy, s. 102-103). Aynı şekilde, TBK'nın üçüncü bölümü ikinci ayırımında öngörülen sürelerin hak düşürücü süre olarak kararlaştırılmasının, zamaşımını durduran ve kesen sebeplerin sözleşmeyle ortadan kaldırılması niteliğini taşıyacağına ilişkin olarak bkz. Akçay, s. 34.

TBK m. 148 kapsamına giren zamaşımı sürelerinin dolaylı olarak uzatılması kapsamında ise zamaşımının başlangıcının ertelenmesi ya da zamaşımını durduran veya kesen başkaca sebeplerin öngörülmesinin ne ölçüde geçerli olacağı sorunuyla karşılaşılabilir. Bu anlamda doktrinde, zamaşımının başlangıcını erteleyen sözleşme hükümlerinin (TBK m. 149/1'de öngörülen muacceliyet anının değil, alacaklının alacağı ileri sürdüğü anın esas alınmasında olduğu gibi) geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, alacağın muacceliyet anının (ve dolayısıyla zamaşımının başlangıcının) ertelenmesi, dolaylı olarak zamaşımı süresinin de uzamasına yol açacak olmakla birlikte, TBK m. 148'deki yasağa aykırılık oluşturmaz. Çünkü bu halde sürenin uzaması, muacceliyet anının ertelenmesinin bir yan sonucudur (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 46-47; Alfred Koller, "Verjährungsverzicht und Verjährungsverlängerung", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 157, 2021, s. 703; Koller, OR AT, s. 1248, N. 71.36. Aynı yönde olmak üzere, muacceliyet tarihini geciktiren tecil anlaşmalarının mümkün olduğu yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072). Diğer yandan, tarafların kanunun düzenlemediği bir durma ve kesilme nedeni öngörmelerinin de sürenin uzatılması anlamına geldiği ve TBK m. 148'deki yasak kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir (Erdem, Zamaşımı, s. 375; Eren/Dönmez, s. 2647; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 628; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 435; Mahmut Bilgen, Özel Hukukta Zamaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072; Akçay, s. 33-34; Mehmet Akif Tutumlu, Türk Borçlar Hukukunda Zamaşımı ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 338. Zamaşımını kesen başkaca bir sebebin kararlaştırılması bakımından aynı yönde bkz. Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 544, N. 84.29a).

TBK'nın üçüncü bölüm ikinci ayırımında yer alan süreler dışındaki hükümlerinde veya diğer kanunlarda yer alan (ve emredici nitelikte olmayan) zamaşımı süreleri ise (TBK m. 148'in zıt anlamından da anlaşılacağı üzere) kural olarak sözleşmeyle değiştirilebilir, bu anlamda uzatılıp kısaltılabilir (Koller, ZBJV, s. 697; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 17 ve 52; Halük N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 466, N. 212.17; Eraslan Özkaya, Özel Hukukumuzda Zamaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 198; Reisoğlu, s. 435-436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1071; Paksoy, s. 100-101; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1723; Akçay, s. 35). Bununla birlikte sürenin kısaltılmasının, alacaklının hakkını takip etmesini hakkaniyete aykırı bir biçimde zorlaştırmamasına dikkat edilmelidir (Koller, ZBJV, s. 698; Koller, OR AT, s. 1247, N. 71.32; Schwenzer, s. 539, N. 84.12; Berger, s. 485, N. 1452; Däppen, BSK OR, Art. 129, N. 3; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 58; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2000, s. 319, N. 15; Erdem, Zamaşımı, s. 373-374; Eren/Dönmez, s. 2647; Oğuzman/Öz, s. 628-629; Paksoy, s. 98; Tutumlu, s. 341). Söz konusu

feragatin yasak olduğunu düzenlemektedir²⁹. Her iki hüküm de borçlunun, yükümlülük altına girdiği sırada, zamanaşımının korumasından vazgeçme konusunda ikna edilmesine karşı bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır³⁰. Burada esas olarak TBK m. 160/1 hükmü ele alınacak olmakla birlikte, bu hükmün TBK m. 148 ile bağlantısı da irdelenmelidir.

TBK m. 160'a ve OR Art. 141'in revizyondan önceki ifadesine göre, zamanaşımından "önceden" feragat edilemez. Bir feragat yasağı öngören bu hükmün "önceden feragat" olan lafzı ile neyin kastedildiğinin açık olmaması, zamanaşımından feragatin hangi andan itibaren geçerli olacağı sorusunu beraberinde getirmektedir. TBK m. 160/1 hükmüne aykırı düşen bir feragat beyanı TBK m. 27/1'e (OR Art. 20/1) göre geçersiz olduğundan,³¹ bu anın tereddüde yer bırakmayacak biçimde belirlenmesi gerekir. Özellikle, zamanaşımından feragat yoluna uzlaşma görüşmeleri için zaman kazanmak amacıyla başvurulmuş olması halinde geçerli bir feragat beyanında bulunulması büyük önem taşır.

Hükümde geçen "önceden" ifadesinin ne şekilde anlamlandırılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hukukumuzda ve 2020 yılında yapılan revizyondan önce İsviçre hukukunda baskın olan görüş bu yasağı, zamanaşımı süresi gerçekleşmeden (dolmadan) önceki bir zamanda yapılan feragatin geçersiz olması şeklinde anlamlandırmaktadır.³² Zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra fe-

sürelerin on yıldan fazla bir süre için uzatılabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bkz. aşağıda, IV, dn. 118.

²⁹ Söz konusu hükümlerin işlevsel olduğu zaman aralığı birbirinden farklı olup, kavramsal nitelemeye dikkat edilmelidir. Zamanaşımı süresinin değiştirilmesi ancak bu süre işlerken mümkün olabilir. Zamanaşımı gerçekleştikten sonra sürenin değiştirilmesinden değil, TBK m. 160'a göre zamanaşımından feragatten söz edilebilir (Erdem, Zamanaşımı, s. 374; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 56).

³⁰ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 1. Aynı yönde bkz. Berti, ZK OR, Art. 141, N. 2; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 2.

³¹ Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 11; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 136; Berti, ZK OR, Art. 141, N. 53. Söz konusu yasağı ihlal etmesi nedeniyle feragat geçersiz olsa dahi, borçlunun buna rağmen defî hakkını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır (Ayrıca bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 384; Antalya, s. 609; Paksoy, s. 96-97).

³² Hukukumuzda bu görüşte bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, 5. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 50 ve dn. 23. Ali Naim İnan/Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 647; Özkaya, s.

ragat edilmesi ise doktrin ve uygulamada genellikle kabul edilmektedir.³³ Ancak buradaki esas sorun, zamanaşımı süresi işlerken zamanaşımından feragat etme imkânının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bu aşamada yapılacak feragat konusunda tereddüt edilmesinin en önemli nedeninin, TBK m. 148’de öngörülen sürelerin değiştirilmesi yasağının, zamanaşımından feragat yoluyla dolanılması tehlikesinin olduğu görülmektedir.³⁴ Bu nedenle doktrinde ve yargı uygulamasında, zamanaşımından önceden feragat yasağının, bu anlamda zamanaşımı süresi işlerken yapılacak olan feragatin geçerliliğinin, TBK m. 148’de öngörülen yasakla yakından ilişkili olduğu ve bu hükümle birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zamanaşımı süresi işlerken feragat beyanında bulunulmasının önceden feragat yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve böyle bir feragatin, sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin TBK m. 148’deki yasağı ihlal edip etmediği sorunu, önceden feragat yasağı öngörülmeyle korunmak istenen yararın ne olduğunun belirlenmesi ile çözülebilir. Aşağıda öncelikle doktrin ve yargı uygulamasının konuya bakışı ele alınacaktır.

Önceden feragat yasağının, zamanaşımı süresi dolmadan önceki dönemi kapsamına aldığına ilişkin yukarıda sözü edilen baskın görüşe karşı bazı yazarlar, zamanaşımının - şimdiye kadar - işlemiş olan kısmından feragat etme imkânını açık tutarak, geniş yorumlanan bu önceden feragat yasağının uygulama alanını daraltmışlardır.³⁵ Buna göre TBK m. 160/1 (OR Art.141/1), daha önce işlemiş olan zamanaşımı süresine ilişkin feragati yasaklamak istememektedir.³⁶ Dolayısıyla

198; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 1145. Aynı yönde bkz. Bilgen, s. 173; Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)*, 8. baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016, s. 246. Zamanaşımı hukukuna ilişkin revizyondan önce İsviçre hukukunda bu görüş için bkz. Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.13; Berti, ZK OR, Art. 141, N. 33; Gauch, s. 534 vd. Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, *Verzicht*, s. 139.

³³ Huguenin, s. 687, N. 2259. Ayrıca bkz. aşağıda, III, C, dn. 94’deki yazarlar.

³⁴ Ayrıca bkz. Paksoy, s. 71.

³⁵ Bu görüşte bkz. Schwenger, s. 539, N. 83.07; Hermann Becker, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen* - Art. 1-183, Stämpfli Verlag, Bern, 1945, Art. 141, N. 3; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 383-384. Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, *Verzicht*, s. 139.

³⁶ Karl Spiro, “Der Verzicht auf die laufende Verjährung”, *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 1985, s. 555 (Huguenin, s. 688, N. 2260’tan naklen. Ayrıca bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3).

işlemekte olan zamaşaşımı süresinden feragat edilebilir. Ancak böyle bir feragat, sadece zamaşaşımının işlemiş olan kısmı için geçerli olabilir. Zamaşaşımının henüz işlememiş olan kısmı için yapılan feragat ise TBK m. 27/1 gereğı geçersizdir.³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, işlemiş olan zamaşaşımı süresinden feragat edilebileceğine karar vermiştir. Ancak karara göre, zamaşaşımı süresi dolmadan önce yapılacak olan böyle bir feragat, OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmündeki sınırlamaya tâbidir. Buna göre, OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamaşaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğini öngören OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmü karşısında, zamaşaşımı süresi dolmadan önce yapılacak bir feragat beyanıyla söz konusu süreler fiilen değiştirilemez. OR Art. 141/1 (TBK m. 160/1) hükmü OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, OR'un üçüncü bölümündeki (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki) zamaşaşımı sürelerine ilişkin alacaklar bakımından işleyen zamaşaşımı süresinden feragat edilmesi geçersizdir. OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmündeki yasağın kapsamına girmeyen zamaşaşımı süreleri bakımından ise zamaşaşımı süresi dolmadan önce feragat edilebilmesi mümkündür.³⁸

Federal Mahkeme, önceden feragat yasağının sadece OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamaşaşımı süreleri bakımından geçerli olduğuna ilişkin söz konusu kararının doktrinde eleştiriyeye³⁹ uğraması üzerine görüş değişikli-

³⁷ Erdem, Zamaşaşımı, s. 383-84. Aynı yönde bkz. Tutumlu, s. 341; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1072.

Zamaşaşımı süresinin işlemiş kısmının bir hak olarak nitelendirilemeyeceğine ve dolayısıyla bundan feragat etmenin mümkün olmadığına, bunun zamaşaşımı süresinin uzatılması anlamını taşıdığına ilişkin olarak bkz. Paksoy, s. 66-67.

³⁸ BGE 99 II 185 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 04.06.2022). Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 146; Huguenin, s. 687, N. 2258. Federal Mahkeme'nin bu kararındaki görüşe paralel olarak hukukumuzda da TBK m. 146'da ve m. 147'de öngörülen süreler bakımından zamaşaşımı süresi işlerken feragat edilemeyeceği, aksi halde, TBK m. 148'de öngörülen sürelerin uzatılması yasağına aykırı hareket edilmiş olacağı ileri sürülmüştür. Ancak buna göre, süre uzatma yasağına tâbi olmayan zamaşaşımı süreleri bakımından bu süre işlerken (en fazla on yıl için olmak koşuluyla) feragat edilebilmesi mümkündür (Eren/Dönmez, s. 2697; Akçay, s. 159).

³⁹ OR Art. 141/1 (TBK m. 160/1) hükmünün uygulama alanını OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamaşaşımı süreleri ile sınırlandıran söz konusu Federal Mahkeme kararına karşı yöneltilen eleştirilerden birine göre, OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmünden farklı olarak,

ğine gitmiştir. Yüksek Mahkeme'nin 2006 yılında verdiği ilke kararına göre, OR Art. 141/1'de (TBK m. 160/1) öngörülen yasak sadece OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamanaşımı süreleri bakımından değil, tüm zamanaşımı süreleri için geçerlidir. Buna göre OR Art. 141/1'in tarihsel yorumundan, önceden feragati yasaklayan kanun koyucunun, sadece sözleşmenin yapıldığı andaki feragati yasaklamak istediği sonucu çıkar. Bu, ilgili zamanaşımı süresinden bağımsız olarak öyledir. Sözleşme yapıldıktan sonra borçlu, tüm zamanaşımı süreleri bakımından, henüz zamanaşımı süresi işlerken zamanaşımından feragat edebilir. Zamanaşımı süresi dolduktan sonra da tüm zamanaşımı süreleri bakımından feragat edilebilmesi mümkündür.⁴⁰ Böylece Federal Mahkeme bu kararlar, her şeyden önce, tartışmalı olan zamanaşımı definden feragat anını aydınlatarak, kanun koyucunun sadece alacağın doğmasından önce yapılan (sözleşmenin yapıldığı andaki) feragati yasaklamak istediği tespitinde bulunmuştur.⁴¹ Yine bu kararlar; geçerli bir feragatin yapılabilmesi bakımından OR Art. 141/1 hükmünde öngörülen zamansal sınırlamanın, sadece OR'un üçüncü bölümünde yer alan zamanaşımı süreleri (OR Art. 127, 128, 137/2 - TBK m. 146, 147, 156/2) bakımından değil, haksız fiilden (OR Art. 60, TBK m. 72), sebepsiz zenginleşmeden (OR Art. 67, TBK m. 82) ve özel borç ilişkileri kısmında düzenlenen bazı sözleşmelerden doğan alacaklar bakımından da geçerli olduğu benimsenmiş olmaktadır.⁴² OR Art. 141/1'deki önceden feragat yasağının tüm zamanaşımı süreleri için getirilmiş genel bir yasak olduğunu ka-

OR'un üçüncü bölümünde yer alan zamanaşımı sürelerine ilişkin bir sınırlamadan söz etmeyen OR Art. 141'in (TBK m. 160) lafzı, bunun tüm zamanaşımı süreleri için geçerli olduğuna işaret eder. Kaldı ki, önceden feragat bakımından zamanaşımı süreleri arasında böyle bir ayırım yapılmasının objektif bir dayanağı da bulunmamaktadır (Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138. Aynı yönde bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 2).

⁴⁰ Söz konusu karar için bkz. BGE 132 III 226 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 04.06.2022). Ayrıca bkz. Huguenin, s. 687, N. 2258. Federal Mahkeme'nin gerekçesinin - en azından tarihi yorum metodu bakımından - zayıf olduğuna, önce sonucun tespit edilmesi ve ikinci adımda buna uygun gerekçenin bulunması gerektiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 140.

⁴¹ Berger, s. 493, N. 1476; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 140.

⁴² Eugen Bucher, "Verjährung: gute Schritte in guter Richtung - Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)", *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (recht)*, 2006, s. 194; Müller, s. 291. Bu görüşte bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 11.

bul eden Yüksek Mahkeme'nin bu kararı doktrinde de çoğunluk tarafından desteklenmiştir⁴³.

TBK m. 160/1'de (OR Art. 141/1) öngörülen önceden feragat yasağı ile alacağın doğmasından önce veya sözleşmenin yapıldığı andaki feragatin engellenmek istendiğini vurgulayan Federal Mahkeme'nin söz konusu ilke kararı bizce de isabetlidir. Buna göre, borç ilişkisi (sözleşme) kurulmadan önce veya kurulduğu anda yapılan feragat sözleşmesi veya tek taraflı feragat beyanı geçerli olmaz.⁴⁴ Önceden feragat yasağı burada, borçlunun özel yararını korumaya yönelik bir düzenleme olarak belirir. Alacaklı ve borçlu arasındaki güç dengesizliği dikkate alındığında, zamaşıımından feragat imkânının, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği gerçek bir baskı aracı haline gelmesi olasıdır.⁴⁵ Bu anlamda önceden feragat yasağı ile her şeyden önce borçlu, feragat

⁴³ Berger, s. 493, N. 1476; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 9; Koller, ZBJV, s. 697; Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger, N. 3374; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138. Hukukumuzda bu görüşte bkz. Erdem, Zamaşıımı, s. 378 vd.; Erdem, İstanbul Şerhi, m. 160, N. 4; Akçay, s. 159; Kılıçoğlu, s. 1144. Ayrıca bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1585; Murat Sarıkaya, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamaşıımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1213. Aksi yönde bkz. Paksoy, s. 81. Bu görüşe göre, zamaşıımından feragat ile zamaşıımı süresinin uzatılması, temelde zamaşıımının etkisinin ötelenmesi ortak amacını taşımakla benzer sonuçlar doğurur. Bu benzerlik nedeniyle TBK m. 160/1 sadece, TBK m. 148 kapsamına giren süreler için öngörülmüş olabilir. TBK m. 148 kapsamı dışındaki süreler serbestçe değiştirilebildiklerinden, bu süreler bakımından önceden feragat yasağı öngörülmesi anlamsız olacaktır (Paksoy, s. 80 vd.).

⁴⁴ Eren/Dönmez, s. 2695; Günay, s. 195; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1722; Akçay, s. 159. Aynı görüşte bkz. Reisoğlu, s. 436; Paksoy, s. 86 vd. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, K. 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481; Yarg. 9. HD, 12.11.2020, E. 2017/17957, K. 2020/15926; Yarg. 9. HD, 21.06.2019, E. 2016/3794, K. 2019/13938 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 26.06.2022). Yine aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 18.12.2002, E. 2002/15-1061, K. 2002/1070; Yarg. 15. HD, 27.06.1990, 1990/196-3102 (Bilgen, s. 174 vd.). Hatta bu görüşte olan bir yazara göre, önceden feragat yasağını öngören TBK m. 160 hükmü esasen, ruhu ortadan kalktığı için hiç uygulanmamalıdır. Ancak bir hükmün bu nedene dayanarak göz ardı edilebilmesi mümkün olmadığından, söz konusu hükmün mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekir. Bu da önceden feragat yasağının, alacağın doğduğu an ve öncesinde yapılacak feragat beyanlarıyla sınırlandırılması ile olur (Paksoy, s. 89-90).

⁴⁵ Huguenin, s. 687, N. 2258; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 137; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 4. Yine, önceden feragat yasağı ile borçlunun, zamaşıımı kurumunun içinin boşaltılmasına karşı korunmak istendiğine ilişkin olarak bkz. Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger, N. 3379.

beyanında bulunması konusunda alacaklının yapabileceği baskıya karşı korunmuş olur.⁴⁶ Böylece borçlunun, yapacağı bir feragat beyanıyla zamanaşımı definde bulunma hakkını ve zamanaşımının sağladığı korumayı çok erken bir safhada kaybetmesi engellenmiş olmaktadır.⁴⁷ Başka bir ifadeyle, zamanaşımı süresinin uzamasına yol açan ve dolayısıyla borçlunun zamanaşımının korumasından yararlanmasını geciktiren feragatin, henüz sözleşme kurulurken veya daha öncesinde (alacak henüz doğmadan) yapılması yasaklanmaktadır.⁴⁸ İşte önceden feragat yasağının anlamı ve amacının; borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme imkânı ile zamanaşımının sağladığı korumayı, alacaklının baskısı altında, henüz sözleşme kurulurken veya daha öncesinde kaybetmesini engellemek olduğu ortaya konduğunda, bu yasağın (TBK m. 160/1'in) sadece kanunun üçüncü bölümü ikinci ayırımında yer alan zamanaşımı süreleri bakımından değil, tüm zamanaşımı süreleri için geçerli bir yasak olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Borçluyu bu yönden koruma gereği, tüm zamanaşımı süreleri bakımından söz konusu olur. Aksinin kabulü ile, önceden feragat yasağına ilişkin TBK m. 160/1'in uygulama alanının sınırlandırılması, zamanaşımı kurumu ile korunmak istenen borçlunun hukuki durumunun yeniden zarar görmesine yol açar.⁴⁹

Önceden feragat yasağının amacı bu şekilde belirlenip, uygulama alanı alacağın doğumu anı ile bundan önceki dönemle sınırlandırıldığında, zamanaşımı süresi işlerken de feragat beyanında bulunulabileceği kendiliğinden anlaşılır. Bu yasakla korunmak iste-

⁴⁶ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141.

⁴⁷ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 137; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 4. Bu yasağın, sadece bir feragat sözleşmesi şeklinde somutlaşan hukuki işlemleri değil, zamanaşımına başvurulmasını zorlaştıran diğer hukuki işlemleri de (borçlunun zamanaşımı define başvurusu halinde ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırılmasında olduğu gibi) kapsamına aldığına ilişkin olarak bkz. Berti, ZK OR, Art. 141, N. 60; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 2.

⁴⁸ Ayrıca bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3374. Doktrindeki yeni eğilimin de zamanaşımı hukukunda irade serbestisine sınırlama getirilmesinin temelinde, borçlunun bu konuda aşırı bir süreyle bağlanacağı sözleşmeler yapmasına engel olma düşüncesinin bulunduğu yönünde olduğunu belirtelim (Yasin Alperen Karaşahin, "19. Yüzyıl Müşterek Hukuk Doktrininden Günümüze Zamanaşımı Alanında İrade Serbestisi Hakkında Görüşler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 69 (2), 2020, s. 532. Ayrıca bkz. aşağıda, dn. 56).

⁴⁹ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138.

nen menfaat, sözleşme kurulurken veya daha önceki döneme ilişkin olup, zamaşıımı süresi işlerken böyle bir koruma gereksinimi bulunmaz.⁵⁰ Bu yorum biçiminin TBK m. 148 hükmüne aykırı düştüğünden de söz edilemez. TBK m. 148 ve m. 160/1, birbirinden farklı içerikte düzenlemelerdir. Her iki hüküm arasında sıkı veya içsel bir bağlantı bulunmaz.⁵¹ TBK m. 160 hükmü zamaşıımı definden feragate ilişkin olup, TBK m. 148 hükmünün bununla doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantısı yoktur. Zamaşıımı definden feragat dogmatik olarak zamaşıımı süresinin uzaması anlamına gelmediğinden, TBK m. 148 hükmüne aykırılık oluşturmaz.⁵² Zamaşıımı definden feragatin bir sonucu olarak zamaşıımı süresinin - dolaylı olarak - uzayacak olması, bunun TBK m. 148 hükmü kapsamında değerlendirilmesini gerektirmez. Kaldı ki TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki sürelerin uzaması da imkânsız değildir. Bu süreler de zamaşıımını durduran veya kesen bir sebeple uzayabilir.⁵³ Zamaşıımını durduran veya kesen sebeplerin gerçekleşmesi halinde zamaşıımı süresi uzamakla birlikte, bunun TBK m. 148'de öngörülen yasakla bir ilgisi bulunmaz. Zamaşıımından feragat halinde de buna benzer bir durum söz konusu olmaktadır.⁵⁴ Şu halde zamaşıımı süresinin TBK m. 160'a göre fiilen uzaması, TBK m. 148'den bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zamaşıımından fe-

⁵⁰ Bu yönde bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3380; Esra Kaşak/Muhammed Kiomers Ganbari, "İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamaşıımı Revizyonu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 1, 2020, s. 116.

⁵¹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 12; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 139; Gauch, s. 537. Söz konusu hükümler arasında içsel bir bağlantı bulunduğu, dolayısıyla bunların birlikte yorumlanması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Berti, ZK OR, Art. 141, N. 1; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 2.

⁵² Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 139; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 12. Aynı yönde bkz. Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.16. Federal Mahkeme kararlarında bu sonucu açıkça tanıma cesaretini göstermiş olsaydı, bu konudaki tartışmanın engellenebileceğine, sulh görüşmelerini durma sebebi olarak öngören OR Art. 134/1 b. 8 bakımından bu sonucu gerekçede açıkça belirten kanun koyunun bu anlamda daha cesur davrandığına ilişkin olarak ayrıca bkz. Müller, s. 294-295.

⁵³ Paksoy, s. 102.

⁵⁴ Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 24, 48. Aksi yönde bkz. Gauch, s. 537.

ragat halinde sürenin uzaması TBK m. 160'a göre geçerli ise, bu uzamanın TBK m. 148 hükmüne aykırı düştüğünden söz edilemez.^{55 56}

⁵⁵ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 51. Aynı yönde bkz. Koller, ZBJV, s. 702; Koller, OR AT, s. 1247, N. 71.30; Karaşahin, ZBJV, s. 743-744.

⁵⁶ Hatta hemen burada belirtelim ki İsviçre doktrininde, OR'un üçüncü bölümündeki (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki) zamanasını süreleri ile bunun dışındaki zamanasını süreleri arasında ayırım yapan, taraf iradesini katı bir biçimde sınırlandıran yürürlükteki OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmünün zamana uymadığı yönünde eleştiriler yöneltilmektedir. Buna göre uygulama, tarafların zamanasını sürelerini değiştirme konusunda bir serbestiye ihtiyaç duyduklarını (özellikle zamanasımından feragat etmek suretiyle zamanasını süresini uzatmaya yönelik yaygın uygulama dikkate alındığında) göstermektedir. Zira her somut durum birbirinin aynısı olmadığı gibi, tarafların korunma ihtiyacı da birbirinden farklılık arz edebilmektedir. Taraflar, zamanasını süresini ihtiyaçlarına uygun biçimde belirleme konusunda bir hareket serbestisine sahip olmalıdır. Bu anlamda, çeşitli uluslararası düzenlemelerde ve İsviçre hukukunda bu konuda yapılan kanun tasarısında olduğu gibi, zamanasını süreleri bakımından asgari ve azami sürelerle sınırlı bir değişiklik yapma prensibinin kabul edilmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir. Taraflara sözleşme serbestisi imkânını tanıyan, ancak zayıf olan tarafı korumak amacıyla bu serbestiye gerekli sınırı koyan bir hüküm, zamanasını sürelerinin değiştirilebilirliğini kanunun sistematiğine göre (OR'un üçüncü bölümündeki süreler ile bunun dışındaki zamanasını süreleri arasında ayırım yaparak) belirleyen OR Art. 129'a (TBK m. 148) göre hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından daha elverişlidir. Çünkü tarafların, zamanasını sürelerinin kanundaki yerine göre daha az veya daha çok korunma ihtiyacının olduğundan söz edilemez. Aksine bu yöndeki ihtiyaç, olsa olsa zamanasınının dayanağı olan alacağı içeriğine göre ortaya çıkabilir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 8. Aynı yönde olmak üzere, TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında (OR'un üçüncü bölümünde) yer alan zamanasını sürelerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin söz konusu yasağın daraltılması, bu anlamda belirlenecek alt ve üst sınırlar içerisinde tarafların zamanasını sürelerini değiştirebilmelerine izin verilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Erdem, İstanbul Şerhi, m. 148, N. 14. Yine, irade serbestisi yasaklarının artık alacaklı ve borçlunun somut yararına aykırı düştüğü, bu anlamda TBK m. 148 hükmünün dar yorumlanması, sadece alacağı doğuran sözleşme aşamasında süreyi değiştirmeye yönelik anlaşmaların geçersiz olması gerektiği yönünde bkz. Paksoy, s. 102). Bu görüş, sürelerin değiştirilmeyeceğine ilişkin OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmünün kamu yararı, bu anlamda hukuk güvenliği ile gerekçelendirilmesinin pek anlamlı olmadığını, zira bu hükmün uygulama alanının sadece OR'un üçüncü bölümündeki (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki) zamanasını süreleriyle sınırlı olduğunu belirtmektedir. Kanun koyucunun, OR'un üçüncü bölümünde öngörülenler dışındaki zamanasını süreleri bakımından hukuk güvenliğinin sağlanmasını korunmaya değer görmemesinin objektif bir temeli bulunmamaktadır. Buna göre zamanasını kurumunun, bu anlamda OR Art. 129'un (TBK m. 148) temel amacı borçlunun korunması olup, bundan bağımsız olarak kamu yararını sağlama amacı bulunmaz (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 13-14; Yasin Alperen Karaşahin, Parteaautonomie im Verjährungsrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, s. 101, N. 343 vd. Aynı yönde bkz. Killias/Wiget, CHK OR, Art. 129, N. 1; Paksoy, s. 54 vd.; Tok, s. 247. Genel olarak, zamanasınının öngörülmesinin kamu düzeniyle ilgili olmadığı yönünde bkz. Erdem, İstanbul Şerhi, m. 146, N.

Kaldı ki, irade serbestisi ilkesine aykırı düşecek biçimde zamaşıımı süresi dolmadan önce feragatin yasaklanması, ne alacaklının ne de borçlunun menfaatinedir. Aksine, bazı hallerde, özellikle taraflar arasında uzlaşma görüşmelerinin söz konusu olması halinde, zamaşıımı süresi işlerken zamaşıımından feragat, her iki tarafın da başvurmak isteyeceği bir hukuki imkân olacaktır. Hem alacaklının hem de borçlunun yararına olan bir hukuki imkâna başvurulmasının yasaklanması haklı bir temele dayanmaz.^{57 58} Bunun gibi, zamaşıımı süresi işlerken

12. Aynı yönde olmak üzere, zamaşıımının öncelikle bireysel menfaatlerle ilgili olduğu görüşünde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1550. Bu konuda oldukça detaylı kaleme alınmış bir çalışma için bkz. Karaşahin, İrade Serbestisi, s. 501 vd.). OR Art. 129 (TBK m. 148) esas olarak, ölçüsüz bir yükümlülük altına girilmesine karşı bir koruma sağlar (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 13-14; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 129, N. 1; Karaşahin, Parteiautonomie, s. 103, N. 347; Berti, ZK OR, Art. 129, N. 2). TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında öngörülen zamaşıımı sürelerinin değiştirilemeyeceği kuralını kamu düzeni düşüncesine dayandıran aksi yöndeki görüş için bkz. İnan/Yücel, s. 647; Günay, s. 112; Tutumlu, s. 338. Genel olarak zamaşıımı definin gerekçelerinden birinin kamu düzeni olduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. Nedim Meriç, "Zamaşıımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Meseleleri", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 680 vd.

57

Bu yönde bkz. Paksoy, s. 79 vd.; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 142.

58

Hemen burada, 15 Haziran 2018 tarihli Kanun'la yapılan zamaşıımı hukuku revizyonu ile İsviçre Borçlar Kanunu'na, uzlaşma (sullh) görüşmelerinin zamaşıımını durduran bir sebep olarak eklendiğini belirtelim. Buna göre, taraflar yazılı olarak kararlaştırmış iseler sullh görüşmeleri, arabuluculuk veya başka bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yönteminin devamı süresince zamaşıımı başlamaz, başlamış ise durur (OR Art. 134/1, b. 8). Gereğe göre bununla, zamaşıımının gerçekleşmesini erteleme imkânı elde edilmiş olur. Yine gereğe göre, sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin hüküm (OR Art. 129, TBK m. 148) burada uygulama alanı bulmaz. Hükümdeki sayım sınırlı olmayıp, resmi ve resmi olmayan mahkeme dışı çözüm yöntemlerinin hepsi hükmün kapsamına dâhildir (BBL 2014 235, 260, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/de>, Erişim Tarihi: 20.06.2022).

Taraflara, uzlaşma görüşmeleri süresince zamaşıımını durduran bir anlaşma yapma imkânını tanıyan söz konusu hüküm karşısında, zamaşıımından feragat sözleşmesinin işlevinin olduğu ve aynı amaca hizmet eden iki kurum arasında nasıl bir ilişki bulunduğu belirlenmesi gerekir. Zamaşıımı hukukuna ilişkin revizyondan sonra, aşağıda da belirtileceği üzere zamaşıımından feragatin en fazla on yıl için yapılabileceği kanun hükmü haline gelmiştir (OR Art. 141/1). İşte her iki kurum arasındaki en önemli fark burada ortaya çıkmaktadır. Zamaşıımından feragat on yıllık bir süre ile sınırlandırılmışken, sullh görüşmeleri devamınca zamaşıımının durmasına ilişkin anlaşma, taraflarca kural olarak süresiz bir biçimde (genel sınırlama hükmü olan TMK m. 23 çerçevesinde) yapılabilir. Bu sonuç karşısında, aralarında uzlaşma görüşmeleri bulunan taraflar OR Art. 141 kapsamında feragat sözleşmesi yapmak yerine, OR Art. 134/1, b. 8'e göre zamaşıımını durduran bir sebep konusunda anlaşmayı tercih edeceklerdir. Bu durum, OR Art. 134/1, b. 8 hükmüne, zamaşıımından feragat ilişkin hüküm karşısında bir ön-

yapılacak feragat beyanlarının geçersiz sayılması, hukuki uyumsuzlukların da artmasına yol açar. Hukuki uyumsuzlukların artması, uzun sürmesi ve mahkemelerin bu tür davalarla meşgul edilmesi ise kamu yararını zedeler.⁵⁹ İşte, genel olarak zamanaşımının dayanağı olarak gösterilen kamu düzeni ve kamu yararı burada, zamanaşımı süresi işlerken de zamanaşımından feragat edilebilmesine imkân tanınması bakımından gerçek bir dayanak noktası oluşturur.⁶⁰

Belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nun zamanaşımı hükümlerinde yapılan (ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren) değişiklikler-

celik ve üstünlük sağlar (Bu konuda bkz. Müller, s. 294). Ayrıca zamanaşımından feragatin etkisinin ne olduğunun (zamanaşımı hukukundaki revizyondan sonra dahi) kanunda açıklıkla öngörülmemiş olması karşısında taraflar, zamanaşımını durduran bir sebep olarak öngörülen OR Art. 134/1 b. 8'e başvurmayı daha risksiz bir yol olarak tercih edeceklerdir. Gerçekten kanun, zamanaşımından feragatin, feragat beyanında belirtilen süre için zamanaşımının durmasına mı yol açacağı, yoksa zamanaşımının işlemlerini durdurmaksızın, borçlunun söz konusu süre içerisinde zamanaşımı defini ileri sürmesine engel olmakla sınırlı bir etkiye mi sahip olduğu konusunda bir açıklık içermemektedir. Bu durumda uzlaşma görüşmelerinin tarafları, zamanaşımından feragat yerine, OR Art. 134/1, b. 8'e göre zamanaşımının durması konusunda sözleşme yapmaya yöneleceklerdir (Bu konuda bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 14 vd.). Hukukumuzda da TBK m. 148 hükmü kapsamı dışındaki sürelerin taraflarca serbestçe değiştirilebiliyor olmasının, ek durma nedeninin de kararlaştırılabilmesine imkân tanıyacak biçimde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre taraflar, zamanaşımı süresinin değiştirilmesini bazı şartlara bağlayabilirler. Bu kapsamda taraflar, zamanaşımı süresinin uzlaşma görüşmeleri devamınca uzayacağını kararlaştırabilmelidirler. Böyle bir anlaşma, aynı zamanda ek bir durma nedeni öngörülmesi anlamına gelir (Paksoy, s. 107). Hukukumuzda tarafların ek bir durma sebebi kararlaştırabilmelerine imkân tanıyan bu yorum biçimi, özellikle uzlaşma görüşmeleri bakımından pratik ihtiyaçlara karşılık vereceğinden bizce de isabetlidir. Hatta bize göre ek durma sebebinin tüm zamanaşımı süreleri bakımından öngörülebilmesi gerekir. Böylece belirsiz ve karmaşık sonuçlar doğurabilen zamanaşımından feragat kurumuna alternatif bir hukuki imkânın yolu açılmış olur. İsviçre hukukunda olduğu gibi, uzlaşma görüşmeleri süresince zamanaşımının durmasının taraflarca kararlaştırılabileceğinin kanun hükmüne bağlanması ise önerilmeye değerdir (Bu konuda ayrıca bkz. Kaşak/Ganbari, s. 106).

⁵⁹ Paksoy, s. 79 vd. ve 84 vd. Aynı yönde bkz. İpek İşleten, s. 213.

⁶⁰ Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 56. TBK m. 160/1 hükmü, zamanaşımı süresi işlerken feragat edilemeyeceği şeklinde yorumlansa bile, bu sürede feragat beyanında bulunan borçlunun daha sonradan zamanaşımı defini ileri sürmesi, bu kez hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşır. Ancak zamanaşımı süresi işlerken yapılan ve somut ihtiyacı karşılamaya yönelik feragat beyanlarının geçerli kılınabilmesini, ikincil nitelikteki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sağlamak yerine, hükmün, alacağın doğumunda veya öncesinde yapılacak feragat beyanlarının yasak olduğu şeklinde yorumlanması daha kalıcı ve sağlam bir çözüm olur (Bu görüş için bkz. Paksoy, s. 87-88).

den biri de zamanaşımından feragat anına ilişkin olmuştur. Değişik OR Art. 141/1'e göre borçlu, zamanaşımının başlangıcından itibaren ve her seferinde on yıl için olmak üzere zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir.⁶¹ ⁶² Şu halde yeni düzenlemeye göre zamanaşımı işlemeye başlamadan önce zamanaşımından feragat etmek yasak-

⁶¹ BBl 2014, 235 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/de>, Erişim Tarihi: 05.06.2022). Bir görüşe göre, zamanaşımı süresinin, süre işlemeye başlamadan önce uzatılabilmesi, TBK m. 160/1 (OR Art. 141/1) kapsamında tüm zamanaşımı süreleri bakımından geçersiz sayılmasına rağmen, zamanaşımı süresinin kısaltılması bakımından bu konuda bir boşluk bulunmakta olup, bu boşluğun TBK m. 160/1'e göre doldurulması gerekir. Borçlunun, zamanaşımı kurumunun içinin boşaltılmasına karşı korunmasına hizmet eden bu hüküm, TBK m. 148 (OR Art. 129) kapsamına giren zamanaşımı süreleri dışındaki sürelerin kısaltılmasında da esas alınabilir. Buna göre, alacaklıya da buna paralel bir koruma sağlanmalı ve alacağın ileri sürülebileceği sürenin kısaltılması ancak, zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı andan itibaren geçerli olmalıdır (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3379. Aksi yönde bkz. Koller, ZBJV, s. 700). Yine aynı yönde olmak üzere, zamanın gereklerine uygun olmayan TBK m. 148'in (OR Art. 129) daha liberal bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiğini belirten bir görüşe göre, zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi, de lege ferenda ilk olarak alacağın doğumundan sonra (yani sözleşme hukuku bakımından sözleşme yapıldıktan sonra) geçerli olmalıdır. Bu, zamanaşımı süresinin uzatılması bakımından zaten TBK m. 160 (OR Art. 141) kapsamında tüm zamanaşımı süreleri yönünden geçerli kabul edilmektedir. Böylece borçlu, zamanaşımı süresinin düşüncesizce (veya aceleyle) uzatılmasına karşı korunmuş olur. Bu koruma ihtiyacı, zamanaşımı süresinin kısaltılması bakımından alacaklı için de aynı ölçüde söz konusudur. Bu nedenle zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi, ilk olarak sözleşme yapıldıktan sonra kararlaştırılabilir ve bu, zamanaşımı süresinin OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alıp almamasından bağımsız olarak, belirlenecek asgari ve azami sürelerle gerçekleştirilmelidir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 10).

⁶² Söz konusu revizyonla OR Art. 141'de yapılan bir diğer değişikliğe göre, genel işlem koşulunda sadece kullanıcı (düzenleyen) zamanaşımı definden feragat edebilir (OR Art. 141/1bis). Karşı taraf (müşteri) ise genel işlem koşulu kapsamında zamanaşımından feragat edemez. Müşterinin feragati bireysel olmak zorundadır. Ancak böyle bir düzenlemenin yapılmasının pratik bir anlamının bulunmadığı belirtilmektedir. Zira yeni düzenleme gereği feragat zaten ilk olarak sözleşme yapılırken değil, zamanaşımının başlamasından (yani alacağın muaccel olmasından) itibaren geçerli olarak yapılabilir. Bu an, uygulamada çoğu zaman alacağın doğmasından, yani sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşmektedir. Dolayısıyla müşterinin genel işlem koşulu kapsamında feragat etmesi zaten OR Art. 141/1 hükmü nedeniyle mümkün olmaz. Onun feragat beyanı her halde bireysel olmak zorundadır (Koller, ZBJV, s. 696; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 151; Krauskopf, s. 47; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 64 vd.; Müller, s. 292. Aynı yönde bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3382a; Kaşak/Ganbari, s. 116-117).

tır.⁶³ Gerekçeye göre bu yeni ifadeyle kanun koyucu, önceden feragat yasağının alacağın doğmasından önce yapılmasına (sözleşmenin yapıldığı ana) ilişkin olduğunu benimseyen Federal Mahkeme'nin yukarıda belirtilen ilke kararını (BGE 132 III 226) kanun hükmüne bağlamak istemiştir.⁶⁴ Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, OR Art. 141'in yeni lafzı, Federal Mahkeme'nin söz konusu ilke kararına ve uygulamasına uymamaktadır. Zira Federal Mahkeme, söz konusu kararda "alacağın doğmasından önce" feragatin yasak olduğundan söz ederken, yeni OR Art. 141, geçerli feragat anını belirlemek üzere "zamanaşımının başlangıcından itibaren" ifadesini tercih etmiştir.⁶⁵ Dolayısıyla kanunun yeni ifadesine göre feragat, alacağın muaccel olduğu andan itibaren (TBK m. 149/1, OR Art. 130/1) geçerli olarak yapılabilecektir.⁶⁶ Alacağın doğması ile muaccel olması ise aynı anlama gelmez. Alacağın derhal, doğumu anında muaccel olması, ancak aksine bir anlaşma yok ise söz konusu olur (TBK m. 90, OR Art. 75). Alacağın doğumu ve muacceliyeti aynı ana denk gelirse, Federal Mahkeme'nin benimsediği esas ile OR Art. 141'in yeni lafzı arasında bir farklılık doğmaz. Ancak uygulamada daha yaygın olan, alacağın doğumundan sonra muaccel olacağının kararlaştırılmasıdır.⁶⁷ Başka bir ifadeyle, sözleşmenin yapılması (ve alacağın doğumu) ile alacağın muaccel olması aynı anda gerçekleşiyor ise zamanaşımı bu anda işlemeye başlayacak ve OR Art. 141'in yeni ifadesine göre ancak bu halde sözleşmenin yapılmasından sonra feragat beyanında bulunulması geçerli olabilecektir. Ancak taraflar daha sonrası için bir muacceliyet anı kararlaştırmış veya alaca-

⁶³ Bu düzenlemeyi hukuk politikasına uymadığı gerekçesiyle eleştiren görüş için bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 744 vd.

Hukukumuzda, zamanaşımı süresinin işlemiş olan kısmından feragat edilebileceği görüşünde olan bazı yazarların, OR Art. 141'in revizyondan sonraki ifadesinde olduğu gibi, zamanaşımı işlemeye başlamadan önce feragat edilemeyeceğini belirttikleri görülmektedir (Tutumlu, s. 341). Yine, önceden, yani sözleşme yapılırken veya en azından muacceliyet tarihinde veya daha önce yapılacak feragatin geçersiz olduğuna, zamanaşımı süresi işlemeye başlamadan önce feragat edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072.

⁶⁴ BBl 2014, 235, 261.

⁶⁵ Fellmann, HAVE, s. 153; Müller, s. 290; Krauskopf, s. 47; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 140. Ayrıca bkz. Huguenin, s. 688, N. 2260a.

⁶⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3374a; Müller, s. 290.

⁶⁷ Müller, s. 290. Buna karşılık zamanaşımının başlangıcının çoğu zaman sözleşmenin yapıldığı anda gerçekleşeceği yönünde bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3374a.

ğın muacceliyeti bizzat kanun tarafından daha sonraki bir an olarak öngörülmüş (TBK m. 234, OR Art. 213) ise, borçlu sözleşmenin yapılmasından hemen sonra değil, ancak alacağın muaccel olacağı andan itibaren (TBK m. 149/1) feragat beyanında bulunabilecektir.⁶⁸

Söz konusu revizyonla değiştirilen OR Art. 141/1'in gerekçesine göre, zamanaşımından feragatin geçerliliğinin zamanaşımının başlangıcına bağlanması, borçlunun, feragat anında zamanaşımının ne zaman başladığını bilecek olması bakımından yerindedir.⁶⁹ Ancak bu gerekçe de doktrinde ikna edici ve yerinde bulunmamaktadır. Bu kapsamda borçlunun, zamanaşımının başlangıç anını, ona karşı sahip olunan alacağın doğum anına nazaran daha iyi bilebileceğinin kabul edilmesi şüpheli görülmektedir. Buna göre çoğu durumda borçlu, uzman olmayan, deneyimsiz biri olarak zamanaşımının başlangıç anını (yani alacağın muaccel olduğu anı) değil, alacağın doğum anını (sözleşmenin yapıldığı anı veya sözleşme dışı sorumlulukta zarar verici davranışın gerçekleştiği anı) daha iyi bilir.⁷⁰ Ayrıca zamanaşımının başlangıç anının belirlenmesi, çoğu durumda uzman kişiler için dahi karmaşık olabilmektedir.⁷¹ Bu durum özellikle, sözleşme dışı sorumlulukta nispi zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi bakımından öyledir. Burada alacaklı (zarar gören) ve borçlu (tazminat borçlusu) kural olarak haksız fiil (kaza) tarihini, alacaklının zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenme anına göre (TBK m. 72/1, OR Art. 60/1) daha iyi bilir.⁷² Bu anlamda, zamanaşımından feragatin geçerliliğinin zamanaşımının başlangıcına

⁶⁸ Huguenin, s. 689, N. 2260. Feragatin ilk olarak hangi andan itibaren geçerli olarak yapılabileceğine ilişkin söz konusu değişiklik dışındaki diğer hususlarda, bu konuya ilişkin söz konusu yargı kararları uygulanmaya devam edecektir. Bu anlamda zamanaşımından feragat, sadece zamanaşımının başlangıcında değil, zamanaşımı süresinin işlemeye devam ettiği herhangi bir süre içerisinde de geçerli olarak yapılabilecektir. Keza yeni OR Art. 141, sadece OR'un üçüncü bölümündeki süreler için değil, tüm zamanaşımı süreleri için geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim bu husus, söz konusu değişikliğe ilişkin kanun gerekçesinde açıkça belirtilmiştir (BBl 2014 235, 262. Bu konuda bkz. Huguenin, s. 689, N. 2260. Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138).

⁶⁹ BBl 2014, 235, 262.

⁷⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3380a; Krauskopf, s. 47; Müller, s. 290; Fellmann, ZBJV, s. 221-222; Fellmann, HAVE, s. 153; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141.

⁷¹ Karaşahin, ZBJV, s. 745; Fellmann, HAVE, s. 153; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141.

⁷² Müller, s. 290. Aynı yönde bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 745. Ayrıca bkz. Fellmann, ZBJV, s. 221.

bağlanmasının hukuk güvenliğine (Federal Mahkeme'nin kararlarında zamanaşımının öngörülme amacı olarak vurguladığı) zarar vereceği belirtilmektedir.⁷³ Bunun yanı sıra, zamanaşımının başlangıcından itibaren feragat edilebileceğine ilişkin kanun ifadesinin nispi ve mutlak zamanaşımı sürelerinin söz konusu olduğu alacaklar bakımından (söz gelimi OR Art. 60/1, TBK m. 72/1) belirsizlik taşıdığı, bununla nispi (kısa) zamanaşımı süresinin mi, yoksa mutlak (uzun) zamanaşımı süresinin mi kastedildiğinin anlaşılamadığı belirtilmektedir.⁷⁴ Bu halde zamanaşımının başlangıcı olarak mutlak zamanaşımı süresinin esas alınması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.⁷⁵ Zira sorumluluk hukukunda mutlak zamanaşımı süresi objektif bir ana (zarar verici olaya) bağlı olup, sübjektif kriterlere bağlı olan (öğrenme anı) nispi zamanaşımı süresine göre çok daha kolay tespit edilebilir. Böylece geçerli feragat anı daha güvenilir bir biçimde belirlenmiş olur.⁷⁶

Yukarıda belirtilen nedenlerle İsviçre doktrininde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 132 III 226 ilke kararıyla benimsenen çözüme sadık kalınması ve borçluya, alacağın doğumundan hemen sonra zamanaşımı definden feragat etme imkânının tanınması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁷ Buna göre, her ne kadar yeni OR Art. 141/1 hükmü, feragat edilebilecek an olarak açıkça "zamanaşımının başlangıcı" nı esas almışsa da lafzın hükmün gerçek anlamını yansıtmadığına ilişkin inandırıcı gerekçelerin bulunması halinde bundan sapılması mümkündür. Bu anlamda geçerli feragat anının, amaçsal indirgeme (teleolojik redüksiyon) yoluyla bugüne kadarki yargı uygulamasına uygun

⁷³ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 24.

⁷⁴ Fellmann, ZBJV, s. 222; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N. 3380a; Fellmann, HAVE, s. 153-154. Keza bu düzenleme karşısında, feragat beyanında bulunulduğu sırada tarafların zamanaşımının başlangıcı konusunda açıkça bir hataya düşmesi halinde ne şekilde hareket edileceğinin de cevapsız kaldığı belirtilmektedir. Buna göre söz konusu haller, alacaklının güven yararı gerektiriyor ise hakkın kötüye kullanılması yasağının denetimine tâbi tutulmalıdır (Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 28).

⁷⁵ Fellmann, ZBJV, s. 222; Fellmann, HAVE, s. 153-154. Bu yönde bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 27.

⁷⁶ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 27.

⁷⁷ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141. Ayrıca bkz. Fellmann, ZBJV, s. 221-222; Fellmann, HAVE, s. 153. Karş. Koller, ZBJV, s. 695, 699. Zamanaşımından feragatin geçerliliğinin belirli bir ana bağlanmaması gerektiği görüşünde bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 746.

olarak yorumlanması ve bunun, alacağın doğmasından sonraki ana sabitlenmesi önerisinde bulunulmaktadır.⁷⁸ Yine bu kapsamda, geçerli bir feragat beyanının alacağın doğumundan itibaren yapılacağı kabul edilmesinin, zamanaşımının borçluyu korumaya ilişkin amacına aykırı düşmeyeceği belirtilmektedir. Önceden feragat yasağının amacı, borçlunun alacaklının baskısına karşı korunmasını sağlamak olup, feragat anının alacağın doğumundan sonraki ana göre belirlenmesi, söz konusu korumayı sağlamada yeterli olur.⁷⁹ OR Art. 141'in (TBK m. 160/1) yeni lafzına yöneltilen söz konusu eleştiriler oldukça isabetli olup, hukukumuzda zamanaşımı hükümlerinde yapılacak olası bir değişiklikte yol gösterici olacak niteliktedir. Önceden feragat yasağı ile hangi anın kastedildiği bir kanun hükmüyle açıklığa kavuşturulacak ise bu, alacağın doğduğu (sözleşmenin yapıldığı) an olarak belirlenmelidir.

III. ZAMANAŞIMINDAN FERAGATİN ETKİSİ

A. Genel Olarak

Borçlu, önceden feragat yasağını ihlal etmediği sürece zamanaşımından her zaman feragat edebilir. Başka bir ifadeyle, sözleşme kurulmadan önce veya kurulduğu anda (alacak doğmadan önce) olmadıkça, gerek zamanaşımı süresi dolduktan sonra gerek zamanaşımı süresi işlerken (yukarıda açıklandığı üzere tartışmalı olmakla birlikte) zamanaşımından feragat edilebilmesi mümkündür.⁸⁰ Ancak farklı dönem-

⁷⁸ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 26; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3380a. Ancak yargı uygulaması bu yönde şekillenene kadar borçluya, zamanaşımından feragat beyanında bulunmadan önce zamanaşımının işlemeye başladığı anı titizlikle kontrol etmesi uyarısında bulunulmaktadır. Diğer taraftan alacaklıya da zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda şüpheye düşmesi halinde, erken ve bu nedenle geçersiz bir feragati göze almak yerine, zamanaşımını kesmesi veya OR Art. 134/1, b. 8 kapsamında durdurması önerilmektedir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 27).

⁷⁹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 25.

⁸⁰ Ayrıca bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1585-1586. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise zamanaşımı hukukuna ilişkin revizyondan sonra zamanaşımının başlamasından itibaren feragat edilebileceğinin öngörülmesi (OR Art. 141) ile zamanaşımının gerçekleşmesinden önce feragat edilmesinin mümkün olduğu açıkça kabul edilmiştir (Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 142). Aynı yöndeki değişikliğin TBK m. 160 hükmünde de yapılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. İpek İşleten, s. 212.

İsviçre hukuku bakımından, zamanaşımının başlangıcından itibaren her zaman

lerde yapılan bu feragatlerin etkisi birbirinden farklıdır. Bu nedenle konu, zamanaşımı süresi dolmasından önce yapılan feragat ile sonradan yapılan feragat birbirinden ayrılarak incelenecektir.

B. Zamanaşımı Süresi Dolmadan Önce (Zamanaşımı Süresi İşlerken) Yapılan Feragatin Etkisi

Zamanaşımı süresi dolmadan önce (işlerken) yapılan bir feragat beyanının nasıl bir etkiye sahip olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu halde feragat, zamanaşımını kesen bir fiil gibi etkide bulunur. Buna göre, zamanaşımından feragat edildiği andan itibaren kesilen (başlangıçtaki) süre yeniden işlemeye başlar.⁸¹ Bu kapsamda ileri sürülen bir görüş, süreli ve süresiz feragat beyanını etkisi bakımından birbirinden ayırmaktadır. Buna göre süreli feragat beyanlarında öncelikle taraf iradeleri belirleyici olmalıdır. Zaman yönünden sınırlanmış olan böyle bir feragat beyanı (söz gelimi Aralık 2013'e kadar yapılan bir feragat), kendiliğinden zamanaşımını kesen bir fiil fonksiyonuna sahip olmaz. Bu halde feragat ile sadece zamanaşımı süresinin uzatılması da amaçlanmış olabilir. Ancak şüphe halinde buna, zamanaşımını kesen bir fiil nazarıyla bakılmalıdır. Buna karşılık, süresiz feragat beyanlarında baştan itibaren zamanaşımının kesildiğinden hareket edilmelidir. Dolayısıyla bu halde kanuni zamanaşımı süresi, kural olarak zamanaşımından feragat edildiği andan itibaren yeniden ve bütünüyle işlemeye başlar.⁸²

feragat edilebileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 142; Müller, s. 291; Koller, ZBJV, s. 692.

⁸¹ Huguenin, s. 690, N. 2263; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1587a. Yine bu yönde olmak üzere, zamanaşımı süresi işlerken yapılan bir feragat beyanını, TBK m. 154/1, b. 1 (OR Art. 135/1, b. 1) anlamında borç ikrarı olarak değerlendiren ve zamanaşımını kesen bir sebep olarak ele alan görüş için bkz. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 1988, s. 448; Berger, s. 493, N. 1478. Böylece, bu görüşe göre zamanaşımı süresi yeniden işleyecek olmakla birlikte (OR Art. 137/1, TBK m. 156/1), tarafların feragati bir süreye bağlamaları (en fazla on yıl olmak üzere) da mümkündür (Berger, s. 493-494, N. 1478).

⁸² Huguenin, s. 690, N. 2263. Süre öngörülmeden yapılan feragatin işlemiş olan süre kadar zamanaşımının uzamasına yol açacağına, belirli bir süre öngörülerek (bir hafta, bir ay, kırk gün) yapılan feragatin ise zamanaşımının öngörülen süre kadar uzamasını sağlayacağına ilişkin olarak bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 386. Buna göre, belirli bir süre öngörülerek yapılan feragat, kural olarak zamanaşımını kesen bir neden olan ikrar anlamına gelmez. Yoksa belirli bir süre öngörülmesinin hiçbir anlamı kalmazdı.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, feragat beyanına zamanaşımını kesen bir davranış etkisi yüklenemez.⁸³ Buna göre, taraflar genellikle zamanaşımını doğrudan doğruya (ve önceden) kesmekten kaçınmak isterler. Bunun yanı sıra, feragat beyanında belirtilen feragat süresine rağmen, yeni ve çoğu zaman daha uzun bir zamanaşımı süresinin işlenmesi borçlu yönünden haksız bir durum yaratır. Bu görüşe göre, feragat beyanı kendiliğinden yalın bir usuli savunma aracı etkisine de sahip olamaz. Buna göre, zamanaşımı süresi dolmadan önce yapılan belli bir süreyle sınırlı feragat ile kural olarak - zamanaşımının kesilebileceği süreyi genişletme imkânı tanıyan - zamanaşımı süresinin uzatılması amaçlanır.⁸⁴ Nitekim İsviçre doktrindeki genel eğilime ve yargı uygulamasına göre, zamanaşımı süresi dolmadan önce yapılan feragat, kural olarak zamanaşımı süresinin uzaması ile aynı etkiye sahiptir.^{85 86} Ancak bu sonucun mutlak bir biçimde benimsenmemesi gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. Buna göre zamanaşımı gerçekleşmeden önce yapılan bir feragat beyanının etkisi kendiliğinden de-

Feragat anından itibaren yeni bir sürenin başlayacağı yönünde ayrıca bkz. Akçay, s. 160.

⁸³ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Bu yönde bkz. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 3384. Yine, salt zamanaşımından feragatin zamanaşımını kesen bir neden olmadığı, borçlunun bu yöndeki iradesini ortaya koyan başkaca unsurlar olmaksızın feragatin tek başına ikrar anlamını taşımayacağına ilişkin olarak bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 384. Aynı şekilde, zamanaşımından feragat edilmesinin ikrar niteliğinde olmadığı görüşünde bkz. Paksoy, s. 110 vd.

⁸⁴ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145.

⁸⁵ Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.17; Fellmann, ZBJV, s. 223; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 3383; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 39; Koller, ZBJV, s. 693; Berger, s. 484, N. 1449; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3a; Müller, s. 293; Fellmann, HAVE, s. 157. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 99 II 185 E. 3a, BGE 132 III 226. Ayrıca bkz. BGer 4A_707/2012, 28.05.2013, E. 7.4.2 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 09.06.2022).

⁸⁶ Bu halde, bir hak sona erdirilmediği için teknik anlamda bir feragatin söz konusu olmadığını belirten bir görüşe göre, içeriği ve hukuki sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir hukuki işlemin zamanaşımının durmasına veya kesilmesine yönelik bir sözleşme olarak nitelendirilmesi daha isabetli olurdu (Karaşahin, ZBJV, s. 737). Yine, zamanaşımı süresi işlerken yapılan feragati öncelenmiş feragat olarak nitelendiren bir görüşe göre, borçlu bu aşamada henüz defi hakkına sahip olmadığından bu, zamanaşımı defi kazanıldığı anda borçlunun tasarruf yetkisine sahip olması halinde ve zamanaşımı süresinin dolmasından sonra hüküm ifade eder. Borçlu bu halde zamanaşımı defi hakkını bir an kazanacak ve öncelenmiş feragati nedeniyle bu hakkı hemen kaybedecektir. Borçlu artık burada defi hakkını kullanamaz (Paksoy, s. 69. Zamanaşımı süresi dolmadan önce yapılan feragat ile müstakbel zamanaşımı definin kaybedileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 647).

ğil, öncelikle taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla belirlenebilir.⁸⁷ Bu kapsamda, feragat beyanından tarafların sadece usuli bir savunma imkânından yararlanmak istedikleri şüpheye yer kalmayacak biçimde anlaşılıyor ise tarafların bu anlaşmalarını yok saymanın hiçbir gerekçesi bulunmaz. Söz gelimi taraflar, kanuni zamanaşımı süresinin dolmasından sonra zamanaşımının herhangi bir şekilde durmasının veya kesilmesinin söz konusu olmayacağına ilişkin bir ifadeye yer vermiş iseler böyle bir durumdan söz edilebilir.⁸⁸ Ancak şüphe halinde güven teorisi esas alınmalı ve alacaklı yararına olacak biçimde zamanaşımının uzadığından hareket edilmelidir. Açık olmayan bir hükmün, beyan sahibi için daha elverişsiz olan anlamına üstünlük tanınacağına ilişkin sözleşmesel yorum kuralı da bu görüşü destekler.⁸⁹

Şu halde zamanaşımı süresi işlerken zamanaşımından feragat edilmesi halinde zamanaşımı süresi, feragat edilen süre kadar uzamış olacaktır.⁹⁰ Bu halde taraf iradeleri aslında, tıpkı zamanaşımının durması veya kesilmesinde olduğu gibi, zamanaşımının belirli bir süre için geciktirilmesine yönelmiştir. Bu süre içerisinde zamanaşımı işlemeye devam edeceğinden, bunun durması veya kesilmesi de mümkündür.⁹¹

⁸⁷ Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.17; Huguenin, s. 690, N. 2263; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 40; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145.

⁸⁸ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145. Aynı şekilde, söz gelimi borçlunun, “alacağın mayıs sonuna kadar mahkeme önünde talep edilmesi halinde (alacak o anda zamanaşımına uğramış olsa bile) zamanaşımına başvurmayacağını” açıklamış olması halinde, sadece zamanaşımı defini ileri sürmekten feragatin söz konusu olduğundan yola çıkılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.17; Koller, ZBJV, s. 693. Zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat, hukuki etkisi bakımından, zamanaşımına başvurma yetkisinden geçici olarak yoksun kalınmasından ibarettir (Koller, ZBJV, s. 694).

⁸⁹ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145-146.

⁹⁰ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 50; Ayrıca bkz. Müller, s. 293. Bir görüşe göre zamanaşımından feragat, sadece zamanaşımının daha önceden işlenmiş olan kısmı için etki doğurur (Koller, SJZ, s. 194 vd.). Buna karşılık, Federal Mahkeme'nin zamanaşımı süresi işlerken yapılacak olan feragatin, zamanaşımı süresinin uzaması yönünde etkide bulunacağına ilişkin ilke kararının (BGE 132 III 126) bu şekilde değerlendirilmesinin isabetli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, Federal Mahkeme söz konusu kararında, alacağın doğumundan itibaren zamanaşımından feragat edilebileceğini kabul ettiğinden, alacağın doğumu ile muacceliyeti arasındaki sürede de feragat edilebileceğini benimsemiş olmaktadır. Yüksek Mahkeme, feragatin etkisini zamanaşımı süresinin daha önce işlemiş olan kısmıyla sınırlandırmak istemiş olsaydı, muacceliyetten önce yapılan feragatin geçersiz olduğunu kabul etmesi gerekirdi (Müller, s. 293).

⁹¹ Karaşahin, ZBJV, s. 734. Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 155; Erdem, Zamanaşımı, s. 386-387.

Ayrıca, borçlunun bu süre içerisinde yeniden feragat etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.⁹² Ancak doktrin ve yargı uygulamasına göre zamanaşımından en fazla on yıl için feragat edilebileceğine dikkat edilmelidir. Söz konusu on yıllık tavan süre, zamanaşımı hukuku revizyonu ile İsviçre hukukunda kanun hükmü haline getirilmiştir (OR Art. 141/1).⁹³ Konu, aşağıda “zamanaşımından feragatin süresi” başlığı altında ele alınacaktır.

C. Zamanaşımı Süresi Dolduktan Sonra Yapılan Feragatin Etkisi

Zamanaşımı süresi işlerken olduğu kadar, bu sürenin dolmasından sonra da zamanaşımından feragat edilebilmesi mümkündür.⁹⁴ Bu sonuca, alacağın doğumu anında veya öncesinde feragat edilemeyeceği şeklinde anlamlandırdığımız önceden feragat yasağına ilişkin TBK m. 160/1 hükmünden de ulaşılabilir.⁹⁵ Hatta teknik anlamda feragat, zamanaşımı süresi dolduktan sonra yapılan feragattir.⁹⁶ Bu halde tüm zamanaşımı süreleri bakımından feragat edilebileceğinde bir tereddüt bulunmaz.⁹⁷ Ancak hemen belirtelim ki, zamanaşımı süresi dolduktan sonra feragat edilmesi ile (en azından açık bir irade beyanıyla) uygulamada nadiren karşılaşılır. Zira zamanaşımı gerçekleştikten sonra borçlu zaten defî hakkını ileri sürmekten vazgeçmekte serbesttir.⁹⁸ Zama-

⁹² Erdem, Zamanaşımı, s. 386-387.

⁹³ bkz. aşağıda, IV'teki açıklamalar.

⁹⁴ Fellmann, HAVE, s. 162; Berger, s. 496, N. 1485; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5a; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3375; Koller, SJZ, s. 197; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072; Erdem, Zamanaşımı, s. 386; Eren/Dönmez, s. 2695; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1586.

⁹⁵ Bu halde doğmuş olan bir defî hakkından feragat edilmektedir (Eren/Dönmez, s. 2695). Bu yöndeki Yargıtay kararları bkz. Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481; Yarg. 9. HD, 12.11.2020, E. 2017/17957, K. 2020/15926; Yarg. 9. HD, 21.06.2019, E. 2016/3794, K. 2019/13938 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 26.06.2022). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 23.02.2000, 2000/15-71, 116 (Bilgen, s. 182 vd.).

⁹⁶ TBK m. 160'ın (OR Art. 141) mefhumu muhalifinden bu sonuca ulaşılabilirliğine ilişkin olarak bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5a; Erdem, Zamanaşımı, s. 386.

⁹⁷ Karaşahin, ZBJV, s. 737.

⁹⁸ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3376; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 41.

⁹⁸ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 41; Berger, s. 496, N. 1485. Ayrıca bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 737.

⁹ İsviçre uygulamasında borçlu çoğu zaman, alacağın feragat anında henüz zamanaşımına uğramamış olması kaydıyla feragat beyanında bulunmaktadır. Buna göre

naşımı süresi dolduktan sonra borçlu istiyorsa borcunu ödeyebilecek, bunu istemiyor ise zaten zamanaşımından feragat etmeyecektir. Bu anlamda zamanaşımı süresinin dolmasından sonra yapılan feragatin işlevinin, borcun ikrar edilmesinde olduğu gibi, borçlunun örtülü feragat olarak nitelendirilebilecek bazı davranışlarının söz konusu olduğu hallerle sınırlı olduğu belirtilmektedir.⁹⁹

Zamanaşımı gerçekleştikten sonra yapılan feragatin nasıl bir etki yarattığı, zamanaşımı işlerken yapılan feragatte olduğu gibi doktrinde farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Tartışma özellikle, böyle bir feragat ile yeni bir borcun mu doğduğu, yoksa eski borç varlığını devam ettirmekle birlikte, zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle dava edilemez hâle gelen alacağın yeniden dava edilebilir mi kılınmış olduğu etrafında şekillenmiştir. Bir görüşe göre, böyle bir feragat halinde alacaklı, alacağını mahkemeden talep etme ve gerektiğinde borçlunun iradesine aykırı olarak cebri icraya başvurma imkânını yeniden elde eder. Buna karşılıklı zamanaşımına uğramış bir alacaktan feragat, yeni bir alacağın doğmasına neden olmaz.¹⁰⁰ Zira alacak zamanaşımına uğramakla sona ermez, doğal (eksik) borç haline dönüşür. Bu halde

zamanaşımı gerçekleşmiş ise feragat beyanı bir etki doğurmayacaktır. Ancak böyle bir kayıt öngörülmüş olmasa bile, şüphe halinde zaten, feragatin bu anda henüz zamanaşımına uğramamış olan alacaklar bakımından geçerli olacağı belirtilmektedir. Gerçekte (aksi yönde bir kanıt olmadıkça), borçlunun zamanaşımına uğramış bir alacağı feragat beyanında bulunarak yeniden mahkeme önünde ileri sürülebilir kılmak istemesi pek olası değildir (Müller, s. 291). Uygulamada öngörülen böyle bir kaydın, alacaklının güveninin korunması bakımından sorun yaratmayacağı belirtilmektedir. Zira borçlu bununla, alacaklının zamanaşımı süresi içerisinde zamanaşımını kesen veya durduran fiilleri gerçekleştirmesini engellemez. Zamanaşımının kesilmesi, zaten gerçekleşmiş olan zamanaşımı bakımından değil, ancak işleyen zamanaşımı için söz konusu olabilir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 81).

⁹⁹ Paksoy, s. 61, 68-69. Borçlunun, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra borcunu ikrar etmesinin, zamanaşımından örtülü olarak feragat edildiği anlamını taşıyacağı görüşünde ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 436. Yine, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borçlunun borcu ikrar etmesi veya güvence vermesine ilişkin fiillerinin, bu halde zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmayacağından, örtülü irade beyanıyla feragat sayılacağına ilişkin olarak bkz. Oğuzman/Öz, s. 647. Aynı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1056. Yargıtay da bu görüşten hareket ederek karar vermektedir. Buna ilişkin kararlar için bkz. yukarıda, Giriş, dn. 9. Kanaatimizce bu şekilde mutlak bir sonucun benimsenmesi isabetli değildir. Bu halde, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borcu tanıyan borçlunun irade beyanının yorumlanması ile bir sonuca ulaşılması gerekir.

¹⁰⁰ Müller, s. 291; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 146; Fellmann, HAVE, s.162. Bu görüşte ayrıca bkz. Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.13.

alacağın varlığı sona ermediğinden, “yeni” bir alacağın doğduğundan söz edilemez.¹⁰¹ Bu kapsamda bir görüş, zamaşıımından feragatin yeni bir alacak yaratmayacağını belirtmekle birlikte, zamaşıımı bakımından mevcut alacağın, tıpkı yeniden doğan bir alacak gibi değerlendirilmesi gerektiğini benimsemektedir. Buna göre, söz konusu alacak daha kısa bir zamaşıımına tâbi olsa bile, feragatle birlikte TBK m. 146 (OR Art. 127) hükmüne göre yeni bir on yıllık zamaşıımı süresi işlemeye başlar. Böylece zamaşıımı definden feragat, TBK m. 156/2’de (OR Art. 137/2) ngrlen, borcun bir senetle ikrar edilmesi veya hâkim kararına bağlanması fiilleri ile aynı anlama sahiptir.¹⁰² Buna karşılık, yine zamaşıımı gerçekleştikten sonra yapılan feragatin yeni bir alacak doğurmayacağını benimseyen bir başka görüş, borçlunun zamaşıımı definden feragatine, TBK m. 156/2 (OR Art. 137/2) anlamında bir borç ikrarı ile aynı hukuki sonucun bağlanması halinde çok ileri gidilmiş olacağını belirtmektedir.¹⁰³ Buna göre, borçlunun bu aşamada feragat etmesinin anlam ve kapsamı, alacaklıya, alacağını dava veya başka bir yolla talep edebilme ve zamaşıımı define başvurulup başvurulamayacağını düşünmeden davanın içeriğine odaklanmasını sağlama imknni tanımaktan öteye geçmez.¹⁰⁴ Bu nedenle, alacağın zamaşıımına uğramasından sonraki feragat, sadece - eksik borç haline gelen - alacağın yeniden dava edilebilir olmasını sağlar.¹⁰⁵

¹⁰¹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 44; Müller, s. 291.

¹⁰² Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.13. Ayrıca bkz. Müller, s. 291. Yine bu yönde olmak üzere, gerçekleşmiş olan zamaşıımından feragatin, zamaşıımına uğramış, ancak yeniden ileri sürülebilir hâle gelen alacak için zamaşıımının yeniden başlamasına yol açacağına ilişkin olarak bkz. Berger, s. 496, N. 1487; Bucher, OR AT, s. 448. Bu nedenle borçluya, her halkrda feragat beyanını bir süreyle sınırlandırması (TBK m. 146’daki on yıllık olağan kanuni süreyi aşmayacak biçimde) nerisinde bulunulmaktadır (Berger, s. 496, N. 1487).

¹⁰³ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 44. Hatta İsviçre uygulamasında genellikle taraf iradelerinin, bir borç ikrarının yaratacağı hukuki sonucun aksine yönelmiş olduğu belirtilmektedir. Zira uygulamada çoğu zaman, “bu feragat ikrar anlamına gelmez” kaydıyla feragat edilmektedir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 44).

¹⁰⁴ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 146.

¹⁰⁵ Fellmann, HAVE, s. 162; Berger, s. 496, N. 1486; Koller SJZ, s. 196; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 146; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3383. Bu halde zamaşıımının feragat beyanında belirtilen süre kadar yeniden gündeme geleceğine, bir süre belirtilmemiş ise feragatin, söz konusu alacağın tâbi olduğu zamaşıımı süresinin yeniden işlemesine yol açacağına ilişkin olarak bkz. Erdem, Zamaşıımı, s. 386.

Ayrıca feragat ile alacağın zamanaşımına uğramayan bir borç haline getirilmesi söz konusu olamaz. Burada sadece defiyi ileri sürme hakkından vazgeçilir.¹⁰⁶

Zamanaşımı süresi işlerken yapılan feragatten farklı olarak, zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra feragat edilmesine, zamanaşımı süresini uzatan bir etki tanınmaz. Zira bu etki ancak, zamanaşımı süresinin işlemeye devam ettiği dönem için geçerli olabilir. Oysa bu halde zamanaşımı süresi artık sona ermiştir. Bu halde de zamanaşımı süresinin devam ettiğinin kabulü, zamanaşımı süresi dolduktan sonra da alacaklının süreyi kesip durdurabilmesine yol açar. Hâlbuki zamanaşımının kesilmesi, zamanaşımının gerçekleşmesi halinde değil, ancak işleyen zamanaşımı bakımından söz konusu olabilir.¹⁰⁷

Yargılama sırasında borçlu, zamanaşımına uğramış alacağa ilişkin defi hakkını ileri sürüp sürmeme konusunda serbesttir. Bu anlamda borçlunun, yargılama sırasında zamanaşımı defini ileri sürmeyi ihmal etmesi veya ileri sürmekten kaçınması, zamanaşımından feragat niteliğinde olmayıp, TBK m. 160 hükmünün uygulama alanına girmez. Yargılama sırasında borçlunun yalın olarak zamanaşımı defini ileri sürmekten kaçınması her halde geçerlidir. Burada, hâkimin zamanaşımını resen göz önünde bulunduramayacağına ilişkin TBK m. 161 hükmü uygulama alanı bulur.¹⁰⁸ Bu nedenle, yargılama sırasında

¹⁰⁶ Eren/Dönmez, s. 2696; Kılıçoğlu, s. 1145.

¹⁰⁷ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 45. Bu yönde bkz. BGE 122 III 10, E. 7 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 10.06.2022). Bu nedenle Federal Mahkeme'nin, zamanaşımının gerçekleşmesinden önce veya sonra verilmiş olup olmamasından bağımsız olarak, feragat beyanının, zamanaşımı süresinin sözleşmeyle uzatılmasında olduğu gibi bir etkiye sahip olacağına ilişkin kararı (BGE 99 II 185) isabetli bulunmamaktadır (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 45. Ayrıca bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 1a). Buna karşılık, Federal Mahkeme'nin söz konusu kararıyla aynı yönde olmak üzere, gerek zamanaşımı gerçekleşmeden önce gerek gerçekleştikten sonra yapılan feragat beyanlarında, tüm feragat süresi boyunca zamanaşımının kesilmesinin veya durmasının mümkün olduğu görüşünde bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3383. Yine bu kapsamda, İsviçre uygulamasında genellikle feragat beyanında bulunduğu anda zamanaşımı henüz gerçekleşmemiş ise feragatin geçerli olacağı kaydına yer verildiğinden, borçlunun, zamanaşımı gerçekleştikten sonra zamanaşımı süresinin uzatılmasını amaçlamasının bu uygulamaya yabancı olduğuna vurgu yapılmaktadır (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 45. Söz konusu uygulama hakkında ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 144; Müller, s. 288).

¹⁰⁸ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 139. Aynı yönde bkz. Müller, s. 292; Gauch/Schlu-

zamaşıımı definin ileri sürülmemesi halinde geçerli bir feragatin varlığı için gerekli koşullar aranmaz.¹⁰⁹ Aynı şekilde, borçlu zamaşıımını bilmeden borcunu ifa etmiş, tanımış veya güvence altına almış ise, defi hakkını feragat nedeniyle değil, edimi ifadan kaçınmaya ilişkin son fırsatı kaçırdığı için kaybeder. Zamaşıımına uğramış olan alacak eksik borç olarak ifa edilebilir olmaya devam ettiğinden, zamaşıımı bilinmeden yapılan ifa veya tanıma ya da verilen güvence geri alınamaz.¹¹⁰

IV. ZAMAŞIIMINDAN FERAGATİN SÜRESİ

TBK, borçlunun hangi süre için feragat edebileceği konusunu düzenlemiş değildir. Feragatin süresinin öncelikle taraf iradesi esas alınarak belirleneceği açıktır. Bu anlamda feragat, taraflarca belirlenen süre için (söz gelimi mayıs sonuna kadar, bir hafta veya bir yıl için) geçerli olur.¹¹¹ Bu kapsamda borçlunun, zamaşıımından belirli bir süre için veya bir süre belirlemeksizin feragat edebilmesi mümkündür.¹¹² Öyle olmakla birlikte doktrinde isabetle, sınırsız bir feragat beyanında bulunamayacağı, feragat edilebilecek sürenin sınırlandırılması gerektiği

ep/Schmid/Emmenegger, N. 3385; Berger, s. 496-497, N. 1488. Yargıtay ise, açılmış olan bir davada zamaşıımı define bulunulmamasıyla da feragatin gerçekleşeceğini kabul etmektedir (Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481; Yarg. 9. HD, 21.06.2019, E. 2016/3794, K. 2019/13938; Yarg. 9. HD, 12.11.2020, E. 2017/17957, K. 2020/15926; (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 26.06.2022). Aynı kararlara göre feragat, defi hakkının geri alınmasıyla da yapılabilir (Aynı görüşte bkz. Günay, s. 195).

Bu kapsamda belirtelim ki, alacak zamaşıımına uğramakla sona ermeyip varlığını devam ettirdiği için borçlu, bir defa ileri sürdüğü zamaşıımı defini her zaman, süreli ya da süresiz olarak geri alabilir. Bu halde alacak, geri alma anından itibaren mahkeme önünde yeniden ileri sürülebilir. Defi hakkının, tâbi olunan zamaşıımı süresinden daha kısa bir süre için geri alınması halinde alacak, bu sürenin dolmasına kadar mahkeme önünde ileri sürülebilir. Definin süresiz olarak geri alınması halinde ise, sürenin kesilmesinde olduğu gibi tâbi olunan zamaşıımı süresiyle aynı sürenin işlemeye başlayacağı belirtilmektedir (Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5a. Ayrıca bkz. Berti, ZK OR, Art. 141, N. 59).

¹⁰⁹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 13. Aynı yönde bkz. Müller, s. 292.

¹¹⁰ Berger, s. 496-497, N. 1488.

¹¹¹ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3382; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 48; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 7. Feragatin süresi esas olarak borçlunun iradesine göre belirlenecek olmakla birlikte, tek taraflı feragat beyanının kapsamı, güven prensibi temelinde alacaklının bu beyana vereceği anlama göre belirlenir (Erdem, Zamaşıımı, s. 385).

¹¹² Müller, s. 291; Erdem, Zamaşıımı, s. 385. Ayrıca bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 735.

düşüncesinden hareket edilmektedir. Aksi halde alacaklının, borçludan edimin ifasını herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın isteyebilmesinin yolu açılmış olurdu.¹¹³ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi yukarıda belirtilen ilke kararında, zamanaşımından feragat ile zamanaşımı süresinin, OR Art. 127'ye (TBK m. 146) göre en fazla on yıl için uzayabileceği tespitinde bulunmuştur.¹¹⁴ Bu karara göre, somut durumda geçerli olan zamanaşımı süresinden bağımsız olarak, on yıldan daha fazla bir süre için zamanaşımından feragat edilemez.¹¹⁵ Feragat edilen sürenin TBK m. 146'da öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresinden uzun olamayacağı, doktrindeki genel kabulü yansıtmaktadır.¹¹⁶ İsviçre kanun koyucusu, 15 Haziran 2018 tarihli kanunla yapılan zamanaşımı hukuku revizyonu ile Federal Mahkeme kararlarında ve doktrinde benimsenen görüşü takip ederek söz konusu on yıllık süre sınırını kanun hükmü haline getirmiştir. Gerçekten OR Art. 141/1'in değiştirilen ifadesine göre borçlu, her defasında en fazla on yıl için zamanaşımından feragat edebilir.^{117 118}

¹¹³ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3a; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 47.

¹¹⁴ BGE 132 III 226 (Buna ilişkin olarak bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 148, Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 47. Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 149). Bu yöndeki diğer Federal Mahkeme kararları için bkz. BGer 9C_855/2010, 8.2.2011, E. 3.5.2 (<https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 11.06.2022). BGer 9C_104/2007, 20.8.2007, E. 8.2.1; BGer 4A_707/2012, 28.5.2013, E. 7.4.2 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 11.06.2022).

¹¹⁵ Huguenin, s. 689, N. 2261.

¹¹⁶ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3a; Huguenin, s. 689, N. 2261; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 7; Erdem, Zamanaşımı, s. 385; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1072; Paksoy, s. 91; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1722; Kaşak/Ganbari, s. 116. Bu yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 1145; Nomer, s. 467, N. 212.18. Ayrıca bkz. İpek İşleten, s. 210 vd.

¹¹⁷ Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 148; Huguenin, s. 689, N. 2261; Fellmann, ZBJV, s. 222.

¹¹⁸ Belirtelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi'ne ve doktrindeki baskın görüşe göre, OR'un üçüncü bölümü (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımı) dışındaki süreler bakımından da uzama süresi OR Art. 127'de (TBK m. 146) öngörülen on yıllık süreyi aşamaz (Koller, OR AT, s. 1247, N. 71.31; Schwenzer, s. 539, N. 84.12; Däppen, BSK OR, Art. 129, N. 3; Koller, ZBJV, s. 699; Huguenin, s. 687, N. 2256; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1071; Oğuzman/Öz, s. 628; Eren/Dönmez, s. 2647; Reisoğlu, s. 436; Erdem, Zamanaşımı, s. 374; Tutumlu, s. 341; Özkaya, s. 198. Aynı yönde bkz. Paksoy, s. 99. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 99 II 185, BGer 4A_221/2010, 12.01.2012, E. 3, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 03.06.2022). Buna karşılık bir başka görüşe göre zamanaşımı süresinin on yıllık süreyi aşması mümkündür. Bu görüş, burada de lege ferenda bir üst süre öngörülmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, açık bir kanuni dayanak bulun-

İsviçre hukukunda kanun hükmüyle, hukukumuzda ise doktrinde benimsenen on yıllık azami feragat süresi, zamaşıımına uğramayan bir alacak yaratılmamasını güvence altına alarak hukuk güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunur. İrade serbestisinin bu şekilde sınırlandırılması ile borçlunun zamaşıımından aşırı bir süre için feragat etmesi engellenmiş olur. Böylece söz konusu süre sınırlaması her şeyden önce, borçluyu kapsamını bilemeyeceği aşırı bir yükümlülüğe karşı korur.¹¹⁹ On yıldan fazla bir süre için veya süresiz olarak yapılan bir feragat beyanı, içeriği değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuralı gereği (TBK m. 27/2, OR Art. 20/2) on yıl için geçerli kabul edilir.¹²⁰

Zamaşıımından feragat bakımından kabul edilen on yıllık azami süre, sadece ilgili feragat beyanı için söz konusu olup, borçlunun daha sonra başka bir feragat beyanında bulunmasını engellemez. Borçlu, daha sonra aynı alacak için - yine en fazla on yıl süreyle - başka bir feragat beyanında da bulunabilir. Başka bir ifadeyle zamaşıımından feragat, en fazla on yıllık periyotlarla bir veya birden fazla kez yinelebilir.¹²¹ Böylece borçlu, ilk feragat beyanının etkisini her seferinde en

madığından, bunun de lege lata şüpheli görüldüğünü belirtmektedir. Buna göre, süre uzatımının uygun bir biçimde sınırlandırılması de lege lata sadece, irade serbestisini sınırlandırılan genel kurallara, bu anlamda kişilik hakkının aşırı bir bağlılığa karşı korunmasına ilişkin TMK m. 23/2'ye (ZGB Art. 27/2) göre mümkündür (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 85 vd. Yine, söz konusu on yıllık sınırlamanın ikna edici olmadığı, TBK m. 146'da (OR Art. 127) öngörülen olağan zamaşıımı süresinin de sonradan yapılacak bir feragat ile uzatılabileceği, bu nedenle buradaki tek sınırlamanın TMK m. 23 (ZGB Art. 27) kapsamında olabileceğine ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. Berger, s. 485, N. 1451).

¹¹⁹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 49.

¹²⁰ Huguenin, s. 689, N. 2261; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3382-3383; Müller, s. 292; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 149; Fellmann, HAVE, s. 162; Erdem, Zamaşıımı, s. 385; Paksoy, s. 91; Kaşak/Ganbari, s. 114. Ayrıca bkz. BBl 2014, 235, 262. Böyle bir feragatin istisnai hallerde TBK m. 27/2, c. 2 gereği bütünüyle geçersiz sayılması da mümkündür (Erdem, Zamaşıımı, s. 385-386).

Zamaşıımı hukukuna ilişkin söz konusu revizyondan önce verdiği bir kararda İsviçre Federal Mahkemesi, süresiz feragatin akibetini kısmi hükümsüzlük (OR Art. 20/2) kapsamında değerlendirmeyip, bu halde bir boşluğun olduğundan hareket etmiştir. Buna göre, bu boşluğun doldurulmasında hâkim ilk olarak yedek hukuk kurallarından yararlanacağından, somut durumda söz konusu olan boşluk OR Art. 127'ye (TBK m. 146) dayanılarak doldurulmalıdır. Dolayısıyla zamaşıımından on yıl için feragat edilebilir (BGer 9C_855/2010, 8.2.2010. Karar için bkz. Fellmann, HAVE, s. 162; Müller, s. 292, dn. 36. Bu kararlar aynı yönde bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 48).

¹²¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3382; Huguenin, s. 689, N. 2261; Fell-

fazla on yıl için uzatabilir. Hukukumuzda fiili zamanaşımı süresi sınırlandırılmış olmadığından, feragatin etkisinin bu şekilde uzatılabilmesi hukuka uygundur. Nitekim alacaklı da zamanaşımını kesen sınırsız sayıda fiille (TBK m. 154/1, b. 2, OR 135/1, b. 2) zamanaşımı süresini istediği kadar uzatabilmektedir.¹²²

Zamanaşımından feragat edilebilecek üst sürenin on yıl olarak kabul edilmesi, alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin daha kısa olması halinde, TBK m. 148’de öngörülen sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin kurala aykırı bir durumun doğup doğmayacağı konusunda bir tereddüt yaratabilir. Nitekim doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, zamanaşımı süresi TBK m. 148’e göre değiştirilebilir nitelikte değil ise, feragat en fazla söz konusu zamanaşımı süresi için kararlaştırılabilmelidir. Buna göre, söz gelimi TBK m. 147’ye (OR Art. 128) göre beş yıllık zamanaşımı süresi söz konusu ise, zamanaşımından feragat ile zamanaşımının gerçekleşmesi en fazla beş yıl için geciktirilebilir. Zira aksi halde zamanaşımı beş yıldan on yıla uzatılmış olurdu ki bu, kapsamına giren sürelerin değiştirilemeyeceğini öngören TBK m. 148 (OR Art. 129) hükmüne aykırı düşerdi.¹²³ Buna karşılık bir diğer görüşe göre TBK m. 148 (OR Art. 129), kanunda öngörülmüş olması halinde, değiştirilemeyen zamanaşımı sürelerinin alacağın doğumundan sonra uzayabileceğine ilişkin yoruma engel değildir. Bu anlamda TBK m. 156/2 açıkça, borcun bir senetle ikrar edilmiş olması hâlinde yeni sürenin, tâbi olunan zamanaşımı süresinin daha kısa olup olmamasından bağımsız olarak her zaman on yıl olacağını öngörmektedir. TBK m. 148, TBK m. 156/2’nin uygulanmasına engel değildir. Burada söz konusu olan hukuki durum da bundan farklı değildir. Sürenin fiilen uzaması TBK m. 160’a göre geçerli ise, TBK m. 148 hükmü zamanaşımından feragat engel oluşturmaz.¹²⁴ Yine bu

mann, ZBJV, s. 222; Krauskopf, s. 47; Fellmann, HAVE, s. 154; Müller, s. 292; Paksoy, s. 91-92; Sarıkaya, s. 1213. Ayrıca bkz. BBl 2014, 235, 262.

¹²² Müller, s. 292; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 49.

¹²³ Karaşahin, ZBJV, s. 748. Ayrıca bkz. Koller, ZBJV, s. 702.

¹²⁴ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 51. Yine bu kapsamda, revizyonla değiştirilen OR Art. 141’in lafzının da ilk görüş aleyhine olduğu belirtilmektedir. Zira OR Art. 141, değiştirilebilen ve değiştirilemeyen zamanaşımı süreleri bakımından herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla hükümde öngörülen on yıllık üst süre, tüm zamanaşımı süreleri için geçerlidir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 51).

görüşe paralel olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilke kararında da (BGE 132 III 226) belirtildiği gibi, söz konusu on yıllık üst sürenin, somut durumda söz konusu olan zamanaşımı süresinden bağımsız olarak (İsviçre hukuku bakımından söz konusu revizyondan sonra dahi) uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle, alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresi on yıldan daha kısa olsa bile, zamanaşımından feragat süresi için kabul edilen on yıllık azami süre uygulama alanı bulur.¹²⁵

Hukukumuzda olduğu kadar İsviçre hukukunda da (zamanaşımı hukukuna ilişkin söz konusu revizyondan sonra dahi)¹²⁶ feragat edilebilecek en üst süre olan on yılın hangi andan itibaren başlayacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu halde ilk aşamada taraf iradelerinin belirleyici olması gerekir. Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre, on yıllık azami sürenin başlama anı olarak feragat beyanının yapıldığı anın esas alınması gerekir.¹²⁷ Şu halde taraf iradeleri açık değil veya çelişkili ise feragatin maddi hukuka ilişkin etkisi, kural olarak feragat beyanında bulunulduğu anla ilişkilendirilir.¹²⁸

¹²⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3382; Müller, s. 291; Bucher, gute Schritte, s. 194.

¹²⁶ Söz konusu revizyona ilişkin kanun gerekçesinde, bu konuda bir düzenleme getirmekten bilinçli olarak kaçınıldığı belirtilmektedir. Buna göre, burada esas olarak, zamanaşımının gerçekleştiği an ile zamanaşımından feragat edildiği an, başlangıç anı olarak dikkate alınabilir. Somut durumda hangi anın esas alındığı, feragat beyanının yorumu sorunudur. Borçlunun gerçek iradesinin tespit edilememesi halinde, feragat beyanı güven prensibi esas alınarak yorumlanır (BBI 2014, 235, 262).

¹²⁷ Huguenin, s. 690, N. 2262; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 149. Buna karşılık bir görüşe göre, zamanaşımından feragate ilişkin sözleşmenin maddi hukuk bakımından etkisi, alacaklının feragat beyanını kabul ettiği anda doğar. Buna göre, taraflar genellikle zamanaşımından feragat sözleşmesinin etki doğuracağı anı belirlemeyi ihmal eder. Bu nedenle burada TBK m. 11/2 (OR Art. 10/2) uygulama alanı bulur. Buna göre, borçlunun feragate ilişkin önerisi için alacaklının açık bir kabul beyanında bulunması kural olarak gerekli olmadığından sözleşme, önerinin ulaşması anından başlayarak etkisini gösterir (Müller, s. 295).

Söz konusu üst sürenin, zamanaşımının işlemeye başladığı andan itibaren hesaplanması gerektiği yönünde bkz. Paksoy, s. 92.

¹²⁸ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 54. İsviçre hukukundaki revizyon ile feragat beyanının geçerliliği yazılı şekle bağlanmıştır (OR Art. 141/2). Yazılı olan feragat beyanının yapıldığı an kolaylıkla belirlenebileceğinden, on yıllık azami sürenin başlangıcının feragat beyanında bulunulduğu ana bağlanması hukuk güvenliğine de hizmet edeceğine ilişkin olarak bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 54.

V. ZAMANAŞIMINDAN FERAGATİN ŞEKLİ

TBK m. 160, zamanaşımından feragat bakımından bir şekil şartı öngörmemektedir. Bu nedenle, borçlar hukukunda geçerli şekil serbestisi ilkesi feragat beyanı bakımından da geçerlidir. Doktrinde de asıl sözleşme şekle tâbi olsa dahi, zamanaşımından feragat beyanı bakımından herhangi bir şekil zorunluluğunun bulunmadığı görüşü hâkimdir.¹²⁹ Buna göre, örtülü bir irade beyanıyla¹³⁰ veya kanaat verici davranış yoluyla¹³¹ dahi zamanaşımından feragat edilebilmesi mümkündür.¹³² Öyle olmakla birlikte doktrinde, feragat beyanının örtülü

¹²⁹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1587b; Kocayusufpaşaoğlu, s. 50; Erdem, Zamanaşımı, s. 384; Paksoy, s. 60; Özkaya, s. 199; Akçay, s. 159-160.

¹³⁰ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 8; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.21; Reisoğlu, s. 436; Tutumlu, s. 342; Paksoy, s. 59; İnan/Yücel, s. 647; Bilgen, s. 173. Borçlunun, zamanaşımına uğramış olduğunu bildiği bir borcu ikrar etmesi halinde zamanaşımı definden örtülü olarak feragat etmiş sayılacağına ilişkin olarak bkz. Paksoy, s. 61; Reisoğlu, s. 436. Bu yönde bkz. Yarg. HGK, 18.12.2002, E. 2002/15-1061, K. 2002/1070 (Bilgen, s. 176 vd.).

¹³¹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1587b; Erdem, Zamanaşımı, s. 384.

¹³² Belirtelim ki, zamanaşımından feragatin bir sözleşmeyi gerektirip gerektirmediği, bu anlamda tek taraflı, varması gerekli bir beyanla da yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır. İsviçre doktrinindeki baskın görüş, feragatin ancak alacaklı ve borçlu arasında yapılacak bir sözleşmeyle mümkün olabileceğini savunmaktadır (Koller, ZBJV, s. 695; Fellmann, HAVE, s. 159; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.19; Müller, s. 289. Bunun isimsiz bir sözleşme olduğu yönünde bkz. Müller, s. 289; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 62). Bu görüş kapsamında, zamanaşımından feragat alacaklıya sadece bir yarar sağladığından, onun borçlunun feragate ilişkin önerisini susarak geçirmesinin TBK m. 6 (OR Art. 6) gereği kabul anlamını taşıyacağı belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle, borçlu kendiliğinden bir feragat beyanında bulunmuş olsa bile bu, alacaklının açık kabulü gerekmediğinden feragat sözleşmesi olarak geçerli olur (Müller, s. 290; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 63; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.20). Yine bu kapsamda doktrinde, bu konudaki tartışmanın pratik bir öneminin bulunmadığı, zira zamanaşımından feragatin zaten çoğu zaman bir sözleşmeyle gerçekleşeceği belirtilmektedir (Koller, ZBJV, s. 695). Gerçekte borçlu, alacaklıdan gelen öneriye davet biçimindeki bir talep üzerine hareket eder. Yoksa kendiliğinden bir feragat beyanında bulunmaz (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 63; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 150. Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 159; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.20; Paksoy, s. 14). Alacaklının öneriye davet biçimindeki talebi üzerine borçlu feragat etmeyi önerir. Alacaklının da bu öneriyi kabul etmesi üzerine zamanaşımından feragat anlaşması gerçekleşmiş olur (Müller, s. 290).

Bizim de isabetli bulduğumuz bir diğer görüşe göre zamanaşımından feragat, bir sözleşmeyle yapılabileceği gibi, borçlunun tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla da yapılabilir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 50; Erdem, Zamanaşımı, s. 385; İnan/Yücel, s. 647; Paksoy, s. 59; Günay, s. 195). Bu yönde bkz. BGE 99 II 185, E. 2b (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 25.06.2022). Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481

olarak gerekleştiiğinin kabulü sıkı koşullara bağlanmakta, borçlunun bu yöndeki iradesinin açık olması gerektiği belirtilmektedir. Söz geli-mi böyle bir feragat, güvence verilmesi halinde söz konusu olabilir.¹³³

01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğinden önce İsviçre hukukundaki baskın görüş de kanun özel bir şekil öngörmediği için, feragat beyanının herhangi bir şekle tâbi olmadığı yönündeydi.¹³⁴ Söz konusu revizyonla birlikte, zamaşıımından feragatin yazılı şekil-de yapılması zorunluluğu getirilmiştir.¹³⁵ Bununla adi yazılı şekil kas-tedilmekte olup,¹³⁶ OR Art. 13 (TBK m. 14) gereği borç altına giren ki-şilerin imzasının bulunması gerekir. Dolayısıyla feragat beyanı, kural olarak feragat eden borçlu veya onun temsilcisi tarafından el yazısıyla

(<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 27.06.2022). Yarg. HGK, 23.2.2000, E. 2000/15-71, K. 2000/116 (Günay, s. 196 vd.). Feragatin çoğu durumda alacaklı ve borçlunun anlaşması üzerine gerçekleşecek olması, özellikle borçlunun, feragat karşılığında alacaklıdan bir karşı edim istediği hallerde sözleşme nitelemesinin bir zorunluluk taşıması (Müller, s. 289; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 62) bu sonucu değiştirmez. Yine, burada bir sözleşmenin varlığından hareket edilmesi halinde, sözleşme hukukunda geçerli yorum kurallarının (bu kapsamda güven prensibinin) uygulanmasına da imkân tanınmış olacağına ilişkin düşünce (Fellmann, HAVE, s. 159; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 62), zamaşıımından feragatin mutlaka bir sözleşmeyi gerektir-diği görüşünün benimsenmesini gerektirmez. Zira güven prensibi, yöneltilmesi gerekli tüm irade beyanları bakımından uygulama alanı bulabilecek bir ilkedir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 132 vd.). Dolayısıyla zamaşıımından feragatin tek taraflı bir beyanla (bu beyanın yöneltilmesi gerektiği açıktır) yapılması halinde de bu iradenin yorumlanmasında güven prensibi uygulama alanı bulabilir (Ayrıca bkz. Paksoy, s. 59. Feragat beyanının güven prensibine göre yorumlanacağı yönünde ayrıca bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3383). Borçlunun, zamaşıımı gerçekleşmeden önce sadece sözleşmeyle, zamaşıımı gerçekleştikten sonra ise tek taraflı bir hukuki işlemle de zamaşıımından feragat edebileceği yönünde-ki görüş için bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 739.

¹³³ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5. Kısmi ödeme bakımından yapılan değerlendirmeye aynı görüşte bkz. Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.21. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 647.

¹³⁴ Huguenin, s. 691, N. 2265; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.21.

¹³⁵ Söz konusu şekil zorunluluğunun, borçlunun yargılama sırasında sırf zamaşıımı defini ileri sürmekten feragat etmesine engel olmadığı, önceden olduğu gibi herhangi bir şekle bağlı olmadan, sadece pasif kalmak suretiyle böyle bir feragatin yapılmasının mümkün olduğu, hâkimin yeni düzende de zamaşıımını kendiliğinden göz önünde bulunduramayacağına ilişkin olarak bkz. Müller, s. 292.

¹³⁶ Zamaşıımından feragate ilişkin alacağın doğumu özel bir şekli gerektirse de (resmi şekil gibi) adi yazılı şekil yeterlidir (Müller, s. 292; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 56. Ayrıca bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 750).

imzalanmalıdır (OR Art. 14, TBK m. 15).¹³⁷ Kanunun feragat beyanına ilişkin bir yazılı şekil zorunluluğu öngörmesi, başta hukuk güvenliği ni sağlaması, ispat kolaylığı sunması ve borçluyu aceleyle bir feragat beyanında bulunmaya karşı koruması bakımından haklı görülebilirse de hükmün amacına uygun olmayan bazı sonuçların doğmasına yol açabilir. Nitekim İsviçre hukukunda böyle bir yazılı şekil zorunluluğunun öngörülmesi, doktrinde bazı yönlerden eleştiriye maruz kalmıştır. Bunların başında, feragat beyanının kanuni şekle uygun olarak yapılmadığı hallerin çoğunda, şekle aykırılık iddiasında bulunulmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı ve hâkimin her defasında hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını incelemek zorunda kalacak olması gelmektedir. Bu haklı eleştirinin yanı sıra, herhangi bir şekil zorunluluğu olmaksızın borcu tanımakla zamanaşımını kolayca kesebilen borçlunun, şekil zorunluluğuna uymadan feragat beyanında bulunmaması tutarsız bulunmaktadır. Kaldı ki söz konusu şekil zorunluluğunun, İsviçre Federal Mahkemesi'nin feragatin örtülü irade beyanıyla da yapılabileceğine ilişkin güncel kararlarıyla da uyumlu olmadığına dikkat çekilmektedir. Söz konusu nedenlerle, feragat beyanının geçersizliği sonucunu doğuran böyle bir şekil zorunluluğunun öngörülmesinin anlam ve amacı şüpheli bulunmaktadır.¹³⁸ Bu nedenle doktrinde, özellikle hukuki işlemin sadece ispat amacına hizmet ettiği hallerde, şekle aykırılığın mutlaka hukuki işlemin geçersizliğine yol açmayacağı kabul edilmesinin bu konuda bir çözüm sunabileceği belirtilmektedir. Buna göre buradaki sorun esasen, yazılı şeklin bulunmamasının gerçekte hukuk güvenliğine mi, yoksa sadece böyle bir feragatin ispatı olanağına mı aykırı olduğuna ilişkin bir yorum sorunu olarak ele alınmalıdır.¹³⁹

Zamanaşımından feragatin yazılı şekle tâbi kılınmasına yöneltilen söz konusu eleştiriler bizce de yerinde ve haklı eleştirilerdir. Böyle bir

¹³⁷ Fellmann, ZBJV, s. 222-23; Müller, s. 292; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 3382a; Koller, ZBJV, s. 696; Fellmann, HAVE, s. 154; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 149-150. Feragatin, yazılı beyanın alacaklıya ulaşmasıyla etkisini doğuracağına ilişkin olarak bkz. Koller, ZBJV, s. 696.

¹³⁸ Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda, zamanaşımından feragat bakımından yazılı şekil koşulu öngörmekten vazgeçilmiştir. Alman hukukunda da feragat beyanı bir şekle tâbi olmayıp, örtülü olarak dahi yapılabilmektedir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 60).

¹³⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 58 vd. Bu yönde bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 750-751.

şekil zorunluluğu öngörölmesi, bununla korunmak istenen menfaatin ötesine geçerek hükmün amacıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Feragat beyanının örtülü irade beyanıyla dahi yapılabileceğine ilişkin yerleşik doktriner görüşün ve uygulamanın terk edilmesi bu nedenle isabetli değildir. Bu anlamda, zamaşıımından feragat bakımından şekil serbestisinin geçerli olduğu hukukumuzdaki durum, zamaşıımı hukuku revizyonuyla yazılı şekil zorunluluğunu benimseyen İsviçre hukukundaki duruma nazaran daha isabetlidir. Zamaşıımından feragat bakımından öngörüleebilecek olası bir şekil koşulu, ispat şeklinin ötesine geçmemelidir.

SONUÇ

İsviçre hukukundan farklı olarak hukukumuzda zamaşıımından feragatin, daha çok zamaşıımı süresinin dolmasından sonra gündeme gelebilecek bir kurum olarak ele alındığı görölmektedir. Hâlbuki zamaşıımı süresinin işlediği dönemde zamaşıımından feragat edilmesi, zamaşıımı süresinin kesilmesiyle ulaşılmak istenen amacı, üstelik bu yolun yaratabileceği sakıncalarla karşılaşmaksızın sağlayabilen alternatif bir hukuki imkân sunabilir. Böylece, zamaşıımı süresi kesilmeksizin bu sürenin - kararlaştırılan süre kadar - uzamasına imkân veren zamaşıımından feragat, özellikle aralarında uzlaşma görüşmeleri bulunan tarafların tercih edebileceği bir yöntem olarak belirir. Ülkemizde, bu gibi hallerde zamaşıımından feragat imkânına başvurulması yönünde yerleşik bir uygulamanın olmaması, hukukumuzda zamaşıımı süresi dolmadan önce zamaşıımından feragat edilemeyeceği düşüncesinin daha etkili olmasına bağlanabilir. Doktrinde, bu düşüncenin temelinde yatan nedenin, zamaşıımına ilişkin hükümlerin kamu düzeniyle ilişkilendirilmesi olduğu kabul edilmektedir. Hâlbuki son dönemde, zamaşıımına ilişkin hükümlerin, bu anlamda zamaşıımından feragatin doğrudan doğruya kamu düzeni veya yararı ile temellendirilemeyeceği, bu hükümlerin öncelikli olarak borçlunun hukuki yararını korumaya yönelik hükümler olduğu görüşünün ağırlık kazandığı görölmektedir. Böylece, zamaşıımına ilişkin hükümlerin esasında kamu yararına hizmet eden hükümler olmadığı tespit edildiğinde, bu alanda taraf iradelerini sınırlandıran hükümler de sorgulanmaya muhtaç hale gelmektedir. Olumlu yönde olduğunu düşündüğümüz bu yeni eğilim esas alındığında, zamaşıımı alanın-

da taraf iradesini sınırlandıran hükümlerin mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir. Bu anlamda, her şeyden önce TBK m. 160/1 hükmünün (önceden feragat yasağının), sadece alacağın doğduğu anı veya öncesini kapsamına alacak şekilde dar yorumlanması ve zamanaşımı süresi dolmadan önce (henüz işlerken) de zamanaşımından feragat edilebilmesine imkân tanınması gerekir. Kanunun zamanaşımına ilişkin hükümleri, tarafların güncel ihtiyaçlarına cevap verecek ve zamanaşımından feragati işlevsel kılacak biçimde yorumlanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akçay Ergin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Becker Hermann, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183, Stämpfli Verlag, Bern, 1945.
- Berger Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2018.
- Berti Stephen V., ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
- Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2002.
- Bilgen Mahmut, Özel Hukukta Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Delikt-srecht, Schulthess Verlag, Zürich, 1988. (OR AT)
- Çetiner Bilgehan/Furrer Andreas/Müller-Chen Markus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Çukadar Neslihan, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Däppen Robert K., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- Erdem Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. (Zamanaşımı)
- Erdem Mehmet, İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu, C. 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. (İstanbul Şerhi)
- Eren Fikret/Dönmez Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III (m. 83-206), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Gauch Peter/Schlupep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich, 2020.

- Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- Günay Erhan, Alacaklarda Zamaşıımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2019.
- İnan Ali Naim/Yücel Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Karaşahin Yasin Alperen, Parteiautonomie im Verjährungsrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2017. (Parteiautonomie)
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Killias Laurent/Wiget Matthias, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Kocayusufoşaaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2017. (OR AT)
- Krauskopf Frédéric, "Neues Verjährungsrecht: Merkpunkte für das Bauen", Schweizerische Baurechtstagung 2019, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, 2019.
- Nomer Halük N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Özkaya Eraslan, Özel Hukukumuzda Zamaşıımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Paksoy Meliha Sermin, Zamaşıımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2016.
- Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku (Genel ve Özel Hükümler), 8. baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016.
- Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Hâluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Tutumlu Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamaşıımı ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen - Verjährung Art. 127-142 OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2021. (Berner Kommentar)

Makaleler

- Bucher Eugen, "Verjährung: gute Schritte in guter Richtung - Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)", *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (recht)*, 2006. (gute Schritte) (s. 186-197)
- Fellmann Walter, "Das neue Verjährungsrecht", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 156/2020. (ZBJV) (s. 201-226)
- Fellmann Walter, "Die Verjährung Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht", *HAVE*, Zürich, 2018. (HAVE) (s. 141-165)
- Gauch Peter, "Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist", *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 102/2006. (s. 533-540)
- İpek İşleten Mehtap, "Zamanaşımından Feragat", *Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı*
- Sempozyumu (4 Ekim 2021), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Karavaşahin Yasin Alperen, "Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 155/2019. (ZBJV) (s. 731-756)
- Karavaşahin Yasin Alperen, "19. Yüzyıl Müsterek Hukuk Doktrininden Günümüze Zamanaşımı Alanında İrade Serbestisi Hakkında Görüşler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 69 (2), 2020. (İrade Serbestisi) (s. 501-540)
- Kaşak Esra/Ganbari Muhammed Kiomers, "İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 1, 2020. (s. 93-126)
- Koller Alfred, "Verjährungsverzicht und Verjährungsverlängerung", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 157, 2021. (ZBJV) (s. 691-704)
- Koller Alfred, "Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht - Zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR", *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 103/2007. (SJZ) (s. 193-197)
- Meriç Nedim, "Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Meseleleri", Halük Konuralp Anısına Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. (s. 679-704)
- Müller Christoph, "Verjährungsverzicht: 13 praxisrelevante Fragen unter dem neuen Recht", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2020 (s. 288-295)
- Sarıkaya Murat, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Aralık 2020. (s. 1203-1219) Tok Ozan, "Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 1, 2015. (s. 239-260)
- Wildhaber Isabelle/Dede Sevdâ, "Verzicht auf die Verjährungseinrede", *Das neue*

Verjhrungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Walter Fellmann (Hrsg.),
Stmpfli Verlag, Bern, 2019. (Verzicht) (s. 135-155)

İnternet Kaynakları

<https://www.fedlex.admin.ch>.

<https://www.bger.ch>.

<https://www.lexpera.com.tr>.

<https://www.servat.unibe.ch>.