

OĞUZMAN • BARLAS

MEDENÎ HUKUK

GİRİŞ
KAYNAKLAR
TEMEL KAVRAMLAR

25. BASI

OĞUZMAN • BARLAS

MEDENÎ HUKUK


vedat
kitapçılık
2019

VEDAT KİTAPÇILIK
Basım - Yayım - Dağıtım

Şişli 1. İstiklal Cad.
No: 2 75 UL
Tel: 240 12 58
Fax: 240 12 58

www.vedatkitapcilik.com
info@vedatkitapcilik.com




vedat kitapçılık
İSTANBUL 2019

PROF. DR. M. KEMAL OĞUZMAN **PROF. DR. NAMİ BARLAS**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ve

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Merhum Öğretim Üyesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ve

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emekli Öğretim Üyesi

MEDENÎ HUKUK

GİRİŞ

KAYNAKLAR

TEMEL KAVRAMLAR

25. Bası



vedat kitapçılık

İSTANBUL 2019

Yayın No: 589

25. Bası - Ağustos 2019 - İstanbul

5846 sayılı Yasa uyarınca bu kitabın dijital iletim, CD'ye kayıt, elektronik kitap olarak yayımı ve mevcut veya ileride geliştirilebilecek her türlü araçla çoğaltılması ve yayılması hakları da dahil olmak üzere; 5846 sayılı Yasa anlamında çoğaltma, yayma ve diğer tüm yayın hakları yalnızca ve münhasıran VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'ne aittir. Kitabın tamamının veya bir kısmının mevcut veya ileride geliştirilebilecek herhangi bir araç veya teknikle çoğaltılması, yayılması ve herhangi bir şekil ve yöntemle ticaret alanına konu edilmesi kesinlikle yasaktır. Aksine hareketler VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin burada saklı tutmuş olduğu haklarının ihlali anlamını taşır. VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti. olabilecek tüm hak ihlallerine karşı tüm yasal haklarını kullanmaya, fikri hak ve emeği korumaya kararlıdır.

ISBN : 978-605-2203-42-2
Sayfa Düzeni : Berrin DOĞRUL - Gülgonca ÇARPIK
Kapak Tasarımı : Murat ECE
Baskı : Enes Basım Yayın Matbaacılık Ltd. Şti.
Maltepe Mah. Litros Yolu Fatih San. Sitesi
No: 12/210 Topkapı - İstanbul
Cilt : Derya Mücellit
(0212) 501 02 72

VEDAT KİTAPÇILIK
BASIM YAYIM DAĞITIM LTD.ŞTİ.

Şişli Mağaza : Abide-i Hürriyet Cad. No: 207
Şişli / İSTANBUL
Tel.: (0212) 240 12 54 - 240 12 58
Fax: (0212) 240 12 67
www.vedatkitapcilik.com

ÖNSÖZ

25. basıya ulaşan kitabımızın bu yeni basısında da, son basıdan bu yana mevzuatta, doktrin alanında ve yargı kararlarında meydana gelen gelişmeler ve yenilikler kitaba işlenmiştir. Özellikle, 6771 sayılı Kanun ile Anayasa’da yapılan değişiklikler kitaba yansıtılmıştır.

Kitapta paragraf sistemi uygulandığından, kitabın içeriğinde yer alan dahilî atıflarda ve kavram ve madde endekslerinde zikredilen paragrafın, o paragrafta yer alan dipnotlarla birlikte okunmasına dikkat edilmelidir.

Kitabın bu basısının da yayınlanmasını sağlayan sayın *Vedat Carbaş*’a ve dizgi ve provaları titizlikle gerçekleştiren sayın *Gülgonca Çarpık*’a içten teşekkürlerimi sunar; kitabın sevgili öğrencilerimize yararlı olmasını dilerim.

Çengelköy, 15 Ağustos 2019

Prof. Dr. Nami Barlas

ÖNCEKİ BAZI BASILARIN ÖNSÖZ'LERİNDEN...

8. *Basının Önsöz'ünden (2000):*

“Merhum Hocam *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman* tarafından yazılan ve ilki 1971, sonuncusu 1994 yılında olmak üzere bugüne kadar yedi basısı yapılmış olan “Medenî Hukuk Dersleri” adlı kitap, esas itibariyle Hukuk Fakültesi birinci sınıf öğrencileri için bir ders kitabı olarak tasarlanmış ve içeriği buna göre hazırlanmıştır. (...).

Ancak son basıdan bu yana geçen altı yıllık sürede kitabın mevcudu tükenmiş ve yeni basısının yapılarak, kitabın yaşatılması ve yeni kuşakların istifadesine sunulması gereği doğmuştur.

Bu sorumluluğu üstlenerek işe başladığımda, kitabın özünü ve karakteristiğini asla değiştirmemeyi ve onu hâlâ bir *Oğuzman kitabı* olarak muhafaza etmeyi temel ilke edindim. (...).

Bununla birlikte, kitabın ilk basısının yapıldığı 1971 yılından bu yana yenilenmeyen dilinin, yeni neslin onu anlamasını güçleştireceğini düşünerek, kullanılan kimi kavramlarda ve ifadelerde uygun ölçüde değişiklik yaptım ve öncelikle kitabı dil bakımından günümüze uyarlamaya çalıştım. Bazı bahislerde ise daha kolay anlaşılmayı sağlayıcı ek izahatlara yer verdim. (...).

Ardından, son basıdan bu yana meydana gelen mevzuat değişikliklerini ve 1999 tarihli Medenî Kanun Tasarısı'nda öngörülen düzenlemeleri kitaba aktardım.

Diğer yünden, kitapta yer alan eserlerin çoğunun yeni basılarının yapıldığını göz önüne alarak, atıfları yeni basılardaki duruma göre yeniledim.

Keza, kitapta hiç yer almayan çok sayıda yeni esere ve bunlardaki görüşlere de kitabın çerçevesi ölçüsünde yer verdim.

Aradan geçen zaman zarfında çıkan Türk ve İsviçre yargı kararlarını da olması gerektiği kadarıyla kitaba işledim.

Ayrıca, İsviçre ve Alman doktrininin bazı temel eserleri de ilk kez bu basıda kitapta yer buldu. (...)"

9. Basının Önsöz'ünden (2002):

"(...). Bu basıda, bir yandan yerli ve yabancı doktrinde yeni yayınlanan eserler ile mevcut eserlerin yeni basılarına yer verilmiş, diğer yandan Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni kararları kitaba işlenmiştir. Ayrıca, önceki basıda yer almayan yeni kaynaklar da bu basıda kitapta yer bulmuştur. Keza, mevzuattaki değişiklikler de kitaba yansıtılmış, özellikle İsviçre Medenî Kanununda yapılan revizyonla getirilen yeni düzenlemeler izlenmiştir.

Bu basının asıl önemli yönü, yeni yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu nazara alınarak kitabın baştan sona yenilenmiş olmasıdır. Eski Medenî Kanunumuzda bulunan fakat artık devre dışı kalan kavram, müessese ve hükümlerden önemli olanlarına ise, yeni düzenlemelerle karşılaştırma yapılabilmesini sağlamak amacıyla, gerektiği ölçüde -çoğu zaman, dipnotlarında- yer verilmiştir.

Kitabın dilinde, önceki basıya oranla biraz daha fazla sadeleştirme yönüne gidilmiştir. Bunda, yeni Medenî Kanun'un terminolojisi de etkili olmuştur. Gerçekten, yeni Medenî Kanunumuzda yer alan kavramlar -zorunlu olarak- aynen kanuna uygun biçimde kullanılmış; fakat bu geçiş döneminde, alışılmış kavramlarla olan bağlantıyı koparmamak için, yeni kavramlar ile bunların yerleşmiş karşılıkları -biri parantez içinde olmak üzere- yan yana kullanılmıştır. Özellikle, kitabın Hukuk Fakültelerinin -kavramları henüz tanımayan- birinci sınıf öğrencileri için hazırlanmış olduğu gerçeği karşısında, bu uygulama zorunlu idi. (...)"

12. Basının Önsöz'ünden (2005):

“(…) Bu basının özelliği, Alman hukukuna ilişkin olarak kitapta mevcut temel eserlerin en son basılarına ve kitapta daha önce yer bulmamış olan eserlere geniş ölçüde yer verilmiş olmasıdır. Bunu, bilimsel çalışmalarda bulunmak üzere yaz döneminde ziyaret ettiğim F. Almanya'nın Erlangen şehrindeki *Friedrich Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi*'nin Dekanı, değerli dostum *Prof. Dr. Mathias Rohe*'nin hazırladığı son derece elverişli çalışma ortamına ve sağladığı imkânlarla borçluyum. Bu Fakültede çalıştığım iki ay boyunca, yeni Alman Borçlar Hukuku reformuna ilişkin kaynaklar üzerinde yoğun araştırmalar yapabildim ve kitabımızın yeni bası hazırlıklarını da tamamlayabildim. Kendisine içten teşekkürlerimi burada da tekrarlamak isterim. (...)”

18. Basının Önsöz'ünden (2012):

“(…) bu yeni basıda, ...ülkemizde yeni yürürlüğe girmiş bulunan Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri metne işlenerek, gerektiği ölçüde değerlendirilmiş; bazı bölümler yeni kanun hükümlerine göre kısmen veya tamamen yeniden yazılmış ve yeni müessese ve kavramlara yer verilmiştir. Fakat eski kanunlar zaman içinde bir süre daha uygulanmaya devam olunacağı için, değişiklik olan noktalarda eski ve yeni kanunların düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak ele alınmış; çoğu yerde de yeni kanunların madde numaralarının yanında, parantez içinde eski kanunda o hükmün karşılığını teşkil eden madde numaraları da gösterilerek, eski ile yeni düzenlemeler arasında bağlantı kurulmuştur.”

İÇİNDEKİLER

Önsöz	V
Önceki Bazı Basıların Önsöz'lerinden	VII
Kısaltmalar	XXI

Birinci Bölüm

GENEL BAKIŞ

§ 1- Medenî Hukukun Anlamı ve Konusu	1
I. "Hukuk" kavramı.....	1
II. Kamu hukuku - Özel hukuk ayırımı.....	4
III. Medenî Hukukun anlamı	6
IV. Medenî Hukukun konusu.....	6
§ 2- Medenî Hukukun Düzenleniş Tarzı Bakımından	
Çeşitli Sistemler	7
I. Roma-Cermen sisteminin etkisi altındaki hukuk düzenleri	8
II. İslâm Hukukunun etkisi altındaki hukuk düzenleri.....	11
III. İngiliz Hukukunun etkisini taşıyan hukuk düzenleri.....	12
IV. Sosyalist prensiplerin etkisi altındaki hukuk düzenleri.....	14
V. Avrupa Birliği hukukunda durum	15
§ 3- Bulduğumuz Grupta Kanunlaştırma Hareketi ve	
İsviçre Medenî Kanunu'nun Yapılışı.....	15
I. Genel bakış	15
II. İsviçre'de Medenî Kanunun yapılışı	20

§ 4- Türkiye’de Medenî Hukuk Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Medenî Kanun	24
I. Osmanlı İmparatorluğu döneminde kanunlaştırma	24
II. Türkiye Cumhuriyeti döneminde kanunlaştırma hareketi	25
1- İlk Medenî Kanunun Yapılışı	25
2- Yeni bir Medenî Kanun Hazırlama Çalışmaları	28
3- Yeni Türk Medenî Kanununun Kabulü	31
a) Genel olarak	31
b) Yeni Medenî Kanunun yapısı ve getirdiği yenilikler	31
aa) Biçim bakımından	31
bb) Esas bakımından	32
c) Yeni Medenî Kanunda Yapılan Değişiklikler	35

İkinci Bölüm

MEDENÎ HUKUKUN YÜRÜRLÜK KAYNAKLARI VE UYGULANMASI

§ 1- Hukukta “Kaynak” Kavramı ve Medenî Hukukun Yürürlük Kaynaklarına Genel Bakış	41
I. “Kaynak” kavramı	41
II. Medenî Hukukun yürürlük kaynaklarına genel bakış	42
§ 2- Kanunlar, Tüzükler, Yönetmelikler	46
I. Kavramlara genel bakış	46
II. Yürürlüğe koyma ve yürürlükten kaldırma	49
III. Medenî Hukukla doğrudan ilgili temel düzenlemeler	53
A. Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu	53
1- Medenî Kanun	54
a) Başlangıç	54
b) Kişiler Hukuku	55
c) Aile Hukuku	55
d) Miras Hukuku	56
e) Eşya Hukuku	56

2- Borçlar Kanunu.....	57
a) Eski Borçlar Kanunu.....	57
b) Yeni Borçlar Kanunu.....	57
aa) Yeni bir Borçlar Kanunu hazırlama çalışmaları	57
bb) Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü	59
3- Medenî Kanunun çeşitli kitapları arasındaki ilişki ve Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu arasındaki bağlantı	61
4- Yürürlük Kanunu	64
5- Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile Yakından İlgili Bazı Temel Kanunlarda Yaşanan Gelişmeler.....	64
B. Diğer Normlar	66
IV. Kanunların uygulanması.....	67
A. Kanunda uygulanacak hükmün bulunması	67
1- Kanun hükmünün düz ve zıt anlam itibariyle kapsamı	67
2- Kanun hükümlerinin yorumlanması	69
a) Yorum kavramı ve çeşitleri	69
b) Yorumda başvurulacak yöntemler (yorum metodları)	69
c) Medenî Kanunumuzun benimsediği esas ve kanun hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınacak unsurlar.....	72
3- Bulunan hükmün uygulanabilir olması.....	81
a) Yer itibariyle uygulanabilir olma.....	81
b) Zaman itibariyle uygulanabilir olma	81
aa) Kanunların zaman açısından uygulama alanı	81
bb) Kanunların çatışması	86
c) Nitelik itibariyle uygulanabilir olma	88
aa) Emredici hukuk kuralları.....	89
bb) Yedek hukuk kuralları.....	91
B. Bulunan hükmün uygulanış tarzı ve hâkimin takter yetkisini kullanması	92
1- Genel olarak.....	92
2- Hâkimin takter yetkisini kullanması.....	95

C. Kanunda uygulanabilir hüküm bulunmaması:	
Kanun boşluğu.....	100
1- Anlamı	100
2- Kanun boşluklarının çeşitleri.....	104
a) Bilinçli boşluklar - Bilinçsiz boşluklar	105
b) Açık boşluklar - Örtülü boşluklar.....	107
c) Gerçek boşluklar - Gerçek olmayan boşluklar.....	108
3- Kanun boşluğu bulunmasının sonuçları.....	110
§ 3- Örf ve Âdet Hukuku.....	110
I. Kavram.....	110
II. Bir örf ve âdet hukuku kuralının doğumu için gerekli şartlar.....	111
III. Örf ve âdet hukukunun rolü.....	114
§ 4- Hâkim Tarafından Yaratılan Hukuk	118
I. Genel bakış	118
II. Hâkimin hukuk yaratmasının şartları	120
III. Hâkimin hukuk yaratırken uygulayacağı yöntem	120
IV. Hâkimin hukuk yaratırken yararlanacağı imkânlar	123
V. Hâkimin yarattığı hukuk kuralının rolü.....	126
§ 5- Medenî Hukuk Uygulamasında Bilimsel Görüşlerin ve Yargı Kararlarının Rolü.....	127
I. Genel bakış	127
II. Doktrinde yer alan bilimsel görüşler	128
1- Anlamı	128
2- Eser tipleri	129
3- Doktrinin rolü.....	130
4- Hâkimin doktrinindeki bilimsel görüşlerden yararlanması.....	131
III. Yargısal İçtihatlar	135
1- Anlamı	135
2- Mahkeme kararlarının çeşitleri.....	135
a) Kararın niteliği bakımından.....	135
b) Kararı veren mahkeme bakımından.....	136
3- Hâkimin mahkeme kararlarından yararlanması	139

Üçüncü Bölüm

MEDENÎ HUKUKUN BAZI TEMEL KAVRAMLARI

§ 1- “Hak” Kavramı.....	143
I. Terim.....	143
II. Hak kavramını açıklayan görüşler.....	144
§ 2- Hakların Çeşitleri	146
I. Para ile ölçülebilen değeri bulunup bulunmaması açısından: Malvarlığı hakları - Kişi varlığı hakları	147
A. Malvarlığı hakları	147
1- Alacak hakları	148
2- Aynî haklar.....	149
a) Eşya üzerinde sağlanan yetki	149
b) Eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet.....	155
c) Herkese karşı ileri sürülebilirlik	158
3- Maddî değeri olan yenilik doğuran haklar.....	159
4- Fikrî haklar.....	160
B. Kişi varlığı hakları.....	162
II. İleri sürülebileceği çevre açısından: Mutlak haklar - Nisbî haklar ...	162
1- Mutlak haklar	162
2- Nisbî haklar.....	163
a) Alelâde nisbî haklar	163
b) Etkisi güçlendirilmiş nisbî haklar	164
III. Kullanılmasının etkisi bakımından: Alelâde Haklar - Yenilik doğuran haklar	166
1- Yenilik doğuran hakların çeşitleri	167
a) Yöneldiği sonuç açısından	167
aa) Kurucu yenilik doğuran haklar	167
bb) Değiştirici yenilik doğuran haklar.....	168
cc) Bozucu yenilik doğuran haklar.....	169
b) Hakkın kullanılış tarzı bakımından.....	169
2- Yenilik doğuran hakların ortak özellikleri.....	170

IV. Kullanma yetkisi açısından: Şahsen kullanılması zorunlu olan ve olmayan haklar.....	171
V. Bağımsız olup olmama açısından: Bağımsız haklar - Bağlı haklar..	174
1- Bağımsız haklar	174
2- Bağlı haklar.....	175
a) Eşyaya bağlı haklar	175
b) Alacağa bağlı haklar	175
c) Borç ilişkisine bağlı haklar	176
d) Bir topluluğa mensup olmaya bağlı haklar.....	176
§ 3- Hak Sahibi	176
§ 4- Hakların Kazanılması ve Kaybedilmesi	177
I. “Hukukî olay”, “hukukî fiil” ve “hukukî işlem” kavramları.....	178
A. Kavramlara genel bakış.....	178
B. Hukukî işlemler	181
1- Hukukî işlemlerin türleri.....	181
a) Gereklî irade beyanı adedi açısından.....	181
aa) Tek taraflı hukukî işlemler.....	181
bb) İki taraflı hukukî işlemler (Sözleşmeler).....	181
cc) Kararlar	182
dd) Müşterek hukukî işlemler	183
b) İrade beyanının yöneltildiği açısından	184
c) Etki doğurduğu alan bakımından.....	185
d) Malvarlığına yaptıkları etki bakımından	185
aa) Borçlandırıcı işlemler.....	186
bb) Tasarruf işlemleri.....	186
cc) Kazandırıcı işlemler	189
e) Hüküm ifade edeceği an bakımından	193
2- Hukukî işlemin unsurları	193
a) Hukukî işlemin kurucu unsurları	194
aa) Genel olarak	194
bb) “İrade beyanı” kavramı	195
cc) İrade beyanının çeşitleri	198

aaa) Açık ve örtülü irade beyanları - irade beyanı sayılan davranışlar.....	198
bbb) Yöneltilmesi gereken ve gerekmeyen irade beyanları	204
ccc) Vasıtalı ve vasıtasız irade beyanları	206
b) Hukukî işlemin geçerliliği için aranan şartlar.....	207
aa) Her türlü hukukî işlemde aranan şartlar.....	207
bb) Bazı hukukî işlemler için aranan şartlar	210
c) Bazı hukukî işlemlerin hüküm doğurması için gerekten tamamlayıcı unsurlar	216
3- Hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü.....	221
a) Yokluk.....	223
b) Kesin hükümsüzlük (Butlan)	225
c) İptal edilebilirlik.....	234
d) Noksanlık	237
e) Nisbî etkisizlik	239
II. Hakların kazanılma (iktisap) tarzı	240
1- Aslen iktisap	240
2- Devren iktisap.....	241
3- Tesisen iktisap	243
III. Hakların kaybediliş tarzı.....	243
§ 5- Hakların Kazanılmasında İyiniyetin Rolü	250
I. İyiniyet kavramı.....	250
II. İyiniyetin rolü	253
III. İyiniyetin aranacağı kişi ve iyiniyetin aranacağı ân.....	258
1- İyiniyetin aranacağı kişi	258
a) Temsil halinde.....	259
b) Tüzel kişilerde.....	259
c) Tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarında	260
2- İyiniyetin aranacağı ân	260
IV. İyiniyetin ispatı	261

§ 6- Hakların Kullanılması ve Dürüstlük Kuralına Uyma Zorunluluğu	265
I. Genel bakış	265
II. Dürüstlük kuralı	266
1- Anlamı	266
2- Rolü.....	267
III. Hakkın kötüye kullanılması.....	270
1- Anlamı	270
2- Hakkın kötüye kullanılma hâlleri.....	273
a) Prensiptir	273
b) Hakkın kötüye kullanıldığını gösteren durumlar.....	276
aa) Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması	276
bb) Hakkın kullanılmasının hak sahibine sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması	279
cc) Kendi ahlâka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması	280
dd) Uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması.....	284
3- Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı.....	288
IV. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı.....	291
1- Kanunun yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında	293
2- Kanuna karşı hilenin önlenmesinde	294
3- Hukukî işlemin oluşması, yorumlanması ve tamamlanmasında	296
4- Borçların doğumunda	306
a) Sözleşme yapma zorunluluğu	306
b) Yan borçlar.....	308
c) Sözleşme görüşmelerinde dürüst davranma borcu	311
d) Davranış yükümlülükleri	313
5- Sözleşmelerde değişiklik yapılmasında veya sözleşmenin sona erdirilmesinde	315

a) Eski Borçlar Kanunumuz açısından durum	315
b) Yeni Borçlar Kanununun konuya ilişkin düzenlemesi	320
V. Medenî Kanunun 2. maddesi uygulanırken göz önünde tutulacak esaslar	321
§ 7- Hakların Korunması	324
I. Genel bakış	324
II. Talep	325
III. Dâva	327
1- Dâva çeşitleri	328
a) Eda dâvaları	329
b) Tespit dâvaları	330
c) Yenilik doğuran dâvalar	332
2- Dâvaya karşı savunma imkânları	333
3- Dâvanın ve savunmanın ispatı	337
a) İspat yükü	337
b) İspat konusunda temel ilke	339
c) Özel esaslar	342
aa- Hâkim önünde ikrar edilen olguların ispatı gerekmez	342
bb- Hayatın olağan akışına uyan (normal) olguların ispatı gerekmez	344
cc- Herkesçe bilinen olguların (mâruf ve meşhur vakıaların) ispatı gerekmez (HMK m. 187/f. 2)	344
dd- Kanunî bir faraziye veya karineye dayanan kimse, bunun kapsamına giren konuda ispat yükünden kurtulur	345
ee- Kanunun, ispat yükünü özel olarak belirlediği hâllerde bu hükümlerde yer alan esaslar uygulama alanı bulur	349
ff- İddiasını resmî sicil ve senetlere dayandıran kimse ispat yükünü yerine getirmiş olur (MK m. 7)	349
d) Resmî sicil ve senetlerin ispat gücü	350
IV. Cebri icra	353
V. Hakkını kendi gücü ile koruma	356
1- Hakka yönelik mevcut tecavüze karşı korunma: Haklı savunma ve İztırar hali	356

a) Haklı savunma	356
b) İztırar hali.....	358
2- Hakka yönelik tehlikeye karşı korunma: Kuvvet kullanma.....	359
VI. Uğranılan zararı tazmin ettirme.....	360
KAYNAKLAR	361
İNDEKSLER.....	381
1- Kavram indeksi.....	381
2- Kanun maddeleri indeksi.....	391

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
age.	: adı geçen eser
agy.	: adı geçen yazı
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen/Lachen)
Anh.	: Anhang
Art.	: Artikel
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
b.	: bend
BAG	: Bundesarbeitsgericht (Alman Federal İş Mahkemesi)
BankK	: 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts: Amtliche Sammlung.
BGHZ	: Entscheidungen des -deutschen- Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bl.	: Bölüm
c.	: Cilt

CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CCFr.	: Code Civil Français (Fransız Medenî Kanunu)
dn.	: Dipnotu
E	: Esas
eBK	: 22.04.1926 tarih ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
eTTK	: 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
FJS	: Fisches Juridiques Suisse
FSEK	: Fikir ve San'at Eserleri Kanunu
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	: 18.06.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İc. İf. K.	: İcra ve İflâs Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası (İHFM'nin yeni adı)
İKİD	: İlmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi
İsv. FM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İsv. FM-İnternet	: İsviçre Federal Mahkemesinin Resmî İnternet Sitesi Karar Arşivi (http://www.bger.ch)
İzmBD	: İzmir Barosu Dergisi
JdT	: Journal des Tribunaux
JuS	: Juristische Schulung
K	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız

Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (http://www.kazanci.com.tr)
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medenî Kanun
N./No	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift - Rechtssprechungsreport Zivilrecht
Nr.	: Paragraf numarası
RabelsZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
recht	: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RG	: Resmî Gazete
RKD	: Resmî Kararlar Dergisi
s.	: sayı
sh.	: sahife
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
s.K.	: sayılı Kanun
T.	: Tome
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
terc.	: Tercüme
TİK	: Türk İçtihatlar Külliyyatı
TTK	: 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vorb.	: Vorbemerkung

vs.	: ve saire
WM	: Wertpapiere Mitteilungen
y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
Yarg. İçt. Bir. K.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
Yarg. İçt. Bir. BGKK:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı
Yarg.-İnternet	: Yargıtayın İnternet Sitesi Karar Arşivi (http://www.yargitay.gov.tr)
Yasa	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZA	: Zivil Abteilung (İsviçre Federal Mahkemesi Hukuk Dairesi)
ZbJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBL	: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BAKIŞ

§ 1. MEDENÎ HUKUKUN ANLAM VE KONUSU

I. “HUKUK” KAVRAMI

Medenî Hukuk, hukuk biliminin temelini teşkil eden hukuk dalıdır. 1
Medenî Hukukun anlamını tespit için, her şeyden önce “hukuk”un ne
olduğu hususunda bir fikir sahibi olmak gerekir.

“*Hukuk*” kavramı üzerindeki tartışmalar yüzyıllardır süregelme- 2
tedir ve bu kavrama ilişkin olarak çok sayıda görüş ortaya atılmış
ve birbirinden çok farklı fikir akımları ortaya çıkmıştır. Söz konusu
akımların izleri, bugün verilen “*hukuk*” tanımlarında hâlâ varlığını ve
etkisini hissettirmektedir. Bu bakımdan, “*hukuk*” kavramı konusunda
ortak kabul görmüş tek bir tanım mevcut değildir; esasen böyle bir
tanımlamaya gitmek de mümkün olamaz. “*Hukuk nedir?*” tarzındaki
bir soru da son derece soyut ve cevabı bakış açısına ve kişiye göre de-
ğişen bir soru olmaktan öteye gidemeyecektir. Bunun sebebi, “*hukuk*”
kavramının, hukuk biliminin yanı sıra, hukuk tarihi, hukuk başlangıcı,
hukuk felsefesi, sosyoloji, ekonomi, işletme, kamu yönetimi gibi diğer
birçok bilim dalını ilgilendirmesi ve bunların her birinin kavrama yak-
laşımının, diğerinden farklı olmasıdır¹. Hukuk öğretimi çerçevesinde
“*hukuk*” kavramı, Hukuk Tarihi, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji ders-

¹ “Hukuk” kavramına ilişkin çeşitli izahatlar için bkz. **Bydlinski**, 23 vd.; **Koziol/Welser**, 2 vd.; **Aral**, Hukuk Bilimi, 1 vd. ve Hukuk Felsefesi, 1 vd.; **Çağıl**, 1 vd.; **Esener**, 21 vd., 56 vd.; **Güriz**, Hukuk Başlangıcı 1 vd. ve Hukuk Felsefesi, 1 vd.; **Hirsch**, 98 vd.

lerinde incelenecektir. Biz burada hukuk kavramının anlamını tespit ederken, çoğunlukla benimsenen unsurları ana hatlarıyla belirtmekle yetineceğiz.

3 ***Hukuk, toplumda kişilerin davranışlarını ve ilişkilerini düzenleyen ve uyulması devlet zoruna (yaptırımı) bağlanmış kuralların bir bütünüdür.***

4 Bu kısa tanımında yer alan “*devlet zoru*” (müeyyide; yaptırım) unsurdur ki, hukuk kurallarının insanların davranışlarını düzenleyen diğer birtakım kurallardan ayırt edilebilmesini mümkün kılar. Gerçekten, din, ahlâk ve görgü kuralları da insanların davranışlarını düzenler; fakat bu kurallara uyulması, devlet zoruna (yaptırımı) bağlanmamıştır. Meselâ, bir toplu taşıma aracında yaşlı bir kimseye oturması için yer vermek bir ahlâk kuralıdır; ama yaptırımı bağlanmadığı için yer vermeme şeklindeki bir davranış suç teşkil etmez ve bu davranışta bulunan kişi ceza görmez.

5 Bazen bir din, ahlâk veya görgü kuralı bir hukukî yaptırımı tâbi tutularak hukuk kuralı haline getirilmiş olabilir. Meselâ, ahlâka aykırı bir fiille bilerek başkasına zarar verenin bu zararı tazminle yükümlü tutulmasında (BK m. 49/f. 2), temelini ahlâk kuralında bulan bir hukuk kuralı söz konusudur.

6 Belirli bir zamanda, belirli bir toplumdaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarına “*yürürlükteki hukuk*” (pozitif hukuk = müspet hukuk) denilmektedir. Yürürlükteki hukuku inceleyen bilim dalına da “*dogmatik hukuk bilimi*” veya sadece “*hukuk bilimi*” adı verilmektedir.

7 Bununla beraber, hukuk bilimi yürürlükteki hukuku incelerken, aynı zamanda bunun tarihî temelleri üzerinde durmaya (hukuk tarihi ile ilgilenmeye); diğer ülkelerin hukuk sistemleri ile mukayese etmeye (karşılaştırmalı hukuk çalışması yapmaya); mevcut kuralların toplumun ihtiyaçlarına uyup uymadığını incelemeye (hukuk politikası ile uğraşmaya) da mecburdur.

Mevcut kuralların değerlendirilmesinde esas alınacak bir doğal 8
hukukun, bir ideal hukukun var olup olmadığı eskiden beri uzun tar-
tışmalara yol açmıştır. İdeal hukuku teşkil eden bir doğal (= tabii)
hukukun varlığını savunanlardan bir kısmı bunu ilâhi iradeye, bir kısmı
insan aklına, bir kısmı ise sosyolojik verilere bağlamışlardır. Bunlara
karşılık doğal hukuk fikrini reddedenler de vardır.

Fakat, doğal hukukun varlığı reddedilse dahi, bu, yürürlükteki 9
hukukun daima ihtiyaçlara en uygun çözümleri taşıyan kurallara yer
verdiği anlamına gelmez. İhtiyaçlara yeterince veya hiç cevap vere-
meyen mevcut hukuk (*de lege lata*) karşısında, arzu edilen, olması
gereken hukuk (*de lege ferenda*) daima düşünülebilir. Olması gereken
hukuka ilişkin çalışmalar ve ileri sürülen görüşler, belirli bir kanun
hükmünün değiştirilmesinde veya yürürlükten kaldırılmasında etkili
olan, çok önemli bir hareket noktası, bir çıkış kaynağıdır.

Ancak, bir hukuk sorunu incelenirken ileri sürülen fikrin, yürür- 10
lükte olan hukuka (*de lege lata*) mı dayandığına, yoksa ileriye yönelik
bir tavsiye olarak, arzu edilen hukuka (*de lege ferenda*) mı yöneldiğine
çok dikkat edilmelidir. Somut bir hukuk probleminin mevcut (yürür-
lükteki) hukuk kuralları (*de lege lata*) çerçevesinde çözümlenmesinin
zorunlu olduğu ise hiçbir zaman unutulmamalıdır. *De lege ferenda*
değerlendirmeler, ancak, o hüküm kanun koyucu tarafından yeniden
düzenlenirse, bu aşamada, yani kanun değişikliği yapılırken nazara
alınabilecek, yararlı bir öneri olarak değer taşıyabilir. Hukukun teo-
risiyle uğraşan akademisyenlerin mevcut hukuktan sapan görüş ve
önerileri de işte bu aşamada ve sadece bu anlamda önem kazanır. Buna
karşılık, mevcut kanun hükümlerini “yok” farz ederek, kanunda yer
almayan, hatta açık kanun hükmüne aykırı düşen bir çözümün mev-
cut uyuşmazlığa tatbik edilmesi, deyim yerinde ise, herkesin kendi
“de lege ferenda”sını “hukuksal çözüm” diye uygulamaya kalkması,
hukuk güvenliğini tamamen ortadan kaldıracak, keyfi ve tehlikeli bir
tutum olur. Ülkemizde maalesef son yıllarda doktrinde ve yargı uygu-
lamasında böyle bir eğilim göze çarpmaktadır. Özellikle, kimi zaman
yargı organları, önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde, ortada açık

kanun hükmü varken, bunu tümüyle göz ardı ederek veya onaylanması mümkün bulunmayan bir tarzda zorlayarak, bazı sosyal düşüncelerle (meselâ, işçiyi, kiracıyı yahut tüketiciyi korumak amacıyla); bazen de keyfî bir şekilde kanunun dışında çözümlere yönelmektedirler.

II. KAMU HUKUKU – ÖZEL HUKUK AYIRIMI

11 Hukuk kuralları, nitelikleri veya konuları göz önünde tutularak çeşitli dallara ayrılmaktadır. Roma Hukukundan beri gelenek haline gelen temel ayırım, “*kamu hukuku*” (*ius publicum; droit public; öffentliches Recht*) – “*özel hukuk*” (*ius privatum; droit privé; Privatrecht*) ayırımıdır. Bu ayırımın hangi ölçüte dayanacağı ve bazı hukuk dallarının hangi gruba gireceği tartışmalara yol açmıştır. Fakat ana hatları itibariyle, kamu gücüne ve otoritesine sahip kuruluşların (Devlet, Belediye, Devlet Üniversiteleri gibi) bu gücü kullanarak, bu otoriteye tâbi kişilerle veya birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen kuralların kamu hukuku; kişilerin eşit şart ve yetkilere tâbi kimseler olarak kendi aralarındaki ilişkilerini düzenleyen kuralların ise özel hukuk alanına dâhil oldukları söylenebilir. Buna karşılık, kamu tüzel kişisi olan Devletin ve diğer kamu kuruluşlarının, kamu otoritesini kullanmaksızın, herhangi bir şahıs gibi diğer kişilerle kurdukları ilişkiler (meselâ, Tapu Müdürlüğüne tahsis edilmek üzere Devletin, bir işadınının binasını kiralaması) ise özel hukuk kurallarına tâbi olur.

12 Çeşitli hukuk dallarının salt konuları göz önünde tutularak kamu hukukuna veya özel hukuka girdiği ifade ediliyorsa da, özel hukuk dallarında kamu hukuku niteliği taşıyan kurallara sıkça rastlanmakta; Devlet otoriter bir karakter taşıdığı ölçüde bu eğilim kendini daha da yoğun olarak hissettirmektedir. Hattâ kamu hukukunun özel hukuku istilâ ettiğinden bahsedenler bile olmuştur². Tüm bu gelişmelere rağmen, kamu hukuku – özel hukuk ayırımı yine de değerini yitirmiş değildir.

² Savatier, 25 vd.; Saymen, 19.

Bu noktada, özel hukukun pek çok esasının (özellikle, medenî 13 hukukun temel kavramları ile borçlar hukukunun genel hükümlerinin) kamu hukukunda da uygulama alanı bulduğuna, hatta bazı kavramların, özel hukuk kadar, kamu hukuku için de temel teşkil ettiğine dikkat edilmelidir. MK m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı buna verilecek güzel bir örnektir³.

Devletin temel kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen esasların yer aldığı *Anayasa Hukuku*; genel ve kolektif ihtiyaçların karşılanması için yapılan ve kamunun yararlanmasına sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli faaliyetlerin (kamu hizmetinin) görülmesi için kurulan teşkilâtın işleyişini ve kişilerle olan hukukî ilişkilerini düzenleyen *İdare Hukuku*; suçları ve bunların cezalarını düzenleyen *Ceza Hukuku*; suçlunun belirlenmesi ve ona uygulanacak cezanın saptanması için yapılacak yargılamanın usulünü düzenleyen *Ceza Usul Hukuku*; Devletin tahsil edeceği vergi, resim ve harçları düzenleyen *Malî Hukuk*; devletlerarası ilişkileri düzenleyen *Devletler Hukuku* kamu hukuku grubunda yer alır. 14

Konusunu aşağıda belirteceğimiz *Medenî Hukuk*; ticarî işletmeleri, 15 ticaret ortaklıklarını, bunların kuruluş, işleyiş ve ilişkilerini ve kıymetli evrak türlerini düzenleyen *Ticaret Hukuku*; bir özel hukuk ilişkisinin aynı anda birden fazla devletin hukukunu ilgilendirmesi halinde bu ilişkiye hangi hukukun uygulanacağını ve hangi ülke mahkemesinin yetkili olacağını, vatandaşlığı ve yabancıların durumunu düzenleyen *Milletlerarası Özel Hukuk* ile deniz yolculuğu ve taşımacılığı ile deniz yoluyla ticareti düzenleyen *Deniz Hukuku* ise Özel Hukuk grubunda yer alır.

Bazı hukuk dalları ise tam olarak bu iki gruptan birine girmezler; 16 karma bir nitelik taşırlar. Gerçekten, özel hukuk alanında başkasına tâbi olarak çalışanların durumu ilişkin meseleleri sosyal düşüncelerle düzenleyen *İş Hukuku*; özel hukuk ilişkilerinden doğan uyumsuzlukları çözecek yargılama usulünü düzenleyen *Medenî Usul Hukuku*; hakların

³ Bkz. Nr. 856, 857, 858.

devlet zoru ile elde edilmesini düzenleyen *İcra ve İflâs Hukuku*; tarım arazisinin hukukî durumunu, dağıtımını, rasyonel şekilde işletilmesine ilişkin meseleleri düzenleyen *Toprak Hukuku* karma yapıdadır; bunlar bazı açılardan kamu hukuku, bazı açılardan özel hukuk karakteri taşırlar. Aynı saptama, *Rekabet Hukuku* için de yapılabilir.

III. MEDENÎ HUKUKUN ANLAMİ

- 17 Medenî Hukuk, bir ülkedeki vatandaşların kişisel durumlarını, ailevî ilişkilerini, mallar üzerindeki hak ve yetkilerini, diğer kişilerle olan borç ilişkilerini, ölümlerinden sonra malvarlığında yer alan hak ve borçların âkîbetini düzenleyen kuralların oluşturduğu bir hukuk dalıdır.
- 18 Bu hukuk dalı için “Medenî” sıfatının kullanılması tarihî sebeplerden ileri gelmektedir. Şöyle ki: Roma Hukukunda, Roma hemşehrilerine yani Roma vatandaşlarına uygulanan hukuka “*jus civile*” denilmiştir. Burada hukuku ifade eden “jus” kelimesine eklenen “civile”, “şehir” anlamını taşıyan “civitas” kelimesinden gelen ve “şehirli, şehirde yaşayan, vatandaş” anlamını taşıyan bir sıfattı. İşte, yurttaşlara ait özel hukuk kurallarının yer aldığı hukuk dalına Fransızcada “*droit civil*”, Almancada “*bürgerliches Recht*” denilmesinde Roma Hukukunun “jus civile” deyiminin etkisi olmuştur. Bu deyim dilimizdeki karşılığı “*Medenî Hukuk*” tur. Fakat bu deyim, kavramın gerçek anlamını yansıtmaktan uzaktır ve yerine, anlamını doğru biçimde ifade edecek bir deyim de bulunamamıştır.

IV. MEDENÎ HUKUKUN KONUSU

- 19 Medenî Hukuk için yukarıda verilen kısa tanım göz önünde tutulursa, Medenî Hukukun konusu şöyle özetlenebilir:
- 20 Medenî Hukukun kapsamında yer alan konuların başında kişilerin şahsî (kişisel) durumları ile ilgili meseleler gelmektedir. Kişiliğin ne zaman başlayıp ne zaman ve nasıl sona ereceği, nasıl korunacağı, bir kişinin hangi koşullar çerçevesinde hukukî işlem ve fiilleri gerçekleştirmeye ehil sayılabilecekleri gibi hukukî sorunlar bu meydanaadır.

Medenî Hukukun hem gerçek, hem de tüzel kişileri kapsar biçimde bu konuları ele alan bölümüne “*Kişiler Hukuku*” denilmektedir.

Kişiler tek başına değil, bir toplum içinde yaşarlar. Toplumun en küçük nüvesini ise aile teşkil eder. Ailenin oluşumu ve kişilerin aile çevresi içindeki ilişkileri “*Aile Hukuku*” nun konusunu teşkil etmektedir. 21

Kişiler toplumdaki diğer kişilerle her gün sürekli ilişki içindedirler. Bu ilişki esnasında, haklar kazanırlar ve borç altına girerler; borçlarını yerine getirirler veya borçlarına aykırı davranırlar. Bu ilişkileri düzenleyen kurallar tüm özel hukukun can damarını teşkil eden “*Borçlar Hukuku*” çatısı altında toplanırlar. 22

Kişilerin mallar üzerinde sahip oldukları hak ve yetkileri ve buna bağlı meseleleri düzenleyen kurallar ise “*Eşya Hukuku*” nun konusunu teşkil eder. 23

Nihayet, bir insanın ölümü üzerine, hayatta iken sahip bulunduğu malvarlığının hukukî âkıbetinin ne olacağını, kimlere, ne oranda ve nasıl intikal edeceğini ve vefat eden kişinin borçlarından kimlerin, ne şekilde sorumlu olacağını düzenleyen kuralları ele alan Medenî Hukuk alt bölümüne de “*Miras Hukuku*” denilmektedir. 24

§ 2. MEDENÎ HUKUKUN DÜZENLENİŞ TARZI BAKIMINDAN ÇEŞİTLİ SİSTEMLER

Çeşitli hukuk sistemlerinin özellikleri, bunlarda Medenî Hukukun düzenlenişi bakımından yapılan çeşitli gruplandırmalar ve bu hususta kullanılan ölçüler esas itibariyle Karşılaştırmalı Hukuk dalının konusunu teşkil etmektedir. Biz burada sadece bir fikir vermek için Medenî Hukukun düzenlenişinde hâkim bulunan eğilimler bakımından mevcut başlıca dört gruba ana hatları itibariyle değinmekle yetineceğiz. Bu gruplar⁴ şunlardır: 25

⁴ Anılan hukuk sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, 56 vd.; İmre, 63 vd., 86 vd.

- 1- Roma ve Cermen Hukuklarının etkisini taşıyan grup,
- 2- İslâm Hukukunun etkisini taşıyan grup,
- 3- İngiliz Hukuk sistemine bağlı grup,
- 4- Sosyalist prensiplerin etkisi altındaki grup.

I. ROMA – CERMEN SİSTEMİNİN ETKİSİ ALTINDAKİ HUKUK DÜZENLERİ

- 26 Bu grupta, Medenî Kanunlarının hazırlanmasında Roma Hukukunun ve Cermen Hukukunun etkisi altında kaldıkları görülen Fransa, Almanya, İsviçre ile bu Medenî Kanunları model olarak kabul eden bazı ülkelerin hukuk düzenleri yer almaktadır. İsviçre Medenî Kanununu büyük ölçüde benimsemiş olan Türkiye de bu grupta bulunmaktadır. Bu sebeple bu grup üzerinde biraz daha fazla durmak yerinde olur.
- 27 Özel hukuk alanını ileri derece işleyip geliştirmiş olan eski Romalıların Roma Hukukunu gelecek kuşaklara taşımak için oluşturdukları eser, Bizans İmparatoru Justinianus'un emriyle M.S. VI. yüzyılda hazırlanan ve "*Corpus Juris Civilis*" (Medenî Hukuk Külliyyatı) adını taşıyan derlemedir⁵. Corpus Juris Civilis, Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışından yedi yüzyıl sonra XII. yüzyılda Bolonya Üniversitesi'nde inceleme ve öğretim konusu olmuş ve orada öğrenimini yapanların etkisi ile çeşitli ülkelerin hukuk hayatına girmiştir. Hatta bazı ülkelerde doğrudan doğruya Roma Hukuku kuralları uygulama yeri bulmuştur.
- 28 Roma hukukunun bu tarz benimsenmesine (iktibasına) İtalya, İspanya, Fransa ve diğer Batı Avrupa ülkelerinde de rastlanmakla beraber, iktibas büyük ölçüde Almanya'da cereyan etti. Roma Hukuku Almanya'da hukuk hayatında o derece benimsendi ki, XV. ve XVI. yüzyıllarda Almanya'da yürürlükteki hukuk halini aldı. Ortaçağ

⁵ Corpus Juris Civilis hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, Roma Hukuku, 10; Koschaker/Ayiter, 27 vd.; di Marzo, 16 vd.; Umur, Roma Hukuku, 147 vd. ve Ders Notları, 110 vd.

Almanya’ında eski Cermen âdetleri uygulanmakla beraber, ortak bir hukukî esas yoktu. Bir şehre, bir köye, hattâ bir malikâneye özgü olan kurallar mevcuttu. İşte bu dağınık hukuk ortamı içinde Roma Hukuku, bir “*Müşterek Hukuk*” (gemeines Recht) olarak benimsendi. Artık mahallî hukuklarda çözüm bulunmayan meselelerde müşterek hukukun kuralları uygulanıyordu. Müşterek hukuka, Corpus Juris Civilis’in en önemli kısmının ismiyle “*Pandekt Hukuku*” deniyordu⁶.

Böylece, bir yandan Cermen Hukuku esasları, diğer yandan Roma Hukuku ilkeleri birbirini tamamlayarak uygulanıyordu. Bu uygulama Alman Medenî Kanunu’nun 1 Ocak 1900’de yürürlüğe girmesi ile ortadan kalktı. Fakat yine de Alman Medeni Kanunu’nun bir kısım hükümleri Pandekt Hukukunun, bir kısım hükümleri de Cermen Hukukunun etkisini taşıyordu. Bu yolla Roma Hukuku ve Cermen Hukuku, gerek Almanya’da, gerekse Alman Medenî Kanunu’nu örnek alan veya bundan esinlenen hukuk düzenlerinde etkisini günümüzde dahi koruyabildi.

Roma Hukuku Almanya’daki ölçüde olmamakla beraber Fransa’da da gerek bilimsel incelemelerde, gerekse uygulamada etkili olmuştur. Bu ülkede Cermen Hukukuna dayanan kurallar da uygulama yeri bulmuştur.

Fransa, büyük Fransız devriminden önce, “eski hukuk” (ancien droit) adıyla anılan devresinde iki büyük hukuk bölgesine ayrılmıştı. Yazılı hukuk bölgesi (pays de droit écrit) denilen güney bölgesinde, yazılı hukuk adı altında Roma Hukuku kuralları uygulanıyordu. Örf ve âdet hukuku bölgesi (pays de droit coutumier) denilen kuzey bölgesinde ise mahallî örf ve âdetler uygulanıyordu ki bunlardan bir kısmının kökü Cermenlere dayanıyordu⁷. Mamafih bu ayırımı rağmen, güneyde örf ve âdet kısmen rol oynadığı gibi, kuzeyde de örf ve âdet uygulanacak kural bulunmaması halinde Roma Hukukuna başvuruluyordu.

⁶ Schwarz, Roma Hukuku, 190; Esener, 46 vd.; İmre, 70.

⁷ Colin-Capitant-Juliot de la Morandière, 83.

- 32 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu 1789 Fransız devriminin getirdiği prensiplerin ışığında düzenlenmiş olmakla beraber, çeşitli hükümlerinde Roma Hukukunun etkisi açık bir şekilde görülür. Bu yüzden zaman içinde değişikliğe uğramış olsa da, bugün yürürlükte bulunan Fransız Medenî Kanunu, gerek Fransa’da, gerekse Fransız Medenî Kanununu örnek alan veya bundan esinlenen ülkelerin hukuk düzenlerinde Roma Hukukunun halen etkili olmasını sağlamıştır.
- 33 Almanya ve Fransa’nın aksine XIX. yüzyıla kadar İsviçre’de Roma Hukukunun ciddî bir etkisi olmamıştır. Bu durum, farklı ırklara mensup olan ve çeşitli dilleri konuşan küçük kolonilerden oluşan İsviçre halkının, coğrafi şartların da etkisiyle içe kapalı kalmaları, kendi mahallî geleneklerine aşırı bağlılıkları ve sahip oldukları basit ve sert mantıkla izah edilmektedir⁸.
- 34 XIX. yüzyılda, diğer ülkelerde başlayan kanunlaştırma hareketi⁹ İsviçre’de de etkisini göstermiş ve nihayet 10 Aralık 1907’de kabul edilen Medenî Kanun ve 30 Mart 1911’de kabul edilen Borçlar Kanunu ile medenî hukuk alanında birlik sağlanmıştır. Alman Medenî Kanunu, Avusturya Medenî Kanunu ve Fransız Medenî Kanunu, İsviçre’deki mahallî hukuklar üzerinde etkili oldukları için, haliyle Medenî Kanun’un hazırlanması sırasında önemli rol oynamışlar ve bu ülkenin de Roma-Cermen Hukuku grubuna girmesine sebep olmuşlardır. Borçlar Kanununda Roma Hukukunun, Medenî Kanunda ise Cermen Hukukunun etkisi daha fazla görülür.
- 35 Türkiye’ye gelince: Osmanlı İmparatorluğu esas itibariyle İslâm Hukukunun hüküm sürdüğü bir devlettir. Fakat Osmanlı İmparatorluğu yıkıldıktan ve Kurtuluş Savaşı sonunda tamamen yeni ve çok farklı bir zihniyetle halen ilk ve tek Cumhuriyetimiz olan Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra 1926 yılında Medenî Kanunun ve Borçlar Kanununun İsviçre’den alınması ile, bizim Medenî Hukukumuz da Roma ve

⁸ Schwarz, Medenî Hukuk, 12.

⁹ Bkz. Nr. 56 vd.

Cermen Hukuklarının etkisi altındaki gruba dâhil olmuştur. Bu etki, yeni Türk Medenî Kanunu ve yeni Türk Borçlar Kanunu döneminde de aynen devam etmektedir.

Fakat hemen işaret edelim ki, bu grupta yer alan ülkelerin kanunlarında büyük ölçüde ortak noktalar bulunmakla beraber, farklı yönler de mevcuttur. Bunların ortak noktaları, bireyci ve liberal karaktere sahip olmaları, irade özerkliği esas almaları ve özel mülkiyet ve miras düzenine dayanmalarıdır. 36

II. İSLÂM HUKUKUNUN ETKİSİ ALTINDAKİ HUKUK DÜZENLERİ

İslâm Hukuku, dinî esaslara dayanan bir hukuk sistemidir. Hukuk kurallarını İslâm dini esaslarından yola çıkarak oluşturan bilim dalına “fıkıh ilmi” denilmektedir. Fıkıh ilminin tespit ettiği kurallar da “şeriatı” meydana getirir. Bu kuralların bir kısmı Medenî Hukuk alanına aittir. 37

İslâm dini esasları için başvuru kaynaklar, Kur’an, hadîs, icma ümmet ve kıyastır. Kur’an-ı Kerim, İslâm dininin temel kaynağıdır. Allah’ın buyrukları burada yer alır. Allah’ın buyruklarını en iyi anlayan ve onları halka öğreten kimse olarak peygamber Hz. Muhammed’in sözleri ve davranışları ikinci esas kaynağı teşkil eder. Buna hadîs veya sünnet denilir¹⁰. Başlangıçta İslâm cemaatinin, sonraları İslâm âlimlerinin yeni meseleler hakkında oybirliği ile tespit ettikleri kurallar da “icma-ı ümmet” adı ile ikinci derecede bir kaynak oluşturur. 38

İslâm hukukunda, anılan kaynaklarda olaya uygulanacak bir kural bulunmaması halinde, benzer meselelere ilişkin kuralları göz önüne alarak yeni meseleye uygun düşen çözümü bulma yoluna gidilmiştir. Buna “kıyas” veya “içtihat” denilir. Kıyas da dinî kuralların bir kaynağı olmuştur. 39

¹⁰ Bkz. Hatemi, İslâm Hukuku, 68 vd.

- 40 Gerek mevcut islamî kuralların yorumunda, gerekse boşlukların doldurulmasında ortaya çıkan görüş ayrılıkları, farklı mezheplerin doğmasına yol açmıştır. İslâm Hukukunun gelişmesi de bu mezheplere göre farklılık göstermiştir. Başlıca dört sünnî ve bir şîî mezhep vardır. Sünnî mezhepler Hanefî, Malikî, Şafiî ve Hanbelî mezhepleridir.
- 41 Kur'an-ı Kerim'in vahiy suretiyle Hz. Muhammed'e gelmeye başladığı VII. yüzyıl başından itibaren üç yüzyıl boyunca, güçlü ve bilgili içtihat âlimleri sayesinde İslâm Hukuku gelişmeye devam etmiştir. Fakat daha sonra içtihat yolunun kapandığı görülmektedir.
- 42 Medenî Kanunun yürürlüğe girmesine kadar İslâm Hukuku bizim de hukukumuz olmuş ve bazı kuralları, kanun haline de getirilmiştir. İslâm Hukuku, kısmen kanun hükümleri, kısmen de kanun boşluğunu dolduran ilkeler halinde çeşitli Arap (Suriye, Ürdün, Suudi Arabistan, Yemen, Mısır) ve Kuzey Afrika (Fas, Tunus, Cezayir) ülkeleri ile İran ve Pakistan'da bugün de uygulama alanı bulmaktadır.

III. İNGİLİZ HUKUKUNUN ETKİSİNİ TAŞIYAN HUKUK DÜZENLERİ

- 43 Bu grubun özelliği, Roma Hukukunun etkisinden uzak biçimde ve mahkemelerin yüzyıllar boyunca verdikleri kararlardan çıkarılan ilkelerin yerleşmesiyle meydana gelen bir hukuk düzeni olmasıdır. İngiliz Hukukunda XX. yüzyılda Medenî Hukuk alanının büyük bir kısmı çeşitli özel kanunlarla düzenlenmişse de, söz konusu kanunlar genellikle, zaten önceden mevcut yargısal çözümlerin yasa metni haline getirilmesinden ibarettir. Kaldı ki, Kara Avrupasından farklı olarak, İngiliz hukukunda Medenî Hukukun tümünü kapsayacak bir kanunlaştırma hiç söz konusu olmamıştır.
- 44 İngiliz Hukukunun gelişmesinde başlıca üç aşama göze çarpmaktadır¹¹: Ortaçağın ilk devirlerinde İngiltere'nin çeşitli bölgelerinde

¹¹ Bu konuda bkz. Özsunay, 59 vd.; İmre, 88 vd.

uygulanan dağınık ve birbirinden farklı örf ve âdet hukuku kuralları Kraliyet Mahkemelerinin uygulamaları ile birleşmiş ve kararlara dayanan bir ortak hukuk ortaya çıkmıştır. Buna “*Common Law*” denilmektedir. Başlangıçta yaratıcı nitelik taşıyan Common Law zamanla muhafazakâr bir kimliğe bürünmüştür.

Bunun üzerine, yeni durumların ortaya çıkardığı ihtiyaçları karşılamak, adalet ve hakkaniyet duygularını tatmin üzere Common Law mahkemeleri yerine kralın “chancellor” ünvanını taşıyan sekreterine başvurma ve ondan Common Law’ın tanımadığı bazı yaptırımların uygulanması için karar alma imkânı ortaya çıkmıştır. 45

Chancellor’un yetkisi zamanla “Court of Chancery” adını taşıyan mahkemelere verilmiştir. Bu mahkemeler vicdanın emrettiği kararları veriyordu. Common Law’a dayanmayan bu kararların ortaya koyduğu ilkeler, “*Equity*” (Hakkaniyet) adı verilen başka bir hukuk bölümünü meydana getirmiştir. Common Law’a nazaran *Equity*’de hâkimlerce hukuk yaratılma özelliği çok daha yoğundur. Zira Common Law’ın temelinde örf ve âdetler bulunurken, *Equity*’de böyle bir durum söz konusu değildir. 46

İngiltere’de 1873-1875 yıllarında mahkeme teşkilâtını düzenleyen kanunlarla mahkemeler arasındaki ikilik ortadan kaldırılmışsa da, Common Law ve *Equity*’nin yan yana uygulanmasına devam edilmiştir. 47

İngiliz Hukukunda XX. yüzyılda daha çok kanunlaştırma yoluna gidilmiş ve bir “*Statute Law*” teşekkül etmiştir. Medenî Hukukun birçok kısmı kanunlaştırılmış bulunmaktadır. Fakat buna rağmen İngiliz Hukuku, Common Law ve *Equity* Hukuku şeklindeki ikili karakterini kaybetmemiştir. 48

Common Law ve *Equity*’ye dayanan hukuk sistemi Amerika Birleşik Devletleri’nde ve kısmen Kanada’da da etkili olmuştur. 49

IV. SOSYALİST PRENSİPLERİN ETKİSİ ALTINDAKİ HUKUK DÜZENLERİ

- 50 Bu grupta Medenî Hukuk, esas olarak sosyalist prensiplerin ışığı altında hazırlanan kanunlarla düzenlenmiştir. Kanuna dayanması bakımından bu grup, İngiliz hukuk grubundan ayrıldığı gibi, kanunların temel felsefesi ve sorunlara yaklaşım tarzı bakımından da Roma ve Cermen Hukuku grubundan ve İslâm Hukukundan çok farklıdır. Sovyetler Birliği'nin dağılması öncesinde bazı Avrupa ülkelerinde sosyalist hukuk sistemi egemendi; fakat bu ülkeler daha önce Roma ve Cermen Hukuklarının etkisi alanında buldukları için, sosyalist rejim döneminde dahi Roma-Cermen hukuku esasları -sosyalist sistemle çatışmadığı ölçüde- varlıklarını sürdürebilmişti. Fakat buna rağmen, yine de sosyalist karakterli Medenî Kanunlarda temel felsefe tamamen farklı idi¹².
- 51 Sosyalist sistemde hukuk, Marksist-Leninist felsefeye dayanır. Özellikle üretim araçları üzerinde bireyin mülkiyeti reddedilmekte, kolektif mülkiyet düzeni egemen kılınmaktadır. Toplumun menfaati esas alınmakta, sosyalist devletin ulaşmak istediği amaç karşısında bireyin çıkarları geri plânda kalmaktadır. Kamu hukuku – özel hukuk ikiliği tanınmamakta ve Medenî Hukuk dahi kamu hukuku içinde yer almaktadır.
- 52 Aralarında farklılıklar bulunmakla beraber artık tarihe karışmış olan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde yer alan eski Sovyet Cumhuriyetlerinin her birinin Medenî Kanununda ve eski Doğu Avrupa ülkelerinde (Macaristan, Çekoslovakya, Polonya, Bulgaristan, Romanya) sosyalist sistem tamamiyle hâkimdi. Bugün halen, bazı güney Amerika ülkeleri ile başta Kuzey Kore ve Çin olmak üzere bazı Asya ülkelerinin demokratik halk cumhuriyetlerinde eski katılığından çok uzak olmakla birlikte, yine de özü itibariyle sosyalist hukuk düzeninin etkileri görülmektedir.

¹² David, N. 109 vd.; Özsunay, 63 vd.; İmre, 92 vd.

1990'dan sonra Sovyetler Birliği'nin dağılması üzerine başlayan siyasi ve hukuki reformlar ve liberal eğimli yeni yasal duzenlemeler bu devletlerin Medeni Hukuk sistemlerinde de onemli değişikliklere yol acmiştir. Özellikle, bu uikelerin ekonomilerinde goruilen liberal - kapitalist sisteme dogru hizli yonelişin ve kimi uikelerin Avrupa Birliği'ne uye olmasının, soz konusu uikelerin Medeni Kanunlarını da dogrudan etkilemesi ve sosyalist hukuk anlayişının izlerini tumuyle silmesi kacınılmaz bir sonuç olarak ortaya cikmiştir.

V. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA DURUM

Avrupa uikelerinin cugunun Avrupa Birliği çatısı altında ekonomik ve siyasi bir guç olarak birleşmesi, hukuk alanında da butunleşmeyi gerekli hale getirmiş; uye uikelerin milli hukuklarının varlık sebepleri artık tartişılır olmuştur. Bu gelişmenin bir sonucu olarak Avrupa Parlamentosu, 26 Mayıs 1989 tarihli kararıyla bir "Avrupa Medeni Kanunu"nun hazırlanmasını onermiştir. Aynı yonde diğer bir karar da 6 Mayıs 1994'te alınmıştır¹³.

Bugun icin genel bir Avrupa Medeni Kanunu projesi henuz sonuca ulasmamiştur; fakat calışmalar ilerleyerek devam etmektedir. şunu da belirtmek gerekir ki, bu girişim hukuk cevrelerince ciddi biçimde eleřtirilmektedir¹⁴.

§ 3. BULUNDUĞUMUZ GRUPTA KANUNLAŖTIRMA HAREKETİ VE İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NUN YAPILIŞI

I. GENEL BAKIŞ

Avrupa'da cęřitli uikelerde siyasi birliğin gercekleşmesi ve merkezî otoritenin kuvvetlenmesi uzerine, dağınık bir gorunum arz

¹³ Bu konuda bilgi icin bkz. Werro, 43 vd.; Schulze, 2742 vd.

¹⁴ Bu konuda bilgi icin bkz. Schulze, 2742 vd.

eden ve çoğu örf ve âdet kurallarına dayanan hukukun yerine, bütün ülkede uygulanan ve hukukun çeşitli bölümlerini mümkün olduğunca geniş ölçüde kapsayan ve Fransızca “Code”, Almanca “Gesetzbuch” adı verilen büyük kanunlar yapılması hareketi XVIII. yüzyıl sonunda başlamış, XIX. ve XX. yüzyılda gelişmiştir. Bu tarzda kanunlaştırma Fransızca “Code” (Kod) kelimesinden gelen “Codification” (Kodifikasyon) hareketi denilmektedir.

57 Örf ve âdetler yerine aklın ilham ettiği kuralların getirilmesini öngören doğal hukuk doktrininin gelişmesi ve ekonomik alandaki ilerlemenin hukukî güvenliği sağlayacak, kesin ve önceden belli kurallara ihtiyaç göstermesi, kanunlaştırma hareketini teşvik eden önemli etkenler olmuştur.

58 Yapılan kodların başında Medenî Hukuk alanını düzenleyen Medenî Kanunlar gelmektedir. Şöyle ki:

59 1- Bu kodların ilki, Prusya kralı Büyük Frederik (Friedrich II; Friedrich der Große) döneminde hazırlanan ve halefi kral Friedrich Wilhelm II tarafından yürürlüğe konulan 1794 tarihli “Prusya Genel Kanunu”dur (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten).

60 Bu kanun sadece Medenî Hukuk alanını değil, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Kilise Hukuku ve Ceza Hukuku alanlarını da kapsıyordu ve 17.000’den fazla paragraftan (maddeden) oluşuyordu. Her paragraf bir cümleden ibaretti. Sade ve açık bir dil kullanılmış olmakla beraber, hukukî deyimlerde yeknesaklık sağlanamamıştı. Kanunun asıl özelliği, genel ve soyut kurallar öngörmek yerine, günlük hayatın sıkça rastlanan, önemli olaylarından çıkarılan tipik meseleler için somut çözümler ortaya koymasındır¹⁵. Bu yöntem, “kazuistik yöntem” olarak anılır.

61 2- Prusya Genel Kanunundan sonra yapılan bir başka büyük kod, Code Napoléon adı ile de anılan Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) olmuştur. Fransa’da bir Medenî Kanun yapılması fikri krallık devrinde

¹⁵ Bu konuda bkz. Özsunay, 113; İmre, 75.

geliştirilmiş ve ihtilâl devresinde çeşitli tasarılar da hazırlanmıştı. Fakat hiçbirini sonuca ulaşmayan bu teşebbüslerden sonra Medenî Kanunun yapılmasını sağlamak şerefi 1804 yılında imparator Napoléon'a nasip olmuştur. 2281 maddelik açık ve veciz bir dille kaleme alınmış olan Kanun, büyük Fransız devriminin ruhunu yansıtmaktadır. Eşitlik, bireysel özgürlük, özel mülkiyet esaslarına dayanan bireyci ve lâik karakterde bir kanundur.

Yapıldığı tarihten bu yana önemli birçok değişikliğe uğramakla beraber, Fransız Medenî Kanunu bugün halen yürürlüktedir. Fransız Medenî Kanunu az veya çok değişiklikle Belçika, Hollanda, Lüksemburg ile bazı Güney Amerika ülkelerinde de benimsenmiştir. 62

3- Kodifikasyon hareketinde Fransız Medenî Kanunu'ndan sonra gündeme, 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) gelmektedir. Büyük ölçüde doğal hukuk doktrininin etkisi altında kalan, 1502 maddelik bu kanunun önemli yeniliği, belirli bir olaya uygulanabilecek bir hükmün bulunmaması halinde doğal hukuk esaslarına başvurulması bir çözüme gidilmesi yolunu kabul etmiş olması idi. Bu kanun, önemli bazı değişikliklerle Avusturya'da halen yürürlüktedir. 63

4- Almanya'da da bir Medenî Kanun hazırlanması fikri Fransız Medenî Kanununun yapılmasından hemen sonra ortaya atılmışsa da, doğal hukuk fikrine karşı çıkan ve hukukun aklın eseri olmayıp, tarihin şartları içinde genel eğilim, inanış ve alışkanlıkların etkisiyle halkın vicdanında doğduğu fikrini savunan ve *Tarihî Hukuk Okulu* adını taşıyan felsefe, Almanya'da kodifikasyon hareketini uzun süre frenlemiştir. Bu konuda özellikle tarihî hukuk okulunun parlak bir temsilcisi olan *Friedrich Carl von Savigny*'nin büyük rolü olmuştur. 64

Almanya'da bir Medenî Kanun için ilk resmî adım ancak 1874'de atılabılmıştır. Milletvekilleri *Miquel* ve *Lasker*'in beş kez yineledikleri teklif sonucunda çıkarılan 20 Aralık 1873 tarihli kanuna dayanılarak 1874'de oluşturulan bir Ön Komisyon çalışmalarına başlamıştır. Ön Komisyonun raporlarını değerlendirmek üzere daha sonra kurulan ve 65

aralarında *Windscheid, Roth ve Planck* gibi ünlü hukukçuların bulunduğu 11 kişilik komisyonun çalışmaları sonucunda metin netleşmeye başlamıştır. 1887 yılında Tasarı ve Gerekçeleri tamamlanmış; bu kez Tasarıya yönelik eleştirileri değerlendirmek üzere 1890'da yeni bir Komisyon kurulmuştur. Bu Komisyon, çalışmalarını 1895'de tamamlamış ve Tasarı Parlamenta sunulmuştur. 14 Temmuz 1896'da kabul edilen ve 18 Ağustos 1896'da İmparatorca onaylanan kanunun yürürlük tarihi ise 1 Ocak 1900 olarak belirlenmiştir¹⁶.

- 66 Bu kanun hem Medenî Hukuk alanını, hem de genel ve özel kısmı itibariyle Borçlar Hukuku alanını düzenlemektedir. Bu nedenle, Almanya'da İsviçre-Türk sisteminden farklı olarak, ayrı bir Borçlar Kanunu bulunmamaktadır.
- 67 2385 paragraftan (maddeden) oluşan Alman Medenî Kanunu, açık fakat ağır ve bilimsel bir dille kaleme alınmıştır. Her kavramın kanun içinde değişmez bir anlamı vardır ve aynı kavram için hep aynı (tek) terimin kullanılmasına dikkat edilmiştir. Bireyci ve liberal bir karakter taşımakla beraber BGB'de bazı sosyal düşüncelere de yer verilmiştir. Özel hukukun hemen bütün alanlarında uygulanması mümkün olacak genel kuralları kanunun girişinde "Genel Hükümler" başlığı altında toplamış olması BGB'nin önemli bir özelliğidir.
- 68 Nasyonal Sosyalist iktidar döneminde BGB'nin yerine bir Halk Kanunu (Volksgesetz) yürürlüğe konulmak istenmişse de, bu proje gerçekleştirilememiştir.
- 69 Alman Medenî Kanunu, Japonya, Milliyetçi Çin, Brezilya, Meksika ve Yunan Medenî Kanunlarının hazırlanışında etkili olduğu gibi, Medenî Kanunumuzun mehzazını teşkil eden İsviçre Medenî Kanunu'na ve Borçlar Kanunu'na da önemli ölçüde esin kaynağı teşkil etmiştir.
- 70 Alman Medenî Kanunu zaman içinde bazı değişikliklere uğramış olmakla beraber halen yürürlüktedir. Yapılan değişiklikler içinde en

¹⁶ 27 yıllık bu süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hübner**, 7 vd.; **Bork**, 15 vd.

geniş çaplı ve de en önemli olanı, Alman Medenî Kanunu'nun borçlar hukukuna ilişkin hükümlerinde 1.1.2002'de yürürlüğe giren 26.11.2001 tarihli *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (Borçlar Hukukunun Modernizasyonu Hakkında Kanun) ile yapılan değişikliklerdir.

Anılan değişikliğin en yoğun olduğu noktalardan biri, “ifa engelle- 71 ri” bahsidir: Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, imknsızlık ve borçlu temerrüdü hâlleri “yükümlülük ihlâli” (*Pflichtverletzung*) adıyla tek bir çatı altında toplanmış (BGB  280); borca aykırılık sebebiyle sözleşmeden dönme ve tazminat yaptırımları ile tasfiye esasları borca aykırılığın tipine göre değişik biçimlerde düzenlenmiştir (BGB  280 vd.). Keza, imknsızlık konusunda başlangıçtaki - sonraki imknsızlık ve objektif - sübjektif imknsızlık ayırımları kaldırılmıştır (BGB  275). Borçlu temerrüdünün oluşum Şartları konusunda da değişikliğe gidilmiş; özellikle, temerrüdün oluşum nı değişik ihtimllere göre yeniden belirlenmiştir (BGB  286). Reform sonrasında, culpa in contrahendo sorumluluk (BGB  241/Abs. 1, 311) ile işlem temelinin okmesi üzerine sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması veya sona erdirilmesi (BGB  313) esasları kanunda ilk kez yer bulmuştur.

Bundan başka, zamanaşımı müessesesi köklü değişikliğe uğramış 72 (BGB  194 vd.); daha önce ayrı ve özel bir kanunla düzenlenmiş bulunan Genel Işlem Şartları konusu BGB'ye dâhil edilmiş (BGB  305 vd.); tüketiciyi ilgilendiren ve bu yüzden tüketiciyi koruyucu hükümler içeren kapıdan satışlara, mesafeli satışlara ve elektronik ticarete ilişkin münferit kanunlardaki düzenlemeler bu kez doğrudan BGB kapsamında yer bulmuştur (BGB  312 vd.). Keza, satım (BGB  433 vd.) ve eser (BGB  631 vd.) sözleşmelerine ilişkin mevcut hükümlerde, özellikle ayıba karşı tekeffül sorumluluğu açısından önemli ve kapsamlı değişiklikler yapılmış; ödünç sözleşmesini düzenleyen normlar (BGB  488 vd.) yeniden ele alınmış ve ödünç alanın tüketicisi sıfatını taşıdığı sözleşmeler (BGB  491 vd.) zel düzenleme-ye tâbi tutulmuştur.

Anglo-Amerikan hukukunun izlerini taşıyan bu değişiklikler 73 Alman hukuk çevrelerinde çok ciddî tepkilere yol açmış ve ağır eleş-

tiriler almıştır. Hatta, Alman hukukunun “Amerikanlaştırıldığından” dahi bahsedenler olmuştur.

- 74 5- İtalya’da 1865 yılında Fransız Medenî Kanunu örnek alınarak bir Medenî Kanun yapılmıştı. Faşist rejimin kuruluşundan sonra yeni bir Medenî Kanunun hazırlanmasına girişildi ve 1942 yılında yeni İtalyan Medenî Kanunu (Codice Civile) yürürlüğe konuldu. 3000’e yakın maddeyi ihtiva eden Kanun, kamu yararını ön plânda tutan, sosyal bir karakter taşımaktadır. Faşist rejimin İkinci Dünya Savaşı sonlarında yıkılması üzerine, Kanunun faşist felsefeye dayanan hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

II. İSVİÇRE’DE MEDENÎ KANUNUN YAPILIŞI

- 75 İsviçre diğer Avrupa ülkelerinin çoğundan farklı olarak, 22 küçük kantondan oluşmuş federal bir devlettir. Çeşitli alanlarda nisbî bir bağımsızlığa sahip bu kantonlarda yaşayanlar arasında bir ırk, din ve dil birliği yoktur. Bir taraftan bu farklılık, diğer taraftan ülkenin coğrafi koşulları, yüzyıllar boyunca her kantonun, hattâ her kantonun içindeki şehir ve kasabaların birbirinden farklı ve geleneğe dayanan ayrı hukuk düzenleri içinde yaşamasına yol açmıştı. Bu yüzden, Roma Hukukunun, Avrupa’nın diğer ülkelerinden farklı olarak, geleneklerine sıkı bağlılık içinde yaşayan bu ülkede önemli bir etkisi olmamıştı. Keza, diğer devletlerde kodifikasyon hareketi ülkenin bütünü için hukuk birliğini sağlamaya yöneldiği hâlde, İsviçre’de kodifikasyon hareketi kantonlar içi bir hareket olarak başlamıştır. Bu hususta kantonların iki ayrı yol tuttuğu görülmektedir¹⁷:
- 76 Birinci yol, yabancı kanunların alınması (iktibas) yolu olmuştur. Hiç şüphesiz yabancı kanun benimsenirken bölgesel ihtiyaçlara göre az veya çok değişiklik yapılmıştır. İsviçre’nin Fransa’ya yakın olan ve Fransızca konuşulan kantonları Fransız Medenî Kanununu benimsemişlerdi. Genève, Vaud, Fribourg, Neuchâtel kantonları bu gruba girer.

¹⁷ Bkz. Tuor/Schnyder/Schmid, 2 vd.; İmre, 95-96.

Diğer bir grup kanton ise Avusturya Medenî Kanunu'nu benimsemiŖti. Bern, Aargau, Solothurn ve Luzern kantonları bu gruba girer.

İkinci yol, yerli hukuk köklerine dayanan orijinal kanun yapma yolu olmuŖtur. Bunu Zürih kantonu gerçekleŖtirmiŖtir. İsviçre hukuk tarihi hakkında derin bilgi sahibi olan *Prof. J. C. Bluntschli* tarafından hazırlanan Zürih Medenî Kanunu, Schaffhausen ve St. Gallen gibi bazı kantonlar tarafından iktibas edildiği gibi, İsviçre Medenî Kanunu'nun hazırlanışında da etkili olmuŖtur. 77

Bu kodifikasyon hareketlerine karşılık, Schwyz ve Uri kantonları gibi bazı kantonlarda kanunlaŖtırma gerçekleŖmedi ve mahallî örf ve âdet hukukunun uygulanmasına devam olundu. 78

Kantonların farklı hukuk düzenlerine sahip olmaları XX. yüzyılın başına kadar devam etti. Zira bütün İsviçre'yi kapsayacak tek bir Medenî Kanun yapılması için çeŖitli güçlüklerin yenilmesi gerekiyordu. Kantonların hukukî bağımsızlıklarını korumak istemeleri, tek bir Medenî Kanun yapma yetkisinin Anayasa'da Konfederasyona tanınmasını uzun süre engellemiŖtir. Ancak 1848 Anayasası'nda 1874 yılında yapılan değişlikle sadece Özel Hukukun bazı kısımları için Konfederasyona kanun yapma yetkisi tanındı ve ancak bu sayededir ki, 1881 tarihinde İsviçre'de Borçlar Hukuku alanı kanunlaŖtırılabilirdi. Yapılan İsviçre Borçlar Kanunu 1883 yılında tüm İsviçre'de yürürlüğe girdi. 79

1898 yılında Anayasa'da yapılan yeni bir değişlikle, Konfederasyona Özel Hukukun bütününi kanunlaŖtırma yetkisi tanındı. Fakat çalışmalar daha önce başlamıştı. Federal Adalet Bakanlığı 1892 yılında, bir İsviçre Medenî Kanunu Öntasarısı hazırlama görevini Profesör *Eugen Huber*'e verdi¹⁸. 80

Huber, İsviçre Hukukçular Derneği'nin talebi ve Konfederasyonun malî desteği ile kanton özel hukuklarını karşılaŖtırmalı olarak inceledi 81

¹⁸ Tuor, 6; Tuor/Schnyder/Schmid, 6 vd.

ve dört ciltlik “İsviçre Özel Hukukunun Sistemi ve Tarihi” (Systeme und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts) adlı büyük bir eser hazırladı. Bu eser 1886-1893 yılları arasında yayınlandı.

- 82 *Huber*'in hazırladığı Öntasarı ise, 1900 yılında yayınlandı. *Huber*, tasarının ayrıntılı gerekçesini de hazırlamıştı. Bu gerekçe (Erläuterungen) iki cilt halinde Almanca olarak ve Fransızca'ya çevrilmiş şekli ile yayınlandı.
- 83 Öntasarı 31 kişilik bir uzmanlar komisyonunda incelenerek son şeklini aldı ve 1904 yılında Federal Meclise sunuldu.
- 84 Tasarı, 10 Aralık 1907 tarihinde Federal Meclisçe kabul edilerek İsviçre Medenî Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Code Civil Suisse) haline geldi ve 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girdi. Kanun, bir başlangıç kısmından sonra Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukuku bölümlerini içeriyordu.
- 85 İsviçre'de Borçlar Hukuku Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden çok daha önce, 1881 tarihli Borçlar Kanunu ile düzenlenmişti. Bu yüzden, Borçlar Kanunu'nun Medenî Kanun ile uyumlu hâle getirilmesi gerekiyordu. Bu uyumlaştırma çalışması için yine *Huber* görevlendirildi. Nihayet eski Borçlar Kanununda gerekli değişiklikler yapılarak yeni Borçlar Kanunu, Medenî Kanunun beşinci kitabı olarak 30 Mart 1911 tarihinde kabul edildi ve Medenî Kanunun diğer kısımları ile birlikte 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girdi¹⁹.
- 86 İşte Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'na, 1912 yılında yürürlüğe giren bu Kanunlar modellik etmiştir. Fakat hemen işaret

¹⁹ Bu süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid**, 6 vd.; **Caroni**, 22 vd.; **İmre**, 96 vd.

Medenî Kanunun *Huber* tarafından hazırlanan metni Almancadır. Bu metin *Rossel* tarafından Fransızca'ya, *Bertoni* ve *Gabuzzi* tarafından İtalyanca'ya çevrilmiştir. İsviçre Anayasası'na göre üç metin arasında ayrılık bulunması halinde yorum metodlarına başvurmak gerekir. Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid**, 37; **Egger**, Zürcher Kommentar, Allgemeine Einleitung, N. 34; BGE 107 Ib 230; BGE 116 II 527; BGE 116 II 700.

edelim ki, İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu, zaman içinde, pek çok değişikliğe uğramış, bazıları çok köklü ve önemli olan bu değişikliklerle²⁰ gerek Medenî Kanun, gerekse Borçlar Kanunu eski kimliğinden epeyce farklı bir görünüm kazanmıştır.

Fakat, yeni Medenî Kanunun kabulüne kadar geçen süreçte Türk Kanun koyucusu bu değişiklikleri zamanında ve gereği gibi izleyememiştir. Ama yine de, zaman zaman yapılan küçük değişikliklerde İsviçre'deki bu yeni düzenlemelerden esinlenilmiştir. Nihayet, 1.1.2002'de yürürlüğe giren yeni Türk Medenî Kanunu, İsviçre'deki bu gelişmelerin çok büyük bir bölümünü bünyesine alarak, deyim yerinde ise, aradaki açığı önemli ölçüde kapatmıştır. Aynı gelişme borçlar hukuku alanında da yaşanmış ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun son haliyle paralellik sağlanmıştır. 87

İsviçre Medenî Kanunu halkın anlayabileceği bir üslûp ve açık bir dille yazılmış, geleneklere bağlı fakat yeni ihtiyaçlara cevap vermeye elverişli, demokratik bir kanundur. Bu sebeple bu Kanunun hem muhafazakâr, hem ilerici olduğundan bahsedilir. Kanunun genelinde liberal düşünce hâkim olmakla beraber, sosyal dengeyi sağlayacak hükümlere de yer verilmiştir. 88

Kanunun diğer bir özelliği, teker teker bütün meseleleri kapsayacak kazuistik hükümler koymak yerine, çeşitli müesseseleri ana hatları ile düzenlemiş olmasıdır. Kanunda ortaya çıkacak boşlukların doldurulması yetkisi ise hâkime bırakılmıştır. 89

Bu bakımdan, ülkemizde yeni bir Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hazırlanmasının düşünüldüğü o dönemde henüz üç yaşında olan Türkiye Cumhuriyeti'nin kanun koyucusunun, model olarak İsviçre Medenî Kanunu'nu ve Borçlar Kanunu'nu benimsemesi çok isabetli ve yerinde bir tercih olmuştur. 90

²⁰ Bu değişikliklerin tamamını görebilmek için <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/a210.html> (Medenî Kanun için) ve <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/a220.html> (Borçlar Kanunu için) adresindeki sitelere başvurulabilir.

§ 4. TÜRKİYE'DE MEDENÎ HUKUK ALANINDA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE MEDENÎ KANUN

I. OSMANLI İMPARATORLUĞU DÖNEMİNDE KANUNLAŞTIRMA

91 Osmanlı İmparatorluğu'nda özel hukuk İslâm dini esaslarına dayanıyordu. Tanzimattan sonra özel hukuk alanının kanunlaştırılması yoluna gidildi²¹. Ticaret Hukuku ve Medenî Usul Hukuku alanlarında yabancı ülkelerin kanunları örnek alınarak kanunlar yapılırken, Medenî Hukukun Borçlar Hukuku ve kısmen Eşya Hukuku alanlarını ilgilendiren ve Fıkıh esaslarına dayanan orijinal bir kanun kabul edildi. Böylece Âli Paşa'nın da benimsediği Fransız Medenî Kanununun iktibas edilmesi fikrine karşı, Ahmet Cevdet Paşa'nın fıkıh esaslarına dayanan yerli bir kanun yapılması isteği galip gelmiş oluyordu. Kısaca "Mecelle" diye anılan "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*" Ahmet Cevdet Paşa'nın zaman zaman başkanlığını yaptığı "Mecelle Cemiyeti" adını taşıyan bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Dili zamanı için çok başarılıdır. 1851 maddeyi ihtiva eden bu kanun, genel direktif niteliğinde 100 maddelik Mukaddime (Başlangıç) kısmından sonra, 16 kitaptan oluşmaktadır. Her bir kitap 1869-1876 yılları arasında ayrı ayrı kanunlaştırılmıştır.

92 Mecelle esas itibarıyla çeşitli sözleşme ilişkilerini düzenlemekte, Eşya Hukuku ve Medenî Usul Hukuku ile ilgili bazı hükümlere de yer vermektedir. Görünüşte bağımsız bir kanun olmakla beraber, aslında Fıkıh esaslarını yansıtmaktadır. Başlangıç kısmındaki 100 madde, pratikte doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, uygulamada göz önünde tutulacak mantık kurallarından ve temel ilkelere ibarettir. Diğer hükümler ise örnekler gösterecek kadar ayrıntıya inmektedir.

²¹ Tanzimat öncesi ve sonrasındaki bu gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hatemi**, Medenî Hukuk, 29 vd.; **İmre**, 99 vd.

Mecelle, Medenî Hukukun bütün alanlarını kapsamıyordu. Kişiler Hukuku, Aile Hukuku ve Miras Hukuku ile Eşya Hukukunun büyük kısmı Mecelle'nin dışında kalmıştı. Taşınmazlar için ayrı ayrı çeşitli kanunlar yapılmıştı. Bunların başında 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunu gelmektedir. Miras Hukuku esas itibariyle, Fıkhın feraiz (miras) kurallarına tâbi idi. Ancak bir kısım arazi için, arazi ile ilgili Kanunlarda feraizden farklı esaslar kabul edilmişti. Nihayet Aile Hukuku için 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi yürürlüğe konmuş, fakat 1919 yılında bu Kararname yürürlükten kaldırılmıştı. 93

II. TÜRKİYE CUMHURİYETİ DÖNEMİNDE KANUNLAŞTIRMA HAREKETİ

1- İlk Medenî Kanunun Yapılışı

Osmanlı İmparatorluğu yıkılıp yerine Türkiye Cumhuriyeti kurulduğu zaman Medenî Hukuk alanı halâ yukarıda belirtilen durumda idi. Halbuki lâik esaslara dayanmak isteyen yeni Devletin hukukunun dinî esaslara bağlı kalması, ne devrimin ruhu, ne de zamanın ihtiyaçları ile bağdaşabilirdi. Diğer taraftan Lozan Antlaşması ile adlî kapitülâsyonlar kaldırılırken dinî esasa dayanmayan bir hukuk düzeni kurulacağı ısrarla belirtilmişti. Bütün bu sebepler yeni bir Medenî Kanun yapılması ihtiyacını ortaya koyuyordu. Halbuki Kanunlarımızı değiştirmek için kurulmuş olan komisyonlar hem çok yavaş çalışıyor, hem de kendilerini din kurallarının etkisinden kurtaramıyorlardı²². Bu arada batı kanunlarından birinin iktibas edilmesi (aynen veya küçük değişikliklerle alınması) fikri gittikçe kuvvetleniyordu. Nihayet devrin Adalet Bakanı *Mahmut Esat Bozkurt*'un öncülüğünü yaptığı, İsviçre Medenî Kanunu'nu benimseyerek alma fikri galip geldi ve bu iktibasa Hükümetçe karar verilerek bir komisyon oluşturuldu. Bu Komisyona, İsviçre Medenî Kanunu'nun Fransızca metninden yapılacak çeviri 94

²² Saymen, 36; Özsunay, 147; İmre, 102.

esas alınarak bir Medenî Kanun tasarısı hazırlama görevi verildi. Aynı şekilde, ikinci bir komisyona da İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninden yapılacak çeviri esas tutularak bir Borçlar Kanunu tasarısı hazırlama görevi tevdi edildi.

95 Hazırlanan Medenî Kanun Tasarısı, Büyük Millet Meclisi'nde madde madde değil, bir bütün halinde 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilerek kanunlaştı. Aynı şekilde Borçlar Kanunu da Büyük Millet Meclisi'nde 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edildi ve nihayet 29 Mayıs 1926 tarihinde de, eski hukuktan yeni hukuka geçişi düzenleyen 864 sayılı "Kanunu Medenînin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun" kabul edilerek her üç Kanun da 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girdi.

96 İktibas için İsviçre Medenî Kanununun tercih edilme sebebi, Medenî Kanunun gerekçesinde şöyle belirtilmişti: "*Türk Kanunu Medenîsi kavanini medeniye arasında en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanunu Medenîsinden ahiz ve ictibas olunmuştur.*" Bu tercihte başlıca rol oynadığını belirttiğimiz Mahmut Esat Bozkurt, Medenî Kanunun XV. yılı için hazırlanan eserdeki yazısında Fransız Medenî Kanunu'nun benimsenmemesini bu kanunun eskiliğine, Alman Medenî Kanunu'nun örnek alınmamasını ise BGB'nin çok soyut ve bu sebeple anlaşılması ve uygulanması güç olmasına bağladıktan sonra, neden İsviçre Medenî Kanunu'nun tercih edildiğini şu şekilde açıklamıştır: "*İsviçre Medenî Kanunu, dünya Medenî Kanunları içinde en yenisi, anlaşılması en kolayı, en demokrati ve en pratiği idi. Bütün bunlarla beraber medenî kanunların en yükseği olduğu da en büyük halkçılarca kabul edilmiştir. Betahsis demokrat olması bu kanunu bize pek yaraştırıyordu. Çünkü Türk milletinin ruhu demokrat olduğu gibi, son Türk ihtilâlinin ana karakteri de bu idi. Bütün bunlardan dolayı İsviçre Medenî Kanunu diğerlerinden üstün tutuldu ve alındı*"²³.

²³ Bozkurt, 12.

Fakat İsviçre Kanununun tercih edilmesinde mevcut objektif sebeplerin yanı sıra, başta Mahmut Esat Bozkurt olmak üzere idarenin başındaki bir kısım hukukçuların öğrenimlerini İsviçre'de yapmış olmaları da herhalde rol oynamış bulunmaktadır²⁴. 97

İsviçre için nisbeten muhafazakâr olma niteliğine rağmen Türkiye için tamamen devrimci bir karakter taşıyan 1926 tarihli Medenî Kanun, bireyci ve liberal esaslara dayanmakla beraber, sosyal nitelikteki hükümlere de geniş ölçüde yer verme özelliğini, demokratik ve lâik karakterini Türkiye için de korudu. 1926 yılından itibaren cereyan eden uygulama Medenî Kanunun esas itibariyle yeni Türk toplumunun ihtiyaçlarına cevap verdiğini gösterdi. Bu sonuç da, İsviçre Medenî Kanununun tercih edilmesinin isabetli bir davranış olduğunu ortaya koymaktadır. 98

Fakat hemen belirtelim ki, o dönemde Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hazırlanırken, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Ticaret Hukukunu düzenleyen kısmı hiç alınmamış; alınan kısımda da, idarî ve coğrafi yapı farklılıkları sebebiyle ve ahlâkî, sosyal ve ekonomik düşüncelerle bazı küçük değişikliklere gidilmişti. Medenî Kanunun yürürlüğe giren bazı hükümleri de daha sonra çeşitli zamanlarda değiştirilmiş, Medenî Kanunun yanında birtakım özel kanunlar, tüzükler ve yönetmelikler devreye sokulmuştu. Diğer taraftan, Türk hâkiminin Medenî Kanunu uygulaması her zaman İsviçre'deki uygulamaya paralel biçimde gelişmedi. Böylece 1926 tarihli Medenî Kanunun kabulünden bu yana İsviçre'dekinden nisbeten farklı bir Türk Medenî Hukuku oluştu²⁵. 99

²⁴ Saymen, 39; Ataay, 84.

²⁵ İsviçre ve Türkiye'de Medenî Kanunun uygulanmasının karşılıklı incelenip tartışılması Türk-İsviçre Hukuk Haftalarında yapılmaktadır. İsviçre Medenî Kanununun Türkiye tarafından iktibasına ilişkin sorunların 1955'de İstanbul'da ve 1959'da Lüksemburg'da genel olarak incelendiği uluslararası toplantılar bir yana bırakılırsa, 1966, 1975, 1985, 1997, 2004 ve –değişik bir ad altında– 2006'da Türkiye'de; 1970, 1980, 1989 ve 1999'da İsviçre'de yapılan Hukuk Haftalarında belirli konularda iki ülkenin hukukları karşılaştırılmıştır.

Bu bilimsel haftalarda sunulan tebliğler çoğu kez bir kitap halinde yayınlanmıştır. Bkz. Recueil des Travaux de le Troisième Semaine Juridique Turco-Suisse, An-

100 Diğer taraftan, eski Medenî Kanunun İsviçre'den alınışı sırasında bazı önemli çeviri hataları yapıldığı gibi, Kanunda baskı yanlışları da bulunmakta idi. Medenî Kanunun diline ve düzenlediği bazı müesseselere de çeşitli eleştiriler yöneltilmişti²⁶.

101 Nihayet, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 22 Kasım 2001 tarihli Türk Medenî Kanunu ile bunlar aşıldı ve yeni bir dönem başladı.

2- Yeni Bir Medenî Kanun Hazırlama Çalışmaları

102 Ülkemizde 1926 tarihli Medenî Kanun yürürlükte iken, değişen ihtiyaçlar karşısında, çeşitli zamanlarda yeni bir Medenî Kanun hazırlanması için çalışmalar yapılmıştır. Yeni Medenî Kanunun kabulüne kadar devam eden bu süreçte yapılan çalışmaları ve içeriklerini kısaca şu şekilde özetleyebiliriz:

103 a) Adalet Bakanlığı 1951 yılında Medenî Kanunu gözden geçirmek üzere bir komisyon kurdu. Komisyonun uzun süre devam eden çalışması sonunda hazırladığı taslak esas alınmak suretiyle komisyon rapor-törü *Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu* tarafından son redaksiyonu yapılan Öntasarı ve gerekçesi, 1971 yılında Adalet Bakanlığınca yayımlandı²⁷. Bu Öntasarı kanunlaşmadı²⁸.

kara 1966; Travaux de la 5 ième Semaine Juridique Turco-Suisse, İstanbul 1976; Türkisch-Schweizerische Juristenwoche 1980, Zürich 1981; Recueil des travaux présentés aux Journées Turco-Suisse 1985, Zürich 1987; Journées Turco-Suisse 1989, Zürich 1990; Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul, c. XXXII, No. 49, İstanbul 2000; Journées Juridiques Turco-Suisse/Türk-İsviçre Hukuk Haftası (İstanbul, 20-21 Mayıs 2004), Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005. Keza, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen benzer nitelikli bir bilimsel toplantıda sunulan tebliğler için bkz. Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuches, Ankara 2007.

²⁶ Bkz. *Saymen*, 176 vd; *Ataay*, 166 vd.

²⁷ Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, No. 9, Ankara 1971.

²⁸ Bu Öntasarı'nın getirdikleri hakkında detaylı bilgi için kitabımızın 8. basısının 22. sahifesine bakınız.

b) Bu Öntasarıyı da dikkate alarak, Medenî Kanunun Aile Hukuku bölümünü kapsayacak bir değişiklik tasarısı hazırlamak amacıyla Adalet Bakanlığınca 4.7.1974 tarihinde bir komisyon kurulmuşsa da 5 Ağustos 1974 tarihinde İstanbul'da yapılan toplantıda, komisyon üyelerinin komisyona verilen sınırlı görevi uygun bulmadıklarını beyan etmeleri üzerine komisyon bir daha toplantıya çağrılmadı. 104

c) 15.3.1976 tarihinde Adalet Bakanlığı yeni bir komisyon kurdu ve komisyona mevcut Öntasarı esasları dahilinde Türk Medenî Kanununun sosyal bünyemize ve günün ihtiyaçlarına uydurulması görevini verdi. Fakat Komisyon çalışmalarına devam ederken, 17 Şubat 1978 tarihli bir yazı ile, o tarihteki Adalet Bakanı *Mehmet Can* komisyon çalışmalarını durdurdu. 105

d) 12 Eylül 1980'de gerçekleşen askerî darbe sonrasında ülke yönetimini elinde bulunduran Millî Güvenlik Konseyi, komisyon çalışmalarının yeniden başlamasını uygun gördü ve sorunun ciddî bir düzene girmesi için 1.6.1981 tarihli, 2467 sayılı "Türk Kanunu Medenîsi ile İlgili Çalışmalar Yapmak Üzere Komisyon Kurulması Hakkında Kanun"u kabul etti. Bu kanun uyarınca Adalet Bakanlığınca yeni bir komisyon oluşturuldu. İlk toplantısını 3 Temmuz 1981 tarihinde yapan, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman* başkanlığındaki komisyon, kesintisiz ve düzenli biçimde sürdürdüğü çalışmalarını 17 Haziran 1984 tarihinde tamamladı. Hazırlanan yeni Öntasarı Adalet Bakanlığına sunuldu ve yayımlandı²⁹. 106

1926 tarihli Medenî Kanunun kabulünden sonra yapılan en ciddi ve kapsamlı çalışmanın ürünü olan ve hukuk çevrelerinde genel destek ve kabul gören bu başarılı Öntasarı³⁰ da maalesef kanunlaşamadı. 107

²⁹ 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 1984.

³⁰ Bu Öntasarının temel çizgileri ve getirdiği yenilikler hakkında bilgi için kitabımızın 8. basısının 23. vd. sahifelerine bakınız.

Sadece, Öntasarının bazı hükümleri örnek alınarak hazırlanan münferit kanunlarla Medenî Kanunun ve Borçlar Kanununun bazı maddelerinde değişiklikler yapıldı³¹.

- 108 e) Nihayet, 14.1.1994 tarihinde Adalet Bakanlığınca yeni bir Medenî Kanun Öntasarısı hazırlamak üzere çok geniş katılımlı bir Komisyon daha kuruldu. Önce *Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu*'nun, ardından da *Prof. Dr. Turgut Akıntürk*'ün başkanlığını yürüttüğü bu Komisyon, çalışmalarını 16.2.1998 tarihinde tamamlayarak Öntasarıyı Adalet Bakanlığı'na sundu. Ancak TBMM'ne sevk edilen Tasarı, seçimlerin yenilenmesi üzerine, İçtüzüğün 77. maddesi uyarınca hükümsüz sayıldı.
- 109 f) Daha sonra 18.6.1999 tarihinde Adalet Bakanlığınca yeni bir Komisyon kuruldu. Arada geçen zaman zarfında mevcut Öntasarıya yöneltilen yoğun eleştirileri dikkate alarak yeni bir Öntasarı ve Yürürlük ve Uygulama Kanunu Öntasarısı hazırlamakla görevlendirilen, *Prof. Dr. Turgut Akıntürk* başkanlığındaki, öncesine oranla çok daha dar kapsamlı bu Komisyon önceki Öntasarıyı birkaç küçük değişiklikle hemen hemen aynen benimsedi ve çalışmalarını birkaç ayda tamamlayarak Öntasarıyı Adalet Bakanlığına sundu. Komisyon ayrıca, yürürlük ve uygulamaya ilişkin bir de 25 maddelik ayrı bir Öntasarı hazırladı.
- 110 Her iki Öntasarı da Adalet Bakanlığınca benimsenerek Tasarı halinde TBMM'ne sunuldu. Yapılan görüşmeler sonunda Tasarı bazı küçük değişikliklerle kabul edilerek 22 Kasım 2001 tarihinde kanunlaştı. Yürürlük Kanunu Tasarısı ise "Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun" adı altında 3 Aralık 2001 tarihinde kabul edilerek kanunlaştı.

³¹ Özellikle bkz. 15.11.1984 tarihli ve 3080 sayılı Kanun; 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanun; 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun; 14.5.1997 tarih ve 4248 sayılı Kanun.

3- Yeni Türk Medenî Kanununun Kabulü

a) Genel Olarak

Yeni Türk Medenî Kanunu, esas itibariyle İsviçre Medenî Kanunu 111 ve bu kanunun, yapılan değişikliklerle ortaya çıkan son hali göz önüne alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca, eski Kanunda yer alan çok sayıdaki çeviri yanlışı düzeltilmiştir. Keza, Türk yargı uygulamasında ortaya çıkan çeşitli sorunlar da kanunla düzenleme altına alınmıştır.

b) Yeni Medenî Kanunun Yapısı ve Getirdiği Yenilikler

aa) Biçim Bakımından:

1030 maddeden ibaret yeni Medenî Kanunda, esas itibariyle eski 112 kanundaki yapının ve sistematüğün bir iki küçük değişiklik dışında korunduğu görülmektedir. Ancak Kanunun belki de hukuk çevrelerince en çok eleştirilen yönü, eski Kanundaki madde numaralarının izlenmeyip, maddelere yeni ve farklı numaralar verilmesi olmuştur³². Bu durum, özellikle geçiş sürecinde yeni yasaya alışmayı ve eski Kanundaki hükümlerle paralellik kurmayı güçleştirmiş; mevcut bilimsel eserlerin ve yargı kararlarının hukukçular tarafından değerlendirilmesi ve izlenmesi noktasında zorluk yaratmıştır.

Bunun gibi, kullanılan dil de tümüyle yenilenmiştir. Mevcut kanunun dilinin çok eskidiği ve yenilenmesi gerektiği açıktı. Bu bakımdan, 113 Kanunda yapılan dil yenileştirmesi yerinde olmuştur. Dilde sadeleştirmeye ve öz Türkçe kullanımına gidilirken aşırıya kaçılmamış; yerleşik kavramların aynen korunmasına özen gösterilmiştir. Ancak, seçilen kimi terimlerin (meselâ, objektif anlamda “hüsünüyet” karşılığı olarak “dürüstlük” yerine “*dürüst davranma*”; “gayrimenkul mükellefiyeti” karşılığı olarak “taşınmaz yükümlülüğü” yerine “*taşınmaz yükü*”; “tem-

³² Bu konuda bkz. **Başpınar**, Değerlendirme, 426 vd.; **Serozan**, Medenî Kanun, 1088.

yiz kudreti” karşılığı olarak “*ayırt etme gücü*” denilmesi gibi) isabeti tartışılır³³.

- 114 Yeni Medenî Kanunda biçim bakımından asıl olumsuzluk, metnin kaleme alınışında gramer kurallarına ve cümle kurgusuna gereğince dikkat edilmemiş ve sonuçta, çok sayıda düşük cümleye ve anlam bakımından rahatsızlık yaratacak hatalı kurgulara yol açılmış olmasıdır.

bb) Esas Bakımından:

- 115 Yeni Medenî Kanunun getirdiği esasa ilişkin değişikliklerden önemli olanlarını şöylece sıralayabiliriz:

- 116 *Kişiler Hukuku* kısmında, mahkeme kararıyla reşit kılınmada vasi- nin dinlenmesi şartı kaldırılmış; eski Kanunun kocanın ikametgâhını karının da ikametgâhı olarak kabul eden düzenlemesi benimsenme- miş; kişisel hâl sicillerinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumlu olması esası kabul edilmiş; cinsiyet değiştirmenin sıkı birta- kım koşullar çerçevesinde ve ancak mahkemenin vereceği izin kararına dayanılarak yapılabileceği hükme bağlanmış³⁴ ve derneklere ilişkin düzenleme detaylandırılmıştır.

- 117 *Aile hukuku* kısmı, değişikliklerin en yoğun olduğu alandır. Bu kısımda hem kadın, hem erkek için normal evlenme yaşı 17, olağanüstü evlenme yaşı ise 16 yaşın dolumu olarak kabul edilmiş; evlenmesinde tıbben sakınca bulunmadığını belgeleyen akıl hastalarına evlenme yolu açılmış; “onur kırıcı davranış” adı altında yeni ve özel bir boşanma sebebi -hayata kast ve pek kötü davranış sebebine entegre edilerek- kabul edilmiş; terk sebebiyle boşanmada mevcut 3 aylık süre 6 aya çıkarılmış; erkeğin yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının refah halinde bulunması şartı kaldırılmış; boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde mirasçılardan davaya devamı ve hayatta

³³ Bu konudaki eleştiri ve diğer örnekler için bkz. **Başpınar**, Değerlendirme, 429 vd.

³⁴ **Sağlam**, 455 vd.; **Şipka**, Cinsiyet Değişikliği, 659 vd.

kalan eşin kusurlu olduğunun anlaşılması durumunda bu eşin ölen eşe mirasçı olamayacağı kabul edilmiştir.

Ayrıca, evliliğin genel hükümleri kısmında da kadın-erkek eşitliği 118 ilkesi ön plâna alınarak eşlerin evlilik birliğini temsil yetkileri, hukukî işlemleri ve birliğin korunması bakımından önemli yenilikler getirilmiştir³⁵. Bunlardan başlıcaları, kocanın aile birliğinin reisi olması esassından vazgeçilmesi; ortak konutu kocanın değil, eşlerin birlikte seçmesi; aile birliğini temsile her iki eşin de yetkili ve bu yoldaki borçlardan her iki eşin de -hem de müteselsilen- sorumlu olmaları; aile konutu üzerinde mâlik olmayan eşe son derece güçlü bazı hak ve yetkilerin tanınması; ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin ifası açısından gerekli olduğu ölçüde eşin belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması; aile konutu ve ev eşyası üzerinde mal rejimi çerçevesinde değişik şartlarla eşe yasal alım hakkı tanınması; karının kocası lehine yapacağı işlemler için hâkimin onayının aranmaması; eşler arasında cebrî icra yasağının kaldırılması ve nihayet, yasal mal rejimi olarak “edinilmiş mallara katılma” sisteminin³⁶ benimsenmesi, akdî mal rejimleri olarak da “mal ayrılığı” ve “mal ortaklığı” rejimlerinin yanında “paylaşmalı mal ayrılığı” adı altında yeni bir model³⁷ öngörülmüş olmasındır.

Nesep bakımından ise temel yenilik, sahih-gayrisahih nesep bağı 119 ayırımının kaldırılmış olması ve evlât edinmenin köklü ve yeni bir düzenlemeye tâbi tutulmasıdır.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, 25 vd.; **Barlas**, İşlem Özgürlüğü, 119 vd.; **Demir**, 1 vd.; **Gümüş**, 5 vd.

³⁶ Bu sistemin esasları hakkında bilgi için bkz. **Öztañ**, Aile Hukuku, 249 vd.; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, 22 vd.; **Acar**, 149 vd.; **Sarı**, Katılma Rejimi, 51 vd.; **Şıpka**, Katılma Rejimi, 88 vd.; **Gümüş**, 251 vd.; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, 196 vd.; **Akıntürk/Ateş-Karaman**, 154 vd.

³⁷ Bu rejim hakkında bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, 83 vd.; **Öztañ**, Aile Hukuku, 314 vd.; **Akıntürk/Ateş-Karaman**, 181 vd.; **Acar**, 307 vd.; **Gümüş**, 428 vd.

- 120 Bundan başka, velâyetin kullanılmasında eşler arasında görüş ayrılığı bulunması durumunda babanın oyunun üstün olması esası da terk edilmiştir. Keza, ana babadan birinin çocuğu temsilen üçüncü kişilerle işlem yapması durumunda, iyiniyetli üçüncü kişi açısından işleme diğer eşin rızasının varlığı karine olarak kabul edilmiştir.
- 121 *Miras hukuku* kısmında ise, diğer eş hayatta ise murisin büyük anne ve büyük babasının muristen önce ölmüş olmaları durumunda onların payının çocuklarına (murisin amca, hala, dayı ve teyzesine) geçmesine imkân verilmesi; en yakın kanunî mirasçılarının tümünün mirası reddetmeleri halinde terekenin iflâs usullerine göre tasfiye edileceğinin hükme bağlanması; aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe tahsisi; tarımsal işletmenin tahsisinde eşitlik esas ve objektif kriterler getirilmesi ve genelde saklı pay oranlarında indirimle gidilmesi başlıca yeniliklerdir³⁸.
- 122 *Eşya hukuku* kısmındaki değişiklikler, aile hukuku kısmındaki-ler kadar ciddî değildir. Bu bölümde göze çarpan başlıca yenilikler, paylı mülkiyet rejiminin detaylı düzenleme altına alınması, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasında mülkiyetin şartların oluştuğu anda kazanılmış sayılacağı ve mahkemenin tescil kararının geçmişe dönük etki taşıyacağı benimsenmesi; sicile tescili zorunlu taşınır mallar (örneğin, motorlu nakil araçları) için zilyedliğin devrine gerek kalmadan sırf sicile tescille taşınır rehni kurulmasına imkân tanınması; müşterek mülkiyete tâbi taşınmazda müşterek mülkiyet payı üzerinde rehin kurulduğu takdirde taşınmazın tamamının rehn edilmesi yolunun kapanması; yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulmasının kapsamının eski kanuna oranla çok fazla genişletilmesi ve yurt içindeki kredi kuruluşlarına da -üstelik döviz kredilerinin yanı sıra, döviz endekli Türk Lirası cinsinden kredi alacakları için dahi-yabancı para üzerinden rehin tesisi imkânının tanınması³⁹; üst hakkına

³⁸ Bu değişikliklere ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Serozan**, İradî Mirasçılar, 283 vd. ve Yenilikler, 563 vd.; **Tanrıver**, 189 vd.; **İşgüzar**, 1 vd.

³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Barlas**, Aynî Teminatlar, 569 vd.

ilişkin bazı yenilikler getirilmesi ve önalım (şuf'a) hakkının kullanılmasına ilişkin çeşitli sorunların düzenleme altına alınmasıdır.

22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Medenî Kanun, 8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmış ve 1029. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır⁴⁰. Kanunun yürürlüğe girişi itibariyle hangi ilişkilere, ne ölçüde uygulanacağı ise 3 Aralık 2001 tarih ve 4722 sayılı yürürlük kanununda gösterilmiştir. 25 maddeden ibaret bu kanunun kamuoyunda en çok tartışılan hükmü ise, "Mal Rejimleri" başlıklı 10. maddesidir. Bu maddede Medenî Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002 tarihinden önce kurulmuş evliliklerde halihazır mal rejimi ne ise onun geçerli olacağı; ancak eşler 31.12.2002 tarihine kadar başka mal rejimini seçmedikleri takdirde, 1.1.2002'den itibaren yürürlü (bu tarihten sonra edinilecek mallar bakımından etkili) olmak üzere yasal mal rejimi durumundaki "edinilmiş mallara katılma" rejiminin seçilmiş sayılacağı hükmüne bağlanmıştır.

123

c) Yeni Medenî Kanunda Yapılan Değişiklikler

Bazı kanunlar vardır ki, bunlar ülkenin hukuk sisteminin temel taşlarından. Bu tarz büyük Code'lardan birini yürürlükten kaldırıp, yerine yenisini koymak, uzun zamana yayılmış, kapsamlı bir çalışmayı ve her nokta üzerinde defalarca ve titizlikle düşünmeyi gerektiren, son derece önemli ve ciddi bir iş. Böyle bir kanun hazırlanıp yürürlüğe

124

⁴⁰ Böylesine önemli ve toplumsal yaşamı doğrudan etkileyecek bir kanun için en az bir yıllık (hatta, diğer kanunlarda -Medenî Kanuna adaptasyon için- yapılması gereken değişiklikler de nazara alınırsa, daha fazla) bir intibak ve geçiş süreci tanınıp, yürürlük tarihi ileriye alınmak gerekirken, yeni Medenî Kanun için sadece 23 günlük bir intibak süresi tanınmasının mantığını anlamak mümkün değildir. Nitekim bu anlamsız aceleciliğin olumsuz sonuçları uygulamada kendini hemen göstermiş ve 2002 yılının ilk aylarında kimi resmî kuruluşlarda (özellikle Tapu Dairelerinde ve Noterliklerde) bazı işlemler, bürokrasinin yeni Kanunu kavrama- da ve yorumlamadaki tereddütleri sebebiyle yapılamamış, sistem durmuştur.

sokulduktan sonra da artık üzerinde -yeni bir sosyal ihtiyaç gerekli kılmadıkça- uzun yıllar değişiklik yapılmaz. Bu Code'ların başında Medenî Kanun gelmektedir.

125 Ne var ki, ülkemizde yasama sistemi böyle işlememektedir. Mevcut Medenî Kanunun yürürlükten kaldırılıp, yerine yenisinin yürürlüğe girmesinin üzerinden henüz bir yıl geçmişken, yeni Kanunda yine değişiklik yapılmıştır: 11.1.2003 tarih ve 24990 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla birlikte 7.8.2003 tarih ve 25192 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanun ve 23.11.2004 tarih ve 25649 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4.11.2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile bazı kanunlarda değişiklik yapılmış; bundan yeni Medenî Kanun da nasibini almıştır.

126 4778 sayılı Kanunla Medenî Kanunun derneklere ilişkin 91. ve 92. maddelerinde yapılan değişiklikle iki fıkradan ibaret 91. madde tek fıkraya indirilerek, Türkiye'de kurulmuş bulunan derneklerin yurt dışında kurulu dernek veya kuruluşlara üye olabilmeleri için aranan "amaç doğrultusunda uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar olması" ve "Bakanlar Kurulu'ndan izin alınması" şartları kaldırılmış, serbestçe üye olabilme yolu açılmıştır. Keza, yabancı derneklerin Türkiye'de şube açabilmeleri, üst kuruluşlar kurabilmeleri ve bunlara üye olabilmelerini Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlayan 92. maddede yapılan değişiklikle, izin konusunda -Dışişleri Bakanlığı'nın görüşünü alarak- İçişleri Bakanlığı yetkili kılınmış; ayrıca, eski metinde yer alan "kültürel, ekonomik ve teknik konularda bilgi veya teknolojilerinden yararlanılacak olması" şartı kaldırılmıştır.

127 Bundan başka, 5253 sayılı Kanunla yine 92. maddede değişiklik yapılmış ve yabancı derneklerin Türkiye'de şube açabilmeleri, üst kuruluşlar kurabilmeleri ve bunlara üye olabilmeleri için aranan "uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülmesi" ve "karşılıklık" koşulları kaldırılmıştır.

128 4963 sayılı Kanunla Medenî Kanunun derneklere ilişkin 56., 64., 66. ve 82. maddelerinde yapılan değişiklikle tüzel kişilere de dernek

kurucusu (m. 56) ve derneğe üye olma (m. 64) hakkı tanınmış ve bu değişikliğe paralel olarak tüzel kişinin adına oy kullanacak kimsenin oy kullanamayacağı haller düzenlenmiştir (m. 82/son). Keza, dernekten çıkma için altı aylık bir süre öngören 66. maddede yapılan değişikliklerle, her üyenin altı aylık süre ile bağlı kalmadan, dernekten çıkabileceği öngörülmüştür.

5253 sayılı Kanunla Medenî Kanunun derneklere ilişkin 62. ve 74. maddeleri değiştirilmiş; Medenî Kanunun 58., 64., 77., 92., 93. maddelerindeki çeşitli ibareler çıkarılmış; 61. maddesi ile 79. maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu değişikliklerle, dernek ilk genel kurul toplantısının dernek tüzüğüne gazetede yayımlandığı günü izleyen altı ay yerine 60. maddenin son fıkrası gereğince yapılan yazılı bildirim izleyen altı ay içinde yapılması gerektiği öngörülmüş; olağan genel kurul toplantılarının iki yıl yerine üç yılda bir yapılması zorunluluğu getirilmiş; dernek tüzüğünde derneğin yerleşim yeri ve kurucularının gösterilmesi zorunluluğu kaldırılmış; üyelik başvurusunun en çok otuz gün içinde karara bağlanacağı ve (tüzükte bu kurala aykırı düzenleme getirilemeyeceği öngörülmüş) genel kurul toplantısının günü, saati, yeri ve gündeminin yerel bir gazete ile ilân edilmesi ve üyelere yazıyla bildirilmesi zorunluluğu kaldırılmış; Türkiye'de yerleşme hakkına sahip olan yabancı gerçek kişilerin karşılıklılık koşulu aranmaksızın dernek kurabilecekleri veya kurulmuş derneklere üye olabilecekleri kabul edilmiştir. 129

Bundan başka, Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, 18.01.2003 tarih ve 24997 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 9.1.2003 tarih ve 4787 sayılı "*Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun*" ile Medenî Kanun ve Yürürlük Kanunu çerçevesinde aile hukukundan doğan dava ve işler ile diğer kanunlarda öngörülen konularda görev yapmak üzere Aile Mahkemeleri kurulmuştur. Aile Mahkemeleri, klâsik aile hukuku davalarının yanı sıra, özellikle 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtildiği gibi, ailedeki yetişkinler ile küçükler hakkında koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler alma kapsamında önemli yetkilerle donatılmıştır. 130

- 131 Ancak belirtmek gerekir ki, bu kanun da üzerinden henüz bir yıl geçmişken değişikliğe uğramıştır. 20.4.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 14.4.2004 tarih ve 5133 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile yapılan değişikliklerle Aile Mahkemelerinde görev alacak hâkimlerin aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından atanması zorunluluğu getirilmiş; vesayet işleri Aile Mahkemeleri'nin görev kapsamından çıkarılmış ve buna bağlı olarak, Aile Mahkemesinin vesayet makamı olarak verdiği kararlara karşı denetim makamının belirlenmesine ilişkin 7. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece Medenî Kanunda öngörülen sisteme geri dönmüş; sulh mahkemeleri vesayet makamı, asliye hukuk mahkemeleri ise denetim makamı olarak görev yapmaya başlamışlardır (MK m. 397/II).
- 132 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun kabulü ve yürürlüğe girmesiyle, 2908 sayılı Dernekler Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve dernekler hukuku alanında çok önemli değişiklikler getirilmiştir.
- 133 Ardından, Medenî Kanununun 313. ve 348. maddeleri, 15.7.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3.7.2005 tarih ve 5399 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Bu değişiklikle, altsoyu olanların ergin ve kısıtlıları evlât edinmeleri konusundaki engel kaldırılmıştır. Artık altsoyu olan kimseler, altsoyun rızasını alarak ergin ve kısıtlıları evlât edinebileceklerdir (MK m. 313).
- 134 Daha sonra, Medenî Kanununun 348. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde 1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, "özürlü olma" hali velâyetin kaldırılma sebebi olmaktan çıkarılmıştır.
- 135 Medenî Kanununun 505. ve 506. maddelerinde 10.5.2007 tarih ve 26518 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 4.5.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmışlardır. 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Kanun'un (RG. 27.02.2008, s. 26800) 80. maddesi ile de Medenî Kanun'un 111. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Nihayet, 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanunla 138., 164., 181. ve 598.; 25.04.2013 tarih ve 6462 sayılı Kanunla 313., 340., 408., 417. ve 674. ve 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunla 194. maddelerde ekleme ve değişiklikler yapılmıştır. 30.04.2014 tarih ve 6537 sayılı Kanunla da 659. - 668. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarih ve E. 2017/130, K. 2017/165 sayılı kararı (RG. 20.3.2018, s. 30366) ile MK m. 40/f.1, c.2 hükmünde yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresi iptal edilmiştir. Daha sonra, 2.7.2018 tarih ve 700 sayılı KHK (RG. 7.7.2018, s. 30471) ile Medenî Kanun'un 37., 104., 320., 417., 593., 609., 620., 851., 913., 940., 997., 998., 1000., 1003., 1012., 1017. ve 1027. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Nihayet, 4.7.2019 tarih ve 7181 sayılı Kanun (RG. 10.7.2019, s. 30827) ile Medenî Kanun'un 883. maddesine bir fıkra eklenmiştir.

Medenî Kanun gibi çok önemli ve temel nitelikli bir yasada, yürürlüğe girmesinin üzerinden çok da fazla bir zaman geçmeden bunca değişiklik yapılmış olması, kanun yapma tekniği bakımından ciddi olarak sorgulanması ve üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

İKİNCİ BÖLÜM

MEDENÎ HUKUKUN YÜRÜRLÜK KAYNAKLARI VE UYGULANMASI

Medenî Hukuka ait kurallara uymak zorunda olan kişiler, bu kural- 138
lara uyulmasını sağlayacak makamlar ve özellikle hâkimler, söz konu-
su kuralları nerede ve nasıl bulacaklardır? Bu sorunun cevabı, Medenî
Hukukun yürürlük kaynaklarının bilinmesine bağlıdır.

§ 1. HUKUKTA “KAYNAK” KAVRAMI VE MEDENÎ HUKUKUN YÜRÜRLÜK KAYNAKLARINA GENEL BAKIŞ

I. “KAYNAK” KAVRAMI

Hukukta “kaynak” deyimini çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır⁴¹. 139

Bir anlamda hukuk kaynağı, hukuk kurallarını meydana geti- 140
ren güçleri ifade eder. Bunlara hukukun *yaratıcı kaynakları* denilir.
Türkiye Büyük Millet Meclisi bu anlamda bir hukuk kaynağıdır.

Diğer bir anlamda hukuk kaynağı, hukuk kurallarının ortaya çıkıp 141
yürürlüğe girerken büründüğü şekli ifade eder. Bunlara hukukun *yürür-
lük kaynakları* denilir. Yürürlükteki hukuk kurallarını bulmak için bu
kaynaklara başvurulur. Kanunlar bu anlamda bir hukuk kaynağıdır.

Üçüncü bir anlamda hukuk kaynağı hukuku tanımamızı, bilmemizi 142
sağlayan araçları ifade eder. Bunlara hukukun *bilgi kaynakları* denilir.

⁴¹ Bkz. Schwarz, Roma Hukuku, 30-31; Caroni, 61 vd.

Yürürlük kaynakları aynı zamanda birer bilgi kaynağıdır. Fakat yürürlük kaynağı niteliğinde olmayan bilgi kaynakları da vardır. Hukuk bilimi ile uğraşanların eserleri bu meyandadır.

II. MEDENÎ HUKUKUN YÜRÜRLÜK KAYNAKLARINA GENEL BAKIŞ

143 Medenî Hukukun yürürlük kaynakları Medenî Kanunun “*Hukukun uygulanması ve kaynakları*” başlıklı 1. maddesinde şöyle belirtilmiştir:

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır”*⁴².

144 Maddenin kenar başlığı ve metni karşısında, MK m. 1 düzenleme-

⁴² Eski Medenî Kanunumuzun 1. maddesi şöyle idi: “*Kanun, lâfziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer’idir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi vazu kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder*”.

1971’de yayınlanan Medenî Kanun Öntasarısında “Medenî Hukukun Kaynakları” başlığı altında madde şöyle ifade edilmiştir: “*Yasa sözüyle ve özüyle dokunduğu bütün konularda uygulanır. – Yasada konuyla ilgili bir kural yoksa, yargıç, töreye göre, töre de yoksa, kendisi kanun koyucu olsaydı o konu için nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. – Yargıç, yargılarında bilimsel içtihatlardan ve yargısal kararlardan yararlanır.*”

1984’de tamamlanan Öntasarıda, “Medenî Hukukun Uygulanması ve Kaynakları” başlığı altında “*Kanun, sözüyle veya ruhuyla dokunduğu bütün konularda uygulanır. – Kanunda uygulanabilir bir kural yoksa, hâkim, töre hukukuna göre, bu da yoksa, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve mahkeme içtihatlarından yararlanır*” denilmiştir.

sinde sadece Medenî Kanunun değil, Medenî Kanun dışındaki yürürlük kaynaklarının da nazara alındığı anlaşılmaktadır⁴³.

Diğer yönden, MK m. 1 hükmünün, hukukun yürürlük kaynaklarını, 145
 “kanun – örf ve âdet hukuku – hâkim tarafından yaratılan hukuk kuralı” olarak bir derecelendirmeye tâbi tuttuğu görülmektedir. Böylece kanun koyucu, kanuna öncelik tanımış; kanunda, soruna ilişkin uygulanabilir bir hüküm bulunduğu sürece bu hükmün uygulanması gerektiği esasını benimsemiştir. Fakat kanunda uygulanacak bir hüküm bulunmaması ihtimalini göz önünde tutan kanun koyucu, bu boşluğun örf ve âdet hukuku kuralı ile ve burada da bir kural bulunmaması halinde hâkimin koyacağı kural ile doldurulması imkânını kabul etmiştir. Bu yaklaşımla, bir yandan hukuk kaynaklarından kanunun üstünlüğü kabul edilmiş ve kanuna bağlı kalınmadan hukuk kuralının serbestçe aranması esasına dayanan “*serbest hukuk ekolü*” (*Schule der freien Rechtsfindung*)⁴⁴ reddedilmiş⁴⁵; diğer yandan kanundan başka hukuk kaynaklarının da varlığı belirtilerek, hukukun kanundan ibaret olmadığı açıkça ortaya konulmuş ve böylece hukuk uygulamasının zaman içinde ortaya çıkan gelişmelere ve ihtiyaçlara cevap verebilmesine olanak sağlayacak esnek bir yapı oluşturulmuştur⁴⁶.

⁴³ Deschenaux, 65; karş. Caroni, 62.

Eski Medenî Kanunumuzda 1. maddenin kenar başlığı “*Kanunu Medenînin Tatbiki*” şeklinde idi ve bu durum, kaynak ZGB Art. 1’in Almanca metninin “*Anwendung des Rechts = Hukukun Uygulanması*” şeklindeki başlığına nazaran farklılık arz ediyordu. Yeni MK m. 1 ile bu uyumsuzluk giderilmiştir.

⁴⁴ XX. yüzyıl başlarında Almanya’da gelişen “Serbest Hukuk Okulu”, taraftarları arasında görüş farkları bulunmakla beraber, ana fikir olarak, kanuna bağlı kalmayı, gerekirse kanuna aykırı sonuçlara serbest yorumla varılmasını savunan bir fikir akımıdır. Bkz. Du Pasquier, 211; Tuor/Schnyder/Schmid, 33; Tekinay, Medenî Hukuk, 61.

⁴⁵ Descheneaux, 65; Tuor/Schnyder/Schmid, 33.

⁴⁶ Halbuki Fransız Medenî Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden XX. yüzyıl başına kadar Fransız Hukukuna hâkim olan Şerhçi Okul (Ecole de l’exégèse), her türlü hukukî çözümün kanunda bulunacağı fikrine dayanır. Bkz. Schwarz, Medenî Hukuk, 39; Tekinay, Medenî Hukuk, 63; Özsunay, 119.

- 146 Ayrıca işaret etmek gerekir ki, MK m. 1’de yer alan “kanun” tabiri sadece Medenî Kanunu, hattâ sadece teknik anlamda kanunu değil, her türlü yazılı hukuk kuralını (kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yönetmelik) kapsamaktadır⁴⁷.
- 147 Bazı kanun hükümlerinin ahlâka yollama yaptığı görülmektedir. Bu durumlarda ahlâk kurallarına, kanun koyucunun bir hükmün içinde isteyerek bıraktığı boşluğu doldurmak üzere, yine kanun hükmü gereğince başvurulacaktır. Başka deyişle, bir ahlâk kuralının bir uyuşmazlıkta uygulama alanı bulabilmesi, ancak bu hususun bir kanun hükmüyle öngörülmesi halinde sözkonusu olabilmektedir. Burada anılan “ahlâk”tan maksat bireysel değil, genel (sosyal) ahlâktır. Medenî Kanununun 89., 515. ve 557. maddelerinde, Borçlar Kanununun 27., 41., 81. ve 176. maddelerinde ahlâka (adâba) yapılan yollama bu niteliktedir.
- 148 Bu tarzda ahlâka yollama yapan hükümlerle, temeli ahlâka dayanan, fakat yollama söz konusu olmaksızın doğrudan doğruya kanun hükmü haline getirilmiş olan kurallar birbirine karıştırılmamalıdır. Meselâ, Medenî Kanununun 364. maddesi, Borçlar Kanununun 524. maddesi ahlâkî esasa dayanan kanun hükümleridir.
- 149 Aynı şekilde kanunun âdete veya mahallî örfe yollama yaptığı hallerde de (MK m. 650, 653, 684, 685; BK m. 177/f. 2 gibi) kanun koyucunun isteyerek bıraktığı bir *hüküm içi boşluk* (Lücken intra legem) söz konusudur. Bu boşluğu doldurmak için âdete (yöresel örfe) başvurulacaktır. Bu durumla, kanun boşluğunun doldurulması için MK m. 1/f. 2 uyarınca örf ve âdet hukukuna⁴⁸ başvurulması birbirine karış-

⁴⁷ Deschenaux, 70; Tekinay, Medenî Hukuk, 54 vd.; Ataay, 99.

⁴⁸ Türkçede hem alelâde örf (âdet) için, hem örf ve âdet hukuku için aynı tabirlerin kullanılması kavram kargaşası yaratmaktadır. Halbuki alelâde örf için Fransızcada “usage”, Almancada “Übung”; örf ve âdet hukuku için Fransızcada “Droit coutumier”, Almancada “Gewohnheitsrecht” deyimleri kullanılmakta ve böylece muhtemel bir kavram karışıklığı önlenmektedir. Bu kavramlar ve farklı anlamları için bkz. Caroni, 125. Yeni Medenî Kanunumuzun 1. maddesinde “örf ve âdet”

tırlmamalıdır. Kanunun boşluğunu doldurmak için başvurulacak örf ve âdet hukuku, varlığını ileride inceleyeceğimiz şartların bulunmasına bağlıdır. Halbuki alelâde örften bahsedebilmek için örf ve âdet hukukunun varlığı açısından aranan şartların bulunması gerekmez; bir bölgede, belirli bir konuda sergilenen sürekli ve düzenli uygulama (teamül) bu anlamda bir örfün (âdetin) varlığını kabul etmek için yeterlidir⁴⁹.

Kanunun yaptığı yollama sonucu hüküm içi boşluğun mahallî örfle (âdetle) doldurularak hükmün uygulanması halinde yöresel örf (âdet), dolaylı olarak hukuk kuralı fonksiyonu kazanmaktadır. 150

Bir kısım hükümlerde ise kanun, hükmün uygulanması için hâkime bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu hallerde de bir hüküm içi boşluk bulunmaktadır ve hâkim, boşluğu hukuka ve hakkaniyete göre takdir yetkisini kullanarak dolduracaktır (MK m. 4). 151

Nihayet, kanunun birtakım hükümlerinin uygulanması tarafların aksini kararlaştırmamış olmalarına bağlıdır (Meselâ, BK m. 89, 96, 314). Taraflar sözleşme ile bu hükümlerde öngörülenden farklı bir çözümü benimsemişlerse, artık bu kanun hükümleri değil, sözleşmedeki hükümler uygulanacaktır. Bu tarz hükümlerin niteliğini kanun hükümlerini nitelik açısından gruplandırırken inceleyeceğiz. Şimdilik belirtmek istediğimiz nokta, tarafların sahip oldukları bu imkânı kullanarak yaptıkları anlaşmanın, bunlar arasındaki ilişkide ve bu ilişkiden doğan uyumsuzluklarda kanun hükmüne göre öncelikle uygulanacağıdır. Bu husus Fransız Medenî Kanununda şöyle ifade edilmiştir: “*Kanunî şekilde yapılan sözleşmeler, onları yapanlar için kanun yerine geçer*” (CCFr. m. 1134). 152

Yukarıda açıklanan anlamı ile kanunda uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde “örf ve âdet hukukuna” başvurulacaktır. 153

Örf ve âdet hukukunda da olaya uygulanacak bir kural bulunma- 154

yerine isabetli bir tutumla “örf ve âdet hukuku” denilmek suretiyle hukukumuzda en azından kanun terminolojisi bazında bu karışıklık bir nebze giderilmiştir.

⁴⁹ Deschenaux, 44; Tekinay, Medenî Hukuk, 68; karşı. Ataay, 121 vd.

ması halinde hâkim kendisi kanun koyucu olsa idi (*modo legislatoris*) önündeki mesele için nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre hüküm verecektir. Buna “hâkimin hukuk yaratması” denir. Hâkimin bu yetkisi, kanunda esasen mevcut olan bir hükmün uygulanmasında hâkimin sahip bulunduğu takdir yetkisi ile karıştırılmamalıdır.

- 155 Hâkim bütün bu uygulama faaliyeti sırasında, bilimsel görüşlerden (doktrinden) ve yargı kararlarından da istifade edecektir (MK m. 1/f. 3).

§ 2. KANUNLAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER

I. KAVRAMLARA GENEL BAKIŞ

- 156 **1- Kanunlar:** Kanunlar yetkili yasama organı olup TBMM tarafından Anayasada öngörülen usûl ve şekillerde (AY m. 88 vd.) kabul edilip yürürlüğe konulan yazılı hukuk kurallarıdır.

- 157 Aslında “kanun” deyiminin kapsamına Anayasa da girer. Fakat adından da anlaşılacağı gibi, bu yasa diğer kanunların üstünde bir temel kanundur. Anayasanın 11. maddesinin ifadesiyle “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*”.

- 158 Anayasada değişiklik yapılmasına yönelik teklifler, diğer kanunların hazırlanışına ilişkin prosedürden ayrı ve özel bir usûle tâbidir (AY m. 175).

- 159 Anayasa’nın yürürlükten kaldırılan 91. maddesi uyarınca eski dönemde TBMM’den aldığı yetkiyle Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılan *Kanun Hükmünde Kararnameler* de kanun gücünde etkili hukuk normları idi. Anayasa’da 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun⁵⁰ ile yapılan köklü değişiklik sonrasında artık Kanun Hükmünde

⁵⁰ RG., 11.2.2017, s. 29976

Kararname kavramı tarihe karışmış⁵¹; bunun yerini, **Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**⁵² almıştır. TBMM'den herhangi bir yetki almaya gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan ve Resmî Gazete'de yayınlanması zorunlu olan bu kararnameler, iki türdür: (i) *Olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*:⁵³ Sadece Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine sahip olduğu konularda çıkarılabilen (AY m. 104/f.17) bu tür kararnameler, kanun hükmü gücünde değildir ve normlar hiyerarşisinde kanunların altında, yönetmeliklerin üzerinde yer alır.⁵⁴ Bu husus Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında⁵⁵ açıkça düzenleme altına alınmıştır: Kanunla açıkça düzenlenmiş olan bir konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Kararnamede yer alan bir düzenleme ile bir kanun hükmü arasında çatışma bulunduğu takdirde, kanun hükmü esas alınır ve uygulanır. TBMM'nin aynı konuda bir kanun çıkarması halinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelir. Bu tip kararnameler, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tâbidir (AY m. 148).⁵⁶ Anayasa değişikliği öncesi dönemde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan ve yürürlükten kaldırılmadıkları sürece AY Geçici m. 21/f. (F) uyarınca bugün için de

⁵¹ Ancak, 6771 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile Anayasa'ya eklenen Geçici 21. maddenin (F) fıkrasına göre, 6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir. Bu bakımdan, hukuk sistemimizde Kanun Hükmünde Kararnameler bir süre daha varlıklarını koruyacaklardır.

⁵² Hukuk sistemimize yeni giren bu genel düzenleyici işlem hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özbudun**, 248 vd.; **Gözler**, 364 vd.; **Açıl**, 728 vd.; **Ardıçoğlu**, 32 vd.; **Yıldırım**, 13 vd.; **Ülgen**, 6 vd.

⁵³ Bu tür Kararnameler hakkında bilgi için bkz. **Gözler**, 364 vd.; **Özbudun**, 248 vd.

⁵⁴ **Özbudun**, 248; **Gözler**, 364, 365, 377; **Yıldırım**, 23, 26 vd.; **Ardıçoğlu**, 49 vd.; **Açıl**, 747 vd.

⁵⁵ Piyasadaki çoğu Anayasa kitapçığında ve mevzuat derleme sitelerinde 104. maddenin fıkra düzeninin çok hatalı olarak yansıtıldığı görülmektedir. Burada biz Resmî Gazete'deki orijinal ve resmî metni esas aldık.

⁵⁶ **Gözler**, 379; **Yıldırım**, 17 vd.; **Açıl**, 750 vd.; **Ardıçoğlu**, 46.

geçerliliklerini koruyan Kanun Hükmünde Kararnamelerde yer alan bir hükümle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde mevcut bir düzenlemenin çatışması halinde, Kanun Hükmünde Kararnamedeki hükme üstünlük tanınmalıdır.⁵⁷ (ii) *Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*:⁵⁸ Bu kararnameler, olağanüstü hâlin varlığı durumunda çıkarılabilir ve kanun hükmündedir (AY m. 119/f.6). Bu kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulamaz (AY m. 148/f.2, c.2). Bu kararnameler Resmî Gazete'de yayınlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur; 3 ay içinde TBMM'de görüşülür ve karara bağlanır. Aksi hâlde, 3 aylık sürenin sonuna kararname kendiliğinden yürürlükten kalkar (AY m. 119/f.7). Keza, olağanüstü hâlin sona ermesi ile birlikte bu kararnamelerin de artık uygulanma kabiliyeti kalmaz.⁵⁹

160 TBMM tarafından uygun bulunup, bir kanunla onaylanarak veya bazı hâllerde onaya dahi gerek kalmaksızın yayınlanan milletlerarası andlaşmalar da kanun hükmündedir (AY m. 90/f.3, c.1). Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz (AY m. 90/f.3, c.2). Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma ile mevcut kanun hükmü arasında çatışma olduğu takdirde, milletlerarası andlaşmadaki hükme üstünlük tanınır (AY m. 90/f.3, c.3).

161 **2- Tüzükler:** Tüzükler (Nizamnameler), Anayasa değişikliği öncesinde, kanunların uygulanma esaslarını ve uygulanma aşamasına ilişkin detayları göstermek ve kanunun emrettiği sair hususları düzenlemek üzere Bakanlar Kurulunca Danıştay'ın incelemesinden geçirilerek çıkarılan ve Anayasanın 115. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanının imzası ile, kanunlar gibi Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe konulan yazılı hukuk kuralları idi. Tüzükler kanunlara aykırı olamazdı. 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikle, tüzüklere ilişkin 115.

⁵⁷ Özbudun, 248; Gözler, 378.

⁵⁸ Bu tür Kararnameler hakkında bilgi için bkz. Gözler, 380 vd.

⁵⁹ Gözler, 383.

madde yürürlükten kaldırılmış; “tüzük” kavramı artık tarihe karışmış ve normlar hiyerarşisinden çıkarılmıştır. Ancak, 6771 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile Anayasa’ya eklenen Geçici 21. maddenin (F) fıkrasına göre, 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan tüzükler, yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir. Bu bakımdan, hukuk sistemimizde tüzükler bir süre daha varlıklarını koruyacaklardır.

3- Yönetmelikler: Normlar hiyerarşisinde kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altında yer alan “yönetmelik”ler, Cumhurbaşkanının, Bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmak şartıyla yürürlüğe koydukları yazılı hukuk kurallarıdır (AY m. 124/f.1). Yönetmeliklerin tümü Resmî Gazetede yayınlanmaz; hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayınlanacağı, AY m. 124/f.2 hükmüne istinaden çıkarılan 24.5.1984 tarih ve 3011 sayılı Kanun⁶⁰ ile belirlenmiştir.

162

II. YÜRÜRLÜĞE KOYMA VE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRMA

Kanunların ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yürürlüğe girebilmesi için, bunların Resmî Gazete’de yayınlanmaları gerekir.

163

Bir kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi veya yönetmeliğin hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceği çoğu zaman metinlerinde belirtilir: Kanunun Resmî Gazetede yayınlandığı tarihte veya yayımlandıktan belli bir süre (meselâ, 1 yıl) sonra yürürlüğe gireceği ya da belirli bir tarih belirtilerek o tarihte yürürlük kazanacağı kanunun son maddelerinde yer alan özel bir hükümde (yürürlük maddesinde) ifade edilir. Meselâ, Medenî Kanununun 1029. maddesi, “*Bu kanun, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girer.*” demek suretiyle Kanunun yürürlüğe giriş zamanını net bir tarih olarak saptamıştır. Çoğu zaman ise kanun-

164

⁶⁰ RG, 1.6.1984, s. 18418.

ların derhal yürürlüğe girmesi istenir ve bu amaçla kanunun yürürlük maddesine “Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer” tarzında hükümler konur.

165 Eğer bir kanun, kararname veya yönetmelik metninde o düzenlemenin ne zaman yürürlüğe gireceğini belirten bir hüküm bulunmuyorsa, bunlar Resmî Gazetede yayımlandıkları tarihte⁶¹ yürürlüğe girer. Bu husus, 10 sayılı “Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”nin⁶² 7. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Aynı esas, kararnameler ve yönetmelikler açısından AY m. 104/f.19 hükmünde de yer almaktadır.

166 Resmî Gazetede yayınlanmayan bir yönetmeliğin ise, kabul edildiği tarihte yürürlüğe gireceğini benimsemek isabetli olur⁶³.

167 Yürürlükteki bir kanunun tümü veya bazı hükümleri, esas itibariyle, yeni bir kanun hükmü ile açık veya örtülü olarak yürürlükten kaldırılır. Fakat kanunların yürürlükten kalkmasının yegâne yolu bu değildir. Bazen bir kanun, yürürlük süresini kendisi belirlemiş olabilir. Meselâ, 8.5.1991 tarih ve 3716 sayılı, “Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerin Evlilik ve Evlilik Dışında Doğan Çocukların Düzgün Nesepli Olarak Tesciline Dair Kanun”un 14. maddesinde “Bu kanun yayım tarihinden itibaren 5 yıl sonra yürürlükten kalkar” hükmü yer almakta idi⁶⁴. Bu sebeple, beş yıllık sürenin dolması ile kanun da kendiliğinden yürürlükten kalkmıştı.

⁶¹ Eskiden, 23.5.1928 tarih ve 1322 sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca, yürürlük hükmü içermeyen kanunların Resmî Gazetede yayılandıktan 45 gün sonra yürürlüğe girecekleri esası geçerliydi. 1322 sayılı Kanun, Anayasa değişikliklerine uyum sağlanması için çıkarılan 703 sayılı KHK’nın (RG, 9.7.2018, s. 30473) 231. maddesi ile tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶² RG, 15.7.2018, s. 30479.

⁶³ Aynı kanaatte **Edis**, 171.

⁶⁴ RG., 16.5.1991, s. 20873.

Nihayet, yürürlükteki bir kanunun veya olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin tümü veya bazı hükümleri Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı görülerek iptal edilirse, söz konusu hükümler iptal kararı uyarınca yürürlükten kalkar⁶⁵. Meselâ, cinsiyet değişikliğine ilişkin MK m. 40’da yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁶⁶. 168

Yeni bir kanunun, eski bir kanunu açıkça yürürlükten kaldırmasına örnek olarak MK m. 1028 hükmünü gösterebiliriz. Bu hükme göre: “17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi yürürlükten kaldırılmıştır.” 169

Yeni yürürlüğe giren bir kanunla, önceki bir kanunun bazı hükümlerinin değiştirilmesi halinde de, değişikliğe uğrayan hükümlerin eski şekli yürürlükten kaldırılmış olur. Yeni Borçlar Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrasının, daha kanun yürürlüğe girmeden, 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun’un 213. maddesiyle değiştirilmesini buna örnek olarak gösterebiliriz. 170

Bir kanun hükmünün zımnem (örtülü biçimde) yürürlükten kaldırılması ise, eski hükmün yürürlükten kaldırıldığını açıkça belirten bir 171

⁶⁵ Bir Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde, iptal olunan KHK’nın yürürlükten kaldırdığı veya değiştirdiği kanunun ya da kanun hükmünün geri gelmesi sonucunu doğurmayacağı; bu halde bir “kanun boşluğu” meydana geleceği ve hâkimin bu boşluğu MK m. 1 uyarınca doldurması gerektiği yargı uygulamasında kabul edilmektedir. Bkz. Yarg. İçt. Bir. K., 18.11.1964, 2/4; Yarg. İçt. Bir. BGKK, 24.05.1982, 1/1; Yarg. HGK, 10.12.1997, 19-665/1018 ile bu kararda atıf yapılan, Anayasa Mahkemesi’nin 11.11.1963 tarih ve 106/270 sayılı ve 19.10.1971 tarih ve 40/73 sayılı kararları ile Danıştay Genel Kurulu’nun 24.05.1971 tarih ve 22/36 sayılı kararı (kararlar için bkz. Kazancı).

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.2017 tarih ve E. 2017/130, K. 2017/165 sayılı kararı için bkz. RG, 20.3.2018, s. 30366.

hüküm içermemekle beraber, eski hükmün uygulanmasını imkânsız kılan yeni bir kanun hükmünün yürürlüğe konulmasıyla olur⁶⁷.

172 Yalnız hemen belirtelim ki, iki kanun hükmünün çatışması halinde yeni hükmün eski hükmü yürürlükten kaldırdığını kabul edebilmek için, yeni ve eski hükümlerin aynı konuyu düzenlemeleri ve sonraki hükümle önceki hükmün bir arada uygulanmasının imkânsız olması gerekir. Başka deyişle, yeni hükmün konusu (düzenlediği alan) ile eski hükmün konusu birebir örtüşmelidir. Yeni hükmün eski hükme nisbeten özel bir alanı düzenlemesi halinde de yeni hükmün kapsamına giren konularda eski hüküm zımnen yürürlükten kalkmış sayılır. Yeni hükmün eski hükme oranla genel nitelikte olması halinde ise, yeni hükmün konuluş amacı araştırılarak bir sonuca varılır⁶⁸.

173 6771 sayılı Kanun ile Anayasa’da yapılan değişiklikle tüzük kavramı kaldırılmış ise de, Anayasa’nın Gecici 21. maddesinin (F) fıkrası uyarınca yürürlüğünü sürdürecektir olan eski tüzüklerin yürürlükten kalkması, tüzüğün dayandığı kanunun yürürlükten kalkması sonucu ortaya çıkabileceği gibi, tüzüğün tümünün veya bir hükmünün kanuna aykırılık sebebiyle Danıştayca iptal edilmesi halinde de, o tüzük veya hüküm yürürlükten kalkar. Keza bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de halen yürürlükte bulunan, eski dönemden kalma bir tüzük yürürlükten kaldırılabilir.

174 Bir yönetmelik, aynı konuda yeni bir yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkar. Bunun dışında, tüzüklerin yürürlükten kalkması için hemen yukarıda belirttiğimiz esaslar, yönetmelikler için de geçerlidir.

⁶⁷ Bu konuda eski Medenî Kanun dönemine ilişkin çeşitli örnekler için kitabımızın 8. basısının 37. sahifesine bakınız.

⁶⁸ Bu konu aşağıda, Nr. 265 vd.de “kanunların zaman itibariyle uygulanabilir olması” bahsinde ayrıca ve detaylı olarak ele alınmaktadır.

III. MEDENÎ HUKUKLA DOĞRUDAN İLGİLİ TEMEL DÜZENLEMELER

A) Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu

Medenî Hukuk alanını düzenleyen kanunların başında 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu gelir. Bu iki kanun aslında gerçek anlamda tek bir Medenî Kanunun iki parçasını teşkil etmektedir. Gerçi 743 sayılı eski Medenî Kanun ile 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ayrı iki kanun halinde yasama organından geçerek kanunlaşmıştı; fakat bunun sebebi kaynak İsviçre Medenî Kanunu ile Borçlar Kanunu'nun tarihsel nedenlerle ayrı ayrı kanunlaşarak yürürlüğe girmesi idi. Nitekim eBK m. 544'te açıkça, Borçlar Kanunu'nun Medenî Kanunun tamamlayıcısı ve devamı olduğu belirtilmişti. Yeni BK m. 646 da, bu kanunun, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun beşinci kitabı ve onun tamamlayıcısı olduğunu açıkça vurgulamıştır. Hatta, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesinin ilk cümlesinde dahi, Ticaret Kanununun Medenî Kanunun ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmiştir.

Tamamlayıcısı olan Borçlar Kanunu ile birlikte göz önünde tutulursa Medenî Kanun, bir Başlangıçtan sonra beş büyük bölüme (kitaba) ayrılmıştır. Kişiler Hukuku – Aile Hukuku – Miras Hukuku – Eşya Hukuku – Borçlar Hukuku. Bu beş bölüme ayrılma Pandekt Hukukuna dayanmakta ve buna modern pandekt sistemi denilmektedir. Fakat Alman Medenî Kanununda takip edilen bu sistemde Kişiler Hukuku, Genel Hükümler arasında yer almaktadır; bunu takip eden sıra ise, Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku – Aile Hukuku – Miras Hukuku tarzındadır. İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında bir “Genel Hükümler” kısmı bulunmadığı gibi, beşli ayırımdaki sıra da farklıdır ve beşinci kitabı teşkil eden Borçlar Hukuku ayrı bir kanun halinde yürürlüktedir.

1030 maddenin yer aldığı Medenî Kanun kendi içinde kitaplara, kitaplar kısımlara, kısımlar bölümlere, bölümler ayırımlara taksim edilmiştir. 649 maddenin yer aldığı yeni Borçlar Kanunu ise kendi içinde kısımlara, kısımlar bölümlere, bölümler de ayırımlara ayrılmıştır.

- 178 Kitapların, kısımların, bölümlerin ve ayırımların birer başlığı bulunduğu gibi, her maddenin de bir kenar başlığı bulunmaktadır. Bu kenar başlıklar, İsviçre Kanununda sistematik ayırımı belirtmek üzere, I, A, 1, a. şeklinde işaretlenmiştir. Bu işaretleme ve kenar başlıklar, kanunun plânını ve kanundaki fikir silsilesini izlemek bakımından kolaylık sağlamaktadır. Kenar başlıkların kanunun uygulanmasında ne gibi bir rol oynayacağını, ileride inceleyeceğiz.

1- Medenî Kanun

a) Başlangıç

- 179 Medenî Kanun, 7 maddelik bir başlangıç kısmı ile başlamaktadır. Burada, hukukun kaynakları ve uygulama şartları (MK m. 1), hakların kullanılması ve borçların ifasında uyulması gerekli dürüstlük kuralı (MK m. 2); hakların kazanılmasında etkili iyiniyet kavramı (MK m. 3); kanunların uygulanmasında hâkimin takdir yetkisi (MK m. 4); Borçlar Kanununun bir kısım hükümlerinin Medenî Hukukun diğer alanlarında uygulanma imkânı (MK m. 5); ispat yüküne ait temel kural (MK m. 6) ve resmî sicil ve senetlerin ispat gücü (MK m. 7) düzenlenmiştir.

- 180 Bu hükümlerde Medenî Hukukun her alanında, hattâ tüm özel hukuk alanında uygulanacak temel kurallar yer almaktadır. Fakat Medenî Kanunun başlangıç kısmı, Alman Medenî Kanununun başındaki Genel Bölüm niteliğinde değildir. Şöyle ki: Alman Medenî Kanununun 240 paragraflık (maddelik) Genel Bölümünde, Kanunun tümünde uygulanacak temel ilkeler gösterilmiş; bu ilkeler, şahıslar, eşya, hukukî muameleler, mehil ve vâdeler, zamanaşımı, hakların kullanılması ve korunması, teminat gösterilmesi konuları çerçevesinde toplanmıştır. İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında ise, genel kavramların tanımlanmasından çoğu zaman kaçınılarak bu iş doktrine bırakılmış, diğer alanlara da uygulanabilecek çeşitli hükümler doğrudan doğruya ilgili kısımlarda düzenlenmiştir. Meselâ, kişilerin ehliyeti Kişiler Hukukunda, eşya kavramı ile ilgili hükümler Eşya Hukukunda, hukukî işlemlere ilişkin hükümler borç doğuran sözleşmeler açısından Borçlar Hukukunda ele alınmıştır.

b) Kişiler Hukuku

Medenî Kanununun birinci kitabı (m. 8-117) Kişiler Hukukuna tahsis edilmiştir. Eski Medenî Kanunda “Şahsın Hukuku” adını taşıyan bu kitabın başlığının İsviçre Medenî Kanunu’nun (Droit des Personnes, Personenrecht) tarzındaki ifadesine uygun şekilde, “Kişiler Hukuku” şeklinde kaleme alınması isabetli olmuştur. 181

Hukukta kişi, hak ehliyetine sahip bulunan, hak sahibi varlık anlamına gelir ve kişi, gerek diğer şahıslarla, gerek mallarla olan ilişkileri açısından en önemli birimi teşkil eder. 182

Bugün hukukumuzda her insan “kişi” sayılır. Bunlara Medenî Kanunumuz “gerçek kişiler” demektir. Fakat hukukî anlamıyla kişiler, insanlardan ibaret değildir. Belirli bir amaç etrafında birleşmiş kişilerin meydana getirdiği topluluklar (Dernekler) ile belirli bir amaca tahsis edilmiş malların (Vakıflar) bağımsız, ayrı birer “kişi” oldukları kabul edilmiştir. Bunlara da “tüzel kişiler” denilmektedir. Fakat tüzel kişiler bunlardan ibaret değildir; tiaret şirketleri, kooperatifler, avukatlık ortaklıkları, belediyeler, üniversiteler de tüzel kişilere örnektir. 183

Medenî Kanununun birinci kitabının birinci kısmı gerçek kişilere ayrılmıştır. Bu kısımda gerçek kişilerin kendi kişiliklerine ilişkin hükümler (kişiliğin başlangıcı ve sonu, ehliyet, isim, yerleşim yeri, hısımlık, kişiliğin korunması) yer almaktadır. 184

İkinci kısımda ise, tüzel kişilerin kişilik kazanmaları ve kişiliğin kaybı, ehliyeti gibi konuların yanında, tüzel kişilerin iç bünyelerini ilgilendiren diğer bazı hükümler yer almaktadır. 185

c) Aile Hukuku

Medenî Kanununun ikinci kitabı (m. 118-494) Aile Hukukuna tahsis edilmiştir. Bu kitapta artık tek başına kişiyi değil, toplumun çekirdeğini teşkil eden aileyi düzenleyen hükümler yer almaktadır. 186

Aile Hukuku Kitabı üç kısma ayrılmıştır. “Evlilik Hukuku” baş- 187

lıklı birinci kısımda karı-kocadan meydana gelen dar anlamda aile düzenlenmiş, bu ailenin nasıl meydana geldiği (Nişanlanma, Evlenme), yürümediği takdirde nasıl sona erdirilebileceği (Boşanma) ve evlilik birliğinin tâbi olacağı hükümler ve özellikle karı ve kocanın mallarının tâbi olacağı rejim ele alınmıştır.

188 “Hısımlık” başlıklı ikinci kısımda daha geniş anlamda aile’yi düzenleyen hükümler yer almaktadır. Ana baba ile çocuklar arasındaki bağ (Hısımlık), ana babanın çocuklara karşı sahip oldukları hak ve yükümlülükler ve hısımlar arası ilişkiler (Nafaka, Ev düzeni, Aile malları) düzenlenmiştir.

189 “Vesayet” başlıklı üçüncü kısımda ise, normal bir aile düzeninin korumasına sahip bulunmayan küçükler veya korunmaya muhtaç erginler için Devletin kontrolüne tâbi vesayet sisteminin nasıl işleyeceği mes’elesi ile, vesayete tâbi kişilerin durumu düzenlenmektedir.

d) Miras Hukuku

190 Medenî Kanunun üçüncü kitabı (m. 495-682) Miras Hukukuna, yani bir insanın ölümünden sonra malvarlığının ne olacağını düzenleyen kurallara tahsis edilmiştir.

191 Bu kitap da iki büyük kısma ayrılmıştır. Birinci kısım “Mirasçılar” başlığını taşımakta ve mirasta kimlerin hak sahibi olacağı sorusunun cevabını, bu konuda ölenin arzusunu açıklamış olup olmamasına göre “Yasal mirasçılar” ve “Ölüme Bağlı Tasarruflar” adı altında iki ayrı bölümde düzenlemektedir.

192 İkinci kısım ise “Mirasın Geçmesi” başlığını taşımaktadır; bu kısımda mirasın hak sahiplerine nasıl intikal edeceği mes’elesi düzenlenmektedir.

e) Eşya Hukuku

193 Medenî Kanunun dördüncü kitabı (m. 683-1027) Eşya Hukukuna tahsis edilmiştir.

Eşya hukuku, kişilerin eşya (mallar) üzerinde doğrudan doğruya 194 hâkimiyetlerinden doğan meseleleri düzenleyen kısımdır. Eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan haklara “*aynî haklar*” denir. Aynî haklar eşya hukukunun temel konusu olmakla beraber, eşya hukuku aynî haklardan ibaret değildir.

Medenî Kanunun dördüncü kitabı üç kısma ayrılmıştır. Birinci 195 kısımda aynî haklar içinde en geniş yetkiyi sağlayan mülkiyet hakkına ait kurallar yer almaktadır. İkinci kısımda “Sınırlı aynî haklar” başlığı altında sahibine eşya üzerinde sınırlı bir yetki sağlayan aynî haklar (= sınırlı aynî haklar) düzenlenmektedir. Üçüncü kısım ise, eşya üzerindeki hâkimiyetin dışı karşı açıklanmış şekline ilişkin olarak, zilyedlik ve tapu sicili hakkında hükümler içermektedir.

2- Borçlar Kanunu

a) *Eski Borçlar Kanunu:*

Gerçekte Medenî Kanunun beşinci kitabını oluşturan⁶⁹, fakat 196 anlamsız biçimde Medenî Kanun dışında, ondan bağımsız olarak ka-nunlaştırılmış bulunan 818 sayılı eski Borçlar Kanunumuz iki kısma ayrılmıştı: “Umumî Hükümler” başlığını taşıyan birinci kısımda yer alan hükümler genel olarak her türlü borç ilişkisine uygulanabilecek temel esaslardı. “Akdin Muhtelif Nevileri” başlıklı ikinci kısımda ise, borcun kaynaklarından olan sözleşmelerin, günlük yaşamda en çok rastlanan çeşitli tipleri özel olarak düzenlenmişti.

b) *Yeni Borçlar Kanunu:*

aa- *Yeni Bir Borçlar Kanunu Hazırlama Çalışmaları*

Ülkemizde yeni Medenî Kanunun yürürlüğe girmesine paralel ola- 197

⁶⁹ Bu husus eski Borçlar Kanunu’nda açıkça ifade edilmemiş, sadece Borçlar Kanunu’nun, Medenî Kanun’un “tamamlayıcısı olduğundan” bahsedilmişti (eBK m. 544). Buna karşılık yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 646. maddesinde, Borçlar Kanunu’nun “Medenî Kanun’un beşinci kitabı ve onun tamamlayıcısı” olduğu açıkça belirtilmiştir.

rak Borçlar Kanununda da yenileme çalışmasına başlanmıştır; bu amaçla Adalet Bakanlığınca oluşturulan Komisyon, çalışmalarını 2005 yılında tamamlamış ve hazırlanan “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı*” yayınlanarak kamuoyuna sunulmuştur.

198 Bu Tasarıda ilk göze çarpan husus, aynen Medenî Kanunda olduğu gibi madde numaralarının yeni baştan teselsül ettirilmesidir. Tasarıda, mevcut Kanunun çok eskimiş olan dili sadeleştirilmiş, mevcut metindeki çeviri yanlışları giderilmiş, bazı özel Kanunlarda düzenlenen hususlar Borçlar Kanununa aktarılmış ve bu arada mevcut Kanunda olmayan yeni bazı kavram ve kurumlara yer verilmiştir.

199 Bu yenilikler arasında özellikle göze çarpanları, “Genel İşlem Koşulları”nın hukuk hayatımıza kazandırılması; “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlığı altında yer alan kusursuz sorumluluk hâlleri arasına “*Tehlike Sorumluluğu*” ile ilgili özel hüküm eklenmesi; mevcut Borçlar Kanununda yer almayan *İbra*, *Kısmî İmkânsızlık*, *Aşırı İfa Güçlüğü*, *Sözleşmenin Devri* ve *Sözleşmeye Katılma* gibi bazı kurumlara ilişkin düzenlemeler öngörülmesi; satım sözleşmesinde hasar ve yararın geçişi, zapt ve ayıba karşı tekeffül konularında bazı önemli yenilikler getirilmesi; 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un kiracıyı -belki de gereğinden fazla- koruyucu yeni hükümlerle desteklenerek Borçlar Kanunu kapsamına alınması; eser sözleşmesinde, eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin hakları bakımından zamanaşımı süresinin, yüklenicinin bilerek veya ağır kusurla ayıplı malzeme kullanması ya da ayıplı eser yaratması halinde teslim tarihinden itibaren 20 yıla çıkarılması; kefalet sözleşmesinin kaynak Kanunda yapılan revizyonu içermeyen ve artık yetersiz kalan hükümlerinin köklü biçimde değiştirilerek kefil koruyucu özel düzenlemelere yer verilmesi ve “*Evde Hizmet Sözleşmesi*” ve “*Pazarlamacılık Sözleşmesi*” adı altında yeni sözleşme modellerinin Kanunda yer alması olmuştur.

200 Tasarı çeşitli bilimsel toplantılarda tartışılmıştır. Bu konuda Adalet Bakanlığınca Üniversitelerden görüş de istenmiştir. Bu talep üzerine, Prof. Dr. Nami Barlas’ın başkanlığında Galatasaray Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı tarafından hazırlanan Rapor ise bir kitap halinde yayınlanmıştır⁷⁰. Bu çalışma, Borçlar Kanunu Tasarısı'na yönelik yegâne kapsamlı çalışmadır.

Eleştiriler üzerine Tasarı, Komisyon tarafından tekrar ele alınmış ve yayınlanan ilk metin üzerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. 201

Borçlar Kanununun Medenî Kanunun ayrılmaz bir parçası ve aslında onun bir devamı olduğu ve ülkemizde yeni bir Medenî Kanunun yürürlüğe girmiş bulunduğu nazara alınır, özellikle Kanunun dilinde ve sistematğinde birliğin ve uyumun sağlanması bakımından yeni bir Borçlar Kanununun kabulünün ve yürürlüğe konulmasının da zorunlu olduğu açıktı. 202

bb- Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kabulü

Bu gelişmeler üzerine Türk Borçlar Kanunu Tasarısı TBMM'ne sevk edilmiş ve yasalaşma süreci başlamıştır. Bu sürecin tamamlanmasını müteakip, 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı "*Türk Borçlar Kanunu*"⁷¹ TBMM'nde kabul edilmiştir⁷². 1 Temmuz 2012 tarihinde 203

⁷⁰ Kaynakçada **Barlas**, Tasarı'ya bakınız.

⁷¹ RG, 04.02.2011, s. 27836.

⁷² Aynen yeni Medenî Kanun gibi, yeni Türk Borçlar Kanunu da ülkemizde yasa yapma tekniği konusundaki yetersizlikten nasibini almıştır: Önce, yeni Kanunun kabulünün üzerinden henüz 1 ay geçmişken, 25.02.2011 tarih ve 27857 (mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 13 Şubat 2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun'un 213. maddesi ile, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun, imzaya ilişkin 15. maddesinin görme engellilerin imza atmaları usulünü düzenleyen 3. fıkrasında değişiklik yapılmıştır.

Bunun hemen ardından ve yeni Kanunun kabulünün üzerinden henüz 2 ay geçmişken, 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 31 Mart 2011 tarih ve 6217 sayılı "*Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" un Geçici 2. Maddesi ile, yeni Borçlar Kanununun kira sözleşmelerine ilişkin bazı hükümlerinin yürürlüğü, tacir olan veya tüzel kişi sıfatını taşıyan kiracıların taraf oldukları

yürürlüğe giren (BK m. 648) ve 22 Nisan 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu tümüyle yürürlükten kaldıran (BK m. 647) bu Kanun, borçlar hukukunun temel esaslarında radikal bir değişiklik ve yenilik getirmemiştir ve kavram seçimi, Türkçe yazım ve dilbilgisi kuralları ve cümle kurgusu bakımından çok kötü biçimde kaleme alınmıştır. Bununla birlikte, mevcut Kanunun artık çok eskiyen dilinin arılaştırılması, mevcut Kanunda yer alan çok sayıdaki çeviri hatasının düzeltilmesi, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun zamanla değişen hükümleri ile paralellik sağlanması ve kısmen yukarıda işaret ettiğimiz bazı yeni kavram ve kurumları hukuk hayatımıza getirmesi bakımından yine de olumlu bir gelişme sayılmalıdır.

204 Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük ve zaman bakımından uygulanma esasları ise 12 Ocak 2011 tarih ve 6101 sayılı "*Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*"⁷³ ile belirlenmiştir.

işyeri kira sözleşmeleri bakımından 5 yıl süre ile ertelenmiş ve bu süreçte kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Daha sonra, 4.7.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanunla (RG, 12.07.2012, s. 28351), yeni Borçlar Kanunu'nun işyeri kira sözleşmelerine ilişkin bazı maddelerinin, tacirler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin kiracı oldukları hâllerde 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süre ile uygulanmayacağı ifade edilmiştir (6353 s.K. m. 53).

Nihayet 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun'un (RG, 11.04.2013, s. 28615) 77. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 584 üncü maddesine 3. fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre: "*Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.*"

⁷³ RG., 04.02.2011, s. 27836.

3- Medenî Kanunun Çeşitli Kitapları Arasındaki İlişki ve Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu Arasındaki Bağlantı

Medenî Kanunumuzda ve kaynak İsviçre Medenî Kanununda⁷⁴ bir 205
 “genel kısım” yok ise de Medenî Kanunun çeşitli bahislerinde yer alan
 bir kısım hükümlerin bütün medenî hukuk alanında, özellikle borçlar
 hukuku alanındaki ilişki ve müesseselere uygulanma değeri ve imkânı
 vardır⁷⁵. Meselâ, Kişiler Hukuku kitabında düzenlenen ehliyet hüküm-
 lerinin, her türlü özel hukuk ilişkisinde uygulanması mümkün, hattâ
 zorunludur. Kişiler Hukukunun ve Aile Hukukunun hısımlığa ilişkin
 düzenlemelerinin özellikle Miras Hukukunda; Eşya Hukukunun mül-
 kiyet, zilyedlik, irtifak, rehin gibi çeşitli müesseselerinin ise özel huku-
 kun diğer alanlarında uygulanma durumları ile de sık sık karşılaşılr.

Aynı esas, Borçlar Kanununun hükümleri, özellikle genel kısmı 206
 için de söz konusudur.

Kaynak ZGB Art. 7’den daha farklı biçimde kaleme alınan yeni 207
 MK m. 5’e göre: “*Bu Kanun ve Borçlar Kanunu’nun genel nite-
 likli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine
 uygulanır.*”⁷⁶.

⁷⁴ İsviçre Medenî Kanunu’nda BGB’deki gibi bir “genel kısım”ın bulunmama-
 sının tarihsel ve metodolojik sebepleri hakkında bkz. **Friedrich**, Berner Kom-
 mentar, Art. 7, N. 19 vd.

⁷⁵ Bu konuda bkz. **Friedrich**, Berner Kommentar, Art. 7, N. 70 vd.

⁷⁶ Eski Medenî Kanunun 5. maddesi kaynak ZGB Art. 7’ye paraleldi ve bugünkü
 MK m. 5’e oranla daha farklı idi: “*Akitlerin in’ikadına ve hükümleri ve sukutu
 sebeplerine taallük edip borçlar kısmında beyan olunan umumî kaideler, medenî
 hukukun diğer kısımlarında dahi carîdir.*”. MK m. 5’in ZGB Art. 7 ve eski MK
 m. 5 ile karşılaştırmalı olarak incelendiği, farklı noktaların ve bunların anlamları-
 nın örnek yargı kararları ile beslenerek detaylı biçimde izah edildiği kapsamlı bir
 araştırma olarak bkz. **Gürzumar**, 105 vd.

Bu hususta 1971 tarihli Medenî Kanun Öntasarısının 5. maddesinde “*Borçlar
 Yasasının genel kuralları, tersi açıklanmayan yerlerde, Medeni Hukukun öteki
 bölümlerinde de uygulanır*” denilmişti.

- 208 Fakat hemen belirtelim ki, Medenî Kanun ve Borçlar Kanununun bir hükmünün özel hukukun diğer alanlarında uygulanabilmesi için iki şart gerçekleşmelidir⁷⁷:
- 209 1. Söz konusu mesele için -özel hukuk alanına giren- ilgili kanunda bir hüküm bulunmamalıdır.
- 210 2. Medenî Kanunda veya Borçlar Kanununda yer alan ve o mes'eleye (ilişkiye) uygulanması söz konusu olan genel hüküm, o özel hukuk ilişkisinin bünyesine ve kendine özgü yapısına aykırı düşmemelidir.
- 211 Aynı şartlar ve esaslar, Medenî Kanunda yer alan bir hükmün Borçlar Hukuku alanına veya Borçlar Kanununda bulunan bir hükmün Medenî Hukuk alanına uygulanmasında da geçerlidir.
- 212 MK m. 5 hükmünün asıl özelliği, hakkında özel bir düzenleme bulunmayan bir özel hukuk ilişkisinde hâkime, hemen MK m. 1 gereğince o konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığına bakmak ve böyle bir kural yoksa hukuk yaratma yoluna gitmek yerine, önce Medenî Kanunda ve Borçlar Kanununda o ilişkinin bünyesine uygun düşen genel nitelikli bir hüküm mevcut olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yüklemesidir⁷⁸.
- 213 Şu halde, Borçlar Kanunundaki bir hüküm, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, tüm özel hukuk ilişkilerine, özellikle medenî hukuk alanına dâhil ilişkilere de uygulanabilecektir.
- 214 Borçlar Kanunu hükümlerinin medenî hukukun diğer alanlarında uygulanması çeşitli şekillerde söz konusu olabilir. Şöyle ki:

1984 tarihli Öntasarıda ise madde, "*Borçlar Kanununun genel kuralları niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer Medenî Hukuk ilişkilerinde de uygulanır*" tarzında düzenlenmişti (md. 5).

⁷⁷ Bu şartlar için bkz. **Friedrich**, Berner Kommentar, Art. 7, N. 32 vd., 50 vd.; **Dural/Sarı**, 114 vd.

⁷⁸ **Gürzumar**, 156 vd.

Bazen Kanun, Borçlar Kanununun bir hükmüne açıkça yollama yapar. Meselâ, nişanın bozulması üzerine hediyelerin geri verilmesi sorunu hakkında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (BK m. 79-82) uygulanması gerektiği MK m. 122/f. 2'de ifade edilmiştir. 215

Böyle bir atf (yollama) bulunmayan hallerde Medenî Kanunda düzenlenen bir müessese, bir borç ilişkisi teşkil ettiği ve hakkında özel bir hüküm de bulunmadığı takdirde, Borçlar Kanununun genel hükümlerine tâbi olur. Meselâ, üyenin bağlı olduğu derneğe karşı aidat ödeme borcunun ifasına, ifa edilmemesine ve sona ermesine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. 216

Medenî hukukun, Borçlar Kanununda düzenlenen kavramlara (meselâ, sözleşmelerin kuruluşu, borcun ifası, teselsül, şart, zamanaşımı) yer veren ilişkilerine de, müessesenin bünyesi ve niteliği engel teşkil etmedikçe Borçlar Kanununun hükümleri doğrudan doğruya uygulanır⁷⁹. Fakat bu halde “doğrudan uygulama”nın hukukî dayanağı MK m. 5 hükmünden ziyade, MK m. 1 normudur. 217

Nihayet, bir medenî hukuk ilişkisine Borçlar Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanması da söz konusu olabilir. Meselâ, bir kimse kendisine düşen bir mirası reddettiğini hile veya tehdit sonucunda beyan etmiştir. Bu red beyanının hükümsüzlüğü konusunda Medenî Kanunda 218

⁷⁹ Bu konuda Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 17.01.2012 tarih ve 6982/130 sayılı kararında şöyle denilmektedir: “Taraflar arasında mal ayrılığı rejimi geçerli olduğuna göre, uyuşmazlığın Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir. MK'nun 178. maddesinde düzenlenen dava zamanaşımına ilişkin düzenlemenin eldeki davaya konu mallar bakımından uygulanamayacağı; uyuşmazlığın Borçlar Kanununun... 10 yıllık zamanaşımı süresini öngören (MK'nun 5. maddesi yollamasıyla) 125. maddesindeki düzenlemenin uygulanması gerektiği hususunda duraksama bulunmadığına göre, mal ayrılığı rejimi döneminde edinilen malvarlığı yönünden.. MK'nun 178. maddesi dikkate alınarak davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.” 8. Hukuk Dairesi'nin aynı yöndeki diğer kararları olarak bkz.: 11.04.2011 tarih ve 5567/2071 sayılı; 01.03.2011 tarih ve 6209/1087 sayılı; 20.01.2011 tarih ve 3082/146 sayılı; 11.10.2010 tarih ve 2294/4679 sayılı; 10.06.2010 tarih ve 802/3138 sayılı; 01.06.2010 tarih ve 1965/2923 sayılı ve 29.03.2010 tarih ve 948/1424 sayılı kararlar (tümü için bkz. Legalbank).

hiçbir hüküm yoktur. Bu hususta Borçlar Kanununun hile (aldatma) ve tehdit (korkutma) ile ilgili hükümleri (BK m. 36 ve 37-38) kıyasen uygulanabilir; red müessesesinin bünyesi ve niteliği buna elverişlidir. Bu “kıyasen uygulama”, dayanağını MK m. 5 hükmünde bulur.

- 219 Borçlar Kanununda yer alan genel nitelikli hükmün bir medenî hukuk ilişkisine doğrudan veya kıyasen uygulanmasına ilişkin hemen yukarıda söylediklerimizi genelleştirerek şu hususu vurgulamakta yarar görüyoruz: Medenî Kanun veya Borçlar Kanununda mevcut genel nitelikli bir hükmün herhangi bir özel hukuk ilişkisine, o ilişkinin “*bünyesine uygun düştüğü ölçüde*” uygulanabilmesinin hukukî dayanağı MK m. 5 hükmüdür ve bu uygulama tekniği “*kıyasen uygulama*”dır. Anılan genel nitelikli hüküm bir özel hukuk ilişkisine “*doğrudan*” tatbik ediliyorsa, bunun MK m. 5 ile bir ilgisi yoktur; bu halde doğrudan uygulamanın dayanağı, kanunun, sözüyle ve özüyle deşindiği bütün konularda uygulanmasını emreden MK m. 1 hükmüdür. Dolayısıyla, MK m. 5’te öngörülen uygulama sadece “*kıyasen uygulama*”dır⁸⁰.

4- Yürürlük Kanunu

- 220 Medenî Kanunun yürürlüğe girdiği anda mevcut ilişkilerin akıbetinin ne olacağı, eski Medenî Kanun zamanında doğmuş olan bu ilişkilerin yeni Kanuna mı, yoksa yürürlükten kalkan eski hükümlere mi tâbi olacağı ve yeni hükümlerin eski kanun döneminde oluşan ilişkilere ne ölçüde uygulanabileceği, 3 Aralık 2001 tarih ve 4722 sayılı “Türk Medenî Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”⁸¹ ile düzenleme altına alınmıştır.

5- Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile Yakından İlgili Bazı Temel Kanunlarda Yaşanan Gelişmeler

- 221 2011 yılında TBMM sadece yeni bir Borçlar Kanunu’nu kabul

⁸⁰ Bu tespit için bkz. Gürzumar, 141 vd.

⁸¹ RG, 8.12.2001, s. 24607.

etmekle kalmamış; Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile doğrudan bağlantılı olan, özel hukukun diğer iki önemli yasasını da yenileyerek önemli bir gelişmeye imza atmıştır.

Bunlardan ilki, 29 Haziran 1956 tarih ve 6762 sayılı mevcut Türk Ticaret Kanunu'nu yürürlükten kaldırarak onun yerini almak üzere kabul edilmiş olan, 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı yeni "*Türk Ticaret Kanunu*" dur⁸². Kanununun 1534. maddesinde ifade edildiği üzere, yeni Türk Ticaret Kanunu, bazı hükümleri ayırık olmak üzere, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun daha ilk cümlesinde "*Türk Ticaret Kanunu, 21/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.*" denilmesi anlamlıdır (TTK m. 1/f. 1, c. 1). Ticaret hukukunun özellikle ortaklıklar hukuku alt bölümünde önemli yenilikler getiren bu Kanunun yürürlük ve zaman bakımından uygulanma esasları ise 14 Ocak 2011 tarih ve 6103 sayılı "*Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*"⁸³ ile belirlenmiştir.

Diğer önemli yasal düzenleme, 18 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nu yürürlükten kaldıran

⁸² RG, 14.02.2011, s. 27846.

Maalesef, önemli temel yasalardan biri olan Türk Ticaret Kanunu da, ülkemizde kanun yapma konusundaki ciddiyetsizlikten ve içler acısı durumdan nasibini almış ve daha yürürlüğe girmeden çeşitli değişikliklere uğramıştır. Önce, 31.01.2012 tarih ve 6273 sayılı Kanun'un (RG., 03.02.2012, s. 28193 mükerrer) 8. maddesi ile, yeni TTK m. 814'ün 1. ve 3. fıkralarında değişiklik yapılmıştır. Ardından, Kanunun yürürlüğe girmesine 5 gün kala, 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun (RG., 30.06.2012, s. 28339) ile yeni Türk Ticaret Kanunu'nda çok geniş çaplı ve önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Nihayet Kanun bu değişikliklerle yaralı-bereli bir halde yürürlüğe girdikten 3 gün sonra bir değişikliğe daha uğramıştır: 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un (RG., 12.07.2012, s. 28351) 64. maddesi ile yeni Türk Ticaret Kanunu'nda bir değişiklik daha yapılmış ve TTK Geçici md. 6/f. 4 yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikler halen devam etmektedir.

⁸³ RG, 04.02.2011, s. 27836.

ve bu Kanunun yerini alan, 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı yeni “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*”dur⁸⁴. İçeriği, dili, ifade biçimi ve kavram bütünlüğü açısından, yeni kabul edilen üç temel yasa içerisinde şüphesiz en başarılı olan bu kanun, 1 Ekim 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır (HMK m. 451).

B) Diğer Normlar

224 Medenî hukuk alanı ile ilgili daha pek çok Kanun, Tüzük ve Yönetmelik mevcuttur. Soyadı Kanunu, Vakıflar Kanunu, Dernekler Kanunu, Nüfus Kanunu, Kat Mülkiyeti Kanunu, Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu ile Tapu Sicili Tüzüğü, Hayvan Rehni Tüzüğü ve Evlendirme Yönetmeliği bunların en önemlilerindedir.

⁸⁴ RG, 14.02.2011, s. 27846.

Ülkemizde kanun koyucunun yasa yapma tekniği konusundaki artık alıştığımız ve yeni Türk Medenî Kanunu, yeni Türk Borçlar Kanunu ve yeni Türk Ticaret Kanunu açısından yukarıda işaret ettiğimiz yetersizliğinin bir diğer örneğini yeni HMK oluşturmaktadır:

Yeni Kanunun kabulünün üzerinden henüz 2 ay geçmişken, 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 31 Mart 2011 tarih ve 6217 sayılı “*Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile yeni HMK m. 369’un 2. ve 3. fıkraları (6217 s.K. m. 28) ve yeni HMK m. 370’in 2. fıkrası (6217 s.K. m. 29) değiştirilmiş; ayrıca, Kanuna Geçici 3. Madde eklenmiştir (6217 s.K. m. 30).

Bundan başka, yeni HMK’nun adlî tatile ilişkin 102. maddesi de 26.08.2011 tarih ve 28037 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 8 Ağustos 2011 tarih ve 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 33. maddesi ile değiştirilmiştir.

24.11.2016 tarih ve 6763 Sayılı Kanun’un 44. maddesi ile de HMK’na Ek Madde 1 eklenmiş ve HMK m. 200, 201, 341, 362 ve 369’daki parasal sınırların her yıl artırılması öngörülmüştür.

Nihayet, 20.07.2017 tarih ve 7035 sayılı Kanun (RG., 05.08.2017, s. 30145 mükerrer) ile de HMK’da bazı değişiklikler yapılmıştır. Bunlar arasında en önemlisi, 1 ay olan temyiz süresinin 2 haftaya indirilmesidir.

IV. KANUNLARIN UYGULANMASI

Burada yapılan açıklamalarda “kanun” kavramı MK m. 1’deki gibi 225 geniş anlamda kullanılacak ve yukarıda Nr. 146’da açıkladığımız üzere, hem dar anlamda “kanun”u, hem de cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yönetmelikleri kapsayacaktır. Keza, buradaki açıklamalar, yürürlüğüne halen koruyan bazı eski tüzük ve KHK’lar için de geçerlidir.

Kanunun uygulanması noktasında başlıca üç sorun ortaya çıkar: 226 Birincisi, karşılaşılan olaya kanunda uygulanacak hükmün bulunması ve uygulanması meselesidir. İkincisi, mevcut hükmün uygulanış tarzı ve uygulanacak hükümde bir hüküm içi boşluk bulunması halinde bunun doldurulması ve özellikle hâkimin takdir yetkisini kullanması sorunudur. Üçüncüsü ise, kanunda uygulanacak hüküm bulunmamasına bağlı sonuçlardır.

A) Kanunda Uygulanacak Hükmün Bulunması

Kanunda düz veya zıt anlamı itibariyle olayı kapsayan bir hükmün 227 bulunduğu ve bu hükmün yer, zaman ve nitelik itibariyle uygulanabilir olduğu saptandığında, kanunda uygulanacak bir hüküm mevcut demektir.

1- Kanun Hükmünün Düz ve Zıt Anlam İtibariyle Kapsamı

Düz anlam, bir hükmün doğrudan doğruya ifade ettiği anlamdır. 228 Zıt anlam (*mefhum-u muhalif; argumentum a contrario*) ise bu ifadenin aksinden çıkan sonuca göre beliren mânâdır.

Meselâ, MK m. 135’e göre, evlenme başvurusu evlenecek kişiler 229 tarafından yapılır. Bu hükmün düz anlamı, başvurunun bizzat evlenecek kişiler tarafından yapılması gerektiğidir. Zıt anlamı ise, evlenecek olanlar dışındaki kişilerin başvuru işlemini gerçekleştirmeye yetkili olmadıklarıdır. Zıt anlamdan çıkan bu sonuç, başka bir kanun hükmüyle çatışmadığı, hükmün amacına ve mantık kurallarına uyduğu için de doğrudur.

230 Fakat bir hükmün zıt anlamını tespit ederken ve uygularken çok dikkat edilmelidir. Çıkarılan zıt anlam, her zaman doğru olmayabilir. Ortaya çıkan zıt anlamın isabetli olup olmadığını, hükmün amacı gösterir⁸⁵. Meselâ, yukarıda anılan MK m. 135 hükmünün amacı, kimlerin evlenme başvurusu yapabileceğini belirtmek ve bu suretle, diğer kişileri kapsam dışı bırakmaktır. Bu sebeple, evlenecek kişilerin anne-babalarının veya başkaca yakınlarının evlenme başvurusunda bulunamayacakları hükmün zıt anlamından kolaylıkla çıkarılabilir. Buna karşılık, zıt anlamdan çıkan sonuç kimi zaman hükmün amacıyla bağdaşmaz. Meselâ, MK m. 797'ye göre, intifa hakkı, intifa hakkı sahibinin ölümü ile sona erer. Bu hükümden zıt anlam olarak ilk plânda çıkan sonuç, intifa hakkı sahibi yaşadığı sürece bu hakkın sona ermeyeceğidir. Oysa böyle bir sonuç doğru değildir ve kabul edilemez; MK m. 797'den intifa hakkı sahibi yaşadıkça intifa hakkının mutlaka devam edeceği anlamı çıkarılamaz⁸⁶. Zira hükmün amacı intifa hakkını sona erdiren hallerden sadece birini belirtmektir; intifa hakkının sona erme sebebini bu hâl ile sınırlandırmak değildir. Nitekim, intifa hakkı sahibi yaşarken de intifa hakkının başkaca bir sebeple sona ermesi mümkündür (MK m. 796).

231 Nihayet, bir hükmün zıt anlamının uygulanması başka hükümlerle sınırlandırılmış olabilir. Meselâ, MK m. 19'a göre "*Yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir*". Bu hükmün zıt anlamı, yerleşmek niyeti olmadan oturuş yerin yerleşim yeri (ikametgâh) sayılamayacağıdır. Bu zıt anlam, MK m. 20/f. 2'de belirtilen halde uygulanamaz. Zira MK m. 20/f. 2 bazı şartlarla, yerleşme niyeti olmasa bile, halen oturuş yerin yerleşim yeri (ikametgâh) sayılması imkânını kabul etmiştir.

⁸⁵ Bkz. **Hatemi**, Medeni Hukuk, 98.

⁸⁶ **Deschenaux**, 87.

2- Kanun Hükümlerinin Yorumlanması

a) Yorum Kavramı ve Çeşitleri

Bir kanun hükmünün anlamının tespitine o hükmün yorumlanması 232
(tefsir edilmesi) denir. Bu anlamı tespit eden makama göre de yorum çeşitli adlar almaktadır.

Yorum yasama organı tarafından yapılırsa buna “*yasama yorumu*” 233
denilir. Bu yorum, kanunu yapmış olan organın kanun hükmünün anlamını tespit etmesi itibarıyla kişileri ve mahkemeleri bağlayıcı bir etki yapar. 1924 tarihli Anayasamız yasama yorumunu öngördüğü halde, şimdiki Anayasamız böyle bir imkâna yer vermemiştir.

Yorum yapmak durumunda olan makamların başında mahkemeler 234
gelir. Hâkimlerin bir dâvayı çözümlerken yaptıkları yoruma “*yargı yorumu*” denilir. Bu yargı yorumunun etkisinin ne olacağı daha genel bir meseleye, mahkeme içtihatlarının etkisi meselesine bağlıdır. Bu konuyu mahkeme içtihatlarını incelerken açıklayacağız.

Bilim adamları da, çeşitli konuları açıklarken, o konu ile ilgili 235
hükümleri yorumlamak zorundadırlar. Bunların yaptıkları yoruma da “*bilimsel yorum*” denilir. Bilimsel yorumun etkisini de doktrini (bilimsel görüşleri) incelerken ele alacağız. Bizi burada ilgilendiren husus, bir davada hüküm vermek zorunda olan hâkimin yapacağı yorumdur.

b) Yorumda Başvurulacak Yöntemler (Yorum Metodları)

Kanun hükümlerinin yorumlanmasında ortaya atılmış çeşitli yön- 236
temler vardır. Burada çeşitli yorum yöntemlerine sadece ana hatları ile temas edeceğiz. Bunlar en dar olandan en serbest olanına doğru şöyle gruplandırılabilir:

Kanun hükümleri yorumlanırken, sadece hükmün ifade tarzına 237
bağlı kalan, kelimelerin sözlük anlamını, metin içindeki yerlerini, cümlelerin kuruluş tarzını esas alan yorum yöntemine, “*söze göre yorum*” (lâfzî tefsir) denilmektedir. Hükmün lâfzı, yorumda hareket noktası

durumunda ise de, hükmün amacını göz ardı ederek sadece lâfza bağlı kalınarak yorum yapılması kabul edilemez. Bu nedenle, anılan yorum yöntemi, her zaman hükmün amacına uygun sonuç vermemesi bakımından, yetersizliği anlaşılmış bir metoddur⁸⁷. Bu sebeple, “*amaca göre yorum*” (gaî tefsir, interprétation téléologique) gerekli sayılır. Fakat bu amaç nasıl tespit edilecektir?

238 Kanun hükümleri yorumlanırken, kanun koyucunun bu hükmü koymakla güttüğü amacın, diğer bir ifade ile kanun koyucunun kanunu yaparken taşıdığı gerçek iradenin araştırılmasını esas alan bir yorum yöntemi vardır ki buna “*sübjektif tarihî yorum metodu*”⁸⁸ denilmektedir. Bir yandan, kanun koyucunun iradesinin tespitinin her zaman mümkün olmaması, öte yandan kanunda ifadesini bulmadığı takdirde kanun koyucunun açıklanmamış niyetini esas almanın hukuk güvenliğini sarsabileceği endişesi bu yöneme yöneltilebilecek başlıca eleştiri noktalarıdır⁸⁹.

239 Bu sebeple, bu akıma karşılık olarak, diğer bir tarihî metod ortaya atılmıştır. Buna göre, kanun koyucunun gerçek iradesinin araştırılması yerine, kanunun uygulanacağı dönemde kanuna tâbi olanların, dürüstlük kuralı çerçevesinde, kanunun hazırlanması sırasında geçirdiği aşamaları değerlendirerek kanun koyucuya izafe edecekleri amaca göre kanun metnine verecekleri anlam esas alınmalıdır. Kanunun muhataplarının güvenini koruyan bu metoda “*objektif tarihî yorum metodu*”⁹⁰ denilmektedir.

⁸⁷ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 152 vd; Kramer, Contra Legem, 181 vd.

⁸⁸ Bu metoda ilişkin bilgi için bkz. Larenz, Methodenlehre, 316 vd.; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 168; Zimmermann, 262; Edis, 190; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 117-118.

⁸⁹ Deschenaux, 78; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 169 vd.; Tekinay, Medenî Hukuk, 60; Edis, 191; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 119; Ak-yol, Medenî Hukuk, 240-241; ayrıca bkz. JdT 1975 I 262.

⁹⁰ Bu metodun esasları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Larenz, Methodenlehre, 316 vd.; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 152 vd.; Zimmermann,

Yine objektif bir temele dayanmakla beraber, kanunun bir defa meydana gelmekle artık geçmişinden tamamen kurtulmuş olarak bağımsız bir varlık kazandığı görüşünden hareket eden farklı bir yorum yöntemi daha vardır. Bu yöntem, yorumun kanun hükmünün uygulanacağı zamanın şartları içinde yapılması gerektiği; kanun koyucunun kanunu koyarken güttüğü amacın değil, fakat kanun koyucunun kanunun uygulanacağı zamanda geçerli olan şartlar ve ihtiyaçlar karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği farazî amacın araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerektiği fikrine dayanmaktadır. “*Zamana göre objektif yorum metodu*” (= objektif güncel yorum metodu; objektif aktüel yorum metodu) diye adlandırılan bu yorum yöntemi⁹¹, kanunu dinamik bir varlık haline getirmesi ve hayatın değişen ihtiyaçlarına uymayı sağlayan bir elâstikiyet kazandırması bakımından yararlı görülmektedir⁹². Buna karşılık, anılan yönteme, kanunu, içeriği zamanla değişen bir kavram haline getirmenin kanun fikriyle bağdaşmayacağı, bir hükmün kanun olma gücünü ancak yasama organının iradesinden aldığı, kanunu değiştirmek yetkisinin de ancak bu organa ait olacağı, başka bir makamın böyle bir gücü bulunmadığı yolunda eleştiriler yöneltilmektedir⁹³.

261-262; **Tuor/Schnyder/ Schmid**, 35; **Akyol**, Medenî Hukuk, 241 vd.; **İmre**, 163-164; karş. bu yöntemi daha değişik biçimde algılayan **Öztañ**, Medenî Hukuk, 134.

⁹¹ İsviçre ve Türk doktrinlerinde uzun süre hâkim olmuş bu görüş hakkında bilgi için bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art.1, N. 162 vd.; **Deschenaux**, 78; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 35; **Schwarz**, Medenî Hukuk, 41; **Edis**, 191-192; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 118-119; **Ataay**, 214; **Tekinay**, Medenî Hukuk, 61-62; **Özsunay**, 192; **İmre**, 162; **Akyol**, Medenî Hukuk, 244; karş. **Öztañ**, Medenî Hukuk, 135.

Alman hukukunda bu teörinin yeri hakkında bkz. **Larenz**, Methodenlehre, 333 vd.; **Larenz/Wolf**, 84.

Bu yöntemin benimsendiği İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına örnek olarak bkz. BGE 63 II 155; BGE 78 I 30; BGE 79 I 20; BGE 81 I 282.

⁹² **Tekinay**, Medenî Hukuk, 62; **Ataay**, 215.

⁹³ **Deschenaux**, 75, 79; **Edis**, 192.

241 Nihayet, yorum yapılırken kanun metni ile hiçbir surette bağlı kalmaksızın, tamamen serbest bir şekilde, âdil sayılan bir çözüme varılabileceğini, hattâ bu çözümün kanunun metnine aykırı (contra legem) dahi olabileceğini kabul eden yorum yöntemine de “*serbest yorum yöntemi*”⁹⁴ diyebiliriz. Bu yöntem, “Serbest Hukuk Okulu” (Freirechtsschule) diye isimlendirilen fikir akımına⁹⁵ dayanmaktadır. Bu yorum metodunun zamana göre objektif yorum metodundan farkı, kanun metni ile hiçbir bağlılık kabul etmemesidir. Halbuki zamana göre objektif yorumda, kanun metnine bağlı kalınmakta, fakat metnin zamanın şartlarına göre değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Zamana göre objektif yorum yöntemine yönelik eleştiriler bu yöntem için de geçerlidir. Ek olarak, bu yöntem, sübjektif anlayışa yer vermesi ve böylece hukuk güvenliğini ve önceden bilinebilirliği (belirliliği) tamamen ortadan kaldırması açısından da eleştirilmiştir⁹⁶.

c) Medenî Kanunumuzun Benimsediği Esas ve Kanun Hükümlerinin Yorumlanmasında Dikkate Alınacak Unsurlar

242 Medenî Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrası “*Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır.*” demek suretiyle salt lâfzî bir yorumda bulunmanın yetersizliğine işaret ettiği gibi, serbest bir yoruma da imkân bulunmadığını kabul etmektedir. Yorumu yapan kişi, özellikle hâkim, yorumda serbest olmayıp, kanunun sözüyle ve özüyle (lâfziyla ve ruhuyla) bağlıdır. Hâkimin “*ihtiyaçlar haklı gösteriyor*” veya “*adalet ve hakkaniyet duyguları böyle gerektiriyor*” diye kanunu değiştirme ve kanuna aykırı bir sonucu kanun hükmü imiş gibi kabul etme yetkisi asla yoktur⁹⁷.

⁹⁴ Bkz. **Du Pasquier**, 211.

⁹⁵ Bkz. Nr. 145, 379.

⁹⁶ **Tuor/Schnyder/Schmid**, 33; **Tekinay**, Medenî Hukuk, 61; **İmre**, 172; **Serozan**, Medeni Hukuk, 124 vd.

⁹⁷ Bkz. **Tekinay**, Medenî Hukuk, 61, 76; Yarg. HGK, 14.05.1997, E. 1997/2-32,

Medenî Kanunun bu hükmü, bir kanun normunun anlamı tespit edilirken, önce lâfzî (söze dayalı) bir yoruma başvurulacağını kabul etmektedir. Gerçekten, yorumda öncelikle hükmün metninde kullanılan kelimelerin dilbilgisi yönünden anlamı, cümle yapısı, gramatik özellikleri göz önünde tutularak hükmün anlamı belirlenecektir⁹⁸. Bu, hükmün lâfzıdır. 243

Fakat lâfzî yorumla tespit edilen anlamla yetinilmeyecektir. Bu anlamın kanunun ruhuna uygun olması gerekir. ***Kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir sözel anlam (lafzî yorum) kabul edilemez***⁹⁹. Böyle bir durumda, kanun metnine verilebilecek anlamların içinde kanunun ruhuna en uygun olanı hangisi ise, onun esas alınması gerekir. 244

Eğer kanunun lâfzî ile ruhunu (sözü ile özünü) bağdaştırmak mümkün olmuyorsa ve hükmün lâfzî ile ruhu açıkça çatışıyorsa, bu takdirde ortada bir *kanun boşluğu* bulunduğu kabul edilmek¹⁰⁰ ve bu boşluk hâkim tarafından MK m. 1'deki yonteme bağlı kalınarak kanunun ruhuna uygun bir çözümle doldurulmak gerekir¹⁰¹. 245

K. 1997/422 (Kazancı); Yarg. HGK, 23.02.2005, 10-70/101 (Kazancı): “Yasa koyucunun öngörmediği bir anlam, madde metnine yorum yoluyla (dahil edilerek) yüklenemez”; karş. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 174. Ayrıca bkz. ve karş. Nr. 245, 259.

⁹⁸ Bkz. **Brox**, 39; **Looschelders**, Anwaltkommentar BGB, Anh. zu § 133, Nr. 15 vd.; **Larenz**, Methodenlehre, 320 vd.; **Zimmermann**, 258; **Caroni**, 104; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 34, 36; **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 184 vd.; **Edis**, 193-194; **Tekinay**, Medenî Hukuk, 60-61; **Özsunay**, 193.

⁹⁹ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 136; **Kramer**, Contra Legem, 183-185; **Edis**, 185; BGE 121 III 219.

“Her hükmün lâfzî, ruhu ile kontrol edilmek gerekir” (Yarg. İçt. Bir. K., 9.3.1955, 22/2, RG, s. 9039); bkz. ve karş. Yarg. HGK, 07.03.2012, E. 2011/21-813, K. 2012/124 (Kazancı); Yarg. HGK, 25.02.2004, E. 2004/4-40, K. 2004/113 (Kazancı); Yarg. HGK, 05.11.1997, E. 1997/10-698, K. 1997/895 (Kazancı); Yarg. 3. HD, 11.6.2001, 5113/5317 (YKD, 2001/12, sh. 1821 vd.); ayrıca bkz. JdT 1975 I 259; JdT 1975 I 379.

¹⁰⁰ JdT 1934 I 596.

¹⁰¹ Yarg. İçt. Bir. K., 27.3.1957, 1/3'ün (RG, s. 9640) 1 no.lu gerekçesinde yer alan

- 246 Lâfzî yorumla açık bir sonuca varılamaması halinde de kanunun ruhunun araştırılması ile tespit edilecek anlam¹⁰² esas alınacaktır.
- 247 Tespit edilecek bu anlam, lâfzî yorumla varılan anlama eşit olursa, *açıklayıcı bir yorum*; lâfzî yorumdan farklı olursa, *değiştirici bir yorum* söz konusu olur. Lâfza göre farklı sonuç, hükmün anlamını genişletirse *genişletici bir yorum*, hükmün anlamını daraltırsa *daraltıcı bir yorum* yapılmış olur¹⁰³.
- 248 Bu noktada, istisna öngören hükümlerin yorumlanması özel bir önem taşır. Sınırlama, yasaklama veya yaptırım öngören ya da normal düzenden (kuraldan) ayrılarak “istisna” öngören kanun hükümlerinin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği, bir temel

“Kanunun hükmünün mânasını tayin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan mânadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mânâ, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lâfızdan çıkan mânâ yerine, kanunun ruhundan çıkan mânaya göre hüküm verilmesi gerektir” tarzında ifade edilen fikir de yukarıda metinde belirttiğimiz anlamda kabul edilebilir.

¹⁰² İsviçre Medenî Kanununun Almanca metni “kanunun ruhu” yerine “kanunun yorumu” anlamına gelen “*Auslegung*” deyimini kullanmıştır. Bu yüzden bazı yazarlar yorum deyimini sadece kanunun ruhunun araştırılması için kullanmaktadır (Bkz. **Tekinay**, Medenî Hukuk, 57 vd.; **Özsunay**, 189 vd.; **İmre**, 156). Biz kanunun ruhunun araştırılmasına “ruhen yorum” demeyi uygun buluyoruz. Zira yorum bir hükmün anlamını tespit etmek olduğuna göre, lâfzî yorum da bu kavram içinde yer alır. Halbuki sadece kanunun ruhunun araştırılmasına yorum denilirse, lâfzî yorumun yorum kavramı dışında kalması gerekecektir ki böyle bir sonuç kabul edilemez. Bu bakımdan, kanaatimizce kavramsal açıdan “yorum” ve “ruhen yorum” şeklinde bir ayırım yapılması zorunludur.

¹⁰³ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 228; **Zimmermann**, 259; bu konuda özellikle bkz. **Hatemi**, Medeni Hukuk, 88 vd. Yarg. HGK, 15.12.2004, 13-664/719 (Kazancı): “*Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre, bireylerin Devletle olan ilişkileri bakımından, bir yasa hükmünün yorumunda duraksama halinde, yurttaşta hak veren yorum tarzı öncelik alır. Kanunun amaçsal yorumunda kanun metni sözel anlatımı aşmışsa, amaçsal daraltıcı yoruma gidilir.*” Bkz. aynı yönde Yarg. HGK, 25.2.2004, 4-40/113 (Kazancı).

hukuk kurahıdır: *Singularia non sunt extendenda!*¹⁰⁴. Meselâ, bir vergi yükümlüsünün ödeyeceği verginin miktarını belirleyecek olan vergiye tâbi kazanç kalemleri kanunda sınırlı olarak sayılmışsa, bunlara yorum yoluyla -yükümlü aleyhine- yeni kalemler eklenemez. Keza, kanun, getirdiği kurala bazı istisnalar tanımışsa (meselâ bkz. TBK m. 584/f.2,3) bu istisnalara yorum yoluyla bir yenisi ilâve edilemez veya mevcut bir istisnanın kapsamı yorum yoluyla genişletilemez.

Medenî Kanun, kanunun ruhunun araştırılmasını emretmekte ise de, bunun ne anlama geldiğini, nasıl araştırılacağını belirtmemektedir. Bu yüzdendir ki, hangi yorum ilkelerinin uygulanacağı tartışma konusu olmaktadır. Bununla beraber, kanunun ruhunun (özünün) araştırılmasında aşağıdaki unsurlara başvurulması¹⁰⁵ çoğunlukla kabul edilmektedir. 249

1. Kanunun sistemi: Kanunun bir hükmünü değerlendirirken, hükmün kanunda bulunduğu yer ve diğer hükümlerle olan ilişkisi, kısacası sistematığı göz önünde tutulmalıdır. Zira kanun birbiriyle ilgili bulunmayan parça parça hükümlerden ibaret olmayıp, bir bütündür. Çeşitli hükümler bu bütünün mantıkî bir sistem içinde düzenlenmiş parçalarıdır. O halde, yorumlanacak kanun hükmü de bu bütüne dâhil bir norm olarak, kanunun diğer hükümleriyle bir bütün halinde nazara alınarak yoruma tâbi tutulmalıdır¹⁰⁶. Buna “*bütünsel yorum ilkesi*” de denilmektedir. 250

Bir hükmün ruhunun tespitinde, kanunda benzer durumu düzen- 251

¹⁰⁴ **Larenz**, Methodenlehre, 355; **Heck**, Auslegung, 186 vd.; **Engisch**, Einführung, 196. Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. HGK, 14.05.1997, E. 1997/2-32, K. 1997/422 (Kazancı); Yarg. 13.HD, 16.04.1974, 439/923 (Kazancı).

¹⁰⁵ Kanunların yorumlanmasına ilişkin özel hukuk ilkelerinin, kamu hukuku normlarının yorumlanması bakımından da geçerli olacağı hususunda bkz. BGE 128 I 34.

¹⁰⁶ **Deschenaux**, 84-85; **Brox**, 39; **Looschelders**, Anwaltkommentar BGB, Anh. zu § 133, Nr. 18, 19; **Du Pasquier**, 200; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 36; **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 188 vd.; **Caroni**, 107; **Zimmermann**, 259; **Edis**, 195; **Özsunay**, 193; **İmre**, 167; **Akyol**, Medenî Hukuk, 225 vd.; BGE 105 Ib 228; BGE 117 II 156.

leyen başka bir hükümden de *kıyas* veya *öncelik* yolu ile yararlanılabilir¹⁰⁷. Bu şekilde kıyas yoluna başvurma, MK m. 1 çerçevesinde hâkim tarafından bir kanun boşluğu doldurulurken kanunun bir başka hükümünden kıyasen yararlanma ile karıştırılmamalıdır.

- 252 Bir hükmün özünün (ruhunun, *ratio legis*'inin) ne yönde olduğu belirlenirken kanun maddelerinin kenar başlıklarından ve maddelerin sistematik ayırımından da yararlanılabilir. Her ne kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi, verdiği 26.12.1944 tarihli ve 1367 sayılı yorum kararında, madde başlıklarının (matlapların) kanun metninden sayılamayacağı sonucuna varmış ise de¹⁰⁸, bu karar ancak kenar başlıkların doğrudan doğruya uygulanması yolunu kapatır; fakat yorum yapılırken kenar başlıklardan yararlanılmasına engel değildir¹⁰⁹. Meselâ, eski Borçlar Kanunu'nun alacağın temlikini düzenleyen 162. vd. maddelerinde alacağın temlik işleminin, nitelik itibariyle -doğurduğu sonuç bakımından- bir "tasarruf işlemi" teşkil etmekle birlikte, -oluşumu ve kurgusu bakımından- aynı zamanda bir "sözleşme" olduğu, 163. maddenin kenar başlığının "Aktin şekli" biçiminde ifade edilmiş olmasından anlaşılmaktaydı¹¹⁰. Anayasa'nın 176. maddesi ise, Anayasa maddeleri bakımından "*Madde kenar başlıkları sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterir. Bu başlıklar metinden sayılmaz*" hükmünü kabul etmiştir.

¹⁰⁷ Bir hükmün yorumunda, başka bir hükümden kıyasen yararlanmaya örnek olarak bkz. JdT 1966 I 539. Ayrıca bkz. ve karşı. **Caroni**, 112 vd.

¹⁰⁸ RG, s. 5621. Türk Ticaret Kanununun 1534. maddesinin 1. fıkrası, bu kanundaki kenar başlıkların metne dahil olduğunu belirtmektedir. Aynı esas, eski Türk Ticaret Kanununda da benimsenmişti (eTTK m. 1474).

¹⁰⁹ **Akyol**, Medenî Hukuk, 201-202.

¹¹⁰ Alacağın temlik (yeni Borçlar Kanununun terminolojisiyle, "alacağın devri"), alacağı devredenle devralan arasında yapılan bir sözleşmedir. Fakat aynı zamanda, alacağın bir kişiden diğerine geçişini sağladığı içindir ki, tasarruf işlemi niteliğindedir. Alacağın temlikinin bu özelliği, onu salt borçlandırıcı işlem niteliğindeki "alacağın temlik vaadi"nden (yeni Borçlar Kanununun çok kötü deyimiyile, "alacağın devri sözü verme"den) ayırır. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Öz**, II, 564 vd.

Kanundaki sistematik ayırımı gösteren rakam ve harfler de yorum- 253
da önem taşıyabilir.

2. Kanunun hazırlık çalışmaları: Kanun hazırlanırken yapılan 254
çalışmalar (öntasarı ve tasarılar, TBMM komisyon ve Genel Kurul görüşmelerine ilişkin tutanaklar, kanunun genel gerekçesi ve madde gerekçeleri) kanunun ruhunun tespitine yardımcı olabilir¹¹¹. Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu bakımından Türk kanun koyucusunun çalışmaları esas itibarıyla İsviçre örneğine dayandığından, bu kanunlardaki bir hükmün ruhu araştırılırken İsviçre Kanununun metninden ve hazırlık çalışmalarından da yararlanılması zorunluluğu vardır¹¹². Ama bu iki temel Kanunumuzun İsviçre Kanunu'ndan ayrıldığı ve farklı bir çözümü benimsediği hâllerde, Türk Kanun Koyucusunun bu davranışının sebebinin ve amacının araştırılması, hükmün ruhunun tespitinde çok önem taşır.

Meselâ, eşin zina etmesi, diğer eşe boşanma dâvası açma hakkını 255
verir. Medenî Kanunun 161. (eski Medenî Kanunun 129.) maddesinin son fıkrasına göre “*Affeden tarafın dava hakkı yoktur.*” Doktrinde af kavramının, zinaya önceden muvafakatı da (peşinen izin vermeyi de) kapsayacak şekilde yorumlanabilip yorumlanamayacağı meselesi ile karşılaşılmıştır¹¹³. İsviçre Medenî Kanunu'nun 137. maddesinde, af gibi, zinaya önceden izin vermenin de dâva hakkını düşüreceği açıklandığı halde, Türk kanun koyucusu, zinaya önceden izin vermenin Türk

¹¹¹ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 215 vd.; Larenz/Wolf, 83; Larenz, Methodenlehre, 328 vd.; Brox, 40; Engisch, Einführung, 99; Hatemi, Medeni Hukuk, 88; İmre, 169; Edis, 194-195; Akyol, Medenî Hukuk, 235 vd.; JdT 1975 I 262; BGE 116 II 525.

¹¹² Yarg. İçt. Bir. K. 28.11.1945, 13/15 (RG, s. 6365): “*Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda ... bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz.*” Ayrıca bkz. Nr. 261.

¹¹³ Bkz. Saymen/Elbir, Aile Hukuku, 245; Velidedeoğlu, Aile Hukuku, 198; Tekinay, Aile Hukuku, 202 vd.; Hatemi/Serozan, 221; Akıntürk/Ateş-Karaman, 247-248; Öztan, Aile Hukuku, 381.

gelenekleriyle bağdaşamayacağını göz önünde tutarak zinaya önceden izin verme ihtimalini bilinçli şekilde devre dışı bırakmış ve sadece af halinde dâva hakkının ortadan kalkmasını kabul etmiş; böylece Türk Medenî Kanunu bu konuda İsviçre Medenî Kanunu'ndan ayrılmıştır. Hükmü yorumlarken bu değişikliği göz önünde tutmak ve af kavramının kapsamına önceden izin vermenin girmeyeceği sonucuna varmak gerekir¹¹⁴.

256 Fakat hemen işaret edelim ki, kanunun hazırlık çalışmaları sorunun çözümüne her zaman ışık tutmayabilir veya hazırlık çalışmalarından çıkarılan sonuç, âdil gözükmebilir. Bu hâlde kanun hükmünün, zamanın ihtiyaçlarına ve korunması gereken menfaatlere en uygun düşecek şekilde yorumlanması gerekir.

257 **3. Hükmün amacı:** Kanunun sistematiğinin veya hazırlık çalışmalarının yorumlanacak hüküm için doğrudan doğruya bir ışık tutmadığı hallerde dahi, gerek bu unsurlar, gerekse o müessesenin niteliği, hükmün kanuna konulmasındaki *amacın (ratio legis'in)* ortaya çıkmasını sağlayabilir. Hükmün amacı, hükmün anlamının tespitinde çok önemli bir rol oynayan temel faktör durumundadır¹¹⁵.

257a Bir kanun hükmünün yorumlanmasında, kanun koyucunun o hükmü yasalaştırırken ne gibi bir amaç güttüğü, hangi soruna, ne yönde bir çözüm getirmek ve neye hizmet etmek istediği araştırılmalıdır. Bu

¹¹⁴ Yarg. 2. HD, 1.4.1949, 7156/1754 (TİK. Cilt 1, No. 32) zinaya önceden verilen izni geçerli saymamıştır. Biz de bu çözümü isabetli buluyoruz. Fakat bu izin, zinaya teşvik tarzında ise dayanılacak esas ve varılacak sonuç farklıdır. Bkz. **Oğuzman/Aybay/Sarı**, 39.

¹¹⁵ **Kramer**, Contra Legem, 181, 185-186; **Looschelders**, Anwaltkommentar BGB, Anh. zu § 133, Nr. 25 vd., 45 vd.; **Caroni**, 111; **Akyol**, Medenî Hukuk, 228 vd. Ratio legis'e bakılarak yorum yapılmasına ilişkin örnekler için bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 193; **Hatemi**, Medeni Hukuk, 89 vd. Keza bkz. Yarg. İct. Bir. K., 22.2.1997, E. 1996/1, K. 1997/1 (Kazancı); Yarg. HGK, 16.5.2018, E. 2015/7-1828, K. 2018/1093 (Kazancı); Yarg. 3. HD, 11.6.2001, 5113/5317 (YKD, 2001/12, sh. 1821 vd.)

araştırma, aynı zamanda, hükmün kapsamını ve sınırlarını da belirleyecektir. Hükmün amacı, öncelikle, o kanunun genel gerekçesine ve ilgili maddenin gerekçesine bakılarak ortaya çıkarılabilir. Fakat bu konuda ülkemizde çıkarılan kanunların büyük çoğunluğunda, hatta Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu gibi temel kanunlarda dahi, madde gerekçelerinin gerçek anlamda “gerekçe” niteliğini taşımadığı, sadece yasa maddesi metninin başka cümlelerle tekrarından ibaret olduğu ve bu yüzden, kanun hükmünün amacının (*ratio legis*'inin) ortaya çıkarılmasında çoğu zaman hiç bir işe yaramadığı da bir gerçektir. Bu durumda iş, hukukçu çabasıyla, kanunun kabul edildiği dönemde yasa koyucu tarafından bu hükmün kabul edilmesiyle ne gibi bir amaç izlendiğini, deyim yerinde ise, yasa koyucunun “farazî amacının” ne olduğunu saptamaya kalmaktadır.

4. Yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve ihtiyaçlar: Bir hükmün yorumlanmasında, yorumun yapıldığı zamanın şartlarını ve ihtiyaçlarını da göz önünde tutmak gerekir¹¹⁶. Bir hükme verilmesi mümkün olan anlamların içinde, zamanın şartları ve ihtiyaçlarına en uygun düşeni benimsenmelidir. Özellikle, yorumun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Anayasa'ya aykırı düşmeyecek anlam tercih edilmelidir¹¹⁷.

Fakat bu imkân yine bizzat kanun hükmü ile sınırlıdır. Kanunu zamanın şartlarına uydurmak gerekçesiyle, kanun hükmüne uymayan bir sonuca, yorum yolu ile varmak kanaatimizce ne mümkün, ne de doğrudur. Diğer bir ifade ile **kanun hükmünün yorum yolu ile düzeltilmesi ve böylece kanuna aykırı (contra legem) bir yorum**

¹¹⁶ Bkz. Akyol, Medenî Hukuk, 231 vd.

¹¹⁷ Bkz. Larenz/Wolf, 85, 87-88; Tuor/Schnyder/Schmid, 36; Larenz, Methodenlehre, 339 vd.; Caroni, 109; Akyol, Medenî Hukuk, 251 vd.; Serozan, Medenî Hukuk, 140 vd.; BGE 104 IV 13; BGE 105 Ib 53; BGE 106 Ia 34; BGE 111 II 255; BGE 115 II 132; Yarg. 3. HD, 11.6.2001, 5113/5317 (YKD, 2001/12, sh. 1821 vd.). Bkz. ve karşı. Kaneti, Etkiler, 200-202.

yapılması doğru değildir¹¹⁸. Fakat yorumla anlamı tespit edilen hükmün uygulanmasının dürüstlük kuralı (MK m. 2) ile bağdaşmadığı, böyle bir hükmün uygulanmasını istemenin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hallerde hâkimin ortada bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul ederek söz konusu hükmü yine de uygulamayarak, mevcut kanun boşluğunu doldurma yoluna gitmesi mümkün ve de gereklidir¹¹⁹. Bu takdirde hâkim, ortaya çıkan kanun boşluğunu doldururken en uygun kuralı koymak ve uygulamak imkânına sahiptir¹²⁰.

260 Hâkim bir kanun hükmünü yorumlarken *doktrindeki açıklamalardan* ve daha önceki *mahkeme içtihatlarından* da yararlanacaktır.

261 Bununla sadece Türk doktrinini ve yargı kararlarını kasdetmediğimizi özellikle belirtmek isteriz: Türk hâkimi, Türk doktrininde ileri sürülen görüşlerin ve verilen yargı kararlarının yanı sıra, mehz hukuk sistemi olarak İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununa ilişkin doktrinden ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından (hatta, Kanton Mahkemesi kararlarından) da yararlanmak durumundadır¹²¹. Keza hâkim, gerektiğinde diğer hukuk sistemlerine de başvurmalı, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarından da yararlanmalıdır.

¹¹⁸ **Engisch**, Einführung, 243 vd.; **Deschenaux**, 76-80; fakat karşı. **Kramer**, Contra Legem, 183 vd.; BGE 121 II 219. Keza karşı. Yarg. HGK, 14.05.1997, E. 1997/2-32, K. 1997/422 (Kazancı); BGE 119 II 183; BGE 121 III 219; BGE 126 III 129.

¹¹⁹ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 295 vd.; **Deschenaux**, 80-94; karşı. **Looschelders**, Anwaltkommentar BGB, Anh. zu § 133, Nr. 49.

¹²⁰ Bu konu hemen aşağıda, Nr. 321 vd.de “Kanun Boşluğu” bahsinde ele alınacaktır.

¹²¹ “Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz” (Yarg. İçt. Bir. K. 28.11.1945, 13/15, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları - Hukuk Kısmı, c. III, Ankara 1980, sh. 279).

Yabancı doktrin ve içtihatlardan yararlanan yargı kararlarına örnek olarak şu İçtihadı Birleştirme Kararlarına bkz. Yarg. İçt. Bir. K. 20.9.1950, 4/10; 10.12.1952, 7/2; 9.3.1955, 22/2; 27.3.1957, 1/3; 11.2.1958, 15/16; 11.2.1959, 16/14; 26.3.1962, 23/3.

3- Bulunan Hükümün Uygulanabilir Olması

Anlamı tespit edilen bir hükmün bir olaya uygulanması için bunun o olaya yer, zaman ve nitelik itibariyle uygulanabilir özellikte olması gerekir. 262

a) Yer İtibariyle Uygulanabilir Olma

Türk kanunları esas itibariyle Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki olaylara uygulanır. Fakat Milletlerarası Özel Hukuk kuralları, bazen Türkiye’de cereyan etmiş bir olaya yabancı bir Devlet Kanununun veya yabancı bir Devletin sınırları içinde cereyan etmiş bir olaya Türk Kanununun uygulanmasını gerektirebilir. 263

Meselâ, bir İtalyan kadınla evli olan bir Fransız erkek Türkiye’de karısından boşanıp 16 yaşında bir Alman kızla evlenmek isterse, boşanma ve evlenme işlemlerine Türk Kanununun uygulanıp uygulanamayacağı sorusu ile karşılaşılır. Keza aynı şahıs Belçika’da ölür ve Türkiye’de bazı mallar bırakırsa, kendisine kimlerin ne oranda mirasçı olacağını hangi Devletin kanununa göre belirleneceği sorusu ortaya çıkar. Ancak bu soruların cevabına göre Türk kanunu hükümlerinin bu olaylara uygulanabilir olup olmadığı anlaşılacaktır ki, bu meselelerin incelenmesi Milletlerarası Özel Hukuk bilim dalının konusunu teşkil etmektedir. 264

b) Zaman İtibariyle Uygulanabilir Olma

aa- Kanunların Zaman Açısından Uygulama Alanı:

Kural olarak, kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihle yürürlükten kalktıkları tarih arasındaki sürede cereyan eden olaylara uygulanır. 265

Şu halde, bir kanun, yayımlanıp yürürlüğe girmesinden önce cereyan etmiş olaylara uygulanamayacağı gibi¹²², kural olarak, yürürlükten 266

¹²² Buna karşılık, Medenî Usûl Hukuku alanında yapılan kanun değişiklikleri derhal

kalkan bir kanun da ondan sonra yürürlüğe giren yeni kanunun yürürlük süresi içinde meydana gelecek olaylara uygulanamaz.

267 Bu ilkenin istisnaları mevcuttur. Özellikle, eski kanun zamanında kazanılmış hakların ve statülerin ve kurulan ilişkilerin yeni kanun zamanındaki bazı etkilerinin hâlâ eski kanuna tâbi olması mümkündür.

268 Yeni kanunun eski kanun zamanında cereyan etmiş bir olaya uygulanmasına *kanunun geçmişe etkisi* (makale şümülü) denilir¹²³. Kanunların geçmişe etkili olması, hukuk güvenliği ile bağdaşmayacak bir durumdur¹²⁴. Meselâ, yapıldığı sırada geçerli olan bir evlenmenin

yürürlüğe girer. Yeni yürürlüğe giren bir usûl hükmü, yürürlüğünden önce açılan davalarda dahi, henüz yapılmamış veya tamamlanmamış usûl işlemlerine uygulanır. Bkz. Yarg. İçt. Bir. K., 13.4.2018, E. 2016/2, K. 2018/4 (Kazancı).

¹²³ BGE 101 Ia 82 = JdT 1976 I 258. Geriye (geçmişe) etki kavramı ve hangi hallerde böyle bir durumun söz konusu olacağı konusunda bkz. **Baysal**, Yürürlük, 476 vd., 486 vd.

¹²⁴ Yarg. İçt. Bir. K., 13.4.2018, E. 2016/2, K. 2018/4; Yarg. HGK, 18.02.2015, E. 2014/10-2530, K. 2015/822; Yarg. HGK, 26.03.2014, E. 2013/10-776, K. 2014/388; Yarg. HGK, 20.02.2008, E. 2008/13-160, K. 2008/147; Yarg. HGK, 06.04.2005, 10-183/241; Yarg. HGK, 14.03.2007, 3-121/128; Yarg. 10. HD, 11.04.2011, E. 2010/11282, K. 2011/5042; Yarg. 19. HD, 23.01.2014, E. 2013/17892, K. 2014/1816; Yarg. 10. HD, 01.03.2010, E. 2008/14166, K. 2010/2592; Yarg. 10. HD, 30.04.2009, E. 2009/3116, K. 2009/8028 (kararlar için bkz. Kazancı); Yarg. 13. HD, 22.11.2012, 17865/26319 (YKD, c. 39, s. 3, sh. 561 vd.; Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009, E. 2006/95, K. 2009/144 (RG, 08.01.2010, s. 27456).

Buna rağmen Türkiye’de işçilerin kıdem tazminatını düzenleyen kanunların geriye etkili şekilde yürürlüğe konulduğu görülmektedir. Bkz. 1.7.1975 tarihli, 1927 sayılı Kanun m. 8; 17.10.1980 tarihli, 2320 sayılı Kanun m. 5.

Keza, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun Geçici 16. maddesinde hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaştırılması mümkün olmayan böyle bir hüküm mevcuttur. Buna göre: “*Bu kanun ile Fon alacağı tahsili bakımından yarar görülerek zamanlaşımı ve diğer konularda fon lehine getirilen hükümler makale şâmidir*”. Bu hükmün Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle Kırşehir İcra Mahkemesince iptali istenmişse de, Anayasa Mahkemesi, 26.02.2009 tarih ve E. 2009/7, K. 2009/29 sayılı kararıyla (RG, 11.06.2009, s. 27255), iptali istenen hükmün somut

sonradan çıkan bir kanunla baştan beri hükümsüz sayılması veya eski kanun zamanında gerçekleşmiş nişan bozma olayının sonuçlarının daha sonra yürürlüğe giren bir kanuna tâbi olması hiçbir şekilde onay-

olaydaki davaya zaten uygulanamayacağını belirterek, talebi Mahkemenin yetkisizliği sebebiyle reddetmişti. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 5.4.2006 tarih ve 12-110/122 sayılı kararında ise, bu hükme dayanılarak, 5411 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden çok önce keşide edilmiş ve zamanaşımına uğramış bulunan bir çek için 5411 sayılı Kanunda öngörülen 20 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmış ve 20 yıllık sürenin dolmadığı gerekçesiyle çek bedelinin ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Karar açıkça hatalıdır. Çünkü zamanaşımı gerçekleştirildikten sonra yürürlüğe giren bir kanun çoktan gerçekleşmiş bulunan "zamanaşımı" olgusunu ortadan kaldıramaz. Kanunda kabul edilen -ve aslında onaylanması güç olan- geçmişe etki esası, olsa olsa henüz zamanaşımı süresi dolmamış çekler için zamanaşımını 20 yıla çıkartma sonucunu doğurabilirdi.

Nihayet, Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2014 tarih ve E. 2014/85, K. 2014/103 sayılı kararı ile (RG, 12.09.2014, s. 29117) 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 16. maddesinin *zamanaşımı bakımından* uygulanmasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu kabul edilerek, hükümde yer alan "zamanaşımı" ibaresi iptal edilmiş ve yürürlükten kaldırılmıştır. Kararda şöyle denilmektedir: "*Hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından biri kişilerin hukukî güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. 'Kanunların geriye yürütmezliği' olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, malî haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kahr. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir. (...) Kuralla, Fon alacaklarının daha yüksek oranda tahsilinin sağlanması amaçlanmakta ise de, borçlunun, zamanaşımına uğramış alacaklarının yeniden canlandırılması ve bu suretle yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre doğmuş ve tahakkuk etmiş olan zamanaşımı def ini ileri sürme hakkının geçmişe yönelik olarak elinden alınması, hukuka olan güven duygusunu zedelemekte ve hukuk güvenliği ilkesini ihlâl etmektedir.*"

lanamaz¹²⁵. Şu halde, eski kanun zamanında gerçekleşmiş bulunan bir nişan bozma fiilinin sonuçlarına ait uyuşmazlıkta dâva yeni kanun zamanında açılmış olsa bile, bu dâva eski kanun hükümlerine göre çözülecektir. Keza, eski kanun zamanında ölen bir kimseye kimlerin mirasçı olacağına dair bir uyuşmazlık yeni kanun zamanında ortaya çıkmış olsa dahi, bu uyuşmazlık yeni kanuna göre değil, eski kanuna göre çözülecektir. Nitekim bu husus genellikle yürürlük kanunlarının ilk maddesinde “Geçmişe etkili olmama kuralı” başlığı altında açıkça düzenlenir.

269 Yürürlükten kalkan bir kanunun, kendi yürürlük döneminde kazanılan haklara veya durumlara uygulanmasına devam olunması ise zaman itibariyle uygulanabilir olma (yürürlük) sorunu ile ilgisi olmayan, tamamen ayrı bir meseledir. Bu halde, yeni kanunun eskiye etkili olmaması değil, eski kanunun yeni kanun zamanında da etkisini sürdürmesi durumu söz konusudur¹²⁶. Ne var ki, bu iki husus çoğu zaman birbirine karıştırılmaktadır¹²⁷.

270 Eski kanunun yeni kanun zamanında etkisini devam ettirmesi, eski kanun zamanında kazanılmış olup da yeni kanun devresinde varlığını sürdüren haklar, yani *kazanılmış haklar* (müktesep haklar)¹²⁸

¹²⁵ Buna karşılık, Ceza Hukukunda, sonraki kanunun suç olmaktan çıkardığı fiiller için faile ceza verilemeyeceği, yani sanık lehine olan yeni kanun hükmünün geçmişe etkili biçimde uygulanacağı ilkesi geçerlidir. TCK m. 7/f. 1, c. 2 ve c. 3 hükmüne göre: “İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar.” Aynı maddenin (m. 7) 2. fıkrasında ise, bu esasa paralel olarak, “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” düzenlemesi getirilmiştir.

¹²⁶ Bkz. bu görüşe katılan **Baysal**, Yürürlük, 495.

¹²⁷ Bu anlamda BGE 100 II 105 = JdT 1975 I 136. Doğru anlamda BGE 101 Ia 82 = JdT 1976 I 258.

¹²⁸ Kavram için bkz. **Baysal**, Yürürlük, 476 vd. Keza Yarg. HGK, 29.5.2002, 2-441/433 (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh. 55 vd.).

ve durumlar için söz konusu olur. Buna karşılık, henüz kazanılmış olmayıp, *beklenen haklar* (muntazar haklar)¹²⁹ yeni kanuna tâbidir. Meselâ, eski hukuk zamanında evlenmiş kimseler evli olma statüsünü kazanmışlardır; bu evlilik yeni kanun döneminde de geçerliliğini korur; fakat eşlerin birbirlerine mirasçı olmaları, beklenen haktır ve mirasçılık, ölüm tarihinde yürürlükte bulunan yeni kanuna tâbi olur. Bu husus 4722 sayılı MK-Yürürlük Kanunu'nun 4. maddesinde ifade edilmiştir.

Kazanılmış haklar ve statüler ile kurulmuş ilişkilerin yeni kanun zamanında dahi eski kanun hükümlerine tâbi olması, yeni kanunun kamu düzenine¹³⁰ ve genel ahlâka dayanan esasları ile çatışmamasına bağlıdır. Böyle bir çatışma halinde yeni kanun hükümleri, önceden kazanılmış hakların ve durumların yeni kanun dönemindeki sonuçlarına da uygulanır¹³¹. Meselâ, eski kanun zamanında yapılmış bir evlenme, yeni kanunda aranan şartlara uymasa bile geçerli olarak kalır (yeni kanunun geriye etkili olmaması); fakat bu evlilik artık yeni kanunun evlilik statüsünü düzenleyen ve kamu düzenine veya genel ahlâka dayanan hükümlerine tâbi olur (eski kanunun uygulanamaması). Bu husus, 4722 sayılı MK-Yürürlük Kanunu'nun 2. maddesinde açıkça vurgulanmıştır.

Bazen de bir Kanun, belirli konularda eski hükümlerin uygulanacağını veya uygulanmayacağını açıkça düzenlemiş olabilir. Bu hallerde

Buna karşılık doktrinde ortaya çıkan yeni bir eğilim, kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren o anda mevcut olan veya ileride oluşacak ilişkilere "derhal" uygulanması esasını *temel prensip* olarak kabul etmekte, buna sadece belli hallerde istisnalar tanımaktadır. Bu görüş hakkında bkz. **Baysal**, Yürürlük, 479 vd.

¹²⁹ Kavram için bkz. Nr. 468, 469.

¹³⁰ Kamu düzenini ilgilendiren kurallar emredici nitelik taşırlar; fakat bütün emredici hukuk kuralları kamu düzenine dayanmaz. Bir hükmün emredici nitelikte olması da başlı başına onun kamu düzenine ait bir kural sayılmasını gerekli kılmaz: JdT 1975 I 142.

¹³¹ Bu konuda bkz. **Baysal**, Yürürlük, 497 vd.; Yarg. HGK. 31.3.2004, 10-528/533 (TBB Dergisi, 2005, s. 60, sh. 380 vd.); Yarg. 18. HD, 20.12.2004, 8816/9835 (İKİD, Nisan 2005, sh. 3274 vd.).

yukarıda sıraladığımız ana ilkeler uygulanmaz; o Kanunun getirdiği özel düzen tatbik edilir¹³².

bb- Kanunların Çatışması:

- 273 Şayet aynı anda yürürlükte bulunan iki ayrı kanunda, somut olaydaki uyuşmazlığa ilişkin farklı çözümler öngören hükümler bulunuyorsa, kanunlar arasında bir çatışmanın varlığından bahsedilir. Bu noktada eskiden beri bilinen iki temel ilke mevcuttur: *Lex specialis derogat legi generali* (özel kanun, genel kanunu kovar) ve *Lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun, önceki kanunu kovar). Fakat mesele her zaman bu iki ilkenin yardımıyla çözümlenecek kadar basit değildir.
- 274 Öncelikle belirtelim ki, uyuşmazlığa hangi kanunun uygulanması gerektiği meselesinin gündeme gelebilmesi için sadece ortada o konuyla ilintili birden fazla kanunun bulunması yeterli değildir; önemli olan, somut bir soruna yönelik olarak iki ayrı kanunda birbiriyle zıt, iki ayrı düzenlemenin bulunmasıdır. Birbirine yakın konuları düzenleyen iki kanundan biri diğerini tamamlıyorsa ve ona aykırı düzenlemeler içermiyorsa zaten böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır.
- 275 Diğer yönden, bir kanunun genel veya özel kanun olması, o kanuna yapıştırılacak standart bir yafta değildir: Bu durum, ancak diğer bir kanunla yapılacak karşılaştırma ile anlaşılabilir ve karşılaştırılan kanuna göre değişir¹³³. Meselâ, Dernekler Kanunu Medenî Kanun karşısında *özel* bir kanun pozisyonunda iken (bu ilişkide Medenî Kanun genel kanun durumundadır); Sendikalar Kanunu karşısında *genel* kanun kimliğini taşır (bu ilişkide Sendikalar Kanunu, Dernekler Kanunu'na nazaran özel kanun durumundadır). Bu yüzden, bir başka kanunla

¹³² Medenî Kanun'un Yürürlüğüne ilişkin 4722 sayılı Kanun m. 18 ve Borçlar Kanunu'nun yürürlüğüne ilişkin 6101 sayılı Kanun m. 5 ve 7 buna bir örnektir.

¹³³ Bkz. bu yönde: Çağa, 370.

karşılaştırma yapmadan soyut biçimde “*Dernekler Kanunu özel (veya: genel) bir kanundur*” denilemez.

Bir kanun yürürlükte iken aynı konuda bir başka kanun yürürlüğe girmişse ve bunların *her ikisi de genel* kanun veya *her ikisi de özel* kanun niteliğinde ise, yeni çıkan kanun eskisini açıkça yürürlükten kaldırmış olmasa bile artık *yeni kanun* uygulanır. Yani, sonraki (yeni) kanun, önceki (eski) kanunu bertaraf eder (*Lex posterior derogat legi priori*).

Buna karşılık, aynı konuyu düzenleyen kanunlardan biri *genel*, diğeri *özel* kanun mahiyetindeyse sorunun çözümü daha güçtür ve bu konuda bir ayırım yapılmalıdır¹³⁴:

- ***Genel kanun önce, özel kanun daha sonra yürürlüğe girmişse*** özel kanun uygulanır. Bunun sebebi, uygulama alanı bulan kanunun hem sonraki kanun, hem de özel kanun olmasıdır: Kanun koyucu o alanda bir kanun varken özel olarak yeni bir kanunu kabul edip yürürlüğe sokmuşsa artık iradesi bu yeni ve özel kanunun uygulanması yönünde demektir. Bu ilke, Yargıtay’ın 4 Haziran 1958 tarih ve 15/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da benimsenmiştir. Ancak bu ihtimalde bile, eski tarihli ve genel kanun, yeni ve özel kanunu tamamlayıcı bir fonksiyon görebilir ve onun yanı sıra uygulama alanı bulabilir: Özel kanun belirli bir konuda düzenleme getirmemiş ve o noktayı açık bırakmışsa, o alan için eski tarihli ve genel nitelikte olan kanunun hükmü uygulanacaktır.
- Buna karşılık ***özel kanun daha eski tarihli ve genel nitelikli kanun yeni ise*** ne olacaktır? “Özel” olma mı, yoksa “yeni” olma mı esas alınacaktır? Bu, çözümü güç bir sorundur ve buna verilecek standart bir cevap ve uygulanacak sabit bir ilke yok-

¹³⁴ Bu konuda bkz. Edis, 181 vd.; Güriz, 136 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karman, 102-103; Serozan, Yöntem, 147-148; Akyol, Medenî Hukuk, 193 vd.; Aday, 4 vd.; Yarg. 4. CD, 09.05.2013, E. 2012/28180, K. 2013/14227 (bkz. Kazancı); krş. Çağa, 371 vd.

tur. Mesele, kanunun hazırlık çalışmaları ve amacı başta olmak üzere tüm yorum araçlarına başvurularak yapılacak yorum sonucunda kanun koyucunun iradesinin saptanmasıyla çözümlenecektir: Kanun koyucu bu genel kanunu kabul ederken eski tarihli özel kanunu bertaraf etmeyi istemiş olabileceği gibi; tam tersine, özel kanunun yürürlüğünü muhafaza etmeyi de amaçlamış olabilir. Bu konuda hâkim yapacağı yorumla meseleyi açıklığa kavuşturmak durumundadır¹³⁵.

c) Nitelik İtibariyle Uygulanabilir Olma

- 280 Bazı kanun hükümleri, ancak taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, diğer bir ifade ile, geçerli biçimde bir hukuksal işlemle (çoğu kez bir sözleşme ile) kanunda öngörülenden başka bir çözüm tarzını benimsememişlerse uygulanır. Bu nitelikteki hükümlerin düzenleme getirdikleri konularda taraflarca sözleşme ile kanunda öngörülenden farklı bir esas kabul edilmiş ise, artık o kanun hükmü değil, tarafların ortak arzularını yansıtan sözleşme düzenlemesi uygulanır.
- 281 Bu sebeptendir ki, anlamı tespit edilen kanun hükmünün aksi kararlaştırılabilir türden olup olmaması ve aksi kararlaştırılabiliyorsa, ortada kanun hükmünü devre dışı bırakan geçerli bir sözleşme düzenlemesinin bulunup bulunmaması o kanun hükmünün olaya uygulanıp uygulanmayacağını ortaya koyacaktır.
- 282 Bu açıdan kanun hükümleri, aksi kararlaştırılamayan hükümler ve aksi kararlaştırılabilen hükümler olarak iki gruba ayrılır.

¹³⁵ Nitekim bkz. bu yönde: Aday, 7; Serozan, Yöntem, 148. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 09.05.2013 tarih ve E. 2012/28180, K. 2013/14227 sayılı kararında (bkz. Kazancı) da bu esas benimsenmiştir. Kararda şu isabetli cümleler yer almaktadır: "...eğer önceki kanun genel, yeni kanun özel ise, bu takdirde olaya özel olan yeni kanun hükümleri uygulanmalıdır. Şayet, önceki kanun özel, yeni kanun genel ise bu durumda da kanun koyucunun genel yasayı çıkarırken hangi amacı taşıdığına bakmak gerekir. Yasa koyucu önceki tarihli özel kanunla düzenlenen hususlarda yeni bir bakış açısıyla sonraki tarihli genel kanunla bir değişiklik öngördüğü takdirde olaya sonraki tarihli genel kanunun uygulanması gerekir."

Taraflarca sözleşme ile aksi kararlaştırılmayan hükümlere, “*emredici hukuk kuralları*”, aksi kararlaştırılabilen hükümlere ise “*yedek hukuk kuralları*” denir. 283

Yedek hukuk kuralları arasında da “*tamamlayıcı hukuk kuralları*” 284 ve “*yorumlayıcı hukuk kuralları*” tarzında ayırım yapılmaktadır. Bu iki alt grubun ortak vasfı, her iki alt gruba dahil hükümlerin de taraf iradeleriyle devre dışı bırakılabilmesi ve ancak taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde uygulanabilmesidir. Bu yüzdendir ki, biz bu iki grubu da içine alacak bir üst kavram olarak “*yedek hukuk kuralı*” deyimini kullanıyoruz¹³⁶.

aa- Emredici Hukuk Kuralları

Bir hukuksal ilişkinin taraflarınca aksinin kararlaştırılmasına 285 hukuk düzenince izin verilmeyen kurallara “*emredici hukuk kuralları*” adı verilir. İlişkiye bu kuralların uygulanmayacağı konusunda yapılan sözleşmeler hüküm ifade etmezler¹³⁷ ve böyle bir sözleşmenin varlığı, emredici hukuk kuralının uygulanmasına engel olamaz.

¹³⁶ Aynı anlamda, **Edis**, 165 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 109. Halbuki doktrinde kimi zaman yedek hukuk kuralı deyimini, tamamlayıcı hukuk kuralını ifade etmek için de kullanılmaktadır. Bkz. **Ataay**, 223; **Tekinay**, *Medenî Hukuk*, 117; **Özsunay**, 184.

¹³⁷ Emredici hukuk kuralını bertaraf etmek için yapılan sözleşmelerin hükümsüzlüğü, hukuktaki yaptırımlardan biridir. Fakat hukukta yaptırımı gerektiren durumlar emredici hukuk kurallarını devre dışı bırakmak için sözleşme yapılmasından ibaret olmadığı gibi, hukuktaki tek yaptırım da hükümsüzlük değildir.

Medenî Hukukun dışında kalan ceza yaptırımı bir tarafa bırakılsa bile, hukuk düzeninde hükümsüzlük dışında tazminat ödeme mecburiyeti, bir borcu ifaya zorlama gibi başka yaptırımlar da mevcuttur. Bu yaptırımlar sadece emredici hukuk kurallarına özgü de değildir. Bir emredici hukuk kuralı gibi, aksi kararlaştırılmamış bir yedek hukuk kuralına aykırı davranış da bir yaptırım uygulanmasına, meselâ, bir tazminat yükümlülüğüne yol açabilir. Karş. **Köprülü**, 89. Bu sebeptendir ki, hükümsüzlüğün, hukukun sanki tek yaptırımı imiş gibi izah edilmesi doğru olmaz. Karş. **Saymen**, 128.

- 286 Bu açıdan, öncelikle bir kanun hükmünün emredici nitelikte olup olmadığının belirlenmesi zorunludur.
- 287 Bir hükmün emredici nitelikte olduğu, bazı hallerde onun ifadesinden açıkça anlaşılabilir. Meselâ, MK m. 949'a göre, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir. Aynı esas, taşınmaz rehni bakımından MK m. 873/f. 2'de ifade edilmiştir. Bu hükümlerin aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı bizzat madde metninde açıkça belirtilmiştir.
- 288 Fakat her zaman bir hükmün lâfzından bu yolda bir sonuç çıkarmak mümkün değildir; hattâ çıkan sonuç bazen yanıltıcı da olabilir. Meselâ, eski Medenî Kanununun 86. maddesinin 3678 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metni, nişanın bozulması halinde hediyelerin iadesine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını belirttiikten sonra son cümlesinde, "*Nişan, vefat sebebi ile bozulmuş ise istirdat dâvası asla yoktur*" demektedir. Bu hükmün kesin ifadesinden, bir emredici hukuk kuralı olduğu anlamı çıkarılabildi. Halbuki, nişanlıların bu hükmün aksini kararlaştırmalarını engellemek için bir sebep yoktu. MK m. 86'nın 3678 sayılı Kanunla değişik metninde ve hükmün yeni Medenî Kanundaki karşılığı durumundaki MK m. 122'de ise isabetli olarak bu sınırlama hiç yer almamaktadır.
- 289 Keza BK m. 94'ün "*Borç, alışılmış iş saatlerinde ifa ve kabul edilir*" şeklindeki ifadesi, hükmün emredici nitelikte olduğu izlenimini uyandırmakta ise de, tarafların bu hükmün aksine bir sözleşme yapmalarını engellemek için sebep yoktur.
- 290 Emredici nitelik taşıyıp taşımama olgusunun saptanması açısından da bir hükmün lâfzı, ruhu ile kontrol edilmek ve özellikle hükmün amacı ve korumaya çalıştığı menfaat araştırılmak gerekir.
- 291 Bir kısım hükümler toplumun menfaatini korumak amacı ile konulmuştur. Bunlara "*kamu düzenine ilişkin hükümler*" denir ve zaten amaçları gereği emredici niteliktedirler. Meselâ, MK m. 136 ve 140 böyledir.

Bazı hükümler toplumun ahlâkî değerlerini korumak amacıyla güderler ve bunlara “*genel ahlâka ilişkin hükümler*” denir. Amaçları gereği, bu hükümler de emredici hukuk kuralı niteliği taşırlar. Meselâ, BK m. 81 bu niteliktedir. 292

Bazı hükümler ise kişinin “kişiliğini” koruma amacına yöneliktirler. Bu hükümler aynı zamanda genel ahlâkî da ilgilendirir ve amaçları gereği emredici nitelik taşırlar. MK m. 23 buna örnektir. 293

Bazı kanun hükümleri de ekonomik, sosyal veya fizikî durumları yüzünden zayıf olanları koruma amacı güderler ve bu açıdan çoğu kez kamu düzeniyle ve genel ahlâkla da ilgilidirler. Bu hükümler de güttükleri amaç sebebiyle emredici hukuk kuralı durumundadırlar. Meselâ, MK m. 16, BK m. 28 ve BK m. 115 hükümleri böyledir. 294

bb- Yedek Hukuk Kuralları

Taraflarca geçerli biçimde aksi kararlaştırılabilen ve ancak taraflar aksine bir anlaşma yapmadıkları takdirde uygulama alanı bulabilen kanun hükümlerine “*yedek hukuk kuralları*” adı verilir. 295

Yedek hukuk kurallarının bazıları, tarafların yaptıkları bir sözleşmede düzenlemedikleri bir hususu tamamlayıcı, yani sözleşmedeki bir boşluğu doldurucu rol oynarlar ve bunlara “*tamamlayıcı hukuk kuralları*” denir. 296

Meselâ, iki kişi bir satım sözleşmesi yapmış, fakat hangi tarafın borcunu daha önce ifa edeceğini belirtmemişlerse, “aynı anda ifa” esasını öngören BK m. 207/f. 2 hükmü bu boşluğu doldurur; satım sözleşmesini tamamlar. 297

Yedek hukuk kurallarının bir kısmı ise tarafların bir sözleşmede kullandıkları ve ne anlama geldiğini açıklamadıkları bir hususu veya bir davranışı ya da beyanı yorumlayıcı rol oynarlar. Bunlara “*yorumlayıcı hukuk kuralları*” denir. 298

Meselâ, iki kişi yaptıkları bir sözleşmede bir tarafın borcunu Şubat ayı başında, diğerrinin ise Şubat ayı ortasında ifa edeceğini kararlaştır- 299

mışlar, fakat ayın başı ve ortasından ne anlaşılacağını açıklamamışlarsa, bu takdirde BK m. 91 uygulanır. Buna göre “ayın başı” deyimini o ayın 1. günü; “ayın ortası” deyimini ise o ayın kaç gün olduğuna bakılmaksızın, ayın 15. günü anlamında kabul edilir.

300 Yedek hukuk kuralları sadece sözleşmeleri tamamlayıcı veya yorumlayıcı hukuk kurallarından ibaret değildir. Bazen bir sözleşmenin tamamlanması veya yorumlanması söz konusu olmadığı halde ortada bir yedek hukuk kuralı bulunabilir. Eski MK m. 442 böyle bir hükümdü¹³⁸.

301 Yedek hukuk kuralları, ister bir sözleşmeyi tamamlayıcı veya yorumlayıcı nitelikte olsun, isterse bunların dışında bir fonksiyona sahip bulunsun önemli olan, bunların aksi geçerli bir hukukî işlemle kararlaştırıldığı zaman, o işlemin kapsadığı konuda uygulanamamaları; bunların yerine, taraflarca sözleşmede kabul edilen esasın devreye girmesidir.

B) Bulunan Hükümün Uygulanış Tarzı ve Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanması

1- Genel Olarak

302 Yer, zaman ve nitelik itibariyle uygulanabilir olduğu tespit edilen kanun hükümünün düz veya zıt anlam itibariyle kapsamına giren bir olaya doğrudan doğruya uygulanması mantık kuralları uyarınca olur¹³⁹. Meselâ, (A), bir uçak yolculuğunda yanında oturan (B)’ye evlenme teklif etmiş; (B) de bunu kabul etmiştir. Fakat iki gün sonra (A) evlenmekten vazgeçmiştir. (B), nişanın bozulması sebebiyle tazminat istemekte, (A) ise henüz ortada nişanlanma bulunmadığını söyleyerek kendisini savunmaktadır. Uyuşmazlığı çözecek hüküm, MK m. 118/f. 1’dir. Bu hükümün uygulanması şöyle olacaktır:

¹³⁸ Bkz. Piotet, 5.

¹³⁹ Hukuk kurallarının uygulanmasında mantığın rolü konusunda özellikle bkz. Engisch, Studien, 3 vd.

MK m. 118/f. 1: Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur (Büyük önerme).

Olay: (A), (B)'ye evlenme teklif etmiş; (B) de bu teklifi kabul etmiştir (Küçük önerme).

Sonuç: (A) ile (B) nişanlanmışlardır (Vargı)¹⁴⁰.

Buna karşılık, bir kanun hükmünden öncelik (evleviyet) veya kıyas (örnekseme) yolu ile yararlanılması, kendisinden yararlanılan hükmün uygulanması demek değildir. Bu halde söz konusu hüküm ya başka bir hükmün anlamının tespitinde ya da bir boşluğun doldurulmasında yardımcı bir araç olarak kullanılmaktadır. Zira düz veya zıt anlam itibariyle bir kanun hükmü uygulanırken hüküm doğrudan doğruya olayı kapsamaktadır. Halbuki öncelik veya kıyas yolu ile bir hükümden yararlanmada, yararlanılan hüküm, uygulanacağı olayı değil, yakın veya benzer bir başka durumu düzenlemekte, hâkimin önündeki olayı doğrudan doğruya kapsamına almamaktadır. Hâkim ya başka bir hük-

303

¹⁴⁰ MK m. 118/f.1 hükmünde nişanlanmanın oluşumu ve geçerliliği için, evlenme arzusunda olan kadın ve erkeğin karşılıklı beyanları yeterli sayıldığı ve herhangi bir tören veya üçüncü kişilerin tanıklığı şartı aranmadığı hâlde, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, oybirliğiyle verdiği 5.3.2018 tarih ve E. 2016/12231, K. 2018/2059 sayılı kararda, örf ve âdetlere göre ailelerin ve yakın dostların katılımı ve şahitlikleri (!) olmaksızın yapılan nişanlanmayı geçersiz saymıştır (kararın tam metni için bkz. Lexpera). MK m. 118/f.1'in açık hükmü ve kanunda hüküm varken aksi yöndeki örf ve âdetlerin hukuken hiçbir anlam taşıyamayacağı (örf ve âdetin yürürlükteki bir kanun hükmünü bertaraf edemeyeceği) gerçeği karşısında, hukukçu yaklaşımı ile bu karara bir anlam verebilmek mümkün değildir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin, alelâde bir örf ve âdeti kanun hükmünün üstünde tutması, en temel hukuk kurallarına ve normlar hiyerarşisine açıkça aykırıdır. Hatta nişanlanmanın yapılışına ilişkin bu alelâde örf ve âdet, bir hukuk kaynağı olan "örf ve âdet hukuku" kuralı niteliğini taşısaydı dahi, sonuç aynı olacaktı. Çünkü MK m. 1 uyarınca, "örf ve âdet hukuku" kuralı, ancak kanunda bir hüküm bulunmaması halinde bu kanun boşluğunu doldurmada başvurulması gereken, ikinci derecede bir hukuk normudur. Kanunda nişanlanmanın oluşumu ve geçerliliği konusunda MK m. 118/f.1 gibi açık bir hüküm varken, alelâde örf ve âdete de, örf ve âdet hukuku kuralına da başvurulması mümkün değildir.

mün yorumu için veya bir kanun boşluğunu doldurmak için benzer duruma ait hükümden (yararlanılan hükümden) istifade ederek bir sonuca varmaktadır.

- 304 Bir hükmün yorumunda başka bir hükümden öncelik veya kıyas yolu ile yararlanma konusuna yukarıda değinmiştik. Kanun boşluğunu doldurmada öncelik ve kıyas yolundan yararlanma mes'elesini ise, boşluğun hâkim tarafından doldurulması konusunu incelerken ele alacağız. Fakat hemen işaret edelim ki, bazı hallerde bir hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini kanun açıkça bildirir. Meselâ, BK m. 246 hükmünde "*Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır*" denilmektedir. Bu halde kıyas, BK m. 246 hükmünün uygulanmasının bir unsurudur. Hâkim, BK m. 246'daki hüküm içi boşluğu, taşınır satımı hükümlerini kıyasen uygulayarak dolduracaktır¹⁴¹.
- 305 Hüküm içi boşluk başka tarzda da söz konusu olabilir. Bir kanun hükmünün, bir olaya uygulanabilmesi için gerekli unsurları içinde bulundurmuyup, hâkime bir araştırma ve değerlendirme ile hükmün unsurlarını tamamlama görevi bıraktığı bütün hallerde bir *hüküm içi boşluk* (lücken intra legem) söz konusu olur¹⁴². Bir hükmün mahallî örfü veya genel ahlâka yollama yaptığı hallerde de durum böyledir. Hâkim böyle bir hükmü uygulayabilmek için mahallî örfü veya genel ahlâk kurallarını araştırarak kanun hükmünü tamamlayacak (hüküm içi boşluğu dolduracak) ve ondan sonra uygulayacaktır.
- 306 Aynı şekilde hâkim, kendisine takdir yetkisi veren hükümleri uygularken de bu yetkisini kullanarak hüküm içi boşluğu doldurmak zorundadır.

¹⁴¹ Bir kanun hükmünün başka bir kanun hükmüne doğrudan doğruya yollama yaptığı haller – meselâ, MK m. 122/f. 2'de Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollama yapılması hali –, kıyasen uygulanacak hükümlere yapılan yollama ile karıştırılmamalıdır. MK m. 122/f. 2'deki gibi doğrudan doğruya yollamada hâkimin, atf yapılan hükümleri uygulamak dışında bir görevi yoktur. Kıyasen yollamada ise, atf yapılan hükmün ne ölçüde uygulanacağını hâkim tayin edecektir. Bu konuda bkz. **Ataay**, 207.

¹⁴² Bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 262 vd.; **Deschenaux**, 92.

2- Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanması

Hâkimin takdir yetkisi ve bunu nasıl kullanacağı MK m. 4'te şu 307
şekilde belirtilmiştir:

“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”

Bu hükme göre, kanunda hâkimin takdirine bırakılan durumlarda 308
(meselâ, MK m. 182; BK m. 50/f. 2) hâkimin halin gereklerini dikkate alarak (meselâ, MK m. 3; BK m. 51/f. 1) veya haklı sebeplere göre (meselâ, MK m. 67/f. 3; BK m. 639/b. 7) hüküm vermesi gereken hal-lerde, hâkim, bir takdir yetkisine sahiptir.

Hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu hükümler bu sayılan tip- 309
lerden ibaret değildir. Ayrıca belirtelim ki, kanunun hâkime “takdir yetkisi tanıdığı haller” ile “durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konular” birbirinden ayrı ve farklı iki hâl değildir; ikinci hâlde de hâkim takdir yetkisini kullanacaktır. MK m. 4'ün ifadesi bu bakımdan başarısızdır. Hükümdeki “veya” kelimesi yerine “özellikle” kelimesi kullanılsaydı böyle bir aksaklık ortaya çıkmazdı.

Hâkim sadece MK m. 4'te belirtilen hâllerde takdir yetkisini kul- 310
lanacak değildir; hâkime takdir yetkisi tanınan hâller oldukça geniş bir yelpazede karşımıza çıkar. Gerçekten, Kanunun *hakkaniyete göre* hüküm verilmesini aradığı hâllerde (meselâ, BK m. 35/f. 2; BK m. 50/f. 2; BK m. 52/f. 2) veya hâkimin *uygun miktarda* maddî veya manevî tazminata hüküm vermesini (meselâ, MK m. 174) yahut *gerekli önlemleri* almasını (meselâ, MK m. 183) emrettiği durumlarda da hâkim takdir yetkisine sahiptir. Keza, bir kanun hükmünün *uygun zaman* (meselâ, MK m. 698/f. 3), *önemli sebepler* (meselâ, BK m. 331), *somut olayın şartları* gibi niteliği gereği hâkimin takdirde bulunmasını gerektiren hâllere yer verdiği durumlarda da bu yetki söz konusu olur¹⁴³. Keza

¹⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve çeşitli örnekler için bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 4, N. 56 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 46-47; **Edis**, 210 vd.

bir hükmün “*hâkim ... yapabilir, ...edebilir*” tarzındaki yazılış şekli de hâkimin takdir yetkisi bulunduğunu gösterebilir (meselâ, MK m. 128, 166/f. 2, 176, 180, 182/f. 3).

- 311 Buna karşılık, bir hükmün veya içerdiği deyimın neyi kastedtiğinin açık olmaması, o konuda hâkimin takdir yetkisine sahip bulunduğu anlamına gelmez. Bu hâllerde hâkimin takdir yetkisini kullanması değil, yorum yapması söz konusu olacaktır.
- 312 Hâkimin takdir yetkisini kullanacağı hâller ile hâkimin hukuk yaratması gereken durumlar da birbirine karıştırılmamalıdır. Hâkimin takdir yetkisini kullanacağı hâllerde kanunda bir hüküm vardır, fakat bu hükmün içinde boşluk bulunmaktadır (hüküm içi boşluk). Hâkimin hukuk yaratmasını gerektiren hâllerde ise, esasen kanunda uygulanabilir hiçbir hüküm bulunmamaktadır¹⁴⁴ (kanun boşluğu).
- 313 Hâkimin bir hükmü uygulama konusundaki takdir yetkisi ile olayda mevcut delilleri takdir edip, iddia edilen olgunun varlığı veya yokluğu sonucuna ulaşması da birbirine karıştırılmamalıdır. Delillerin takdiri Medenî Yargılama (Usûl) Hukukunu ilgilendirir ve hükmün uygulanma safhasından daha önce söz konusu olur.
- 314 Hâkime takdir yetkisi veren hükümler doktrinde iki grup halinde ele

Hâkimin takdir yetkisini kullanmasına ve bu konudaki Yargıtay denetimine ilişkin uygulama örnekleri olarak şu kararlara bkz.: Boşanan eş lehine hükmedilecek nafaka miktarının takdirinde hakkaniyete göre takdir esası: Yarg. HGK, 23.11.2011, 3-635/688; Yarg. 3. HD, 02.04.2012, 5061/8681; Yarg. 3. HD, 29.03.2012, 2190/8619; Hükmedilecek manevî tazminat miktarının takdirinde hakkaniyete göre takdir esası: Yarg. 4. HD, 01.11.2011, 10106/11495; Yarg. 3. HD, 12.10.2011, 14178/15345; Yarg. 4. HD, 29.09.2011, 10902/ 9764; Yarg. 2. HD, 12.03.2012, 7001/5380; Çocuk lehine hükmedilecek nafaka miktarının takdirinde hakkaniyete göre takdir esası: Yarg. HGK, 23.11.2011, 2-594/693 (tüm bu kararlar için bkz.: Legalbank).

¹⁴⁴ Burada sözü edilen “hüküm bulunmama” olgusu, kanun boşluğu müessesesi bakımından önemli bir unsur durumundadır ve anlamı, lâfzının uyandırdığı intibadan farklıdır. Bu konu hemen aşağıda Nr. 321 vd.’de ele alınacaktır.

alınmaktadır. Hükümün uygulanması için gereken şartların gerçekleşmiş olup olmadığını takdir konusunda hâkimin yetkili olduğu hükümler bir grupta; hükümün uygulanmasıyla varılacak sonucu saptamada hâkime takdir yetkisi veren hükümler diğer bir grupta toplanmaktadır¹⁴⁵. Pratik bakımdan hiçbir önemi olmayan¹⁴⁶ bu ayırımda birinci grup için MK m. 27, ikinci grup için MK m. 182/f. 1 örnek teşkil eder.

Bazı olaylarda hâkim, aynı anda hem şartlarda takdir yetkisi veren bir hükmü, hem de sonucu tayinde takdir yetkisi veren bir hükmü uygulayarak her iki yönde de takdir yetkisini kullanma durumunda olabilir. Meselâ, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle (MK m. 166) açılan boşanma dâvasında hâkim, geçimsizliğin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açıp açmadığını takdir edecek (şartları tâyinde takdir) ve evliliğin temelinden sarsıldığı kanaatine varırsa açılan boşanma dâvasında boşanmaya veya ayrılığa karar verecektir (sonucu tâyinde takdir). Bu konuda diğer bir örnek olarak TTK m. 531 hükmü de verilebilir. 315

Medenî Kanununun 4. maddesi, takdir yetkisini kullanırken hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre¹⁴⁷ karar vermesi gerektiğini belirtmektedir. 316

¹⁴⁵ Bkz. **Hatemi**, Medeni Hukuk, 99.

¹⁴⁶ Bkz. **Deschenaux**, 130, dn. 34.

¹⁴⁷ Eski MK m. 4'te hâkimin "hak ve nısfetle" hüküm vereceği ifade edilmekteydi. Fakat bu ibare doktrinde "hakkaniyet" biçiminde anlaşılakta idi. Bkz. **Özsunay**, 229; **Edis**, 217; **Tekinay**, Medenî Hukuk, 76; **İmre**, 198; **Köprülü**, 131-132. Karş. "hak ve nısfet" deyiminin "adalet ilkesi" ile eş anlamlı olduğunu kabul eden **Hatemi**, Medeni Hukuk, 100; keza, "hukuk ve hakkaniyet" şeklinde algılayan **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 145. Bu kavrama verilen değişik anlamlar ve bunların değerlendirilmesi için özellikle bkz. **Edis**, 214 vd.

1971 tarihli Medenî Kanun Öntasarısında, bu hususu ifade etmek için "hak ve insafla" denilmişti. 1984 tarihli Öntasarıda ise "hakkaniyetle" deyimini kullanılmıştı. Buna karşılık yeni Medenî Kanun ZGB Art. 4'e uygun biçimde "hukuka ve hakkaniyete göre" ibaresine yer vermiştir (bu ibarenin anlamı hakkında bkz. **Caroni**, 181). Biz buradaki "hukuka" terimini anlamsız ve gereksiz görüyoruz. Zira hâkimin her zaman "hukuka göre" karar vereceği, bir kanun hükmünde

317 Hâkim, takdir yetkisini, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, kanunun ilgili hükmünün çizdiği sınır içinde âdil bir sonuca varacak şekilde kullanacaktır. Görülüyor ki, **takdir yetkisini kullanırken hâkim tamamen serbest değildir.** Hâkim, boşluğunu doldurduğu hükmün çizdiği sınırlarla, özellikle hükmün amacıyla ve korumak istediği menfaat durumu ile bağlıdır. **Hâkimin kanunen takdir yetkisine sahip olması, hiçbir şekilde hâkime “keyfî davranma” hakkı vermez.**

318 Hâkim hakkaniyete göre takdirde bulunurken somut olayın tüm özelliklerini nazara almak ve bunların hangisini, ne yönde değerlendirdiğini kararında gerekçeli biçimde belirtmek zorundadır¹⁴⁸. Meselâ, boşanma sonunda çocukların velâyetinin kime verileceğini ve velâyet kendisine bırakılmayan eş ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkinin nasıl oluşturulacağını MK m. 182 uyarınca hâkim takdir edecektir. Bu hususta özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından çocukların menfaatinin ilk plânda göz önünde tutulması kanunen zorunludur. Hâkim çocukların menfaatine aykırı bir şekilde karar veremez¹⁴⁹; meselâ, çocukların menfaatine uygun düşmediği halde, sırf babanın duruşmadaki tavrını sempatik bulduğu veya ona acıdığı için “nasıl olsa takdir yetkisi bendedir” diyerek çocukların velâyetini alkolik ve işsiz babaya bırakamaz.

319 Hâkim, kararını verirken, dayandığı noktaların verdiği hükmü

anılmasına gerek olmayacak kadar açık ve doğal bir olgudur; her halde hâkimin hukuk dışı karar vermesi düşünülemez. Kaldı ki, MK m. 4’te düzenlenen husus, hâkimin takdir yetkisini kullanması mes’elesidir; o halde burada “hukuk” üst kavramına başvurulmasına da ihtiyaç yoktur.

¹⁴⁸ Bkz. BGE 109 Ia 107; BGE 116 II 145; BGE 118 II 50; BGE 124 III 401; BGE 126 III 8; BGE 126 III 223; BGE 127 III 351; BGE 128 III 1; II. ZA, 1.10.2002, 5C. 163/2002 (İsv. FM-İnternet); II. ZA, 13.12.2002, 5P. 365/2002 (İsv. FM-İnternet); II. ZA, 20.12.2002, 5C. 236/2002 (İsv. FM-İnternet); II. ZA, 16.4.2003, 5C. 46/2003 (İsv. FM-İnternet).

¹⁴⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin 18.3.1954 tarihli kararı ve diğer kararlar için bkz. **Ataay, 247.**

neden hukuka ve hakkaniyete uygun kıldığını da kararın gerekçesinde göstermek zorundadır. Böylece takdir yetkisinin kullanılması hâkimin keyfî bir tasarrufu olmaktan çıkar¹⁵⁰. Görülüyor ki, **takdir yetkisinin varlığı, hâkimi hiçbir şekilde “gerekçe gösterme” zorunluluğundan kurtarmaz**. Kısacası hâkim, takdir yetkisini niçin o yönde kullan-

¹⁵⁰ Aynı kanaatte **Tuor/Schnyder/Schmid**, 47; **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 4, N. 48; **Edis**, 219 vd. Ayrıca bkz. Nr. 318, 413.

Hâkimin takdir yetkisini kullanırken olayın şartlarını değerlendirme biçimi temyiz denetimine tâbidir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki uygulaması için bkz. Nr. 318.

Hâkimin takdir yetkisini kullanırken nasıl davranması gerektiği konusunda Hukuk Genel Kurulu'nun 24.10.2001 tarih ve 4-1016/757 sayılı kararında (YKD, 2002/2, sh. 173 vd.) yer alan tesbitler, örnek alınması gereken çok önemli kriterleri ortaya koymaktadır. Kararda şöyle denilmektedir:

*“... hâkim, önüne gelen olayda herkese, bu arada kendisine karşı da uzak durmalı ve kişiler üstü, yansız olmalıdır. Kısacası, kişisellikten arınmalıdır. Herkesin yasa önündeki eşitliğini sağlayan yansızlık; yasanın herkes için eşit olmasını sağlayan kişisellikten arınmışlık ilkeleri gereğince yargıcın yazılı hukuku iyi/kötü ayrımı yapmadan nesnel bir mantıkla uygulaması zorunludur. **Yargılama ve yargı kararları kişisel görüş, inanç ve duyguların aracı olamaz.** (...); hakimler yasallık ilkesi gereğince Anayasaya, yasaya, hukuka uygun düşen kanılarına göre hüküm kurarlar. (...) **Hâkim, Yasanın üstünde değil, içindedir** (...).*

Hâkim, yargı kararını inanç ve duygularının aracı olarak kullanamaz ve uygulamakla yükümlü olduğu yasal normlar dışına da çıkamaz. Yargılama sonucunda ulaştıkları kanıların da kişisel değil hukuksal olması hakimın kişisellikten arınmış olma ve hukuka uygun davranma yükümlülüğününün doğal bir sonucudur.

Bu bağlamda, kararların gerekçeli olması ilkesinin; yargı bağımsızlığının amacı ve bedeli olan yansızlığı kanıtlama olanağı veren ve hakim onurunu koruyan bir araç olduğu bilinmelidir.

*O nedenle verdiği karar ne denli doğru (adaletli) olursa olsun; kararın gerekçesinde yansızlığını tartışılır duruma getiren hakim, öncelikle yargıladığı kişinin insanlık, kişilik hakkı olan adil (doğru ve güvenli) yargılanma hakkını çiğnemiş duruma düşebilir. Kuşkusuz **hakim, yasal olduğu kadar ahlakî yükümlülük de olan gerekçelendirme olgusunu gerçekleştirirken yansızlıkla birlikte ve aynı değerde olan kişinin onur ve saygınlığını da korumada yüksek özen göstermelidir.**”*

dığının da hesabını vermelidir; bunu yapacağı yer ise kararın “gerekçe” kısmıdır.

- 320 Diğer yönden, hâkim, takdir yetkisini kullanırken, uzman bilirkişilerden, meslek kuruluşlarından ve resmî kurumlardan görüş alabilir. Fakat hâkim bu görüşlerle bağlı değildir; o, serbestçe takdirde bulunmak durumundadır. Hâkim, takdir yetkisini kısmen veya tamamen başka bir kişiye veya kuruma devredemez; bu anlama gelecek bir uygulamaya gidemez. Meselâ, hâkim, verdiği kararı kendisi özel ve gerekçeli bir takdirde ve değerlendirmede bulunmaksızın salt bilirkişi raporuna dayandıramaz¹⁵¹.

C) Kanunda Uygulanabilir Hüküm Bulunmaması: Kanun Boşluğu

1- Anlamı

- 321 Kanun hükümlerinin araştırılması ve mevcut hükümlerin yorumlanması sonucunda, hukuksal soruna cevap veren, olaya uygulanabilir bir hüküm bulunamazsa bu konuda bir kanun boşluğunun varlığından bahsedilir¹⁵².

¹⁵¹ Bkz. Yarg. 1. HD'nin 4.2.2002 tarih ve 1991/2659 sayılı kararı (YKD, 2003/5, sh. 677 vd.) ile bu kararda anılan 20.3.1996 tarih ve 1/177 sayılı ve 24.4.1996 tarih ve 1/154 sayılı HGK kararları. Keza bkz. aynı yönde: Yarg. 4. HD, 6.11.2002, 7810/12411 (YKD, 2003/4, sh. 528 vd.).

¹⁵² Kanunda uygulanacak hüküm bulunmaması halindeki boşluklar için “Lücken praeter legem” deyiminin karşılığı olarak “kanun yanında boşluklar” (Özsunay, 201), “kanun kuralları yanındaki boşluklar” (Tekinay, Medenî Hukuk, 75), “kanun dışı boşluk” (Akyol, Uygulama Örnekleri, 18 ve Akyol, Medenî Hukuk, 277) deyimleri kullanılıyorsa da, bize “kanun boşluğu” deyimini kullanmak daha uygun gözükmektedir. Aynı kanaatte, Edis, 121. İmre (sh. 175) ise “kanundaki tam boşluklar” deyimini tercih ediyor.

“Kanun boşluğu” kavramının hukuk felsefesi açısından ele alınması konusunda bkz. Engisch, Einführung, 178 vd.

Bu kısa tanım göz önünde tutulursa, kanun boşluğunun, kanunda 322 mevcut bir hükümdeki boşluktan (hüküm içi boşluklar = Lücken intra legem) farkı kolayca anlaşılır. Hüküm içi boşluk hallerinde kanunda bir hüküm vardır; fakat uygulanabilmesi, hüküm dışı unsurlarla tamamlanmasına bağlıdır. Kanun boşluğunda ise, kanunda uygulanabilir bir hüküm hiç yoktur.

Hüküm içi boşluğun doldurulması, o hükmün uygulanması ile ilgili 323 iken, kanun boşluğu, örf ve âdet hukukuna başvurulmasını ve gerektiğinde hâkimin yeni kural koymasını (hukuk yaratmasını) zorunlu kılar.

Bazı yazarlarca kullanılan “*hukukta boşluk*” (Lücken im Recht) 324 kavramı da kanun boşluğundan farklıdır. Bu deyimle kastedilen şudur: Kanun boşluğunda hâkim MK m. 1 gereği örf ve âdet hukukuna başvuracak ve boşluğu örf ve âdet hukukunda yer alan kuralla dolduracaktır. Örf ve âdet hukukunda da bu yolda bir kural yoksa, artık “kanun boşluğu”ndan değil, “hukukta boşluk”tan bahsedilmek gerekir; bu durumda yapılması gereken şey ise hâkimin hukuk yaratmasıdır¹⁵³.

Şu var ki, hâkimin bir hukuk kuralı yaratması ile bu “hukuk boşluğu” 325 son tahlilde ortadan kalkmış olacaktır. Yani, nihaî ve kalıcı bir hukuk boşluğu, bizzat MK m. 1 ile hâkime verilmiş bulunan “hukuk yaratma” yetkisi sayesinde aslında hiç söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan, kanaatimizce “hukukta boşluk” kavramı isabetli sayılamaz. En azından, böyle bir kavrama ihtiyaç bulunmadığı ve bu kavramın kullanılmasının herhangi bir pratik yararı olmadığı açıktır.

Kanun boşluğundan bahsedebilmek için, öncelikle ortada hukuk 326 düzeni tarafından düzenlenmesi gereken bir konunun bulunması şarttır. Münhasıran görgü, ahlâk veya din alanına giren bir konuda kanunda hüküm bulunmaması, o noktada bir kanun boşluğunun varlığını gös-

¹⁵³ Bu kavramsal ayırım için bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 251-252; **Edis**, 120 vd., 123.

termez. Çünkü bu alanlar hukukun dışındaki birtakım kurallara tâbidir; bunlar için bir hukuk kuralı bulunması gerekmez; hâl böyle olunca da böyle bir konuda kanunda hüküm bulunmaması, ortada bir “kanun boşluğu” olduğu anlamına gelmez¹⁵⁴.

327 Kanunda uygulanabilir hüküm bulunmadığını kabul edebilmek için, bir olayın, sadece düz anlam itibariyle hiçbir hükmün kapsamına dâhil olmaması yetmez; zıt anlam itibariyle de bir hükmün kapsamına girmemesi gerekir. Diğer bir ifade ile, kanun koyucu bir hükmü koyarken, hükmün düz anlamı dışında kalan unsurları kanunun koruması dışında bırakmışsa, düz anlamın kapsamı dışında kalan unsurlar için kanun boşluğu bulunduğu söylenemez¹⁵⁵. “*Bilinçli susma*” olarak adlandırılan bu hallerde kanun, bir meseleyi olumsuz şekilde çözmüştür. Bu durumda ortada bir kanun boşluğu bulunmadığından, hâkim tarafından boşluk doldurma faaliyeti değil, anılan kanun hükmünün zıt anlamı itibariyle uygulanması (*argumentum a contrario*) söz konusu olacaktır. Meselâ, Medenî Kanununun 129. maddesi hangi hısımlar arasında evlenmenin yasak olduğunu belirtmiştir. Hükmün amacı, evlenmesi yasak olan hısımları sınırlı olarak belirtmektir. Hükmün zıt anlamından, bu sınırın dışında kalanların evlenme yasağına tâbi olmadıkları sonucu çıkar. Bu sebeple de, meselâ, süt kardeşlerin evlenebilip evlenemeyecekleri konusunda kanunda bir boşluk bulunduğu söylenemez.

328 Keza eski Medenî Kanun, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce boşanma dâvası açma hakkı veren sebepleri 129-134. maddelerinde düzenlemiş; tarafların boşanma hususunda anlaşmalarına değinmemişti. Burada da (anlaşmaya dayalı boşanmanın mümkün olup

¹⁵⁴ Deschenaux, 90; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art 1, N. 260; Edis, 124; İmre, 173; Yarg. 10. HD, 26.10.2010, 11494/14365; Yarg. HGK, 13.12.1989, 11-706/661; Yarg. HGK, 27.02.2008, 21-140/205 (kararlar için bkz. Kazancı).

¹⁵⁵ Tuor/Schnyder/Schmid, 40-41; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 255 vd.; Edis, 124; İmre, 173-174; BGE 73 III 4; BGE 73 II 203; BGE 76 II 61; BGE 87 II 361; JdT 1975 I 262; BGE 100 Ib 157. Bu konuda çeşitli örnekler için bkz. Edis, 124 vd. Keza bkz. Yarg. HGK, 13.12.1989, 11-706/661 (Kazancı).

olmadığı noktasında) bir kanun boşluğu söz konusu değildi. Kanunun amacı boşanma sebeplerini sınırlı olarak belirtmek, bunların dışındaki bir sebebin boşanma dâvası açma hakkı vermeyeceğini ortaya koymaktı. Diğer bir ifade ile, kanunun bu hususta susması, konuyu olumsuz şekilde düzenlemek içindi. 3444 sayılı Kanunun, tarafların anlaşması ile boşanma imkânını belirli şartların gerçekleşmesi ve bu şartların varlığının hâkim tarafından denetlenmesi koşuluyla kabul etmesinden ve yeni Medenî Kanun'un da aynı esası benimsemesinden (m. 166/f. 3) sonra, bugünkü rejimde dahi bu şartlar dışında tam anlamıyla serbest bir şekilde anlaşma ile boşanmak mümkün değildir¹⁵⁶. Bu husus da bir kanun boşluğu teşkil etmez.

Buna karşılık, bir halde kanunun susmasının konuyu olumsuz şekilde düzenlemek için mi olduğu, yoksa ortada gerçekten bir kanun boşluğu mu bulunduğu noktasında İsviçre Federal Mahkemesi ile Türk Yargıtayı farklı sonuçlara varmışlardı. Şöyle ki: Eski MK m. 148 hükmü, boşanma halinde çocuk kendisine bırakılmamış olan eşin çocukla bundan sonraki ilişkisinin hâkimin takdirine göre şekilleneceğini belirtmekle yetinmiş; buna karşılık büyükana-babaların ve diğer hısımların çocukla kişisel ilişki kurmayı isteme hakkına sahip olup olmadıkları konusunda bir düzenleme getirmemişti. Bu konuda gerek İsviçre'de, gerekse Türkiye'de Medenî Kanunda soruna ilişkin genel nitelikli herhangi bir hüküm de bulunmamaktaydı. 329

Bu durum karşısında sorun her iki ülkede de tartışmalara yol açmıştı. İsviçre Federal Mahkemesi¹⁵⁷, bu konuda kanunda bir hüküm bulunmamasının kanun boşluğu sayılmayacağını, kanun koyucunun konuyu olumsuz biçimde düzenlediğini belirterek büyükana-babaların mahkemeye başvurarak çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı- 330

¹⁵⁶ Bu bakımdan, uygulamada, hatta çoğu Aile Hukuku kaynaklarında “*anlaşmalı boşanma*” kavramının kullanılması hatalıdır. Bunun yerine, “*anlaşma esasına dayalı boşanma*” ibaresi tercih edilmelidir.

¹⁵⁷ JdT 1928 I 194-201; karara ilişkin açıklamalar için bkz. **Saymen**, 171; **Ataay**, 235.

na sahip olmadıkları sonucuna varmıştı. Türk Yargıtayı ise 18.11.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında¹⁵⁸ tam aksi yönde hareket ederek, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmiş ve bu boşluğun Türk toplumunun özelliklerinin, sosyal yapısının, örf ve âdetlerinin göz önüne alınarak doldurulması ve büyükana-babalara¹⁵⁹ örf ve âdetlerin gerektirdiği ölçüde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı tanınması gerektiğini belirtmişti.

- 331 Bugün için her iki hukuk sisteminde de mesele kanun koyucu tarafından çözülmüş, bir kanun boşluğu tartışması artık gündemden kalkmıştır. Gerçekten, İsviçre Medenî Kanununa 1.1.1978’de yürürlüğe giren 25.6.1976 tarihli bir kanunla eklenen m. 274/a hükmü ile sorun açıklığa kavuşturulmuş; bu düzenlemede Federal Mahkemenin vardığı çözümün aksine, çocuğun yararı gerektiriyorsa üçüncü kişilerin, özellikle hısımların da çocukla kişisel ilişki kurma talebinde bulunabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Yeni Türk Medenî Kanununda ise, gerek boşanma halinde (MK m. 182), gerekse boşanma dışında genel olarak (MK m. 323), velâyet kendisine bırakılmamış olan eş ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması düzenlendikten sonra, yine bir genel hüküm olarak MK m. 325’te konu üçüncü kişilerin çocukla ilişkileri açısından ele alınmış ve hükmün 1. fıkrasında şöyle denilmiştir: “*Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir.*”

2- Kanun Boşluklarının Çeşitleri

- 332 Kanun boşlukları çeşitli ayırımlara tâbi tutulmaktadır¹⁶⁰. Biz aşağıdaki ayırımlar üzerinde durmayı uygun buluyoruz.

¹⁵⁸ Yarg. İçt. Bir. K., 18.11.1959, 12/29 (RG, 16.4.1960, s. 10482). Diğer kararlar için bkz. **Ataay**, 235, dn. 17; **Saymen**, 171, dn. 60.

¹⁵⁹ Süt anneler açısından aynı mesele için bkz. **Akyol**, Uygulama Örnekleri, 43 vd.

¹⁶⁰ Bu ayırımlara örnek olarak bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 271 vd.; **Özsunay**, 201 vd.; **Edis**, 132 vd.

a) Bilinçli Boşluklar – Bilinçsiz Boşluklar

Kanun koyucu, bir kanun boşluğunu bilerek ve isteyerek bırakmış- 333
sa ortada “*bilinçli boşluk*” (*bewusste Lücke*) mevcuttur. Buna karşılık, kanun koyucu özen eksikliğinden dolayı, aslında düzenlemesi gereken bir hususta hüküm getirmeyi ihmâl etmişse veya boşluk zaman içinde değişen koşullar ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar sebebiyle meydana gelmişse “*bilinçsiz boşluk*” (*unbewusste Lücke*) söz konusu olur.

Kanun boşluğunun mutlaka bir unutmaya sonucu ortaya çıkacağını 334
söylemek doğru değildir. Zira çok fazla rastlanmasa bile bazı kanun boşlukları kanun koyucunun arzusu sonucu bilerek ve isteyerek bırakılmış olabilir¹⁶¹. Bu hususta bir örnek, taşınır mallarda mülkiyeti bir kişiden diğerine geçiren tasarruf işleminin geçerli bir iktisap sebebine dayanmasının gerekip gerekmediğidir. Böylesine önemli bir meselenin varlığı bilindiği halde, konu hukuk doktrininde hâlâ bir çözüme kavuşturulamadığı ve bir baskın görüş oluşmadığı için, bu sorunu şu veya bu yolda çözecek bir hüküm Medenî Kanuna konulmamıştır. Burada istenerek bırakılmış bir kanun boşluğu söz konusudur¹⁶².

Buna karşılık, bilinçsiz boşlukta, kanun boşluğu bilerek yaratılmış 335
değildir. Bilinçsiz boşluklardan bir kısmı kanun koyucunun kanunu yaparken gerekli özeni göstermemiş olması yüzünden oluşmuştur. Bunlara “*ihmâlden doğan boşluklar*” (*Fahrlässigkeitlücken*) denilmektedir¹⁶³. Bir kısmı ise kanunun yapılmasından sonra ortaya çıkan

¹⁶¹ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 283; **Edis**, 133; **Ataay**, 234-235; **Akyol**, Uygulama Örnekleri, 20; bkz. ve karş. Yarg. HGK, 13.12.1989, 11-706/661; Yarg. HGK, 27.02.2008, 21-140/205; Yarg. 10. HD, 26.10.2010, 11494/14365 (kararlar için bkz. Kazancı).

¹⁶² Bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 283; **Edis**, 133.

¹⁶³ Bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 284; **Edis**, 135. Bu tür bir boşluk örneği için bkz. Yarg. HGK, 21.3.2007, 19-132/153 (Kazancı). Kararda aynen şöyle denilmektedir: “*Gerek mehz İsviçre Kanununda, gerekse Türk Ticaret Kanununda bonolara uygulanmak üzere, poliçe hükümlerine atf yapan 690. maddede sebepsiz iktisaba ilişkin 644. maddenin zikredilmemiş olmasının, bilinçli*

durumlara, özellikle teknolojideki gelişmelere göre şekillenen meselelere ilişkindir ve bunların kanun yapılırken öngörülmesi fiilen mümkün değildir. Bunlara da “*fiilî boşluklar*” (*Tatsachenslücken*) denilmektedir¹⁶⁴. Meselâ, 1926 tarihli Borçlar Kanunumuz açısından, elektronik imza konusunda bir hüküm bulunmaması böyledir.

336 Kanun boşluğu kimi zaman da mevcut kanun hükmünün yürürlükten kalkması ve yerine yasama organınca henüz bir düzenleme getirilmemesi üzerine ortaya çıkar. Meselâ, bugün artık yürürlükte bulunmayan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un kira parasının belirlenmesine ilişkin 2. ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesinin 26.3.1963 tarih ve 3/67 sayılı kararı¹⁶⁵ ile iptal edilmesi üzerine böyle bir durum doğmuştur¹⁶⁶.

337 Bir Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinin, iptal edilen Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılan kanunu hukuk alanına geri getirmeyeceği; bu halde ise bir kanun boşluğunun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir¹⁶⁷.

338 Eğer kanun koyucu bir konuyu düzenlemek istemiş olmasına rağmen bu konuda yorumla açık bir sonucu varılamıyorsa, “*yorum boşluğundan*” (*Erkenntnislücken*) bahsedilmektedir¹⁶⁸. Fakat bu nitelendirmenin herhangi bir önemi ve pratik değeri bulunmamaktadır.

ve kasıtlı bir davranış olmayıp bir kanun tekniği noksanlığı, bir unutmaya sorunu olduğu kabul edilmek icap eder. (...) Türk Medeni Kanununun 1. maddesinin... 2. fıkrasına göre... mevcut olan boşluğun doldurulması gerekir”.

¹⁶⁴ Karş. Deschenaux, 92; JdT 1975 I 166; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 284 vd.; Edis, 135.

¹⁶⁵ RG., 31.5.1963, s. 11416.

¹⁶⁶ Bu sorunun hâkimin MK m. 1’deki yetkisini kullanarak hukuk yaratmasıyla çözümlenmesi ve mevcut Kanun boşluğunun bu şekilde doldurulması gerektiği, Yargıtay’ın 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG., 27.11.1964, s. 11867) ifade edilmişti.

¹⁶⁷ Bkz. Yarg. HGK, 01.12.1999, 19-1000/1000 (Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 159.

¹⁶⁸ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 267 vd.; karş. Edis, 132.

b) Açık Boşluklar – Örtülü Boşluklar

Hukuken çözüme varılması gerekli olan ve bu yüzden de kanun tarafından düzenlenmesi icap eden bir konuda kanunda ne lâfzı, ne de yorumla belirlenen içeriği itibariyle uygulanabilir hiçbir hüküm yoksa “açık boşluk” (*offene Lücke, Lacune ouverte*) söz konusu olur. Meselâ, MK m. 507/f. 2, ölen bir kimsenin cenaze masraflarının terekeden (bıraktığı malvarlığından) karşılanacağını belirtmekte, fakat tereke bu masrafı karşılayacak durumda değilse cenaze masraflarının nasıl karşılanacağı hususunda kanunda bir hükme rastlanmamaktadır. Halbuki bu hususun hukuken bir çözüme bağlanması gerektiği tartışmasızdır. Şu halde ortada açık bir kanun boşluğu vardır¹⁶⁹.

Buna karşılık, kanunda, somut olayda çözümlenmesi gereken soruna ilişkin bir hüküm bulunmasına rağmen, bu hükmün lâfzı ile ruhunun bağdaştırılmasının mümkün olmadığı hallerde¹⁷⁰ veya mevcut hükmün aynı değerde başka bir hükümle çatıştığı durumlarda ya da bir hükmün lâfzı ve ruhu itibariyle tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı hallerde yine de kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı sonucuna varılır. Bu hallerde *örtülü (gizli) kanun boşluğu*’ndan (*verdeckte Lücke; lacune occulte*) bahsedilir¹⁷¹.

¹⁶⁹ Aynı boşluk eski Medenî Kanunumuzda da mevcuttu. Yeni Medenî Kanun hazırlanırken bu boşluğun giderilmesi ihmâl edilmiştir. Söz konusu boşluk İsviçre Medenî Kanununda da bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu boşluğu, cenaze masraflarının terekeden karşılanamaması halinde, ölen kişiye sağlığında nafaka vermekle mükellef olanlarca ödenmesi gerektiği tarzında doldurmuştur. Bkz. JdT 1928 I 354.

¹⁷⁰ Eğer bir hükmün ruhu tespit edilir ve bu “ruh” lâfızla bağdaştırılabilirse, ortada bir kanun boşluğu yoktur; yorumla tespit edilen anlama göre hükmün uygulanması yoluna gidilir.

¹⁷¹ “Örtülü boşluk” kavramı konusunda bkz. **Kırca** (Çiğdem), 91 vd. Eski Medenî Kanunumuzda yer alan çeşitli “örtülü boşluk” örnekleri için bkz. **İmre**, 176; **TeKinay**, Medenî Hukuk, 65; **Edis**, 135.

c) Gerçek Boşluklar – Gerçek Olmayan Boşluklar

341 Bu ayırım çoğu kez “açık boşluk - örtülü boşluk” ayırımı ile karışmış şekilde yapılmaktadır¹⁷². Aslında “gerçek boşluklar” (*echte Lücken*), tam anlamıyla açık boşlukları karşılamaktadır. Fakat “gerçek olmayan boşluk” kavramında durum daha farklıdır: Gerçek olmayan boşlukların bir kısmı örtülü boşlukları karşılamakta ise de “gerçek olmayan boşluk” (*unechte Lücke*) deyimini başkaca halleri de kapsamaktadır. Şöyle ki: Kanunda lâfzı ile ruhu bağdaşan, eşdeğerdeki başka bir hükümle çatışmayan ve uygulanması dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğurmayan bir hüküm bulunduğu (yani, bir “örtülü boşluk” söz konusu olmadığı) halde, bu hükümde öngörülen çözüm tatminkâr sayılmıyor, beğenilmiyor ve ihtiyaçlara uygun görülüyorsa ortada yine de bir “kanun boşluğu” bulunduğu kabul edilmekte ve buna da “gerçek olmayan boşluk”¹⁷³ adı verilmektedir. Şu hale göre, “gerçek olmayan boşluk” kavramı, “örtülü boşluk” kavramından çok daha geniş (onu da içine alan, fakat bünyesinde başkaca hâlleri de barındıran) bir kavramdır¹⁷⁴.

342 Gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk ayırımı şu esasa dayanmaktadır: *Kanunda bir hukukî meseleye hiçbir cevap bulunamıyorsa gerçek boşluk; tatmin edici bir cevap bulunamıyorsa gerçek olmayan boşluk vardır*¹⁷⁵. Fakat kanaatimizce bu ayırım anlamsızdır. Çünkü adından da anlaşılacağı üzere, “*gerçek olmayan boşluk*”, *aslında bir kanun boşluğu değildir*. Ortada bir kanun boşluğu bulunmadığı hâlde,

¹⁷² Bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 271 vd.; JdT 1973 I 62; BGE 108 Ib 78; BGE 121 III 219; BGE 122 I 253; BGE 128 I 34.

¹⁷³ *İmre*, bu tür boşluklar için “eksik boşluk” deyimini kullanmaktadır. Bkz. **İmre**, 177.

¹⁷⁴ Fakat karş. örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk ile ilintilendirmeyip, “gerçek boşluk” kavramı kapsamında bir alt kavram olarak ele almakla aksi görüşte: **Hatemi**, Medeni Hukuk, 105.

¹⁷⁵ **Heck**, Auslegung, 169, 204; **Caroni**, 150; **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 271, 275 vd.; **Edis**, 133-134; JdT 1989 I 149; BGE 121 III 219; BGE 128 I 34.

mevcut hükmün getirdiği çözümün tatmin edici olmaması halini ifade etmek için, başına “gerçek olmayan” ibaresi eklenerek kanun boşluğu kavramının kullanılması, kavram karışıklığı yaratmaktan başka bir işe yaramayan bir tutumdur.

Bu geniş ifadesiyle gerçek olmayan boşluk, aslında kanundaki bir boşluğu değil, *kanunun sakatlığını veya yetersizliğini* ifade etmektedir. Zira kanun boşluğu bulunup bulunmadığı, mevcut hükümlerin arzu edilen (ideal) hukuk bakımından değerlendirilmesine göre değil, bizzat kanun çerçevesinde kalınarak de lege lata yapılacak değerlendirme ile tespit edilebilir. 343

Tatmin edici görülmeyen bir hükmü değiştirmek hâkimin değil, kanun koyucunun görevidir¹⁷⁶. Ancak, kanun koyucunun hatası veya sonradan ortaya çıkan teknik yahut sosyal gelişmeler yüzünden tatmin edici olmaktan uzak hale gelen bir hükmün uygulanmasını istemek hakkın kötüye kullanılması anlamına geliyorsa, o zaman hâkim, MK m. 2/f. 2’ye dayanarak o hükmü uygulamayacak ve ortaya çıkan örtülü kanun boşluğunu MK m. 1’e göre kendisi doldurabilecektir¹⁷⁷. Böyle bir durum söz konusu olmadıkça **hâkim, kanun hükmünü düzeltme yetkisine sahip değildir**¹⁷⁸. 344

¹⁷⁶ Fakat bkz. Yarg. 13. HD, 29.11.2001, 9723/10867 (Yarg. Dün., Şubat 2002, sh. 86 vd.): “... hukuk kuralları görevli organlarca değiştirilinceye, bu konuda yeni düzenlemeler yapıluncaya kadar zedelenmeden, gerçek hayata, çağın gereklerine uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu görevin ise yargıya ait olduğunda duraksamaya yer yoktur.”

¹⁷⁷ Bu konuda özellikle bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 295 vd.; Yarg. HGK, 13.07.2011, 4-410/511 (Legalbank).

¹⁷⁸ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 295 vd.; **Deschenaux**, 94; keza bkz. BGE 121 III 219; BGE 122 I 253; karşı. BGE 128 I 34. Türk doktrininde bu görüşte: **Tekinay**, Medenî Hukuk, 61 ve 71; **Edis**, 134; **Dural/Sarı**, 138.

Yarg. İct. Bir. K., 01.02.1984, 9/2 (Kazancı): “**Hâkim görevini yerine getirmemiş, şu ya da bu nedenle bir kanun hükmünü uygulamaktan kaçınmışsa, üst kanun yolu mercüünün görevi, kanun boşluğundan söz etmek değil, hâkimin kanun hükümlerini yerine getirmesini sağlamaktır. Zaten kanun yolu incelemesinin temel felsefesi de budur.**”

3- Kanun Boşluğu Bulunmasının Sonuçları

345 Bir konuda kanun boşluğu bulunmasının sonuçları Medenî Kanununun 1. maddesinde belirtilmiştir. Böyle bir durumda hâkim diğer hukuk kaynaklarına başvuracaktır. Hâkim, önce örf ve âdet hukukunda bir kural bulunup bulunmadığını araştırarak, bir örf ve âdet hukuku kuralı mevcutsa kanun boşluğunu bununla dolduracaktır. Örf ve âdet hukukunda da bir kural bulamazsa hâkim, kendisi bir hukuk kuralı yaratacak ve koyacağı kurala göre hüküm verecektir¹⁷⁹.

§ 3. ÖRF VE ÂDET HUKUKU

I. KAVRAM

346 Sürekli şekilde tekrarlanan davranışlar sonucunda, toplumda, bu davranış tarzına uyulmasının zorunlu olduğu kanaati yerleşince, sözü geçen yerleşik davranış biçimi, bir örf ve âdet hukuku kuralı haline gelir. Bu kurallar örf ve âdet hukukunu meydana getirir.

347 Örf ve âdet hukuku, kanundan farklı olarak, yasa koyucunun yazılı şekilde açıklanmış iradesine dayanmaz; halkın vicdanında doğan bir kanaatin ürünüdür. Belirli bir olay karşısındaki davranış tarzı, toplumu oluşturan bireyler tarafından her seferinde aynı şekilde tekrarlanırsa, artık toplumda bu davranış tarzına uyulmasının zorunlu olduğu kanaati yerleşir. Böylece söz konusu davranış tarzı bir örf ve âdet hukuku kuralı halini almış olur.

348 Toplumda mevcut örf ve âdet hukuku kurallarının neler olduğunu veya somut bir mes'eleye ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını belirli bir kaynağa bakarak önceden tespit edebilmek imkânı yoktur; deyim yerinde ise bu tarz bir "örf ve âdet hukuku kuralları listesi" mevcut değildir; olması da beklenemez. Uygulamada bu hususta somut bir sorunla karşılaşan hâkim, belirli bir davranış biçimi

¹⁷⁹ Kanun boşluğunun bir Yönetmelik hükmü ile doldurulamayacağı konusunda bkz. Yarg. 11. HD, 29.06.2009, E. 2009/443, K. 2009/7922 (Kazancı).

açısından bir örf ve âdet hukuku kuralının -aşağıda inceleyeceğimiz- varlık şartlarının gerçekleştiğine kanaat getirirse, böyle bir kuralın varlığına hükmedecek ve bunu bir hukuk kaynağı olarak kullanacaktır. Bu konuda hâkim uzman bilirkişilerden ve -özellikle ticarî alandaki örf ve âdet hukuku kuralları açısından- meslek kuruluşlarından (Ticaret Odası, Bankalar Birliği, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası vb. gibi) görüş alabilir.

Ticarî alandaki örf ve âdetlerin ticarî nitelikli uyumsuzluklarda ne şekilde uygulama alanı bulacağı ise Türk Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. Önce TTK m. 1/f. 2'de, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde hâkimin ticarî örf ve âdete göre, bu dahi yoksa genel hükümlere göre karar vereceği belirtilmiş; ardından TTK m. 2'de ticarî örf ve âdetin uygulama alanına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. 18.05.2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesinin (f) bendinde, Odalar'ın görevleri arasında "*çalışma alanları içindeki ticarî ve sınaî örf, âdet ve teamülleri tespit etmek, Bakanlığın onayına sunmak ve ilân etmek*" de sayılmıştır. Nitekim uygulamada, yargı organlarının belirli bir konuda (meselâ, faturanın "kapalı fatura" olarak düzenlenmiş olmasının, bedelinin ödendiği anlamına gelip gelmediği konusunda) bir ticarî örf ve âdet hukuku kuralının bulunup bulunmadığını belirleyebilmek için o yerin Ticaret ve Sanayi Odasına başvurdukları görülmektedir¹⁸⁰.

II. BİR ÖRF VE ÂDET HUKUKU KURALININ DOĞUMU İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Yukarıdaki açıklama göz önünde tutulursa bir örf ve âdet hukuku kuralının doğumu için iki şartın bulunması gerektiği¹⁸¹ kolayca anlaşılır:

¹⁸⁰ Bkz. Arkan, 92-93. Ayrıca bkz. Nr. 356a ve Nr. 1047.

¹⁸¹ Bu şartlar konusunda bkz. Tuor/Schnyder/Schmid, 39; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, Nr. 233 vd.; Caroni, 119 vd.; Tekinay, Medenî Hukuk, 66-67; Atay, 119; Esener, 132-133; Edis, 98 vd.; İmre, 182-183; Özsunay, 174-

- 351 **1. Sürekli uygulama:** Bir olay karşısında ilgililerin davranış tarzının, aynı tip olaylarda sürekli olarak tekrarlanması ile bir gelenek (teamül, âdet) ortaya çıkmış olur. Buna örf ve âdet hukuku kuralının maddî unsuru da denilmektedir.
- 352 Bir davranışın tekrarlanmasının gelenek haline gelmesi için ne kadar bir süreye ihtiyaç bulunduğu sorusuna kesin bir cevap verilemez. Bu, yaşanan döneme, çevreye, hayatın temposuna, konunun sık veya seyrek olarak ortaya çıkışına göre değişir.
- 353 **2. Doğan geleneğe uymanın zorunlu olduğu kanısının yerleşmesi:** Bir geleneğin alelâde örf ve âdet olmaktan çıkıp, bir örf ve âdet hukuku kuralı haline gelebilmesi için, toplumda bu geleneğe uyulmasının zorunlu olduğu kanısının (opinio necessitatis) yerleşmiş olması gerekir. Buna da örf ve âdet hukuku kuralının manevî (psikolojik) unsuru denilmektedir.
- 354 Bazı yazarlar¹⁸² bu iki şartın dışında bir de “Devletin yaptırım gücü ile desteklenmiş olma” veya “Devlet ve özellikle yargı organları tarafından benimsenme” şartını aramaktadırlar. Kanaatimizce hukukumuzda böyle bir şartın aranması söz konusu değildir; yukarıdaki iki şart gerçekleşmiş ise bir örf ve âdet hukuku kuralı doğmuş olur¹⁸³. Örf ve âdet hukuku kuralının uygulanmasını gerektiren durumla (kanun

175; Akyol, Medenî Hukuk, 301 vd.; Işıktaç, 40 vd.; BGE 56 I 42; BGE 81 I 34; Yarg. 15. HD, 18.10.1984, 2462/5190 (Kazancı).

¹⁸² Ataay, 119; Tekinay, Medenî Hukuk, 67; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 87-88; Velidedeoğlu, Umumî Esaslar, 104; Zevkliiler/Acabey/Gökyayla, 71; Dural/Sarı, 106.

¹⁸³ Aynı kanaatte İmre, 182; Işıktaç, 46-47; Edis, 101-102; keza, böyle bir şartı aramamakla, aynı görüşte sayılabilecek Hatemi, Medeni Hukuk, 75; karşı. değişik gerekçeyle aynı görüşte Öztan, Medenî Hukuk, 153.

Köprülü ise, “Hukukun temel ilkeleri ile genel ahlâk, âdap kamu yarar ve düzene ve kişilik haklarına aykırı bulunmama” şartını arıyor (Köprülü, 110). Bize göre bu, bir örf ve âdet hukuku kuralının doğumu noktasında değil, uygulanıp uygulanmaması açısından rol oynayacak bir husustur.

boşluğu ile) karşılaşan hâkimlerin ilki dahi bu kuralı uygulamak zorundadır. Hâkimin, bu kuralı daha önce devletin yaptırıma bağlamış olup olmadığını veya daha önce bir mahkemede uygulanıp uygulanmadığını araştırması söz konusu olamaz. Örf ve âdet hukuku kuralının uygulanması mecburiyeti Medenî Kanununun 1. maddesine dayanır; bu hükümde ise böyle bir şart aranmamaktadır. Kaldı ki, örf ve âdet hukuku kuralının varlığını kabul edebilmek için Devletin yaptırım gücüne bağlanma koşulu aranırsa, Devlet bu yaptırımı bir yasa hükmü ile getireceğine göre, bu takdirde “örf ve âdet hukuku kuralı” ile temelinde bir örf ve âdet kuralı yatan “kanun hükmü” arasında hiçbir fark kalmayacaktır. O zaman da “örf ve âdet hukuku kuralı” kavramını kullanmanın ve buna MK m. 1’de yer vermenin bir anlamı olmayacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.3.2001 tarih ve 355 7-182/242 sayılı Kararında açıkça, hâkimin “... Kanun boşluklarını doldururken *Devlet müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan ... örf ve âdet hukukunu...*” göz önünde tutacağı ifade edilmiştir¹⁸⁴.

Mahkemelerin bir kanun boşluğunu doldurmadaki sürekli uygulamasının bir örf ve âdet hukuku kuralının oluşumuna yol açması, yaptırım yönünden değil, başka bir yolla olabilir. Şöyle ki, kanun tarafından düzenlenmeyen bir konuda, mahkeme kararlarının sürekli olarak belirli bir çözümü benimsemek suretiyle boşluğu doldurmaları halkta, bu çözüme uymanın zorunlu olduğu kanaatini yerleştirirse, hâkim tarafından yaratılan kural bir örf ve âdet hukuku kuralı haline gelebilir. 356

Bazen de mahkemelerin hep aynı yönde karar vermelerinin sebebi, 356a tam tersine, o konuda zaten yerleşmiş bulunan bir örf ve âdet hukuku kuralının bulunması olabilir. Bu halde mahkemenin kararı, sadece o konuda bir örf ve âdet hukuku kuralının varlığını teyit etmiş olur¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Karar için bkz. Kazancı.

¹⁸⁵ Faturanın “kapalı fatura” (alt kısmı, faturayı düzenleyen alacaklı tarafından imzalanmış fatura) niteliğinde olmasının, bedelinin ödendiği anlamına geleceği yargı organlarınca hep kabul edilen bir ticarî örf ve âdet hukuku kuralıdır. Nitekim

III. ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN ROLÜ

357

1- Örf ve âdet hukukunun esas rolü, ikinci derecede bir hukuk

bu yolda ticarî bir örf ve âdet hukuku kuralının oluştuğu, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 18.1.2001 tarih ve 6236/300 sayılı kararı (YKD, 2002/1, sh. 88-89) ile Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 4.10.2004 tarih ve 3934/4815 sayılı kararında (Kazancı) açıkça ifade edilmiştir. Bkz. aynı şekilde: Yarg. 15. HD, 21.01.2014, E. 2013/5751, K. 2014/453; Yarg. 15. HD, 22.06.2010, E. 2010/1644, K. 2010/3557; Yarg. 15. HD, 26.09.1996, E. 1996/2915, K. 1996/4767 (kararlar için bkz. Kazancı). Bazı kararlarında ise Yargıtay, açıkça örf ve âdet hukuku niteliğine yer vermeksizin aynı sonuca varmakta ve faturanın “kapalı fatura” olarak düzenlenmiş olmasının, bedelinin ödendiği yolunda bir karine oluşturacağını ve ispat yükünü tersine çevireceğini, bu durumda karinenin aksinin (fatura bedelinin ödenmiş olmadığı) karşı tarafça ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 23. HD, 27.02.2014, E. 2013/8069, K. 2014/1427; Yarg. 13. HD, 13.05.2013, E. 2013/2176, K. 2013/12170; Yarg. 19. HD, 11.02.2013, E. 2012/7418, K. 2013/2468; Yarg. 19. HD, 26.04.2010, E. 2009/8088, K. 2010/5031; Yarg. 15. HD, 18.09.2007, E. 2007/4196, K. 2007/5413; Yarg. 19. HD, 16.07.2007, E. 2007/2130, K. 2007/7484; Yarg. 19. HD, 18.01.2001, E. 2000/6236, K. 2001/300 (kararlar için bkz. Kazancı). Ankara Ticaret Odası'nın 21.12.1948 tarih ve 6 sayılı kararı da bu yöndedir. Bkz. **Arkan**, 93, 151.

Burada, ticarî yaşamda yerleşmiş bulunan bir örf ve âdet hukuku kuralının yargı organlarınınca da benimsenerek, teyit edilmesi söz konusudur. Nitekim uygulamada yerel mahkemelerin, kapalı faturanın, bedelinin ödendiği anlamına geleceği yolunda bir ticarî örf ve âdet hukuku kuralının bulunup bulunmadığını o yerin Sanayi ve Ticaret Odası'ndan sordukları Yargıtay kararlarından anlaşılmaktadır. Meselâ bkz. Yarg. 15. HD, 21.01.2014, E. 2013/5751, K. 2014/453; Yarg. 19. HD, 18.01.2001, E. 2000/6236, K. 2001/300; Yarg. 15. HD, 30.06.2003, E. 2003/3100, K. 2003/3569 (kararlar için bkz. Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 349 ve Nr. 1047.

Keza, senedin çizilmiş veya yırtılmış olması da Yargıtay tarafından “ödeme” anlamına gelen bir karine sayılmakta ve bu konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı oluşabileceği kabul edilmektedir. Meselâ bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.9.1976, 3837/3840 (Kazancı): “...senedin çapraz çizgilerle iptali, imza yerinin yırtılması, makbuz verilmesi gibi işlemlerin ödeme için varsayım olarak kabulü gerekir. Bu durumda taraflar isticvap edilerek yukarıda belirtilen ve senetlerde görülen yırtılmanın nedeni üzerinde durulması ve gerektiğinde T.T.K. 1 ve 2. maddeleri gereğince bu işlemin, ödeme bakımından bir teamül veya örf ve âdet olup olmadığının usulen tahkiki gerekirken...”

kaynağı olarak kanun boşluğunu doldurmasıdır¹⁸⁶. Buna “örf ve âdetin tamamlayıcı rolü” denilebilir.

Hemen belirtelim ki, bir örf ve âdet hukuku kuralı, sıradan bir gele- 358
neğin (âdetin, teamülün) oynayacağı rolü evleviyetle (öncelikle) oynar.

a) Örf ve âdet hukuku kuralları, kanunun örfe veya yöresel âdete 359
yollama yaptığı hâllerde, bu konulardaki hüküm içi boşluğu doldurma-
ya yarar. Meselâ, BK m. 357/f. 2’de yerel âdete yapılan yollamadaki
boşluk, memleketimizde *yarıcılık* adını taşıyan örf ve âdet hukuku
kuralı ile doldurulacaktır. Keza, hayvan kirasında mahallî âdete yapılan
yollamada (BK m. 376-378) kanundaki boşluk, *ortakçılık* adını taşıyan
örf ve âdet hukuku kuralı ile doldurulur¹⁸⁷. Fakat hemen işaret edelim
ki, örfe ve yöresel âdete yollama yapılan hâllerde, hüküm içi boşluğun
doldurulması için alelâde bir geleneğin (teamülün) varlığı yeter; bu
geleneğin bir örf ve âdet hukuku kuralı niteliğini kazanmış olması aran-
maz. Fakat geleneğin bir örf ve âdet hukuku kuralı niteliği kazanmış
olması, bunun, bir alelâde geleneğin oynayacağı rolü de oynamasına
engel olmaz.

Yalnız belirtelim ki, alelâde örfe (yöresel âdete) yollama yapılan 360
hallerde, örf ve âdet hukuku kurallarının da bu rolü ifa edebilmeleri,
hiçbir zaman, yollamanın örf ve âdet hukukuna yapıldığı anlamını
taşımaz¹⁸⁸. Bu sebeple de alelâde örfe yollama yapan kanun hükümlerini
örf ve âdet hukukuna yollama yapıyormuş gibi ele almak isabetli
olmaz¹⁸⁹.

¹⁸⁶ **Tuor/Schnyder/Schmid**, 38 vd.; **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, Nr. 243; **Edis**, 102 vd. Bir uygulama örneği olarak bkz. Yarg. 4. HD. 21.12.1979, 11644/14383 (YKD, 1980/9, sh. 1216). İsviçre Federal Mahkemesi de örf ve âdet hukuku kuralının devreye girebilmesi için öncelikle bir kanun boşluğunun bulunmasını arıyor. Meselâ, bkz. BGE 90 I 141; BGE 104 Ia 313; BGE 105 Ia 84.

¹⁸⁷ Yarıcılık ve ortakçılık kavramları için bkz. **Velidedeoğlu**, Umumî Esaslar, 108 vd.; **Edis**, 103.

¹⁸⁸ Örf ve âdet hukuku ve alelâde örf kavramları için yabancı dillerde kullanılan ve bunların birbiriyle karıştırılmasını önleyen deyimler için bkz. Nr. 149.

¹⁸⁹ Karş. **Velidedeoğlu**, Umumî Esaslar, 106 vd.; **Ataay**, 125; **Saymen**, 97 vd.

- 361 b) Örf ve âdet hukukunun bazı kanun hükümlerinin yorumlanmasında yardımcı rol oynayabileceği de kabul edilmektedir¹⁹⁰. Fakat bu fonksiyon, örf ve âdet hukuku kuralına özgü değildir; alelâde bir gelenek kuralı da bu işlevi yerine getirebilir. O halde, bir gelenek kuralının, kanunun yorumunda kullanılabilmesi için, onun mutlaka bir “örf ve âdet hukuku kuralı” halini almış olmasını aramak söz konusu değildir. İcabında alelâde bir gelenek de kanun hükmünün yorumlanmasında rol oynayabilir¹⁹¹. Örf ve âdet hukuku kuralları alelâde bir geleneğin oynayacağı role evleviyetle (öncelikle, haydi haydiye) sahip olduklarına göre, haliyle, yorumda da uygulama alanı bulacaklardır; fakat bu durumun bir özelliği yoktur.
- 362 Şu nokta gözden uzak tutulmamalıdır: Örf ve âdet hukuku kuralı da sonuçta bir “hukuk kuralı”dır ve bu vasfını doğrudan MK m. 1 hükmünden alır. Bir “örf ve âdet kuralı” ile “örf ve âdet hukuku kuralı” arasındaki değer ve güç farkı da öncelikle bu noktada kendini gösterir¹⁹².

¹⁹⁰ Ataay, 125; Özsunay, 176; Edis, 105; Tekinay, Medenî Hukuk, 68; Işıktaç, 87-88; Öztan, Medenî Hukuk, 153.

¹⁹¹ Yarg. 14. HD, 12.3.2007, 1210/2506 (Kazancı): “Çatının onarımı bir projeye bağlanmamıştır. Bu gibi işlerde (geçerli) örf ve âdete göre komşu taşınmaz mâlikinin öncelikle ortak alandaki iyileştirmeyi kendisinin yaptırması, iyileştirme giderlerini belgeleyerek komşu taşınmaz mâlikinden onun yararlandığı orandaki katılma payını harcamayı, yaptıktan sonra istemesi gerekir. Çatıdaki iyileştirme henüz gerçekleşmeden ve gerçek masraf henüz ortaya çıkmadan katılma payının peşin olarak davalıdan tahsili doğru değildir”.

Bu kararda, borcun ifa zamanının belirlenmesinde alelâde bir gelenek kuralından yararlanıldığını görüyoruz. Kararda kullanılan “örf ve âdet” ibaresi bu anlamdadır; yoksa burada bir “örf ve âdet hukuku kuralı”nın uygulanması söz konusu değildir; esasen karara konu uyuşmazlık bakımından, bunu gerektirecek bir kanun boşluğu da bulunmamaktadır.

¹⁹² Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.3.2001 tarih ve 7-182/242 sayılı kararında, eski MK m. 1/f. 2 hükmünde yer alan “... örf ve âdete göre...” ibaresinin “örf ve âdet hukukuna göre” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. Kazancı. Fakat Yargıtay’ın çoğu kararında bu ayırıma dikkat edilmemektedir.

2- Bir örf ve âdet hukuku kuralı, yasama organını bir kanun hükmünü değiştirmeye veya yeni bir kanun hükmünü kabule zorlayıcı bir rol de oynayabilir. 363

Kanuna aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının kanun karşısındaki durumu bazı yabancı hukuk düzenlerinde tartışma konusu olmakla beraber¹⁹³, hukukumuzda kanun, örf ve âdet hukukundan önce gelen bir hukuk kaynağı olduğu için, örf ve âdet hukuku kuralının kanun hükmünün yerini alması mümkün değildir¹⁹⁴. Fakat kanuna aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının varlığını sürdürmesinin kanun hükmünün uygulanmasını fiilen engellediği görülmüştür. Böyle durumlarda kanun koyucuya düşen görev, artık ihtiyaçlara cevap vermeyen kanun hükmünü değiştirmektir. Şu halde, örf ve âdet hukukunun, kanun koyucuyu kanun hükmünü değiştirmeye zorlaması mümkündür¹⁹⁵. Ancak, bu görev hâkime düşmez. 364

Böyle olmasa bile, önce örf ve âdet hukuku zemininde ortaya çıkan bir kural, sonradan bir kanun hükmü haline de gelebilir. İsviçre’de bankaların, müşterilerinin tasarruf mevduatı hesaplarına yatırdıkları paralar ile ilgili sırları saklamaları kuralı böyle bir gelişme göstermiştir¹⁹⁶. 365

¹⁹³ Bu konuda bkz. **Caroni**, 128 vd.

¹⁹⁴ **Saymen**, 102; **Dural/Sarı**, 108-109; keza bkz. Yarg. 3. HD, 20.12.1951, 16755/12575 (TİK, c. 6, No. 1630); Yarg. 3. HD, 14.1.1960, 93/216 (Ad. Der., 1960, sh. 406). **Köprülü**, 110’da aranan şart (bkz. Nr. 354) bu anlamda kabul edilebilir. Karş. tamamlayıcı ve yorumlayıcı kanun hükümlerine aykırı bir örf ve âdet kuralı oluşabileceğine ve bunun uygulama alanı bulabileceğine işaret eden **Edis**, 107.

¹⁹⁵ Bkz. **Tour/Schnyder/Schmid**, 39; **Edis**, 107; Anayasa Mahkemesinin 20.9.1966 tarihli ve E. 1963/156, K. 1966/84 sayılı Kararı (AMKD., sayı 4, sh. 142) ile iptal edilmiş olan 25.11.1936 tarihli ve 55 sayılı Düşünlerde Men’i İsrifat Kanunu’nun uygulanmasını, örf ve âdetin engellediği söylenebilir (Bkz. **Tekinay**, *Medenî Hukuk*, 68).

¹⁹⁶ Bkz. **Deschenaux**, 96; bir başka örnek için bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid**, 39.

§ 4. HÂKİM TARAFINDAN YARATILAN HUKUK

I. GENEL BAKIŞ

- 366 Medenî Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir.*” hükmü hâkime, çözmek zorunda olduğu meseleye uygulanacak kuralı gerektiğinde bizzat yaratma yetkisini vermiştir. Bu, hâkim için bir yetki olduğu kadar, aynı zamanda bir görevdir¹⁹⁷. Zira, Anayasanın 36. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki dâvaya bakmaktan kaçınamaz*”. Bu sebeple kanunda ve örf ve âdet hukukunda meseleye uygulanacak bir kural bulunmadığı gerekçesiyle hâkim bir uyuşmazlığı çözmekten kaçınmaz¹⁹⁸.
- 367 Hâkimin, karşısına gelen dâvayı sonuçlandırma mecburiyeti başka hukuk düzenlerinde de vardır. Meselâ, Fransız Medenî Kanununun 4. maddesi, “*Bir mesele hakkında kanunun sustuğunu, karanlık veya yetersiz olduğunu ileri sürerek karar vermekten kaçınan hâkim hakkında hakkı yerine getirmekten kaçınma suçundan dolayı kovuşturma yapılır*” hükmünü taşımaktadır.
- 368 Medenî Kanununun 1. maddesinin özelliği, hâkimin dâvaya bakma mecburiyetinde değil, kanun boşluğunu doldururken uygulayacağı yöntemdedir¹⁹⁹. Şöyle ki:

¹⁹⁷ Yarg. 19. HD, 8.7.2004, 12100/8151; Yarg. HGK, 10.12.1997, 19-665/1018; Yarg. HGK, 01.12.1999, 19-1000/1000; Yarg. HGK, 4.6.2003, 21-349/382; Yarg. HGK, 25.2.2004, 10-109/115 (bu kararlar için bkz. Kazancı).

¹⁹⁸ HMK m. 46/f.1, (e) uyarınca, hâkimin hakkı yerine getirmekten kaçınması, hak sahibine, Devlet aleyhine tazminat davası açma hakkı verir. Böyle bir dava sonucunda Devlet hak sahibine tazminat öderse, hâkime rücû eder (HMK m. 46/f.3).

¹⁹⁹ Deschenaux, 101. Karş. Edis, 118-119. Yargıtay ise bazı kararlarında, MK m. 1’de hâkime tanınan hukuk yaratma yetkisini, “Devlet yaşamında yasal boşluktan söz edilemeyeceği” gerekçesine ve Devletin devamlılığı ilkesine dayandırmıştır. Bkz. Yarg. 21 HD, 4.4.2002, 1496/2899 (Kazancı); Yarg. 21. HD, 12.6.2003, 4914/5573 (Kazancı); Yarg. 21. HD, 14.10.2004, 4145/8476 (Kazancı).

Hâkim için dâvaya bakma mecburiyeti bulunan Fransa'da XIX. 369
yüzyıl boyunca, her meselenin çözümü kanun hükümlerinin yorumlanmasına bağlanmış; kanun hükümleri bu yolla, kanun yapılırken öngörülme-
yen olaylara da uygulanmaya çalışılmıştır. Bu akıma "Şerhçilik Okulu" (*Ecole de l'exégèse*) denilmiştir²⁰⁰. Yorum kavramı ile boşluk doldurma arasında fark görmeyen bu fikir akımı XIX. yüz-
yıl sonlarına doğru gücünü yitirmiştir. Bu hususta *François Géný*'nin yorum yöntemlerine ilişkin önemli eserinin²⁰¹ büyük etkisi olmuştur.

Kanun boşluğunun, yine kanundaki hükümlerden çıkarılacak kavramlara göre doldurulması hususunda Almanya'da XIX. yüzyılda etkili 370
olan "kavram içtihatçılığı" (*Begriffsjurisprudenz*)²⁰² akımı da hâkime hukuk yaratma imkânını tanımamıştır. Kanun hükümlerine ve kavramlara sıkı sıkıya bağlı kalarak bunları salt matematik mantığa dayalı olarak uygulayan bu akım, kuralların amaçlarını, karşılamayı hedefledikleri ihtiyaçları ve bu kuralların altında yatan sosyal ve ekonomik çıkar dengesini gözetmez. Haliyle bu akım, etkisine kapılmamaya özen gösterilmesi gereken, çağdışı bir hukukçuluk yöntemini temsil eder. 1794 tarihli, 17.000 maddelik Prusya Genel Kanununun 46. maddesi ise hakkında kanunda hüküm bulunmayan hallerde hâkimin meseleyi nasıl çözeceğini kanun komisyonundan sorması gerektiği esasını koymuştu²⁰³.

1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu, kanunda uygulanacak bir 371
hüküm bulunmaması halinde meselenin doğal hukuk ilkelerine göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmişti²⁰⁴.

²⁰⁰ Schwarz, *Medenî Hukuk*, 39; Edis, 112.

²⁰¹ François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2. éd., Paris 1932.

²⁰² Bu akım hakkında bilgi için bkz. Heck, *Begriffsbildung*, 9 vd., 163 vd.; Heck, *Schuldrecht*, 474; Bucher, *Begriffsjurisprudenz*, 274 vd.; Larenz, *Methodenlehre*, 19 vd.; Larenz/Wolf, 73 vd.; Koziol/Welser, 17-18; Serozan, *Medeni Hukuk*, 123 vd. Ayrıca bkz. Nr. 379.

²⁰³ Schwarz, *Medenî Hukuk*, 169; Edis, 113.

²⁰⁴ Özsunay, 123.

372 İşte İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının özelliği bu noktada, yani yukarıda belirtilen yöntemler yerine hâkime kanun koyucu gibi kural koyma yetkisi vermiş olmasında kendini göstermektedir²⁰⁵.

II. HÂKİMİN HUKUK YARATMASININ ŞARTLARI

373 Hâkimin hukuk yaratmasının söz konusu olabilmesi için, iki şartın gerçekleşmesi zorunludur:

374 **1- Hâkimin çözmek zorunda olduğu meseleye uygulanabilir bir kanun hükmü bulunmamalıdır.** Kanunda yer alan bir hükmün yorumlanması ile çözülebilecek bir konuda hâkimin hukuk yaratma yetkisi yoktur; hâkimin yapacağı şey, mevcut hükmü yorumlamak ve bu yorum sonucunda ulaştığı yargıya göre meseleyi çözüme bağlamaktır²⁰⁶.

375 **2- Örf ve âdet hukukunda da söz konusu kanun boşluğunu dolduracak bir kural bulunmamalıdır.** Örf ve âdet hukukunda meseleye uygulanacak bir kural varsa, hâkim, hukuk yaratma yetkisine sahip değildir; örf ve âdet hukuku kuralını uygulayarak meseleyi çözüme bağlamak durumundadır.

III. HÂKİMİN HUKUK YARATIRKEN UYGULAYACAĞI YÖNTEM

376 Hâkimin bir kanun boşluğunu doldurmak için kural koyarken uygulayacağı metod MK m. 1'de açıklanmıştır: Kanun koyucu gibi hareket etmek (*modo legislatoris*).

377 Buna göre, hâkim, kanun boşluğunu doldurmak için, dâva konusu olayla aynı tipteki olaylara uygulanabilecek genel ve soyut nitelikte

²⁰⁵ Yarg. HGK, 01.12.1999, 19-1000/1000 (Kazancı).

²⁰⁶ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, Nr. 257, 346; Tuor/Schnyder/Schmid, 40-41.

bir kural koymak zorundadır²⁰⁷. Hâkim, önündeki dâvayı, bu tarz bir kuralı yaratıp, olaya uygulamak suretiyle sonuçlandıracaktır. Diğer deyişle hâkim, kuralı yaratacak ve bu genel kuralı ilk olarak önündeki o meseleye uygulayacaktır. Hâkimin sadece önündeki olayın özelliklerini düşünerek kabul edeceği, o somut duruma özgü bir kural bu ilkeye uymaz.

Kanun koyucu gibi hareket etmekle yükümlü olan hâkim, kanun koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit edecek, bunları adalet duygusu içinde tartarak hayat ihtiyaçlarını karşılamaya elverişli ve aynı zamanda mevcut hukuk düzeniyle ve hukuk güvenliğiyle bağdaşacak bir kural bulacaktır²⁰⁸. Bu faaliyet, iyi bir hukukçuluk gerektiren, zor bir iştir.

Menfaatlerin tespiti ve tartılarak değerlendirilmesi, konulacak hukuk kuralının temel noktasıdır. Zira bu kural, ortadaki menfaat çatışmasını çözecektir. Bu husus, “*menfaat içtihatçılığı*” (*Interessenjurisprudenz*) adı verilen akımın²⁰⁹ hareket noktasıdır. *Jhering*'in 1877'de yayımlanan “*Der Zweck im Recht*” adlı eserinde

²⁰⁷ Deschenaux, 101; Edis, 137; Öztan, Medenî Hukuk, 155; Akyol, Medenî Hukuk, 282-283; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 134-135; ayrıca bkz. bu yönde: BGE 118 II 139; BGE 125 III 154; BGE 125 III 277; BGE 126 III 129; Yarg. HGK, 01.12.1999, 19-1000/1000 (Kazancı); karşıt. iltihakî (katılmalı) sözleşmelerdeki genel işlem şartları ile sömürülen tüketicilerin hâkimin yaratacağı hukuk kuralı ile korunmasını öngören Yarg. 13. HD. 18.3.1996, 1734/2495 (Uyar, 449).

²⁰⁸ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 316 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid, 42; Deschenaux, 101 vd.; Serozan, Medeni Hukuk, 174-175; Edis, 136 vd.; Yarg. HGK, 13.12.1989, 11-706/661; Yarg. HGK, 10.12.1997, 19-665/1018; Yarg. HGK, 4.6.2003, 21-349/382; Yarg. HGK, 15.10.2003, 10-531/567; Yarg. HGK, 29.11.2003, 21-18/35; Yarg. 10. HD, 8.12.2003, 4841/9019; Yarg. HGK, 25.2.2004, 10-109/115; Yarg. 10. HD, 29.3.2004, 210/2476; Yarg. 19. HD, 8.7.2004, 12100/8151; Yarg. HGK, 27.02.2008, 21-140/205; Yarg. 10. HD, 26.10.2010, 11494/14365 (kararlar için bkz. Kazancı).

²⁰⁹ Bkz. Heck, Auslegung, 1 vd. ve Begriffsbildung, 16 vd.; Lorenz/Wolf, 74 vd.; Engisch, Einführung, 245 vd. ve özellikle: Serozan, Medenî Hukuk, 126 vd. Ayrıca bkz. Nr. 145, 370.

ortaya atılan ve *Philip Heck* tarafından geliştirilen “*menfaat içtihatçılığı*” (*Interessenjurisprudenz*), kanunun yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında menfaatlerin esas alınmasına dayanan ve “*kavram içtihatçılığı*” (*Begriffsjurisprudenz*) yaklaşımını reddeden bir akımdır. Bu akım bir bakımdan, hukuk kurallarını bir yana bırakıp, uygulayıcının kendi sağduyusuna ve adalet anlayışına göre bir çözüm üretmesini salık veren “*serbest hukuk ekolü*” ne (*Freirechtsschule*) yaklaşıyor; fakat yine de kanuna bağlılığı kabul etmek suretiyle ondan ayrılır. Başka deyişle, menfaat hukukçuluğu akımı, her ikisi de reddedilmesi gereken “*kavram hukukçuluğu*” ve “*serbest hukuk ekolü*” arasında bir orta yol önermektedir. Bugün için tercih edilmesi gereken hukukçuluk yöntemi olarak öne çıkan bu akıma göre, hukuk kuralları hiç bir zaman yok sayılamaz ve bir kenara itilemez; fakat kanun hükümleri mekanik olarak uygulanacak, kuru ve yavan normlar ve değişmez kalıplar niteliğinde değildir. Her hükmün altına yatan bir ekonomik amaç ve korunan bir menfaat vardır. İşte kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve kanun boşluklarının doldurulmasında, hükmün amacının ve korumak istediği menfaatin ne olduğu saptanmalı ve bunlar günü koşullarına ve somut olayın özelliklerine göre uyarlanarak bir sonuca varılmalıdır.

380 Hâkim hangi menfaatin korunması gerektiğini saptarken, bir taraftan adalet duygusu ile hareket etmek ve hayatın ihtiyaçlarını göz önünde tutmak, diğer taraftan da varacağı sonucun (koyacağı kuralın) mevcut hukuk düzeni ile bağdaşmasına ve hukuk güvenliğini sarsmamasına dikkat etmek zorundadır²¹⁰. Zira hâkim hukuk yaratırken yepyeni bir hukuk düzeni kuracak olmayıp, mevcut hukuk düzeninin bir noktasını tamamlama işini görecektir.

²¹⁰ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 332 vd., 346 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 42; **Edis**, 139 vd.; BGE 119 Ib 311; BGE 121 III 219; BGE 125 III 154; Yarg. HGK, 01.12.1999, 19-1000/1000; Yarg. 27.02.2008, 21-140/205; Yarg. 10. HD, 26.10.2010, 11494/14365 (kararlar için bkz. Kazancı). Mevcut hukuk düzeni ile bağdaşma açısından ilk dikkat edilecek husus, hâkimin koyacağı kuralın Anayasaya aykırı olmamasıdır. Bkz. **Kaneti**, Etkiler, 208; **Öztan**, Medenî Hukuk, 156; **Edis**, 139.

Buna karşılık hâkim, hukuk yaratma faaliyeti sırasında, gerçekte 381 mevcut olmayan olguları varsaymak, sadece somut olaya özgü (kazuistik) bir çözüm getirmek veya basit yorum yöntemlerine başvurmak gibi olumsuz yaklaşımlardan kaçınmalıdır²¹¹.

Keza, hâkim, aslında hukuk kaynağı niteliğinde olmayan normlara 382 (müşterek hukuk veya doğal hukuk kuralları, genel hukuk ilkeleri gibi) veya yalnızca bazı doktrin görüşlerine veya yargı kararlarına doğrudan dayanarak kural koymaktan da sakınmalıdır; bu normlara hukuk yaratma faaliyeti esnasında sadece bir “araç” olarak başvurulabilir²¹².

IV. HÂKİMİN HUKUK YARATIRKEN YARARLANACAĞI İMKÂNLAR

1- Bir kanun boşluğu ile karşılaşan ve bunu MK m. 1’in kendisi- 383 ne yüklediği göreve uygun biçimde, soyut ve genel bir hukuk kuralı yaratarak doldurması gereken hâkimin ilk başvuracağı imkân, kanunun benzer durumları düzenlemek için koyduğu fakat önündeki meseleyi kapsamına almayan bir hükümden *öncelik* (evleviyet) veya *kıyas* (örnekseme) yolu ile yararlanmaktır²¹³.

²¹¹ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 336 vd.; **Edis**, 140 vd.; **Akyol**, Medenî Hukuk, 295-296.

²¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, Nr. 339; **Edis**, 140 vd.; **Akyol**, Medenî Hukuk, 289, 296.

²¹³ **Tuor/Schnyder/Schmid**, 42; **Akyol**, Medenî Hukuk, 284-285; **Serozan**, Medeni Hukuk, 150 vd. Bir kanun boşluğunu doldurmak için kanunun hâkimin hukuk yaratırken başka bir hükmünden kıyasen yararlanması ile “*kanunun bir hükmünün anlamının tesbitinde, benzer bir durumu düzenleyen başka bir kanun hükmünden kıyasen yararlanma*” ve “*kanunun bir maddesinin başka bir hükmün kıyasen uygulanmasını emrettiği hallerde yollama yapılan hükmün kıyasen uygulanması*” birbirine karıştırılmaması gereken üç ayrı durumdur. Birinci halde ortada bir kanun boşluğu sözkonusu iken, ikinci ve üçüncü hallerde kanun boşluğu yoktur; mesele, mevcut kanun hükmünün uygulanması ile ilgilidir.

Yargıtay ise, bazı kararlarında, “*kanun boşluğunun kıyas yoluyla doldurulması*”ndan bahsetmektedir. Meselâ bkz. Yarg. HGK, 13.12.1989, 11-706/661; Yarg. HGK,

- 384 Meselâ, İsviçre Federal Mahkemesi, ölen bir kimsenin terekesinin cenaze masraflarını karşılayamaması halinde, bu masrafların nasıl karşılanacağı hususundaki kanun boşluğunu, Medenî Kanunun nafaka hükümlerinden kıyasen yararlanmak suretiyle doldurmuştur²¹⁴. Zira bir kimseye hayatında yardım etmekle yükümlü olanların (eşi, babası, anası ve kardeşleri; MK m. 185/f. 3, 186/f. 3, 364), onun ölümü halinde cenaze masraflarını da karşılamaları gerekir. Bunun sebebi, yardım yükümlülüğünü öngören kanun hükümlerinin altında yatan temel mantığın ve gerekçenin, ölüm halinde de aynen geçerli olmasıdır. Nitekim Federal Mahkeme de iki durum arasındaki benzerlikten yararlanmıştır.
- 385 Yargıtay da eski Medenî Kanun döneminde evlâtlık ilişkisinin sona erdirilmesinde küçük veya kısıtlının durumu açısından varlığını kabul ettiği kanun boşluğunun, evlât edinme işlemine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması yoluyla doldurulacağını kabul etmişti²¹⁵.
- 386 2- Hâkim, başka bir kanun hükmünden yararlanma imkânı bulamasa dahi kanunun *ruhundan* yararlanabilir. Meselâ, Borçlar Kanunumuz çeşitli sürekli borç ilişkilerinde taraflara haklı sebeplerle bu ilişkiye son verme hakkı tanımış (BK m. 435, BK m. 639/b. 7); fakat genel bir hükümle tüm sürekli borç ilişkileri için geçerli bir “haklı sebeple

27.02.2008, 21-140/205; Yarg. 10. HD, 26.10.2010, 11494/14365 (kararlar için bkz. Kazancı). Bu ifade hatalıdır: Burada, kanun boşluğunun, kanundaki bir başka hükmün kıyasen uygulanmasıyla doldurulması değil; kanun boşluğunu doldurması için hâkim tarafından yaratılacak soyut ve genel hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde, benzer konuyu düzenleyen bir kanun hükmünden esinlenilmesi ve kıyasen yararlanılması söz konusudur. Yargıtay’ın yukarıda anılan kararlarında kullanılan “kanun boşluğunun kıyas yoluyla doldurulması” ibaresi bu şekilde anlaşılmalıdır. Esasen, kanun boşluğu, başka bir hükmün kıyasen uygulanmasıyla değil, hâkim tarafından MK m. 1 uyarınca son tahlilde hukuk kuralı yaratılarak doldurulur. Somut uyumsuzluğu çözmeye elverişli, kıyasen de olsa uygulanabilir bir kanun hükmü varsa zaten bir kanun boşluğu yok demektir.

²¹⁴ JdT 1928 I 354 = BGE 54 II 90.

²¹⁵ Yarg. 2. HD, 26.11.1974, 7547/7351 (YKD, 1975/4, sh. 34). Bkz. ve karş. Nr. 200’deki dipnotu.

fesih” imkânını öngörmemiştir. Bu hükümler, kanunun, bir sürekli borç ilişkisine haklı sebeplerin varlığı halinde son verebilmeyi bir temel esas saydığını, kanunun ruhunun bu yolda olduğunu gösterir. Kanunda özel olarak düzenlenmemiş veya düzenlenmekle beraber haklı sebeple fesih imkânı tanınmamış bir sürekli borç ilişkisinde de hâkim, bu ilişkinin haklı sebeplerin varlığı halinde sona erdirilebileceği yolunda bir kuralı, kanunun ruhunu göz önünde tutarak koyabilir.

3- Hâkim, diğer yetkilerini kullanırken olduğu gibi, kanun boşluğunu doldururken de doktrinden ve mahkeme içtihatlarından yararlanacaktır²¹⁶. Bir kanun boşluğunun nasıl doldurulacağı daha önce tartışma konusu olmuş ve doktrinde veya mahkeme içtihatlarında ya da her ikisinde bu boşluğu dolduracak kural belirtilmişse, hâkim bu kuraldan yararlanabilir; aynı kuralı kendisi de benimseyip uygulayabilir. Şüphesiz hâkim, kendisinden önce yaratılmış bu boşluk doldurucu kuralı benimsemek zorunda değildir; kendisi tamamen farklı ve yeni bir kural yaratabilir; fakat bu (mevcut) kuralı neden benimsemeyip, başka kural yaratma yoluna gittiğinin gerekçesini açıklamak zorundadır.

4- Hâkim, bir boşluğu doldururken, hukuk tarihinden²¹⁷ ve karşılaştırmalı hukuktan²¹⁸ da yararlanabilir. Türk hâkimi için bu hususta İsviçre Hukuku ayrı bir önem ve özellik taşır²¹⁹.

²¹⁶ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 422 vd., özellikle 440 vd. ve 474-vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 42, 45; Yarg. 4. HD, 6.3.2018, E. 2017/3553, K. 2018/1561 (Kazancı).

²¹⁷ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 390 vd.; **Caroni**, 169; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 42.

²¹⁸ **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 1, N. 360 vd.; **Caroni**, 168; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 42.

²¹⁹ Bu konuda bkz. Nr. 261.

Meselâ, en yakın kanunî mirasçılardan tamamının mirası reddetmeleri halinde durumun ne olacağını düzenleyen eski MK m. 552'nin –hatalı çeviriden kaynaklanan– lâfzı ile ruhu birbiriyle bağdaşmıyordu ve bu konuda bir kanun boşluğu mevcuttu. İşte bu boşluğun kaynak ZGB Art. 573'e göre doldurulması

- 389 5- Hâkimin, kanun boşluğunu doldurma faaliyeti sırasında ülkenin hukuk yaşamındaki gelişmeleri de nazara alması gerekir. Meselâ, boşluğun ilişkin olduğu soruna yönelik yeni bir kanun tasarısı hazırlanmışsa, yakın gelecekteki pozitif hukukun parçası olmaya aday bu Tasarıdaki çözüm ve yaklaşımın hâkim tarafından dikkate alınması, yaratacağı hukuk kuralının kalıcı ve yeni sistemle uyumlu olması bakımından yerinde olacaktır²²⁰.

V. HÂKİMİN YARATTIĞI HUKUK KURALININ ROLÜ

- 390 Hâkim, yarattığı hukuk kuralını, çözmek zorunda olduğu ve bu kuralın konulmasına sebep olan uyumsuzluğa uygular ve buna göre kararını verir. Bu karar, gerek hukuk yaratma şartları bulunup bulunmadığı, gerek konulan kuralın isabetli olup olmadığı ve gerekse kuralın uygulanışının uygun olup olmadığı açısından Bölge Asliye Mahkemesi ve Yargıtay tarafından kontrol edilebilir²²¹.
- 391 **Hâkimin yarattığı hukuk kuralı bir “kanun hükmü” niteliğinde değildir.** Bu bakımdan, koyduğu kural ne o hâkimi, ne de diğer

önerilmişti. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Red, 45 vd. Yeni MK m. 612 ile bu sorun giderilmiş, ZGB Art. 573’e paralel düzenleme getirilerek kanun boşluğu ortadan kaldırılmıştır.

- ²²⁰ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.3.2007 tarih ve 19-132/153 sayılı kararında (Kazancı) bunun bir örneği yer almaktadır. Bir kanun boşluğunu tespit eden Genel Kurul, bu boşluğun doldurulması için yaratılacak kural oluşturulurken, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na atf yapmakta ve şöyle demektedir: “*Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin gündeminde olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, mevcut kanundaki eksiklik giderilmiş ve policede sebepsiz zenginleşme hükümlerini gösteren 732 maddeye, 778/1-d bendinde gönderme yapılmış ve gerek öğreti, gerekse Yargıtay’daki baskın görüşü kanun maddesi olarak düzenlemiştir.*”
- ²²¹ **Edis**, 154; **Anayurt**, 239. **Özsunay** ise hâkim tarafından yaratılan hukuk kuralının Yargıtay tarafından ancak “kanunların ruhuna uygunluk bakımından” denetlenebileceği görüşündedir. Bkz. **Özsunay**, 220.

mahkemeleri bağlar²²². Fakat özellikle, daha önce bir hukuk kuralı yaratmış olan hâkim, aynı tip bir olayda bundan farklı bir kural koymaya kalkışırsa, bunu çok sağlam gerekçelere dayandırmak zorundadır²²³.

Ancak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları, benzer olaylarda bütün mahkemeleri bağlayıcı bir güce sahip olduğu için, bu kararlar arasında kanun boşluğunu doldurucu nitelik taşıyanlar, haliyle bütün mahkemeleri bağlayacaktır. Bunun yasal dayanağı, 04.02.1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, "İçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar." hükmüdür. 392

§ 5. MEDENÎ HUKUK UYGULAMASINDA BİLİMSSEL GÖRÜŞLERİN VE YARGI KARARLARININ ROLÜ

I. GENEL BAKIŞ

Medenî Kanununun 1. maddesinin 3. fıkrasına göre "Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır." 393

Bu fıkra hükmü, hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin 2. fıkranın bir devamı değildir; hem 1., hem de 2. fıkrayı kapsamaktadır. Dolayısıyla, 3. fıkra düzenlemesi sadece hâkimin hukuk yaratacağı hâllerde değil, hâkimin bir kanun hükmünü uyguladığı veya yorumladığı hâllerde de uygulama alanı bulacak olan bir direktif hükmüdür²²⁴. 394

Hâkim, kararlarında bilimsel görüşlerden (doktrinden) ve yargı kararlarından (mahkeme içtihatlarından) yararlanmak durumunda ise de bunlarla bağlı değildir. Bu sebeple de doktrin ve mahkeme içtihatları –Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları dışında– Medenî Hukukun 395

²²² Edis, 153; Özsunay, 219; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 136; Anayurt, 239; Akyol, Medenî Hukuk, 298-299.

²²³ Edis, 153; Özsunay, 219; Akyol, Medenî Hukuk, 299.

²²⁴ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, N. 423 vd.; Deschenaux, 112.

birer yürürlük kaynağı değildir; bunlar hâkime yardımcı nitelikte, önemli birer bilgi kaynağıdır²²⁵.

II. DOKTRİNDE YER ALAN BİLİMSEL GÖRÜŞLER

1- Anlamı

- 396 MK m. 1/f. 3 anlamında “bilimsel görüşler”den maksat, hukuk bilimi ile uğraşanların, eserlerinde hukukî meseleler hakkında açıkladıkları düşüncelerdir. Bu düşünceler, “doktrin” (öğreti) üst kavramı altında toplanırlar.
- 397 Açıklanan bu görüşler, hukuk kuralları arasındaki ilişkilerin tespiti; kuralların anlamının, kabul ediliş sebebinin, tarih içindeki gelişiminin ortaya konulması; bir kuralın toplumun ihtiyaçlarına ne derece cevap verdiğinin, arzu edilen hukuka ne derece uygun olduğunun açıklanması gibi geniş bir yelpazede ortaya çıkarlar.
- 398 Doktrinin kapsamına sadece yürürlükteki hukuku izah eden dogmatik eserler değil, hukuk felsefesine, hukuk tarihine, hukuk sosyolojisine ait eserler de girer. Hattâ hâkim, Türk Hukukundaki bir hükmün yorumlanması veya bir boşluğun doldurulması için yabancı hukuk düzenlerine ait eserlerden de yararlanabilir. Bu konuda Türk Medenî Hukuku için İsviçre hukuk öğretisi ayrı bir önem taşır.

²²⁵ Aynı görüşte **Caroni**, 165; **Edis**, 224, 228; karş. benzer şekilde **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 137; karş. bunlar için “yardımcı yürürlük kaynağı” nitelendirilmesinde bulunan **Hatemi**, Medeni Hukuk, 79 vd.; keza, “ikinci derecede kaynak” durumunda kabul eden **Akyol**, Medenî Hukuk, 296, 314.

Bu sebeptendir ki, hâkim, kararını somut olayın koşullarını irdeleyip gerekçeye bağlamadan, sırf doktrine veya içtihatlarla dayandırarak veremez. Bu konuda bkz. BGE 109 Ia; BGE 116 II 145; BGE 118 II 50; BGE 124 III 401; BGE 126 II 8; BGE 126 III 223; BGE 127 III 351; BGE 128 III 1; II. ZA, 1.10.2002, 5C. 163/2002 (İsv. FM-İnternet); II. ZA, 13.12.2002, 5P. 365/2002 (İsv. FM-İnternet); II. ZA, 20.12.2002, 5C. 236/2002 (İsv. FM-İnternet); II. ZA, 16.4.2003, 5C. 46/2003 (İsv. FM-İnternet).

2- Eser Tipleri

Hukuk bilimiyle uğraşanların fikirlerini açıkladığı eserler, izledikleri amaç, uyguladıkları yöntem ve kapsadıkları konular açısından çeşitli şekiller arz eder. Şöyle ki: 399

a) *Sistemantik eserler*: Bunlar hukuk kurallarını ve müesseseleri bir bütün halinde ele alıp, sistemantik bir plân uyarınca inceleyen eserlerdir. Bu eserlerde konular kanundaki sıraya göre değil, çeşitli kural ve müesseseler arasındaki bağlantı göz önünde tutularak, izlenen plân uyarınca mantıkî bir sıra içinde incelenir. Bu tip eserler özellikle öğretim alanında yararlıdır. 400

b) *Şerhler*: Bunlar kanun maddelerini kanundaki sıra uyarınca birer birer ele alıp, maddedeki fikir silsilesini takip ederek inceleyen ve yorumlayan eserlerdir. Bir madde ile ilgili bütün bilgilerin bir arada bulunmasını sağladığı için, hukuk uygulamacılarına yararlı olmaktadır. İsviçre’de Bern şerhi (*Berner Kommentar*), Basel şerhi (*Basler Kommentar*) ile Zürih şerhi (*Zürcher Kommentar*); Almanya’da Münih şerhi (*Münchener Kommentar*), Soergel şerhi (*Soergel’s Kommentar*) ve Staudinger şerhi (*Staudinger’s Kommentar*) bu anlamda en ünlü şerhlerdir. 401

Ülkemizde “şerh” adı altında yayınlanan kitapların çok büyük bir kısmı, sadece ilgili kanun maddesine ilişkin Yargıtay kararlarının kopyala-yapıştır yöntemiyle alt alta dizilmesinden ve başlangıcına da birkaç satırlık veya sahifelik genel bir izahat konulmasından ibarettir. Bunların gerçek anlamı ile “şerh” sayılmaları mümkün değildir. Bugün Türkiye’de halen, yukarıdaki Alman ve İsviçre örneklerine uygun, gerçek mânâda bir Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu şerhi bulunmamaktadır. 402

c) *Monografiler*: Bunlar belirli bir konuyu derinlemesine ve çeşitli yönleriyle inceleyen eserlerdir. Hukuk biliminin gelişmesinde büyük rolleri vardır; sistemantik eserlerin ve şerhlerin yazılmasını kolaylaştırırlar. 403

- 404 d) *Makaleler*: Belirli bir konuyu inceleyen ve dergilerde veya belirli bir kişi veya olay anısına çıkarılan armağan kitaplarında yayınlanan yazılardır. Monografilere nazaran makalelerde, daha dar bir konu ele alınır veya konu daha dar bir açıdan fakat çok daha detaylı biçimde incelenir.
- 405 e) *Eser veya içtihat tahlilleri*: Bir eserin veya mahkeme kararının özelliklerini belirtmek ve eleştirmek üzere yayınlanan yazılardır.
- 406 f) *Notlu kanunlar*: Esas itibarıyla kanun metnini ihtiva eden, fakat kanun maddelerinin altında o maddeye ilişkin bazı önemli noktalarda küçük açıklamalara ve yollamalara yer veren eserlerdir.
- 407 g) *Diğer eserler*: Bibliyografya konusundaki derlemeler ile içtihat derlemeleri, büyük pratik yararları bulunmakla beraber, doktriner yönden bir değer taşımazlar. Bibliyografya derlemeleri, belirli bir dönemde yayınlanan kitap, makale vs.nin neler olduğunu konulara ve yazar isimlerine göre derleyen eserlerdir. Araştırma yapanlara büyük kolaylık sağlar. İchtihat derlemeleri de, mahkeme içtihatlarının kolayca aranıp bulunmasını ve topluca elde edilebilmesini temin eder. Son yıllarda daha ziyade internet ortamında yayınlanan bu derlemeler, özellikle hukuk uygulamacıları için yararlıdır.

3- Doktrinin Rolü

- 408 Doktrin, bir yandan yürürlükteki hukukun anlaşılmasını kolaylaştırır; diğer yandan da hukukun gelişmesine ve gelecekteki hukukun oluşumuna etki yapar.
- 409 Doktrin, hukuku öğrenmeye yeni başlayanlara olan hizmeti yanında, hâkimin kararlarında da ona yardımcı olur.
- 410 Doktrinin yeni (gelecekteki) hukukun oluşumuna etkisi de, bir yandan kanun koyucuyu yönlendirme, öte yandan bir kanun boşluğunu doldurmak için hukuk kuralı yaratmak durumunda olan hâkime bu konuda yol gösterme tarzında kendini hissettirir. Ayrıca, doktrinin

hukuk kamuoyunu aydınlatma ve sivil toplum kuruluşlarını yönlendirme rolü de vardır.

4- Hâkimin Doktrindeki Bilimsel Görüşlerden Yararlanması

Hâkim, gerek kanun hükümlerini yorumlarken ve uygularken, gerekse kanunun boşluğunu doldururken doktrindeki bilimsel görüşlerden yararlanacaktır. 411

İsviçre Medenî Kanununun 1. maddesinin konuya ilişkin 3. fıkrasının Fransızca metni, “doktrin tarafından teyid edilen çözüm”den (solutions consacrées par la doctrine), Almanca metni “teyid edilmiş doktrin”den (bewährte Lehre) yararlanmadan bahsetmektedir. Bundan maksat, genel kabul görmüş ve doğruluğu kabul edilmiş görüşlerdir²²⁶. Doktrinde oybirliğiyle veya büyük çoğunluk tarafından benimsenmiş olan bir görüşün gücü ve etkisi büyüktür. Fakat sağlam gerekçelere dayanan yeni bir görüş de o ân için azınlıkta kalmış olsa bile pekâlâ itibar görebilir. 412

Aslında hâkim, doktrinle bağlı olmayıp, sadece ondan yararlanmak durumundadır. Fakat bu serbesti, *hâkime doktrini hiç nazara almama hakkını vermez*: Hâkim doktrindeki bilimsel görüşleri dikkate alıp, bunları irdeleyecek; sonuçta bunlardan birini benimseyecek veya tümünü reddederek, gerekçeli biçimde kendi görüşünü oluşturacaktır. Şu hâlde, hâkim, doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşün aksini de benimseyebilir. Ama hangi görüşü benimserse benimsesin hâkim, o görüşü neden tercih ettiğini ve diğer görüşü neden reddettiğini kararında açıklamalı, bunun gerekçesini göstermelidir²²⁷. 413

²²⁶ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1, Nr. 435 vd.; Caroni, 166; Tuor/Schnyder/Schmid, 45; Deschenaux, 114; Edis, 223; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karman, 139.

²²⁷ Bkz. Yarg. HGK, 20.12.2000, 19-1774/1817 (Yarg. Dün., Şubat 2001, sh. 32 vd.); Yarg. HGK, 24.10.2001, 4-1016/757 (YKD, 2002/2, sh. 173 vd.); Yarg. 4. HD, 30.11.2000, 7739/10857 (Yarg. Dün., Ocak 2001, sh. 107). Tazminat mikta-

414 Medenî Kanunumuzun 1. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*” hükmü, hâkime açık bir emir niteliğini taşımaktadır. Buna göre, hâkim, kararını verirken doktrindeki bilimsel görüşlerle bağlı değilse de, bunları bir yardımcı hukuk kaynağı olarak nazara almak durumundadır. Hâkim, doktrini yok sayamaz²²⁸. Hükümde “yararlanana-

rını takdir yetkisine sahip hâkimin bu konuda bilirkişinin görüşünü niçin nazara almadığının gerekçelerini kararda göstermek zorunda olduğu yolunda bkz. Yarg. 1. HD. 4.2.2002, 1991/2659 (YKD, 2003/5, sh. 677 vd.); Yarg. 4. HD. 6.11.2002, 7810/12411 (YKD, 2003/4, sh. 528 vd.). Ayrıca bkz. Nr. 319, 320.

²²⁸ Bu konuda, maalesef doktrinde hiç eleştiri konusu yapılmamış olan **Danıştay 6. Dairesi'nin 12.10.2010 tarih ve E. 2008/13112, K. 2010/9098 sayılı kararı hukuk bilimi adına son derece üzücüdür.** MK m. 1/f.3'ün, tüm mahkemele-
rin, tüm yargıçlarına “açık bir emir” niteliğini taşıyan “*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden... yararlanır*” şeklindeki hükmüne rağmen, Danıştay 6. Dairesi, Medenî Kanun'un bu temel ve emredici normunu açıkça “yok” sayarak, somut olayda yerel İdare Mahkemesi'nin doktrindeki görüşlere dayanarak ve yararlandığı eserlere açıkça atıf yaparak tam anlamıyla bilimsel bir yöntemle verdiği kararı, salt “bilimsel görüşlerden yararlanıldığı” gerekçesiyle bozmuştur. Bu talihsiz kararda aynen şöyle denilmektedir: “*Mahkeme kararında belli kişilerin düşünce veya eserlerine atıf yapılması durumunda bazı düşünce ve kişilerin özellikle işaret edilmesi suretiyle yargıçların tarafsız ve objektif düşünceleriyle değil sübjektif düşüncelere dayalı karar verdikleri kanaati oluşabileceği ve bu durumun kararları tartışmaya açık hale getireceği tabiidir. Bu itibarla karara esas alınan düşünceyi atıfla ve dipnotta kişiye ve esere bağlayarak atıflı, dipnotlu bir şekil kullanmak suretiyle makale veya eser biçiminde karar yazılamayacağından, İdare Mahkemesince verilen temyize konu karar mevzuata ve hukuka aykırıdır.*” (Kararın tam metni için bkz. Kazancı).

Kararda esasa veya usûle ilişkin başkaca hiç bir bozma gerekçesi bulunmamaktadır ve Danıştay Savcısı'nın ve Danıştay Tetkik Hâkimi'nin görüşünün de isabetli olan yerel İdare Mahkemesi'nin kararının onanması doğrultusunda olduğu bizzat karar metninde belirtilmektedir. Ne var ki, tüm bunlara rağmen 6. Daire, isabetli olduğu anlaşılan yerel İdare Mahkemesi'nin kararını onamak yerine, böylesine tuhaf ve kanuna ve bilime açıkça aykırı bir gerekçe ile ve de üstelik oybirliğiyle bozabilmiştir. 6. Daire'nin bu mantığı kabul edilecek olursa, ülkemizdeki tüm hâkimlerin yurt dışından ithal edilmeleri gerekir. Çünkü ne de olsa Türk hâkimleri

bilir” yerine bilinçli olarak “yararlanır” ibaresinin yer alması da bunu göstermektedir.

MK m. 1/f. 3 anlamında dikkate alınması gereken bilimsel görüşler sadece bilim adamlarının kitaplarından ibaret değildir; tarafların HMK m. 293 uyarınca temin ettikleri özel uzman görüşleri ve bilim adamlarının yayınlanmış mütalâaları da bu kapsamda değerlendirilmek ve o görüşü benimseyip benimsememe iktidarı saklı olmak üzere hâkim tarafından dikkate alınmak gerekir²²⁹. 415

Diğer yönden, tüm mahkeme kararlarının “gerekçeli” olması zorunluluğu Anayasa’nın 141. maddesinin 3. fıkrasında ve HMK m. 297’de açıkça ifade edilmiştir. Gerekçe, kararın zorunlu unsurudur. Hâkim, kararında gerekçe belirtmeksizin hüküm tesis edemez. Keza, hâkim, kararında, sadece bilirkişi raporuna atıfta bulunarak veya bilirkişi raporundan alıntılar yaparak kararının gerekçesini oluşturamaz; salt bilirkişi raporunda belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne veya reddine karar veremez²³⁰. 416

HMK m. 293 kapsamında dosyaya sunulan uzman görüşü (özel bilirkişi raporu; hukukî mütalâa) bakımından da durum aynıdır. Uzman 417

Türk hukuk fakültelerinde bilim adamlarının kitaplarını okumuşlar ve derslerini dinlemişlerdir; bu sebeple de “etki altında” kalmışlardır! Bu mantık tuhaflığı bir yana, Yargıtay ve Danıştay’ın pek çok kararında (özellikle İçtihadı Birleştirme Kararları ve Genel Kurul Kararları’nın çok büyük çoğunluğunda) hep doktrindeki bilimsel eserlere atıf ve onlardan alıntılar yapılmış ve mes’eleler bu görüşler ışığında irdelenerek sonuca bağlanmıştır. 6. Daire’nin bu yaklaşımı benimsenirse, anılan on binlerce yüksek yargı kararı da salt bu sebeple hukuka aykırı sayılmalıdır!

²²⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 801.

²³⁰ Karslı, 730; Pekcanitez/Atalay/Özekes, sh. 811 ve orada dn. 6’da atıf yapılan Yarg. HGK, 09.02.2005, E. 2005/11-5, K. 2005/33; keza, Karslı, sh. 730, dn. 1367’de atıf yapılan Yarg. 13. HD, 19.10.2011, E. 2011/483, K. 2011/14759. Ayrıca bkz. Nr. 320.

görüşleri yargılamada bir “takdirî delil” teşkil eder²³¹. Hâkim şüphesiz uzman görüşleriyle bağlı değildir. Fakat bu ilke, hâkimin uzman görüşünü keyfî biçimde nazara almayabileceği anlamını taşımaz: Mahkeme, dosyaya sunulan bir uzman görüşünü mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek; o mütalâadaki görüşleri benimseiyorsa bunun gerekçelerini göstermek zorundadır²³². Özellikle, Mahkeme, dosyaya taraflarca sunulan uzman görüşlerinden birini hiçbir gerekçe göstermeden aynen benimseyip, diğerini -yine hiçbir gerekçe göstermeden- reddedemez. Hele, dosyaya sunulan resmî bilirkişi raporuna karşı taraflardan birince bir uzman görüşü alınmışsa, hâkim bu görüşü değerlendirmeden karar veremez²³³.

418 Diğer yünden, Mahkemece alınan resmî bilirkişi raporunun bile alıntı suretiyle karara gerekçe yapılamadığı bir hukuk sisteminde, sadece taraflardan birinin sunduğu özel uzman görüşü de aynen alıntılarla kararda gerekçe olarak kullanılamaz.

419 İsviçre Federal Mahkemesi bu esasa uymakta, doktrinindeki bir görüşü benimsediği veya reddettiği zaman bunun gerekçesini de kararlarında detaylı biçimde ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda da, bilimsel yünden de değer taşıyan ciddî ve tatmin edici kararlar ortaya çıkmaktadır.

420 Yargıtayımızın önceleri bu yönde önemli gelişme kaydettiğini; eski kararlarında, özellikle eski İçtihadı Birleştirme Kararlarında ve Hukuk Genel Kurulu kararlarında sağlam bir mantıkla ve detaylı hukukî tartışmalarla doğru sonuçlara varıldığını, fakat –belki de aşırı iş yükünün etkisiyle– Yüksek Mahkemenin zamanla bu eğilimini kaybettiğini söyleyebiliriz. Öyle ki, kimi kararlarda (özellikle onama kararlarında) sadece tek cümlelik, genel, soyut ve klişe bir gerekçe yer

²³¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, 445; aksi görüşte: Pekcanitez/Atalay/Özekes, 798, 799; karşı. de lege ferenda aksi görüşte: Karşlı, 653.

²³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, 796, 801.

²³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 799.

almakta; kararlarda gerçek anlamda bir “gerekçe” bulunmamaktadır. Yerel mahkemeler de çoğu zaman kararlarının gerekçesini, bilirkişi raporuna dayanarak oluşturmaktadırlar.

III. YARGISAL İÇTİHATLAR

1- Anlamı

Yargısal içtihatlar (Überlieferung, Jurisprudence) yargı organı 421
durumundaki mahkemeler tarafından verilen kararlardan çıkan prensiplerdir.

Bu kararların içinde üst mahkeme kararları (Yargıtay Daire ve 422
Genel Kurul kararları) daha fazla önem taşır. Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararları ise, Yargıtay Kanunu m. 45/f.5 uyarınca hâkimleri bağlayıcı bir rol oynadığı için yargı kararları içinde kuşkusuz en önemli olanlarıdır.

2- Mahkeme Kararlarının Çeşitleri

a) Kararın Niteliği Bakımından:

Kararın niteliği bakımından mahkeme kararlarını ikiye ayırmak 423
mümkündür. Şöyle ki:

Bir kanunun yorumlanması veya boşluğunun doldurulması yönünden 424
bir özellik taşımayıp, bir uyumsuzluğu, kanun hükmünü basit bir şekilde uygulayarak çözen kararlara “*olay kararları*” (*arrêts d’espèce*) denir.

Buna karşılık, bir kanun hükmünün yorumlanması veya kanun 425
boşluğunun doldurulması açısından özellik taşıyan, bir prensibi ortaya koyan veya teyid eden kararlara “*prensip kararları*” (*arrets de principe*) denir²³⁴. Hâkimlerin ellerindeki uyumsuzlukları çözerken emsal alacakları ve yararlanacakları kararlar, prensip kararlarıdır.

²³⁴ Saymen, 104.

b) Kararı Veren Mahkeme Bakımından:

426 Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu kanunla düzenlenir. Bugün adli yargı sistemimizde mahkeme teşkilâtını düzenleyen iki temel kanun vardır: 8 Nisan 1340 (1924) tarihli ve 469 sayılı Kanun ile 2.4.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu²³⁵. Bu kanunlardan birincisi hüküm mahkemelerini, ikincisi kontrol mahkemelerini düzenlemektedir. Şöyle ki:

427 aa) Medenî Hukukla ilgili dâvalara, esas itibariyle Hukuk Muhakemeleri Kanununun öngördüğü görev hükümleri çerçevesinde Sulh Hukuk veya Asliye Hukuk²³⁶ Mahkemelerinde bakılır²³⁷. Yine asliye mahkemesi derecesinde olmak üzere, Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri ve Kadastro Mahkemeleri gibi mahkemeler, bu düzlemde görev yapan özel ihtisas mahkemelerindedir. Bir dâvayı inceleyip hüküm vermekle görevli bu mahkemelere "Hüküm Mahkemesi", "Esas Mahkemesi", "İlk Derece Mahkemesi" veya "Bidayet Mahkemesi" denilmektedir.

428 bb) İlk derece mahkemelerinden verilen hükümleri kontrol etmek üzere kurulan mahkeme ise esas itibariyle "Yargıtay", eski adıyla "Temyiz Mahkemesi"dir.

429 Ancak ülkemizde kontrol mahkemesi olarak artık Yargıtay'ın yanı sıra yeni bir kurum olarak "*Bölge Adliye Mahkemeleri*" de anılmak gerekecektir. Zira kanun koyucu tarafından 26.9.2004 tarih

²³⁵ Bu iki kanuna 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı, "*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*"u (RG, 7.10.2004, s. 25606) da eklemek gerekir.

²³⁶ Buradaki "hukuk" kelimesinin anlamı için bkz. **Tekinay**, Medenî Hukuk, 1.

²³⁷ Asliye Hukuk Mahkemeleri de, dava konusunun özelliğine göre "Asliye Ticaret Mahkemesi" veya "İş Mahkemesi" gibi sıfatlar almaktadır. Birden çok Asliye Ticaret Mahkemesi bulunan yerlerde, HSYK tarafından bu mahkemelerden biri veya birkaçı, sadece deniz ticaretine ve deniz sigortalılarına ilişkin davalara bakmakta görevlendirilebilir (TTK m. 5/f.2).

ve 5235 sayılı “*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*”²³⁸ ile, Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür. Buna paralel olarak 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı kanun²³⁹ ile eski HUMK’nda önemli değişiklikler yapılmıştı. Bu değişikliklerin ağırlık noktasını, yepyeni bir kanun yolu olarak hukuk sistemimize getirilen “*istinaf*” oluşturmaktadır²⁴⁰.

Ülkemizde 5236 sayılı Kanununun kabulü ve yürürlüğe girmesiyle getirilen, yeni HMK m. 341-360’ta da yer verilen yeni sistemde, adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlayacak makam, istinaf mahkemesi olarak görev yapacak olan “Bölge Adliye Mahkemeleri”dir. Bölge Adliye Mahkemeleri, ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında ikinci derece mahkemeler olarak yer almaktadır. Bölge Adliye Mahkemeleri, Hukuk ve Ceza Dairelerinden oluşur. 430

Yeni düzende, ilk derece mahkemesince verilen hükmün Bölge Adliye Mahkemesince incelenmesi “istinaf” adı verilen kanun yolu ile olur (HMK m. 341 vd.). Süresi içinde hakkında istinaf yoluna başvurulmayan veya istisnaen istinafa başvurulması mümkün olmayan mahkeme kararları Bölge Adliye Mahkemesine gitmeden kesinleşir. Diğer hallerde karar, Bölge Adliye Mahkemesinin görevli Dairesince incelenir. Bu Daire istinaf başvurusunu kabul veya reddeder. 431-441

Bölge Adliye Mahkemesi’nin bazı kararlarının temyizi mümkün değildir (HMK m. 362). Bu halde, dava dosyası ilgili Mahkemeye geri gönderilir ve Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararı doğrultusunda işlem yapılır. 442

²³⁸ RG, 7.10.2004, s. 25606.

²³⁹ RG, 7.10.2004, s. 25606.

²⁴⁰ Bu müessesenin eski HUMK’nda düzenleniş biçimi ve getirilen yeni sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, 31 vd.

- 443 Bölge Adliye Mahkemesi kararının temyizi mümkün olan hallerde ise, kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde Yargıtay nezdinde *temyiz* yoluna başvurulabilir (20.7.2017 tarih ve 7035 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile değiştirilmiş HMK m. 361/f. 1).
- 444 Yargıtay'ın dosyayı ele alan ilgili Dairesi, Bölge Adliye Mahkemesinin kararını ya onar, ya düzelterek onar veya bozar. Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesi kararını yerinde görürse bu kararı onar ve mahkemenin kararı kesinleşir.
- 445 Yargıtay, HMK m. 371'deki sebeplere dayanarak Bölge Adliye Mahkemesinin kararını bozabilir. Bozma kararının niteliğine göre dosya ilk derece mahkemesine veya Bölge Adliye Mahkemesine geri gönderilir. Bozma kararı karşısında, dosyanın gönderildiği ilk derece mahkemesinin veya Bölge Adliye Mahkemesinin kendi kararında *direnme* hakkı vardır.
- 446 İlk derece mahkemesi veya Bölge Adliye Mahkemesi, verdiği kararda direnmezse, bozma kararına uyarak dâvayı sonuçlandırır ve verdiği bu yeni karar da yine yukarıdaki usul uyarınca tekrar temyiz edilebilir.
- 447-448 İlk derece mahkemesi veya Bölge Adliye Mahkemesi bozma kararına karşı direnirse, konu, incelenmek üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal eder. Genel Kurul ilk derece mahkemesinin veya Bölge Adliye Mahkemesinin direnme kararını uygun bulursa mahkemenin kararını onar; Yargıtay Dairesinin kararını yerinde bulursa, mahkemenin direnme kararını bozar.
- 449 Kanun hükümlerinin yorumlanması, uygulanması veya boşluklarının doldurulmasında Yargıtay'ın çeşitli Daireleri veya Genel Kurul kararları arasında görüş ayrılığı ortaya çıkması, hattâ aynı Dairenin kararları arasında böyle bir farklılık belirmesi mümkündür. Son yıllarda gittikçe artan bu olumsuz durumun hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı açıktır. İşte bu sebeple, Yargıtay nezdinde belirli bir konuda ortaya çıkan içtihat ayrılığını ortadan kaldırmak ve uyulacak esası tüm

mahkemeleri bağlayıcı biçimde tespit etmek için kabul edilmiş olan imkân, meselenin bir “İçtihadı Birleştirme Kararı” ile çözümlenmesidir. Bu hususta normal yol, konunun İçtihadı Birleştirme Kurulu olarak görev yapacak Hukuk Genel Kurulunda incelenerek içtihadı birleştirme kararının bu kurulca verilmesidir. Fakat içtihat uyuşmazlığının Hukuk Genel Kuruluna ait bir karara ilişkin olması halinde, içtihadı birleştirme kararının Büyük Genel Kurulca verilmesi gerekir.

3- Hâkimin Mahkeme Kararlarından Yararlanması

İlk derece mahkemelerinin kararları ile Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Dairesi kararları ve Genel Kurul kararları belirli (somut) bir dâvayı sonuçlandırmak için verilirler; fakat özellikle Genel Kurul kararları genellikle bir prensibi de ortaya koyarlar ve bu açıdan prensip kararı niteliğini taşırlar²⁴¹. 450

İçtihadı birleştirme kararları ise somut bir uyuşmazlığı ve görül- 451
mekte olan bir dâvayı sonuçlandırmakla ilgili değildir; sadece soyut bir ilkenin belirlenmesine ilişkindir. Daire kararları ve Genel Kurul kararları başka dâvalarda hukuken hâkimi bağlamazken, içtihadı birleştirme kararları, benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve Adliye Mahkemelerini bağlar (Yargıtay Kanunu, m. 45/f. 5)²⁴². İçtihadı birleştirme kararları, tahkim prosedüründe Hakem Kurulları için de bağlayıcıdır²⁴³.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarından bir kanun boşluğunu 452

²⁴¹ Yarg. HGK, 25.02.2015, 8 - 2485/850 (Kazancı).

²⁴² Bu esas daha önce 1221 sayılı Kanunun 6082 sayılı Kanunla değişik 8. maddesinde kabul edilmişti. Anayasa Mahkemesi 12.6.1969 tarihli ve 83/34 sayılı Kararı ile bu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştı (AMKD, sayı 7, sh. 341).

Mahkemeleri bağlayıcı olan İçtihadı Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olmaması ve bu durumun sakıncaları için bkz. *Edis*, 232-233.

²⁴³ Yarg. 13. HD, 4.2.2003, 808/1125 (Yarg. dün., Mayıs 2003, sh. 98 vd.).

dolduranlar, bağlayıcı güçte yeni bir hukuk kuralı yarattıkları için hukukun bir yürürlük kaynağı niteliğini taşırlar. Buna karşılık, sadece mevcut bir hükmün yorumlanmasına ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararlarında bu özellik yoktur²⁴⁴.

453 İçtihadı Birleştirme Kararları, kanunlar gibi Resmî Gazete’de yayınlanır.

454 İçtihadı Birleştirme Kararları dışındaki kararlar hâkimi bağlamaz ise de, hâkim, prensip kararı niteliğindeki diğer kararlardan Medenî Kanunun 1. maddesinin son fıkrası uyarınca, kanunu yorumlarken, uygularken veya kanun boşluğunu doldururken yararlanacaktır²⁴⁵. Hâkim, bir konuda yerleşmiş, benimsenmiş bir içtihattan farklı bir karar vermek istediği zaman bunu esaslı gerekçeye dayandırmak zorundadır.

455 Bu noktada ayrıca işaret edelim ki, İsviçre Medenî Kanununun Fransızca metni hâkimin mahkeme içtihadının teyid ettiği çözümlerden (solutions consacrées par la jurisprudence) yararlanacağını ifade ederken, Almanca metni “teyit edilmiş uygulama” (bewährte Überlieferung)’dan bahsetmektedir. “Uygulama” deyiminin kapsamına, mahkeme kararları yanında diğer makamların uygulamaları da girer²⁴⁶. Bununla beraber, uygulama içinde hâkim için en önemli olanı, mahkemelerin uygulamasıdır.

456 Hâkim, mahkeme içtihatlarından yararlanabilmek için, bunları kolayca bulabilmek imkânına sahip olmalıdır. Halbuki ülkemizde

²⁴⁴ Yarg. HGK., 20.2.1963, E.4-71/K.21. (AD., 1963, sh. 776) bu anlamdadır.

Öztañ’ın “*Medeni Hukukun Temel Kavramları*” adlı eserinin 2002 yılında yayınlanan 9. basısının 108. sahifesinde bu ayırım gözden kaçırılarak tüm İçtihadı Birleştirme Kararları MK m. 1 anlamında “kanun” kavramının kapsamına sokulmuş; bu husus kitabımızın 11. basısında (sh. 91, dn. 150) eleştirilmişti. Bu eleştiri üzerine, anılan eserde gerekli düzeltme yapılmıştır. Bkz. *Öztañ*, *Medenî Hukuk*, 114.

²⁴⁵ Yarg. HGK., 25.02.2015, 8-2485/850 (Kazancı).

²⁴⁶ *Meier-Hayoz*, *Berner Kommentar*, Art. 1, Nr. 468; *Deschenaux*, 117; *Edis*, 228.

Yargıtay kararları dışında mahkeme içtihatları düzenli şekilde yayınlanmamaktadır. Yargıtay kararları bile 1975 yılından beri Yargıtay Kararları Dergisi'nde, o da oldukça sınırlı sayıda yayınlanabilmektedir. Emekli hâkimlerce, özellikle Yargıtay üyelerince veya avukatlarca bazı içtihat derlemeleri zaman zaman yayınlanmakta ise de, bunların mahkeme içtihatlarını tam olarak ve zamanında aksettirdikleri söylenemez. Ancak, Yargıtay'ın internet sitesinden (<http://www.yargitay.gov.tr>) sınırlı sayıda; bazı özel kuruluşların ücretli içtihat derleme sitelerinden ise tümüyle olmasa da, çok sayıda kararın metnine ulaşabilme imkânı mevcuttur. Ama bunlar da sorunu çözmemektedir. İnternet ortamında Alman ve İsviçre Federal Mahkemelerinin tüm kararlarına ücretsiz olarak birkaç saniyede ulaşabilen Türk hukukçuları, aynı imkâna kendi ülkelerinin Yargıtay'ının kararları için de sahip olmalıdırlar.

Türk hâkimi için mahkeme içtihadı ilk plânda ve öncelikle Türk mahkemelerinin kararlarıdır. Fakat bu, Türk hâkiminin yabancı ülke mahkemelerinin içtihatlarından yararlanamayacağı anlamını taşımaz. Yabancı mahkeme ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararları, Türk hâkimi için bir doktrin değeri taşır ve bu açıdan yabancı kararlardan yararlanılması mümkün, hatta gereklidir²⁴⁷. Gerçekten, Türk hâkiminin, önüne gelen bir uyuşmazlığı çözmesinde Federal Mahkeme kararlarının büyük yardımı dokunabilir. Ne var ki hâkimlerimizin –bazı istisnalar dışında– yabancı dil bilgisi eksiklikleri, aşırı yoğun iş yükü, olumsuz çalışma koşulları ve Federal Mahkeme Kararlarının çevirilerini hâkimlerimizin istifadesine sunan bir sistemin ülkemizde mevcut olmaması sebebiyle bu da gerçekleşmemektedir.

²⁴⁷ Bkz. yukarıda Nr. 261, 388, 398. Bunun güzel bir örneği olarak bkz. Yarg. HGK, 01.12.2010, 13-593/623 (Kazancı). Culpa in contrahendo sorumluluğa ilişkin bu kararda, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkemesi kararları irdelenmiş ve değerlendirilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEDENÎ HUKUKUN BAZI TEMEL KAVRAMLARI

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Alman Medenî Kanunundan farklı olarak, Medenî Kanunumuzda bir genel bölüm yoktur. Fakat Medenî Hukuk öğretiminin başında bir kısım temel kavramların incelenmesi zorunluğu vardır. Zira Medenî Hukukta öyle kavramlar vardır ki, bunlarla Medenî Hukukun hemen her bahsinde, tüm Özel Hukuk alanında, hatta Kamu Hukukunun pek çok dalında karşı karşıya gelinmektedir. 458

Bu temel kavramların başında “hak” kavramı yer alır. Diğer kavramları hakka ilişkin olarak ele almak mümkündür. Bu bölümde önce hak kavramını ve hakların çeşitlerini gördükten sonra, hakla ilgili çeşitli meseleleri inceleyecek ve bunu yaparken de diğer bazı temel ve genel kavramları açıklayacağız. 459

§ 1. “HAK” KAVRAMI

I. TERİM

Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir. 460

Hak, hukukun temel kavramlarının başında gelir. O kadar ki, yabancı hukuklarda hakkı ifade eden kelime ile hukuku ifade eden kelime aynıdır. Bu, Fransızcada “*droit*”, Almancada “*Recht*”, İtalyancada “*dritto*”dur. Bu dillerde hukuk ile hakkı ayırmak üzere, “*hak*” kelimesinin başına hukuku ifade için “objektif”, hakkı ifade için “sübjektif” sıfatı eklenmektedir. 461

462 Dilimize Arapçadan giren “hukuk” sözcüğü aslında “hak” kelimesinin çoğulu ise de, dilimize yerleşmiş anlamı ile “hukuk” objektif düzeni, “hak” da bir kimsenin bu düzen tarafından korunan menfaatini ifade etmekte ve bizde, iki kavramı birbirinden ayırt edebilmek için objektif ve sübjektif sıfatlarının kullanılmasına gerek kalmamaktadır.

II. HAK KAVRAMINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

463 Doktrinde, hak kavramını açıklamak için çeşitli görüşler ortaya atılmıştır²³⁵.

464 Bu görüşlerden biri, hakkı, hukuk düzeni tarafından bireylere tanıyan bir irade hâkimiyeti veya bir irade kudreti olarak izah etmektedir. “*İrade teorisi*” adı verilen ve en kuvvetli savunucusu olarak *Windscheid*’in gösterildiği bu görüşe göre, bir kimse ancak başkalarını kendi iradesine göre harekete zorlayabildiği takdirde o kimse o konuda hak sahibidir. Bu görüş, hakkın dış görünüşünü ifade etmesi ve hakkın içeriğini belirtmemesi yönünden eleştirilmiştir.

465 İkinci bir görüş ise, hakkı, hukuken korunan menfaat olarak izah etmiştir. *Jhering* tarafından savunulan ve “*menfaat teorisi*” adı verilen bu görüş de sadece menfaati nazara alması, iradeye önem vermemesi yönünden eleştirilmiştir. Şöyle ki, bazı menfaatler, hukuk tarafından korunduğu halde, menfaat sahibinin bu korunmadan yararlanmak için yetkisi bulunmadığı ve bu sebeple bir hakkın söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür. Meselâ, bir kimsenin evinin önündeki parka bir inşaat yapılmaması ve manzarasının kapatılmamasında menfaati vardır. Hukuk bu inşaatın yapılmasını engellemekle bu menfaati korumaktadır. Fakat bir şahıs gelip o parka bir gecekondu yaparsa, manzarası

²³⁵ Bu görüşler için bkz. *Koziol/Welser*, 38 vd.; *Schwarz*, *Medenî Hukuk*, 95 vd.; *Saymen*, 195 vd.; *Köprülü*, 14 vd.; *Tekinay*, *Medenî Hukuk*, 127 vd.; *Esener*, 154 vd.

“*Hak*” (*ius*) kavramının Roma Hukukundaki kökeni ve anlamı için bkz. *Umur*, *Roma Hukuku*, 339 vd. ve *Ders Notları*, 146 vd.

kapanan kişi ancak yetkili idarî makamları (meselâ, Belediyeyi) harekete geçirerek parkın korunmasını isteyebilir. Yoksa yapılan gecekonduyu kaldırtmak için doğrudan bu inşaatı yapana yönelik dava açmak suretiyle iradesini kabul ettirip, inşaatın yıkılmasını sağlama yetkisi yoktur. Bu sebeple de ev sahibinin parka inşaat yapılmaması konusunda bir hakkı mevcut değildir²³⁶.

Bu eleştiriye cevap olarak, aslında parka inşaat yapılması yasağının ev sahibinin menfaatini koruma sebebine dayanmadığı, ev sahibinin parka inşaat yasağından dolayı olarak yararlandığı, bu sebeple bir hakkının bulunmadığı ileri sürülebilir. 466

Bugün çoğunlukla karma nitelikte bir görüş benimsenmekte ve hakkın, **hukuken korunan ve sahibine korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat** olduğu kabul edilmektedir²³⁷. Aynı sonuca menfaat teorisi ile de ulaşmanın mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira hukuk düzeni bir menfaati koruyorsa, zaten hak sahibine bu korumadan yararlanma yetkisini de tanır. Hattâ bazı hallerde hukuk bir hak tanıdığı halde menfaatin korunması sınırlı tutulmuş olabilir. Gerçekten, “eksik borç” adı verilen öyle borçlar vardır ki, (örneğin, kumar ve bahisten kaynaklanan borç – BK m. 604) alacaklı hakkını elde etmek için borçluyu dava veya icra takibi yoluyla ifaya zorlayamaz; fakat borçlu borcunu rızaen ifa ederse, bu ifa geçerli bir ifa sayılır ve borçlu, ifa ettiği şeyi sonradan geri isteyemez. Bu halde menfaatin sınırlı şekilde korunmuş olması, korunan menfaatin bir hak sayılmasına engel teşkil etmemektedir. 467

²³⁶ Halbuki Yarg. 1. HD, 2.4.1974, 2958/2297, umumî yola yapılan bir gecekondunun yıktırılması için, ferdin dâva açabileceğini kabul etmiştir (YKD, 1976/4, sh. 441). Keza bkz. Yarg. 1. HD, 28.4.1983, 4271/4777 (YKD, 1984/1, sh. 41). Yarg. 1. HD, 15.2.1988, 127-18/1477’de de genel köy yoluna müdahale eden şahsa karşı köylülerden birinin müdahalenin men’i davası açabileceği kabul edilmiştir (YKD, 1988/7, sh. 900).

²³⁷ Schwarz, Medenî Hukuk, 96; Saymen, 196; Tekinay, Medenî Hukuk, 129; karş. Larenz/Wolf, 239 vd.

- 468 Bazı hallerde (örneğin, bir alacak hakkının doğumunun, bir şartın gerçekleşmesine bağlı kılınması durumunda) hak henüz doğmuş değildir; fakat somut bir hukukî sebebe dayanarak ileride doğma ihtimali mevcuttur. Bu halde “*beklenen (muntazar) hak*”ın varlığından bahsedilir. Hak sahibi olmayı bekleyen kişinin hukukî durumunu ifade etmek için ise Alman doktrininin bir ürünü olan “*Beklenti*” (*Anwartschaft*) kavramı kullanılmaktadır²³⁸.
- 469 Beklenen haklar üzerinde ara dönemde bazı tasarruflarda bulunmak mümkündür. Buna karşılık, beklentinin kendisinin beklenen haktan ayrı (bağımsız) bir hak niteliğinde olup olmadığı bile doktrinde ciddi biçimde tartışmalıdır²³⁹.

§ 2. HAKLARIN ÇEŞİTLERİ

- 470 Hukuken korunan menfaatlerin değişik şekillerde ortaya çıkması, çeşitli hakların varlığını gösterir. Haklar, sahibine sağladığı yetkiye ve konularına göre çeşitli adlarla anılırlar. Meselâ, kişilik hakkı, mülkiyet hakkı, intifa hakkı, alacak hakkı, önalım (şuf’a) hakkı, velâyet hakkı gibi.
- 471 Hakların her birini teker teker açıklamak yerine, bunlar arasındaki ortak vasıfları göz önünde tutarak çeşitli yönlerden gruplandırmak²⁴⁰

²³⁸ Özellikle mülkiyet hakkı noktasında eşya hukuku bakımından önem taşıyan bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 456 vd.; **Brox**, 280; **Hübner**, 480 vd.; **Bork**, 472; **Larenz/Wolf**, 275 vd. “Beklenti” kavramının Türk hukukunda detaylı biçimde ele alındığı yegâne kaynak, Halûk N. **Nomer**’in “*Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002*” adlı eseridir. “Beklenti” kavramı, bu yolda kullanılan diğer terimler ve “beklenen hak” ile “beklenti” kavramları arasındaki ilişki için bkz. **Nomer**, 1 vd.; keza, beklentinin hukukî sonuçları, özellikle ara dönemde beklentinin korunması için bkz. **Nomer**, 34 vd.

²³⁹ Bu tartışma ve ileri sürülen görüşler için bkz. **Nomer**, 9 vd.

²⁴⁰ Haklar, doktrinde değişik biçimlerde ayırma tâbi tutulmaktadır. Bu ayırımlar için özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, 249 vd.; **Hatemi**, Medenî Hukuk, 121 vd.; **Esener**,

ve her grubun özelliklerini belirtmek daha isabetlidir. Böyle bir açıklama, lüzûmsuz tekrarları önlediği gibi, hakların vasıflarının daha iyi öğrenilmesini sağlar.

Biz burada sadece özel hukuka dayanan hakları inceleyeceğiz. 472
Kamu hukukuna dayanan haklar, ilgili kamu hukuku bahislerinde ele alınırlar.

I. PARA İLE ÖLÇÜLEBİLEN DEĞERİ BULUNUP BULUNMAMASI AÇISINDAN: *MALVARLIĞI HAKLARI – KİŞİ VARLIĞI HAKLARI*

Bu ayırım, hukuk tarafından korunan menfaatin para ile ölçülebi- 473
len bir değer taşıyıp taşıyamamasına dayanmaktadır.

A) Malvarlığı Hakları

Para ile ölçülebilen (ekonomik) bir değeri olan haklara malvarlığı 474
hakları adı verilmektedir. Bu sıfatın kullanılmasının sebebi, bir kişinin para ile ölçülebilen değer taşıyan hak ve borçlarının tümüne o kişinin “malvarlığı” (mâmeleki) adı verilmesidir. Haklar malvarlığının aktif kısmını, borçlar ise pasif kısmını teşkil eder.

İster zengin, ister fakir olsun herkesin az veya çok bir malvarlığı 475
vardır. Çoğu zaman malvarlığının aktifi pasifinden fazladır. Fakat bazen bir kişinin malvarlığının aktifi, pasifinden çok aşağı düşer ve bu durum o kişinin borçlarını ödemekten âciz olduğunu ifade eder. Eğer o kişi bir tacir ise alacaklıları tarafından iflâsı da istenebilir.

168 vd.; **Köprülü**, 53 vd.; **Eren**, 47 vd. Meselâ **Eren**, hakları “*yararlanma hakları*” ve “*düzenleme hakları*” olarak iki ana gruba ayırmakta ve birinci gruba alacak haklarını, hâkimiyet haklarını, kişilik haklarını ve topluluk haklarını; ikinci gruba ise yenilik doğuran hakları, yönetim-temsil haklarını ve defî haklarını sokmaktadır.

476 İşte, bir kimsenin malvarlığında yer alan haklara “*malvarlığı hakları*” denilmektedir. Bunlar, alacak hakları, aynî haklar, maddî değeri olan yenilik doğuran haklar ve malî yönleri itibariyle fikrî haklardır.

1- Alacak Hakları

477 Bir kimseye (alacaklıya) bir başkasından (borçludan) bir edimi yerine getirmesini, yani bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını (bir davranıştan kaçınmasını veya bir duruma katlanmasını) isteme yetkisi sağlayan haklara “*alacak hakları*” denir²⁴¹. Alacak hakkı denince akla çoğu zaman para alacakları gelirse de alacak hakları sadece para alacaklarından ibaret değildir; her türlü verme, yapma veya yapmama edimi, karşı taraf için bir alacak hakkı yaratabilir.

478 Alacak hakları çok çeşitli sebeplerden doğar. Alacak hakkının doğumunu sağlayan kaynakların başında sözleşmeler gelir. Haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranma (culpa in contrahendo) ve özel bir kanun hükmü de bir kişinin alacak hakkına sahip olmasını sağlayabilir.

479 Alacak haklarının özelliği sadece alacaklı ile borçlu arasında bir hukukî bağa dayanmasıdır. Bu bağa “borç ilişkisi” denir. Diğer kişiler bu ilişkinin dışında kalırlar. Bu nedendir ki, bir borç ilişkisi, prensip olarak sadece o ilişkinin tarafları için haklar ve borçlar doğurur.

479a Alacak haklarından tek taraflı olarak feragat edilemez. Aynî haklar ve yenilik doğuran haklar için söz konusu olabilen ve tek taraflı bir hukukî işlem olan “feragat”, alacak hakları açısından gündeme gelemez. Bunun sebebi, “*kimse kendisine yapılan bağışlamayı kabul etmek zorunda değildir*” ilkesidir. Alacaklının böyle bir feragat beyanı, sadece ibra sözleşmesine yönelik bir öneri (icap) teşkil eder. Borçlu bu öneriyi kabul ettiğinde, alacak hakkı ibra yoluyla sona ermiş olur. Bu konuya aşağıda “Hakların Kaybediliş Tarzı” bahsinde tekrar değineceğiz.

²⁴¹ Larenz/Wolf, 259 vd.; von Tuhr/Peter, 9 vd.; Oğuzman/Öz, I, 14; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 13; Eren, 48 vd.

2- Aynî Haklar

Aynî haklar, bir kimseye bir mal üzerinde doğrudan doğruya 480 hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen haklardır²⁴². Bu tanım göz önünde tutulursa aynî hakların mallar (eşya) üzerindeki haklar olduğu, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağladığı ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebildiği anlaşılır.

Hukukî anlamda eşya'dan maksat, üzerinde bireysel hâkimiyet 481 kurulmaya elverişli olan ve ekonomik bir değer taşıyan, cismanî (somut) değerlerdir²⁴³. Alman Medenî Kanununda (BGB § 90), ancak fiziksel varlığı bulunan somut nesnelere "eşya" sayılabilecekleri açıkça ifade edilmiştir.

Sadece ekonomik değer taşıyan varlıklar eşya kavramının kapsama 482 girebildiği içindir ki, aynî haklar malvarlığı hakları kategorisinde yer alır.

a) Eşya Üzerinde Sağlanan Yetki

Aynî haklar, alacak haklarından farklı olarak sınırlı sayıdadır 483 (numerus clausus). Yani ancak kanunda öngörülen tipler çerçevesinde kurulabilir; kanunda öngörülen modeller dışında bir aynî hak tipi taraf iradeleriyle yaratılamaz.

²⁴² **Wilhelm**, 38 vd.; **Baur/Stürner**, 6; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 2 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, 6 vd.; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 8 vd; **Ertaş**, 11 vd.

²⁴³ "Eşya" kavramı ve hukukî anlamda eşya sayılan ve sayılmayan değerler için bkz. **Schmidt**, 44 vd.; **Brehm**, 286 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 456 vd.; **Larenz/Wolf**, 352 vd.; **Baur/Stürner**, 11 vd.; **Hübner**, 164 vd.; **Bork**, 96 vd.; **Ring**, Anwaltkommentar BGB, § 90, Nr. 5 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, 19 vd.; **Ertaş**, 5 vd.; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 49 vd; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 4 vd.

İsviçre hukukunda, hayvanların eşya sayılamayacağı açık bir kanun hükmü ile kabul edilmiştir (bkz. ZGB Art. 641a). Aynı düzenleme BGB §90a'da da mevcuttur. Hayvanların hukukî konumları hakkında bilgi için bkz. **Aksoy**, 163 vd.

- 484 Aynî haklar, hak sahibine eşya üzerinde sağladığı yetkiye göre iki büyük gruba ayrılır:
- 485 aa- Hakkın sağladığı yetki en geniş şekilde ise (tam ise) bu aynî hak *mülkiyet hakkı*'dır (MK m. 683 vd.). Sahibine hakkın konusu olan şeyi kullanma (*usus*), semerelerinden yararlanma (*fructus*) ve tüketme (*abusus*) yetkileri sağlar.
- 486 Mülkiyet hakkı, mülkiyete konu olan malın türüne göre taşınır mülkiyeti (MK m. 762 vd.) ve taşınmaz mülkiyeti (MK m. 704 vd.) olarak ikiye ayrılır. 634 sayılı Kanunda düzenlenen kat mülkiyeti de, taşınmaz mülkiyetinin özel bir çeşidi olarak kabul edilmiştir.
- 487 Mülkiyet hakkı, hak sahibinin adedi bakımından da "*tek şahıs mülkiyeti*" (bireysel = ferdî mülkiyet) ve "*birlikte mülkiyet*" tarzında ayırımı tâbi tutulur. Bu ayırımı "özel mülkiyet" ve "toplum mülkiyeti" ayırımı ile karıştırmamak gerekir. Toplum mülkiyeti, malların şahıslara değil, topluma ait olmasını ifade eder ve bu, medenî hukuk anlamında bir mülkiyet değildir. Özel mülkiyet, mülkiyetin topluma değil, bireylere ait olmasını ifade eder. "Tek şahıs mülkiyeti" ve "birlikte mülkiyet" halleri, bu özel mülkiyetin çeşitleridir.
- 488 Birlikte mülkiyet, kendi içinde iki alt gruba ayrılır:
- 489 Birden fazla kişi bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkına belirli hisseler halinde, paylı biçimde sahip iseler "*paylı mülkiyet*" (= müşterek mülkiyet) söz konusu olur (MK m. 688 vd.).
- 490 Buna karşılık, birden fazla kişi aralarındaki ortaklık ilişkisi sebebiyle ortaklığa giren malların tümüne yaygın biçimde mülkiyet hakkına sahip bulunuyorlarsa "*elbirliği mülkiyeti*" (iştirak halinde mülkiyet) kavramı (MK m. 701 vd.) gündeme gelir. Fakat hemen işaret edelim ki, buradaki ortaklık, tüzel kişiliği bulunmayan, yalın bir ortaklıktır. Şayet ortaklığın tüzel kişiliği varsa, birlikte mülkiyet değil, tek şahıs mülkiyeti (tüzel kişinin kendi mülkiyeti) söz konusu olur. Elbirliği mülkiyetine yol açan ve tüzel kişiliği bulunmayan ortaklık, ancak kanunda öngörülen bir ortaklık olabilir. Bunlara "*elbirliği ortaklığı*" (*Gemeinschaft zur gesamten Hand*) denir. Ortakların mal üzerinde

teker teker bir hakkı, payı bulunmayıp²⁴⁴ tümü elbirliği ile mala mâlik oldukları için bu mülkiyet tipine “*elbirliği mülkiyeti*” denilmektedir. Bir kişinin ölümü üzerine onun mirasçılarının oluşturduğu, tüzel kişiliği bulunmayan miras şirketi bu anlamda bir “*elbirliği ortaklığı*”dır; tüm mirasçıların terekeye dâhil mal ve haklar üzerindeki hak sahipliği ilişkisinin niteliği de “*elbirliği mülkiyeti*”dir. Aynı durum, adı ortaklıklarda (BK m. 638/f. 1) da söz konusudur.

Paylı mülkiyette her paydaş kendi payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirken; bir “pay”ın söz konusu olmadığı elbirliği mülkiyetinde böyle bir imkân mevcut değildir; mala yönelik tüm hukukî tasarruflar ancak tüm mâliklerin oybirliğiyle gerçekleştirilebilir. 491

bb- Şayet bir aynî hakkın eşya üzerinde sağladığı yetki sınırlı ise, “*sınırlı aynî hak*” söz konusu olur (MK m. 779 vd.). 492

Mülkiyetin karşısında yer alan bu ikinci grup aynî haklar sahibine mülkiyette bulunan yetkilerden birini veya ikisini sağlar. Sınırlı aynî haklar, sağladıkları sınırlı yetkiye göre bazı gruplara ayrılırlar: 493

1- İrtifak hakları: Bunlar, malın malikine, mülkiyete ait bazı yetkileri kullanmama veya bu yetkiyi sınırlı aynî hak sahibinin kullanmasına müsaade etme külfeti (yükümü) yükleyen ve böylece hak sahibine malı kullanma ve ondan yararlanma yetkisi sağlayan aynî haklardır. Hak sahibinin maldan yararlanması aktif şekilde olursa “*olumlu irtifak hakkı*” (geçit hakkı gibi), malikin yetkilerini kullanmasını engelleme tarzında olursa “*olumsuz irtifak hakkı*” (manzara kapatmama irtifakı gibi) söz konusu olur. 494

Sağladıkları yetkiye göre irtifak hakları çeşitli isimler alır. 495

Bir malı kullanma ve semerelerinden yararlanma hakkı sağlayan irtifak hakkına “*intifa hakkı*” (MK m. 794 vd.) denilir. Böylece intifa 496

²⁴⁴ Ortakların hakkı, mal üzerinde bir mülkiyet payından değil, birliğe yönelik bir iştirak payından ibarettir. Her bir ortak için ancak ortaklığın tasfiyesinden geriye bir artı değer kalırsa, bundan bir pay almak söz konusu olur.

hakkı mülkiyete çok yakın yetki sağlamaktadır. Fakat mülkiyetten farklı olarak hak sahibine tüketme (abusus) yetkisi vermediği gibi, kullanma ve semerelerden yararlanma yetkisi de mülkiyete nazaran daha sınırlıdır.

497 Buna karşılık, intifa hakkı başkasına ait olduğu sürece böyle bir malın mâliki de önemli yetkilerden yoksun durumdadır. Bu sebeple intifa hakkı ile yüklü mülkiyete “çıplak mülkiyet” (kuru mülkiyet) denilmektedir.

498 Bir evde veya evin bir kısmında oturma yetkisi veren irtifak hakkına “*oturma hakkı*” (sükna hakkı) denir (MK m. 823 vd.). Oturma hakkı bir irtifak hakkı ve sonuçta bir “aynî hak” olduğu için, sahibine sağladığı yetki, alelâde bir nisbî hakka sahip olan kiracının kira sözleşmesi ile elde ettiği taşınmazda oturma hakkından çok daha farklı ve güçlüdür.

499 Hak sahibine, başka bir kişinin mülkiyetinde olan arazinin altında veya üstünde bir yapı inşa edip, hakkın devamı süresince bu yapı üzerinde hak sahibi olmak veya arazide zaten mevcut olan yapıyı muhafaza etmek yetkisi sağlayan irtifak hakkına “*üst hakkı*” (MK m. 826 vd.); başkasının arazisindeki bir kaynaktan yararlanma yetkisi sağlayan irtifak hakkına ise “*kaynak hakkı*” (MK m. 837) denilmektedir. Bunlar Medenî Kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Başkasına ait bir taşınmazdan geçme yetkisi sağlayan “*geçit irtifakı*” gibi başkaca irtifaklar ise özel olarak ayrı ayrı belirtilmeyerek “*diğer irtifak hakları*” başlığı altında (MK m. 838) bir arada ele alınmıştır.

500 İrtifak haklarından intifa hakkı ve oturma hakkı ancak belirli bir şahıs lehine kurulabilirler. Bu haklar başkasına devredilemeyeceği gibi, hak sahibinin ölümü ile de sona ererler, mirasçılara geçmezler. Bu vasıfları dolayısıyla söz konusu haklara *şahsî irtifaklar* denilmektedir. Biz *şahısla kaim irtifak* sözünü daha isabetli buluyoruz.

501 Üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifak hakları ise belirli bir kişi lehine kurulabileceği gibi, bir başka taşınmaz lehine yani o taşınmaza kim mâlik olur ise onun yararlanması şartıyla da tesis edilebilir. Şahıs

lehine tesis edildiği zaman bir “şahsî irtifak”, bir taşınmazın mâliki kim olursa o kişi lehine tesis edildiği zaman bir “arzî irtifak” (“aynî irtifak” da denilmektedir) söz konusu olur. Biz birinci hâl için “şahsa bağlı irtifak”, ikinci hâl için “eşyaya bağlı irtifak” deyimini tercih ediyoruz²⁴⁵. Şöyle ki, bir irtifak bir şahıs lehine tesis edilmişse “şahsa bağlı” bir irtifak söz konusu olur. Şahsa bağlı irtifakın başkasına devri mümkün değilse ve mirasçıya intikal etmiyorsa bu irtifak “şahısla kaim” irtifaktır. İntifa ve oturma (sükna) hakları böyledir. Buna karşılık, aksi kararlaştırılmadıkça üst hakkı ve kaynak irtifakı başkasına devredilebilir, mirasçılara da geçer. Fakat bunun aksi kararlaştırılabilir (MK m. 826/f. 2; MK m. 837/f. 2). Diğer şahsa bağlı irtifaklar ise, aksi kararlaştırılmamışsa devredilemezler ve mirasçıya geçmezler (MK m. 838/f. 2).

İrtifak hakkı eşyaya bağlı hak olarak kurulmuşsa hakkın tanındığı taşınmaza kim mâlik olursa, irtifak hakkına da o sahip olacaktır. Burada taşınmazın mülkiyeti, irtifak hakkı sahibinin kim olduğunu belirleme fonksiyonuna sahiptir. Yararlanan taşınmazın mülkiyetinin bir şahıstan diğerine geçmesi ile, buna bağlı irtifak da yeni mâlike geçer. 502

2. Rehin Hakları: Bunlar, hak sahibinin bir alacağını teminat altına alan ve borçlunun borcunu yerine getirmediği ve alacaklının alacağını elde edemediği hallerde, alacaklıya malî cebrî icra yoluyla sattırma ve alacağını, rehin konusu malın satışından elde edilecek paradan karşılamak üzere yetkisini sağlayan haklardır. 503

Bu haklar, teminat altına aldıkları alacak hakkının sahibine tanınırlar ve teminat altına alınan alacağın kaderine tâbi olurlar. Alacak hakkı sona erince rehin hakkı da sona erer; alacak bir başkasına temlik edildiğinde rehin hakkı da kendiliğinden yeni alacaklıya geçer. Bunun sebebi, rehin haklarının “fer’î hak” (alacağa bağlı hak) niteliğini taşımasıdır. 504

²⁴⁵ Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, 209 vd.

505 Rehin hakları da hakkın konusu olan malın türüne göre “taşınır rehni” (MK m. 939 vd.) ve “taşınmaz rehni” (MK m. 850 vd.) adını alır.

506 Taşınmaz rehni de üç tipten birine uygun olarak tesis edilebilir: İpotek, ipotekli borç senedi, irad senedi. İpotek, normal olarak sadece teminat fonksiyonunu ifa eden bir rehin şekli iken, ipotekli borç senedi ve irad senedinde, teminat altına alınan alacak kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanır ve böylece taşınmazın değerinin tedavülü imkânı da sağlanmış olur. Fakat ülkemizde uygulamada bu son iki türe hiç rastlanılmamaktadır.

507 **3. Taşınmaz Yükü:** Taşınmaz yükünden (gayrimenkul mükellefiyetinden) maksat, bir taşınmazın mâlikinin, mülkü dolayısıyla o taşınmaz karşılık teşkil etmek üzere bir başka kişiye bir şeyi verme veya bir şey yapma zorunluluğu altına girmesidir (MK m. 839 vd.). Meselâ, bir taşınmazın mâlikinin, bir tuğla fabrikası sahibine karşı, her ay 50 ton tuğla toprağı teslim etme borcu altına girmesi ve aynı zamanda, tarafların toprağın çıkarıldığı taşınmazın bu borcun teminatını teşkil etmesi konusunda anlaşmaları halinde -gerekli işlemlerin usûlüne uygun biçimde yapılması şartıyla- ortada bir “*taşınmaz yükü*” mevcut demektir. Böylece bir kimsenin bir mala mâlik olduğu için bir borçla yükümlü tutulması durumu ortaya çıkar ve bu yüzden bir “*eşyaya bağlı bir borç*” ilişkisi²⁴⁶ söz konusu olur. Taşınmaz yükü de, borcu doğuran taşınmazla teminat altına alınmış bir eşyaya bağlı borçtur. Hak sahibi, taşınmazın mâlikine karşı, o taşınmazla teminat altına alınmış bir alacak hakkına sahiptir. Bir yönü ile alacak hakkı olan taşınmaz yükü, diğer yönü ile de tıpkı rehin hakkı gibi alacak için teminat sağlamaya yönelik bir aynî haktır. Fakat uygulamada taşınmaz yüküne pek rastlanmamaktadır.

²⁴⁶ Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, 214; Oğuzman, Eşyaya Bağlı Borçlar, 225 vd.

b) Eşya Üzerinde Doğrudan Doğruya Hâkimiyet

Aynî haklar, hak sahibine tanınan yetki sayesinde, ona hakkın 508 konusunu teşkil eden eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlarlar. Buradaki doğrudan doğruya hâkimiyetten maksat, hak sahibinin eşyadan hakkına uygun şekilde yararlanması için hiç kimsenin araya girmesine, rıza göstermesine veya aracılık etmesine ihtiyacının bulunmamasıdır.

Bu hâkimiyet, mülkiyet hakkında en açık şekilde görülür. İrtifak 509 haklarında da, hak sahibinin, mâlikin aracılığı olmadan hakkını kullandığı çoğu kez bellidir. Rehin haklarının mal üzerinde sağladığı vasıtasız hâkimiyet, mal sahibinin rızasına, aracılığına veya katkısına ihtiyaç olmaksızın malın icra yoluyla satılarak paraya çevrilmesi hususundaki yetkide kendini gösterir. Taşınmaz yükünde de doğrudan hâkimiyet aynen rehindeki gibidir; nitekim taşınmaz yüküne aynî hak vasfını veren asıl unsur da bu teminat fonksiyonudur.

Taşınır mallarda bu hâkimiyeti açıklayan unsur, o mal üzerinde 510 “zilyedlik” adı verilen fiilî tasarruftur. Taşınmazlarda ise hâkimiyeti açıklayan gösterge, tapu siciline yapılan ve “tescil” adı verilen özel kayıttır. Bu sebeptendir ki, bir mal üzerinde aynî hakkın kazanılabilmesi için, kural olarak, taşınırlarda zilyedliğin elde edilmesi, taşınmazlarda ise hakkın tapuya tescili gerekir.

Doğrudan hâkimiyetin rolü ve önemi, aynî hakların alacak hakları 511 ile karşılaştırılmasında daha belirli hale gelir. Alacak hakkının, hak sahibine borçludan bir edimi (verme, yapma, yapmama) yerine getirmesini talep yetkisi verdiğini gördük. Alacağın konusu bir mal olduğu zaman da durum böyledir. Bu talep uyarınca edimi yerine getirme yükümlülüğü de sadece borçluya aittir; başka kişileri ilgilendirmez. Bu sebeple, borçlu dışında üçüncü kişilerin edimin yerine getirilmesine engel olan davranışları borç ilişkisinin ihlâli niteliğini taşımaz. Çünkü bu ilişki, bu bağ, sadece alacaklı ile borçlu arasındadır²⁴⁷. Borç

²⁴⁷ Ancak, üçüncü şahısların alacaklının hakkını elde etmesine engel olan fiilleri,

ilişkisinin sadece alacaklı ile borçlu arasındaki bir bağ olması, üçüncü kişileri ilgilendirmemesi, alacak hakkının *nisbî bir hak* olarak nitelendirilmesine yol açar. Aynî hak ise eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlar²⁴⁸. Burada hak sahibinin herhangi bir kimseden bir edimin yerine getirilmesini istemesi söz konusu değildir. Aksi halde araya bir aracı giriyor demektir ki bu, hâkimiyetin doğrudan doğruya olmadığı anlamına gelir. Esasen hâkimiyet doğrudan doğruya olunca, hak sahibi hukuk düzeninin kendisine sağladığı korumaya dayanarak, herkesten bu hâkimiyetine saygı göstermesini, onu ihlâl etmemesini isteyebilir. Bu sebeptir ki, aynî hakların “*mutlak hak*” niteliğinde olduğu söylenir. Her aynî hak aynı zamanda bir mutlak haktır; ama her mutlak hak, aynî hak değildir!²⁴⁹

512 Yukarıdaki açıklamanın daha iyi anlaşılabilmesi için şu örnekleri verebiliriz:

513 *Örnek 1:* (A), (B)’den bir bisiklet satın almak amacıyla (B) ile bir satım sözleşmesi yaptığında, alıcı (A)’nın bisiklet üzerinde hiçbir hakkı ve hâkimiyeti yoktur. (A) sadece satıcı (B)’den bisikletin mülkiyetinin kendisine devredilmesini ve bu amaçla bisikletin teslimini isteme hakkına sahiptir. Bu hak ise sözleşmeden doğan bir “*nisbî hak*”tır. Satım sözleşmesi yalnızca (A) ile (B) arasında bir bağ meydana getirir; bisikletin mülkiyetini (A)’ya geçirmez; mülkiyet, satış akdinin yapılması ile

ahlâka aykırılık teşkil ettiği ve alacaklıya zarar vermek için bilerek işlendiği takdirde BK m. 49/f. 2 uyarınca tazminat sorumluluğuna yol açabilir.

²⁴⁸ JdT 1967 I 266.

²⁴⁹ Meselâ, bir kimsenin mâlik olduğu tablo üzerindeki hakkı bir “*aynî hak*”tır ve aynî hakkın bu tablo üzerinde sağladığı doğrudan hâkimiyet sayesinde bu hak herkese karşı ileri sürülebildiği için aynı zamanda bir “*mutlak hak*”tır. Buna karşılık, bir kimsenin sahip olduğu kişilik hakları (vücut bütünlüğünün korunması, şeref ve haysiyeti, ismi gibi) herkese karşı ileri sürülebildikleri için “*mutlak hak*” niteliğindedir; ama ortada bir “*eşya*” bulunmadığı ve haliyle eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlanması da söz konusu olmadığı için “*aynî hak*” mahiyetinde değildir.

değil, satıcının bu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmesi (teslim veya diğer bir yolla zilyetliğin nakli) ile geçer. (B)'nin (A)'ya karşı sözleşmeden doğan, mülkiyeti nakil borcu üçüncü şahısları ilgilendirmez. Bu sebeple, (B) bisikleti (A)'ya vereceği yerde, (C)'ye satıp teslim etse ve böylece mülkiyeti (C)'ye nakletse, (A), (B) ile aralarındaki satış sözleşmesinden doğan alacak hakkını (C)'ye karşı kullanıp, bisikletin daha önce kendisine satılmış olduğunu ileri sürerek bisikleti (C)'den talep edemez. Ancak, şartları gerçekleşirse (C)'ye karşı BK m. 49/f. 2'ye dayanan bir tazminat davası açabilir.

Örneği biraz değiştirelim: Bisiklet henüz (B)'de iken (H) bu bisikleti çalsa, (A), (B)'ye karşı olan ve sadece bir "nisbî hak" niteliğini taşıyan alacak hakkını hırsız (H)'ye karşı ileri süremez ve bisikleti ondan talep edemez. (A), hakkını yalnızca (B)'ye karşı ileri sürebilir. 514

Keza, bisiklet (B)'de iken (Ü) bu bisiklete çarparak hasara yol açsa, (A), (Ü)'den tazminat da isteyemez. Zira (A)'nın (B)'ye karşı satım sözleşmesinden doğan alacak hakkı (Ü)'yü ilgilendirmez. 515

Nihayet, bisiklet (B)'nin bir borcu için haczedilirse (A) bisikleti hacizden kurtaramaz. 516

Halbuki (A) bu bisikletin mâliki olup da bunu (B)'ye emanet etmiş olsa ve (B) de bu bisikleti (C)'ye satırsa idi, bisiklet üzerinde bir aynî hak olan mülkiyet hakkına sahip bulunan (A), eşya üzerindeki doğrudan doğruya hâkimiyeti sebebiyle, bisikletin kendisine ait olduğunu bilerek bunu satın alan (C)'ye karşı mülkiyet hakkını ileri sürebilir ve bisikleti (C)'den geri alabilirdi. 517

Yahut (H) bisikleti (B)'den çalsaydı, (A), bisikleti (H)'den geri alabilirdi. 518

Keza, bisiklet (B)'de iken (Ü) bisiklete çarpıp hasara yol açsa idi, mâlik (A), (Ü)'den hasar karşılığında tazminat isteyebilirdi. 519

Nihayet bisiklet (B)'nin bir borcu için haczedilmiş olsaydı, (A) bisikleti hacizden kurtarabilirdi (İc. İf. K. m. 96 vd.). 520

521 Bütün bu hallerde (C), (H) veya (Ü), (A)'nın bisiklet üzerindeki aynî hakkına tecavüzde bulunmuş; onun doğrudan doğruya hâkimiyetini ihlâl etmiş olurlardı.

522 *Örnek 2:* (A), (B)'nin bisikletini kiralasa, fakat daha sonra (B) bisikleti (C)'ye satıp mülkiyeti (C)'ye devretse, (A), kira süresi sonuna kadar bisikleti kullanmasına müsaade etmesini (C)'den isteyemez; zira (A)'nın (C)'ye karşı ileri sürebileceği bir hakkı yoktur. Kira sözleşmesi sadece (A) ile (B) arasında bir borç ilişkisi kurar; bu ilişki (C)'yi ilgilendirmez.

523 Halbuki (B)'ye ait bisiklet üzerinde (A) bir intifa hakkına sahip olsaydı, (B) bisikleti (C)'ye satıp mülkiyeti ona geçirdiğinde bile, (C) bisikleti (A)'nın kullanmasına katlanmakla yükümlü olacaktı. Çünkü bu durumda (A) bisiklet üzerinde aynî hak (intifa hakkı) sahibi durumunda olacağından, herkes gibi (C) de bu hakka uymakla yükümlü bulunacaktı.

524 *Örnek 3:* (B)'ye ait bir apartmanın birinci katında (A) oturma (sükna) hakkı sahibi olarak, ikinci katında da (K) kiracı olarak oturmaktadır. (B) bu apartmanın tamamını (Ü)'ye satıp mülkiyeti ona geçince (Ü), (A)'nın bir aynî hak olan oturma hakkına uymakla yükümlü iken, şartları²⁵⁰ gerçekleştiği takdirde, kiracı (K)'dan taşınmazı tahliye etmesini isteyebilir. Çünkü (K)'nın hakkı sadece kira sözleşmesinden doğan ve nisbî hak niteliğinde olan bir alacak hakkıdır; (K)'ya mal üzerinde doğrudan doğruya bir hâkimiyet sağlamaz. (K) kiralanan katta oturmasının sağlanmasını istemek hususunda sadece (B)'ye karşı bir alacak hakkına sahiptir ve bu nisbî hakkını (Ü)'ye karşı ileri süremez.

c) Herkese Karşı İleri Sürülebilirlik

525 Yukarıda yapılan açıklamalar ve verilen örnekler göstermiştir ki, aynî hakların eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlanmasının

²⁵⁰ Bu halde, yeni mâlikin kiracıyı tahliye ettirebilmesi BK m. 351 çerçevesinde mümkün olabilecektir.

temel sonucu, herkesin bu hâkimiyeti sağlayan hakka uymak, o hakkı ihlâlden kaçınmak zorunda olmasıdır. Aynî hakkı kim ihlâl ederse, hak sahibi hakkına uymasını ondan isteyebilir. Bu kişilerin çevresi de sınırlı değildir: Aynî hakkı kim ihlâl ederse etsin veya kim ihlâl kalsın kalkışsa kalkışsın, aynî hak sahibi olan kimse bu hakkını o kişiye karşı ileri sürebilir. Bu durum, aynî haklarda mevcut “mutlak hak” etkisi ile açıklanabilir. Şu halde, aynî haklardaki “mutlak hak” vasfı, aynî hakkın eşya üzerinde sağladığı doğrudan doğruya hâkimiyetin zorunlu ve doğal bir sonucu ve onun bir uzantısıdır.

Aynî hakların, hakkı ihlâl etmesi söz konusu olan herkese karşı ileri sürülebilme özelliği, mülkiyet hakkı bakımından MK m. 683/f. 2’de şöyle ifade edilmiştir: “*Mâlik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir*”. İstihkak davası, mâlikin haksız olarak malını elinde tutan kimseden bunu geri almasını; elatmanın önlenmesi (müdahalenin men’i) davası ise mülkiyete yönelik ve devam eden tecavüzün engellenmesini sağlar. Diğer taraftan, mâlik tecavüz yüzünden uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. 526

Aynı imkânlar, kural olarak bünyelerine elverişli olmak şartıyla diğer aynî haklar için de söz konusudur²⁵¹. 527

3- Maddî Değeri Olan Yenilik Doğuran Haklar

Bir kısım haklar vardır ki, bunlar hak sahibine, tek taraflı irade beyanında bulunarak, yeni bir hukukî ilişki kurmak, mevcut bir hukukî ilişkiyi değiştirmek yahut sona erdirmek yetkisini verirler. 528

Meselâ, (B) mâliki bulunduğu bir taşınmaz hakkında (A)’ya bir “alım (iştirâ) hakkı” tanımış olabilir. (A) bu taşınmazın mülkiyetine sahip olmayı arzu edince, sadece alım hakkını (B)’ye karşı kullanmakla yetinebilir. Bu kullanma beyanının (B)’ye ulaşması ile, başkaca bir 529

²⁵¹ Liver, Zürcher Kommentar, Einleitung, N. 74 vd.

işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden (A) ile (B) arasında bir satım ilişkisi doğar. Bu ilişkinin doğması için (A)'nın hakkını kullandığını (B)'ye bildirmesi yeterlidir; bu bildirim üzerine, sanki bir satım sözleşmesi yapılmışcasına (B), taşınmazın mülkiyetini (A)'ya devretme zorunluluğu ile karşı karşıya kalır. (A)'nın bu ilişkiden doğan hakkı bir alacak hakkı ise de, bu alacağın doğmasını sağlayan alım hakkı bir yenilik doğuran haktır; tek taraflı bir beyanla bir alım-satım ilişkisi kurulmasını sağlamaktadır. Yalnız burada (A)'ya söz konusu hakkın tanınmasında yine (B)'nin iradesi bulunduğuna dikkat edilmelidir.

530 Bir boşanma sebebi ortaya çıkınca bu sebebe dayanarak boşanma dâvası açma hakkı da bir yenilik doğuran haktır; hak sahibine elde edeceği kesinleşmiş boşanma kararı ile evlilik ilişkisini sona erdirmeye yetkisini sağlamaktadır.

531 Bunlardan birincisi yani alım hakkı para ile ölçülebilen bir değere sahip olduğu için malvarlığı hakları arasında yer aldığı halde; ikincisi yani boşanma dâvası açma hakkı bu nitelikte olmayıp, şahıs varlığı haklarındandır.

532 Bu sebepledir ki, bütün yenilik doğuran hakların değil, sadece maddî değeri bulunan yenilik doğuran hakların malvarlığı hakları kategorisine dâhil olduğunu vurgulamakta yarar görüyoruz.

4- Fikrî Haklar

533 Kişilerin, zekâ, düşünce ve yaratıcılıklarını kullanarak yarattıkları fikir ürünleri üzerindeki haklarına fikrî haklar denir.

534 Bu tarz ürünler çok çeşitlilik gösterir. Bir kısmı, bilim, edebiyat ve güzel sanatlar alanlarında yaratılan ve yaratıcısının özelliğini ortaya koyan eserlerdir. Kitaplar, tablolar, heykeller, bilgisayar programları gibi.

535 Diğer bir kısım eserler, insanların doğa üzerindeki hâkimiyetlerini arttırmaya yarayan buluş (ihtira) ve keşiflerdir. Yeni bir ilâcın veya yeni bir cep telefonu batarya türünün bulunması gibi.

Bazı eserler ise, ticarî işletmeleri veya bunların ürettikleri veya sattıkları malları birbirinden ayırt edebilmek amacıyla kullanılan isim ve işaretlerden ibarettir. Ticaret unvanları, markalar gibi. 536

Eser sahibinin eseri üzerindeki fikrî hakkının bir malî (parasal) yönü, bir de kişiliği ilgilendiren mânevi yönü vardır. Meselâ, bir kitabın yazarı, bu eserin basılma hakkını bir ücret karşılığında bir yayınevine tanyabilir; bir ressam yaptığı tabloyu birisine satabilir; bir keşifte bulunan, keşfinin kullanılmasını bir bedel karşılığında bir sanayiciye bırakabilir. Bunlar fikrî hakkın malî (maddî, parasal) yönünü teşkil eder. Fakat bu eserlerden yararlanma imkânının başkalarına devredilmesine rağmen eserin yaratıcısı ile eser arasında mânevi bağlılık devam eder. Bu da fikrî hakkın mânevi yönünü oluşturur. Meselâ, bir yazar, basılma hakkını bedeli karşılığında bir başkasına devrettiği eserde kendi isteği dışında değişiklik yapılmasını, ancak fikrî hakkına (bu hakkın manevî yönüne) dayanarak önleyebilir. 537

Fikrî haklar, malî yönleri ile malvarlığı hakları arasında yer alırlar. Bazı hukuk düzenlerinde fikrî hak konusu eserler, gayrı maddî eşya olarak nitelendirilmekte, fikrî haklar için de “fikrî mülkiyet” (propriété intellectuelle) deyimi kullanılmaktadır. Bu deyim, fikrî hakların korunmasına yönelik çeşitli uluslararası kuruluşlarca da benimsendiği görülmektedir. Edebî ve artistik eserler üzerindeki haklar “edebî ve artistik mülkiyet” adıyla bir grupta; ihtiralar, sınaî resim ve modeller, markalar ve ticaret ünvanı üzerindeki haklar “sınaî mülkiyet” adıyla diğer bir grupta toplanmaktadır. Bu gruplardan her biri ayrı ayrı uluslararası sözleşmelere konu olmuşlardır. 538

Ülkemizde eser üzerindeki fikrî haklar esas itibariyle 5 Aralık 1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve San’at Eserleri Kanunu ile korunmaktadır. Keza, patentler, endüstriyel tasarımlar, coğrafi işaretler ve markalar, 22.12.2016 tarih ve 6769 sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu ile koruma altına alınmışlardır. Bir ticarî işletmenin unsuru olarak ticaret ünvanı ise, ayrıca Ticaret Kanunu’nun koruması altındadır. 539

B) Kişi Varlığı Hakları

540 Kişi varlığı hakları malvarlığı dışında kalan, yani değeri para ile ölçülemeyen, kişinin daha çok manevî dünyasına ilişkin olan ve mutlak hak niteliğini taşıyan haklardır. Bunların başında bir kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı, şeref ve haysiyeti, bilimsel ve meslekî kimliği, özgürlüğü, ismi, sırları, resmi gibi mânevi varlıklarını kapsayan “*kişilik (şahsiyet) hakkı*” gelir²⁵². Bundan başka bir kişinin aile birliği içinde sahip olduğu haklar, özellikle çocukları üzerindeki velâyet hakkı da bu gruba girer.

541 Kişi varlığı hakları kural olarak başkasına devredilemediği gibi, mirasçuya da geçmez.

II. İLERİ SÜRÜLEBİLECEĞİ ÇEVRE AÇISINDAN: MUTLAK HAKLAR - NİSBÎ HAKLAR

542 Hak sahibinin hakkını ileri sürebileceği çevre açısından, yani hakkı ihlâl etmeme yükümlülüğünün kapsamına giren kimseler açısından haklar, *mutlak haklar* ve *nisbî haklar* olarak ikiye ayrılmaktadır.

1- Mutlak Haklar

543 Mutlak haklar, hak sahibi tarafından hakkı ihlâl etmesi söz konusu olan herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Herkes bu haklara uyma, onları ihlâl etmekten kaçınma yükümlülüğü altındadır. Bu hak, sadece belirli bir kişiye karşı mevcut olan ve sadece ona karşı ileri sürülebilen bir hak değildir. Mutlak hakkı kimin ihlâl edebileceği de baştan belli değildir; böyle bir ihlâl herkesten gelebilir. Eşya üzerindeki mutlak

²⁵² “Kişilik hakkı” kavramı ve özellikleri hakkında genel olarak bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid**, 69, 87 vd.; **Koziol/Welser**, 73 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, 161 vd.; **Dural/Öğüz**, 99 vd.; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, 101 vd.; **Arpacı**, 103 vd.; **Helvacı**, 95 vd.

haklar, aynî hak görünümünde ortaya çıkarlar. Kişilik hakkı, velâyet hakkı, mânevi yönü ile fikrî haklar da mutlak haklardandır.

2- Nisbî Haklar

Nisbî haklar ise bir hukukî ilişki çerçevesinde, belirli bir kişiye veya sınırlı bir grup halindeki belirli kişilere karşı ileri sürülebilen haklardır. Bu haklara sadece hakkın kendilerine karşı ileri sürülebildiği kişiler uymak zorundadır. 544

Nisbî hakların belli başlı örneği alacak haklarıdır. Alacaklı, borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkını sadece ona karşı kullanabilir; borcun ifasını ancak borçludan talep edebilir. Yenilik doğuran haklar da nisbî haklardandır. Eşlerin birbirlerine karşı sahip oldukları aile hukuku kökenli haklar da böyledir; bunlara “nisbî aile hakları” denilmektedir. Meselâ, eşlerden birinin diğerinden sadakat ve destek olma yükümlülüğüne (MK m. 185/f. 3) uygun davranmasını isteme hakkı böyledir. Burada bir alacak hakkı değil, şahıs varlığına giren bir nisbî hak söz konusudur. 545

Kanun, tanıdığı “şerh” mekanizmasıyla, nisbî haklardan bazılarının ileri sürülebileceği çevreyi genişletmek suretiyle, bunların etkisini kuvvetlendirme yolunu açmıştır. Bu açıdan nisbî haklar kendi içinde “*alelâde nisbî haklar*” ve “*etkisi güçlendirilmiş nisbî haklar*” olarak iki alt gruba ayrılmaktadır. 546

a) *Alelâde Nisbî Haklar*

Ancak belirli bir kişiye veya kişilere karşı ileri sürülebilen, daha geniş bir kitleye karşı kullanılma imkânı olmayan, sıradan nisbî haklardır. (A) ile (B) arasındaki satım sözleşmesinden (A) için doğan, malın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme ve (B) için doğan, semenin (satış bedelinin) ödenmesini talep etme hakları bu anlamda alelâde nisbî hak niteliğindedir. Esasen nisbî hakların büyük çoğunluğu, bu gruba dâhildir. 547

b) Etkisi Güçlendirilmiş Nisbî Haklar

- 548 Nisbî hakların bazıları, istisnaî-özel bir alt grup teşkil ederler: Bunlar tapu siciline “şerh” adı verilen bir kayıt yapılması imkânı tanıyan nisbî haklardır. Bunlara “*şerhedilebilir kişisel haklar*” da denilmektedir. Buradaki “kişisel hak” deyimini “alacak hakkı” anlamında kullanılmakta ise de, şerhedilebilen şahsî hakların bir kısmı alacak hakkı değil, birer yenilik doğuran haklardır. Bu bakımdan, “şerhedilebilir nisbî hak” deyiminin kullanılması daha doğrudur.
- 549 Şerh verilebilecek haklar, ancak kanunen öngörülenlerden ibaretir. Kanun bir hakkın şerhedilebilmesine açıkça imkân vermiş değilse, o hakkın tapu kütüğüne şerh verilmesi ve bu sayede alelâde nisbî hak olmaktan çıkıp, etkisi güçlendirilmiş bir nisbî hak haline gelmesi mümkün değildir.
- 550 Kanunda şerhedilebilmelerine imkân tanıyan sınırlı sayıdaki haklardan başlıcalarını şöylece sıralayabiliriz: Sözleşmeden doğan önalım (şuf’a), alım (iştirâ) ve geri alım (vefa) hakları (MK m. 735, 736, 1009; BK m. 238); arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaat hakkı (MK m. 1009); rehinli alacaklının boş dereceye ilerleme hakkı (MK m. 871/f. 3); paylı taşınmazlarda kullanma, yararlanma ve yönetime ilişkin kararlar (MK m. 695/f. 2) ile paylı mülkiyet ilişkisinin devamına yönelik sözleşmeler (MK m. 698/f. 2); taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmeler (MK m. 731/f. 2); yasal önalım hakkından feragat sözleşmesi (MK m. 733/f. 2); taşınmaz mâlikine kalacak yapılar için üst hakkı sahibine ödenecek bedele ve arazinin eski haline getirilmesine ilişkin anlaşmalar (MK m. 830); oturlan evin aile konutu olduğu hususu (MK m. 194/f. 3); evliliğin iptali veya boşanma sonrasında aile konutunda kalma ve ev eşyasını kullanma konusunda eşler arasında yapılan sözleşmeden doğan konutta kalma hakkı (MK m. 254); bağışlamadan dönme şartı (BK m. 292/f. 2) ve adî kiradan (BK m. 312) ve hâsılat kirasından (BK m. 358’in atfıyla BK m. 312) ve taşınmaz satış vaadinden (Tapu K. m. 26/f. 5; MK m. 1009) doğan haklar.

Bir nisbî hakkın şerhinin bu hak üzerinde ne gibi bir değişiklik meydana getireceği doktrinde tartışmalı bir konudur ve Eşya Hukuku bahsinde incelenecektir. Şimdilik şu kadarını belirtelim ki, şerhin şerh verilen nisbî hakkın niteliğini değiştirmeyeceği, o hakkı bir aynî hak haline getirmeyeceği, sadece etki alanını genişleteceği bugün çoğunlukla kabul edilmektedir. Şerh, sadece şerh verilen nisbî hakkın, taşınmazın sonraki mâliklerine ve o taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazanan diğer kişilere karşı ileri sürülmesi ve böylece nisbî hak sahibinin bu kişilere karşı da korunması imkânını sağlar. 551

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse: (B) yaptığı bir sözleşme ile (A)'ya bir alım (iştirâ) hakkı tanımıştır. (A) bu yenilik doğuran hakkını kullandığında, (B), taşınmazını ona devretmek durumunda kalacaktır. Bu hak tapuya şerh verilmemişse (A) hakkını sadece (B)'ye karşı kullanabilir. Eğer (B), (A)'ya tanıdığı hakka rağmen taşınmazın mülkiyetini (C)'ye devretmişse, (A) hakkını (C)'ye karşı kullanamaz. Veya (B), (A)'ya alım hakkı tanıdıktan sonra bu taşınmaz üzerinde (D) lehine bir üst hakkı tesis etmişse (A), (B)'ye karşı alım hakkını kullanıp taşınmazı devralmak durumuna geldiğinde (D)'den üst hakkının kaldırılmasını talep edemez. 552

Buna karşılık, alım hakkı tapuya şerh verilmişse, (B) taşınmazın mülkiyetini (C)'ye devredince, (A) alım hakkını (C)'ye karşı kullanabilir ve sırf bu beyanla onu taşınmazın mülkiyetini kendisine devretme borcu altına sokabilir. (B), bu taşınmaz üzerinde sonradan (D) lehine bir üst hakkı tesis etmiş olsa bile, (A) alım hakkını kullanınca, (D)'den üst hakkını kaldırmasını isteyebilir. 553

Görülüyor ki, alım hakkı şerh verilince bu hakkın etki alanı genişlemektedir. Fakat bu hak aynî hak niteliğini kazanmış olmaz ve mutlak hak etkisine sahip bulunmaz; yine nisbî hak olarak kalır; sadece şerh sayesinde, ileri sürülebileceği çevre genişlemiş olur. Başka deyişle, şerh edilmiş olsa bile bu hak, sahibine o taşınmaz üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlamaz ve herkese karşı ileri sürülemez. Meselâ, 554

henüz (B) mâlikken (mülkiyet henüz A'ya geçmemişken) (Ü) bu taşınmaza hasar verse, bu hasar sebebiyle (A), (Ü)'den tazminat isteyemez.

III. KULLANILMASININ ETKİSİ BAKIMINDAN: ALELÂDE HAKLAR - YENİLİK DOĞURAN HAKLAR

555 Bir kısım haklar, (aynî haklar, kişilik hakları) hak konusu üzerinde bir hâkimiyet sağladığı, bir kısım haklar (alacak hakları) bir şahıstan bir edimi talep yetkisi verdiği halde, bir kısım haklar kullanılmakla yeni bir durumun ortaya çıkması sonucunu doğururlar. Ortaya çıkan yeni durum, yeni bir hukukî ilişkinin kurulması, mevcut bir hukukî ilişkinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi şeklinde olabilir. Bunlara *yenilik doğuran haklar* (*Gestaltungsrechte*) denilmektedir²⁵³. Medenî Hukukun çeşitli sahalarında rastlanan bu haklar XIX. yüzyıl sonunda Alman Doktrinince teşhis edilmiş ve ancak bundan sonra üzerinde durulmaya başlanmıştır²⁵⁴.

²⁵³ Kavram ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 39 vd.; **Larenz/Wolf**, 266 vd.; **Eren**, 61 vd.

²⁵⁴ Bkz. **L'Huillier**, 20 vd. ve özellikle, **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 55 vd.

Yenilik doğuran hak kavramını bugünkü anlamıyla ilk kullanan yazar, Alman hukukçusu *Emil Seckel*'dir. *Seckel*, 23 Mayıs 1903'te Berlin Hukuk Cemiyeti'nin bir toplantısında sunduğu "*Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*" başlıklı Tebliğinde kavramı kullanmıştır. Bu Tebliğ daha sonra bir ayrı bası halinde Tübingen'de Kaupp matbaasında basılarak Darmstadt'da Wissenschaftliche Buchgemeinschaft tarafından yayınlanmıştır. *Seckel* ile birlikte başlayan bu süreç ve kavramın tarihsel gelişimi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 29 vd.

Kavramı ifade için "Gestaltungsrecht" karşılığı olarak dilimizde "yenilik doğuran hak" deyimini ilk olarak H. Veldet (*Velidedeoğlu*) tarafından, A. B. Schwarz'ın "*Medenî Hukuka Giriş*" kitabının orijinalinden Türkçeye çevrilmesi sırasında kullanılmıştır (İstanbul 1942). Kavramı ifade etmede çok başarılı olan bu karşılık, doktrinde tamamen yerleşmiştir.

1- Yenilik Doğuran Hakların Çeşitleri

a) Yöneldiği Sonuç Açısından:

Yenilik doğuran haklar, hak sahibine, tek taraflı irade beyanında 556 bulunarak yeni bir hukukî ilişki kurma, mevcut bir hukukî ilişkiyi değiştirme veya sona erdirmeye yetkisi veren haklar olduğuna göre, yöneldiği sonuç itibariyle de üç grupta toplanmaktadır.

aa- Kurucu Yenilik Doğuran Haklar

Bunlar hakkın kullanılmasıyla yeni bir hukukî ilişkinin doğmasını 557 sağlarlar²⁵⁵. Bu gruba giren haklara örnek olarak, alım (iştirâ), önalım (şuf'a) ve geri alım (vefa) hakları gösterilebilir.

Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı bir beyanla bir taşınmazın alıcısı 558 olabilme yetkisini verir.

Önalım hakkı ise, bir taşınmazın bir üçüncü şahsa satılması halinde, 559 önalım hakkı sahibine tek taraflı girişimiyle²⁵⁶, üçüncü kişiye nazaran öncelikli²⁵⁷ biçimde o taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi verir.

²⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 192. Sözleşme ile tanınan alım, önalım ve geri alım hakları ancak bunları hak sahibine tanıyan tarafa karşı kullanılabilir. Oysa tapu kütüğüne şerh verilince takviyeli, güçlendirilmiş bir etki kazanırlar. Bu hususta bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 249 vd.

²⁵⁶ Yeni Borçlar Kanunu, sözleşmeden doğan önalım hakkının, hak sahibinin muhataba yönelteceği tek taraflı irade beyanı ile kullanılması yolunu kapatmış; bu hakkın ancak dava açmak suretiyle kullanılmasını zorunlu kılmıştır (BK m. 242). Hakkı tanıyan mâlik açısından, önalım hakkına oranla çok daha tehlikeli olan alım hakkı için böyle bir şart aranmazken, önalım hakkının kullanılmasının dava açma koşuluna bağlanması aslında tuhaftır. Fakat kanunî önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasını öngören ve MK m. 735/f. 3'teki atıf sebebiyle, sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacak olan MK m. 734/f. 1 hükmü ile paralellik sağlanması düşüncesi bu tercihte etkili olmuştur; nitekim bu husus, BK m. 242'nin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir.

²⁵⁷ Yeni Medenî Kanunumuzda "şuf'a hakkı" karşılığı olarak doktrinde yerleşik

Başka bir ifade ile, önalım hakkı kullanılması şarta bağlı bir alım hakkı sayılabilir. Bu şart, taşınmazın bir üçüncü şahsa satılmasıdır.

- 560 Önalım hakkı bir kimseye bir sözleşme ile tanınmış ise akdî önalım hakkı (BK m. 240-242); kanun tarafından tanınmışsa kanunî önalım hakkı (MK m. 732-734) niteliğini taşır. Kanunî önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara kanunen tanınmış bulunan bir haktır.
- 561 Geri alım hakkı, taşınmazını başkasına devretmiş olan kişiye, belirli şartlar çerçevesinde tek taraflı irade beyanı ile o taşınmazı geri alabilme yetkisini sağlar. Geri alım hakkı da bir yönden, taşınmazın eski mâlikine tanınan bir alım hakkı durumundadır.

bb- Değiştirici Yenilik Doğuran Haklar

- 562 Bunlar, hakkın kullanılmasıyla önceden beri zaten mevcut olan bir hukukî ilişkide değişiklik meydana getirirler²⁵⁸.
- 563 Bu gruba giren haklara örnek olarak, seçimlik borçlarda seçim hakkı (BK m. 87) gösterilebilir. Seçimlik borçlar, borcun konusunu birden çok edimin teşkil ettiği, fakat bu edimlerden seçilecek bir tane-sinin yerine getirilmesiyle ifanın sağlanacağı borçlardır. Meselâ, bir yarışmayı kazanacak kişiye bir buzdolabı veya televizyon verilmesinin taahhüt edilmesinde durum böyledir. Bu edimlerden sadece bir tanesi yerine getirilecek, kazanana ya buzdolabı ya da televizyon verilecektir. İşte bunlardan hangisinin verileceğinin belirlenmesi, seçim hakkına

biçimde kullanılan “önalım hakkı” kavramı tercih edilmiştir. Bizce “*öncelikle alım*”, hatta “*öncelikli alım*” deyiminin kullanılması müesseseyi ifade bakımından daha isabetli olurdu. Çünkü “önalım” kelimesindeki “ön” ibaresi ile kastedilmek istenen, aslında o malın alımı konusunda hak sahibinin, diğer kişilere oranla bir “önceliğe” sahip olmasıdır. “Önalım” ibaresi, bu amacı ifade etme konusunda başarısızdır. Ama biz de, kavram kargaşasına yol açmamak için, kanunda kullanılan deyim olan “önalım hakkı” ibaresine yer vereceğiz.

²⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 192-193.

sahip bulunan kişinin (sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, borçlunun) bu hakkını kullanması ile olacaktır. Bu hak değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Çünkü hakkın kullanılmasından önce hangi edimin ifa edileceği belli değilken, hak kullanıldıktan sonra edimin konusu artık belirli hale gelmekte, somutlaşmaktadır.

cc- Bozucu Yenilik Doğuran Haklar

Bunlar, hakkın kullanılmasıyla mevcut bir hukukî ilişkinin sona ermesini sağlarlar²⁵⁹. Bir kimsenin vekilini azletme hakkı (BK m. 512), bağlı olduğu hizmet sözleşmesini haklı sebeple feshetme hakkı (BK m. 435) bu gruba örnek teşkil eder.

564

b) Hakkın Kullanılış Tarzı Bakımından:

Yenilik doğuran hakların bir kısmı, doğrudan doğruya karşı tarafa yöneltilen bir irade beyanıyla kullanılabilirken, diğerleri bir kamu makamına, özellikle mahkemeye müracaatla kullanılırlar²⁶⁰. Bir yenilik doğuran hakkın karşı tarafa yöneltilen bir irade beyanıyla kullanılması durumunda *yenilik doğuran işlem*, mahkemeye başvuruda bulunmak suretiyle kullanılması halinde ise *yenilik doğuran dâva* söz konusudur. Dâva yolu ile kullanılan yenilik doğuran hakların yöneldiği sonucun sağlanması, ancak mahkemenin talebi kabul ederek karara bağlamasıyla olur. Alım (iştirah) hakkı, yenilik doğuran işlem ile kullanılan haklara; önalım hakkı (BK m. 242) yenilik doğuran dâva yolu ile kullanılan haklara örnek olarak gösterilebilir.

565

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 193.

²⁶⁰ **Medicus**, irade beyanı ile kullanılabilen yenilik doğuran hakları “basit (yalın) yenilik doğuran hak” (*einfaches Gestaltungsrecht*); dâva yoluyla kullanılması zorunlu olan yenilik doğuran hakları ise “yenilik doğuran dâva hakkı” (*Gestaltungsklagerecht*) olarak adlandırmaktadır. Bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 40; karşı benzer şekilde **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 183 vd.

2- Yenilik Doğuran Hakların Ortak Özellikleri

566 *a) Yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin beyanın hüküm ifade etmesi prensip itibariyle bir şarta bağlı tutulamaz*²⁶¹. Bu, yenilik doğuran haklardan dâva yolu ile kullanılması zorunlu olanlar için kesindir. Sadece yenilik doğuran bir beyanla kullanılabilen yenilik doğuran haklarda ise genel kural yine şarta bağlı tutulamama olmakla birlikte, istisnâî bazı hallerde şarta cevaz verilmekte ve şart, ancak şartın yarattığı şüpheli durumun, hakkın yöneldiği şahıslar için zararlı olamayacağı hallerde uygun görülmektedir²⁶². Bu imkân özellikle, şartın gerçekleşip gerçekleşmemesinin, yenilik doğuran beyanın yöneldiği kişinin hâkimiyet alanında ve onun iradesine bağlı olduğu hâllerde sözkonusu olur. Meselâ, işveren işçiye “bu ay bir haftadır mazeretsiz olarak işe gelmiyorsun, bir gün daha gelmezsen sözleşmen feshedilmiş olacaktır” derse veya işçi işverene “ücretimi üç aydır geç ödüyorsunuz, şayet bu durum gelecek ay da tekrarlanırsa aramızdaki sözleşmenin feshedilmiş olacağını şimdiden haber veriyorum” derse, bu hallerde fesih hakkının kullanılmasının bağlandığı şart, karşı tarafın hukukî durumunu ağırlaştırmaz ve onun aleyhine olmaz; bu sebeple böyle bir şarta bağlama uygun ve geçerlidir.

567 *b) Yenilik doğuran haklar için prensip olarak, zamanaşımı sözkonusu olmaz.* Bir yenilik doğuran hakkın kullanılması için süre öngörüldüğü takdirde, bu süre nitelik itibariyle hak düşürücü süre olabilir²⁶³

²⁶¹ Wackerbarth, Anwaltkommentar BGB, § 158, Nr. 34; Larenz/Wolf, 270; Medicus, Allgemeiner Teil, 42; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 258 vd.

²⁶² Bkz. Larenz/Wolf, 270; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 259; BGE 101 II 242; BGE 102 II 376; JdT 1993 I 14.

²⁶³ Yenilik doğuran hakların zamanaşımına değil, hak düşürücü süreye tâbi olabilecekleri yönünde bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 261 vd.; Dural/Sarı, 187.

Buna karşılık, eski Medenî Kanunumuzda istisnaen bazı yenilik doğuran haklar için zamanaşımı süreleri öngörülmüştü. Ölüme bağlı tasarrufların iptali (eski MK m. 501) ve tenkis (eski MK m. 513) davalarında durum böyleydi. Ancak, bu hallerde bile sürenin zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süre niteliğinde olduğu işviçre Federal Mahkemesince kabul ediliyordu. Bkz. JdT 1973 I 247; JdT 1977

(meselâ, MK m. 161/f. 2; 559; 571).

c) *Yenilik doğuran haklar usûlüne uygun biçimde kullanılmakla sona ererler*²⁶⁴. Çünkü hakkın kullanılması ile amaca ulaşılmış olur. Meselâ, seçimlik borçlarda seçim hakkı kullanılıp, ifa edilecek edimin belirli hâle gelmesiyle seçim hakkı artık sona erer. Bundan sonra yeni bir seçim yapma imkânı yoktur. 568

d) *Yenilik doğuran hak kullanılıp, sonuç meydana geldikten sonra bundan geri dönülemez*²⁶⁵. Esasen, yenilik doğuran hak kullanılmakla artık sona ermiş bulunmaktadır; bu nedenle, geri dönülemez özelliği, sona erme olgusunun zorunlu ve doğal bir sonucudur. Ancak taraflar isterlerse sözleşme serbestisi sınırları içinde, yenilik doğuran hakkın kullanılmasının sonuçlarını ortadan kaldıran veya değiştiren bir sözleşme yapabilirler. Meselâ, seçim hakkı kullanılarak belirlenen edimin yerine taraflar başka bir edimin ifa edilmesini yapacakları sözleşme değişikliği (tâdil sözleşmesi) ile kararlaştırabilirler. 569

IV. KULLANMA YETKİSİ AÇISINDAN: ŞAHSEN KULLANILMASI ZORUNLU OLAN VE OLMAYAN HAKLAR

Hakların çoğunun hak sahibince şahsen (bizzat) kullanılması zorunlu olmayıp, bu konuda başka bir kişiyi yetkili kılmak ve hakkın 570

I 316. Keza, doktrin de bu süreleri hak düşürücü süre niteliğinde görmektedir. Yeni Medenî Kanunda (md. 559, 571) bu sürelerin hak düşürücü süre olduğu açıkça ve isabetle belirtilmiştir. Bkz. Nr. 798.

²⁶⁴ **Larenz/Wolf**, 270; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 256 vd.

²⁶⁵ **Medicus**, Allgemeiner Teil, 42; **Larenz/Wolf**, 270; **Buz**, 256 vd., 443 vd.

Ancak istisnaen, tarafların anlaşmasıyla veya muhatabın hakkın kullanım şartlarının oluşmadığı itirazında bulunması ya da hak sahibinin seçimlik olarak birden fazla yenilik doğuran hakka sahip olup, kullandığı haktan vazgeçip diğerini kullanmaya yönelmesi hallerinde yenilik doğuran hakkın tek taraflı olarak geri alınabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda detaylı ve doyurucu açıklamalar için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 447 vd.

kullanılıp kullanılmamasını onun iradesine bırakmak mümkün iken, bazı haklarda hakkın kullanılmasına mutlaka hak sahibinin kendisinin karar vermesi, hakkın kullanılmasının doğrudan doğruya onun kendi iradesine dayanması gerekir. Bu ikinci grup haklara, “*münhasıran şahsa bağlı haklar*” (kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar; kişiye sıkı surette bağlı haklar)²⁶⁶ denilmektedir. Biz bunları “*şahsen kullanılacak haklar*” olarak isimlendirmeyi uygun görüyoruz. Kişiliği koruyan dâvalar (MK m. 24, 25), adın korunmasına yönelik davalar (MK m. 26), nişanlanma ve nişanı bozma (MK m. 118, 120), nişan bozulması halinde mânevi tazminat isteme (MK m. 121) ve boşanma dâvası açma hakları, şahsen kullanılacak haklara örnek olarak gösterilebilir.

571 Şahsen kullanılacak haklar (kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar) kişiliği o kadar yakından ilgilendiren haklardır ki, bunların kullanılmasına karar verme yetkisinin başkasına tanınması kişilik kavramıyla bağdaşmaz. Hak sahibi, hakkını kullanıp kullanmama konusundaki karar verme iktidarını bir başkasına bırakamaz; meselâ bu konuda yetkili olmak üzere bir temsilci atayamaz.

572 Hemen işaret edelim ki, bu hakların şahsen kullanılması zorunluluğunun anlamı, hakkın kullanılmasına hak sahibinin *karar vermesi* gerektiğidir; yoksa, bununla, hak sahibinin kararı verdikten sonra, kararın sonuç doğurması için gerekli işlemleri (meselâ, dava açmayı ve bunu sürdürmeyi) de bizzat yapmak zorunda olduğu kastedilmemektedir.

573 Bir kimse şahsen kullanılacak (kişiye sıkı sıkıya bağlı) bir hakkını kullanma kararını alma konusunda temsilci tâyin edemez ve hakkın kullanılıp kullanılmayacağı kararını ona bırakamaz. Velâyet ve vesayet altındakiler için de, veli ve vasi, küçük veya kısıtlının şahsen kullanılacak hakkının kullanılmasına karar veremezler; hattâ ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün veya kısıtlının bu hakkını kullanma kararına etki yapamazlar. Medenî Kanununun 16. maddesine göre, ayırt etme gücüne

²⁶⁶ Bugün anılan deyimler içinde en çok tercih edileni “*kişiye sıkı sıkıya bağlı hak*” deyimidir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı (şahsen kullanılacak) hakların ortak özellikleri ve bir hakkın bu nitelikte olmasının doğurduğu sonuçlar için bkz. **Karakaş**, 32 vd. ve 36 vd.

sahip bulunan küçüklerin veya kısıtlıların kendilerini borç altına sokan hukukî işlemlerinin geçerliliği kanunî temsilcinin (veli veya vasinin) rızasının (izin veya onayının) bulunmasına bağlıdır. Fakat, bu küçük veya kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırlarken kanunî temsilcilerinin izin veya onayını almak zorunda değildirler. Ancak kanun bazı hallerde istisnaen, ayrı bir unsur olarak, velinin veya vasinin de rızasını aramıştır (meselâ, MK m. 118).

Kanunî temsilcilerin, velâyet veya vesayet altındaki kişinin şahsen kullanılacak bir hakkını temsil yoluyla kullanamamaları bu hakların niteliği gereğidir. Ancak velâyet veya vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip değilse, kendisi de hakkını kullanamayacağı için, hakkın *hiç* kullanılamaması durumu ile karşı karşıya kalınır. Bu ise hak sahibinin aleyhine sonuç doğurabilir ve temsil yasağının amacına aykırı olabilir. Böyle hallerde, doktrin tarafından, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlının şahsen kullanılacak bir hakkını kullanma yetkisi istisnaen kanunî temsilciye tanınmaktadır. Meselâ, ayırt etme gücü bulunmayan bir akıl hastasının karısı, kocasının bu durumundan yararlanarak (onun nasıl olsa dava açamayacağını düşünerek) zinada bulunuyorsa, vasinin boşanma dâvası açması istisnaen kabul edilebilir²⁶⁷. 574

Kişiye sıkı sıkıya bağlı (şahsen kullanılacak) haklarda karar verme yetkisi başkasına tanınmaz. Fakat hak sahibi hakkını kullanmaya bizzat karar verdikten sonra, hakkın kullanılabilmesi için gerekli işlemleri yapmak üzere bir temsilciyi yetkili kılabilir. Meselâ, boşanmaya karar veren kimse, boşanma dâvasını açıp yürütmek üzere bir avukata vekâlet verebilir. Ama boşanıp boşanmamaya karar verme konusunda bir başkasını (meselâ, bir avukatı) yetkilendiremez. 575

Mamafih, öylesine önemli bazı işlemler vardır ki, bunlarda işlemin gerçekleştirilmesi için bile temsilci kullanılması mümkün değildir; 576

²⁶⁷ Bkz. Oğuzman/Aybay/Sarı, 38; Akyol, Uygulama Örnekleri, 116 ve özellikle: Karakaş, 54 vd. (yazar, bu konuda açık bir kanun boşluğu bulunduğu görüşündedir). *Jaccard* ise, ayırt etme gücüne sahip olmayanların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını genel olarak kanunî temsilcinin kullanabileceği görüşündedir. Bkz. *Jaccard*, 30 vd.

buna işlemin niteliği imkân vermez. Meselâ, bir kimse, evlenme töreni sırasında kendi adına evlenme iradesini beyan etmek üzere bir temsilciye yetki veremez veya bir temsilci aracılığıyla vasiyetname yapamaz. Burada ilgili kişi, hem kararı kendisi vermek, hem de işlemi kendisi yapmak zorundadır.

- 577 Şahsen kullanılacak haklar, kural olarak başkasına devredilemediği gibi, mirasçıya da geçmez. Fakat şahsen kullanılacak hak malî bir sonuca yönelmiş bir hak olup da, karşı taraf bu malî sonucu kabul etmişse artık bundan sonra talebin devredilebileceği; keza, hak sahibi ölmeden önce hakkını ileri sürmüş bulunuyorsa bu hakkın miras yoluyla intikal edebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Nitekim bu esaslara manevî tazminat bakımından MK m. 25/f. 4'te de yer verilmiştir.

V. BAĞIMSIZ OLUP OLMAMA AÇISINDAN: BAĞIMSIZ HAKLAR - BAĞLI HAKLAR

- 578 Hak sahibi bir hakka başka bir hakla veya durumla ilintili olmaksızın, ya doğrudan doğruya sahiptir; ya da diğer bir hakka sahip olduğu, bir ilişkide taraf olduğu için (hak sahibi veya ilişkinin tarafı sıfatıyla ve bu sığata bağılı olarak) sahiptir. Hak sahibinin doğrudan doğruya sahip olduğu haklara *bağımsız haklar*, böyle olmayanlara da *bağılı haklar* denilebilir.

1- Bağımsız Haklar

- 579 Bunlar hak sahibinin doğrudan doğruya sahip olduğu haklardır; onun şahsına tanınmıştır. Bu haklar aynı zamanda başkaca hak kategorilerine giren haklar olabilir. Bir kimsenin kişilik hakkı, mülkiyet hakkı, alacak hakkı, iştirâ hakkı, fikrî hakkı birer bağımsız haktır.
- 580 Bağımsız haklardan bir kısmı o kişinin şahsıyla bütünleşmiştir (şahısla kaimdir); başkasına devredilemez ve mirasçıya intikal etmez. Bunlar da çeşitli hak kategorilerine giren haklar olabilir. Bir malvarlığı hakkı olarak intifa hakkı ve oturma hakkı şahısla kaim olduğu gibi, şahıs varlığı hakkı durumundaki kişilik hakkı da şahısla kaimdir.

2- Bağlı Haklar

a) Eşyaya Bağlı Haklar

Bunlar bir kimsenin şahsı itibariyle değil de, bir mala mâlik olması sebebiyle, o malın mülkiyetini elinde bulundurması sayesinde sahip olduğu haklardır. 581

Bu şekilde mevcut haklar da çok çeşitli olabilir. Meselâ, (X) taşınmazı üzerinde (Y) taşınmazı lehine bir geçit irtifakı tesis edilirse, bir eşyaya bağlı irtifak söz konusu olur. Geçit irtifakı (Y) taşınmazının mülkiyetine bağlanmıştır. (Y) taşınmazı üzerindeki mülkiyet ilişkisi, irtifak hakkının sahibinin kim olduğunu da tayin edecektir. (Y) taşınmazına kim mâlik olursa geçit irtifakının sahibi de o olacaktır. 582

Bir taşınmazın mülkiyeti de bu esasa uygun biçimde kurulmuş olabilir: (X) taşınmazının mülkiyeti (Y) taşınmazının mülkiyetine bağlanmışsa, (Y) taşınmazının mülkiyetine sahip olan kişi, aynı zamanda (X) taşınmazının da mâliki olur. 583

Eşyaya bağlı hak, bir yenilik doğuran hak niteliğinde de olabilir. Meselâ, paylı (müşterek) mülkiyette, paydaşların önalım hakları (MK m. 732), onların mülkiyet haklarına bağlı yenilik doğuran hak niteliğindedir. 584

Taşınmaz yükünde, istifade eden taşınmaz mâlikinin alacak (şahsî talep) hakkı (MK m. 839/f. 2), eşyaya bağlı alacak hakkı durumundadır. 585

Eşyaya bağlı hakların özelliği, hakkın, bağlı bulunduğu mülkiyetin hukukî kaderine tâbi olmasıdır²⁶⁸. 586

b) Alacağa Bağlı Haklar

Bir şahıs, bir alacak hakkına sahip olduğu için aynı zamanda başka bazı haklara da sahip olabilir. Bunlar da çeşitlidir. Meselâ, bir alacağı 587

²⁶⁸ Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar, 107 vd.

teminat altına alan rehin hakkı o alacağa bağlı bir aynî haktır. Bir para alacağın a ait faiz isteme hakkı asıl alacağa bağlı bir alacak hakkıdır. Seçimlik borçlarda alacaklıya tanınan seçim hakkı ise alacağa bağlı yenilik doğuran haktır.

- 588 Bir alacağa bağlı haklara “*fer’î haklar*” denilmektedir. Bunlar, prensip olarak bağlı oldukları alacağın kaderine tâbidirler. Alacak geçerli biçimde devredildiğinde, fer’î haklar da ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın alacakla birlikte kendiliğinden yeni alacaklıya geçer (BK m. 189). Alacak hakkı sona erince bu alacağa bağlı (fer’î) haklar da sona erer (BK m. 131).

c) Borç İlişkisine Bağlı Haklar

- 589 Bazı haklar alacağa değil, bir borç ilişkisine taraf olmaya bağlanmıştır. Meselâ, bir kira ilişkisinde kiralayanın fesih hakkı borç ilişkisine bağlıdır. Kiralayan bu ilişkiden doğan kira bedeli alacağın başkasına temlik etmiş olsa dahi, kira akdini feshetme hakkı alacağa değil, borç ilişkisine bağlı olduğundan kendisinde kalır; temlikle beraber alacağı devralan kişiye geçmez.

d) Bir Topluluğa Mensup Olmaya Bağlı Haklar

- 590 Bu haklar, bir topluluğun üyesi olma sıfatına bağlı ve ona özgüdürler. Derneklerde üyelerin hakları (meselâ, genel kurul toplantısına katılma, oy kullanma, sosyal tesislerden yararlanma hakları) böyledir.

§ 3. HAK SAHİBİ

- 591 Hak sahibi, menfaati hukuken korunan varlıktır. Bu varlıklara “kişi” (şahıs) denilir. Bugün her insan bir “kişi”dir. İnsanlara, hukuk dünyasında “*gerçek kişi*” denir. Fakat kişiler sadece insanlardan ibaret değildir. Bir dernek, bir ticaret şirketi, bir vakıf da birer “kişi” olarak kabul edilmektedir. İşte, hukuk düzeninin yarattığı bu “yapay” kişilere

“tüzel kişi” denilmektedir. Ancak, her kişi veya mal topluluğunun tüzel kişilik taşıdığı sanılmamalıdır. Bir kişi veya mal topluluğuna “tüzel kişi” sıfatının tanınması, ancak kanunla olur. Meselâ, adî ortaklık (BK m. 620 vd.) ve miras ortaklığı (MK m. 640), tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarıdır. Çünkü kanun, bunlara tüzel kişilik tanımamıştır. Buna karşılık, avukatlık ortaklığı bir tüzel kişiliktir; çünkü Avukatlık Kanunu’nun 44/B. maddesi bu ortaklığı “tüzel kişi” olarak kabul etmiştir.

Kişi kavramı ve kapsamı, çeşitleri, kişiliğe bağlanan sonuçlar, kişiliğin oluşumu ve sona ermesi ile kişiliğe ilişkin diğer hukukî sorunlar Kişiler Hukuku bahsinde inceleneceği için burada üzerinde durmayacağız. 592

Sadece bir noktaya işaret etmeyi faydalı görüyoruz: Bağımsız haklarda olduğu kadar, bağlı haklarda da hakkın sahibi bir “kişi”dir. Fakat, bağımsız haklarda hakkın sahibi doğrudan doğruya belli olduğu halde, bağlı haklarda hakkın sahibi, hakkın bağlı olduğu ilişkiye göre saptanmaktadır. 593

Ş 4. HAKLARIN KAZANILMASI VE KAYBEDİLMESİ

Bir şahsın bir hakkın sahibi durumuna geçmesine hakkın kazanılması (iktisabı); bir hak sahibinin o hakkın sahibi durumundan çıkmasına ise hakkın kaybedilmesi denilir²⁶⁹. 594

Hakların kazanılması ve kaybedilmesi çeşitli şekillerde olur. Bunlar, ortak vasıfları göz önünde tutularak gruplandırılabilir. Fakat hakların gerek kazanılması, gerekse kaybı, ya bir hukukî olay, ya bir hukukî fiil, ya da bir hukukî işlem sonucunda meydana gelir. Bu sebeple, hakların kazanılmasının çeşitli şekillerini görmeden önce *hukukî olay*, *hukukî fiil* ve *hukukî işlem* kavramlarını kısaca ele almak uygun olur. 595

²⁶⁹ Schwarz, Medenî Hukuk, 129.

I. “HUKUKÎ OLAY”, “HUKUKÎ FİİL” VE “HUKUKÎ İŞLEM” KAVRAMLARI

A) Kavramlara Genel Bakış

596 Hukukun kendisine bir sonuç bağladığı olaylara “*hukukî olay*” denir. Günlük yaşamda cereyan eden bütün olaylar hukukî olay niteliğini taşımaz. Gerçekten, yaşamımızda her an sayısız olay meydana gelir; fakat bunların hepsine birer hukukî sonuç bağlanmış değildir.

597 Bazı olaylara daima bir hukukî sonuç bağlıdır. Meselâ, bir insanın doğması veya ölmesi bu tip birer hukukî olaydır. İnsanın doğması, yeni bir kişinin ortaya çıkması; ölmesi, kişiliğin sona ermesi ve mirasının başkalarına geçmesi hukukî sonuçlarını doğurur.

598 Bazı olaylara ise her zaman birer hukukî sonuç bağlanmış değildir. Meselâ, yıldırım sigortalı bir binaya düşerek yangına sebep olunca, birtakım hukukî sonuçlar doğurur; bu yüzden anılan örnekte yıldırım düşmesi bir “hukukî olay” görünümü kazanır. Halbuki yıldırım sahipsiz bir araziye düşünce hiçbir hukukî sonuç doğurmaz ve bu halde yıldırım düşmesi bir hukukî olay teşkil etmez.

599 İnsanların davranışları da, kendilerine hukukî sonuç bağlandığı zaman birer hukukî olay teşkil ederler. Meselâ, yabancı bir ülkeden Türkiye’ye yeni gelen ve henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan bir kişinin belirli bir yerde oturmaya başlaması bir hukukî olaydır. Zira bu davranış, sözü geçen yerin, o kişinin MK m. 20/f. 2 anlamında yerleşim yeri (ikametgâhı) sayılması sonucunu doğurur. Keza, bir şahsın diğer bir şahsı yaralaması da bir hukukî olaydır. Zira bu olay, mağdur için zararının tazminini failden isteme hakkının; fail için ise yol açtığı zararını tazmin etme yükümlülüğünün doğması gibi iki yönlü hukukî sonuç meydana getirir.

600 Diğer olaylardan farklı olarak, insanın kendi iradesi ile vuku bulan davranışlarına “*hukukî fiil*” adı verilmektedir.

601 Geniş anlamda kullanıldığı zaman, hukukî olay deyimi, hukukî

fiilleri de içine alır. Fakat çoğu kez, hukukî olay deyimi, hukukî fiiller dışında kalan olayları ifade etmek üzere, dar anlamda kullanılır.

Kendilerine hukukî sonuç bağlanmış insan fiilleri anlamına gelen hukukî fiiller, hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak ortaya çıkarlar. Hukuka aykırı fiillerde hukukî sonuç, failin sorumluluğu tarzında kendini gösterir. Hukuka aykırı fiiller de ya genel davranış kurallarına aykırı fiillerdir ve “haksız fiil” adını taşırlar, ya da bir borcun ihlâli tarzında ortaya çıkarlar. 602

Hukuka uygun fiillerin bir kısmında hukuk düzeni, fiile, failin arzusunun nazara alarak, ona uygun sonucu bağlamıştır. Bunlara “*hukukî işlemler (hukukî muameleler)*” denir. Diğerlerinde ise hukuk düzeni, failin arzusu ile ilgilenmeksizin o fiil için birtakım hukukî sonuçlar öngörmüştür. “Fiil” sözcüğü, genellikle, hukukî işlemler dışında kalan hukuka uygun fiilleri ifade etmek üzere dar anlamda kullanılır. 603

Geniş anlamda hukukî fiillerde kişi, bu fiili ile ya bir düşünce veya kanaatini açıklar (meselâ, satın alınan bir malın ayıplı olduğunun bildirilmesi, BK m. 223); ya duygusunu açıklar (meselâ, bir kimsenin, zina eden eşini affettiğini açıklaması, MK m. 161/f. 3); ya da arzusunu, iradesini açıklar (meselâ, bir sözleşme yapma arzusunun açıklanması, BK m. 1)²⁷⁰. 604

İrade açıklaması belirli bir *hukukî* sonucun doğması arzu edilerek yapılmışsa ve hukuk düzeni de bu arzuya o hukukî sonucu bağlamışsa ortada bir “*hukukî işlem*” var demektir. Burada hukukî sonuç, irade açıklamasında bulunan tarafın iradesiyle (arzusuyla) gerçekleşmektedir; fakat o irade beyanına bu hukukî sonucu bağlayan da hukuk düzenidir. Bu nedenle, tarafların iradeleri ve hukukî sonuca yönelik arzuları ne kadar güçlü olursa olsun, hukuk düzeni uygun görmediği ve izin vermediği sürece o hukukî sonucu meydana getiremezler. 605

²⁷⁰ Schwarz, Borçlar Hukuku, 160 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 36 vd..

606 Şayet bir arzu açıklaması hukukî değil de *fiilî* bir sonuca yöneldiği hâlde hukuk düzeni o açıklamaya yine de *hukukî* bir sonuç bağlıyorsa “*hukukî işlem benzeri fiil*” den bahsedilir. Burada irade beyanı o hukukî sonucu kapsamamakta, böyle bir hukukî sonucun doğup doğmamasıyla ilgilenmemektedir. Hatta irade açıklamasında bulunan kişi, yaptığı açıklama üzerine böyle bir hukukî sonucun doğacağını hiç bilmeyebilir veya bunu istemeyebilir; ama o hukukî sonuç, onun iradesinden (arzusunun) bağımsız biçimde yine de gerçekleşir. Meselâ, alacaklının borçluya bir ihtar göndererek alacağını talep etmesinin borçluyu temerrüde düşürmesi (BK m. 117) böyledir. Alacaklının bu sonucu istemiş olması gerekli görülmemektedir: Alacaklı borçluya ihtar gönderirken onu temerrüde düşürmeyi hiç arzu etmemiş olsa bile, ihtarın borçluya ulaşması onu her halde temerrüde düşürür; temerrüt, alacaklının iradesinden bağımsız olarak doğan bir hukukî sonuçtur. Bu nedenledir ki temerrüt ihtarını bir “hukukî işlem” değil, “hukukî işlem benzeri fiil” niteliğindedir²⁷¹.

607 Eğer hukukî sonuç, iradenin açıklanmasına değil de iradî olarak meydana getirilen bir maddî değişikliğe bağlanmışsa, “*maddî fiil*”²⁷² söz konusu olur. Meselâ, (A)’nın, (B)’ye ait bir ham yeşim taşı parçasını yontup işleyerek bir Buda heykelciği meydana getirmesi halinde durum böyledir (MK m. 775). Eserin mâlikini belirleme şeklindeki hukukî sonuç, herhangi bir irade açıklamasına değil, iradî olarak yapılan yontma fiiline ve bu fiille meydana gelen maddî değişikliğe bağlanmıştır.

608 Yalnız hemen belirtelim ki, hukukî işlemler ile ilgili kurallar, hukukî işlem benzeri fiillere de kıyasen uygulanır ise de, aynı durum maddî fiiller için söz konusu değildir.

608a Bir fiilin hukukî işlem veya maddî fiil niteliğini taşıması uygulamada ispat rejimi bakımından büyük önem taşır: Maddî fiillerin her

²⁷¹ Bkz. von Tuhr/Peter, 174-175; von Tuhr/Escher, 136; Eren, 161, 1094; Barlas, Temerrüt, 35-36.

²⁷² Schwarz, Borçlar Hukuku, 159; von Tuhr/Peter, 175; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 37-38; Eren, 162; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 85; Feyzioğlu, I, 36-37.

türlü delille (bu arada, tanıkla) ispatı mümkün iken, değeri HMK m. 200'deki yasal sınırın üzerinde kalan hukukî işlemlerin varlığı, HMK m. 200 gereğince, ancak senetle ispat edilebilir.

Geniş anlamı ile hukukî fiil ve hukukî olay kavramları içinde yer alan hukukî işlemlerin özelliği, hukuk düzeninin bunlara, yapanın arzuna uygun hukukî sonucu tanımış olmasıdır. Bu sebeple de hakların irade beyanında şekillenen arzuya uygun olarak kazanılması ve kaybedilmesi, hukukî işlem yolu ile sağlanır. 609

B) Hukukî İşlemler

1- Hukukî İşlemlerin Türleri

a) Gerekli İrade Beyanı Adedi Açısından:

aa- Tek Taraflı Hukukî İşlemler:

Tek taraflı hukukî işlemler arzu edilen hukukî sonucun gerçekleşmesi için bir tek kişinin irade beyanının yeterli olduğu hukukî işlemlerdir²⁷³. Vakıf kurma, vasiyetname yapma ve -yenilik doğuran hakların hukukî işlemle kullanılmasını ifade eden- yenilik doğuran işlemler, tek taraflı bir irade beyanıyla yapılır ve bu sebeple tek taraflı hukukî işlem olarak anılırlar. 610

bb- İki Taraflı Hukukî İşlemler (Sözleşmeler):

İki taraflı hukukî işlemler = Sözleşmeler, arzu edilen hukukî sonucun meydana gelmesi için, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarının gerekli olduğu hukukî işlemlerdir. Meselâ, satım bir sözleşmedir ve alıcı ile satıcının, belirli bir bedel karşılığında malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi konusundaki arzularını karşılıklı olarak açıklamaları ile meydana gelir²⁷⁴. 611

²⁷³ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 94-95.

²⁷⁴ Bağışlama da bir sözleşmedir; tek taraflı hukukî işlem değildir. Kendisine bağışlama yapılmak istenen kişi kabul etmedikçe, bağışlayanın tek taraflı irade

- 612 Sözleşme, normal kurguda iki taraflı bir hukukî işlemdir. BK m. 1'de de esas itibariyle sözleşmeler dikkate alınmış ve diğer hükümler buna göre düzenlenmiştir. Fakat bazı tip sözleşmelerde oluşum kurgusu daha değişik bir görünüm arz eder. İşte bu bağlamda, ikiden fazla kişinin irade beyanıyla kurulan adî ortaklık sözleşmesi²⁷⁵ (BK m. 620) için veya ikiden fazla mirasçının yapacakları miras paylaşma sözleşmesi (MK m. 676) için Borçlar Kanununun sözleşmelerle ilgili tüm hükümleri değil, ancak o sözleşmenin karakterine uygun düşen hükümleri kıyasen uygulanabilir.
- 613 Sözleşmelere Medenî Hukukun her alanında rastlanır. Sadece borç doğuran sözleşmeler, Borçlar Kanununun genel kısmında (BK m. 1-48) düzenlenmiştir. Fakat bu hükümler, ayrıca özel hüküm bulunmadıkça ve bünyeleri elverdiği ölçüde Medenî Hukuk ve hatta, genelde tüm özel hukuk alanındaki sözleşmelere de uygulanırlar.
- 614 Uygulamada kullanılan “mukavele”, “akit”, “kontrat”, “anlaşma” ve “protokol” deyimleri hep sözleşmeyi ifade etmek üzere başvuru eş anlamlı terimlerdir.

cc- Kararlar:

- 615 *Kararlar*, kişi topluluklarında hukukî bir sonucu gerçekleştirmek üzere yeter sayıda kişinin iradelerini aynı yönde açıklamaları ile oluşan hukukî işlemlerdir²⁷⁶.
- 616 Kararın oluşumu için yeter sayının ne olacağı, topluluğun iç ilişkisini düzenleyen kurallardan (meselâ, dernek tüzüğünden veya şirket

beyanı ile bağışlama sözleşmesi kurulmuş olmaz. Çünkü hiç kimse, kendisine yapılmak istenen bağışı kabul etmek zorunda değildir. Bu anlamda bkz. Yarg. 7. HD. 26.12.1979, 11113/13106 (YKD, 1980/8, sh. 1110). Bağışlamanın tek tarafa (sadece bağışlama taahhüdünde bulunana) borç yükleyici olması sebebiyle “*tek taraflı sözleşme*” olarak nitelendirilmesi, “*tek taraflı hukukî işlem*” kavramı ile karıştırılmamalıdır.

²⁷⁵ Bu sözleşme tipinin özel oluşum kurgusu için bkz. Barlas, Adî Ortaklık, Nr. 116 vd.

²⁷⁶ Bkz. Hübner, 282; Bork, 163-164; Larenz/Wolf, 406 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 113 vd.

anasözleşmesinden) anlaşılır. Normal olarak, kararın oluşabilmesi için toplantıya katılan ve toplantı yeter sayısını sağlayan kişilerin en az yarısından bir fazlasının iradelerini aynı yönde açıklamaları, yani oy çokluğu aranır. Fakat kanunda veya o topluluğun statüsünde farklı bir karar yeter sayısı da öngörülmüş olabilir; bu halde aranan karar yeter sayısını sağlayacak sayıda kişinin aynı yönde irade açıklamasında bulunmaları gerekir. Böylece alınacak karar, topluluğun -karara katılmayanlar da dahil olmak üzere- tüm üyelerini bağlar. Fakat bunun için, geçerli biçimde karar alınması imkânını veren bir iç ilişkinin bulunması gerekir. Meselâ, bir dernekte, şirkette, paylı mülkiyette böyle bir iç ilişki vardır. Alınan karar iç ilişkiyi ilgilendirir. Kararın topluluk dışına etki yapması, bu karar uyarınca gerçekleştirilecek fiil veya işlemlerle olur. Meselâ, bir şirketin bir bina satın almasına genel kurul karar verirse bu karar şirket yetkililerine binayı satın alma görevi yükler. Şirket yetkililerinin şirket adına alım işlemini gerçekleştirmeleri ise, karar değil, alınan kararın yerine getirilmesidir ve yapılan hukukî işlem, bir sözleşmedir.

dd- Müşterek Hukukî İşlemler:

Müşterek hukukî işlem, aslında bir hukukî işlemde, bir irade beyanının, birden çok kişinin beyanlarının birleşmesiyle meydana gelmesini ifade eder²⁷⁷. Bu sebeple belki de “müşterek irade beyanı”ndan bahsedilmesi daha doğru olur. 617

Müşterek hukukî işlem, bir sözleşmede bir tarafın irade beyanının birden çok kişinin iradeleriyle oluşması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, tek taraflı bir hukukî işlemde bu beyanı yapacak kişilerin birden çok olması ve işlemin, birden çok irade beyanının bir araya gelmesiyle gerçekleşmesi tarzında da olabilir. Meselâ, üç arkadaş birlikte bir ev kiralarsa, kira sözleşmesinde “kiracı” tarafın iradesi, bu üç kişinin irade beyanlarının birleşmesiyle meydana gelir. Bu üç arkadaş, bir süre sonra kira sözleşmesini feshederlerse, bu fesih beyanı, müşterek hukukî işlem tarzında yapılmış tek taraflı bir hukukî işlem niteliğini taşır. 618

²⁷⁷ **Bork**, 161-162; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 88; **Hübner**, 281-282; **Larenz/Wolf**, 404; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 95.

619 Bazı hukukî işlemlerde, işlem, çok sayıda kişinin irade beyanının ortak noktada birleşmesiyle oluşur. Meselâ, dernek kurma işlemi böyledir. Bu tür hukukî işlemlere “*toplu hukukî işlem*” (Gesamtakt) denilmektedir²⁷⁸.

b) İrade Beyanının Yöneltilmesi Açısından:

620 Bir irade beyanının belirli bir kişiye veya bir makama yöneltilmesinin gerekip gerekmemesine göre de hukukî işlemler, *yöneltilmesi gerekli irade beyanına dayanan işlemler* ve *yöneltilmesi gerekmeyen irade beyanına dayanan işlemler* şeklinde gruplandırılabilir.

621 Hukukî işlemlerin büyük çoğunluğu, yöneltilmesi gerekli irade açıklamasına dayanır. Hangi işlemlerin böyle bir beyana dayandığı, işlemin niteliğine göre belirlenir. Meselâ, bir sözleşmenin kurulması için yapılan teklif (icap, öneri), kendisiyle sözleşme yapılmak istenen kişiye yöneltilmek gerekir. Keza, yenilik doğuran hakların kullanılmasında da daima, yöneltilmiş bir irade beyanını gerektirir. Bazı beyanların

²⁷⁸ Kavram için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 95 ve orada dn. 3.

“*Toplu hukukî işlem*” (Gesamtakt) deyimini, doktrinde hâlâ yeterince aydınlatılmamış ve üzerinde görüş birliğine varılmamış bir kavramdır. Bu kavram, kimi zaman hatalı olarak “*müşterek hukukî işlem*” kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Hâlbuki, müşterek hukukî işlemde bir irade beyanı, birden çok kişinin aynı hedefe yönelmiş, *birbirine paralel* irade açıklamalarının birleşmesiyle meydana gelmektedir. Yukarıdaki örnekte, kira sözleşmesini feshetmek isteyen üç arkadaşın aynı yöndeki irade beyanları birbirine paralel durumdadır. Oysa, toplu hukukî işlemde birden fazla kişinin irade beyanları birbirine paralel olmayıp, *ortak bir noktaya yönelik* durumdadır. Meselâ, 10 kişi bir araya gelerek dernek kurma iradelerini açıkladıklarında, her kurucu üyenin birbirinden bağımsız irade beyanı tek bir ortak noktaya (amaca), yani derneğin kurulmasına yöneliktir. Doktrinde **von Tuhr** (sh. 230, dn. 165) ve **Flume** (sh. 603), değişik anlamlara gelebileceği ve çok farklı hukukî yapılanmalar için de kullanılabileceği kaygısıyla “*toplu hukukî işlem*” (Gesamtakt) kavramına karşıdırlar ve bu kavrama başvurulmasını eleştirmektedirler. Bazı yazarlar ise toplu hukukî işlem olarak adlandırılan hâllerde ortada eş içerikte birden fazla irade beyanının bulunması sebebiyle aslında burada sadece “*tek taraflı hukukî işlem*” nitelendirmesine yer verilmesinin yeterli olacağı görüşündedirler. Meselâ, bkz. **Larenz/Wolf**, 404.

belirli bir kişiye, bazılarının ise resmî bir makama yöneltilmesi gerekir. Bir sözleşmenin feshi, kişiye yöneltilcek beyana; mirasın reddi, resmî makama yöneltilcek beyana örnek teşkil eder.

Bazı hukukî işlemlerin oluşabilmesi ise, irade beyanının herhangi bir kişiye veya makama yöneltilmiş olmasına bağlı değildir. Bir kimsenin el yazısıyla vasiyetname yapıp kasasında saklaması halinde durum böyledir. Hiç kimseye yöneltilmediği, hatta belki de varlığı bile açıklanmadığı halde ortada tek taraflı bir hukukî işlem olarak geçerli bir vasiyetname mevcuttur. 622

c) Etki Doğurduğu Alan Bakımından:

Etki bakımından hukukî işlemler, *kişiliği ilgilendiren işlemler* ve *malvarlığını ilgilendiren işlemler* olarak iki grupta toplanabilir. Nişanlanma, evlenme, evlât edinme veya evlilik dışı çocuğu tanıma kişiliği ilgilendiren işlemlere; bir taşınmazın mülkiyetinin devredilmesi veya taşınmaz üzerinde ipotek veya intifa hakkı gibi bir aynî hak kurulması malvarlığını ilgilendiren işlemlere örnek olarak gösterilebilir. 623

Bu ayırım, işlemin doğrudan doğruya etkisi göz önünde tutularak yapılan bir ayırımdır. Kişiliği ilgilendiren bir işlemin, meselâ, evlenmenin veya evlilik dışı bir çocuğu tanımanın dolaylı olarak malvarlığını etkileyecek olması, işlemin niteliğini değiştirmez. 624

d) Malvarlığına Yaptıkları Etki Bakımından:

Malvarlığını ilgilendiren işlemler, malvarlığına yaptıkları etki açısından, malvarlığı azalan taraf için *borçlandırıcı işlemler* ve *tasarruf işlemleri* olarak ikiye ayrılır; malvarlığında artış meydana gelen taraf için ise *kazandırıcı işlem* adını taşır. 625

Malvarlığını ilgilendiren bir hukukî işlem, bir kişi için borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi teşkil ederken, çoğu zaman diğer bir kişi için bir kazandırıcı işlem niteliğini taşır. Meselâ, mülkiyetin devri, devreden için tasarruf işlemi, mülkiyeti devralan için kazandırıcı işlemdir. 626

- 627 Fakat durumun her zaman böyle olması şart değildir. Mülkiyeti terk, mülkiyeti sona erdiren bir tasarruf işlemidir; fakat herhangi bir kimse için kazandırıcı bir işlem teşkil etmez. Terk edilen mal, sahipsiz mal haline gelir (MK m. 778).
- 628 Bir borçlandırıcı işlem, aynı zamanda karşı taraf için bir kazandırıcı işlem anlamına gelir. Çünkü böyle bir işlemde bir taraf borç altına girerken, diğer taraf bir alacak hakkı kazanmaktadır. Bağışlama sözleşmesinde durum böyledir; bağışlama, bağışlama vaadinde bulunan taraf için borçlandırıcı işlem, kendisine bağışlama vaad edilen kişi için ise kazandırıcı işlem niteliğini taşır.
- 629 Hattâ bir hukukî işlem her iki taraf için de aynı zamanda hem borçlandırıcı, hem kazandırıcı nitelik taşıyabilir. Meselâ, satım sözleşmesi, satıcı açısından, mülkiyeti nakil borcu altına girdiği için borçlandırıcı, fakat aynı zamanda satış bedeli (semen) alacağını talep hakkını kazandırdığı için de kazandırıcı bir işlemdir. Alıcı için de bunun tersi söz konusudur. Bu tip işlemlere “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” denir.

aa- Borçlandırıcı İşlemler:

- 630 Borçlandırıcı işlemler, işlemi yapan kimsenin malvarlığının pasifini ni çoğaltan işlemlerdir. Malvarlığının pasifine yeni bir borç ekleyerek, malvarlığının toplam değerinin azalmasına yol açarlar. Sözleşmelerin büyük çoğunluğu, bu anlamda borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Ancak çoğu sözleşmede, malvarlığının pasifini artıran bir “borç” altına girilirken, aynı zamanda, karşı tarafa yönelik bir alacak hakkı kazanılmakta ve borçlananın malvarlığı, bu kazandırma oranında artmaktadır. Bu konuya ileride “kazandırıcı işlem” kavramını ele alırken değineceğiz.

bb- Tasarruf İşlemleri:

- 631 *Tasarruf işlemleri* tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan doğruya etki yaparak, o hakkı başkasına devreden ya da

sınırlayan, külfet yükleyen, değiştiren veya sona erdiren hukukî işlemlerdir²⁷⁹. Mülkiyetin nakli ve alacağın temliki, hakkı devreden; bir taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı kurulması mülkiyet hakkını sınırlayan; bir borç ilişkisinde borçluya yeni bir süre verilmesi, alacağı değiştiren; bir aynı haktan veya yenilik doğuran haktan feragat, hakkı sona erdiren tasarruf işlemlerine örnek olarak gösterilebilir.

Tasarruf işlemi, tasarrufu yapanın malvarlığında yol açtığı etki açısından kullanılan bir deyimdir. Tasarruf işlemleri, tasarrufta bulunan kimsenin malvarlığının aktifini azaltır. 632

Tasarruf işlemi, genellikle bir borçlandırıcı işlemle yüklenilen borcun yerine getirilmesi için yapılır ve “ifa” anlamını taşır²⁸⁰. Meselâ, satım sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemidir. Satıcı bu sözleşmeden doğan borcunu, satım konusu malın mülkiyetini alıcıya devrederek ifa edecektir. Mülkiyetin devri ise bir tasarruf işlemidir. 633

Bazı hâllerde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi, bir arada tek bir işlem olarak gözükebilir. Meselâ, bir kimse hiç konuşmadan bir kitapevinin rafından bir dergi alır ve bedelini kasada ödeyip giderse, hem satım sözleşmesi (borçlandırıcı işlem) kurulmuş, hem de aynı anda karşılıklı olarak borçlar ifa edilmiş olur. Paranın mülkiyetinin satıcıya, derginin mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi ise, borçlandırıcı işlemle aynı anda gerçekleşen tasarruf işlemleri niteliğindedir. Elden yapılan bağışlamada (BK m. 289) da durum bu şekilde nitelendirilebilir²⁸¹. 634

Tasarruf işleminin geçerliliğinin buna temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmadığı, tasarruf işleminin *illî* (*sebebe bağlı*) veya *mücerret* (*sebepden bağımsız, soyut*) sayılıp sayılıp 635

²⁷⁹ Brox, 60 vd.; Hübner, 286; Bork, 168; Larenz/Wolf, 411 vd.; von Tuhr/Peter, 194; Ayiter, 13; Schwarz, Borçlar Hukuku, 163; Eren, 173 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 45 vd.; Vardar Hamamcıoğlu, 53 vd.

²⁸⁰ Ayiter, 87; von Tuhr/Peter, 195-196.

²⁸¹ Ayiter, 101; Vardar Hamamcıoğlu, 76-77.

mamasına göre anlaşılır. Bu husus, hak konusu bazı değerler ve bunlara yönelik tasarruf işlemleri bakımından tartışmalı bir konudur ve bu konuda tüm tasarruf işlemleri için geçerli bir genel ilke mevcut değildir²⁸². Yapılan tasarruf işlemi illî (sebebe bağlı) ise, bunun yapılmasına temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin hükümsüz olması, tasarruf işleminin de hükümsüzlüğüne sebep olur. Buna karşılık, yapılan tasarruf işlemi sebepten bağımsız ise, bu işlemin geçerliliği, geçerli bir borçlandırıcı işleme dayanmasına bağlı değildir. Bu halde, borçlandırıcı işlemin hiç mevcut olmaması veya geçersiz sayılması, tasarruf işleminin geçerliliğine etki yapmaz. Fakat geçerli bir temel ilişkiye dayanmayan soyut bir tasarruf işlemiyle hak kazanan kimsenin bu kazanımı bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder ve sonradan iadesi gerekir.

636 Taşınmaz mülkiyetinin devri, sebebe bağlı (illî) bir tasarruf işlemidir (MK m. 1024). Kanunun açık hükmü karşısında, taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan tasarruf işlemleri bakımından herhangi bir tartışma söz konusu değildir.

637 Buna karşılık, alacağın temlikinin sebebe bağlı bir işlem mi, yoksa soyut bir işlem mi olduğu konusunda çözüm içeren herhangi bir kanun hükmü bulunmadığından, mesele doktrinde tartışmalıdır²⁸³. Mamafih, alacağın temlikinin soyut bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmek bize daha doğru gözükmektedir.

²⁸² Bu konuda bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, 47 vd.; **Flume**, 173 vd., 176 vd.; **Schwab**, 206 vd.; **Larenz/Wolf**, 418; **Brox**, 65 vd.; **Hübner**, 289 vd.; **Bork**, 177 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 93 vd.; **Schwarz**, Borçlar Hukuku, 165; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 129 vd.; **Fezyioğlu**, I, 42 vd.; **Eren**, 186 vd.; **Vardar Hamamcıoğlu**, 64 vd.

²⁸³ Bkz. alacağın temlikinin sebepten soyut bir tasarruf işlemi olduğu görüşünde: **Larenz**, Schuldrecht I, 579; **Guhl/Koller**, 266-267; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 252; **von Tuhr/Escher**, 333; **Fezyioğlu**, II, 614. Fakat bkz. alacağın temlikini illî (sebebe bağlı) bir işlem olarak kabul ederek aksi görüşte: **Eren**, 1229 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 241 vd.; **Vardar Hamamcıoğlu**, 300 vd.

Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı bir işlem mi, yoksa 638 soyut bir işlem mi sayılacağı halen net bir çözüme bağlanamamış, çok tartışmalı bir konudur²⁸⁴; her iki görüş de aynı ağırlıkta savunulmaktadır.

cc- Kazandırıcı İşlemler:

Kazandırıcı işlemler, daha geniş bir kavram olan kazandırma 639 (Zuwendung) kavramı içinde yer alır. Kazandırma, bir kimseye malvarlıksal bir menfaat sağlanmasıdır²⁸⁵. Bu menfaat, malvarlığının aktifinin artması (bir hak kazanma) tarzında olabileceği gibi, malvarlığının pasifinin azalması veya aktifinin azalmasına engel olunması (bir borçtan kurtarma) tarzında da ortaya çıkabilir.

Kazandırma, bir tasarruf işlemi ile de, bir alacak hakkı tanınması 640 yoluyla veya MK m. 775'te düzenlenen "işleme" örneğinde olduğu gibi bir maddî fiil ile de yapılabilir²⁸⁶.

Kazandırma ve kazandırıcı işlem deyimleri, lehine kazandırma 641 yapılan kimsenin malvarlığına menfaat sağlanması açısından kullanılan deyimlerdir. Eğer kazandırma bir hukukî işlemle meydana geliyorsa, bu açıdan hukukî işlem "kazandırıcı işlem" olarak adlandırılır.

Kazandırıcı işlem, kazandırmada bulunan açısından bir tasarruf 642 işlemi veya bir borçlandırıcı işlem niteliği taşır. Şöyle ki: Bir kimse bir

²⁸⁴ Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 745 vd.; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 311 vd.; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 673-674; **Tekinay**, Menkul Mülkiyeti, 3-4; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 129. Bu soruna ilişkin detaylı analizler için bkz. **Vardar Hamamcıoğlu**, 228 vd.

²⁸⁵ "Kazandırma" kavramı için bkz. **von Tuhr/Peter**, 198-199; **Hübner**, 287-288; **Eren**, 181 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 114 vd. Menfaati sağlayan, bunu ya malvarlığı ile ya da çalışma gücü ile gerçekleştirir. Bkz. **von Tuhr/Peter**, 199.

²⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 115; **Eren**, 182.

hakkında tasarruf ederek diğer bir kişiye bir menfaat sağlarsa, kazandırıcı işlem, bu kazandırmada bulunan kişi açısından bir tasarruf işlemi teşkil eder. Meselâ, mülkiyetin devri, alacağın temliki, bir irtifak hakkı kurulması, ibra yoluyla borçlunun borcundan kurtarılması böyledir. Buna karşılık, bir kimse, bir *borç altına girerek* başka bir kişiye alacak hakkı sağlayınca, kazandırıcı işlem, kazandırmada bulunan kişi açısından bir borçlanma işlemi niteliğini taşır.

- 643 Kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı malvarlığı menfaati karşılığında bir edim elde ediyorsa, *ivazlı kazandırma* (ivazlı işlem); böyle bir karşı edim söz konusu değilse *ivazsız kazandırma* (ivazsız işlem) söz konusu olur. Kazandırma, bunu yapana, yaptığı kazandırma karşılığında bir menfaat sağlıyorsa, kazandırma “ivazlı” demektir. Meselâ, bir satım sözleşmesi ile satıcıya 1.000 TL borçlanan alıcı, satıcıya 1.000 TL’lik alacak hakkı kazandırmış demektir ve bu kazandırma ivazlıdır. Çünkü bu borcuna karşılık alıcı, satılan malın mülkiyetini talep hakkını elde etmektedir. Bir bağışlama vaadinde veya elden bağışlamada bulunan yahut bir vasiyetname ile bir malını vasiyet eden kimse ise, bunun karşılığında diğer taraftan herhangi bir malvarlığı menfaati elde etmediği için ivazsız kazandırmada bulunmuş olur.
- 644 Kazandırıcı işlemler belirli bir amaçla yapılır. Bu amaca, “kazandırmanın sebebi” (causa) denir. Bundan maksat, kazandırmanın “hukukî” sebebidir; yoksa, kazandırmayı yapanın bunu yapmakla ulaşmak istediği hedef ve buna temel olan iç hesap ve niyet (sâik) kastedilmemektedir²⁸⁷.
- 645 Kazandırıcı işlemin hukukî sebebini, prensip itibariyle tarafların sebep üzerindeki anlaşmaları tayin eder. Roma Hukukundan beri, kazandırıcı işlemlerin başlıca üç hukukî sebebe dayanabileceği kabul edilmektedir²⁸⁸:

²⁸⁷ Kazandırmanın “sebebi” ile “sâiki” birbirinden farklı kavramlardır. Bunlar arasındaki fark için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 118.

²⁸⁸ **Hübner**, 288; **von Tuhr/Peter**, 200-202; **Eren**, 184-185 ve özellikle bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 117-118.

1. *İfa sebebi (causa solvendi)*, bir borcu ifa etmek amacıyla yapılan kazandırmanın sebebini ifade eder. Özellikle tasarruf işlemlerinde karşımıza çıkan “ifa sebebi”nde taraflar, yapılan kazandırmanın amacının mevcut bir borcun yerine getirilmesi olduğunda anlaşmaktadırlar. (B)’nin (A)’ya olan 10.000 TL’lik borcunu ödemek amacıyla (A)’ya 10.000 TL vermesi halinde (B)’nin (A)’ya yaptığı kazandırma, ifa sebebine dayanır. 646

2. *Alacak sebebi (causa credendi)*, karşılık olarak bir alacak hakkı elde etmek amacıyla yapılan kazandırmanın sebebini ifade eder. Bu nedenle, anılan sebep, “iktisap (edinme) sebebi” olarak da adlandırılmaktadır. Bir satım sözleşmesinde satıcı, alıcıya bir alacak hakkı (malın mülkiyetinin devrini isteme hakkı) kazandırmaktadır; fakat bunun karşılığında bir alacak hakkı (satış bedelini talep etme hakkı) elde etmeyi hedeflemektedir. Aynı durum alıcı açısından da söz konusudur: Alıcı malın mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep hakkını kazanırken, satıcı da satış bedelini (semeni) talep hakkını elde eder. 647

3. *Bağışlama sebebi (causa donandi)*, bir borcun ifası veya bir karşı hak elde edilmesi söz konusu olmaksızın, karşı tarafa tamamen karşılıksız olarak yapılan bir kazandırmanın sebebini ifade eder. Bir malın bağışlanmasında, bir malın vasiyet edilmesinde kazandırma, bağışlama sebebine dayanmaktadır. 648

Bu üç sebep dışında kazandırma için başka sebeplerin de bulunabileceği kabul edilmektedir. Yenileme (tecdit) sebebi, teminat sebebi gibi. 649

Bazen bir kazandırma birden fazla sebebe dayanabilir. (A)’ya 10.000 TL ödünç vermeyi taahhüt eden (B)’nin, bu taahhüdünü yerine getirmek için (A)’ya 10.000 TL ödemesi halinde, (A)’ya yaptığı kazandırma, bir yandan ifa sebebine (causa solvendi’ye), diğer yandan da alacak sebebine (causa credendi’ye) dayanır. Zira (B)’nin ödemesi, hem ödünç sözleşmesinden doğan borcunu ifa etme, hem de ileride 10.000 TL’nin iadesini isteme konusunda alacak hakkı kazanma amacıyla yapılmaktadır. 650

- 651 Kazandırıcı işlemin geçerli bir sebebinin bulunmamasının etkisi iki türlü olabilir: Bazı kazandırıcı işlemlerde geçerli bir hukukî sebebin bulunmaması kazandırmayı hükümsüz kılar. Bazı kazandırıcı işlemlerde ise geçerli hukukî sebebin bulunmaması kazandırmayı hükümsüz hale getirmez; sadece, mevcut kazandırma, bunu elde eden kişi açısından bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Birinci durumda *sebebe bağlı (illî) kazandırıcı işlem*, ikinci durumda *soyut (mücerret) kazandırıcı işlem* söz konusu olur²⁸⁹.
- 652 Kazandırmayı yapanın borçlandırıcı işlemiyle oluşan kazandırmalar genel olarak sebebe bağlıdır. Geçerli sebebin bulunmaması halinde, karşı taraf için alacak hakkı da doğmaz. Ancak, sebebi gösterilmeden borçlanma yoluna gidilen ve “soyut borç ikrarı” (borç tanınması) olarak adlandırılan hallerde (BK m. 18) kazandırmanın soyut olduğu ve hukukî sebebin geçersizliği halinde kazandırmanın yine de geçerli sayılacağı, fakat bunun bir sebepsiz zenginleşmeye yol açacağı savunulmaktadır²⁹⁰.
- 653 Tasarruf işlemi yoluyla yapılan kazandırmalarda, o tasarruf işleminin sebebe bağlı veya sebepten soyut olması kazandırmada da hukukî sebep yönünden aynı etkiyi yapar²⁹¹. Taşınmaz mülkiyetinin devri kapsamında mâlik tarafından Tapu memuruna yöneltilen tescil talebi, sebebe bağlı bir tasarruf işlemidir. Mülkiyetin devrine temel teşkil eden

²⁸⁹ von Tuhr/Peter, 203; özellikle Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 119 vd.; ayrıca bkz. Nr. 635, 637, 638.

²⁹⁰ von Tuhr/Peter, 270 vd.; Sungurbey, 10 vd.; aksi görüşte: Yung, La Théorie, 96 vd.; JdT 1980 I 122.

Soyut borç ikrarında temel borç ilişkisinden doğmuş bulunan alacağın yanında, onunla yarışan bağımsız ve yeni bir alacak mı doğduğu, yoksa soyut borç ikrarının sadece bir ispat soyutluğu mu sağladığı (borçlu tarafından aksi kanıtlanmadıkça borcun geçerli bir hukukî sebebinin bulunduğu karine olarak mı kabul edildiği) tartışmalı bir konudur. Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 121 vd.

²⁹¹ Sungurbey, 7; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 129-130.

işlem (meselâ, satış sözleşmesi) geçerli değilse, tescil talebi ve sonuçta, bu talebe dayanılarak yapılan tescil işlemi geçersiz olur ve mülkiyetin devrini sağlamaz. Bu halde, geçersiz satıştan doğan borcun ifası (causa solvendi) amacıyla yapılan kazandırma da hükümsüzdür. Buna karşılık, bir alacağı bir bedel karşılığında devretmeyi taahhüt eden kimse bu taahhüdünü yerine getirmek amacıyla temlik gerçekleştirildiğinde, borçlandırıcı işlem niteliğindeki temlik vaadi geçerli olmasa dahi, temlik işlemi geçerli sayılır. Diğer deyişle, temlik vaaadinin geçersizliği, temlik işleminin geçerliliğine etki etmez; fakat, geçersiz bir taahhüdün ifası sonucunda alacağı kazanan devralan, sebepsiz zenginleşmiş olur ve bunu iade borcu altına girer.

e) Hüküm İfade Edeceği An Bakımından:

Hukukî işlemler, hükümlerini doğuracağı an bakımından *hayatta* 654 *hüküm ifade eden (sağlar arası) işlemler* ve *ölüme bağlı tasarruflar* olarak iki gruba ayrılmaktadır.

Ölüme bağlı tasarruflar, nitelikleri gereği, arzu edilen sonucu, o 655 hukukî işlemi yapanın ölümünde meydana getirirler²⁹². Ölüme bağlı tasarruflar ancak tek taraflı bir hukukî işlem olan vasiyetname (MK m. 531 vd.) ile veya miras sözleşmesi (MK m. 545 vd.) ile yapılabilir. Hayatta hüküm doğuran işlemler ise çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

2- Hukukî İşlemin Unsurları

Hukukî işlem, hukukî bir sonuç doğurmak üzere yapılan irade 656 beyanı (veya beyanları) olduğuna göre her hukukî işlemin temel unsurunu irade beyanı teşkil eder. Fakat yapılan beyanın arzu edilen hukukî sonucu doğurması için birtakım unsurların daha gerçekleşmesi gerekir.

²⁹² Yapanın hayatında sonuç doğuran bir işlemin, ölümden sonra da hüküm doğuracak (*post mortem*) biçimde yapılması halinde işlem yine de bir ölüme bağlı tasarruf niteliğinde sayılmaz (JdT 1974 I 338).

Gerçekten, bazı hukukî işlemlerin varlığı için başka unsurların da irade beyanı ile birlikte bulunması gerekir. Bunlara hukukî işlemin “kurucu unsurları” diyoruz. Bu unsurlar tamam olmadıkça, hukukî işlemin varlığından bahsedilemez.

- 657 Diğer taraftan, bir hukukî işlemin arzu edilen hukukî sonucu sağlanması bazı geçerlilik şartlarının bulunmasına da bağlıdır. Bu şartlar gerçekleşmedikçe işlem hukuken geçerli değildir. Bunlara hukukî işlemin “geçerlilik şartları” denir.
- 658 Geçerli bir hukukî işlemin hukukî sonucu meydana getirmesi bazen, birtakım unsurlarla tamamlanmasına bağlı olabilir. Bunlara da hukukî işlemi “tamamlayıcı unsurlar” diyebiliriz²⁹³. Bu unsurlar gerçekleşmedikçe işlemde noksanlık vardır: İşlem istenen hukukî sonucu sağlamaz, diğer bir deyişle, hukuken hüküm ifade etmez.

a) Hukukî İşlemin Kurucu Unsurları

aa- Genel Olarak

- 659 Her hukukî işlemin temel unsuru, hukukî sonuca yönelmiş irade beyanıdır. Tek taraflı hukukî işlemlerde işlemin oluşumu için bir kişinin irade beyanı yeterli iken; sözleşmelerde ve kararlarda birden çok kişinin irade beyanlarının varlığı zorunludur.
- 660 Bazı hallerde hukukî işlemin oluşabilmesi için irade beyanının sırf yapılmış olması yeterli iken; çoğu kez bu yeterli olmaz, irade beyanının belirli bir kişiye veya makama yöneltilmesi de gerekir.
- 661 Bazı hukukî işlemlerin varlığı, irade beyanından başka kurucu unsurların da bulunmasına bağlıdır. Meselâ, evlenmede irade beyanının evlendirme memuru huzurunda yapılması gerekir. İrade beyanlarının yanı sıra, evlendirme memurunun varlığı da evlenme işleminin bir

²⁹³ Kanunen aranan tamamlayıcı unsurlara “*kanunî şartlar*” (*condictio juris*) de denilmektedir.

kurucu unsurudur. Bu unsur gerçekleşmedikçe “evlenme” dediğimiz hukukî işlem varlık kazanamaz. “İmam nikâhı” olarak adlandırılan evliliklerin gerçekte hukuken mevcut bir evlilik olarak değer taşıması bu yüzdendir.

bb- “İrade Beyanı” Kavramı

Hukukî bir sonuca yönelmiş arzunun açıklanmasına *irade beyanı* 662 denir. İrade beyanı şu unsurlardan meydana gelir²⁹⁴:

1. *İşlem iradesi (Geschäftswille)*: Beyan sahibinin belirli bir 663 hukukî sonuca yönelik arzusunu ifade eder. Buna “sonuç iradesi” (Erfolgswille) de denir.

2. *Fiil iradesi (Handlungswille)*: Beyan sahibinin, iradesini ortaya 664 koyan hareketi yapma isteğini ifade eder.

3. *Açıklama iradesi (Erklärungswille)*: Beyan sahibinin, yaptığı 665 hareketle arzusunu dışa yansıtma, özellikle muhataba bildirme iradesini ifade eder. Buna “açıklama bilinci” (Erklärungsbewußtsein) de denilmektedir.

Ancak bu unsurları içeren bir fiil (söz, yazı, davranış) gerçek anlamı ile bir irade beyanıdır. Fakat dürüstlük kuralına dayanan ve bugün 666 İsviçre ve Türk Hukuklarında tamamen hâkim olan “güven teorisi” veya “güven prensibi” (*Vertrauenstheorie, principe de la confiance*) adı verilen görüş, irade beyanı için yukarıda belirtilen unsurlar bulunmasa dahi bir kimsenin davranışlarının belirli ilkeler çerçevesinde

²⁹⁴ İrade beyanının unsurları ve her bir unsura ilişkin çeşitli örnekler için bkz. **Flume**, 46 vd.; **Brehm**, 96 vd.; **Brox**, 52 vd.; **Feuerborn**, Anwaltkommentar BGB, Vorb. zu §§ 116-144, Nr. 5 vd.; **Bork**, 214 vd.; **Hübner**, 299 vd.; **Schmidt**, 70 vd.; **von Tuhr/Peter**, 158; **Medicus**, Bürgerliches Recht, 83 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 130-131; **Eren**, 128 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, 22 ve orada Not 14’te adı geçen eser. Karş. **Patry**, Le Principe, 172 ve değişik bir bakış açısı ve sistematikte **Larenz/Wolf**, 436 vd.; **Schwab**, 212 vd.

yorumlanması sonucunda sanki ortada irade beyanı varmış gibi sonuç doğurmasını kabul etmektedir²⁹⁵. Şöyle ki:

667 Bir kimsenin belirli bir davranışını, dürüstlük kuralı uyarınca kendisine yapılmış bir irade beyanı saymakta objektif bakımdan haklı görünen kişiye karşı, sözü geçen davranış, bir irade beyanının unsurlarını ve özellikle hukukî sonuca yönelmiş arzuyu (işlem iradesini) taşımasa dahi, sanki ortada bir irade beyanı varmış gibi hukukî sonuç doğurur²⁹⁶. Ancak davranışı, böyle bir arzusu bulunmamasına rağmen irade beyanı olarak nitelendirilen kimse, gerçekte böyle bir arzu taşımadığı içindir ki, aynen sözleşmenin kuruluşu esnasında arzusuna uymayan bir beyanda bulunmuş kimse gibi hata (yanılma) hükümleri-

²⁹⁵ Güven teorisi, irade beyanının anlamını tayinde, muhatabın dürüstlük kuralına göre, bildiği veya bilmesi gerekli bütün unsurları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güvenini koruyarak, irade beyanının yorumunda da önemli rol oynamaktadır. Bkz. Nr. 913.

Güven teorisi hakkında bilgi için bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, 123-124; **Gulh/Koller**, 102; **Keller/Schöbi**, 123 vd.; **Eren**, 152 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, 5 vd. ve Borçlar Hukuku 132 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 72 vd.; **Oğuzman/Öz**, I, 69 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin güven ilkesi konusunda, yayınlanmamış içtihatları olarak bkz. Federal Mahkeme I. Dairesi'nin 11.05.2015 tarih ve 4A-72/2015 sayılı; 29.04.2015 tarih ve 4A-48/2015 sayılı; 20.04.2015 tarih ve 4A-648/2015 sayılı yayınlanmamış kararları ile Federal Mahkeme II. Dairesi'nin 06.05.2015 tarih ve 5A-895/2014 sayılı kararı (kararlar için bkz. swisslex.ch). Ayrıca bkz. BGE 139 III 404; BGE 138 III 659; BGE 133 III 61; BGE 132 III 24; BGE 132 III 626; BGE 131 III 606. Ayrıca bkz. güven ilkesinin kamu hukuku sözleşmelerinin yorumlanmasında da esas olduğu konusunda: İsviçre Federal İdare Mahkemesi I. Dairesi'nin 08.04.2015 tarih ve A-4768/2014 tarihli yayınlanmamış kararı (swisslex.ch).

Sorunun Alman hukukundaki görünümü ve çözüm yaklaşımları için bkz. **Brox**, 74 vd.; **Looschelders**, Anwaltkommentar BGB, § 133, Nr. 32, 52 vd.

²⁹⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, 16 ve Borçlar Hukuku, 140 vd.; **Eren**, 130-132; **Brox**, 74 vd.; **Patry**, Le Principe, 172 vd.; BGH, NJW, 1984, 721. **Patry**, güven prensibini MK m. 3 anlamında iyiniyet esası ile izah etmektedir (Bkz. **Patry**, Le Principe, 269 vd.).

ne (BK m. 30 vd.) dayanarak işlemi iptal edebilir²⁹⁷. Durumu birkaç örnekle açıklayalım:

(A), (B)'ye bir mektup göndererek, bir malını satmak için teklif yaparsa, bu mektup bir irade beyanının bütün unsurlarını taşır. Şayet (A), (B)'ye yollayacağı bu mektubu (B) yerine yanlışlıkla (C)'ye gönderirse, bu halde aslında (C)'ye yapılmış gerçek bir teklif yoktur. Fakat (C) bu mektubu kendisine yapılmış bir teklif sanmakta ve öyle kabul etmekte dürüstlük kuralı uyarınca haklı olduğu takdirde, sözü geçen mektup (C)'ye yapılmış bir irade beyanı gibi sonuç doğurur. (C) yapılan teklifi kabul ederek satım sözleşmesinin kurulmasını sağlayabilir. Bu durumda (A) artık (C) ile aralarında böyle bir sözleşmenin oluşmadığını ileri süremez. (A) için ancak kurulmuş bulunan sözleşmeyi hata hükümlerine dayanarak iptal etme yolu açıktır. 668

Bir derneğin genel kurul toplantısında başkan bir tüzük değişikliği teklifini oya koyar ve “*kabul edenler el kaldırsın*” der. O sırada cep telefonunda oyun oynayan ve tartışmaları iyi izlemediği için oy verileceğinin farkında olmayan bir üye, o sırada salona giren bir arkadaşını selâmlamak için elini kaldırır. Aslında ortada bu üyenin o teklifi kabul etme arzusu ve oy verme anlamına gelecek bir irade beyanı yoktur. Fakat güven prensibi uyarınca onun bu davranışı, kabul oyu verme sayılacaktır²⁹⁸. 669

Buna karşılık, bazı hallerde varılacak sonuç bundan farklı olabilir. Meselâ: Bir balık halinde artırma yolu ile toptan taze balık satışı yapılmakta ve o bölgedeki artırma âdetlerine göre, el sallama pey sürme anlamına gelmektedir. O bölgedeki âdetler hakkında tam bir bilgisizlik içinde olan ve başka bir şehirde yaşayan (B), ziyarete geldiği arkadaşının artırmayı izlediğini öğrenince onu görmek için balık pazarına gider 670

²⁹⁷ Bkz. Brox, 75; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 26 ve Borçlar Hukuku, 140. Ayrıca bkz. JdT 1979 I 471 ve bu karara ilişkin Piotet'in incelemesi: JdT 1979 I 479.

²⁹⁸ Başka örnekler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 26 vd. ve Borçlar Hukuku, 141.

ve hal binasına girdiğinde arkadaşına el sallar. Tam o sırada, devam etmekte olan artırmayı yöneten kişi de bu davranışı “pey sürme” olarak algılayarak, daha fazla artıran olmadığı için 100 kilo hamsiyi (B)’ye sattığını ilân eder. Acaba (B)’nin bu davranışı pey sürme sayılacak mıdır? (B)’nin bu davranışının pey sürme sayılmasının haklı görülemeyeceği, (B)’nin herhangi bir özen eksikliği göstermeden yaptığı davranışına onun arzu ettiği başka şekilde bir anlam verilemeyeceği hususundaki haklı güveninin korunacağı, böyle bir davranışı irade beyanı sayan müzayede yönetiminin güveninin ise korunmayacağı genellikle kabul edilmektedir²⁹⁹.

cc- İrade Beyanının Çeşitleri

671 İrade beyanları çeşitli bakımlardan şu şekilde gruplandırılabilir:

aaa) Açık ve Örtülü İrade Beyanları – İrade Beyanı Sayılan Davranışlar

672 Bir kimsenin belirli bir hukukî sonuç hakkındaki arzusunu tereddüde yer vermeyecek tarzda ortaya koyan irade beyanı, *açık (sarih)* irade beyanıdır. Burada irade, kullanılan beyan araçlarından doğrudan doğruya anlaşılabilirlik, sözle, yazı ile veya bir işaretle yapılabilir. Yeter ki, beyanın anlamını belirlemek için beyan dışındaki unsurlara başvurmaya ihtiyaç duyulmasın. Meselâ, 10.000 TL karşılığında evini boyatmak için (B) ile anlaşılan (A), (B)’nin zamanında işe başlamaması üzerine sözleşmeden döndüğünü (BK m. 473/f.1) bir yazı ile (B)’ye bildirirse, (A)’nın bu dönme iradesi “açık” bir beyanla dışa yansıtılmış olur.

²⁹⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, 9, 28 ve Borçlar Hukuku, 141-142; **Eren**, 132. Fakat karş. müzayede yönetiminin, o kişinin yöresel âdetler hakkında bilgi sahibi olmadığını bilemeyeceği hallerde aksi sonuca varan **Brox**, 76-77. Keza karş. BGHZ, 91, 324; BGHZ, 109, 177.

Bazı hallerde kanun, irade beyanının özellikle açık olmasını ara- 673
 mıştır (meselâ, BK m. 8/f.1, 21/f.1, 133, 179/f.2, 235/f.3, 259/f.2,
 349/f.1, 476). Bu hâllerde örtülü irade beyanı, hukukî işlemin oluşması
 için yeterli olmaz.

Bir kimsenin belirli bir hukukî sonuç hakkında sahip olduğu arzu, 674
 ancak arzuyu açıklamak için yapılan hareketten, bu hareketin yapıldığı
 hâl ve şartlar göz önünde tutularak dolaylı biçimde anlaşılabilirse,
 irade beyanı *örtülü (zımnî)* bir irade beyanıdır³⁰⁰. Meselâ, yukarıdaki
 örnekte, (A) sözleşmeden dönme iradesini yazılı olarak bildirmek yeri-
 ne, (B)'nin eve getirip bıraktığı boya kutularını ve malzemeleri götürüp
 (B)'nin işyerine bırakırsa, bu davranış, (A)'nın sözleşmeden döndüğü-
 nü gösterir. Burada (A)'nın dönme iradesi, örtülü (zımnî) biçimde dışa
 vurulmuştur. Açık beyanın şart kılınmadığı hallerde örtülü beyan da
 hukukî işlemin oluşması için yeterlidir. BK m. 1/f. 2 bu hususu sözleş-
 melerin kuruluşu bakımından ifade etmiştir.

Bir kimsenin, belirli bir işleme yönelik beyan arzusu, hattâ hukukî 675
 sonuca yönelik arzusu bulunmasa bile, sergilediği belirli bir tutum veya
 davranış hukuk düzenince belirli düşüncelerle sanki o yönde bir irade
 beyanı varmış gibi değerlendiriliyorsa ve hukuken irade beyanı gibi
 sonuç doğuruyorsa, buna "*iradeyi ortaya koyan davranış*" (factum
 concludens)³⁰¹ denir. Aynı kavramı ifade etmek üzere "*irade karine-*

³⁰⁰ Bkz. Yarg. HGK, 16.01.2013, E. 2012/19670, K. 2013/171 (Kazancı).

İradenin varlığını gösteren hareket, iradeyi başkalarına bildirmek için değil, sırf iradenin gerçekleştirilmesi için yapılmışsa bu takdirde bir "*irade faaliyeti (irade icraatı)*" ile karşılaşılır. "*İrade faaliyeti*" bazı yazarlarca reddedilen ve "*irade beyanı*" kapsamında değerlendirilen bir kavramdır. Buna karşılık bazı yazarlar bu iki kavramın farklı olduğu görüşündedirler. Meselâ, bkz. **Eren**, 127 vd., 138-139; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 144-146. Bu yazarlardan **Kocayusufpaşaoğlu**, bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu kabul etmekle birlikte, irade faaliyeti sayılan hareketlerin "*örtülü irade beyanları*" kapsamında ele alınması gerektiği fikrindedir (bkz. aynı eser, sh. 146).

³⁰¹ Kavram için bkz. **Larenz/Wolf**, 439 vd.; **Feuerborn**, Anwaltkommentar BGB, Vorb. zu §§ 116-144, Nr. 12; **Keller/Schöbi**, 18, 32; **von Tuhr/Peter**, 163;

si” (indicia voluntatis), “iradeyi gösteren hareketler” ve “kanaat verici davranış” deyimleri de kullanılmaktadır.

676 Örtülü irade beyanı ile iradeyi ortaya koyan davranış arasındaki ilişki³⁰² tartışmalı bir konudur ve çoğu zaman bu iki kavram birbirine karıştırılmaktadır. Kanaatimizce, burada ikili bir ayırım yapılmalıdır: İradeyi ortaya koyan davranış beyan arzusu (açıklama iradesi) ile yapılmışsa, hiç kuşkusuz ki bu davranış bir *örtülü irade beyanı* teşkil eder³⁰³. Yukarıdaki örnekte, (A)’nın, (B) tarafından evine bırakılan boyaları ve malzemeleri (B)’nin işyerine götürüp bırakması iradeyi ortaya koyan bir davranıştır; fakat bu davranış (A)’nın sözleşmeden dönme arzusuyla yaptığı bir hareket olduğu için, aynı zamanda bir “örtülü irade beyanı” teşkil eder. Buna karşılık, bazı hâllerde, iradeyi ortaya koyan davranışta böyle bir arzu hiç bulunmayabilir. İşte, davranış böyle bir beyan arzusu, hatta o hukukî sonuca yönelik herhangi bir istek bulunmaksızın yapılmışsa ortada gerçek anlamda bir irade beyanı yoktur; ama yine de bu davranış, hukuk düzeninin kabulü ve olayın şartları çerçevesinde ve özellikle dürüstlük kuralı temeline dayanan güven prensibi karşısında irade beyanı gibi sonuç doğuracağı için, bu halde “iradeyi ortaya koyan

L’Huillier, 114. Karş. bu kavramı zımnî irade beyanları kapsamında ele alan **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 144; **Eren**, 135-137. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.01.2013 tarih ve E. 2012/19670, K. 2013/171 sayılı kararında da, iradeyi ortaya koyan davranış, “örtülü (zımnî) irade beyanı” olarak değerlendirilmiştir (karar metni için bkz. Kazancı).

³⁰² Bu noktada **Eren**, örtülü irade beyanlarını biri dar ve gerçek anlamda, diğeri geniş ve gerçek olmayan anlamda olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Yazara göre, gerçek (dar) anlamda örtülü irade beyanı, susmadan ibarettir. Gerçek olmayan (geniş) anlamıyla örtülü irade beyanı ise iradeyi ortaya koyan davranışı (factum concludens) ifade eder. Bkz. **Eren**, 135. Yazar, iradeyi ortaya koyan davranışı “örtülü irade beyanı” kavramı kapsamında ele aldığı hâlde, yaptığı bu ayırımı yer verdiği “geniş (gerçek olmayan) anlamda örtülü irade beyanları” kategorisi ile aslında “iradeyi ortaya koyan davranış” ile “örtülü irade beyanı” kavramlarının özdeş olmadığını ve çakışmadığını kabul etmek zorunda kalmaktadır.

³⁰³ **Flume**, 69; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 131-132.

davranış” kavramı, *örtülü irade beyanı* kavramından ayrılır. Çünkü *örtülü irade beyanı*nda, kişinin beyanda bulunma arzusu vardır; fakat bu arzu, sözle veya yazıyla açıkça dışa yansıtılmış olmadığından, ancak beyanın yapıldığı hâl ve şartlara göre değerlendirilmesi sonucunda dolaylı biçimde ortaya çıkarılabilmektedir. Beyan arzusunu taşımayan türden bir “iradeyi ortaya koyan davranış”ta ise böyle bir beyan arzusu hiç bulunmamaktadır. Meselâ, yukarıda güven ilkesine ilişkin açıklamalarımız sırasında da belirttiğimiz gibi, dernek genel kurul toplantısı sırasında tüzük değişikliği oylanırken başkanın “*kabul edenler el kaldırsın*” beyanı üzerine, tartışmaları izlemeyen ve oy verileceğinin farkında olmayan dernek üyesinin o sırada salona giren arkadaşını selâmlamak için elini kaldırması, o üye aslında değişiklik teklifinin kabul etme iradesine hiç sahip olmadığı ve elini olumlu oy kullanma anlamında kaldırmadığı hâlde, onun bu davranışı güven ilkesi çerçevesinde olumlu oy verme beyanı olarak kabul edilecektir.

İradeyi ortaya koyan bir davranışın somut olayın şartları çerçevesinde irade beyanı olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia eden kimse, bu şartların varlığını ispat etmelidir. 677

Bazen bizzat bir kanun hükmü, belirli bir davranışın irade beyanı sayılacağını öngörür (meselâ, BK m. 8, 327/f. 2, 387). Bu hallerde kanunen kabul edilmiş bir *irade karinesi* mi, yoksa bir *irade beyanı faraziyesi* mi söz konusu olduğuna dikkat edilmelidir. Kanunî bir *irade karinesi* söz konusu ise, bu davranışın güven teorisi çerçevesinde bir irade beyanı sayılmasının haklı olamayacağı iddia ve ispat edilebilir. Halbuki *irade beyanı faraziyesi* söz konusu ise, bunun aksi iddia ve ispat edilemez. Meselâ, BK m. 327/f. 2 hükmüne göre, kira sözleşmesi kira süresinin sonunda kendiliğinden sona erer; ancak taraflar kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşerek devam eder. Burada bir irade karinesi bulunduğu kabul edilmektedir³⁰⁴. Bu yüzden, kiracı, ağır hasta olduğu için kiralananı boşaltmadığını, davranışının sözleşmeyi yenileme iradesine yönelik 678

³⁰⁴ von Tuhr/Peter, 166; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, I/2, 98.

bir beyan sayılamayacağını iddia ve ispat ederek kanunda yer alan bu karineyi çürütebilir.

- 679 Buna karşılık, BK m. 503'e göre, kendisine bir işin görülmesi önerilen vekil, bu işi görme konusunda resmî bir sığfata sahipse veya bu iş onun mesleğinin gereğı ise yahut bu tür işleri üstleneceğini önceden duyurmuşsa, kendisine yapılan iş önerisini derhal reddetmediğı takdirde, o işin görülmesi konusunda taraflar arasında vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Burada ise bir "irade faraziyesi" bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun aksi iddia ve ispat olunamaz; vekil şü veya bu sebeple vekâleti hemen reddedemediğini, aslında bu vekâleti kabul etmek niyetinde olmadığını artık ileri süremez³⁰⁵.
- 680 Görülüyor ki, her iki halde de bir pasif davranış –ki buna "sükût" (susma) denilmektedir– irade beyanı rolü oynamaktadır. Susmaya bağılı sonucu öngörerek ve bunu isteyerek bilinçli bir şekilde susulan hallerde, bu davranış örtülü bir irade beyanı teşkil eder. Muhatabın bunu irade beyanı sayması gerekip gerekmediğı sorunu da güven teorisine göre çözülmek gerekir. Somut bir olayda "susma" olgusunu, susan tarafın böyle bir hukukî sonuca yönelik herhangi bir arzusu bulunmadığı halde, güven ilkesi gereğince bir "beyan" saydığımız hallerde ise, ya bir irade karinesi veya bir irade beyanı faraziyesi vardır³⁰⁶.
- 681 Aslında susma kural olarak irade beyanı sayılmaz³⁰⁷. Ancak istisnaen susma, güven teorisi çerçevesinde, irade karinesi yoluyla irade beyanı olarak sonuç doğurabilir. Susmanın irade beyanı sayılması için, susan kimse aksi yönde bir arzuya sahipse susmaması gerekmeli ve

³⁰⁵ von Tuhr/Peter, 165.

³⁰⁶ Bazen kanunun hangi çözümü öngördüğü tartışmaya yol açar. Meselâ, OR Art. 6 (BK m. 6) açısından bkz. Yung, L'acceptation, 339 vd.

³⁰⁷ Brox, 54; Brehm, 99; Larenz/Wolf, 528; Bork, 210; Flume, 64; Medicus, Allgemeiner Teil, 136 ve Bürgerliches Recht, 37; Feuerborn, Anwaltkommentar BGB, Vorb. zu §§ 116-144, Nr. 13; Köhler, 60; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 146.

susmayacak durumda olmalıdır³⁰⁸. Susmama gereği dürüstlük kuralından kaynaklanabileceği³⁰⁹ gibi, karşı taraf için, susmanın gerçekte beyanda bulunma arzusu taşımadığını bilme gereği de dürüstlük kuralına dayandırılabilir. Diğer yünden, özel bir kanun hükmü, işlem teamülü veya tarafların anlaşması ile de belirli bir halde susma, irade beyanı olarak kabul edilebilir³¹⁰.

³⁰⁸ Bkz. **Larenz/Wolf**, 529 vd.; **Keller/Schöbi**, 33; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 146 vd.; **Eren**, 135-136; **Akyol**, Borçlar Hukuku, 90 vd.; BGH, NJW, 1996, 919; BGH, NJW, 1995, 1281.

Bu hususu, Mecelle'nin 67. maddesi şöyle ifade etmiştir: "*Sâkit'e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma' rız-ı hacette sükût beyandır.*" ("Suskun kalana bir irade beyanı yüklenemez. Fakat gerektiğinde susma, irade beyanı sayılır.")

³⁰⁹ Nitekim bu husus, 30.11.1955 tarih ve 14/20 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıkça ifade edilmiştir (bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, c. IV, Ankara 1980, sh. 634 vd.). Fakat bkz. dürüstlük kuralı gereğince susmama yükümlülüğünün söz konusu olabileceğini reddederek aksi görüşte: **Brehm**, 101-102.

³¹⁰ **Brox**, 55; **Larenz/Wolf**, 529-530; **Bork**, 210-211; **Feuerborn**, Anwaltkommentar BGB, Vorb. zu §§ 116-144, Nr. 13; **Schwab**, 218-219; **Hübner**, 302; **Köhler**, 60; **Brehm**, 100-101; **Flume**, 64; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 136-137 ve ticarî alandaki teyid mektubu (kaufmännisches Bestätigungsschreiben) açısından aynı sonuca varan **Medicus**, Allgemeiner Teil, 174-175; **Brehm**, 102; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 149.

Teyid mektubu, taraflarca sözlü olarak kurulan bir sözleşmenin içeriğini ve objektif bakımdan esaslı noktalarını tespit eden ve taraflardan birince hazırlanıp, diğerine gönderilen yazılı metindir (bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 148; **Engin**, 271; **Poroy/Yasaman**, 156; **Arkan**, 156-157; **Eren**, 137-138; **Ünal**, 233; **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer-Ertan**, 279). Teyid mektubunu hazırlayan taraf, mektubun içeriğini tamamen sözlü anlaşmaya uygun biçimde düzenlemişse, zaten sorun yoktur; buna karşılık, sözlü anlaşmanın bazı maddelerini değiştirerek ve/veya yeni maddeler ekleyerek düzenlemişse bu halde teyid mektubu yeni bir "icap" niteliğini taşır ve teyid mektubunu aldıktan sonra buna itiraz etmeyerek suskun kalan karşı tarafın bu susması zımnî kabul anlamına gelir; bu halde de yine taraflar arasındaki ilişkiye artık teyid mektubundaki esaslar hâkim olur (**Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 149). TTK m. 21/f. 3'e göre, herhangi bir iletişim aracıyla veya sözlü olarak kurulan sözleşmelerin içeriğini doğrulayan bir yazıyı (teyid mektubunu) alan kişi, bunu aldığı tarihten

682 Yargıtay'ın 30.11.1955 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında³¹¹ da kanunen cevap verme veya bir başvuruda bulunma zorunluluğu bulunmayan hâllerde dahi, *dürüstlük kuralı gereğince* cevap vermek veya bir davranışta bulunmak durumunda olan kişinin bunu yapmaması hâlinde bu susmaya belirli hukukî sonuçlar bağlanacağı; özellikle karşı tarafa belirli bir iradeyi açıklama arzusu ile susulması durumunda susmanın sanki açık bir irade beyanı varmışçasına sonuç doğuracağı ifade edilmiştir. Bu son hâlde ortada bir örtülü irade beyanı vardır ve doğuracağı hukukî sonuç, açık irade beyanı ile aynıdır. İçtihadı Birleştirme Kararında “açık bir irade beyanı varmışçasına” denilmesinin anlamı da budur.

bbb) Yöneltilmesi Gereken ve Gerekmeyen İrade Beyanları

683 İrade beyanının yöneltilmesi deyiimiyle, iradenin, muhatabın bunu öğrenmesine imkân verecek tarzda açıklanmasını kastediyoruz³¹².

684 Hukukî işlemlerin büyük çoğunluğu yöneltilen irade beyanını gerektirir. Bu işlemlerde arzunun sadece dışa yansıtılması (açıklanması) yetmez; beyanın, ilgili kişiye yöneltilmesi de zorunludur ve bu

itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır (**Kocayusufoğlu**, Borçlar Hukuku, 151-152; **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer-Ertan**, 279-280; **Poroy/Yasaman**, 156; **Arkan**, 156-157; **Engin**, 271-272; karşı. **Ünal**, 256-257). Görülüyor ki, kanun koyucu burada muhatabın susmasını bir “irade beyanı” olarak kabul etmiş ve buna hukukî sonuç bağlamıştır: Artık taraflar arasındaki sözlü sözleşmenin içeriğinin, teyid mektubunda belirtilen şekilde olduğu kabul edilecek ve bu içerik esas alınacaktır.

³¹¹ Bkz. Nr. 681. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 15.9.1993 tarih ve 6126/5501 sayılı kararı da aynı yöndedir ve anılan İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapmaktadır. Bu kararda, satılan malın teslim edilmemesi üzerine hiçbir girişimde bulunmayıp aradan 5 yıl geçtikten sonra dava açan kişinin bu davranışı dürüstlük kuralına aykırı sayılmıştır (karar için bkz. Kazancı). Kararda, davacının uzun süre hareketsiz kalması “susma yoluyla duruma muvafakat etme” olarak değerlendirilmiş; fakat muvafakat edilen “durumun” ne olduğu açıklanmamış ve mesele satıcının malı teslim borcunun ibra yoluyla sona erdirilmesine yönelik zımnî bir irade beyanının bulunup bulunmadığı açısından ele alınmak gerekirken bu irdelemeye hiç yer verilmemiştir.

³¹² **L'Huillier**, 119; **Oğuzman**, Fesih, 122, 129.

yöneltilme, hukukî işlemin oluşumu için şarttır. Aksi halde o hukukî işlem gerçekleşmiş olmaz. Meselâ, bir kimse kendisine gönderilen bir sözleşme teklifini kabul ettiğini belirten bir mektup yazar, fakat mektubu teklifte bulunan kişiye yollamazsa; bir kimse alım hakkını kullandığını veya bağlı olduğu hizmet sözleşmesini feshettiğini yazıya döküp imzalar, fakat bu yazıyı karşı tarafa göndermeyi unutursa, yapılan beyan arzu edilen hukukî sonucu sağlamaz ve hukukî işlem varlık kazanamaz.

Buna karşılık, irade beyanının yöneltilmesine gerek olmayan hâllerde arzunun sadece açıklanmış olması, o hukukî işlemi oluşturmaya yeter. Vasiyetname böyle bir hukukî işlemdir. Vasiyetçi vasiyetnamesini kanunun aradığı şekle uygun biçimde el yazısı ile yazıp imzalarsa ve herkesten gizleyerek kasasına kilitlemiş olsa bile, vasiyetname dediğimiz tek taraflı ölüme bağlı tasarruf işlemi hukuken gerçekleşmiş olur. 685

İrade beyanının yöneltilmesini gerektiren hukukî işlemlerde, işlemin yapıldığı sırada hâzır (huzurda) bulunmayan bir kimseye yöneltilen beyanın hangi anda hüküm ifade edeceği, bu hususta, yollama ânının mı, muhataba varma ânının mı, yoksa muhatabın beyanı öğrendiği ânın mı esas alınacağı özellikle sözleşmelerin kuruluşu bakımından çeşitli teorilerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Bu teoriler ve Borçlar Kanunumuzun sistemi Borçlar Hukuku dersinin konusudur. Fakat şu noktaya işaret edelim ki, bütün yöneltilmesi gerekli irade beyanlarının muhataba vardığı anda hüküm ifade edeceği³¹³ hususunda BGB § 130'da yer alan genel kurala benzer bir hüküm İsviçre ve Türk 686

³¹³ BGB § 130, "Bir başkasına yapılan irade beyanı, şayet onun yokluğunda vâki olursa bu kimseye ulaştığı anda hüküm ifade eder" kuralını koyduğu için, genellikle doktrinde "yöneltilmesi gerekli irade beyanı" (richtungsbedürftige Willenserklärung) yerine "varması gerekli irade beyanı" (empfangsbedürftige Willenserklärung) deyimini kullanılmıştır. Bkz. von Tuhr/Peter, 166-167; Schwarz, Borçlar Hukuku, 172; L'Huillier, 118; Eren, 141 vd.; Kocayusufpaşoğlu, Borçlar Hukuku, 153 vd.; karş. JdT 1958 I 607.

Borçlar Kanunlarında mevcut değildir. Buna rağmen, İsviçre ve Türk doktrinlerinde, yöneltilmesi gerekli bütün irade beyanlarının varma (ulaşma) ile hüküm ifade edeceği büyük çoğunlukla kabul edilmektedir³¹⁴. *Oğuzman* ise, İsviçre ve Türk kanunlarında BGB § 130'daki gibi bir kural bulunmadığından, bu esasın her zaman en uygun çözüm sayılamayacağı görüşündedir. Yazara göre: Her hukukî işlemde, işlemin niteliği ve hangi tarafın menfaatinin korunması gerektiği göz önünde tutularak bir sonuca varılmalıdır. Eğer hukukî işlemde beyanda bulunanı korumak gerekiyorsa, beyanın yöneltilmesini, yani beyanı yapının muhatabın öğrenmesini sağlayacak tarzda iradesini açıklamasını yeterli görmek; buna karşılık, muhatabın korunması gerekiyorsa, onun yapılan beyanı öğrenmesini esas almak; her iki tarafın da menfaati dengede ise beyanın muhataba ulaşmasını aramak doğru olur. Borçlar Kanunumuzun sözleşmelerin kuruluşunda kabul beyanının ulaşmasını aramış olması, tarafların menfaatinin denge halinde olmasındandır³¹⁵.

ccc) Vasıtalı ve Vasitasız İrade Beyanları

687

Vasitasız beyan, bir kimsenin açıkladığı arzunun kendi sözleri veya hareketleri dışında başka bir kişinin fiilinin araya girmesine gerek

³¹⁴ **Bucher**, Allgemeiner Teil, 139-140; **Guhl/Koller**, 116; **Keller/Schöbi**, 16 vd., 60; **von Tuhr/Peter**, 168 vd.; **Schwarz**, Borçlar Hukuku, 172; **Eren**, 141 vd.; **Feyzioğlu**, I, 99-100; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 155-156; **Barlas**, Temerrüt, 41, dn. 106 ve orada anılan diğer yazarlar; BGE 118 II 42.

³¹⁵ Bkz. **Oğuzman**, Fesih, 130, 174.

Bu görüşe karşılık, hâkim görüş yanlısı *Kocayusufpaşaoğlu* ise haklı olarak, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, yöneltilmesi gerekli tüm irade beyanlarında ulaşma ânının esas alınması gerektiğini ileri sürmekte ve BGB § 130 benzeri bir düzenlemenin sistemimizde bulunmamasının buna etki etmeyeceğini, çünkü İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında BGB'deki gibi bir genel kısım bulunmadığı için kanun koyucunun bu soruna ilişkin iradesinin ulaşma esası aleyhine olduğunun (yani, BGB § 130 benzeri bir düzenleme getirmekten bilinçli olarak kaçındığının) söylenemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 155-156.

kalmaksızın doğrudan muhataba ulaştırılabilmesini ifade eder. Meselâ, muhataba yönelik olarak sözle, mektupla, telefon konuşması ile yapılan beyanlar vasıtasız beyanlardır.

Açıklanan arzunun muhataba ulaştırılması için araya başka bir kişinin fiili giriyorsa, irade beyanı vasıtalı bir beyandır. Bir haberci kullanılması, gazeteye ilân verilmesi veya tercüman yardımı ile konuşulması hallerinde vasıtalı beyan söz konusu olur. Vasıtalı beyanların özelliği, muhatabın, beyan sahibinin arzusunu vasıtanın kendisine aktardığı şekli ile öğrenmesindedir. 688

b) Hukukî İşlemin Geçerliliği İçin Aranılan Şartlar

Hukukî işlemlerin geçerliliği için aranılan şartları da iki grupta toplayabiliriz. Bunlardan bazıları, her türlü hukukî işlem için aranılan temel (standart) geçerlilik şartlarıdır. Bazıları ise her hukukî işlem için değil, sadece belirli işlemler için, standart geçerlilik şartlarına ek olarak aranılan geçerlilik şartı durumundadır. Bunların her biri, Borçlar Hukuku Genel Hükümler dersinde detaylı olarak ele alınacaktır. 689

aa- Her Türlü Hukukî İşleminde Aranılan Şartlar

1. Hukukî işlemi yapan kişi ehliyetli olmalıdır.

Bir hukukî işlemin geçerli olabilmesi için irade beyanında bulunan kişi veya kişilerin, o işlemi yapma konusunda gerekli ehliyete sahip olmaları zorunludur. Kişilerin ehliyet durumu, Kişiler Hukuku dersinin konusunu teşkil ettiğinden burada detaylı biçimde ele alınacak değildir. Fakat hemen belirtelim ki, fiil ehliyetinin en önemli parçasını teşkil eden hukukî işlem ehliyetinin temel şartı, işlemi yapanın ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Kısaca ifade etmek istenirse, ayırt etme gücü, kişinin akla uygun biçimde davranma kapasitesidir (MK m. 13). Bundan maksat, kişinin, davranışının yol açacağı sonuçları öngörebilmesi ve bu öngörünün gerektirdiği biçimde davranabilmesi yeteneğidir. 690

- 691 Bir kimsede ayırt etme gücü yoksa, o kişi, fiil ehliyetinden kesin olarak yoksundur. Yapacağı işlemler ve hukukî fiiller, kanundaki istisnalar dışında, kural olarak geçerli olmaz ve hiçbir sonuç doğurmaz (MK m. 15). Ayırt etme gücü bulunmayan kişi, bu işlemi kanunî temsilcisinin izniyle dahi yapamaz; keza, geçersiz işlem kanunî temsilcinin onayıyla da geçerli hale getirilemez. Kanunî temsilci çok arzu ediyorsa işlemi baştan ve bizzat yapmalıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması anlamını taşıyan işlemlerde ise -kural olarak- bu imkân dahi söz konusu değildir.
- 692 Ayırt etme gücüne sahip olan kimse, erginse ve kısıtlama altına alınmış da değilse, fiil ehliyetine (hukukî işlemler bakımından, işlem ehliyetine) tam olarak sahiptir.
- 693 Ayırt etme gücüne sahip olan kimsenin, ergin olmaması veya kısıtlanmış bulunması halinde kendisini borç altına sokan hukukî işlemlerin hüküm ifade etmesi, kanunî temsilcinin (velî veya vasînin) bu işleme önceden izin (muvafakat) vermesine veya işlemi sonradan uygun görmesine (*icazet* = *onay* vermesine) bağlıdır (MK m. 16/f. 1)³¹⁶. İzin alınmadan yapılmış bulunan işlem “noksanlık” ile sakattır; işlemin geçerliliği askıdadır: Kanunî temsilci işleme onay verirse işlem yapıldığı andan itibaren (sanki baştan izin verilmişcesine) geçerli olacak ve tam anlamıyla hüküm ifade edecek; onay verilmezse işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz (kesin hükümsüz) sayılacaktır. Görülüyor ki, kanunî temsilcinin rızası, ayırt etme gücüne sahip olan küçük veya kısıtlının borç altına girdiği işlemler için bir tamamlayıcı unsur teşkil etmektedir. Aynı esaslar tasarruf işlemleri için de geçerlidir.

³¹⁶ Ayırt etme gücüne sahip bulunan küçükler ile bu güce sahip kısıtlılar, karşılıksız bir kazanımda bulunurken ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ve bu yüzden şahsen kullanılması gereken haklarını kullanırken kanunî temsilcinin izin veya onayına ihtiyaç duymazlar (MK m. 16/f. 1, c. 2).

2. Hukukî işlemin konusunun, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmaması gerekir.

Yapılan işlem bu normlara ve değerlere aykırı olduğu takdirde 694 işlem baştan beri “kesin hükümsüz” durumdadır; yapıldığı andan itibaren hiçbir hak ve borç doğurmaz. BK m. 27 bu şartı sözleşmeler açısından düzenlemiştir.

3. Hukukî işlemi meydana getiren irade beyanları sağlıklı olmalıdır.

Hukukî işlemin geçerli olabilmesi için, irade beyanı, beyanda 695 bulunan kişinin maruz kaldığı hata (yanılma), hile (aldatma) veya ikrah (korkutma) yüzünden sakatlanmış olmamalıdır. Aksi halde işlem “iptal edilebilir” durumdadır.

Hata, hile ve ikrahın hangi şartlarla irade beyanını sakatlayacağı, sözleşmeler açısından BK m. 30 vd.’de düzenlenmiştir. Bu 696 hükümler, evlenme ve ölüme bağlı tasarruflar gibi özel niteliği itibariyle farklı hükümlerin uygulanmasını gerektiren bazı istisnâ işlemler bir yana bırakılırsa, kural olarak her türlü hukukî işlem için uygulanabilir niteliktedir.

4. İrade beyanları muvazaalı (danışıklı) olmamalıdır.

Muvazaa, tarafların dışa karşı açıkladıkları iradeleri sonucunda 697 hukuken ortaya çıkmış bulunan işlemi yapmış gözükmek, fakat gerçekte işlemin hiç hüküm doğurmaması veya aslında doğurması gerekenden farklı biçimde (başka nitelikteki bir işlem kalıbında) sonuç doğurması hususunda anlaşmalarıdır. Meselâ, (A) ile (B) gerçekte hiçbir sözleşme kurmayı arzu etmedikleri halde, dışa karşı bir satım sözleşmesi yapmış gibi görünmek için göstermelik bir satım akdi imzalamışlarsa bu sözleşme muvazaa sebebiyle sakattır; ortada geçerli ve tarafları bağlayıcı herhangi bir işlem bulunmamaktadır (“mutlak muvazaa”). Keza, (A)

ile (B) aslında bağışlama sözleşmesi yapma iradesine sahip oldukları halde, dışa karşı bunu gizlemek için bir satım sözleşmesi imzalamışlar, fakat iç ilişkide bu satım sözleşmesinin hüküm ifade etmeyeceği, gerçekte bağışlama sözleşmesinin hüküm doğuracağı konusunda anlaşmışlarsa görünüşteki işlem olan satım sözleşmesi yine muvazaa sebebiyle hükümsüzdür (“*nisbî muvazaa*”). Gizlenen bağışlama sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ise, bu sözleşme türüne ilişkin şekil şartlarının somut olayda yerine getirilip getirilmediğine bağlıdır.

698 Doktrinde ve uygulamada hâkim olan anlayışa göre, muvazaanın yaptırımı, dışa karşı yapılmış görünen işlemin “kesin hükümsüz” sayılmasıdır³¹⁷. Muvazaa borç doğuran sözleşmeler bakımından BK m. 19’da düzenlenmiştir.

bb- Bazı Hukukî İşlemler İçin Aranılan Şartlar

699 ***1. Bazı hukukî işlemlerde, irade beyanının bir şekle uyularak yapılması gerekir.*** Şekil zorunluluğu ya kanundan doğar (kanunî şekil), ya da işlemin bir şekle uyularak yapılması taraflarca kararlaştırılır (rızaî = iradî şekil). Bir şekle uyularak yapılması gereken hukukî işlemlere, geçerliliği şekle bağlı işlemler denir.

³¹⁷ Muvazaada tarafların dışa karşı sundukları (görünüştteki) yapay irade beyanları onların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır. Gerçek iradeyi içeren irade beyanları sözleşmenin *kurucu unsuru* olduğuna göre, ortada gerçek anlamda bir “irade” yoksa ve içi boş - gerçek dışı irade beyanları da bir değer taşıyorsa, aslında muvazaanın yaptırımı kesin hükümsüzlük değil, “*yokluk*” olmalıdır. Buna rağmen muvazaanın yaptırımının doktrinde ve uygulamada “kesin hükümsüzlük” olarak kabul edilmesinin altında yatan sebebin, görünüşteki sözleşmenin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hâllerde buna engel olmak ve sözleşmeyi hiç değilse MK m. 2 mekanizmasıyla ayakta tutabilmek kaygısı olduğunu sanıyoruz. Eğer yaptırım, aslında olması gereken biçimde “yokluk” şeklinde belirlenseydi, işlemi MK m. 2 yoluyla dahi ayakta tutmak (“yok” olan işlemi “var” saymak) mümkün olamazdı.

Kanunen gerekli şekil, aksi kanun hükmünden veya işlemin niteliğinden anlaşılmadıkça, o işlem için bir geçerlilik şartıdır. İrade açıklanması bu şekilde uyulmaksızın yapılırsa işlem geçersiz olur (BK m. 12). 700

Bazı işlemlerde ise şekil sadece bir geçerlilik şartı olmayıp, onun da ötesinde, hukukî işlemin *kurucu unsuru* haline gelir. Meselâ, evlenme işleminin varlığı, evlenecek olanların iradelerini evlendirme memuru huzurunda beyan etmelerine bağlıdır. Burada irade beyanlarının evlendirme memuru huzurunda yapılması, sadece bir geçerlilik şartı değildir; ondan da öte, bir “kurucu unsur” durumundadır. Beyanların evlendirme memuru sıfatını taşımayan bir kişi (meselâ, imam) huzurunda yapılması halinde evlenme hiç kurulmamıştır, “yok”tur. 701

Bazen şekil, hukukî işlemin geçerlilik şartı değil, sadece bir ispat şartıdır. Meselâ, HMK m. 200/f. 1’e göre, yapıldığı zamandaki miktar veya değeri belirli bir miktarı³¹⁸ geçen hukukî işlemler senetle (yazılı delille) ispat olunmak gerekir³¹⁹. İspat için aranan şekle uyulmaması, geçerliliği şekle tâbi olmayan bir hukukî işlemi geçersiz hale getirmez. Bu halde yapılan işlem (meselâ, sözleşme) yine de geçerlidir; taraflar sadece bir ispat aracından yoksun kalmışlardır. Bizim bu bölümde ele aldığımız şekil ise, ispat şartı olarak değil, *geçerlilik şartı olarak* şekildir. 702

Hukukî işlemlerin geçerliliği için aranan başlıca şekil, yazılı şekildir. Evlenmede ise özel bir sözlü şekil aranmıştır (MK m. 142). 703

Yazılı şekil de, adî yazılı şekil, özellikli yazılı şekil ve resmî yazılı şekil olarak üç türdür. 704

³¹⁸ Bu miktar, HMK’na 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun’un 44. maddesi ile eklenen Ek Madde 1 uyarınca her takvim yılı başında, yeniden değerlendirilerek artırılarak belirlenir.

³¹⁹ Senetle ispatı gereken hususlarda HMK m. 203’deki istisnalar dışında tanık ile ispat yoluna gidilemez. Fakat ikrar delil olur. İspat için gerekli şekle uyulmamış olması sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Bkz. Yarg. 4. HD, 27.3.1972, 835/2068 (RKD, 1973, II, sh. 82). Ayrıca bkz. Nr. 1062.

- 705 *Adî yazılı şekilde*, irade yazılı olarak açıklanır. Yazının, beyanda bulunanın el yazısı ile yazılması şart değildir. Metin elle veya başka herhangi bir yolla (daktilo ile, matbu olarak veya bilgisayar çıktısı şeklinde) yazılabilir; keza, metni beyan sahibinin kendisi veya bir başkası da yazmış olabilir. Önemli olan, metnin beyan sahibi tarafından elle imzalanmasıdır³²⁰. İrade beyanı imza ile gerçekleşmiş olur. Borçlar Kanunu, adî yazılı şekli ve istisnaen imza yerini tutacak işaretleri borç doğuran sözleşmeler açısından 13-16. maddelerinde düzenlemiştir. Bu hükümler, hakkında ayrı bir hüküm bulunmayan, adî yazılı şekle tâbi bütün hukukî işlemlerde uygulanır.
- 706 Medenî Kanun kişinin bizzat yapacağı vasiyetnameler için *özellikli bir yazılı şekil* aramıştır (MK m. 538). Bunun adî yazılı şekle nazaran özelliği, metnin başından sonuna kadar irade beyanında (vasiyette) bulunanın *kendi el yazısı ile yazılmasının* ve tam tarih konulmasının gerekli olmasıdır.
- 707 Keza, yeni Borçlar Kanunumuz, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, kefalet tarihinin, kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın ve -varsa- teselsüle ilişkin ibarenin kefilin el yazısı ile yazılmış olmasını şart koşturmaktadır (BK m. 583/f. 1).

³²⁰ 15.1.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (RG., 23.1.2004, s. 25355) bu esasa istisna getirmekte ve güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağını belirtmektedir (m. 5/f. 1). Ancak resmî şekle veya özel merasime tâbi işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri elektronik imza ile gerçekleştirilemeyecektir (m. 5/f. 2).

5070 sayılı Kanunun 22. maddesi ile eski BK m. 14/f. 1'e eklenen cümlede ise güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olduğu belirtilmişti. Yeni BK m. 15/f. 1, c. 1 hükmü de güvenli elektronik imzanın, elle atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğuracağını ifade etmektedir.

5070 sayılı Kanunun 23. maddesi ile eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na eklenen m. 295/A'da, usulüne uygun güvenli elektronik imza ile oluşturulan verilerin senet hükmünde olduğu ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılacağı belirtilmişti. Yeni HMK m. 205/f. 2 aynı esası muhafaza etmiştir.

Resmî yazılı şekil veya kısaca *resmî şekil*, en koyu haliyle, “*re’sen düzenleme*” olarak adlandırılan modelde görülür. Bununla kast edilen, irade beyanını içeren yazılı metnin (senedin) baştan sona resmî bir makam tarafından düzenlenmesi tarzında gerçekleştirilen yazılı şekildir. Düzenlenen metne *resmî senet* denir. Ülkemizde, resmî senet düzenleme yetkisi kural olarak noterlere tanınmıştır (Noterlik K. m. 60/b. 2). Taşınmazlarda aynî haklarla ilgili resmî senetleri düzenleme yetkisi ise tapu sicil memurlarına verilmiştir (Tapu K. m. 26). Belirli durumlarda sulh hâkimlerinin de resmî senet düzenleme yetkisi vardır (meselâ bkz. MK m. 532/f. 2).

Bazı hâllerde kanun, resmî senet düzenlenmesini değil, beyan sahibinin imzasının resmî memur tarafından tasdik edilmesini (onaylanmasını) yeterli görmüştür (meselâ, MK m. 205/f. 1, c. 1; TTK m. 212, 339/f. 1, 575). Burada metin taraflarca düzenlenmekte, resmî memur (meselâ, noter) sadece imzaların taraflara ait olduğunu tasdik etmektedir. Resmî şeklin diğer bir modelini teşkil eden ve uygulamada “*imza tasdiki*” olarak adlandırılan bu usûl, bazı yazarlarca³²¹ “*resmî onaya bağlı yazılı şekil*” olarak nitelendirilmekte ve yazılı şekil kapsamında ele alınmaktadır.

2. Tasarruf işlemlerinde, tasarrufta bulunan kişi, tasarruf yetkisine sahip olmalıdır. Gerçekten, bir tasarruf işleminin geçerli biçimde yapılabilmesi için, tasarrufta bulunan kişinin, fiil ehliyetinden başka, tasarruf ettiği hak üzerinde *tasarruf yetkisine* (yani, hakka doğrudan doğruya etki yapma gücüne) de sahip olması gerekir³²².

İlke olarak, bir hakta tasarruf edebilme yetkisi, o hakkın sahibine aittir. Hak sahibi, hakkın konusunu teşkil eden ekonomik değer (malvarlığı unsuru) üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir: Malını

³²¹ Meselâ bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 121 vd.; Bahtiyar, Anasözleşme, 58-59.

³²² Bkz. Ayiter, 117 vd.; von Tuhr/Peter, 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 46-47.

başkasına satıp veya bağışlayıp, mülkiyetini ona devredebilir. Bunun için başka bir kişinin veya makamın iradesine de tâbi değildir. Fakat bazı hallerde hak sahibi olduğu halde, kişinin o malvarlığı değeri üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayabilir. Meselâ, iflâs eden bir tacir, iflâs masasına giren mallarında tasarruf edemez. Bu mallar üzerinde müflisin tasarrufları temelden ve tümüyle geçersiz olmayıp, sadece müflisin alacaklılarına karşı hüküm ifade etmez (İc. İf. K. m. 191).

712 Bir kimsenin başkasının hakkı üzerinde tasarruf etmesi, hak sahibinin kendisine bu yetkiyi tanımış olması veya bu yolda özel bir kanun hükmü bulunması sayesinde mümkün olabilir.

713 Tasarruf yetkisi bulunmadığı halde yapılan tasarruf işlemi kural olarak geçersizdir; herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz. Fakat yetkili olmadan bir hakta yapılan tasarrufun, sonradan yetki elde edilirse kendiliğinden geçerli hale geleceği kabul edilmektedir³²³. Diğer taraftan, yetkisiz bir kimsenin tasarrufu sonucu bir hak kazandığını zanneden kişi iyiniyetli ise, onun bu iyiniyeti, ileride inceleyeceğimiz bazı hallerde tasarruf yetkisi eksikliğini giderir ve o kişinin hakkı kazanmasını sağlar.

714 Bazı hallerde ise kanun, hak sahibinin tasarruf yetkisini kaldırmayıp, sadece bu yetkiye sınırlama getirmiş olabilir. Meselâ:

- MK m. 194/f. 1'e göre, aile konutu olarak kullanılan taşınmazın mâliki olan eş, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramaz.
- MK m. 199/f. 1'e göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekli kıldığı takdirde, eşlerden birinin talebi üzerine hâkim, diğer eşin tasarruf yetkisini belirli malvarlığı değerleri itibarıyla sınırlandırabilir ve bu mallara ilişkin tasarrufların ancak eşinin rızasıyla yapılabileceğini öngörebilir.

³²³ von Tuhr/Peter, 217; Ayiter, 131.

- MK m. 223/f. 2 uyarınca, bir mala paylı biçimde birlikte mâlik olan eşlerden biri, diğerinin rızası olmadıkça o maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz³²⁴.

3. İllî (sebebe bağlı) tasarruf işlemlerinin geçerli olması, ortada buna temel teşkil eden geçerli bir borçlanma işleminin bulunmasına bağlıdır. Tasarruf işleminin hukukî sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçersiz olması, tasarruf işleminin de geçersizliği sonucunu doğurur. Meselâ, satılan bir taşınmaz mülkiyetinin devri, illî (sebebe bağlı) bir hukukî işlemdir. Burada satım sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Satım sözleşmesi herhangi bir sebeple geçersiz ise, bunun ardından mâlikin yaptığı, tasarruf işlemi niteliğindeki “tescil talebi” üzerine tapu memuru idarî işlem niteliğini taşıyan “tescil” işlemini gerçekleştirirse bile, bu tescille mülkiyet alıcıya geçmez (MK m. 1015/f. 1, 1024/f. 2). Çünkü borçlandırıcı işlemdeki sakatlık, tasarruf işlemini de sakatlar.

715

4. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde gabin (aşırı yararlanma) durumunun bulunmaması gerekir. Aynı anda her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde (meselâ, satım sözleşmesinde) tarafların üstlenmiş oldukları edimlerin değerleri arasında açık bir dengesizlik (oransızlık) bulunursa ve bu dengesizlik, taraflardan birinin diğerinin deneyimsizliğini, işi hafife almasını (yeni BK m. 28’in çok kötü ifadesi ile: “düşüncesizliğini”)³²⁵ veya zor durumda bulunmasını fırsat bilip, sömürme kasdıyla hareket etmesi sonucunda yaratılmışsa sözleşme sömürülen kişi tarafından tümüyle iptal edilebilir veya duruma göre, hâkimin sözleşmeye müdahale ederek edim dengesini sağlayacak bir revizyona gitmesi istenebilir (BK m. 28)³²⁶.

716

³²⁴ Bu haller için bkz. **Barlas**, İşlem Özgürlüğü, 119 vd.; **Gümüş**, 60 vd., 187 vd.

³²⁵ BK m. 28 terminolojisine yönelik eleştiriler için bkz. **Barlas**, Gabin, 372 vd.

³²⁶ Gabin halinde sözleşmenin hukukî geçerlilik durumu hakkında bkz. Nr. 765.

c) Bazı Hukukî İşlemlerin Hüküm Doğurması İçin Gereken Tamamlayıcı Unsurlar³²⁷

717 **aa- Ehliyet eksikliğini giderici izin veya onay:** Daha önce de belirttiğimiz gibi, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin ve kısıtlıların kendilerini borç altına sokan hukukî işlemlerinin hüküm ifade etmesi, kanunî temsilcinin izninin bulunmasına veya işleme sonradan onay (icazet) vermesine bağlıdır. Böylece izin veya onay, hukukî işlemin hüküm ifade etmesini sağlayan tamamlayıcı bir unsur olmaktadır.

718 **bb- Temsil yetkisi eksikliğinden kaynaklanan noksanlığı giderici onay:** Temsil, bir kimsenin bir hukukî işlemi, bir başka kişi adına yapmasıdır. Temsilci yetkili ise, yapılan hukukî işlem, sanki işlemi kendisi yapmışçasına temsil olunanı bağlar; yapıldığı andan itibaren işlemin tüm hukukî sonuçları (haklar ve borçlar) temsil olunanın hukuk alanında doğar. Buna karşılık, temsilci yetkisiz ise (kendisine o konuda yetki verilmediği veya yetki sona erdiği halde işlemi yapmışsa ya da yetkinin sınırını aşmışsa) yapılan hukukî işlem temsil olunanı bağlamaz (BK m. 46). Ancak temsil olunan kişi bu işleme onay (icazet) vererek işlemi benimseyebilir; bu halde onay geçmişe etkili biçimde (ex tunc) sonuç doğurur: Hukukî işlem sanki baştan beri yetki varmış gibi hüküm ifade eder ve temsil olunanı bağlar³²⁸. Böylece temsil yetkisinin eksikliğini giderici onay da hukukî işlemin tamamlayıcı bir unsurunu teşkil etmektedir.

³²⁷ Tamamlayıcı unsur gerçekleşince işlemin hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği aşağıda, Nr. 767 vd.'de hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü kısmında "noksanlık" başlığı altında ele alınacaktır.

³²⁸ von Tuhr/Peter, 401; Bucher, Allgemeiner Teil, 603; Keller/Schöbi, 89; Guhl/Koller, 166; Oğuzman/Öz, I, 242-243; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku, 201; Eren, 455; Reisoğlu, 160; Fezyioğlu, I, 433; keza bkz. BGE 41 II 268.

İcazetin geriye etkili olacağı, Mecellenin 1453. maddesinde şöyle ifade edilmişti: "İcazet-i lâhika vekâleti sâbika hükmündedir." (Sonradan verilen onay, baştan verilmiş izin hükmündedir).

cc- Tasarruf yetkisi sınırlamasından kaynaklanan eksikliği giderici izin veya onay: Yeni Medenî Kanunla hukuk hayatımıza giren ve eşler için tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğini taşıyan, hemen yukarıda ele aldığımız hâllerde (MK. m. 194/f. 1; MK m. 199/f. 1; MK m. 223/f. 2) tasarruf işleminin geçerliliği, diğer eşin rızasına tâbi tutulmuştur: Diğer eş bu rızayı “izin” tarzında baştan verirse sorun yoktur; yapılan tasarruf işlemi, yapıldığı andan itibaren geçerlidir. Buna karşılık, tasarruf işlemi diğer eşin izni alınmadan yapılırsa “noksan” durumdadır; diğer eş bu işleme onay (icazet) verdiği takdirde işlem baştan itibaren geçerli hale gelecek ve hüküm ifade edecek, aksi halde kesin hükümsüz sayılacaktır. 719

Yeni Borçlar Kanunu’nun 584. maddesi, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, eşin yazılı rızasını şart koşmaktadır³²⁹. Bu hükümde, rızanın kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kuruluşu ânında verilmesi zorunlu görülmüştür (BK m. 584/f. 1). Böyle bir rızanın gerekli olduğu hallerde eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesi “noksan” değil, “kesin hükümsüz”dür. Çünkü kanunda eşin işleme sonradan onay (icazet) vermesi yolu kapatılmıştır³³⁰. 720

Bir borçlandırıcı işlem olan kefalettaki bu özel durum bir yana bırakılırsa, ilke olarak, tasarruf yetkisi sınırlamasından kaynaklanan eksikliği gidermek için diğer eşin rızasının gerekli olduğu hâllerde bu rıza, tasarruf işleminin geçerli bir hukukî işlem olarak hüküm doğurması için tamamlayıcı bir unsur durumundadır. 721

dd- Bir resmî makamın fiili: Bazı hukukî işlemlerde, işlemin hüküm ifade etmesi için, bunun bir resmî makamın fiili ile tamamlanması aranmıştır³³¹. Bir sözleşmenin hâkim tarafından tasdiki (meselâ, 722

³²⁹ Bu konuda, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun’un (RG, 11.04.2013, s. 28615) 77. maddesi ile, BK m. 584’e yeni bir fıkra eklenmiştir. Bkz. Nr. 203.

³³⁰ **Barlas**, Kefalet, 23.

³³¹ Resmî makamın fiilinin, kurulmuş bulunan bir hukukî işlemin hüküm ifade etmesini sağlayan tamamlayıcı bir unsur niteliğini taşıdığı bu haller ile, resmî makamın

MK m. 184/b. 5); vesayet ve denetim makamlarının izni (MK m. 462, 463, 465); bir aynî hakkın kazanılması için gereken tescil (MK m. 1021 vd.); bir vakfın tüzel kişilik kazanması için şart olan tescil (MK m. 102, 104, 105) böyledir.

723 Bazen resmî makamın bu tamamlayıcı fiili yapıp yapmaması onun takdirine bağlıdır. MK m. 184/b. 5, 462, 463'teki izinler bu niteliktedir. Bazı hallerde ise resmî makam, hukukî işlemin diğer unsurları tamam ise, kendisine düşen fiili yapmak zorundadır. Meselâ, mâlikin, tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebi üzerine tapu memurunun taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapacağı tescil (MK m. 1013 vd.) bu niteliktedir.

724 **ee- Geciktirici şart:** Şart, gelecekte gerçekleşmesi beklenen fakat gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şimdiden belli olmayan (şüpheli) bir olaydır³³². Yeni Borçlar Kanunu, “şart” yerine “koşul” terimini tercih etmiştir (BK m. 170 vd.).

fiilinin hukukî işlemin kurucu unsuru olduğu haller birbirine karıştırılmamalıdır. Meselâ, evlenme işleminde evlendirme memurunun işleme katılması bir kurucu unsurdur. Kurucu unsur yerine gelmemişse, işlem geçersiz değil, hiç “yok”tur; oluşmamıştır.

Resmî makamın, bir irade beyanına ilişkin resmî senedi düzenleme fiili de, tamamlayıcı unsurla karıştırılmamak gerekir. Bu halde resmî makamın fiili (meselâ, noterin taşınmaz satış vaadi sözleşmesini re'sen düzenlemesi), hukukî işlemin geçerlilik şartı olarak “şekil” sorununu ilgilendirir.

³³² “Şart” kavramı, unsurları, özellikleri ve çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Köhler**, 244; **Brehm**, 202 vd.; **Wackerbarth**, Anwaltkommentar BGB, § 158, Nr. 2 vd.; **Schwab**, 295; **Bork**, 462 vd.; **Hübner**, 470 vd.; **Larenz/Wolf**, 913 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 323 vd.; **Guhl/Koller**, 54 vd.; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 505 vd.; **Koziol/Welser**, 157 vd.; **Oğuzman/Öz**, II, 502 vd.; **Eren**, 1161 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 328 vd.; **Feyzioğlu**, II, 343 vd. ve özellikle **Sirmen**, 30 vd.

Şarta bağlı işlemlerde, şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmeyeceğinin belli olması öncesinde “beklenti” (Anwartschaft) sahibine tanınan haklar için özellikle bkz. **Nomer**, 87 vd.

Şart, geçerli olarak oluşmuş bulunan bir hukukî işlemin hüküm 725
(sonuç) doğurmaya başlaması için öngörülmüşse bu takdirde bir
“*geciktirici (talikî) şart*” söz konusu olur (BK m. 170). Bir hukukî işle-
min hüküm doğurması bir şartın gerçekleşmesine bağlanmış ise, o işle-
me “geciktirici şarta bağlı işlem” denilir. Geciktirici şarta bağlı işlemde
şartın gerçekleşmesi, işlemin hüküm doğurmasını sağlayan tamamlayıcı
bir unsur olmaktadır. Bir amcanın, yeğenine, o yıl sınıfını geçerse
onu tatile göndermeyi vaad etmesi ve yeğenin de bunu kabul etmesi
(bağışlama sözleşmesi) veya bir kimsenin bir şehre tayininin yapılması
şartı ile o şehirde bir ev kiralaması (kira sözleşmesi) örneklerinde sınıf
geçme ve tayin olguları, anılan sözleşmelerin hüküm doğurabilmeleri
için birer geciktirici şart durumundadır.

Şart, baştan beri zaten geçerli olan ve hüküm ifade eden bir hukukî 726
işlemin hükümlerini doğurmasını sona erdirmek üzere kararlaştırılmış
da olabilir. Bu tür şartlara ise “*bozucu (infisahî) şartlar*” denir (BK m.
173). Meselâ, bir kira sözleşmesinde işletme ruhsatının idarî makam-
larca iptal edilmesi halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğinin
kararlaştırılması halinde durum böyledir.

Hemen işaret edelim ki, bazı hukukî işlemler, nitelikleri gereği 727
şarta bağlanamaz. Evlenme, tapu siciline tescil talebi ve kural olarak
yenilik doğuran işlemler böyledir.

ff- Geciktirici vade: Bir hukukî işlemin hükümlerini doğurması 728
için kurucu unsurların gerçekleşmesinden sonra belirli bir sürenin
geçmesi de gerekiyorsa, o hukukî işleme “vadeye bağlı işlem (vadeli
işlem)” denilir. Meselâ, taraflar, 10 Ocak’ta yaptıkları bir kira sözleş-
mesinin 1 Mart’tan itibaren hüküm ifade edeceğini kararlaştırabilirler.
Bu halde hukukî işlem (kira sözleşmesi) kurulmuştur ve geçerlidir;
ancak hükümlerini vade (1 Mart günü) geldiğinde doğurmaya başla-
yacaktır³³³.

³³³ Burada durum “geciktirici şart”tan farklıdır: Taraflarca “şart” olarak kabul edi-

- 729 Fakat, çoğu kez hukukî işlemin hüküm doğurması değil, bir borcun ifası vadeye bağlanır. 10 Ocak 2019'da satılan ve teslim edilen malın bedelinin 30 Ocak 2019'da ödeneceğinin kararlaştırılması gibi.
- 730 Vade takvim günü olarak belli bir tarih (meselâ, 30.04.2019) şeklinde kararlaştırılabileceği gibi, daha sözleşmenin kuruluşu ânında hangi takvim gününü ifade ettiği bilinebilir tarzda gösterilmiş bir tarih (meselâ, 2019 yılı Kurban Bayramının 2. günü) de olabilir.
- 731 Bazen de vade, gerçekleşeceği kesin olan, fakat ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olay olarak (meselâ, "kayak sezonu açıldığında" gibi) tespit edilebilir³³⁴. Buna "belirsiz vade" denir³³⁵.
- 732 Belirtelim ki, hukukî işlemin hüküm ifade etmesi veya borcun ifası için bir vâde kararlaştırılması zorunlu değildir. Sözleşmeden, işin niteliğinden veya kanundan doğan bir vâde söz konusu değilse, hukukî işlem (meselâ, sözleşme) kurulduğu andan itibaren hüküm ifade eder; borç da doğduğu andan itibaren muaccel olur ve derhal ifa edilmesi gerekir (BK m. 90).

len unsur, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği baştan belli olmayan bir olgudur. Oysa vâde (örnekte: 1 Mart günü) her halde gelecektir ve bu durum sözleşme yapılrken de kesinlik arz etmektedir.

Vâdeye bağlı işlemlerde vâdeden önce beklenti sahibine tanınan haklar için bkz. **Nomer**, 95 vd.

³³⁴ Bu konuda bkz. **Barlas**, Temerrüt, 55 vd. Vadenin belirli veya belirsiz olması, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının gerekli olup olmaması noktasında (BK m. 117) büyük önem taşır. Bkz. **Barlas**, Temerrüt, 54 vd.

³³⁵ Bir kimsenin ölümünde hüküm ifade edecek olan hukukî işlemlerde, ölüm belirsiz bir vadedir. Fakat ölümün bir süre (meselâ, bir ay) içinde veya başkası hayatta iken meydana gelmesi aranmışsa artık vade değil, "şart" söz konusu olur. Zira ölümün o süre içinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir.

3- Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü

Hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü, birbirinden farklı görüşlerin 733
ortaya atıldığı tartışmalı bir konudur³³⁶.

Her şeyden önce, hükümsüzlük deyiminin anlamını tespit etmek 734
gerekir. Hükümsüzlük, “etkisizlik” (inefficacité, Unwirksamkeit) kar-
şılığı geniş anlamda kullanılırsa hukukî işlemlerin eksiklik ve sakatlık-
ları ile sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü kapsar³³⁷. Buna karşılık
hükümsüzlük, “geçersizlik” (invalidité, Ungültigkeit) karşılığı dar
anlamda kullanıldığı takdirde, sadece hukukî işlemin kuruluşu ânında
geçerli olmadığı hâlleri ifade eder.

Bazı kanun hükümlerinde, bilimsel çalışmalarda ve özellikle 735
uygulamada “hükümsüzlük” kavramının bu farklı anlamları birbiri-
ne karıştırılmakta ve gelişigüzel kullanılmakta; geniş anlamda tüm
hükümsüzlük halleri için “geçersizlik” kavramına başvurulmaktadır.
Biz hükümsüzlüğü geniş anlamı ile kullanacağız ve hukukî işlemin
unsurlarındaki eksiklik veya sakatlığın niteliğine göre hükümsüzlük
hallerini gruplandıracağız. Bu yaklaşımla, kullanacağımız “geçersiz-
lik” ibaresi ise, hükümsüzlük türlerinden sadece “kesin hükümsüzlük”
halini ifade edecektir.

Bir hukukî işlemin kurucu unsurları eksik ise o hukukî işlem ve 736
onun hedeflediği ilişki hiç doğmamıştır. Bu hükümsüzlük haline “*yok-
luk*” (inexistence) adı verilir.

Bir hukukî işlemin kurucu unsurları tamam olmakla beraber, 737
geçerlilik şartlarından biri eksik ise, o işlemle kurulan ilişki ya ölü ya
da sakat olarak doğar. Hukukî ilişkinin ölü doğması demek, hukukî
işlemin *kesin olarak hükümsüzlüğü* demektir. Buna “*butlan*” (nullité,

³³⁶ Bu konuda şu eserlere bkz. Halûk **Tandoğan**, La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des contrats, Lausanne 1952; Jale **Güral**, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953.

³³⁷ **Schwarz**, Borçlar Hukuku, 367; **Tandoğan**, La Nullité, 24.

Nichtigkeit) adı da verilmektedir. Hukukî ilişkinin sakat doğması ise, bir yandan sakatlık giderilerek hukukî ilişkiyi yaşatmak ve hukukî işlemin hükümlerini doğurmasını sağlamak, diğer yandan sakatlık yüzünden hukukî işlemi hükümsüzleştirmek imkânının varlığı demektir. Bu duruma “*iptal edilebilirlik*” (annulabilité, Anfechtbarkeit) denilmektedir³³⁸.

738 Bir hukukî işlemin kurucu unsurları ve geçerlilik şartları tamam olmakla beraber, hükümlerini doğurması için gerekli tamamlayıcı unsurlar eksik ise, hukukî işlem hüküm ifade etmez. Tamamlanmamış (imparfait) hukukî işlemin bu hükümsüzlük haline de “*noksanlık*” diyebiliriz³³⁹.

739 Bazen hükümsüzlük, hukukî işlemin sonuçlarının bazı kimselere karşı ileri sürülememesi tarzındadır. Buna *nisbî etkisizlik* veya *nisbî hükümsüzlük* (inopposabilité, relative Unwirksamkeit) denilmektedir³⁴⁰.

740 Aşağıda, hükümsüzlük hallerinin çeşitlerini biraz daha yakından inceleyeceğiz. Fakat bu incelemeye geçmeden önce, her zaman göz önünde tutulması gereken bir noktaya işaret etmek isteriz. Şöyle ki:

741 Aşağıda ifade edeceğimiz hususlar, genel esaslardır; buna karşılık, istisnaen bazı hukukî işlemlerin özelliği farklı çözümlerin kabulünü gerektirebilir. Nitekim Medenî Kanunumuz evlenmenin ve ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü konusunda, ilişkinin özelliği gereği, farklı çözümler kabul etmiştir. Keza, nişanlanma, evlât edinme gibi Aile Hukuku ilişkilerinde de hükümsüzlük meselesini genel esaslarla çözmek bu ilişkilerin bünyesine uygun düşmez. Bu bakımdan, o ilişkiye dair özel bir kanun hükmü varsa öncelikle ve daima bu hükmü nazara almak; böyle bir özel düzenleme yoksa aşağıda belirtilen esasların,

³³⁸ von Tuhr/Peter, 231-232.

³³⁹ von Tuhr/Peter, 224; karşı. Tandoğan, La Nullité, 38.

³⁴⁰ Schwarz, Borçlar Hukuku, 365, dn. 2; Tandoğan, La Nullité, 39.

özellik arz eden bu tarz hukukî ilişkilerde ne derece uygulanabileceğini her somut olayda ayrıca değerlendirmek gerekir.

a) Yokluk:

Bir hukukî işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde, 742
söz konusu hukukî işlem varlık kazanamaz ve hukukî ilişki kurulmaz;
ortada bir hukukî işlem “yok”tur.

Bütün hukukî işlemlerde temel unsuru teşkil eden irade beyanı 743
veya irade beyanının yerini tutan bir davranış mevcut olmadıkça bir
hukukî işlemin varlığından bahsedilemez.

İrade beyanı dışında, bazı hukukî işlemlerde aranan ek kurucu 744
unsurun bulunmaması halinde de hukukî işlem “yok”tur. Meselâ,
evlenmek isteyen erkekle kadının, evlenme hususundaki iradelerini
evlendirme memuru huzurunda değil de, imam nikâhında olduğu gibi,
kanunen evlendirme yetkisi bulunmayan herhangi bir kimse huzu-
runda beyan etmeleri halinde evlenme işlemi hiç gerçekleşmemiştir,
“yok”tur; evlilik bağı hiç kurulmamıştır. Burada, evlendirme memu-
runun işleme katılması bir şekil sorunu değil, işlemin hukuken varlık
kazanması sorunudur; çünkü yetkili memurun katılımı, evlenme işlemi
açısından, -evlenecek kimselerin irade beyanlarının yanı sıra- ek bir
kurucu unsurdur.

Yeni Borçlar Kanunu’nun 21. maddesine göre, karşı tarafın menfa- 745
atine aykırı genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dâhil sayılması,
ancak hükümde belirtilen sıkı koşulların gerçekleşmesi halinde söz
konusu olabilir. Bu şartlar gerçekleşmemişse, sözleşmeye konulan
genel işlem şartı “...yazılmamış sayılır.” (BK m. 21/f. 1, c. 2). Keza,
sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şart-
ları da “...yazılmamış sayılır.” (BK m. 21/f. 2).

Hemen belirtelim ki, hukukumuzda “yazılmamış sayılma” şeklinde 746
bir hükümsüzlük tipi mevcut değildir. Hukuken herhangi bir anlam
taşımayan bu ifadenin Komisyon tarafından Tasarıya ne amaçla konul-

duğunu ve kanun koyucu tarafından da hangi düşünceyle benimsenerek yasa metnine alındığını anlamak mümkün değildir.

747

Asıl önemli mesele ise, bu hukuk dışı deyimle hangi hükümsüzlük tipinin kastedildiğini belirlemektir: Şayet kanunun emredici nitelikteki bir hükmü ile, taraflardan biri lehine - diğeri aleyhine bazı düzenlemelerin sözleşmeye konulması yasaklanmışsa, bu yasağa aykırı davranışın yaptırımını “kesin hükümsüzlük” olmalı; sözleşmeye bu yasağa aykırı nitelikteki hükümlerin konulması halinde bu hükümler kesin hükümsüz sayılmalıdır. Soruna uyan ve yakışan yaptırım budur. Burada “yokluk” söz konusu olmamalıdır; çünkü yokluk, hukukî işlemdeki kurucu unsurların mevcut olmaması (meselâ, sözleşmelerde taraf iradelerinden birinin bulunmaması) halinde gündeme gelebilecek olan bir hükümsüzlük türüdür. Burada ise kurucu unsur olarak taraf iradeleri mevcuttur; sözleşme tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesiyle kurulmuştur; sadece sözleşmenin içeriğinde kanunun emredici hükmüne (incelediğimiz sorunda, BK m. 21’e) aykırı birtakım unsurlara yer verilmiştir. Fakat kanunda yer alan “yazılmamış sayılma” şeklindeki ibare, doğrudan sözleşme içeriğini ilgilendirdiği için, kesin hükümsüzlükten ziyade, “yokluk” halini çağrıştırmaktadır. Başka deyişle, sözleşmeye konulması yasaklanan kayıtlara yine de taraflarca sözleşme metninde yer verilirse, bunlar sözleşme içeriğine dâhil sayılmayacak; sözleşmeyi oluşturan taraf iradeleri bu yasak düzenlemeleri sanki hiç kapsamıyormuşçasına beyan edilmiş gibi değerlendirilecektir. Bu bakımdan, kanunda yer alan bu yersiz, anlamsız ve uygulamada tereddüt yaratacak “yazılmamış sayılma” ibaresinin, hükmün amacına ve düzenleniş biçimine göre yine de “yokluk” olarak kabul edilmesi gerekir. Kısacası, kanaatimizce burada yer verilmesi (olması) gereken (*de lege feranda*) yaptırım, “kesin hükümsüzlük” olmalı idi; fakat kanunun mevcut düzenlemesi karşısında (*de lege lata*), buradaki yaptırımın türünün “yokluk” olarak nitelendirilmesi zorunludur³⁴¹.

³⁴¹ “Yazılmamış sayılma” ibaresinin hangi hükümsüzlük modeline girdiği ve nasıl

Maalesef bu çok önemli noktada, BK m. 21'in madde gerekçesinde de -çoğu zaman olduğu gibi- hiçbir açıklık bulunmamaktadır. Gerekçede sadece, İsviçre ve Almanya'da birkaç kanun hükmünde "yazılmamış sayılma" ibaresinin kullanıldığından bahsedilmektedir. Bu ise bir gerekçe değil, bahanedir!

748

Bir hukukî işlemin yokluğu her zaman, ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir³⁴². İşlemin hükümsüz kılınması için herhangi bir beyanda bulunulması veya bir dâva açılması gerekli değildir; çünkü işlem zaten hiç oluşmamıştır; hukuk âleminde zaten hiç "yok"tur! Açılmış herhangi bir dâvada, bir hukukî işlemin yokluğu anlaşılırsa, hiç kimse ileri sürmemiş dahi olsa, yokluk olgusunu hâkim görevinden ötürü, kendiliğinden (re'sen) nazara almak zorundadır. Meselâ, kurulmamış bir sözleşmeden doğduğu iddiasıyla borcun ifası talebiyle açılan dâvada hâkim, ortada bir sözleşmenin hiç bulunmadığını (yokluğunu) re'sen nazara alacaktır.

749

b) Kesin Hükümsüzlük (Butlan):

Bir hukukî işlemin kurucu unsurları tamam olmakla beraber, genel geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde, o hukukî işlem bâtıldır, yâni kesin olarak hükümsüzdür. Nisbî butlan tarzında ifade edilen iptal edilebilirlik hallerinden ayırmak için buna "*mutlak butlan*" da denilmektedir³⁴³. Biz "nisbî butlan" deyimini kullanmadığımız için, kesin

750

anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde ortaya atılan görüşler için bkz. Şeker, 137 vd.

³⁴² Yarg. 2. HD, 20.11.1970, 5577/6142 (RKD. 1971, II/2, sh. 17). Yokluk durumunda, yokluğu ileri sürmenin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasasına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle dahi olsa işlemin ayakta tutulması (var ve geçerli sayılması) mümkün değildir. Bkz. Yarg. 2. HD, 20.11.1970, 5584/6134 (İBD, 1971/11-12, sh. 1046 vd.).

³⁴³ Saymen, 129.

hükümsüzlükle eş anlamlı olan “butlan” ibaresinin başına “mutlak” sıfatını koymayı gerekli görmüyoruz³⁴⁴.

751 Hukukî işlemlerin kesin hükümsüzlüğünü gerektiren sebepler, irade beyanında bulunan kimsenin tam ehliyetsizliği (ayırt etme gücünün bulunmaması)³⁴⁵, işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına, genel ahlâka (âdâba) aykırı veya imkânsız olması, işlemin muvazaalı olması³⁴⁶ ve -doktrinde ve uygulamada halen hâkim olan görüşe göre- hukukî işlemin geçerliliği için aranan şekle uyulmamasıdır³⁴⁷.

³⁴⁴ *Mutlak butlan* (nullité absolue) ve *nisbî butlan* (nullité relative) deyimleri evlenmenin hükümsüzlüğü bakımından eski Medenî Kanunumuzda (m. 112 ve 115’in kenar başlıkları), yeni Medenî Kanunumuzda (m. 145 vd.nin kenar başlığı ve madde metinleri ile m. 148 vd.nin kenar başlığı) ve İsviçre Medenî Kanununun revizyon öncesindeki -eski- halinin Fransızca metninde kullanılmışsa da, bu deyimler Fransız Hukukunun özelliklerine daha uygundur. İsviçre ve Türk Hukukları için “kesin hükümsüzlük” ve “iptal edilebilirlik” deyimlerinin kullanılması daha isabetli olur. Bkz. **Schwarz**, Borçlar Hukuku, 365, dn. 2; **von Tuhr/Peter**, 225 vd. Nitekim İsviçre Medenî Kanununun revizyon öncesindeki -eski- halinin Almanca metninde “*butlan*” (Nichtigkeit) ve “*iptal edilebilirlik*” (Anfechtbarkeit) ibarelerine yer verilmişti. ZGB’nin yeni halinin Almanca metninde, bunlardan çok daha farklı olarak, evlenmenin hükümsüzlük hâlleri için “*süresiz geçersizlik*” (unbefristete Ungültigkeit) ve “*süreye bağlı geçersizlik*” (befristete Ungültigkeit) deyimleri tercih edilmiştir. Bkz. ZGB Art. 105, 107.

³⁴⁵ Aslında ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin iradesinden söz edilemeyeceğine ve gerçek iradeye dayalı irade beyanı hukukî işlemin *kurucu unsuru* olduğuna göre, ayırt etme gücünün bulunmaması bir kesin hükümsüzlük değil, “*yokluk*” sebebi olmalıydı. Buna rağmen yaptırımın doktrinde ve uygulamada “kesin hükümsüzlük” olarak kabul edilmesinin altında yatan sebebin, tam ehliyetsizi korumak amacıyla, işlemin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hâllerde buna engel olmak ve işlemi hiç değilse MK m. 2 mekanizmasıyla ayakta tutabilmek kaygısı olduğunu sanıyoruz. Eğer aslında olması gereken biçimde “yokluk” yaptırımı kabul edilseydi, işlemi MK m. 2 yoluyla dahi ayakta tutmak (“yok” olan işlemi “var” saymak) mümkün olamazdı.

³⁴⁶ Fakat bkz. Nr. 698’de yer alan dipnotundaki açıklamamız.

³⁴⁷ Bu yüzden, Yarg. HGK, 29.5.2002, 2-441/433’te (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh. 55 vd.) şeklin kurucu unsur olması veya geçerlilik şartı teşkil etmesi ayırımı yapılmaksızın, götürü bir ifade ile, şekle aykırılığın yaptırımının “yokluk”

Tasarruf işlemlerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması ve sebebe bağlı (illî) tasarruf işlemlerinde buna temel teşkil eden borçlanma işleminin geçersiz olması da bu tür işlemler açısından bir kesin hükümsüzlük sebebidir. Yeni Borçlar Kanununun 584. maddesi uyarınca eşin yazılı izninin alınmamış olması da kefalet sözleşmesi açısından bir kesin hükümsüzlük sebebi teşkil eder³⁴⁸.

Ancak, hemen belirtelim ki her yasaklayıcı hukuk normuna aykırılık mutlak ve her halde sözleşmenin geçersizliğini (kesin hükümsüzlüğünü) gerektirmez. Yasaklayıcı nitelik taşıyan bir hukuk normuna aykırılığın kesin hükümsüzlük sonucunu doğurabilmesi için, ya bu husus kanun hükmünde açıkça yer almalı ve bu hükme aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı vurgulanmalıdır; ya da geçersizlik olgusu yasaklama getiren hükmün anlam ve amacından tereddütsüz çıkarıla-

752

olduğunun belirtilmesi ve butlan (kesin hükümsüzlük) hâllerini sayarken şekle aykırılığa yer verilmemesi hatalı olmuştur.

Aynı hatalı yaklaşım için bkz. Yarg. HGK, 03.11.2010, 19-559/546 (Kazancı). Bu kararda bir yandan sözleşmede imza bulunmaması bir geçersizlik sebebi olarak ele alınmakta; fakat edimlerin ifa edilmesi karşısında artık geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı belirtilmekte; öte yandan, resmî şekilde yapılmayan sözleşmelerin “yok hükmünde” olduğu görüşünden bahsedilmektedir. Oysa, imza eksikliği halinde sözleşme geçersiz değil “yok”tur, çünkü imza irade beyanını gösterir; irade beyanı da hukukî işlemin kurucu unsurudur. Diğer yünden, çok istisnaen resmî memurun işleme katılımının kurucu unsur olduğu haller (meselâ, evlenme) dışında, resmî şekle aykırılığın da yaptırım kesin hükümsüzlüktür, “yokluk” değildir.

Ayrıca belirtelim ki, doktrinde, şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olmadığı; bunun kendine özgü bir hükümsüzlük hali teşkil ettiği; bu hükümsüzlüğün bazı hâllerde düzelebileceği, herkes tarafından değil, sadece taraflarca ileri sürülebileceği ve hâkim tarafından re’sen nazara alınamayacağı şeklinde bir görüş ortaya atılmıştır. Gittikçe daha fazla taraftar toplayan ve bize de makûl gelen bu görüş hakkında bilgi için bkz. **Altaş**, 134 vd. ve orada dn. 315’de anılan yazarlar. Karş. bu görüşü reddederek kesin hükümsüzlük görüşüne bağlı kalan **Oğuzman/Öz**, I, 154; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 311.

³⁴⁸ Bkz. Nr. 720.

bilmelidir. Yasaklama getiren norm, bu yasağa aykırılığın sözleşmeyi sakatlayacağını ve kesin hükümsüz hale getireceğini açıkça düzenlemiş değilse ve hükmün anlam ve amacı da böyle bir geçersizliği desteklemiyorsa, sözleşme yine hukuka aykırıdır, fakat geçersiz değildir; aksine, tam olarak geçerli bir sözleşme kimliğiyle varlığını korur. Bu tarz hükümlerde yasağa aykırılığın yaptırımını ise başka alanlarda (meselâ, bir başka haktan yahut avantajdan mahrum kalma veya para cezası ödeme gibi) kendini gösterir. Özellikle, borçlar hukuku alanı dışında düzenleme getiren ve birtakım idarî veya cezaî yaptırımlar öngören kamu hukuku normları böyledir. Bu tür hükümler “düzen hükmü” olarak adlandırılmaktadır³⁴⁹.

³⁴⁹ Bu konuda bkz. **von Tuhr/Peter**, 252-253; **von Büren**, 113; **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 684; **Kramer**, Berner Kommentar, Nr. 135, 321 ff. zu Art. 19-20; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 254; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 395-396; konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararları olarak bkz. BGE SJZ 97, 2001, sh. 352 vd.; BGE 102 II 204; BGE 121 IV 371; BGE 123 III 299.

805 sayılı İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun hükümlerinde getirilen yasaklayıcı normlar da bu anlamda “düzen hükmü” olarak kabul edilmek ve bu Kanun’a aykırı olarak yabancı dilde hazırlanmış sözleşmelerin geçerliliğinden kuşku duymamak gerekir. Nitekim doktrinde büyük ölçüde hâkim olan görüş de 805 sayılı Kanun ile sözleşmeler açısından bir geçerlilik şartı getirilmediği; anılan Kanunda sadece yabancı dilde hazırlanmış sözleşmenin veya sözleşme kaydının ona dayanan taraf lehine nazara alınamayacağını belirtildiği, şayet sözleşme kesin hükümsüz sayılırsa bu amacın aşılacağı ve sözleşmenin her iki taraf için de nazara alınamayacağı; esasen bu kanunun hiç bir yerinde yabancı dilde hazırlanmış sözleşmelerin kesin hükümsüz (bâtlı) olacağını da söylenmediği; zaten usul kuralı getiren bir yasanın maddî hukuk açısından geçerlilik şartı öngöremeyeceği; bu nedenle yabancı dilde hazırlanmış sözleşmelerin 805 sayılı Kanun’a rağmen hukuken geçerli oldukları yönündedir. Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, II, 743-744, 746; **Karayalçın**, 214; **Reisoğlu** (Seza), 103; **Bahtiyar**, Mecburî Türkçe, 1745-1746; **Doğan**, 148-150; **Canbolat**, 114; karş. benzer şekilde: **Alışkan**, 366; karş. meseleyi bir geçerlilik sorunu değil, içeriğin belirlenmesi sorunu olarak ele alan ve yabancı dildeki kayıtların sözleşme içeriğine dâhil edilmeyip, doğan boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiğini savunan **Kırca** (İsmail), 1941.

Genel olarak, tıpkı yoklukta olduğu gibi, kesin hükümsüzlük durumu da ilgili herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilir. İşlemi hükümsüz kılmak için bir dâva açmaya veya beyanda bulunmaya ihtiyaç yoktur; işlem kendiliğinden hükümsüzdür³⁵⁰. Açılmış herhangi bir dâvada bir hukukî işlemin kesin hükümsüz olduğu ortaya çıkarsa, hiç kimse bu durumu ileri sürmüş olmasa dahi hâkim işlemin hükümsüzlüğünü re'sen nazara almak zorundadır. Bir sürenin geçmesi veya geçersizliğe yol açan olgunun sonradan ortadan kalkması ile geçersiz işlem geçerli hale gelmez; işlemin geçerli biçimde yeniden yapılması gerekir³⁵¹. Geçersiz hukukî işleme dayanan borcun ifa edilmiş olması da işlemi geçerli kılmaz; bu halde, ifa edilmiş bulunan edimin iade edilmesi gerekir. Fakat geçersizliği ileri sürme hakkının kötüye kullanıldığı hâllerde geçersizliği ileri süren kimse hukuken korunamayacağı için (MK m. 2), işlem sanki geçerli imiş gibi yine de sonuç doğuracaktır; fakat bu, çok özel ve istisnâî bir durumdur³⁵².

Yargıtay ise kararlarında, yabancı dilde hazırlanmış sözleşmelerin veya sözleşme kayıtlarının kesin hükümsüz olduğunu söylememekte, sadece yabancı dilde yazılmış kaydın ona dayanan lehine nazara alınamayacağını ifade etmekte ve sözleşmenin geçerli olup olmadığı açısından inceleme yapılmasını yerel mahkemeye bırakmaktadır. Bkz. Yarg. 11. HD, 30.11.1979, 3309/5469 (YKD, 1980/3, sh. 388 vd.); Yarg. 11. HD, 07.04.1980, 1912/1864 (*Tandoğan*, 745); Yarg. 11. HD, 04.12.2007, E. 2006/8049, K. 2007/15338 (Kazancı); Yarg. 11. HD, 04.05.2009, E. 2009/2051, K. 2009/5292 (Kazancı); Yarg. 11. HD, 15.09.2011, E. 2009/10605, K. 2011/10371 (Kazancı); Yarg. 11. HD, 16.03.2012, E. 2012/3122, K. 2012/4073 (Kazancı); Yarg. 11. HD, 04.03.2013, E. 2012/4088, K. 2013/3972 (Kazancı).

³⁵⁰ Yarg. 1. HD, 6.3.2002, 10578/2892 (YKD, 2003/3, sh. 350 vd.). Keza bkz. Yarg. HGK, 27.11.2002, 1-877/1029 (Yarg. Dün., Mart 2003, sh. 48 vd.). "*Bâtil olan bir akit bir taraf için geçerli, diğer taraf için geçersiz kabul edilemez.*"

³⁵¹ Yarg. 1. HD, 6.3.2002, 10578/2892 (YKD, 2003/3, sh. 350 vd.). Tasarruf yetkisi bulunmaması, tasarruf işleminin kesin hükümsüz olmasına yol açarsa da, yetkili olmadan bir hakta yapılan tasarrufun sonradan yetki elde edilirse geçerli hale geleceği kabul edilmektedir. Bkz. Nr. 713. Bu durum tasarruf işlemlerinin geçersizliğine ilişkin istisnâî ve özel bir hâldir.

³⁵² Bkz. **Oğuzman**, Şekil Noksantı, 258 vd. Buna karşılık işlemde "yokluk" söz konusu ise, işleme MK m. 2'ye dayanılarak sağlık kazandırılması asla mümkün değildir. Bkz. Yarg. 2. HD, 20.11.1970, 5584/6134 (İBD, 1971/11-12, sh. 1046 vd.)

754 Bu genel esaslar hem yokluk, hem de kesin hükümsüzlük için aynı olduğundan, uygulamada yokluk ve kesin hükümsüzlük (butlan) ayırımına pratik bir önem verilmiyorsa da, evlenme ve ölüme bağlı tasarruflarda butlan farklı esaslara tâbi tutulduğu için, bu işlemlerde yokluk ve butlan ayırımı pratik önem taşımaktadır. Şöyle ki, bâtil evlenmenin hükümsüz kılınması için butlan dâvası açıp mahkemeden butlan kararı almak gerekir. Geçersiz (bâtil) bir evlenme, mahkemenin kesinleşmiş butlan kararına kadar, geçerli bir evlenmenin tüm hükümlerini doğurur (MK m. 156). Bazı hallerde bâtil evlenmedeki sakatlığın düzelmesi imkânı da vardır. Ölüme bağlı tasarruflarda da bâtil tasarrufu hükümsüz kılmak için prensip itibariyle iptal dâvası açılması ve mahkemeden iptal kararı alınması gerekir (MK m. 557 vd.). Görülüyor ki, bu ayrık ve özel sonuçlar, kesin hükümsüzlüğün diğer tüm alanlarda geçerli olan genel sonuçlarından tamamen farklıdır.

755 Diğer yönden, -MK m. 2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağın- dan kaynaklanan istisna bir yana- bir halde geçersiz işlemi bir başka işlem kimliğinde ayakta tutmak mümkün olabilir: Geçersiz işlem kesin olarak hükümsüz ise de, şayet işlem bu haliyle bile ona yakın amaç güden ve fonksiyon gören bir başka işlemin tüm geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve tarafların, asıl işlemin geçersiz olacağını bilselerdi onun yerine bu işlemi yapacakları söylenebiliyorsa geçersiz işlemin, geçerlilik şartları tamam olan bu işleme dönüştürülmesi ve bu şekilde hüküm doğurması kabul edilmektedir. Bu müesseseye “*tahvil*” (*çevirme; Konversion, Umdeutung*) adı verilir³⁵³.

756 Meselâ, hukukumuzda taşınmaz satımı sözleşmesinin tapu memuru tarafından düzenlenecek bir resmî senetle yapılması gerekir (MK m. 706/f. 1, BK m. 213, Tapu K. m. 26). Noterler taşınmaz satışına ilişkin

³⁵³ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Larenz/Wolf**, 813 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 204 vd.; **Brehm**, 196 vd.; **Cornaz**, 80 vd., 119; **Schwarz**, Borçlar Hukuku, 371; **von Tuhr/Peter**, 228-229; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 110 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 609 vd.; **Feyzi-oğlu**, I, 342 vd.; **Kaneti**, Tahvil, 103 vd.; **Eren**, 295-296; JdT 1978 I 342.

resmî senet düzenleyemezler; fakat taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tanzim edebilirler (Noterlik K. m. 60/b. 3). İşte, noterlikte resmî senet düzenlenerek yapılan bir taşınmaz “satım” sözleşmesi, şekle aykırılık sebebiyle geçersizdir; fakat bunu bir taşınmaz satış vaadi olarak geçerli saymak ve işlemi bu şekilde ayakta tutmak mümkündür. Bu takdirde taşınmaz satışı, satış vaadine çevrilmiş olur. Fakat, hemen belirtelim ki, tahvil müessesesi BGB § 140’da açıkça düzenlediği halde, İsviçre ve Türk sisteminde buna benzer açık bir hüküm yoktur. Bu durum karşısında hukukumuzda tahvilin hangi temele dayanacağı tartışma konusudur³⁵⁴.

Dikkat edilmelidir ki, bu halde noterde düzenleme şeklinde yapılan sözleşme, “satım sözleşmesi” olarak her halde geçersizdir. Bu nedenle, burada taşınmaz satımı sözleşmesinin şekline ve şekle uymamanın yarattığı “kesin hükümsüzlük” sonucuna bir istisna bulunmamaktadır. Burada söz konusu olan husus, sadece, satım sözleşmesi olarak kesin hükümsüz durumda bulunan bir sözleşmenin, bir başka sözleşme (satış vaadi) olarak geçerli sayılmasından ibarettir. 757

Bazen de bir hukukî işlemin belirli bir kısmını geçersiz sayıp, geriye kalan kısmını geçerli kabul etmek ve işlemi geriye kalan hükümleriyle ayakta tutmak mümkün olabilir. Buna “*kısmî kesin hükümsüzlük*” (*kısmî butlan, nullité partielle, teilweise Nichtigkeit*) denilir³⁵⁵. Bu durum, hukukî işlemdeki sakatlığın sadece bir kısma özgü olduğu ve işlemi geriye kalan kısmı itibariyle geçerli saymanın tarafların farazî arzusuna uygun düştüğü hallerde söz konusu olabilir. Meselâ, bir sözleşmenin içerdiği şartlardan sadece biri ahlâka aykırı ise BK m. 27/f. 2’ye göre, sadece o şart hükümsüz olup, sözleşme o kayıt bulun-

³⁵⁴ Bu tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, La Nullité, 51 vd.; **Kaneti**, Tahvil, 77 vd., 91 vd. ve özellikle **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 611 vd.

³⁵⁵ **Larenz/Wolf**, 824 vd.; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 242 vd.; **Tandoğan**, La Nullité, 51 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 598 vd.; Yarg. 1. HD, 6.3.2002, 10578/2892 (YKD, 2003/3, sh. 350 vd.)

maksızın geriye kalan kısmı itibariyle geçerli sayılacaktır³⁵⁶. Fakat bu şart olmaksızın taraflarca o sözleşmenin hiç yapılmayacağı anlaşılırsa, sözleşme tamamıyla kesin hükümsüz olarak kabul edilir³⁵⁷.

759 Kısmî kesin hükümsüzlük halinde bazen sözleşmenin geçersiz olan hükmünün yerine bir başka hükmün (ikame hükmün)³⁵⁸ geçirilmesi ve

³⁵⁶ Alman Medenî Kanunu tam aksi çözümü kabul etmiştir. BGB § 139'a göre: "Bir hukukî işlemin bir kısmı kesin hükümsüz olduğu takdirde, bütün hukukî işlem kesin hükümsüzdür; meğer ki, kesin hükümsüz kısım olmadan da işlemin yapılacağı kabul edilebilsin."

³⁵⁷ Bazı hallerde BK m. 27/f. 2'deki esas uygulanmaz. İhlâl edilen emredici kuralın amacı göz önüne alınarak, sadece kanuna aykırı kısmın hükümsüzlüğü ile yetinilir ve sözleşme diğer hükümleriyle geçerli sayılır; tarafların geçersiz sayılan o kısım olmadığı takdirde sözleşmeyi yapıp yapmayacaklarına bakılmaz. Meselâ, bazı mallar için narh (zorunlu fiyat sınırı) koyan hükümler böyledir. Emredici bir kural uyarınca 10.000 TL'den satılması gereken bir mal 15.000 TL'ye satılmışsa, sözleşme tamamen hükümsüz olmayıp, sadece satış bedelinin 10.000 TL'yı aşan kısmı hükümsüz sayılır. Bu halde, tarafların 10.000 TL bedel karşılığında o malın satımını isteyip istemediklerine bakılmaz. Keza, yasama organınca kira bedelinin artış oranının belirli bir yüzde ile sınırlandırıldığı hallerde (BK m. 344), kira sözleşmesinde kararlaştırılan yüksek artış oranının da sadece hukuken belirlenmiş olan sınırı aşan kısmı geçersiz olur. BK m. 27/f. 2 (eBK m. 20/f. 2) uygulanmak istenseydi, kararlaştırılan yüksek bedel olmadıkça ne satım, ne de kira sözleşmesinin yapılmayacağını ve sonuçta akdin tümünün hükümsüzlüğünü kabul etmek gerekecekti ki, bu sonuç, sınırlama öngören kanun hükmünün amacına uygun düşmezdi. Bkz. **Tandoğan**, La Nullité, 182-183; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 244. Nitekim Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesinin 1. fıkrası da bu çözümü açıkça kabul etmiştir. eTTK m. 1466 düzenlemesi de aynı yönde idi. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 607-608. **Tandoğan**, eTTK m. 1466'da (TTK m. 1530/f. 1) getirilen bu çözüme, eBK m. 20/f. 2'nin (BK m. 27/f. 2'nin) dürüstlük kuralı dikkate alınarak uygulanması sayesinde varılabileceği kanaatinde. Bkz. **Tandoğan**, La Nullité, 184 vd.

Yarg. 4. HD. 31.3.1972, 696/2807'de, kanunî haddi aşan bir faizin sadece kanunî haddi aşan kısmı hükümsüz olarak kabul edilmiştir (RKD, 1973, II/2, sh. 84).

Bu konuda diğer bir örnek olarak, sözleşmede kapital faizi ve temerrüt faizi oranının belirlenmesine sınırlama getiren BK m. 88/f.2 ve BK m. 120/f.2 hükümleri gösterilebilir.

³⁵⁸ **Kocayusufpaşaoğlu** bu kavramı ifade için "yedek hüküm" deyimini (bkz. **Koca-**

böylece, kısmî geçersizlik sonucunda oluşan boşluğun doldurulması söz konusu olabilir. Buna, “hüküm ve sonuçları değişikliğe uğramış” anlamında olmak üzere “*değiştirilmiş kısmî hükümsüzlük*” (*modifizierte Teilnichtigkeit*) denilmektedir³⁵⁹. Boşluğu dolduran (ikame) hüküm durumundaki kanun hükmü kimi zaman bir emredici hukuk kuralı, kimi zaman ise tamamlayıcı nitelikte bir yedek hukuk kuralı olarak karşımıza çıkabilir³⁶⁰. Esasen bu durum, anılan kanun hükümlerinin uygulama alanı bulmasından ibarettir ve bir özellik taşımaz. Buna karşılık, boşluğu doldurmaya elverişli -emredici ve tamamlayıcı türden- bir kanun hükmünün mevcut olmadığı hallerde sorun önem taşır. Bu soruna yönelik olarak BK m. 27/f. 2’de bir açıklık bulunmamaktadır. Fakat özellikle İsviçre doktrininde savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesince de kabul edilen bir görüşe göre, bu durumda hâkim, tarafların geçersiz kalan bölümün yerine bir başka çözüm üzerinde uyuşacakları sonucuna varabiliyorsa, onların bu ortak ve farazî iradelerine³⁶¹ dayanan bir hükmü formüle edip, sözleşmedeki boşluğu bu hükümle doldurmalıdır³⁶².

yusufpaşaoğlu, Hükümsüzlük, 25), *Başpınar* ise “*ikame hüküm*” deyimini (bkz. *Başpınar*, Kısmî Butlan, 152 vd.) kullanmaktadır. Bizce, “*yedek hukuk kuralı*” kavramıyla karıştırılmaya müsait “*yedek hüküm*” deyimini yerine, müessesenin niteliğine de uygun düşen “*ikame hüküm*” ibaresi tercih edilmelidir.

³⁵⁹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Hürlimann*, 74, 110; *Gulh/Koller*, 45 vd.; *Keller/Schöbi*, 150; *Tandoğan*, La Nullité, 95; *Kocayusufpaşaoğlu*, Hükümsüzlük, 26 vd. (yazar, bu eserinde “*değişik kısmî hükümsüzlük*” deyimini kullanmakta idi; fakat daha sonraları “*içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük*” deyimini tercih etmiştir; bkz. *Borçlar Hukuku*, 602); *Başpınar*, Kısmî Butlan, 152 vd. (yazar, “*değiştirilmiş kısmî butlan*” deyimini kullanmaktadır); karş. *Schwenzer*, 257; *Eren*, 339.

³⁶⁰ *Kocayusufpaşaoğlu*, Hükümsüzlük, 29-30 ve *Borçlar Hukuku*, 602-603; *Başpınar*, Kısmî Butlan, 155 vd.; BGE 96 II 129.

³⁶¹ Anılan farazî-ortak iradenin nasıl ve hangi kriterlere göre tespit edilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler ve önerilen esaslar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, Hükümsüzlük, 26-27 ve *Borçlar Hukuku*, 598 vd., 603.

³⁶² Bkz. *Hürlimann*, 75 vd.; *Gulh/Koller*, 45-46; *Keller/Schöbi*, 150; *Kocayusuf-*

760 Doktrinde, sözleşmedeki bir hükmün geçersiz olması (kısımî butlan) halinde, geriye kalan ve geçerliliğini koruyan hükümlerden bazılarının da o (geçersiz sayılan) hüküm olmaksızın taraflarca kabul edilmeyeceğinin söylenebildiği hallerde, geçersiz hükümle birlikte bu tarz hükümlerin de geçersiz sayılacağı ve sözleşmenin, bu tür hükümlerden de arınmış olarak, geriye kalan içeriğiyle varlığını muhafaza edeceği kabul edilmektedir. Mamafih, “*genişletilmiş kısımî hükümsüzlük*” (*erweiterte Teilnichtigkeit*) olarak adlandırılan bu hâl, kanunda açıkça düzenlenmiş değildir³⁶³.

c) İptal Edilebilirlik:

761 Bu tarz hükümsüzlük hali, çeşitli görünümelerde ortaya çıkmaktadır. Bunların ortak yanları, sakat işlemin tam olarak hükümsüz hale gelmesi için, ihlâl edilen geçerlilik şartı ile korunan tarafa bir iptal hakkı tanınmış olmasıdır. Buradaki iptal hakkı, niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanılması ile, işlem kesin olarak hükümsüz hale gelir³⁶⁴.

762 “İptal edilebilirlik” başlığı altında topladığımız bu hükümsüzlük hallerinin bir kısmında iptal hakkı sahibi işlemle başlangıçtan beri bağlı değildir. Fakat kanunda öngörülen süre içinde hakkını kullanmazsa

paşaoğlu, Hükümsüzlük, 26 vd. ve Borçlar Hukuku, 603; **Başpınar**, Kısımî Butlan, 161 vd.; BGE 107 II 218.

³⁶³ Bkz. **Hürlimann**, 74, 90, 110; **Tandoğan**, La Nullité, 95; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hükümsüzlük, 32-33 ve Borçlar Hukuku, 604; **Başpınar**, Kısımî Butlan, 172 vd.

³⁶⁴ Geçerlilik şartı gerçekleşmediği için bir hukukî muamelenin irade beyanıyla hükümsüzleştirilmesi anlamına gelen “*iptal*”, bu yönü ile, geçerli bir hukukî işlemi geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırma anlamını taşıyan *dönme*’den (meselâ, BK m. 125/f. 1, 2) ve geçerli bir hukukî ilişkiyi ilerisi için sona erdiren *fesih*’ten (meselâ, BK m. 126, 315, 328, 431 vd.) ayrılır. Ne var ki, eski Borçlar Kanununda bu terim farkı hiç gözetilmemiş ve kavramlar gayet özensiz biçimde, rastgele kullanılmıştı. Yeni Türk Borçlar Kanununun bu konuda başarılı olduğu söylenebilir.

veya henüz süre bitmeden iptal hakkından feragat ederse (işleme onay verirse) söz konusu işlem artık baştan itibaren geçerli hale gelir. Bu sebeptendir ki, iptal edilebilirlik hallerinin bu grubunda bir “düzelebilir hükümsüzlük” söz konusu olur. Buna karşılık, süresi içinde iptal hakkı kullanılırsa, işlem yapıldığı andan itibaren kesin olarak hükümsüz hale gelir ve artık hâkim, bu hükümsüzlüğü re’sen dikkate alabilir. Fakat iptal hakkı henüz kullanılmamışsa, hâkim hükümsüzlüğü re’sen nazara alamaz; çünkü bu halde halen “iptal edilebilirlik” durumu devam etmektedir ve işlemin geçerlilik kazanması ihtimâli hâlâ mevcuttur.

İptal hakkı kural olarak karşı tarafa yöneltilen tek taraflı bir beyanla kullanılır; dâva açılması gerekmez. 763

Bir sözleşmede bir tarafın irade beyanının, *hata (yanılma)*, *hile (aldatma)* veya *ikrah (korkutma)* sebebiyle sakat olması halinde bir düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur (BK m. 39). Kanun iptal hakkının kullanılması için, hata veya hilenin anlaşılmasından, yahut korkunun kalkmasından itibaren bir yıllık bir süre tanımaktadır. İrade beyanı sakat olan ve bu yüzden iptal hakkına sahip bulunan taraf, bu süre içinde iptal hakkını kullanırsa, sözleşme baştan itibaren kesin olarak hükümsüzleşir; süreyi geçirirse veya iptal hakkından feragat ederse sözleşme artık kurulduğu andan itibaren geçerli hale gelir³⁶⁵. 764

³⁶⁵ İrade sakatlıklarında da sözleşmenin kurulduğu andaki geçerlilik durumu ve tâbi olduğu statü tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sözleşme iradesi sakatlanan taraf için hükümsüz, karşı taraf için geçerlidir. BGB § 142’de benimsenen, İsviçre doktrininde de hâkim olan bir diğer görüşe göre, irade sakatlığı halinde sözleşme baştan itibaren her iki taraf için de geçerlidir ve hüküm doğurur; fakat iptal hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili biçimde ve kesin olarak hükümsüz hale gelir. Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, sözleşme her iki taraf için de hükümsüzdür; fakat bu düzelebilir bir hükümsüzlüktür: İptal hakkı süresi içinde kullanılırsa bu hükümsüzlük kesinleşir; kullanılmazsa sözleşme baştan itibaren her iki taraf için de geçerli hale gelir. Bu görüşlerin sistematik izahı için bkz. Peter **Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Auflage, Zürich 2014, Nr. 890 vd.; **Eren**, 409 vd. ve özellikle **Kocayusufpaşaoğlu**, 428 vd.

765 İptal edilebilirlik hallerinin diğer bir grubu, “*bozulabilir geçerlilik*” yaratan durumlardır. Bu halde geçerlilik şartının eksikliğine rağmen hukukî işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurur³⁶⁶. Fakat iptal hakkı sahibi isterse bu hakkını kullanarak işlemi baştan beri (geçmişe etkili biçimde) hükümsüzleştirebilir. İptal hakkı süresi içinde kullanılmak gerekir. Aksi halde süre geçince iptal hakkı sona erer ve artık işlemi bu sebeple hükümsüz kılma imkânı ortadan kalkar. Bir sözleşmede bir tarafın gabine (aşırı yararlanmaya) maruz kalması halinde BK m. 28 kendisine böyle bir iptal hakkı tanımaktadır³⁶⁷.

³⁶⁶ Gabin durumunda sözleşmenin kurulduğu anda geçerli olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, irade sakatlıklarından farklı olarak gabinde sözleşme kurulduğu anda geçerlidir; kanun sadece sömürüye maruz kalana (şartları mevcutsa, edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı bir yana) bir iptal hakkı tanımakta ve sözleşme ancak bu iptal hakkının kullanılması üzerine geçmişe etkili biçimde kesin hükümsüz hale gelmektedir. Bu haliyle gabinin söz konusu olduğu bir sözleşme, “*bozulabilir geçerlilik*” statüsüne tâbi sayılmalıdır. Bkz. bu görüşte: **Oğuzman/Öz**, I, 138; **Dural/Sarı**, 226-227; **Sarı**, Gabin, 1031, 1033; **Okumuş**, 165.

Buna karşılık diğer görüşe göre, gabin halinde de sözleşmenin geçerlilik statüsü, aynen irade sakatlıklarında olduğu “*düzelebilir hükümsüzlük*” tür ve bu noktada gabin ile irade sakatlıkları arasında bir farklılık yaratılamaz. Bkz. bu görüşte: **Bucher**, Allgemeiner Teil, 234; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 21, Nr. 47; **Eren**, 422; **Kalkan**, 142 ve özellikle **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 493.

³⁶⁷ Gabin halinde sözleşmenin tümünün iptal edilmesi yerine, sadece gabine yol açan sözleşme hükmünün (meselâ, kira sözleşmesinde fâhiş kira bedeline ilişkin sözleşme maddesinin) iptale tâbi tutulmasının (yani, eBK m. 20/f. 2’ye kıyasen, bir “kısmî iptal”in) mümkün olup olmadığı konusunda eski Borçlar Kanununda bir açıklık yoktu. Oysa bazı hallerde, bu anlamda kısmî iptal, sömürüye maruz kalan açısından –sözleşmeyi bir bütün olarak iptal etmeye oranla– daha yararlı olabilirdi ve bu sebeple gabinde kısmî iptale imkân tanımak gerekiyordu. Bu konudaki haklı gerekçeler ve hukukî dayanaklar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 495 ve orada dn. 57’de anılan yazarlar. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi I. Dairesi *Tonwerke Thayngen AG-Fussballclub Lohn* davasında verdiği 26.06.1997 tarihli kararda (BGE 123 III 292) bunu açıkça kabul etmiştir. Bu kararın detaylı analizi için bkz. **Buz**, Gabin, 53 vd.

Buna karşılık, yeni Borçlar Kanununda kısmî iptale imkân tanınmış ve sömürüye

İptal edilebilirlik kavramı, evlenmede ve ölüme bağlı tasarruflarda 766 özellik arz eder. Evlenmede, süresi içinde dâva açılması ve iptal hakkının beyanla değil, dâva yoluyla kullanılması gerekir. İptal edilebilir durumdaki bir evlenme, iptale ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçerli bir evlenme imiş gibi hüküm ifade eder. Mahkemenin iptal kararı da geçmişe etkili değildir. Ölüme bağlı tasarruflarda da iptal hakkı süresi içinde dâva yolu ile kullanılır. İptale ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi ile, ölüme bağlı tasarruf -evlenmenin iptalinden farklı olarak- başlangıçtan beri hükümsüz hale gelir.

d) Noksanlık:

Kurucu unsurları tamam olan bir hukukî işlemin hüküm ifade edebilmesi için bir unsurla tamamlanması gereken hallerde “noksanlık” 767 söz konusu olur. Bu durumda işlem askıdadır: Ya tamamlayıcı unsur gerçekleşecek ve işlem hüküm ifade edecektir; ya da bu unsurun gerçekleşmeyeceği kesin olarak belli olacak ve işlem tamamen hükümsüzleşecektir³⁶⁸.

Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesiyle işlemin geçmişe etkili biçimde, başlangıçtan itibaren hüküm doğurup doğurmayacağı, söz konusu unsurun niteliğine bağlıdır³⁶⁹. Sonradan gerçekleşen unsur, başlangıçtaki bir eksikliği gideriyorsa, unsurun gerçekleşmesi ile hukukî işlemin başlangıçtan beri hüküm doğuracağı kabul edilmekte-

uğrayan kişinin dilerse “...sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini...” isteyebileceği hükme bağlanmıştır (BK m. 28/f. 1). Bu düzenleme isabetli ve yerindedir. Bkz. **Barlas**, Gabin, 375.

³⁶⁸ **von Tuhr/Peter**, 224; **Schwarz**, Borçlar Hukuku, 367; **Eren**, 333; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 381.

³⁶⁹ Geçmişe etkinin kanun hükmüne dayanması gerektiği belirtilmekte (**von Tuhr/Peter**, 153) ise de, kanunda hüküm bulunmayan hallerde sonradan gerçekleşen unsurun niteliğine dayanarak da aynı sonuca varılabilmektedir (bkz. **von Tuhr/Peter**, 153, dn. 71). Ayrıca bkz. ve karşı. **Nomer**, 97 vd.

dir. Meselâ, ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlıların, kanunî temsilcinin iznine bağlı bir işlemi izin almadan yapmaları halinde, kanunî temsilcinin işleme sonradan onay vermesi veya bir kimsenin yetkisiz olarak başkası adına işlem yapması (yetkisiz temsil) durumunda, sözde temsil olunanın işleme onay (icazet) vermesi halinde durum böyledir. Şöyle ki:

- 769 Ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlıların kanunî temsilcilerinin iznini almadan yaptıkları borçlandırıcı hukukî işlemler, kanunî temsilcinin onay vermesi ile tamamlanabilir (MK m. 343, 451). Onay verilip verilmeyeceğinin henüz belli olmadığı devrede işlemde noksanlık vardır ve hâkim bu noksanlığı re'sen nazara almak zorundadır³⁷⁰. Bu halde küçük veya kısıtlı ile işlem yapan taraf, gereken onayı vermesi için kanunî temsilciye uygun bir süre tanır. Daha önce veya tanınan süre içinde kanunî temsilci işleme onay verirse, hukukî işlem baştan itibaren tam anlamıyla geçerli bir işlem olarak hüküm ifade eder³⁷¹. Kanunî temsilci işleme onay vermeyeceğini baştan beyan eder veya tanınan sürede gerekli onayı vermezse işlem baştan itibaren kesin olarak hükümsüzdür; artık karşı taraf da işlemle bağlı olmaktan kurtulur.
- 770 Yetkisiz bir temsilcinin yaptığı hukukî işlemlerde de durum benzerlik arz eder. Sözde temsil olunan kişi işleme onay verirse, işlem baştan itibaren hüküm ifade eder; onay vermezse, işlem baştan itibaren kesin olarak hükümsüz hale gelir³⁷².
- 771 Keza, aile hukukunda, diğer eşin rızasına bağlı bulunan işlemlerde (MK m. 194/f. 1; MK m. 199/f. 1; MK m. 223/f. 2), eşin rızası "izin"

³⁷⁰ Güral, 147; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 98.

³⁷¹ von Tuhr/Peter, 211; Eren, 333; Hatemi, Kişiler Hukuku, 74; Arpacı, 59, 61; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 98-99; Dural/Öğüz, 89-90.

³⁷² von Tuhr/Peter, 401; Oğuzman/Öz, I, 242-243; Feyzioğlu, I, 433; Eren, 455, 457; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 721 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 201. Ayrıca bkz. Nr. 718.

tarzında baştan alınmadığı takdirde işlemde noksanlık vardır: Diğer eş, işleme onay verirse işlem, yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelecek ve hüküm ifade edecek; onay verilmediği takdirde ise işlem başlangıçtan itibaren kesin olarak hükümsüzleşecektir³⁷³.

Resmî bir makamın fiili ile tamamlanan hukukî işlemlerde, bu fiil gerçekleşinceye kadar işlem hüküm ifade etmez. Resmî makamın fiilinin gerçekleşmeyeceği anlaşılınca işlem kesin olarak hükümsüzleşir. Buna karşılık, söz konusu fiille noksanlık tamamlandığında işlem geçerli hale gelir. Bu durumda işlemin başlangıçtan itibaren mi, yoksa resmî makamın fiilinden itibaren mi hüküm ifade edeceği, her somut işlem açısından ayrıca değerlendirilmek gerekir. 771a

Geciktirici şarta bağlı hukukî işlemler, şartın gerçekleşmesinden itibaren hüküm ifade eder. Buna karşılık, şart gerçekleşmezse, şartın gerçekleşmediğinin/gerçekleşmeyeceğinin kesinlik kazandığı anda artık işlem kesin olarak hükümsüzleşir. 772

Ölüme bağlı tasarruflar, hükümlerini ancak tasarrufu yapanın ölümü üzerine doğururlar; tasarrufta bulunan hayatta iken herhangi bir hüküm ifade etmezler. 773

e) Nisbî Etkisizlik:

Bir tasarruf işlemi ile meydana gelen değişikliğin bazı sebeplerle, bazı kimselere karşı ileri sürülememesi, başka deyişle, değişikliğin onlara karşı etkili olmaması halinde nisbî bir etkisizlikten söz edilir. Nisbî etkisizlik, kesin etkisizlik olabileceği gibi, düzelebilir bir etkisizlik de olabilir. 774

³⁷³ Bu konuda bkz. **Barlas**, İşlem Özgürlüğü, 128-129, 137, 139; **Gümüş**, 83 vd.

Buna karşılık, BK m. 584'te kefalet sözleşmesinin geçerliliği için aranan "eşin yazılı izni" bakımından durum farklıdır; bu halde söz konusu izin alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmesi "noksan" değil, "kesin hükümsüz" durumdadır. Bkz. Nr. 720, 751. BK m. 584'e eklenen yeni fıkra için bkz. Nr. 203.

- 775 Meselâ, bir alacak devredilince, bu devir (temlik) olgusu borçluya bildirilmemişse, bu temlik tamamen geçerli bir işlem olmasına rağmen, temlikten haberi olmayan iyiniyetli borçluya etki yapmaz. Borçlunun eski alacaklıya (alacağını devretmiş olana) yapacağı ifa, onu borcundan kurtarır³⁷⁴. Temlikin borçluya karşı ileri sürülebilmesi için, bunun borçluya bildirilmesi gerekir (BK m. 186).
- 776 Müflisin iflâs masasına giren malları üzerindeki hukukî tasarruflarının onun alacaklılarına karşı hüküm ifade etmemesi (İc. İf. K. m. 191) de böyledir.
- 777 Eski MK m. 690'a göre bir taşınır malın mülkiyetinin "hükmen teslim" adı verilen tarzda (malın mülkiyeti başkasına devredildiği halde, devreden özel bir hukukî sebebe dayanarak mal üzerindeki zilyetliğini devam ettirmesi şeklinde) devri, üçüncü kişilere zarar vermek veya rehin hükümlerini ihlâl etmek amacıyla yapılırsa, taraflar için iç ilişkide mülkiyet değişikliği gerçekleştiği halde, bu mülkiyet değişikliği üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemezdi. Bu durum, nisbî etkisizliğin tipik bir örneği idi³⁷⁵.

II. HAKLARIN KAZANILMA (İKTİSAP) TARZI

1- Aslen İktisap

- 778 Bir hakkın doğrudan doğruya, ilk sahibi olarak kazanılmasına *hakkın aslen iktisabı* denilir. Aslen iktisapta hak, iktisap edildiği anda doğmaktadır. Bir kimsenin aslen hak kazanması ânında, başka birinin hakkının sona ermekte olup olmaması önem taşımaz. Denizden balık

³⁷⁴ MK m. 979'da da benzer bir durum vardır.

³⁷⁵ Bu hükmün yerini alan yeni MK m. 766'da ise daha farklı bir ifade kullanılmış ve bu halde mülkiyet devrinin sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. Hükmün bu kesin ve mutlak ifadesi karşısında artık nisbî etkisizlik yaptırımının hâlâ geçerli olduğunu savunmak çok güçtür. Bu bakımdan, **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 750, dn. 51'de yer alan aynı yöndeki tespit isabetlidir. Buradaki hukukî durumun "kesin hükümsüzlük" olarak adlandırılması gerekir.

tutan balıkçı, tuttuğu balık üzerinde mülkiyet hakkını aslen kazandığı gibi, başkasına ait bir malda zamanaşımı ile mülkiyet hakkını kazanan kimsenin bu iktisabı da aslen iktisaptır³⁷⁶. Zira zamanaşımı ile kazanılan mülkiyet (MK m. 712, 713, 777) mâlikin sona eren mülkiyet hakkından bağımsız, yeni bir mülkiyettir ve bu mülkiyet hakkının ilk sahibi zamanaşımı ile iktisapta bulunan kişidir.

Aslen iktisap, ya bir hukukî olay, ya da iktisap edenin fiili sonucunda gerçekleşir. Bir kimsenin, sahihsiz bir malın mülkiyetini iktisap etmesi, taşınırlarda *sahiplenme* (ihraz), taşınmazlarda ise *işgal* adı verilen fiillerle olur (MK m. 767, 707). Kanunda öngörülen şartlarla, belirli bir zamanın geçmesi ile de bir kimse mülkiyet hakkını kazanabilir (MK m. 712, 713, 777). Buna “*kazandırıcı zamanaşımı*” denilir. İşleme, karışma, birleşme hallerinde (MK m. 775, 776) de mülkiyetin kazanılması iktisap edenin iradesi rol oynamaksızın, kanun gereği (ipso iure) kendiliğinden meydana gelir. 779

2- Devren İktisap

Bir hakkın bir kişiden diğerine geçmesi halinde, yeni hak sahibinin hakkı kazanma tarzı *devren iktisaptır*. Balıkçının tuttuğu ve mülkiyetini aslen kazandığı bir kasa balığı bir başkasına satıp, mülkiyeti ona geçirmesi halinde, alıcı, balıkların mülkiyetini devren kazanmış olur. 780

“Devren iktisap” deyimi kimi zaman “hakkın intikali” kavramı ile eş tutuluyorsa da bu yaklaşım doğru değildir; bu nedenle “devren iktisap” deyimini sadece iradeye dayanan intikal halleri için; “intikal” deyimini ise iradeye dayanmayan halleri de kapsayacak şekilde daha geniş olarak kullanmak isabetli olur. 781

Devren iktisapta hakkı devreden kişi hakka hangi haliyle sahipse, devralan da hakkı o haliyle (aynı statüyle) elde etmiş olur. 782

³⁷⁶ Bkz. Ertaş, 266; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 764; Hatemi/Serozan/Arpacı, 601; Gürsoy/Eren/Cansel, 519.

- 783 Bir kimsenin sahip olduğu hakların bir başka kişiye devri, o hak için öngörülmüş bulunan devir işleminin yapılması ile gerçekleşir³⁷⁷. Buna *cüz'î intikal* adı verilir ve yeni hak sahibi hakkı devredenin *cüz'î halefi* olur.
- 784 Fakat kanunun öngördüğü bazı hallerde³⁷⁸ bir kişinin sahip olduğu malvarlığı, aktifi ve pasifi ile bir bütün (kül) olarak bir başka kişiye geçer. Buna *küllî intikal* ve böyle bir intikalden yararlanan kimseye de *küllî halef* adı verilir. Küllî halefiyetin özelliği, intikal eden malvarlığındaki hakların yeni hak sahibine geçmesi için her bir hak açısından ayrı ayrı devir işlemleri yapılmasının söz konusu olmaması; bütün hakların küllî halefiyeti sağlayan sebebin gerçekleşmesi ile birlikte bir bütün halinde, topluca küllî halefe geçmesi ve haklarla birlikte malvarlığında yer alan borçlar da devralana geçtiğinden, küllî halefin bu borçlardan sorumlu olmasıdır. Küllî halefiyetin en önemli ve tipik örneği³⁷⁹, ölen bir kişinin bıraktığı malvarlığının (terekesinin) ölüm ânında kendiliğinden tüm aktif ve pasifiyle birlikte mirasçılara geçmesidir³⁸⁰.
- 785 Küllî intikal, öngörülmüş olduğu her hâl için kendi özel esaslarına tâbidir.

³⁷⁷ Hakkın devri hususunda gerekli işlem, taşınır mülkiyetinin devri için mülkiyeti geçirme iradesiyle *zilyedliğin nakli*; taşınmaz mülkiyetinin devri için geçerli bir borçlandırıncı işleme dayanılarak yapılacak *tescil*; alacak hakkının devri için ise, *alacağın temlik* işlemidir.

³⁷⁸ Küllî intikali kanunun öngörmesinin şart olduğu hususunda bkz. **Piotet**, 12.

³⁷⁹ Ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde de küllî halefiyet cereyan eder (TTK m. 153).

Buna karşılık BK m. 202'de (eBK m. 179'da) düzenlenen, bir malvarlığı veya işletmenin tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devralınması halinde küllî intikal durumunun söz konusu olmadığı, bu halde malvarlığındaki her mal ve hak için ayrı devir işlemlerinin yapılmasının gerekli olduğu ileri sürülmekteydi. Bkz. **Saymen**, 258; **Ataay**, 403; **Özsunay**, 286. Fakat yeni TTK m. 11/f. 3'ün açık metni karşısında artık bu görüşün savunulması mümkün değildir.

³⁸⁰ Bu konuda bkz. **Oğuzman**, Miras Hukuku, 6-7; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 41 vd.; **İmre/Erman**, 10 vd.; **Dural/Öz**, 12 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, 73 vd.

Cüz'î intikal ise, çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir ve eski hak sahibinin hakkının yeni hak sahibine geçmesini sağlayan herhangi bir devir işlemi ile gerçekleşir. 786

3- Tesisen İktisap

Bir kimse, sahip olduğu bir hakkı devretmeyip, bu hakka dayanarak bir başkasına yeni bir hak sağlarsa, bu yeni hak *tesisen iktisap* edilmiş olur. Mâlikten aynı eşya üzerinde bir sınırlı aynı hak kazanan kimşenin kazanımı bu tarzdadır. Meselâ, (A)'nın, mülkiyeti kendisine ait bir taşınmaz üzerinde (B)'ye bir geçit irtifakı tanınması, tapu sicilinde (B) lehine bu irtifakı tesis etmesi ile olur. Bu halde (B) geçit irtifakını tesisen iktisap eder. Çünkü (B) irtifak hakkını kazanırken, (A) mülkiyet hakkını korumaktadır. Ama bu irtifak devredilebilir nitelikte olup da (B) irtifak hakkını daha sonra (C)'ye devrederse, (C)'nin (B)'den irtifak hakkını kazanması, devren iktisap yoluyla gerçekleşir. 787

Bir kimseye bir hukukî işlem (meselâ, bir sözleşme) ile alacak hakkı kazandırılması da kurgu bakımından tesisen iktisaba benzer. Fakat burada kazandırılan alacak, bir hakka dayanılarak değil, genel hukukî işlem ehliyetine dayanılarak tesis edilmiş olmaktadır. 788

Tesisen iktisap için de, hakkın tesisini sağlayan işlemin yapılması gerekir. Hakkın devredilmesinde olduğu gibi, bir hakka dayanarak yeni bir hak tesisi için de işlemi yapacak kişide tasarruf yetkisinin bulunması aranır. 789

III. HAKLARIN KAYBEDİLİŞ TARZI

Hakların kaybedilişini iki grupta toplamak mümkündür: 790

Bir hak, bir kişiden diğerine geçtiği zaman, yeni hak sahibi hakkı iktisap ederken, eski hak sahibi de hakkını kaybetmektedir. Bu hallerde hakkın *nisbî kaybı* söz konusu olur. Bir hakkın intikalinde, devren iktisap, intikal olayının hakkı devralan açısından görünüşünü; nisbî 791

kayıp ise hakkı devreden açısından görünüşünü ifade eder. Şu halde, hakların devren iktisabına yol açan olaylar ve hukukî işlemler, hakkın eski sahibi açısından hakkı kaybettirici rol oynarlar.

792 Bir hakkın kaybı, hakkın tamamen ortadan kalkması tarzında olursa, buna hakkın *mutlak kaybı* denilir. Hakların mutlak kaybı, hukukî olay, hukukî fiil veya hukukî işlem sonucunda olur. Bir borcun sona ermesi, o borca ait alacak hakkının kaybı demektir. Bir malın telef olması (meselâ, tamamen yanması) veya özel mülkiyet konusu olmaktan çıkması (kamulaştırılması) onun üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirir. Bir haktan feragat edilmesi de hakkı sona erdirir³⁸¹. Bir kimsenin ölümü,

³⁸¹ Mülkiyet hakkından feragat malikin fiili ile olur ve “terk” adını taşır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir**, Eşya Hukuku, 461 vd., 764; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 555 vd., 690.

Bir alacak hakkından alacaklı tarafından tek taraflı olarak feragat edilemez. Bkz. **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Nr. 3118; **von Tuhr/Escher**, 173-174; **Oğuzman/Öz**, I, 544-545; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 986; **Gümüş**, İbra, 68. Şayet alacaklı hakkından vazgeçmek istiyorsa bunu borçluya kabul ettirmek zorundadır. Borçlu alacaklının bu teklifini kabul etmek zorunda değildir; ama kabul ederse ortaya bir “sözleşme” çıkar ve bu sözleşme “ibra” adını taşır. Aynı zamanda bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan ibra kavramı hakkında bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, 398 vd.; **Oğuzman/Öz**, I, 542 vd.; **Eren**, 1270 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 985 vd.; **Fezioğlu**, II, 424 vd.; **Gümüş**, İbra, 17 vd.

Yeri gelmişken, ibra kavramı hakkında kısaca bilgi vermek ve benzeri kavramlardan farkını ortaya koymak isteriz:

İbra, borçlunun mevcut ve geçerli olan borcunu ifa etmeksizin ifa yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtarılmasını amaçlayan ve alacaklı ile borçlu arasında yapılan, tasarrufî işlem niteliğinde bir sözleşmedir. İbra, borçlu açısından bir “*kazandırıcı işlem*” durumunda iken, alacaklı açısından hakkı sona erdirici bir muamele olmakla “*tasarruf işlemi*” niteliğindedir. İbra halinde borç ferfleriyle birlikte sona erer; artık ifası talep olunamaz; borçlu tarafından hataen ifa edilirse borçlu bu ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri isteyebilir.

İbra, muhtemelen iktibas sırasında unutulduğu için, eski Borçlar Kanununda yer almamıştı. Yeni Borçlar Kanunu ise, tek cümle ile ve sadece şekil açısından da olsa ibraya yer vermiştir (BK m. 132).

onun kişiliğine bağlı hakların mutlak biçimde sona ermesine yol açar.

Alacaklının borçluya yönelik olarak yaptığı “*Alacağımdan feragat ediyorum, borcunuz kalmamıştır*” şeklindeki beyanı sadece ibra sözleşmesine yönelik bir *icap* teşkil eder; bunun ötesinde bir anlamı, özellikle borcu sona erdirici etkisi yoktur. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, **alacaklı alacak hakkından tek taraflı olarak “feragat” edemez**. Bu kural, “*hiç kimse kendisine yapılan bir bağışlamayı kabul etmek zorunda değildir*” prensibinin doğal bir uzantısıdır. Feragat, ancak aynı haklar ve yenilik doğuran haklar için söz konusu olabilir. Feragatin oluşumu ve sonuç doğurabilmesi için sadece hak sahibinin iradesi yeterli olduğundan, feragat tek taraflı bir hukukî işlem niteliğindedir. Oysa ibra aynı zamanda tasarruf işlemi niteliğini taşıyan bir “sözleşme”dir. Bu bakımdan, bir “alacak hakkı” alacaklı tarafından tek taraflı beyanla sona erdirilemez; bunun için borçlunun da rızası gerekir ki bu takdirde işlem bir ibra sözleşmesi halini alır. İbra ile feragat arasındaki farklar için bkz. **Gümüş**, İbra, 68 vd.

Şayet taraflar, aralarında mevcut somut bir uyuşmazlığı karşılıklı fedakârlıkta bulunarak ve taleplerinden kısmen vazgeçerek iradî biçimde çözerlerse, ortada ibra değil, bir “**sulh sözleşmesi**” mevcuttur. Özellikle, varlığı kuşkulu veya miktarı belirsiz ve tartışmalı alacaklar bakımından uygulamada başvurulan sulh sözleşmesinde borçlu belirli bir miktar ödemede bulunarak, yargı organınca hükmedilebilecek daha yüksek bir meblağı ödeme riskinden kurtulmayı; alacaklı da varlığı veya miktarı tartışmalı bu alacağı yargı yoluyla hiç elde edememe veya çok geç elde etme riskini savuşturup iddia ettiğiinden daha az bir rakama şimdiden kavuşmayı amaçlar. Sulh sözleşmesi hem bir *borçlandırıcı işlem*, hem de bir *tasarruf işlemi* niteliğindedir. Sulh sözleşmesi yargılamadan önce yapılırsa salt bir borçlar hukuku işlemidir ve “*yargılama dışı sulh sözleşmesi*” olarak adlandırılır. Buna karşılık yargılama esnasında yapılırsa, maddî hukuk yönü de bulunan ve yargılamaya son veren bir usûl hukuku işlemi olarak ortaya çıkar ve “*kazaî sulh*” olarak anılır. Somut olayda taraflar belirli bir meblâğ üzerinde mutabık kalarak aralarındaki uyuşmazlığı halletmişler; borçlu kararlaştırılan meblâğı ödemiş ve alacaklı da başkaca bir alacağı kalmadığını beyan ederek makbuz vermişse bu halde makbuz bir “*sulh sözleşmesi*” niteliğini taşır. Keza, tarafların ödenecek *tazminatın miktarını* anlaşarak belirlemeleri halinde bu anlaşmanın bir “sulh sözleşmesi” niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Sulh sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda özel olarak düzenlenmediğinden, haliyle, BK m. 12/f. 1’deki genel kurala uygun biçimde, geçerliliği herhangi bir şekil şartına tâbi değildir (**Yavuz/Özen/Acar**, 32; **Turanboy**, 44); bu nedenle, sulh sözleşmesinin sözlü olarak veya zımnen akdedilmesi de mümkün ve geçerlidir. Sulh sözleşmesine konu olan uyuşmazlığın temeli taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisi olsa dahi, sulh sözleşme-

- 793 Belirli bir zaman parçasının geçmiş olması da bazı hallerde hakların mutlak biçimde kaybedilmesine yol açan önemli bir olaydır³⁸².
- 794 Bir kimse kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet hakkını kazanınca, eski mâlik mülkiyet hakkını kaybetmektedir. Fakat burada mülkiyet hakkının kaybı, doğrudan doğruya zamanın geçmesinden değil, başka bir kişinin zamanın geçmesinden yararlanarak belirli şartların gerçekleşmiş olmasının da katkısıyla yeni bir hak kazanmasından kaynaklanmaktadır³⁸³.

si, “temel borç ilişkisi” niteliğindeki sözleşmeden tamamen ayrı ve bağımsız bir sözleşmedir. Sulh sözleşmesi yapılmasıyla artık taraflar arasında temel sözleşme ilişkisinden kaynaklanan ve uyumsuzluğa yol açan talep hakları son bulur ve ilişkiye artık sulh sözleşmesi hükümleri hâkim olur (Yarg. 19. HD, 06.10.2011, E. 2011/12867, K. 2011/12026; Yarg. 9. HD, 13.05.2010, E. 2010/ 11132, K. 2010/13161; Yarg. 9. HD, 24.03.2008, E. 2008/9306, K. 2008/5747; Yarg. 11. HD, 01.05.2006, E. 2005/4953, K. 2006/4980 - kararlar için bkz. Kazancı). Sulh sözleşmesi yargılama dışında yapılmış olsa dahi tarafları ve mahkemeyi bağlar (Yarg. 9. HD, 24.03.2008, E. 2008/9306, K. 2008/5747 - Kazancı); bu yüzden ki taraflardan birinin sulh sözleşmesinden keyfi bir biçimde, tek taraflı olarak dönmesi mümkün değildir (Yarg. 19. HD, 06.10.2011, E. 2011/12867, K. 2011/12026 - Kazancı). Sulh sözleşmesinin konusu, temel sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluğun sona erdirilmesi olduğundan, sulh sözleşmesi çoğu zaman *ibra* ve *feragat* müesseseleriyle birlikte bulunur; fakat bu zorunlu değildir. Keza, sulh sözleşmesi içeriğinde BK m. 133 anlamında *yenileme* (tecdit) müessesesine de yer verilmiş olabilir (Turanboy, 45).

Taraflar münferit bir borcun değil, bir *borç ilişkisinin*, meselâ bir sözleşmenin *tümüyle sona erdirilmesinde* mutabık kalmışlarsa artık burada bir *ibra* değil, bir “*ikale sözleşmesi*” söz konusu olur. Bu konuda bkz. Gümüş, İbra, 41 vd.

- ³⁸² Bazen zamanın geçmesi hakka etki yapmaz; sadece süresi içinde görevini yapmayan kamu görevlisi hakkında disiplin cezası uygulanmasına yol açabilir. Zira, kanunlarda öngörülen bazı süreler, işlerin zamanında görülmesini sağlamak amacıyla sadece bir düzen hükmü olarak konulmuştur. Meselâ, eski MK m. 532/f. 2’de terekenin defterinin tutulması işleminin tamamlanması için öngörülen 1 aylık süre böyledi. Yeni MK m. 590’da bu tarz bir süre sınırı konulmamış; sadece f. 2’de defter tutma işleminin gecikmeksizin tamamlanacağı belirtilmiştir.
- ³⁸³ Haab, Zürcher Kommentar, Art. 661-663, N. 1; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 429, 764.

Buna karşılık, zamanın geçmesinin, bir hakkın sona ermesine doğ- 795
rudan doğruya sebep olduğu durumlar da vardır. Şöyle ki, bazı hallerde
bir hak süreye bağlıdır. Sürenin bitiminde hak kendiliğinden sona erer.
Meselâ, ana-babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı (MK m. 354),
belirli bir süre için tanınmış intifa hakkı (MK m. 796, 797), alacaklının
kefile başvurma hakkı (BK m. 598/f. 3)³⁸⁴ böyledir. Bu hallerde *süreye
bağlı hak* (befristetes Recht) söz konusu olur.

Bazı hallerde ise zamanın geçmesinin bir hakkın sona ermesine yol 796
açması, o süre içinde hak sahibinin hakkını kullanmamış veya –daha
geniş bir ifade ile– yapması gerekeni yapmamış olmasından ileri gelir.
Sürenin dolumuna kadar hakkın kullanılmaması durumunda hakkın
sona ermesine (düşmesine) yol açan bu tür süreler “*hak düşürücü
süre*” olarak adlandırılır. Bu halde hakkın düşmesi sadece zamanın
geçmesinden değil, aynı zamanda hak sahibinin öngörülen süre için-
de hareketsiz kalmasından kaynaklanmaktadır. Meselâ, yasal önalım
hakkının, satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren 3 ay ve her
hâlde satış tarihinden itibaren 2 yıl içinde kullanılmaması halinde artık
o satış işlemi bakımından hak düşer (MK m. 733/f. 4)³⁸⁵. Keza, irade

Bir mal üzerinde yeni bir mülkiyet hakkı kazanılırken daha önceki mâlikin mülkiyet hakkının sona erdiği başka haller de vardır. İşleme (MK m. 775), karışma veya birleşme (MK m. 776) ve bulunan mal üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması (MK m. 771) gibi.

³⁸⁴ BK m. 598/f. 3’e göre, bir gerçek kişi tarafından verilmiş kefalet, 10 yıllık sürenin bitimiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Bu hüküm karşısında, alacaklının kefilî takip hakkının bir “süreye bağlı hak” niteliğini taşıdığı konusunda bkz. **Barlas**, Kefalet, 29.

³⁸⁵ Bu süreler hak düşürücü süre niteliğindedir; nitekim bu husus MK m. 733’ün hem kenar başlığında, hem de f. 4’ün metninde isabetle belirtilmiştir. Ayrıca bkz. **Wyss**, 14 vd.; **Yarg. HGK**, 22.2.1984, 8-645/131 (YKD, 1985/2, sh. 159). Hak düşürücü sürenin dolmuş olması, karşı taraf için bir “itiraz” sebebi teşkil eder ve bu husus, yargılamada ileri sürülmesi bile hâkim tarafından re’sen dikkate alınır. Fakat bazı istisnaî hallerde hak düşürücü sürenin geçmesinin sadece bir defî ileri sürme imkânı sağlayacağı görüşü için bkz. **JdT** 1988 I 151.

sakatlığı ve gabin hallerinde öngörülen iptal hakkı için belirlenmiş olan 1 yıllık süre de hak düşürücü süre niteliğindedir; sürenin dolumunda iptal hakkı düşer.

796a “Hak düşürücü süreye tâbi hak” ile “süreye bağlı hak” kavramları arasındaki ortak nokta, her ikisinde de sürenin sonunda hakkın kendiliğinden sona ermesidir. Fakat bu iki kavram arasında, iki ayrı açıdan önemli farklılık bulunmaktadır: Süreye bağlı hakta, hak, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer ve hak sahibinin olumlu veya olumsuz bir davranışta bulunmasının bu sonuca hiçbir etkisi olmaz; diğer deyişle, hak sahibi belirli bir beyan veya davranışta bulunarak hakkın sona ermesini engelleyemez. Oysa hak düşürücü sürede, hak sahibi, hakkını belirlenen süre içinde kullanırsa hakkın düşmesini engellemiş olur. Diğer yönden, süreye bağlı hakta sürenin sonunda hakkın ortadan kalkmasının yegâne sebebi, sürenin dolmuş olmasıdır. Buna karşılık, hak düşürücü süre sebebiyle hakkın ortadan kalkmasının (düşmesinin) sebebi, sürenin dolmuş olması değil, hak sahibinin kendisine tanınan süre içinde hareketsiz kalmış ve hakkını kullanmamış olmasıdır.

797 Bazen de zamanın geçmesi, o süre içinde alacaklının alacağını elde etmek hususunda hareketsiz kalması yüzünden alacağın dava veya cebri icra yoluyla zorla tahsil edilmesi yolunu kapatır. Bu halde *zamanaşımı* söz konusu olur.

798 Zamanaşımı, aslında alacak hakları için söz konusu olur. Fakat kanunlarda bazen dâva yolu ile kullanılan ve nitelikleri icabı hak düşürücü süreye tâbi olmaları gereken bazı yenilik doğuran haklar için de zamanaşımının kabul edildiği görülmektedir³⁸⁶ ve bu sebeple kanunlar-

³⁸⁶ Meselâ, eski Medenî Kanunumuzda ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi dâvalarına ait süreler açısından durum böyle idi (eski MK m. 501, 513). Bkz. Nr. 567. Bu konudaki tartışmalı durum için bkz. **Oğuzman**, Miras Hukuku, 191, 251; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 346 vd., 419; **İnan/Ertaş/Albaş**, 299, 395 vd.; **İmre/Erman**'ın eserinin 1995 yılında yapılan 3. basısı, sh. 187-188.

Yeni Medenî Kanunumuz, m. 559 ve 571'de getirdiği isabetli düzenlemelerle bu

daki dâva açma sürelerinin zamanaşımı süresi mi, yoksa hak düşürücü süre mi olduğu tartışmalara yol açmaktadır. Kanunlarda kullanılan deyimlerin seçiminde özen gösterilmemiş olması ayrıca güçlük yaratmaktadır³⁸⁷. Halbuki bir sürenin hak düşürücü süre mi, yoksa zamanaşımı süresi mi olduğunun belirlenmesi büyük önem taşır. Şöyle ki:

Hâkim hak düşürücü süreyi re'sen nazara alabildiği halde³⁸⁸ zamanaşımını re'sen nazara alamaz (BK m. 161). İşleyen zamanaşımı süresinin bazı hallerde durması veya kesilmesi mümkün olduğu (BK m. 153, 154) halde, hak düşürücü süre durmaz ve kesilmez³⁸⁹.

799

Bu sebeple, hakkın kullanılması için konulmuş bir sürenin niteliğini belirleme sorunu ortaya çıktığında, o müessesenin kendine özgü yapısı (mahiyeti) ve süreyi koyan hükmün amacı göz önünde tutularak bir sonuca varılmalıdır³⁹⁰. Bu noktada temel ilkenin, alacak hakları için öngörülen sürenin zamanaşımı, yenilik doğuran haklar için konulan sürenin ise hak düşürücü süre niteliğinde olduğuna daima dikkat edilmelidir.

800

sürelerin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu açıkça hükme bağlamış ve bu tartışmayı sona erdirmiştir.

³⁸⁷ Meselâ, eski MK m. 119'da evlenmenin nisbî butlanına ait süre bir hak düşürücü süre olduğu halde, kanunda "zamanaşımı (mürûruzaman)" deyimini kullanılmış ve bu durum uygulamada tereddütlere yol açmıştı. Bkz. Yarg. 2. HD, 10.5.1973, 3137/3078 (RKD, 1973, II/2. sh. 471); karş. JdT 1973 I 247. Yeni MK m. 152 sürenin hak düşürücü nitelikte olduğunu açıkça belirterek, bu tereddüdü ortadan kaldırmıştır.

³⁸⁸ Yarg. 2. HD, 8.1.1971, 6550/54 (RKD, 1971, II/2, sh. 93); Yarg. 2. HD, 10.5.1973, 3137/3071 (RKD, 1973, II/2, sh. 471). Yarg. HGK, 22.2.1984, 8-645/131 (YKD, 1985/2, sh. 159); Yarg. 20. HD, 7.3.2002, 10594/1850 (YKD., 2003/2, sh. 244 vd.); Yarg. HGK, 19.2.2003, 6-91/85 (Yarg. Dün., Nisan 2003, sh. 63 vd.); Yarg. 8. HD, 31.1.2003, 450/653 (Yarg. Dün., Nisan 2003, sh. 81); fakat karş. JdT 1988 I 151.

³⁸⁹ Yarg. HGK, 2.6.1965, 1-689/232 (RKD, 1966, sayı 4, II/I, sh. 67); Yarg. HGK, 22.2.1984, 8-645/131 (YKD, 1985/2, sh. 159).

³⁹⁰ Oğuzman/Öz, I, 587.

§ 5. HAKLARIN KAZANILMASINDA İYİNİYETİN ROLÜ

I. İYİNİYET KAVRAMI

801 Medenî Kanununun 3. maddesi, “Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı” durumların varlığına işaret etmekte, fakat iyiniyetten ne anlaşılacağını belirtmemektedir.

802 İyiniyet kavramını ifade etmek için İsviçre Medenî Kanununun 3. maddesinin Fransızca ve İtalyanca metinlerinde “bonne foi, buono fede”; Almanca metninde ise “iyiniyet, iyi inanç” anlamına gelen “guter Glaube” terimleri kullanılmıştır.

803 Eski Medenî Kanunumuzda ise, hem dürüstlük kuralına ilişkin 2. maddede, hem de iyiniyete ilişkin 3. maddede aslında sadece “iyiniyet” anlamına gelen “*hüsnüniyet*” deyimine yer verilmiş ve bir kavram kargaşası yaratılmıştı. Bu yüzden doktrin, iki maddede değişik anlamlarda kullanılan hüsnüniyet deyiminin farkını belirtmek için 2. maddedeki hüsnüniyeti “*objektif hüsnüniyet*”, 3. maddedeki hüsnüniyeti “*sübjektif hüsnüniyet*” olarak adlandırmak zorunda kalmıştı³⁹¹.

804 Bu adlandırma çerçevesinde objektif hüsnüniyet, hakların kullanılmasında ve borçların ifasında dürüst davranmayı; sübjektif hüsnüniyet ise bir hakkın kazanılmasında veya daha geniş bir ifade ile bir hukukî etkinin ya da sonucun (Rechtswirkung) meydana gelmesinde buna ait bir engeli bilmemeyi ve bilebilecek durumda olmamayı ifade ediyordu.

805 Yeni Medenî Kanunumuz, bu kavram kargaşasını ortadan kaldırmıştır: MK m. 3’te “*iyiniyet*” kavramına yer verilirken, MK m. 2’de kenar başlıkta “*dürüst davranma*”, metinde (f. 1) ise “*dürüstlük kuralına uyma*” deyimleri kullanılmıştır. Böylece iyiniyet kavramı ile dürüstlük esası birbirinden net bir biçimde ayrılmıştır³⁹².

³⁹¹ Schwarz, Medenî Hukuk, 188; Egger, Zürcher Kommentar, Art. 3, N. 4; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 149; Velidedeoğlu, Umumî Esaslar, 265, 324; Saymen, 280.

³⁹² Dürüstlük kuralı ve iyiniyet kavramları arasındaki ilişki ve farklar için bkz. Akkanat, 10 vd.

Ancak yine de –anlam ve fonksiyon bakımından farklılıklarına rağmen– her iki kavramın da temelinde namuslu, doğru, dürüst davranma (loyauté d’attitude) fikrinin yer aldığı kabul etmek gerekir³⁹³. Roma Hukukunda da her iki kavramın tek bir “bona fides” deyimi içinde yer alması bu yüzdendir. İyiniyetin temelinde de, namuslu, doğru dürüst

Birbirinden tamamen ayrı anlam ve fonksiyonları olan ve uygulamada çok sık gündeme gelen bu iki kavram maalesef Yargıtay tarafından kimi zaman birbirine karıştırılmakta; aslında MK m. 2’deki dürüstlük kuralı kastedilmek istenirken, hatalı biçimde “iyiniyet” kavramına yer verilmektedir. Meselâ bkz. Yarg. 4. HD, 09.03.2016, E. 2015/5265, K. 2016/3059 (Kazancı); Yarg. 1. HD, 07.03.2016, E. 2014/14695, K. 2016/2698 (Kazancı); Yarg. 10. HD, 07.03.2016, E. 2015/5760, K. 2016/2481 (Kazancı); Yarg. 18. HD, 06.06.2012, E. 2012/5473, K. 2012/7057 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 10.02.2011, E. 2010/6154, K. 2011/1795 ve Daire’nin bu kararını aynen benimseyen Yarg. HGK, 27.03.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409 (Kazancı); Yarg. 8. HD, 5.11.1991, 464/15114 (Yarg.-İnternet); Yarg. 8. HD, 15.11.1993, 8639/11589 (Yarg.-İnternet); Yarg. 6. HD, 6.10.2005, 6008/9127 (Kazancı); Yarg. 14. HD, 3.3.2005, 119/1547 (Kazancı); Yarg. 14. HD, 12.2.2007, 112/1153 (Kazancı); Yarg. HGK, 30.5.2001, 15-402/ 459 (Kazancı); Yarg. 15. HD, 31.05.2011, 1079/3196 (Legalbank); Yarg. 1. HD, 06.07.2011, 7914/7933 (Kazancı); Yarg. 10. HD, 27.12.2011, 18171/20469 (Legalbank); Yarg. 13. HD, 07.07.2011, 12864/11225 (Legalbank) ve özellikle bkz. bu karışıklığa üst üste birkaç kez yer veren ve MK m. 2’de “sübjektif” iyiniyetin düzenlendiğini ifade eden Yarg. HGK, 8.5.2002, 5-338/386 (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh. 42 vd.). Keza, taşınırlarda MK m. 988-989’un; taşınmazlarda ise MK m. 1023’ün iyiniyeti koruyan özel hükümler olduğunu isabetle ortaya koyduğu halde, hatalı olarak MK m. 2’yi iyiniyeti koruyan genel hüküm niteliğinde gören Yarg. 1. HD, 07.03.2016, E. 2014/14695, K. 2016/2698 (Kazancı). Buna karşılık, iyiniyet (MK m. 3) ile dürüstlük kuralı (MK m. 2) arasındaki fark, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.07.2011 tarih ve 4-410/511 sayılı kararında (Legalbank), başarılı biçimde ortaya konulmuştur.

Keza, Yargıtay’ın hâlâ kanundaki terminolojiye aykırı biçimde “objektif iyiniyet” kavramını kullanmaya devam ettiği görülmektedir. Örnek olarak bkz. Yarg. 6. HD, 6.10.2005, 6008/9127 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 29.06.2011, 3156/10393 (Legalbank).

³⁹³ Deschenaux, 197; Patry, Bonne Foi, 411; Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 17, 49, 50; İmre, 333. İyiniyet konusunda çeşitli hukuk düzenlerine ilişkin açıklamaların yer aldığı bir eser olarak bkz. La Bonne Foi (Journées louisianaises), Travaux de l’Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Litec 1994.

davranma fikri yer alır³⁹⁴. Bir kimse, bir hakkı kazanmasına ait engeli bile bile hareket etmişse, doğruluk içinde ve dürüstçe davranmamıştır; iyiniyetli değildir; bildiği hukukî engelin etkisine karşı korunması beklenemez. Hukukî engel teşkil eden olguyu bilmesine rağmen, bu engelin hakkı kazanma noktasında hukukî bir etkisi olmadığına inanarak hareket eden kimsenin de iyiniyetli sayılması mümkündür³⁹⁵; fakat bunun için mevcut şartların bu inancı haklı göstermesi gerekir.

807 Temelde birleşmelerine rağmen, iyiniyet, hakların kullanılması ve borçların ifasında bir davranış kuralı rolünü oynadığı zaman *objektif* bir ölçü niteliğini taşımakta; bir kimsenin bir hukukî sonucun gerçekleşmesine engel teşkil eden durumun farkında olmaksızın hareket etmiş olması anlamında kullanıldığı zaman, o kimsenin iç durumunu esas aldığı için *sübjektif* bir nitelik arz etmektedir.

808 Mamafih, hemen işaret edelim ki, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları, sadece engeli bilen değil, bilmesi gerekenin de iyiniyet iddiasında bulunamayacağını belirtmekle, sübjektif nitelikteki iyiniyetin varlığının kabulünü bir bakıma yine de objektif bir esasa dayandırmış olmaktadır³⁹⁶. Gerçekten MK m. 3/f. 2, “*Ancak durumun*

³⁹⁴ Bkz. Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 16 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 148-149; Umur, Müruruzaman, 3 vd.; Akkanat, 22 vd.

³⁹⁵ Bkz. BGE 99 II 131 = JdT 1974 I 130; karşı. Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 151.

³⁹⁶ Nitekim bkz. aynı yönde: BGE 119 II 25; BGE 120 V 319; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 153; Akkanat, 18.

İyiniyeti sadece “bilmeme”ye bağlayanlar, bilmesi gerekmeği iyiniyetin varlığı için değil, iyiniyetin korunması için bir şart saymaktadırlar. Bkz. Deschenaux, 200, dn. 28 ve sh. 212 vd.; İmre, 341; JdT 1988 I 254.

Bazı hallerde kanun, gösterilecek özen konusunda, iyiniyet iddiasında bulunan kişiyi rahatlatıcı hüküm de sevk etmiş olabilir. Meselâ, MK m. 342/f. 2’de durum böyledir: Ana veya babadan biri, MK m. 336’ya aykırı biçimde, eşinin rızasını almadan çocuk adına bir üçüncü kişiyle işlem yapmaya kalkarsa, iyiniyetli olan (diğer eşin işleme karşı olduğunu bilmeyen ve o andaki şartlara göre, bilebilecek durumda da bulunmayan) üçüncü şahıs, bu konuda (diğer eşin işleme razı olup

gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” demektedir. Keza, MK m. 1024, hukukî aksaklığı “bilen veya bilmesi gereken” kişilerden bahsetmektedir (f. 1). Bu sebeptir ki, hakkın kazanılmasına veya başka bir hukukî sonucun gerçekleşmesine ait bir engeli bilen kimse gibi, bilmesi gereken (gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda olan) kimse de iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır.

Şu duruma göre, MK m. 3’te sözü edilen “iyiniyet”, *durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukukî sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamak* şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımda, “gerekli özeni gösterme” zorunluluğuna yaptığımız atıf, “bilmesi gerekme” olgusu ile ilintili olduğundan, tanım, hem somut olarak “bilmeme”, hem de “bilebilecek durumda olmama” hâllerini kapsamaktadır. 809

II. İYİNİYETİN ROLÜ

İyiniyet, bir kimsenin, iyiniyetli olmaması halinde karşılaşacağı 810 bazı hukukî sonuçlardan korunmasını ve normalde o kişi için söz konusu olması gereken hukukî sonucun değişmesini sağlar.

Meselâ, bir hakkın iktisabı için gerekli unsurlardan birinin eksik 811 olması hakkın kazanılmasını engellediği halde, bazen hakkı kazanacak olanın bu eksikliği bilmemesi ve bilecek durumda da olmaması, yâni iyiniyetli olması; hakkın kazanılmasını sağlar ve böylece iyiniyetli kimse, eksikliğin etkisine karşı korunmuş olur. Bu konuda, bir kimseye emanet olarak bırakılmış bir taşınır malı o kimseden satın alan kişinin iyiniyetli olduğu zaman korunması güzel bir örnek teşkil eder: (A)

olmadığı noktasında) ayrıca bir araştırma yapmak zorunda olmaksızın diğer eşin rızasını var sayarak (MK m. 342/f. 2) hareket edebilecek ve ana-babadan sadece biriyle yaptığı işlem yine de geçerli olacaktır. Bu konuda bkz. **Barlas**, İşlem Özgürlüğü, 143.

taşınır bir malını (B)'ye emanet etmiş, (B) ise bu malı (Ü)'ye satmış ve mülkiyeti geçirmek üzere (Ü)'ye teslim etmiştir. Burada (B), mülkiyetini devretmek istediği malın mâliki değildir; bu yüzden, o mal üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Tasarruf yetkisinin bulunmamasının normal hukukî sonucu, tasarruf işleminin geçersiz olması ve sonuçta (B)'nin yaptığı devir işleminin (Ü)'ye mülkiyeti kazandıramaması iken, kanun, iyiniyetli olması halinde (Ü)'yü korumakta ve onun bu iyiniyeti hukukî sonucu değiştirerek mülkiyeti kazanmasını sağlamaktadır³⁹⁷. Bu halde iyiniyet, tasarruf yetkisinin bulunmamasının yarattığı eksikliği kapatmaktadır. Gerçekten MK m. 988'e göre: *“Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.”*

812 Keza, MK m. 1023'e göre: *“Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.”*

813 Bazen iyiniyetin koruyucu etkisi derhal değil, belirli bir sürenin sonunda gerçekleşir. Bir kimsenin elinden isteği dışında çıkmış bir malı bir üçüncü kişinin iyiniyetle iktisap etmesi, kazandırıcı zamanaşımı şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Meselâ, (H), (A)'nın saatini çalmış ve bunu (Ü)'ye satıp teslim etmiştir. (Ü) iyiniyetli olsa yani saatin (H)'ye ait olmadığını bilmeseydi ve bilebilecek durumda bulunmasa bile, bu saatin mülkiyetini teslim ânında hemen kazanamaz. Çünkü bu durumda Kanun iyiniyetli (Ü)'yü değil, gerçek mâlik (A)'yı korumuştur. MK m. 989/f. 1, *“Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi*

³⁹⁷ Halbuki Roma Hukuku, mâlik olmayan kimseden mülkiyeti iktisap ettiğini zanneden üçüncü kişinin iyiniyetini korumamış, *“kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez”* (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso habet) ilkesine bağlı kalmıştır. Bkz. Schwarz, Medenî Hukuk, 132; Koschaker/Ayiter, 140; Umur, Ders Notları, 444.

elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir” demektedir. Fakat (Ü), tartışmasız ve aralıksız biçimde mâlik sıfatıyla beş yıl boyunca ve iyiniyetle bu saatin zilyedi olmaya devam ederse ve bu süre içinde gerçek mâlikin hak iddiası ile karşılaşmazsa, beş yıllık sürenin dolması ile mülkiyeti kazanır (MK m. 777). Bu durumda MK m. 988’den farklı olarak iyiniyet, ancak belirli sürenin geçmesi ile hukukî sonucu değiştirmektedir.

İyiniyetin hakkın kazanılmasını sağlama dışında³⁹⁸ da rol oynadığı 814 çeşitli durumlar vardır. Meselâ, bazı şartlarla iyiniyet, hükümsüz bir evlilikte butlan dâvası açılmasına engel olur (MK m. 147/f. 3). Bir alacağın temlik edildiğini bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan borçlunun, eski alacaklıya borcu ifa ederek borçtan kurtulması halinde (BK m. 186) iyiniyet borçtan kurtarıcı rol oynar. Keza, MK m. 993 vd., BK m. 44 ve 80’deki hâllerde de iyiniyetin değişik roller oynadığı görülür.

İyiniyetli kimseyi koruyan hükümlerdeki koruma mantığı, çeşitli 815 sebeplere dayanır³⁹⁹.

Bazen iyiniyetli kimsenin korunması, iş hayatındaki güveni sağ- 816 lamayı amaçlar ve kamu yararı ile ilgilidir. Meselâ, bir kimsenin bir hukukî ilişkide iyiniyetle aldığı paranın çalıntı para olduğu iddiası ile karşılaşmasına imkân verilmesi halinde, alışveriş hayatının nasıl bir karışıklığa düşeceği kolayca anlaşılır. Bu durumda iyiniyetli kimsenin (kazananın) korunmasında (MK m. 990) kamu düzeni bakımından yarar vardır.

³⁹⁸ Eski MK m. 3’ün “*Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hal-ler...*” şeklindeki kötü ifadesi, iyiniyetin sadece hakların kazanılmasında etkili olacağı izlenimini uyandırmaktaydı. Bu olumsuzluk yeni MK m. 3’teki “*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda...*” ibaresi ile giderilmiştir.

³⁹⁹ Bkz. Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 55 vd.; Deschenaux, 206; Caroni, 217; Edis, 270 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 159-160.

- 817 Keza, MK m. 336 uyarınca çocuğun velâyetini birlikte kullanmak durumunda olan ana babadan biri tek başına hareket ederek çocuk adına bir üçüncü kişiyle işlem yaparsa, üçüncü kişi iyiniyetli olduğu (diğer eşin işleme karşı olduğunu bilmediği, bilebilecek durumda da olmadığı) takdirde, onun bu iyiniyeti korunacak ve işlem sanki ana-baba birlikte hareket etmişçesine geçerli olacaktır. Bu konuda MK m. 342/f. 2 hükmü, iyiniyetli üçüncü kişilerin, işlemi yapan eşin, diğerinin rızasıyla hareket etmiş olduğunu varsayma hakkına sahip olduklarını ifade etmektedir. Bu hükümle, piyasadaki işlem güvenliğini koruma gayesinin yanı sıra, çocuk adına yapılan işlemleri basitleştirme ve çabuklaştırma amacının da ön plânda tutulduğu söylenebilir.
- 818 Bazen, bir kimsenin kendi hareketleri ile yarattığı durumun sonuçlarına katlanması fikri, iyiniyetli karşı tarafın korunmasının sebebinin teşkil eder. Meselâ, güvenilemeyecek bir kimseye malını emanet bırakan (MK m. 988) veya temsil yetkisi sona ermiş olan temsilciden temsil belgesini geri almayı ihmâl eden (BK m. 44/f. 2) kişiye karşı, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması böyledir.
- 819 Fakat derhal işaret edelim ki, **iyiniyetli kişinin her zaman korunduğu da zannedilmemelidir**. Meselâ, işlem ehliyeti bulunmayan bir kimse ile bir hukukî işleme girişen ve ondan bir hak elde etmek isteyen kimse, karşı tarafın ayırt etme gücüne sahip olmadığını bilmeseydi ve bilebilecek durumda olmasa dahi, hukukî işlem hükümsüz sayılır. İyiniyet burada hukukî sonucu değiştirmemektedir. Çünkü kanun bu halde iyiniyete hükümsüzlüğü önleyecek şekilde koruyucu etki tanımamış ve iyiniyeti bu açıdan korumamıştır. Ancak kazandırıcı zamanaşımının şartları gerçekleştiği takdirde, iyiniyet etkili olabilir (MK m. 712, 777).
- 820 Keza, kanun, para ve hamiline yazılı senetler dışında mâlikin elinden iradesi dışında çıkan taşınır mallarda kazandırıcı zamanaşımının şartları gerçekleşmedikçe iyiniyetle aynî hak kazanılmasını kabul etmemiştir. Bu halde mâlik, taşınır dâvası açarak malını geri alabilir (MK m. 989).

Kısacası, **iyiniyet ancak kanunun öngördüğü hallerde ve ölçüde koruyucu rol oynar.** Şayet kanunda iyiniyete kısmen veya tamamen koruyucu etki tanıyan özel bir hüküm yoksa, iyiniyet korunmaz; başka deyişle, kişinin iyiniyetli olup olmaması sonucu değiştirmez. Bu sebeptendir ki, MK m. 3'te, "kanunun" iyiniyete sonuç bağladığı durumlardan bahsedilmiştir. 821

Diğer taraftan, bir hukukî sonucun meydana gelmesine esasen bir engel yoksa, bu sonuçtan yararlanacak kimsenin iyiniyetli olup olmaması herhangi bir rol oynamaz⁴⁰⁰. Meselâ, (A), (B)'den kıymetli bir taş, çalınmış bir taş olduğu ve bu yüzden ucuza satıldığı kanaatiyle satın almıştır. Fakat söz konusu taş çalınmış olmayıp, gerçekten satıcı (B)'ye ait bir taştır. Bu durumda (A)'nın taşın mülkiyetini kazanmasına herhangi bir engel bulunmadığı için (A)'nın iyiniyetli veya kötüniyetli olması, taşın mülkiyetinin kazanılmasını etkilemez⁴⁰¹. 822

İyiniyetin koruyucu etkisi bulunan hâllerin bazılarında bu etki tamdır, bazılarında ise kısmîdir. 823

İyiniyetin tam bir koruyucu etki sağladığı hâllere tipik örnek, para ve hâmiline yazılı senetlerin mâlik olmayan bir kimseden iyiniyetle kazanılmasıdır (MK m. 990). Bunların, mâlikin elinden iradesi dışında çıkmış, meselâ, çalınmış olması fark yaratmaz. 824

Para ve hâmiline yazılı senetler dışında ise, emin sıfatiyle zilyed olan (kendisine güvenilerek malın bırakıldığı) kimseden taşınır bir malın mülkiyetinin veya bu mal üzerinde bir sınırlı aynî hakkın iyiniyetle kazanılması halinde de (MK m. 988) iyiniyet tam anlamıyla koruyucu rol oynamaktadır. 825

⁴⁰⁰ Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 31. Yarg. İçt. Bir. BGKK., 13.1.1975, 7/1 (RG, s. 15196) bu esasî dikkate alınmış gözükmektedir. Bkz. Oğuzman, Miras Hukuku, 250 ve orada dn. 670b.

⁴⁰¹ Karş. Schwarz, Medenî Hukuk, 137.

- 826 Keza, alacak temlik edilmiş olduğu halde, borçlunun iyiniyetle, artık hak sahibi olmayan eski alacaklıya ödemede bulunarak borçtan kurtulması örneğinde (BK m. 186) de, iyiniyet tam bir koruyucu etki sağlamaktadır.
- 827 İyiniyetin kısmî bir koruyucu etki sağlamasına ise MK m. 989 hükmü tipik bir örnek teşkil eder. Şöyle ki: Mâlikin elinden iradesi dışında çıkan bir taşınır malın, bir açık artırmadan veya benzeri eşya satarlardan edinilmesi halinde, iyiniyet, mülkiyet hakkının kazanılmasını sağlamaz. Fakat mâlikin iyiniyetli kişiye karşı açtığı taşınır davasında başarı kazanması, iyiniyetli kişinin malı edinmek için satıcıya ödediği bedeli ona ödemesi şartına bağlıdır (MK m. 989/f. 2).
- 828 Ancak iyiniyetle hareket eden kişinin tazminat isteyebildiği (BK m. 44/f. 2; BK m. 47/f. 1) veya iyiniyetli olmayana nazaran farklı hükümlere tâbi tutulduğu (BK m. 79; MK m. 993 vd.) hallerde de iyiniyet, hukukî engelin etkisini tamamen bertaraf etmemekle beraber, iyiniyetli kimseye, iyiniyetli olmayana oranla avantajlı bir hukukî durum sağlamaktadır.

III. İYİNİYETİN ARANACAĞI KİŞİ VE İYİNİYETİN ARANACAĞI ÂN

1- İyiniyetin Aranacağı Kişi

- 829 İyiniyet, kanunun, iyiniyetli olması halinde korumayı amaçladığı kişide aranır.
- 830 İyiniyetli olması aranan kişinin iyiniyetli sayılması için ayırt etme gücüne sahip olması gerekip gerekmediği tartışmalı bir konudur⁴⁰². Kanaatimizce, iyiniyetin ilişkin olduğu engeli bilmeme açısından, ayırt etme gücü bulunmayan bir kimsenin kötünüyetli olduğundan bahsedile-

⁴⁰² Bu tartışma için bkz. Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 134; Deschenaux, 198; Ataay, 409; Özsunay, 303.

meyeceği için, bu kimse iyiniyetin koruyucu etkisinden faydalanabilir. Buna karşılık, ayırt etme gücünün nisbîliği esası gereği, bir somut olayda o kişinin objektif olarak, mevcut engeli bilmesi gerektiği takdirde artık iyiniyetli sayılması düşünülemez. Fakat, kural olarak, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin, iyiniyetin koruyucu etkisinin söz konusu olduğu işlemde yer alamayacağı ve kanunî temsilcisi tarafından temsil edilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Eğer bir kimse, iyiniyetin koruyucu etki yaptığı ilişkide başkası tarafından temsil edilmiş ise veya bu ilişkiye birden çok kişi aynı plânda katılıyorsa, iyiniyetin kimde aranması gerektiği, diğer deyişle, bu kişilerden birinin kötüniyetli olmasının ne gibi etki yaratacağı sorusu ile karşılaşılır. Bu konudaki esasları şöylece belirtebiliriz: 831

a) Temsil Halinde:

Kanundaki korumadan yararlanması söz konusu olan kişi işlemde bir başkası tarafından temsil edildiği takdirde, hem temsil edilenin, hem de temsilcinin iyiniyetli olması aranmaktadır⁴⁰³. Bu koşul, hem iradî, hem de kanunî temsil için geçerlidir. 832

b) Tüzel Kişilerde:

Tüzel kişilerde iyiniyet, o hukukî ilişkide tüzel kişiyi temsil etmeye yetkili organı oluşturan kişilerde aranır⁴⁰⁴. Bu kişilerden birisinin kötüniyetli olması, sonuçta tüzel kişinin kötüniyetli sayılmasına yol 833

⁴⁰³ Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 137, 138; Deschenaux, 211; Ataay, 413; Özsunay, 304; Edis, 275-276; Akkanat, 126 vd.

⁴⁰⁴ Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 141, 142; Deschenaux, 211; Ataay, 413; Özsunay, 304; Akkanat, 113-114 ve özellikle Edis, 277; Yarg. 8. HD, 17.3.2005, 1375/2100 (Kazancı). Keza bkz. Yarg. HGK, 8.5.2002, 5-338/386 (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh. 42 vd.); fakat bu kararda “iyiniyet” ile “dürüstlük kuralı” kavramları birbirine karıştırılmıştır.

açar. Bunlar dışındaki kişilerin, meselâ, bir derneğin yetkili organında görevli olmayan dernek üyelerinin veya derneğin muhasebecisinin kötüniyeti derneği etkilemez ve dernek tüzel kişiliğinin kötüniyetli sayılmasını gerektirmez.

c) Tüzel Kişiliği Bulunmayan Kişi Topluluklarında:

834 Miras ortaklığı ve adî ortaklık gibi tüzel kişiliği bulunmayan, fakat elbirliği ortaklığı bağı sebebiyle bu ilişkiye katılan kişilerin birlikte hareket etmek zorunda oldukları kişi topluluklarında, topluluğun iyiniyetli sayılması, topluluğu oluşturan bütün kişilerin iyiniyetli olmasına bağlıdır. İçlerinden birinin kötüniyetli olması, topluluğun tamamının iyiniyetli sayılmasına engel olur⁴⁰⁵.

2- İyiniyetin Aranacağı Ân

835 İyiniyetin koruyucu etkisini sağlaması için bazı hallerde iyiniyetin belirli bir zaman kesitinde mevcut olması aranırken, bazı hallerde de bir süre devam etmesi gerekir. Meselâ, emin sıfatıyla zilyedden bir taşınır malın mülkiyetini kazanmada (MK m. 988) iyiniyet *iktisap ânında* aranır. Buna karşılık, bir taşınır malın mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasında (MK m. 777) iyiniyetin, *zamanaşımı süresince* devam etmesi gerekir.

836 Fakat her iki halde de, gerekli zaman içinde (belirli bir anda veya öngörülen süre boyunca) iyiniyet mevcut olduktan ve buna bağlı hukukî sonuç (meselâ, mülkiyet hakkının kazanılması) gerçekleşikten sonra, artık iyiniyetin devamı aranmaz. İyiniyetin ilişkin olduğu engelin daha sonra öğrenilmesi iyiniyetli kişi lehine doğmuş bulunan olumlu hukukî sonucu etkilemez. Bu husus Roma Hukukundan gelen

⁴⁰⁵ Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 143; Deschenaux, 212; Özsunay, 304; Edis, 277; Akkanat, 150 vd.

bir deyimle “*sonradan gelen kötüniyet zarar vermez*” (mala fides superveniens non nocet) tarzında ifade edilir.

Buna karşılık, iyiniyetin belirli bir süre devam etmesi gereken hâllerde, bu süre henüz dolmadan iyiniyetin ortadan kalkması, iyiniyete bağlanan hukukî sonucun gerçekleşmesine engel olur. 837

Bazı hâllerde ise iyiniyete, ancak devam ettiği sürece bir sonuç bağlanmıştır. Meselâ, bir malı haksız olarak elinde bulunduran kimseye, iyiniyetle zilyed olduğu süre için MK m. 994, kötüniyetle zilyed olduğu süre için de MK m. 995 hükmü uygulanır⁴⁰⁶. 838

IV. İYİNİYETİN İSPATI

Belirli bir halde iyiniyeti kanunen koruma altında olan bir kimseyi bu korumadan yararlanabilmesi için iyiniyetini ispatla yükümlü tutmak, pek çok halde iyiniyetin koruyucu rolünü oynama imkânını fiilen ortadan kaldırırdı. Zira bir kimsenin, bir engeli bilmediğini ispat etmesi çok güç, hattâ imkânsızdır. 839

Bu sebeptendir ki, Medenî Kanununun 3. maddesinin⁴⁰⁷ 1. fıkrası, “... *asıl olan iyiniyetin varlığıdır*” esasına yer vermiştir. Buna *iyiniyet karnesi* denilmektedir⁴⁰⁸. Fakat aslında burada gerçek ve teknik anlamda 840

⁴⁰⁶ Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 133; Deschenaux, 210; Edis, 279.

⁴⁰⁷ Başka ülkelerin Medenî Kanunlarında, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının 3. maddesine benzer bir genel hüküm bulunmamaktadır; sadece özel haller için konulmuş hükümler vardır. Bkz. Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 7 vd.; Deschenaux, 195-196.

⁴⁰⁸ Bkz. bunu gerçek anlamda bir “karine” olarak kabul eden Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 161; Akkanat, 58 vd. Yargıtay da kararlarında hep iyiniyetin bir “karine” olduğundan bahsetmekte ve bu karinenin ispat külfetinin yer değiştirmesini sağlayacağını belirtmektedir. Çok sayıdaki karar yerine, sadece aile konutu özelliğinin bilinip bilinmemesi konusunda örnek olarak bkz. Yarg. 2. HD, 14.01.2015, E. 2014/27011, K. 2015/363; Yarg. 2. HD, 24.09.2014, E. 2014/15973, K. 2014/18284; Yarg. 2. HD, 20.06.2013, E. 2013/11576, K. 2013/17343 (kararlar için bkz. Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 1051.

bir “karine” değil, sadece ispat yükünün taraflar arasında dağılımını sağlayan özel bir ispat hükmü söz konusudur⁴⁰⁹.

- 841 Görülüyor ki, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak kimse iyiniyetli olduğunu kanıtlamak zorunda değildir. Onun iyiniyetli olmadığını ispat etmek, bu kişinin iyiniyetli olmadığı için korunmayacağına anlaşılması halinde bundan yarar sağlayacak olan karşı tarafa düşmektedir⁴¹⁰.
- 842 İspatla yükümlü kimse, korunan kişinin iyiniyetinin ilişkin olduğu engeli *bildiğini*, meselâ, bu engelin ona haber verildiğini ispat ederse, iyiniyetin koruyucu etkisi artık uygulama alanı bulamaz; başka deyişle, -burada bir karinenin söz konusu olduğunu kabul edenler açısından- karine çürütülmüş olur.
- 843 Fakat bir hususun gerçekten bilinip bilinmediği tamamen içsel ve subjektif bir durum olduğundan, karşı taraf açısından bunun ispat edilebilmesi son derece güçtür; bu bakımdan, uygulamada böyle bir imkânla nadiren karşılaşılır. Bu yüzdendir ki, başvurulacak yol daha ziyade, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanma iddiasıyla ortaya çıkan kişinin, kazanıma ilişkin engeli *bilmesi gerektiğinin* ispat edilmesidir. Bu hususta MK m. 3/f. 2, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen kimsenin durumun gerektirdiği özeni göstermesi halinde söz konusu engeli öğrenebileceğinin ispat edilmesini yeterli bulmaktadır.

⁴⁰⁹ Bkz. Jäggi, Berner Kommentar, Art. 3, N. 92, 96 ve özellikle 98; benzer şekilde Edis, 282; yazar bunun teknik anlamda bir karine sayılamayacağını belirtmekte ve “sözde karine” olarak adlandırmaktadır. Keza bkz. ve karşı. Caroni, 219.

⁴¹⁰ 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (RG., 01.11.2005, s. 25983-1. Mükerrer), 135. maddesinin 5. fıkrasında, el konulan ve Fona devredilen bankalar açısından, sorumluların ve hükümde belirtilen hısımlarının, açılan davalarda MK m. 3’teki iyiniyet karinesinden yararlanamayacaklarını ve iyiniyetli olduğunu ilginin ispat etmesi gerektiğini belirtmiş; 137. maddesinde ise Fon tarafından açılacak davalarda ispat yükünün daima davalılara ait olacağını ifade etmiştir. Bankacılık Kanunu’nun diğer pek çok hükmü gibi, bu düzenlemeleri de hukukun en temel ilkelerine ve pek çok anayasal esasa aykırıdır. Ayrıca bkz. Nr. 1025.

Eğer bu husus ispat edilirse, artık, gereken özeni göstermemiş olan kimse iyiniyetli sayılamayacaktır. Gerçekten, MK m. 3/f. 2, “*Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*” demektedir.

Bazı hallerde Kanun gösterilecek özenin konusunun ve kapsamının ne olduğunu açıkça belirtmiştir. Meselâ, tapu sicilinde bir taşınmaz ile ilgili bir işleme girişenlerin kanun gereği (MK m. 1020/f. 1) herkese açık olan sicil kayıtlarını incelemeleri gerekir⁴¹¹. Eğer bir kimse bu incelemeyi yapmayı ihmâl etmişse, tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez ve sonuçta onun iyiniyetli olduğu kabul edilemez⁴¹² (MK m. 1020/f. 3). 844

Bazı hallerde ise Kanun, herhangi bir özenin gösterilmemiş olduğunun ispatını değil, hile veya ağır kusurun varlığının ispatını aramıştır (meselâ, bkz. TTK m. 646/f. 2). 845

Özel bir hüküm bulunmayan hallerde, bir somut olayda durumun gerektirdiği özenin gösterilip gösterilmediğini, ileri sürülen delillere göre hâkim takdir edecektir. Bu hususta sübjektif değil, objektif bir ölçü kullanılacak; aynı şartlar altında ortalama zekâyâ sahip, namuslu ve dürüst bir insanın göstereceği özenin gösterilmiş olup olmadığına göre, iyiniyetin varlığı veya yokluğu saptanacaktır. Bu değerlendirmede, iyiniyet iddiasında bulunan kimsenin tecrübesizliği, zekâ noksanlığı, iş düzeninin karışıklığı gibi sübjektif haller nazara alınmaz⁴¹³. 846

⁴¹¹ Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 154 vd.

⁴¹² **Jäggi**, Berner Kommentar, Art. 3, N. 144, 145; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 156. Bu halde iyiniyetin korunmadığından bahsedilmesini (**Özsunay**, 298) isabetli bulmuyoruz. Burada tapu sicilini incelemeyen, yani gereken özeni göstermeyen kimsenin esasen iyiniyetli sayılmaması söz konusudur; iyiniyetli sayılıp da buna rağmen korunmaması değil! Karş. aynı yönde **Edis**, 267.

⁴¹³ **Jäggi**, Berner Kommentar, Art. 3, N. 122; **Deschenaux**, 216; **Edis**, 269; JdT 1954 I 45; BGE 119 II 25; BGE 120 V 319; karş. **Caroni**, 220.

847

Kanunen iyiniyete sonuç bağlanan hâllerde, bir kimsenin iyiniyetli olmadığı iddiası bir defa değil, *itiraz* teşkil ettiğinden karşı tarafça usûl hukuku kuralları çerçevesinde her zaman ileri sürülebilir. Diğer yandan, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak kimsenin, iyiniyetin ilişkin olduğu engeli öğrenmek hususunda gerekli özeni göstermediği ve iyiniyetli sayılamayacağı dâva dosyasından anlaşılıyorsa, karşı taraf bunu ileri sürüp iyiniyet karinesinin çürüdüğünü belirtmiş olmasa dahi hâkimin, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen kişinin iyiniyetli sayılmayacağını re'sen nazara alarak karar vermesi gerekir. 14.2.1951 tarihli ve 17/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bunu ifade etmektedir⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Bkz. RG, 11.4.1951, s. 7782. Kararın tahlili için bkz. **Oğuzman/Aybay/Sarı**, 11 vd. Yarg. İct. Bir. BGKK, 17.5.1991, 1/2'de ise 1951 tarihli bu İçtihadı Birleştirme Kararında değişiklik yapılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir (YKD, 1991/8, sh. 1154). Ardından, 8.11.1991 tarih ve 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu ilke teyit edilmiş ve kötüniyet iddiasının bir "itiraz" niteliğinde olduğu ve iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tâbi olmadan her zaman ileri sürülebileceği belirtilmiştir (YKD, 1992/2, sh. 165 vd.). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 28.10.1972, 7-563/882 (İBD, 1973, sh. 37); Yarg. 1. HD, 24.9.2004, 6856/9891 (İBD, c. 79, s. 2, 2005, sh. 499); Yarg. 14. HD, 26.10.2004, 5268/7383 (Yarg. Dün., Mayıs 2005, sh. 108 vd.); Yarg. 1. HD, 6.2.2006, 1310/680 (İBD, c. 80, 2006/3, sh. 1301 vd.). Ayrıca bkz. Nr. 1008.

Fakat doktrinde **Pekcanitez/Atalay/Özekes** nispeten farklı görüştedir. Yazarlara göre, hâkim, *itiraz* sebebinin dava dosyasından anladığı takdirde re'sen nazara alacaktır; fakat dosyadan anlaşılmayan bir *itiraz*, davalı tarafından cevap veya ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Davalı *itirazı* daha sonraki bir aşamada ileri sürmeye kalkarsa, davacının "savunmanın genişletilmesi" yasağına aykırı davranıldığı *itirazıyla* karşılaşabilir. Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 535-536. Ayrıca bkz. Nr. 1008.

**§ 6. HAKLARIN KULLANILMASI VE DÜRÜSTLÜK
KURALINA UYMA ZORUNLULUĞU**

I. GENEL BAKIŞ

Hak sahibinin hakkından yararlanması, hakkı kullanmak suretiyle 848
olur.

Hakların kullanılışı hakkın sağladığı yetkilere göre değişir. Meselâ, 849
aynî hakların kullanılması, hakkın eşya üzerinde sağladığı hâkimiyetin
kullanılması ile olur. Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin irade beya-
nında bulunması ile kullanılır. Alacak hakları ise alacaklının borçludan
borcunu yerine getirmesini istemesi tarzında kullanılır.

Bütün hakların kullanılmasında uyulması gerekli bir kural vardır 850
ki bu, Medenî Kanununun 2. maddesinde ifade edilen dürüstlük kuralı-
dır. Bir hak, dürüstlük kuralına aykırı kullanılırsa kötüye kullanılmış
olur⁴¹⁵. Bu açıdan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasa-
ğı, bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlıdır⁴¹⁶.

Fakat dürüstlük kuralı bir davranış kuralı olarak yalnızca hakla- 851
rın kullanılmasında değil, borçların ifasında da uyulması gerekli bir
kuraldır. Bu hususta MK m. 2/f. 1, “*Herkes, haklarını kullanırken ve
borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*”

⁴¹⁵ Yarg. HGK, 08.05.2002, 5-338/386 (Kazancı); Yarg. 10. HD, 14.03.2011, 16564/
3321 (Legalbank).

⁴¹⁶ Egger, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 23; Tuor/Schnyder/Schmid, 48 vd.,
Schwarz, Medenî Hukuk, 193; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 185-186;
karş. Dural/Sarı, 241. Aynı kanaatin İsviçre Federal Mahkemesince ifadesi için
bkz. JdT 1958 I 197; JdT 1961 I 208; JdT 1962 I 91; JdT 1964 I 572. Karş. MK
m. 2 (OR Art. 2)’nin 1. fıkrasını kanun hükümlerinin ve sözleşmelerin yorumlan-
masında ve boşluklarının doldurulmasında rol oynayan, 2. fıkrasını ise özellikle
kanun hükmünü düzeltici (corrigendi gratia) fonksiyon gören bir norm olarak ele
alan Merz, Berner Kommentar, Art. 2, N. 29 vd.; Deschenaux, 136 vd.; İmre,
306-307. Ayrıca bkz. Nr. 900.

demektedir⁴¹⁷. Ne var ki, MK m. 2/f. 2’de hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı belirtilirken, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” denilerek mesele sadece “hakların kullanılması” bakımından ele alınmıştır.

852 İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında⁴¹⁸ da ifade edildiği gibi, Medenî Kanununun 2. maddesi bütün hakların kullanılmasına genel bir sınır koymaktadır. Bu hüküm, esasını, pozitif hukukun meseleleri en küçük ayrıntısına kadar düzenlemesine imkân olmamasında bulur⁴¹⁹.

II. DÜRÜSTLÜK KURALI

1- Anlamı

853 Dürüstlük kuralı, bir kimseden, namuslu, dürüst ve makûl bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder⁴²⁰. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumda egemen olan ahlâkî ölçülere, geçerli âdetlere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir⁴²¹.

⁴¹⁷ Dürüstlük kuralına uyma gereğini ifade etmek için 1971 Öntasarısında “doğrulukla davranış” deyimi, 1984 Öntasarısında “dürüst davranış” deyimi kullanılmıştır.

MK m. 2/f. 1’de kullanılan “*dürüstlük kuralları*” ibaresi bize isabetli gelmemektedir. Zira burada “kural” kelimesinin çoğulunu kullanmanın bir anlamı yoktur; “dürüstlük kuralına uymak” denilmesi yeterli idi. Diğer yönden, maddenin kenar başlığı “*Dürüst davranma*” iken metinde neden “dürüstlük kurallarına uymak” denildiğini de anlamak güçtür.

⁴¹⁸ JdT 1946 I 388.

⁴¹⁹ Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid**, 48-49; JdT 1946 I 388 = BGE 40 III 160.

⁴²⁰ Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank); Yarg. HGK, 13.07.2011, 4-410/511 (Legalbank); Yarg. 10. HD, 14.03.2011, 16564/3321 (Legalbank).

⁴²¹ Bkz. **Deschenaux**, 142 vd.; **Schwarz**, Medenî Hukuk, 188; Yarg. 10.HD, 14.03.2011, 16564/3321 (Legalbank).

2- Rolü

Dürüstlük kuralı, değişik dönemlerde, çeşitli hukuk düzenlerinde uygulanmış, oldukça eski bir kuraldır⁴²². Fakat bu kuralın uygulama alanı her hukuk düzeninde aynı olmamıştır. Geniş bir uygulama alanına sahip genel bir kural olarak ifadesini İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında bulan dürüstlük kuralına, Fransız, Alman ve İtalyan Medenî Kanunlarında sadece sözleşmelerin yorumu ve borçların ifası açısından yer verilmiştir⁴²³. 854

Hukukumuzda da dürüstlük kuralının uygulama alanının en önemli kısımlarından birini sözleşmelerin, daha genel bir ifade ile hukukî işlemlerin yorumlanması ve borçların ifası teşkil ederse de⁴²⁴, dürüstlük kuralının etki alanı bunlardan ibaret değildir. 855

Ancak, dürüstlük kuralının ve buna bağlı hakkın kötüye kullanılması yasağının sadece Medenî Hukuk veya -daha geniş kapsamlı olarak- Özel Hukuk alanında uygulanabilecek bir kavram olduğu sanılmamalıdır. Dürüstlük kuralı hukukun her alanında, bu arada Kamu Hukuku dalında da daima dikkate alınması gereken bir temel hukuk ilkesidir⁴²⁵. 856

⁴²² Bkz. **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 9 vd.; **Schwarz**, Medenî Hukuk, 188 vd.

⁴²³ Fransız MK m. 1134, 1135. Alman MK § 157, 242; İtalyan MK m. 1366, 1374, 1375. Bu konuda bkz. **Deschenaux**, 151; **Özsunay**, 307-308. Dürüstlük kuralının Alman Medenî Kanunundaki düzenlenme biçimi hakkında ayrıntılı bilgi ve bu sistemin eleştirisi için bkz. **Bartlas**, Dürüstlük Kuralı, 191 vd.

⁴²⁴ **Oğuzman/Poroy**, 355 vd. Borçların ifasında dürüstlük kuralının uygulanması konusunda bir örnek için bkz. Yarg. 13. HD, 7.4.1981, 519/2513 (YKD, 1981/7, sh. 875).

⁴²⁵ Bkz. İsviçre Federal İdare Mahkemesi I. Dairesi'nin 21.10.2013 tarih ve B-40/2013 sayılı yayınlanmamış kararı (swisslex.ch); İsviçre Federal Mahkemesi I. Sosyal Hukuk Dairesi'nin 19.09.2014 tarih ve 8C-804/2013 sayılı yayınlanmamış kararı (swisslex.ch); BGE 128 III 201; BGE 122 II 193; BGE 119 Ia 221; BGE 116 II 497; JdT 1986 I 538; JdT 1969 I 606. Dürüstlük kuralının, hukukun her ala-

857

Özellikle İdare Hukukunda dürüstlük kuralının önemli bir uygulaması mevcuttur⁴²⁶. Nitekim, Danıştay 1. Dairesi'nin 10.04.2002 tarih ve 26/52 sayılı kararı⁴²⁷ ile Danıştay 3. Dairesi'nin 05.06.2008 tarih ve E. 2007/696, K. 2008/1865 sayılı kararında⁴²⁸ da dürüstlük kuralının,

nında uygulanabilir nitelikteki bir genel ilke olduğu konusunda bkz. Yarg. HGK, 16.01.2013, E. 2012/19-670, K. 2013/171; Yarg. HGK, 03.11.2010, 19-559/546; Yarg. HGK, 04.05.2011, 11-59/271 (kararlar için bkz. Kazancı).

⁴²⁶ Bkz. Akyol, Dürüstlük Kuralı, 73 vd.; Atay, 43; Edis, 302; Yarg. 10. HD, 7.6.1974, 3221/3959, RKD, 1974/II, s. 2, sh. 330-331.

⁴²⁷ Anılan kararda şöyle denilmektedir (Kazancı): “*Savunma hakkı sınırsız bir hak değildir. Bu hakkın sınırı, suç, yargı mercileri ve dava kavramlarıyla da yakından ilişkilidir. Bu arada, Türk Medenî Kanununun hukukî ilişkilerin kapsamı başlığı altında dürüst davranma ve iyiniyet kurallarını düzenleyen 2 nci ve 3 üncü maddelerinin hükümlerini de göz önünde bulundurmak zorunludur (...).*

1136 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ve yukarıda anılan diğer hükümleri ile Medenî Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümleri dikkate alındığında, avukatlara bilgi ve belge toplayabilme yetkisi veren hükümlerin genel sınırları ortaya çıkmış olmaktadır. Buna göre maddede sayılan kurum ve kuruluşların, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesi kapsamında, müvekkilinin hukukunu savunabilmesine, haklarını dava etmesine, yargılama sürecinin çabuklaştırılmasına ve uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine, adli makamlarca bir husus hakkında başka dairelere yazılan yazıların duruşma gününden önce alınmasına, bu yazılarda istenilen hususların takip edilmesi ve çabuklaştırılmasına ve gerekli bilgi ve belgelerin toplanabilmesine yardımcı olmaları gerekmektedir.”

Ancak, kararda yer verilen “iyiniyet” kavramının ve buna ilişkin Medenî Kanunumuzun 3. maddesinin konu ile herhangi bir ilgisi ve olayda uygulanma yeri bulunmamaktadır. Bu bakımdan, kararın sadece MK m. 2 ve burada düzenlenen dürüstlük kuralı ile ilgili kısımları isabetli olup, karar bu şekliyle dikkate alınmalıdır.

⁴²⁸ Söz konusu kararda şu ifadeye yer verilmiştir (Kazancı): “*Ekli mal varlığı araştırma listesinde yer alan (...) binlerce mükellefin sadece ad ve soyadlarına yer verilerek suretiyle hesaplarına haciz uygulandığı ve 15 gün içinde bilgi verilmediği takdirde bankanın sorumlu tutulacağına kabulü Türk Medenî Kanununun 2'nci maddesinde ifade edilen objektif iyiniyet kuralıyla bağdaşmayacağından, idarenin bu yetkisini kullanırken borçlu mükellefleri makûl sayıda gruplara ayırdıktan sonra banka nezdinde takibata geçmesinin hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olduğu gerekçesiyle iptal eden Kocaeli Vergi Mahkemesinin 29.11. 2006 gün ve*

idarenin uyması gereken bir genel hukuk ilkesi olduğu açıkça ifade edilmiştir. Keza Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.6.2000 tarih ve 5859/6051 sayılı kararında⁴²⁹ da İl Daimî Encümeni'nin sözleşmeyle kendisine tanınan kira parasının belirlenmesi yetkisini kullanırken MK m. 2'deki dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Keza, dürüstlük kuralının ve buna bağlı hakkın kötüye kullanılması yasağının bir genel hukuk ilkesi olarak Medenî Yargılama (Usûl) Hukukunda⁴³⁰ ve İcra-İflâs Hukukunda da uygulama bulacağı kuşkusuzdur. Nitekim, HMK m. 29/f. 1'de açıkça "*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*" denilmektedir. Bu hüküm, MK

858

E: 2006/447, K: 2006/849 sayılı kararının (...) bozulması istenmiştir. Temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına... oybirliğiyle karar verildi."

⁴²⁹ Kararda şöyle denilmektedir (Kazancı): "*Sözleşmenin bu hükmüne göre İl Daimî Encümenince belirlenecek kiranın taraflarca kabul edileceği anlaşılmaktadır. İl Daimî Encümeni davacı kuruma ait bir kuruluştur. Hâl böyle olunca kira bedelini tesbit yetkisinin sözleşme ile davacı kuruluşa verildiğinin kabulü gerekir. Bu durumda, davalı kural olarak mahkeme kararında olduğu gibi İl Daimî Encümenince belirlenen kira parasını ödemek zorundadır. Ne var ki İl Daimî Encümeni, dolayısıyla da davacı kira parasını belirlerken kendisine verilen bu yetkiyi kötüye kullanmamalıdır. Aksi halde Medenî Kanununun 2. maddesi hükmü gereğince bu hâl dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz."*

13. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2011 tarih ve 3156/10393 sayılı kararında da idarenin sözleşmeden doğan, irtifak bedelini belirleme hakkını MK m. 2'deki dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanması gerektiğine işaret edilmiştir (karar için bkz. Legalbank).

⁴³⁰ Bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 62; **Akyol**, Çelişki Yasağı, 147 vd.; **Konuralp/Tercan**, 17 vd.; **Arslan**, 47 vd.; **Edis**, 302-303; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 405 vd.

Keza aynı esası ifade eden yüksek yargı kararlarına örnek olarak bkz.: BGE 101 Ia 44; BGE 102 II 16; BGE 105 II 149; BGE 111 II 62; BGE 119 Ia 221; BGE 120 Ia 19; BGE 123 II 220; II. ZA, 31.1.2003, 5P. 263-463/2002 (İsv. FM-İnternet); Yarg. HGK, 19.04.2017, 9-1588/784 (Kazancı); Yarg. HGK, 25.9.2002, 2-617/648 (Kazancı); Yarg. HGK, 28.5.2003, 1-374/370 (Kazancı); Yarg. 10. HD, 29.01.2008, 5188/645 (Kazancı); Yarg. 21. HD, 06.02.2017, 18583/588 (Kazancı).

m. 2 normunun usûl hukukundaki özel bir uygulama hali niteliğindedir. Aynı hüküm, 19.12.2008 tarihli İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun (ZPO) 52. maddesinde de yer almaktadır.

III. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

1- Anlamı

859 MK m. 2/f. 2'ye göre: “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Eski MK m. 2/f. 2'de hakkın “... surf gayri izrar eden suiistimali...”nden bahsedilirken, yeni metinde ZGB Art. 2/Abs. 2'ye uygun biçimde “... hakkın açıkça kötüye kullanılması...” ibaresine yer verilmiştir.

860 Bir kimsenin bir hakkını kullanması kendisine çeşitli yararlar sağlarken, aynı zamanda başka birini zarara uğratabilir veya güç duruma sokabilir. Meselâ, bir arsa sahibinin arsasına imar kurallarına uygun bir apartman yaptırması durumunda, yapılan bina, arkadaki binanın manzarasını kapatır. Alacağını tahsil etmek isteyen alacaklı, borcunu ödemeyen tacirin iflâsını isteyince, o tacirin piyasadaki durumu ve ticarî itibarı sarsılır. Bunlar hakların kullanılmasının normal ve katlanması gereken sonuçlarıdır. Dolayısıyla, bir “hakkın kötüye kullanılması” durumu söz konusu değildir.

861 Ancak, hak sahibi hakkını kullanmada tümüyle serbest değildir. Bütün haklar bunların tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılmak gerekir. Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve böylece o hak kötüye kullanılmış olur⁴³¹.

⁴³¹ Bkz. Nr. 850. Ayrıca bkz. ve karş. Akyol, Dürüstlük Kuralı, 23 vd.; Ataay, 420; Tekinay, Medenî Hukuk, 172.

Yarg. İçt. Bir. K. 9.3.1955, 22/2'de de şöyle denilmiştir: “... hukukî muamelelerin hükümsüzlüğü iddiası objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı olduğu takdirde dinlenmez, zira bir hakkın suiistimali durumuna girer ve kanunî himayeden mahrum olur” (RG, s. 9039).

Meselâ, Medenî Kanun, eşlere, “mal ortaklığı” adı verilen bir mal rejimini benimseme imkânı tanımıştır (MK m. 256 vd). Bir eş öleceği sırada, daha önceki evliliğinden doğmuş çocuklarının miras haklarını azaltmak amacı ile⁴³² eşiyile böyle bir ortaklık sözleşmesi yaparsa, bu sözleşmeyi yapma ve mal rejimini seçme hakkını amacına aykırı biçimde yâni kötüye kullanmış olur⁴³³. 862

Hakkın kötüye kullanılması bütün haklar için söz konusu olabilir⁴³⁴. Bazı hakların kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği yolundaki fikre⁴³⁵ katılmıyoruz⁴³⁶. 863

⁴³² Mal rejimi sözleşmesinde eşler ortaklık mallarının paylaşım oranını serbestçe belirleyebilirler. Fakat MK m. 276/f. 3’e göre: “*Bu tür anlaşmalar altsoyun saklı mallarını zedeleyemez.*” (Eski MK m. 222/c. 2’de ölen eşin altsoyu için ortaklık mallarının dörtte biri her halde saklı tutuluyordu). Dolayısıyla, böyle bir amaçla mal ortaklığı rejiminin seçilmesi, sadece fûruun miras payının saklı pay dışında kalan bölümü açısından etkili olabilecektir; bu ise, MK m. 2/f. 2 engelini takılabilmektedir.

Mamafih MK m. 2/f. 2’nin buradaki engelleyici fonksiyonu, önemini, yeni Medenî Kanun döneminde eskisine oranla büyük ölçüde yitirmiştir. Zira, altsoyu saklı pay dışında kalan kısımdan yoksun bırakmak için mal rejimini mal ortaklığına çevirmeye gerek yoktur; miras bırakan başkaca bir tasarrufla da aynı sonuca ulaşılabilir. Ama miras bırakan böyle bir tasarruf yapmamış ve mal ortaklığını seçme yoluna gitmişse MK m. 2/f. 2 yine de önem taşıyacak; altsoy, sadece saklı payını alabilecek iken, mal rejimi sözleşmesini MK m. 2/f. 2’ye aykırılık sebebiyle devre dışı bıraktırıncaya normal miras payının tamamına kavuşabilecektir.

⁴³³ BGE 81 II 413 = JdT 1956 I 551; BGE 53 II 97 = JdT 1927 I 551; Egger, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 3; Ataay, 420, dn. 11; Bürgi, N. 90; karşı JdT 1973 I 350.

⁴³⁴ Anayasanın koruması altında bulunsa dahi hak arama hürriyetinin kötüye kullanılması halinde kişisel haklar ihlâl edilmiş olabilir. Hedeflerin korunmaya değer bulunması yetmez, başvuru araçları yönünden de aşırı davranılmaması gerekir: Yarg. 4. HD. 8.12.1978, 2086/13877 (YKD, 1979/9, sh. 1268).

⁴³⁵ Bkz. Egger, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 29; Velidedeoğlu, Umumî Esaslar, 340; JdT 1942 I 85; JdT 1958 I 198.

⁴³⁶ Bkz. Oğuzman, Şekil Noksanı, 256; keza bkz. Deschenaux, 149.

Hakkın kötüye kullanıldığının ileri sürülemeyeceğine örnek olarak belirtilen calî (yapmacık) evlenmeleri, meselâ, bir evlilik birliği kurmak için değil

864 Hakkın kötüye kullanılması, esasen hiçbir şekilde bir hakka dayanmayan (haksız) davranışlarla karıştırılmamalıdır. Bunların her ikisi de hukuk düzenince onaylanmayan davranışlardır; fakat hakka dayanmayan davranışta ortada görünüşte dahi “bir hakkın kullanılması” durumu söz konusu değildir⁴³⁷. Ya hiçbir hakka dayanılmamıştır (o konuda bir hak yoktur) veya dayanılan hakkın –dürüstlük kuralı ile ilgisi bulunmayan– kendi sınırları aşılmıştır. Meselâ, bir kimsenin, başkasının arsasına inşaat yapması veya kendi arsasındaki inşaatı komşu arsaya taşırması haksız bir davranıştır. Burada kişinin o konuda (başkasının arsasına inşaat yapmakta veya inşaatını komşu arsaya taşımakta) hiçbir hakkı yoktur. Bunun hakkın kötüye kullanılması ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

865 Buna karşılık hak, kendi sınırları içinde kalınmakla beraber aşağıda örneklerini göreceğimiz şekilde, amacına aykırı olarak kullanılırsa kötüye kullanılmış olur. Burada kişinin o konuda bir hakkı vardır ve o, hak sahibi sıfatıyla hakkını kullanmaktadır; ancak hakkın amacına aykırı davrandığı için hakkını kötüye kullanmış sayılmaktadır.

de sırf kadına vatandaşlık kazandırmak için yapılan evlenmeleri İsviçre Federal Mahkemesi, hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesi ile bâtil saymıştır (bkz. **Descenaux**, 154).

Bu uygulamanın evlenmenin butlanı konusundaki esaslarla ne derece bağdaşacağı tartışma konusu yapılabilirse de (bkz. **Descenaux**, 154, Not 7'deki eserler), hakkın kötüye kullanılması ile elde edilmek istenen sonucun (örnek olayda, vatandaşlığın) tanınmaması bu davranışa karşılık yeterli bir yaptırımdır.

Bu arada belirtelim ki, revizyon öncesinde evliliğin butlan sebeplerini gösteren ZGB Art. 120'ye, 29.9.1952 tarihli “İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybedilmesi Hakkında Kanun”un 56. maddesi ile yeni bir bend (b. 4) eklenerek, kadının evlilik birliği kurmak için değil de vatandaşlık kazanma kurallarından kurtulma amacıyla evlenmesi bir butlan sebebi olarak kabul edilmiş idi. ZGB'nin evlilik hukukuna ilişkin hükümlerinde köklü değişiklik yapan ve 1.1.2000'de yürürlüğe giren 26.6.1998 sayılı Kanun sonrasında, bugün butlan sebeplerini gösteren ZGB Art. 105'te ve nisbî butlan sebeplerine ilişkin ZGB Art. 107'de böyle bir hâl yer almamaktadır.

⁴³⁷ Bkz. Yarg. 21. HD, 18.6.2002, 4968/5920 (Yarg. Dün., Ekim 2002, sh. 145 vd.).

Mamafih, hakkın kötüye kullanılmasını hakka dayanmayan davranış kategorisine koyanlar da olmuştur⁴³⁸.

2- Hakkın Kötüye Kullanılma Hâlleri

a) *Prensip*

İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında⁴³⁹ da belirtildiği üzere, bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her somut olayın kendi şartları göz önünde tutularak tayin edilebilir⁴⁴⁰. 866

Bu konuda önceden bazı kriterler koymak yapay çözüm tarzlarına ve zorlamalara yol açabilir⁴⁴¹. Nitekim, kimi zaman İsviçre Federal Mahkemesi, bir sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini ileri sürme hakkının kötüye kullanılması konusunda çeşitli olaylarda o somut olayın özelliği gereği varmış olduğu sonuçları, daha önceden koyduğu bazı kriterlere bağlama çabasına girdiği için, vardığı doğru sonuçları tatmin edici olmayan gerekçelere dayandırmak zorunda kalmıştır⁴⁴². 867

Şekle uygun olmayan sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra geçersizlik iddiasında bulunulması⁴⁴³ veya bir tarafın şekle uyul- 868

⁴³⁸ Bu hususta Fransız hukukçusu *Planiol*'ün "*kötüye kullanmanın başladığı yerde hak sona erer*" (*Le droit cesse où l'abus commence*) sözü meşhur olmuştur. Bkz. **Planiol/Ripert**, No. 978; **Egger**, *Zürcher Kommentar*, Art. 2, N. 23; **Velidedeoğlu**, *Umumî Esaslar*, 339; **Deschenaux**, 138.

⁴³⁹ Federal Mahkeme I. Dairesi'nin 11.05.2015 tarih ve 4A-72/2015 sayılı yayınlanmamış kararı (*swisslex.ch*); BGE 121 III 60; JdT1946 I 396; JdT 1953 I 239; JdT 1959 I 169; JdT 1961 I 208, 557; JdT 1964 I 565; JdT 1967 I 338. Keza bkz. **Acemoğlu**, 151.

⁴⁴⁰ Bkz. **Oğuzman**, *Pratik Çalışmalar II*, 72, 75; Yarg. HGK, 04.05.2011, 11-59/271 (Kazancı).

⁴⁴¹ Karş. **Deschenaux**, 168, 179.

⁴⁴² Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid**, 58; **Oğuzman**, *Pratik Çalışmalar II*, 72 vd.

⁴⁴³ Bkz. **Deschenaux**, 179; **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 550 vd.; **von Tuhr/Peter**,

237-238; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 173; **Eren**, 290-291; **Oğuzman/Öz**, I, 156 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar Hukuku, 104 vd. ve soruna ilişkin son derece detaylı ve doyurucu açıklamalar için özellikle bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 312 vd. Ayrıca bkz. Nr. 891.

Yargıtayımız da, şekil sakatlığı bulunan ölüncüye kadar bakma ve evlât edinme sözleşmelerinin gerekleri yerine getirildikten ve bakım alacaklısı veya evlât edinen öldükten sonra mirasçılarının şekil sakatlığı yüzünden butlanı ileri sürmelerini, hakkın kötüye kullanılması saymıştır. Bkz. Yarg. HGK. 11.3.1953, 2/9 (**Oğuzman**, Pratik Çalışmalar II, 70, dn. 18); Yarg. HGK. 1.11.1964, 2-953/640 (AD, 1965, s. 7-8, sh. 943); Yarg. HGK, 29.5.2002, 2-441/433 (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh. 55 vd.); Yarg. 16. HD. 11.5.1992, 7828/6695 (YKD, 1992/10, s. 1586); Yarg. 13. HD, 11.4.1995, 3082/3651 (Yarg.-İnternet); Yarg. 13. HD, 25.3.1996, 2290/2831 (Yarg.-İnternet). Fakat evlât edinmeye ilişkin resmî senedin hiç yapılmamış olması halinde evlâtlık ilişkisinin bulunmadığı iddiasını Yargıtay hakkın kötüye kullanılması saymamıştır. Yarg. 2. HD. 20.9.1979, 56158/6540 (YKD, 1980/2, sh. 202); karş. Yarg. 8. HD, 19.9.1996, 1378/7639 (Yarg.-İnternet).

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaat tamamlandıktan sonra şekil noksanı sebebiyle hükümsüzlüğün ileri sürülmesi açısından da bkz. Yarg. 15. HD, 29.5.1979, 1126/1282 (YKD, 1980/8, sh. 132); Yarg. 15. HD. 6.4.1977, 511/821 (YKD. 1979/3, sh. 391); Yarg. HGK, 6.6.1979, 14-190/799 (BATİDER, 1980, sh. 809).

Yarg. İct. Bir. K. 30.9.1988, 2/2 (YKD, 1989/2, sh. 149)'da da şekle uygun yapılmamış gayrimenkul satış vaadinde, şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hallerde bu satış vaadine dayanılarak tescil istenebileceği kabul edilmiştir.

Konuya ilişkin olarak şu kararlara da bkz: Yarg. HGK, 03.11.2010, 19-559/546 (Kazancı). Yarg. HGK, 13.3.2002, 21-173/167 (Yarg. Dün., Eylül 2002, sh. 44-45); Yarg. HGK, 29.5.2002, 2-441/433 (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh. 55 vd.); Yarg. HGK, 5.6.2002, 1-439/478 (Yarg. Dün., Ekim 2002, sh. 48 vd.); Yarg. 15. HD, 29.11.2001, 3664/5516 (Yarg. Dün., Şubat 2002, sh. 103 vd.); Yarg. 19. HD, 1.12.2004, 4920/11928 (İBD, c. 79, s. 1, 2005, sh. 282 vd.); Yarg. 14. HD, 04.04.2011, 3105/4532 (Legalbank); Yarg. 14. HD, 14.12.2011, 11146/15450 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 24.01.2012, 5470/857 (Legalbank); Yarg. 19. HD, 16.02.2017, 1184/446 (Kazancı).

İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki uygulamasına örnek olarak bkz. BGE 88 II 24; BGE 90 II 27; BGE 92 II 325; BGE 93 II 105; BGE 112 II 111; BGE 112 II 336.

mamasını kendisi sağlamış olduğu hâlde sonradan sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmesi⁴⁴⁴ hakkın kötüye kullanıldığını gösterir. Fakat bunu her zaman uygulanacak, mutlak ve kesin bir ölçü olarak kabul etmek doğru olmaz⁴⁴⁵. Bu tür olguların varlığı, hakkın kötüye kullanıldığı yolunda güçlü bir argüman teşkil eder; fakat mes'ele mutlaka her somut olay için ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmeli, genelleme yapmaktan kaçınılmalıdır.

Bir hakkın kötüye kullanıldığını kabul etmek için failin *kusurlu* 869 olması ve özellikle *zarar verme kasdının* bulunması zorunlu bir unsur değildir⁴⁴⁶. Hakkın kötüye kullanılmasına dair birçok olayda böyle bir kasdın mevcut olması, bunun zorunlu bir unsur olduğunu göstermez. Kaldı ki, zarar verme kasdı bulunmadığı halde, sonuçta hakkın kötüye kullanıldığının kabul edildiği durumlar da vardır.

Keza, birine fiilen *zarar* verilmiş olması veya *zarar tehlikesi* 870 bulunması da hakkın kötüye kullanıldığının kabul edilebilmesi için şart değildir⁴⁴⁷. Özellikle, kanuna karşı hile teşkil eden kötüye kullanma

Fakat geçersizliğin ileri sürüldüğü her durumda da hakkın kötüye kullanılması iddiasında bulunmak söz konusu değildir. Nitekim bkz. Yarg. 19. HD, 2.10.2001, 2053/6100 (YKD, 2003/1, sh. 80-81).

⁴⁴⁴ Bkz. **Deschenaux**, 180 vd. Ayrıca bkz. Nr. 884.

⁴⁴⁵ Bkz. **Oğuzman**, Pratik Çalışmalar II, 72 vd. Nitekim Federal Mahkemenin yeni uygulaması da bu yöndedir. Bkz. BGE 104 II 101; BGE 110 II 494; BGE 112 II 111; BGE 113 II 187; BGE 115 II 339; BGE 116 II 700.

⁴⁴⁶ Bkz. **Deschenaux**, 144; **Ataay**, 423 vd.; **Edis**, 327-328 ve orada, sh. 327, dn. 8'de belirtilen eserler; **Serozan**, Medeni Hukuk, 169; **Anayurt**, 308; BGE 81 II 413 = JdT 1956 I 552; Yarg. HGK, 13.07.2011, 4-359/405 (Legalbank); bu konudaki tartışma ve ileri sürülen farklı görüşler için ayrıca bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 181 vd.

⁴⁴⁷ Aynı görüşte: **Özsunay**, 321; **Schwarz**, 196; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 22; **Dural/Sarı**, 256; karşı. **Barlas**, Dürüstlük Kuralı, 192, dn. 2. Fakat doktrinın çoğunluğu aksi görüştedir. Bkz. **Velidedeoğlu**, Umumî Esaslar, 341; **Ataay**, 423; **Edis**, 328-329; **Tekinay**, Medenî Hukuk, 172; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 188; **Say-**

hâllerinde ortada başkasına verilmiş bir zarar bulunmayabilir⁴⁴⁸.

871 Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her olayın kendi şartları içinde ayrıca araştırılacak ise de, uygulamada sıkça rastlanılan bazı olay gruplarından çıkarılan bir takım kriterler hakkın kötüye kullanıldığı yönünde önemli bir işaret teşkil edebilir. Şimdi bu kriterlerin neler olduğunu ele alacağız.

b) Hakkın Kötüye Kullanıldığını Gösteren Durumlar⁴⁴⁹

aa- Hakkın Kullanılmasında Meşru Bir Menfaat Bulunmaması

872 Bir hakkın, hak sahibine meşru bir menfaat sağlamak için değil de sırf bir başkasını zarara sokmak, onu güç duruma düşürmek veya gayrimeşru kazanç sağlamak üzere kullanılması halinde, hak kötüye kullanılmış olur⁴⁵⁰.

men, 325; **Öztañ**, Medenî Hukuk, 180; Yarg. HGK, 3.10.2001, 6-653/672 (YKD, 2002/1, sh. 9 vd.). Eski MK m. 2/f. 2'nin lâfzından destek alan bu görüş kanaatimizce yeni MK m. 2/f. 2'nin ifadesi karşısında, artık önemini yitirmiş ve kolaylıkla savunulamaz. Karş. Yarg. 8. HD, 8.11.2017, E. 2017/14178, K. 2017/14765 (Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 895 ve 896.

⁴⁴⁸ Bkz. bu tespiti yapmakla birlikte, hakkın kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için zararın/zarar tehlikesinin varlığını arayan ve bu noktanın kanuna karşı hile ile hakkın kötüye kullanılmasını birbirinden ayırmada başvuru olan bir ölçüt olduğunu belirten **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 188-189; karşı. **Velidedeoğlu**, Umumî Esaslar, 351.

⁴⁴⁹ Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesinin önemli kararları için bkz. Fritz **Sturm**, Das Rechtsmissbrauch im Schweizerischen Recht-Ein Überblick über die neuere Judikatur des Bundesgerichts, SJZ, 1993/22, sh. 374 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 56 vd.

⁴⁵⁰ Yarg. HGK. 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank). Yargıtay'a göre, henüz kat mülkiyeti kurulmamış bir binada daire sahibi olmak için daha önce arsa payı almış olan kişinin, aynı arsadan daha sonra pay satın alan kişiye karşı önalım hakkını kullanması ve çok düşük bedelle satın alınan arsa payının satış bedelini ödeyip, sonradan değeri çok artan daireyi "kanun boşluklarından yararlanarak

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bir hakkın kullanılmasından bir başkasının zarar görmesi, olağan bir durumdur. Sadece sonuçta bir kimsenin hak kullanımından başkasının zarara uğramış olması, hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmez. Meselâ, öndeki arsaya imar hukukuna uygun biçimde yapılan binanın arkadaki binanın manzarasını kapatması hâlinde durum böyledir. 873

Fakat bir kimsenin mülkiyeti kendisine ait arazi üzerine, kendisinin hiçbir ihtiyacına cevap vermeyen bir duvarı veya bir tahta perdeyi, 874
sırf komşusunun manzarasını kapatmak için yaptırması, ortada hiçbir menfaat bulunmadan doğrudan başkasını rahatsız etmeye yönelik bir davranış olarak hakkın kötüye kullanılmasının klâsik örneğidir⁴⁵¹. Keza, ülkemizde de bir Belediye, seçilen başkana oy vermeyen deniz kenarındaki büyük bir sahil sitesinin deniz manzarasını kapatmak için, sahile hiçbir amaca hizmet etmeyen, olağan boyutları aşar yükseklikte reklâm panoları yerleştirmişti ki bu da tipik bir hakkın kötüye kullanılması halidir.

Ortada hak sahibi için hakkın kullanılması ile sağlanacak bir menfaat bulunmakla beraber, bu menfaatin meşru olmaması hâlinde de 875
hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilir⁴⁵². Bu hususa klâsikleşmiş bir

elde etmek istemesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz”; Yarg. 6. HD. 7.10.1980, 9356/8634 (YKD, 1982/1, sh. 45); Yarg. HGK. 19.3.1980, 6-1101/1420 (YKD, 1980/9, sh. 1191). Bu kararlarda “iyiniyet” kavramına hatalı olarak yer verilmiştir; doğrusu “dürüstlük kuralı” olmalıdır.

⁴⁵¹ **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 15, 344 vd.; **Deschenaux**, 136, 169; **Özsunay**, 323. Bu konudaki Yargıtay Kararları için bkz. **Tekinay**, Medenî Hukuk, 173. Yarg. HGK. 13.1.1965, 2/16’da şöyle denilmiştir: “*Dâvalının bahçe duvarının üzerine yaptırdığı tahta parmaklıklar yüzünden dâvacının evinin deniz manzarasının kapandığı ve bu parmaklıkların yapılmasında dâvalının bir menfaati de bulunmadığı anlaşılmaktadır... İmar mevzuatının o yolda parmaklık yapılmasına müsait olması, bu hakkın kötüye kullanılmasını gerektirmez.*”

⁴⁵² **Baumann**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 369 vd. BGE 123 III 200; BGE 120 II 100; İsv. FM. I. D, 11.05.2015, 4A-72/2015 (swisslex.ch). Meselâ, boşanma davasında davacı eşin kusuru daha ağır ise davalı eşin boşanmaya itirazda bulunma hakkı vardır. Fakat davalı, bu hakkını kötüye kullanamaz; bu evliliğin

örnek, Fransız mahkeme içtihatlarında yer alan şu olaydır: Bir kişinin, mülkiyeti kendisine ait olan ve bir uçak şirketine ait hangarların ve havaalanının yanında bulunan arazisini yüksek bedelle bu şirkete satmak (şirketi böyle bir alıma zorlamak) için, arazisine, uçakların havalanmasını ve inişini engelleyecek biçimde yüksek direkler dikmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır⁴⁵³. Burada, arazi sahibinin, araziyi uçak şirketine yüksek bedelle satmasında menfaati vardır; fakat bu menfaat hukuka uygun (meşru) değildir.

- 876 Yargıtay da bir kararında, paylı (müşterek) mülkiyette paydaşlardan her birinin kendi payı üzerinde intifa hakkı tesis edebileceğini; fakat ortada hiçbir haklı ve geçerli sebep yokken, sırf taşınmazın değerini düşürmek ve böylece diğer paydaşlara zarar vermek amacıyla bir paydaşın, kendi payı üzerinde başkası lehine intifa hakkı kurmuş olmasını hakkın kötüye kullanılması saymıştır⁴⁵⁴.

devamında davalı eş ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaat kalmamışsa itiraza ve davacı eşin daha fazla kusurlu olmasına rağmen boşanmaya karar verilebilir (MK m. 166/f. 2). Karş. kocasının açtığı boşanma davasına itiraz eden kadının, kendisi de karşı dava olarak boşanmayı talep etmesi karşısında bu itirazın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu kabul eden Yarg. 2. HD, 02.05.2011, 6917/7448 (Kazancı). Zamaşımı def'ini ileri sürme hakkının kötüye kullanılması konusunda bkz. Yarg. 14. HD, 06.06.2011, E. 2011/6339, K. 2011/7351 (Kazancı).

- ⁴⁵³ Saymen, 323; Velidedeoğlu, Umumî Esaslar, 336; Tekinay, Medenî Hukuk, 172; Özsunay, 325.

Bugün Türk Hukukunda, bu durumu önlemek için hakkın kötüye kullanılması kavramına başvurmaya ihtiyaç yoktur; MK m. 718 ve 730'un uygulanması yeterlidir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 478.

İşaret edelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi, bir kimsenin arazisinde inşaat yapması halinde bu inşaatın özel uçak pisti sahibi olan komşuyu rahatsız etmesini, hakkın kötüye kullanılması saymamıştır. Meşru menfaate dayanan inşaat, MK m. 718 (ZGB Art. 667) kapsamında haklı bir davranış olarak değerlendirilmiştir: JdT 1979 I 227.

- ⁴⁵⁴ Yarg. 14. HD, 6.7.2005, 5514/6897 (Kazancı).

Keza, bir hakkın kullanılmasında, hak sahibi için aynı değerde 877 daha başka imkânlar varken, hakkın başkasına zarar verici tarzda kullanılması da kötüye kullanma sayılabilir⁴⁵⁵. Meselâ, devasa boyutlu bir uydu antenin binanın çeşitli yerlerine dikilmesi mümkün iken, özellikle komşuya zarar vermek için, onun manzarasını kapatacak bir yere dikilmesi böyledir.

***bb- Hakkın Kullanılmasının Hak Sahibine Sağlayacağı
Menfaat İle Başkasına Vereceği Zarar Arasında
Aşırı Oransızlık Bulunması***

Kural olarak hiç kimse hakkını kullanırken bundan elde edeceği 878 fayda ile karşı tarafın uğrayacağı zararı karşılaştırmak ve bunları dengelemeye çalışmak zorunda değildir⁴⁵⁶. Fakat bir kimsenin hakkını kullanması sonucunda elde edeceği yarar, diğer kişinin bu hak kullanımını sonucunda uğrayacağı zarara oranla çok önemsiz kalıyorsa, başka deyişle, hakkın kullanılmasının sağlayacağı yarar ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilebilir⁴⁵⁷. Meselâ, bir kira sözleşmesi yasal yollara başvuru olarak sona erdirilmiştir ve kiracının evi tahliye etmesi gerekmektedir. Fakat kiracı ağır hastadır ve yer değiştirmesi hayatı için büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Buna rağmen, ev sahibinin evin hemen tahliye edilmesini istemesi hakkın kötüye kullanılmasıdır⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Deschenaux, 191; Edis, 341.

⁴⁵⁶ Egger, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 35; Deschenaux, 170; Edis, 338.

⁴⁵⁷ Deschenaux, 170; Baumann, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 302 vd.; Medicus, Allgemeiner Teil, 62; Edis, 338 vd. Karş. Yarg. 10. HD, 4.10.1993, 7172/10346 (Yarg.-İnternet); karar, anılan gerekçe ile izah olunabilir. Keza bkz. ve karş. Yarg. 10. HD, 15.11.2001, 7493/7794 (YKD, 2002/8, sh. 1185 vd.); Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank); Yarg. 23. HD, 16.02.2017, 1184/446 (Kazancı); Yarg. 8. HD, 8.11.2017, E. 2017/14178, K. 2017/14765 (Kazancı).

⁴⁵⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, 57; Schwarz, Medenî Hukuk, 197; Özsunay, 326.

**cc- Kendi Ahlâka Aykırı Davranışına Dayanarak Hak
Kullanılması**

- 879 Kimsenin kendi ahlâka aykırı davranışına dayanarak lehine sonuç çıkaramayacağı ve talepte bulunamayacağı (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) çok eski bir hukuk ilkesidir. Kanunlarımızda bu esasa dayanan çeşitli hükümler vardır (BK m. 81, 175 gibi). Aynı esas, bir kimsenin aldatıcı davranışlarda bulunarak veya başka şekillerde ahlâka aykırı hareket ederek yarattığı duruma dayanmak suretiyle bir hakkı kullanması halinde, onun bu davranışının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesini gerektirir⁴⁵⁹.
- 880 Meselâ, bir kimsenin karşı tarafı borcunu mutlaka ifa edeceği vaa-diyle veya başka tekliflerle oyalayarak bir zamaşımı süresini veya hak düşürücü süreyi geçirttikten sonra, kendisine karşı dava açılınca zamaşımı veya hak düşümü savunmasında bulunması, bu anlamda, hakkın kötüye kullanılmasıdır⁴⁶⁰.
- 881 Fakat hak sahibinin zamaşımı süresi içinde kalsa bile sadece davayı geç açması (dava açma hakkını uzun süre kullanmayıp, zamaşımı süresinin dolumuna az bir zaman kala dava açması) tek başına hakkın kötüye kullanılması sayılamaz. MK m. 2 zamaşımı süresinin kısalması sonucunu doğurmaz⁴⁶¹. Bununla birlikte, somut olayın

⁴⁵⁹ **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 540 vd.; **Deschenaux**, 175 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 58-59; Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank). İsviçre Federal Mahkemesi, kocasından boşanmış kadının nafaka almaya devam etmek için sevgilisi ile evlenmeyip metres hayatı yaşayarak nafaka almasını hakkın kötüye kullanılması saymıştır. Bkz. JdT 1979 I 212.

⁴⁶⁰ Bkz. **Akyol**, Çelişki Yasağı, 47 vd.; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 58; karşı. **Tuor/Schnyder/Schmid**, 58-59; **Baumann**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 384 vd.; **Caroni**, 208; Yarg. HGK, 12.5.1965, 4-5/203 (RKD, 1966, II/I, sh. 54); Yarg. 10. HD, 30.9.1986, 4413/4777 (YKD, 1986/12, sh. 1790); Yarg. 10. HD, 28.9.1993, 3079/10013 (Yarg.-İnternet).

⁴⁶¹ JdT 1991 I 356; JdT 1985 I 271; BGE 114 II 111; BGE 117 II 575; Yarg. HGK, 26.3.1997, 13-11/240 (İBD, 1997/3, sh. 662 vd).

özel şartları desteklediği takdirde, hakkın özellikle gecikmeli olarak kullanıldığı bazı durumlarda, hakkın kötüye kullanılması olgusu ile karşılaşılabılır. Meselâ, hak sahibi, sırf karşı tarafın sahip olduğu delilleri karartmak amacıyla hakkını uzun süre kullanmayıp, sonra birden ortaya çıkıp talepte bulunuyorsa durum böyledir⁴⁶².

Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumu ise bu konuda hakkın kötüye kullanılması yasağına geniş bir uygulama alanı tanıma yönünde gelişmiştir. Gerçekten, Yargıtay, hakkın uzun süre kullanılmayıp, zamanaşımı süresi içinde dahi olsa sonradan dava açılması halinde, olayda başkaca ek unsurlar bulunmasa bile hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varmaktadır⁴⁶³.

882

⁴⁶² Bkz. Tuor/Schnyder/Schmid, 59; BGE 98 II 116.

⁴⁶³ Meselâ bkz. Yarg. HGK, 13.06.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380 (Kazancı); Yarg. 4. HD, 09.03.2016, E. 2015/5265, K. 2016/3059 (Kazancı); Yarg. 22. HD, 28.04.2014, E. 2014/11491, K. 2014/10054 (Kazancı); Yarg. 1. HD, 30.01.2014, E. 2014/22013, K. 2014/21600 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 27.12.1990, 16075/16556 (İBD, 1991/4-5-6, sh. 471 vd.); Yarg. 6. HD, 24.4.1992, 5307/5697 (YKD, 1993/4, sh. 526 vd.); Yarg. 19. HD, 5.9.1993, 6126/5501 (YKD, 1994/2, sh. 261); Yarg. 5. HD, 20.9.1994, 9471/17178 (Yarg.-İnternet); Yarg. 10. HD, 14.2.1995, 1101/1350 (Yarg.-İnternet); Yarg. 2. HD, 27.5.1996, 2172/3076 (YKD, 1997/1, sh. 95 vd.). Keza bkz. Yarg. 6. HD, 27.12.1990, 16075/16556 (temerrüt olgusu gerçekleşikten 1 yıl sonra kiracının temerrüt sebebiyle tahliyesi için dava açılması); Yarg. 6. HD, 21.1.2003, 7648/305 (önalım hakkı kullanıldıktan sonra, on yıllık sürenin bitimine az bir zaman kala dava açılması); Yarg. 6. HD, 6.10.2005, 6008/9127 (yeni kira döneminin başlamasından 3 yıl geçtikten sonra, eski döneme ilişkin kira bedellerinin ödenmediği iddiasıyla kiracı aleyhine tahliye davası açılması); Yarg. 2. HD, 9.11.2005, 12025/15351 (fiilî ayrılıktan 14 ay sonra, kendisi aleyhine terk sebebiyle boşanma davası açılması üzerine, davalı eşin davacı eş aleyhine karşı dava olarak, evlilik birliğinin sarsıldığı iddiasıyla boşanma davası açması); Yarg. HGK., 14.12.1983, 6-676/1305 (kiracının baldızı ve kayınvalidesinin de kiralanan konutta oturduğunu bildiği halde 9 ay boyunca buna ses çıkarmayan kiralayanın, daha sonra bu sebebe dayanarak tahliye davası açması). Ayrıca bkz. aynı yönde değişik örnek olay kararları olarak: Yarg. 2. HD, 25.10.2010, 16037/17586; Yarg. 2. HD, 07.04.2011, 14739/6170; Yarg. 2. HD, 30.06.2010, 2005/13091. Bu kararlar için bkz. Kazancı.

- 883 Bu çerçevede, gerek İsviçre Federal Mahkemesi, gerekse Yargıtayımız, evlilik dışı ilişkiden çocuğu olan bir erkeğin, aleyhine babalık dâvası açılmasını önlemek için, kandırıcı vaad ve davranışlarda bulunarak MK m. 303/ZGB Art. 263 (eski MK m. 296/eski ZGB 308)'deki süreyi geçirttikten sonra, aleyhine açılan babalık dâvasında süre geçtiği için dâva hakkının düştüğünü ileri sürmesini, bu yoldaki itiraz hakkının kötüye kullanılması saymıştır⁴⁶⁴.
- 884 Keza, şekle tâbi bir sözleşmenin gerekli şekle uyulmadan yapılmasına kasden sebep olan, özellikle karşı tarafı şekle aykırı davranmaya bizzat yönelten tarafın, daha sonra sözleşmenin şekil yönünden geçersiz olduğunu ileri sürmesi de yukarıda açıklanan esas uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılmaktadır⁴⁶⁵.
- 885 Aslında hâkim, gerek hak düşürücü sürenin geçtiğini, gerekse şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği re'sen nazara almak zorunda ise de, bir tarafın bu hususları ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde hâkimin bu hususu da re'sen nazara almak zorunda olduğu ve aksaklığı ileri süren tarafın talebi doğrultusunda karar veremeyeceği kabul edilmektedir⁴⁶⁶.

Bazı kararlarında ise Yargıtay, bu durumu "sessiz kalma yoluyla hak kaybı" olarak tanımlamakta ve bunun dayanağının MK m. 2 olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yarg. HGK, 04.05.2011, 11-59/271; Yarg. 11. HD, 13.05.2010, 5428/5335; Yarg. 11. HD, 14.05.2010, 4406/5379 (kararlar için bkz. Kazancı).

⁴⁶⁴ BGE 46 II 90; BGE 49 II 319; BGE 83 II 93 = JdT 1957 I 527; Yarg. HGK, 13.3.1946, 2119/22 (*Özsunay*, 324); Yarg. 11. HD, 5.4.1977, 896/1689 (BATİDER, Haziran 1977, sh. 237); Yarg. HGK. 18.5.1966, E.T-66/K. 152 (İBD. 1968, sh. 51). Bu son kararın incelemesi için bkz. **Akyol**, Uygulama Örnekleri, 49 vd.

⁴⁶⁵ **Deschenaux**, 179 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 58; **Akyol**, Çelişki Yasağı, 134; karş. **Caroni**, 214; hukuka aykırı biçimde elde edilen bir hakkın kullanılmaya kalkışılmasının hakkın kötüye kullanılması sayılacağı yönünde **Medicus**, Allgemeiner Teil, 62; keza karş. bu halde hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığını, fakat o kimsenin eBK m. 41/f. 1 ve 2 (BK m. 49/f. 1 ve 2) yahut culpa in contrahendo sebebiyle sorumlu tutulabileceğini ifade ederek değişik görüşte **Edis**, 355. Ayrıca bkz. Nr. 868.

⁴⁶⁶ **Deschenaux**, 173; **Oğuzman**, Pratik Çalışmalar II, 69. Ayrıca bkz. Nr. 899.

Yargıtay, vekille işlem yapan üçüncü kişinin, vekâlet görevini 886 kötüye kullanan vekille çıkar ilişkisi veya ahlâka aykırı bir işbirliği içinde hareket etmesi yahut vekilin vekâlet görevini kötüye kullandığını bilmesi veya bilebilecek durumda bulunması halinde artık vekille yaptığı sözleşmenin müvekkili bağladığını ileri süremeyeceğini kabul etmekte ve bunu dürüstlük kuralına dayandırmaktadır⁴⁶⁷.

Keza, Yargıtay, muvazaalı olarak yapılan sözleşmeye taraf olan 887 kişinin daha sonra bu sözleşmenin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürmesinin (kendi muvazaasına dayanmasının) dürüstlük kuralına uymadığını kabul etmekte ve böyle bir girişimi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir⁴⁶⁸.

Bir kimsenin, başka kişiler arasında kurulmuş bulunan sözleşme 888 ilişkisine saygı göstermesi ve fiilî müdahalelerde bulunmaması özellikle iş hayatında geçerli dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bu gereğe aykırı davranan ve sözleşme taraflarından birini o sözleşmeyi bozmaya veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmeye yönelerek ve onu kışkırtarak kendisine çıkar sağlamaya çalışan kişinin bu davranışı kural olarak BK m. 49/f. 2 anlamında “ahlâka aykırı fiil” teşkil eder. Ancak böyle bir davranış, aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırılık anlamını taşıyabilir ve MK m. 2'nin bu surette ihlâli, fiilin “hukuka

⁴⁶⁷ Bkz. Yarg. HGK, 27.6.2018, E. 2017/1-1238, K. 2018/1277; Yarg. 1. HD, 28.6.2018, E. 2018/802, K. 2018/11614; Yarg. 1. HD, 14.2.1999, 12054/13284; Yarg. 1. HD, 2.10.2001, 9377/10089; Yarg. 1. HD, 28.2.2002, 1859/2454; Yarg. 1. HD, 10.4.2002, 3822/4558; Yarg. 1. HD, 25.6.2002, 5661/7913; Yarg. 1. HD, 3.2.2005, 598/ 847; Yarg. 1. HD, 23.2.2005, 837/1805; Yarg. 1. HD, 24.5.2005, 4876/6406; Yarg. 1. HD, 8.6.2005, 6561/6917; Yarg. 1. HD, 26.6.2006, 6446/7536; Yarg. 1. HD, 27.12. 2006, 11224/13086; Yarg. 1. HD, 21.12.2006, 11117/13707; Yarg. 1. HD, 23.5.2007, 4340/5893; Yarg. 1. HD, 08.07.2011, 3344/18062; Yarg. 1. HD, 23.02.2012, 452/1796 (Kararlar için bkz. Kazancı)

⁴⁶⁸ Yarg. 1. HD, 20.3.2007, 1553/2911 (Kazancı); Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank).

aykırı” sayılmasına ve sonuçta BK m. 49/f. 1 hükmünün de uygulama alanı bulmasına yol açabilir⁴⁶⁹.

dd- Uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması

889 Bir kimsenin davranışlarında tutarlılık bulunmasını gerektiren bir hukuk kuralı yoktur. Fakat bir hukukî ilişkide bir kimse davranışı ile karşı tarafta korunmaya lâyık ve esaslı bir güven uyandırdıktan sonra, artık bu davranışına ve uyandırdığı güvene aykırı, onunla çelişkili tutum takınamaz ve sonraki davranışlarıyla karşı tarafta hayâl kırıklığı yaratamaz (*venire contra factum proprium nemini licet*); aksi takdirde onun bu tutumu hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir⁴⁷⁰. Bu esas,

⁴⁶⁹ Bu konuda bkz. Ateş, 192. Ayrıca bkz. Nr. 898.

Nitekim Yargıtay da bir üçüncü kişinin başkaları arasında kurulmuş bulunan sözleşme ilişkisine bu tür fiilî müdahalelerde bulunmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu görüşündedir. Bkz. Yarg. 1. HD, 19.11.1970, 5042/6934 (*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, Borçlar Hukuku, sh. 15, dn. 13); Yarg. 14. HD, 16.9.1975, 2801/3711 (Kazancı).

⁴⁷⁰ Egger, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 36; **Baumann**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 100; **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 400 vd.; **Caroni**, 208 vd.; **Akyol**, Çelişki Yasağı, 13 vd.; özellikle karşı tarafın korunmaya değer özel bir menfaati bulunan hallerde buna imkân tanıyan **Medicus**, Allgemeiner Teil, 61; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 57; **Deschenaux**, 176 vd.; **Larenz**, Schuldrecht, I, 133 vd.; **Edis**, 343 vd.; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 57 vd.; **Özsunay**, 326; BGE 106 II 320; BGE 115 II 331; BGE 125 III 257; BGE 120 II 331; BGE 128 III 324; I. ZA, 11.11.2002, 4C. 215/2002 (İsv. FM-İnternet); I. ZA, 3.9. 2002, 4C. 129/2002 (İsv. FM-İnternet).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin *venire contra factum proprium nemini licet* ilkesini somut olaya uygulayıp, kabul ettiği kararlar olarak bkz. Federal Mahkeme I. Dairesi'nin 02.04.2015 tarih ve 4A-614/2014 sayılı; 27.03.2015 tarih ve 4A-678/2014 sayılı ve 12.03.2015 tarih ve 4A-600/2014 sayılı yayınlanmamış kararları ile Federal Mahkeme II. Dairesi'nin 27.11.2014 tarih ve 2C-32/2014 sayılı; 19.09.2014 tarih ve 5A-508/2014 sayılı; 15.09.2014 tarih ve 2C-112/2014 sayılı ve 29.04.2014 tarih ve 2C-498/2013 sayılı yayınlanmamış kararları (tümü için bkz. swisslex.ch); BGE 140 III 481; BGE 133 III 61; BGE 131 II 627; BGE 130 III 113; BGE 129 III 493; BGE 123 III 70; BGE 86 II 180, BGE 86 II 417;

“çelişkili davranış yasağı” olarak da adlandırılmaktadır.

BGE 99 II 57; BGE 103 II 342; BGE 104 II 202; BGE 107 II 478; BGE 108 II 218; BGE 113 Ib 27; BGE 120 II 307; BGE 121 III 353. Federal Mahkemenin bu esasın uygulanamayacağını belirttiği somut olay örnekleri için ise şu kararlara bkz. BGE 101 II 153; BGE 104 II 128; BGE 105 II 92; BGE 109 II 452; BGE 110 II 171; BGE 110 II 498; BGE 119 II 235.

Yarg. 14. HD. 25.11.1980, 3905/5629’da da şöyle denilmiştir: “Bir sözleşmenin taraflarından biri o sözleşmenin ifa olunacağı konusunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır” (YKD, 1981/3, sh. 338).

Keza bkz. Yarg. 11. HD, 25.01.2017, 12162/499 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 02.02.2017, 12436/1233 (Kazancı); Yarg. HGK, 16.01.2013, E. 2012/19-670, K. 2013/171 (Kazancı); Yarg. HGK, 03.02.2010, 10-23/59 (Kazancı); Yarg. HGK, 03.11.2010, 19-559/546 (Kazancı); Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank); Yarg. HGK, 6.6.1979, 14-190/799 (BATİDER, c. X, 1980, s. 3, sh. 809); Yarg. 15. HD. 12.11.1981, 2098/2240 (YKD, 1982/5, sh. 686); Yarg. 1. HD. 25.12.1981, 13206/14956 (YKD, 1982/II, sh. 1513); Yarg. 1. HD, 19.4.1984, 4128/4128 (YKD, 1985/I, sh. 16); Yarg. 14. HD, 17.9.1985, 2187/5484 (YKD, 1986/3, sh. 342); Yarg. 10. HD. 7.10.1986, 2290/5005, (YKD, 1987/2, sh. 248); Yarg. 10. HD, 21.2.1991, 6609/1544 (Yarg.-İnternet); Yarg. 13. HD. 30.1.1992, 8879/645 (Yarg.-İnternet); Yarg. 6. HD, 27.4. 1992, 5307/5697 (Yarg.-İnternet); Yarg. 13. HD, 2.6.1994, 2203/2905 (Yarg.-İnternet); Yarg. 10. HD, 24.6.1994, 7528/12881 (Yarg.-İnternet); Yarg. 13. HD, 16.3.1998, 1955/ 2368 (Yarg.-İnternet); karş. aynı yönde fakat MK m. 2’ye gereksiz şekilde dayanılan Yarg. 15. HD, 26.4.2002, 5823/2098 (Kazancı).

Kat mülkleri kurulunca oybirliğiyle alınması gereken bir kararın oyçokluğuyla alınması halinde, karar için olumlu oy kullanmış olan kat mülkinin, bir süre uygulanan bu kararın geçersizliğini sağlamak üzere dava açması çelişkili bir tutumdur ve söz konusu kat mülkinin dava hakkı MK m. 2’ye göre yoktur: Yarg. HGK, 6.5.1987, 5661/344 (YKD, 1988/6, sh. 749).

Keza, Yargıtay, ortak yerde yapılan onarım ve tesise yazılı olarak muvafakatini bildiren veya toplantıda olumlu oy kullanan kat mülkinin, iş yapıldıktan sonra buna itiraz ederek dava açmasını MK m. 2’deki dürüstlük kuralına aykırı saymaktadır. Bkz. Yarg. 18. HD, 20.5.2004, 3437/4269; Yarg. 18. HD, 28.9.2004, 4909/6579; Yarg. 18. HD, 10.2.2005, 8944/639; Yarg. 18. HD, 17.2.2005, 9227/940; Yarg. 18. HD, 14.3.2005, 88/2176; Yarg. 18. HD, 15.03.2011, 1001/3443 (Kararlar için bkz. Kazancı).

- 890 Meselâ, herhangi bir aldatma niyeti olmasa dahi, bir hakkın kullanılmayacağı yolunda karşı tarafta haklı bir güven uyandırıldıktan sonra o hakkı kullanmaya kalkışmak, anılan esas uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılabilir⁴⁷¹.
- 891 Keza, şekle aykırılık sebebiyle veya başka bir nedenle geçersiz olan sözleşmede öngörülen borçlar, sözleşme sanki geçerliymiş gibi rızaen ifa edildikten sonra geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir⁴⁷². Bunun için edimlerin tamamen ifa edilmiş olması şart değildir; ifanın kısmen gerçekleşmiş olması da yeterlidir. Hatta ifaya hiç başlanmamış olsa bile bazı istisnaî hallerde yine de bu ilke uygulama alanı bulabilmektedir⁴⁷³.

⁴⁷¹ Bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 61; **Akyol**, Çelişki Yasağı, 51; Yarg. 10. HD, 07.03.2016, E. 2015/5760, K. 2016/2481 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 25.02.2014, E. 2013/8076, K. 2014/5065 (Kazancı). Ayrıca bkz: Yarg. 2. HD, 26.10.1972, 6437/6134 (İBD. 1972, sh. 1125); karara konu olan olayda bir kimsenin reşit değilken evleneceği eşe yaptığı bağışlamanın evlendikten 11 yıl sonra hükümsüzlüğünü ileri sürmesi söz konusudur. Keza bkz. JdT 1964 I 157. Önalım hakkının kullanılması bakımından da bkz. Yarg. 6. HD, 13.4.1984, 4482/4757 (YKD, 1984/11, sh. 1670). Ayrıca bkz. evlât edinme sözleşmesindeki sakatlığın 27 yıl sonra ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul eden Yarg. HGK, 29.5.2002, 2-441/433 (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh. 55 vd.).

Bir hakkın zamanaşımı süresi içinde fakat geç (sürenin dolumuna az bir zaman kala) kullanılması, başkaca unsurlarla desteklenmedikçe, tek başına hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmez: JdT 1985 I 271; JdT 1991 I 356; BGE 114 II 111; BGE 117 II 575. Fakat somut olayın özel şartları karşısında, böyle bir davranış hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülebilir. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Nr. 881, 882.

Hukuken açıklık bulunmayan bir konuda sonradan tavır değiştirme, hakkın kötüye kullanılması demek değildir: JdT 1964 I 156.

⁴⁷² **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 315 vd.; **Akyol**, Çelişki Yasağı, 133 vd. Ayrıca bkz. Nr. 868 ve özellikle, orada atıf yapılan 30.9.1988 tarih ve 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

⁴⁷³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 320 vd. Yazar bu sorun bakımından çeşitli ihtimalleri ele alarak doyurucu açıklamalar getirmektedir.

Yargıtay, kendisini tam ehliyetli biri gibi göstererek bankadan 892 kredi kartı alan ve kullanan, fakat kredi kartı borcunun ödenmesi gerektiğinde tam ehliyetsiz olduğunu ileri sürerek borçtan kurtulmaya çalışan ayırt etme gücünden yoksun kişinin bu davranışının hakkın kötüye kullanılmasının tipik örneği olduğunu ifade etmiştir⁴⁷⁴.

Keza Yargıtay, paylı mülkiyette paydaşların taşınmazı kendi ara- 893 larında gayri resmî olarak fiilen taksim edip, her birinin kendi alanını kullanması (hususî taksim) durumunda, paydaşlardan birinin payını satması üzerine diğer paydaşın kanunî önalım hakkını kullanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Bkz. Yarg. 19. HD, 14.12.2006, 6489/12076 (Kazancı): “...kural olarak tam ehliyetsizlerin hukukî işlemleri hükümsüzdür. Ancak bu kuralın istisnaları vardır. Bunlardan biri TMK'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkesidir. ... Kanun, tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukukî işlemleri batıl sayarken, bu gibi kimseleri korumak, kendi menfaatlerine aykırı işlemler yaparak, üçüncü kişilerce sömürülmelerine engel olmak amacını gütmüştür. Bu tehlikenin ortadan kalktığı, normal zekâlî bir insanla eşdeğer tarzda hareket ettiği durumlarda, hukukî muamelenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olacaktır ki, kanun bunu himaye etmez. 09.03.1955 gün 22/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi, mümeyyiz olmayan kimse temyiz kudretini haiz olsa idi aynı surette hareket edecek, yani normal zekâlî bir insan dahi aynı tarzda muamelede bulunabilecek idi ise, ehliyetsiz olduğundan bahisle muamelenin hükümsüzlüğünü ileri sürememelidir. Somut olayda davalı, ülkemizde tam ehliyetli kişilerin dahi her zaman yararlanma olanağı bulamadıkları banka kredisinden yararlanmış, üstelik Polis kimliğini de kullanarak aldığı kredi kartını kullanmak sureti ile bir menfaat elde etmiştir. Davacı bankanın ödeme talebine kadar tam ehliyetli biri gibi hareket edebilen davalının, borcun ifası istendiğinde ehliyetsizliğini ileri sürerek ifadan kaçınması, hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğidir”. Karş. aynı yönde: Yarg. 19. HD, 22.02.2012, 10971/2633 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 19.01.2017, 13415/319 (Kazancı).

⁴⁷⁵ Yarg. 14. HD, 20.03.2017, 17174/2116; Yarg. 14. HD, 12.01.2017, 6888/200; Yarg. 14. HD, 22.12.2016, 6177/10816; Yarg. 14. HD, 08.02.2016, E. 2014/16744, K. 2016/1508; Yarg. 14. HD, 21.01.2015, E. 2014/6257, K. 2015/712; Yarg. 14. HD, 14.10.2014, E. 2014/6398, K. 2014/11139; Yarg. 14. HD, 17.06.2014, E. 2014/5612, K. 2014/8118; Yarg. 6. HD, 19.4.2005, 2112/3863; Yarg. 6. HD,

3- Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı

894 Medenî Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrası –ZGB Art. 2/Abs. 2’ye paralel biçimde– hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını şöyle ifade etmektedir. “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*”

895 Eski MK m. 2/f. 2’de ise hakkın “...sırf gayri ızzar eden suiistimali..”nden bahsedilmekte idi ve bu ifade kaynak kanuna (ZGB Art. 2/Abs. 2) nazaran farklılık arz ediyordu. İşte bu farklılıktan hareket eden ve doktrinde çoğunluğu oluşturan bazı yazarlar⁴⁷⁶ bizim hukukumuzda, hakkın kötüye kullanılması yasağının İsviçre’dekinden farklı bir şekilde yorumlanması gerektiği ve sonuçta, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, bir başkasının bundan bir “zarar” görmüş veya en azından, zarar görme tehlikesine maruz kalmış olmasının şart olduğu düşüncesinde idiler. Biz, eski MK döneminde dahi aksi

4.4.2005, 1433/3138; Yarg. 6. HD, 27.12.2005, 11424/12196; Yarg. 6. HD, 15.2.2005, 135/1029; Yarg. 6. HD, 26.4.2005, 2282/4076; Yarg. 6. HD, 3.5.2005, 2962/4462; Yarg. 6. HD, 4.7.2005, 5570/6963; Yarg. 6. HD, 6.3.2007, 289/2367; Yarg. 6. HD, 24.4.2007, 2089/4823; Yarg. 6. HD, 15.06.2010, 4218/7273; Yarg. 6. HD, 08.03.2011, 1031/2742; Yarg. 6. HD, 17.03.2011, 12044/3291; Yarg. 6. HD, 29.03.2011, 1139/3836; Yarg. 6. HD, 13.04.2011, 647/4677; Yarg. 6. HD, 05.10.2011, 5671/10267; Yarg. 6. HD, 16.01.2012, 11266/76; Yarg. 6. HD, 13.03.2012, 398/3939; Yarg. 6. HD, 20.03.2012, 1386/4524 (kararlar için bkz. Kazancı).

Bu kararların tümünde klişe olarak şu ibareler yer almaktadır: “*Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması TMK’nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.*”

⁴⁷⁶ Saymen, 324 vd.; Velidedeoğlu, Umumî Esaslar, 342; Ataay, 423; Tekinay, Medenî Hukuk, 172; Edis, 328-329; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 184. Akipek/Akıntürk’in eserinin eski MK döneminde yayınlanmış bulunan 3. basısının 187. vd. sayfelerinde savunulan görüş de bu yöneydi. Keza bkz: Yarg. HGK, 3.10.2001, 6-653/672 (YKD, 2002/1, sh. 9 vd.).

görüşte idik. Bize göre, MK m. 2/f. 2 hükmü, MK m. 2/f. 1'deki kural dikkate alınarak yorumlanmalı idi: “*Kanunun himaye etmediği husus, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasıdır. Mamefih, böyle bir sonuca varırken, bu durumun tereddüte yer vermeyecek açıklıkta olmasını aramak, hukuk güvenliğini korumak için zorunludur. Bu yüzden ki, İsviçre Medenî Kanunu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuken himaye görmeyeceğini ifade etmiştir. Bir hakkın kötüye kullanıldığı açık ise artık bir de bunun başkasına zarar verip vermediğini araştırmayı şart koşturmak hükmün ruhuna uygun düşmez*”^{477, 478}.

MK m. 2/f. 2'nin yeni metni karşısında bu tartışma kanaatimizce önemini yitirmiş, artık “zarar” veya “zarar tehlikesi” şartını aramanın hiçbir dayanağı kalmamıştır⁴⁷⁹. 896

Hakkın kötüye kullanılmasının kanunen korunmaması, her şeyden önce, kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin veya savunmaların mahkemece dikkate alınmaması tarzında gerçekleşir⁴⁸⁰. Meselâ, zamanasını ileri sürme hakkı kötüye kullanılırsa, hâkim bu savunmayı nazara almadan kararını verir. Bir sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunun tespiti için açılan bir dâva, bu geçersizliği ileri sürme hakkı kötüye kullanılmışsa reddedilecektir⁴⁸¹. Burada dikkat edilmelidir ki, hakkın kötüye kullanılması hâlinin varlığı durumunda 897

⁴⁷⁷ Bkz. kitabımızın 8. basısı, sh. 179.

⁴⁷⁸ Aynı görüşte: **Schwarz**, 196; **Özsunay**, 321; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 22; karşı **Barlas**, Dürüstlük Kuralı, 192, dn. 2.

⁴⁷⁹ Karş. MK m. 2/f. 2'nin yeni metnini nazara almaksızın hâlâ zarar/zarar tehlikesi şartını arayan **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 188; **Anayurt**, 309. Ayrıca bkz. Nr. 870, 895.

⁴⁸⁰ **Edis**, 331; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 107 vd., 120 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 189.

⁴⁸¹ Hattâ Yarg. İçt. Bir. K. 30.9.1988, 2/2 (YKD, 1989/2, sh. 149)'da şekle uygun yapılmamış taşınmaz satış vaadinde, şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hallerde bu satış vaadine dayanılarak tescil istenebileceği kabul edilmiştir. Bu içtihat, **Akyol** tarafından hararetle desteklenmektedir. Bkz. **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 67 vd.

hukuken geçersiz olan sözleşme geçerli hâle gelmemektedir; sadece, geçersizliğin ileri sürülmesinin MK m. 2/f. 2 mekanizmasıyla engellenmesi sonucunda, sanki geçerli imiş gibi hukukî sonuç doğurmaktadır.

- 898 Bazen, kötüye kullanılan haktan zarar gören kimseye bu zararını gidermek üzere bir dâva hakkı tanınarak, hakkını kötüye kullananın davranışı yaptırma bağlanmış olur. Bu dâva, hakkın kötüye kullanılmasının doğuracağı *zararın önlenmesi, zarar verici durumun giderilmesi* dâvaları olabileceği gibi bir *tazminat* dâvası da olabilir (BK m. 49)⁴⁸². Gerçekten, bazı hallerde kötüye kullanma fiili aynı zamanda BK m. 49/f. 1 anlamında “hukuka aykırı fiil” niteliğini taşıyacak ve hakkını kötüye kullanan kişi haksız fiil faili olarak BK m. 49/f. 1 uyarınca tazminat sorumluluğu altında bulunacaktır⁴⁸³. Diğer yönden, bir tarafın bir hukukî ilişkinin devamını istemesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, mahkemece *ilişkinin değiştirilmesine veya sona erdirilmesine* de karar verilebilir⁴⁸⁴.

⁴⁸² **Tuor/Schnyder/Schmid**, 56; **İmre**, 326; **Özsunay**, 327-328; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 126. Keza bkz. aynı yönde **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 193; ancak yazarların bu konuda verdikleri MK m. 730 örneği kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü bu hüküm çerçevesinde sorumluluğun sebebi, “mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalara aykırı kullanılması”dır; oysa bu aykırılığın mutlaka hakkın kötüye kullanılması tarzında ortaya çıkması şart değildir.

Somut olayda aksi yönde sonuca varılmış olmakla birlikte, Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında bu esas kabul edilmiş ve kiralayan ile kiracının sırf alt kiracıyı zarara sokmak için kira sözleşmesini ikale yoluyla sona erdirmeleri halinde, kiralayan ile kiracının “... *BK md. 41/2’de öngörülen genel davranış kuralını ihlâl ettikleri için davacıya vermiş oldukları zararı tazminle yükümlü*” olacakları belirtilmiştir. Bkz. Yarg. HGK, 3.10.2001, 6-653/672 (YKD, 2002/1, sh. 9 vd.). MK m. 2 hükmüne aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açacağı konusunda ayrıca bkz. Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank).

⁴⁸³ Bu konuda bkz. **Moroğlu**, 222; **Bahtiyar**, Önalım Hakkı, 122-123; **Ateş**, 181, 186. Ayrıca bkz. Nr. 888.

⁴⁸⁴ **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 37; **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 86 ve 109 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 56; **Deschenaux**, 146; **İmre**, 327; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 127 vd.

Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileri sürülmüş olmasa 899 dahi hâkim dâva dosyasından anlaşılan⁴⁸⁵ böyle bir durumu re'sen nazara alacaktır⁴⁸⁶. Fakat her halde kararının gerekçesini açıklamak zorundadır.

IV. DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ UYGULAMA ALANI

Doktrinde yazarların çoğunluğu tarafından dürüstlük kuralının 900 uygulanma alanı ile, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanma alanı ayrı ayrı ele alınmakta⁴⁸⁷; hattâ ayırımında, Medenî Kanununun 2.

⁴⁸⁵ Hâkim ancak dâva dosyasında mevcut bilgiyi re'sen nazara alabilir; fakat dosya-
da bulunmayan bir hususu ortaya çıkarmak için re'sen araştırma yapamaz. Usul
Hukuku kuralları buna engeldir. Bkz. **Deschenaux**, 145; **Edis**, 292; karş. **Özsu-**
nay, 329. Ayrıca bkz. Nr. 1008.

⁴⁸⁶ **Tuor/Schnyder/Schmid**, 55; **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 12; **Merz**,
Berner Kommentar, Art. 2, N. 99; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 193;
Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 164; **Arslan**, 27-28; **Edis**, 292-293; **İmre**, 327;
Akyol, Dürüstlük Kuralı, 10-11; keza bkz. BGE 94 II 41; BGE 95 II 115; BGE
98 II 27; BGE 104 II 99; BGE 105 II 80; BGE 116 II 107; BGE 118 II 225; BGE
121 III 60. Yarg. HGK, 4.11.1964, 2-953/640'a göre, hakkın kötüye kullanıldı-
ğına dair "itiraz ve savunma karar düzeltme safhasında da göz önünde tutularak
incelenir" (AD, 1965, sh. 945). Keza re'sen nazara alma gereği konusunda bkz.
Yarg. İct. Bir. K., 25.1.1984, 3/1 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk
Bölümü, c. VI, Ankara 1991, sh. 121 vd.); Yarg. 13. HD, 7.4.1981, 519/2513
(YKD, 1981/7, sh. 875); Yarg. HGK, 7.12.1983, 4-222/1276 (YKD, 1984/5,
sh. 707); Yarg. 6. HD, 6.2.1996, 12044/1068 (Yarg.-İnternet); Yarg. 1. HD,
14.2.1999, 12054/13284 (Kazancı); Yarg. 1. HD, 2.10.2001, 9377/10089 (YKD,
2002/8, sh. 1157 vd.); Yarg. 1. HD, 28.2.2002, 1859/2454 (Yarg. Dün., Kasım
2002, sh. 86-87); Yarg. HGK, 8.5.2002, 5-338/386 (Yarg. Dün., Kasım 2002, sh.
42 vd.); Yarg. 1. HD, 25.6.2002, 5661/7913 (Kazancı); Yarg. 1. HD, 10.4.2002,
3822/4558 (YKD, 2003/6, sh. 863 vd.); Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533
(Legalbank); Yarg. 10. HD, 14.03.2011, 16564/3321 (Legalbank); Yarg. HGK,
03.11.2010, 19-559/546 (Kazancı); Yarg. 1. HD, 23.02.2012, 452/1796 (Kazan-
cı); Yarg. 6. HD, 20.03.2012, 1386/4524 (Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 885, 965.

⁴⁸⁷ Bkz. **Saymen**, 308 vd.; **Velidedeoğlu**, Umumî Esaslar, 328 vd.; **Deschenaux**,
152 vd.

maddesinin 1. fıkrasının kanun ve sözleşmeleri yorumlayıcı ve tamamlayıcı, 2. fıkrasının ise bunları düzeltici ve değiştirici rol oynayacağı görüşüne dayanan bir kıstas kullanılmaktadır⁴⁸⁸. Fakat bu görüşte olanlar dahi, MK m. 2'nin 1. ve 2. fıkralarının uygulanması arasında kesin bir sınır çizme imkânı bulunmadığını itiraf etmektedirler⁴⁸⁹. Gerçekten, bazı yazarların ve mahkeme içtihatlarının dürüstlük kuralının uygulanması olarak kabul ettikleri çözümler, başka yazarlar tarafından hakkın kötüye kullanılması yasağına bağlanmaktadır.

901 Biz hakkın kötüye kullanılması yasağının, dürüstlük kuralının bir uygulama yönü olduğunu kabul ettiğimiz için⁴⁹⁰, Medenî Kanununun 2. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının uygulanma alanlarını ayrı ayrı değil, dürüstlük kuralının uygulanması içinde bir bütün olarak gözden geçirmeyi uygun buluyoruz.

902 Maddede açıkça ifade edilen, hakların kullanılması ve borçların ifası konuları dışında, dürüstlük kuralı aşağıdaki alanlarda da önemli uygulama alanına sahiptir. Fakat hemen ifade edelim ki, dürüstlük kuralının uygulama alanı bunlarla sınırlı değildir. Aşağıda anılan hâller sadece dürüstlük kuralının en önemli uygulama alanlarını göstermektedir.

⁴⁸⁸ Merz, Berner Kommentar, Art. 2, N. 23 vd.; Deschenaux, 139; Tekinay, Medenî Hukuk, 171; Edis, 304 vd., 308 vd., 329 vd.; Serozan, Medenî Hukuk, 167-169, 279 vd.; İmre, 307. Ayrıca bkz. Nr. 850.

Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.11.2002 tarih ve 1-877/1029 sayılı kararında (Yarg. Dün., Mart 2003, sh. 48 vd.), katılmadığımız bu yaklaşımı haklı olarak reddetmiş ve ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin yaptığı işlemin kesin hükümsüz olduğunu, bu sonucun MK m. 2 mekanizmasıyla giderilemeyeceğini belirterek “kanunda açık hüküm varken MK m. 2'nin devreye giremeyeceğini” isabetle vurgulamıştır.

⁴⁸⁹ Örneğin bkz. Deschenaux, 152.

⁴⁹⁰ Bkz. Nr. 850.

1- Kanunun Yorumlanmasında ve Boşluklarının Doldurulmasında

Kanunun tanıdığı bir hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığını saptayabilmek için dürüstlük kuralına başvurulduğu gibi, bazı haklarda hakkın kapsamını belirlemek amacıyla bu hakkı sağlayan kanun hükmünün yorumlanmasında da dürüstlük kuralına başvurmak gerekir. Meselâ, MK m. 718/f. 1'e göre "*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar*". Bu hükmün yorumunda "kullanmakta faydalı olma" ölçüsünün ne olduğu belirlenirken dürüstlük kuralı rol oynayacaktır⁴⁹¹. Keza MK m. 185/f. 3'e göre "*Eşler... birbirine sadık kalmak... zorundadırlar*". Kanunun emrettiği sadakatin kapsamı da dürüstlük kuralına göre saptanacaktır⁴⁹².

Bazen bir hükümde bizzat kanun koyucu dürüstlük kuralına yollama yapmıştır. Meselâ, BK m. 34/f. 1'e göre, sözleşme yapılırken hataya düşen (yanılan) taraf, yanılmış olduğunu dürüstlük kuralına aykırı biçimde ileri süremez. Keza, sâik hatasının, sözleşmeyi iptal hakkını verecek bir "esaslı hata" (temel hatası) sayılması da, iş hayatındaki dürüstlük kurallarının bu hatanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermesine bağlıdır⁴⁹³ (BK m. 32).

Kanunların uygulanmasını incelerken belirttiğimiz gibi, yorumla anlamı tespit edilen hükmün uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı, böyle bir hükmün uygulanmasını istemenin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hallerde, hâkimin, söz konusu hükmü uygulamaktan kaçınması ve bu yüzden ortaya çıkan örtülü boşluğu doldurması gerekir.

⁴⁹¹ Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 478; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Eşya Hukuku, 787; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 633; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 568; **Ertaş**, 356.

⁴⁹² Bkz. **Tekinay**, Medenî Hukuk, 165.

⁴⁹³ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, 160 vd. ve Borçlar Hukuku, 406 vd.; İsv. FM, I. ZA, 3.1.2001, 4C. 316/2000 (İsv. FM-İnternet).

2- Kanuna Karşı Hilenin Önlenmesinde

- 906 Bir emredici hukuk kuralına aykırı bir fiile veya hukukî işleme uygulanacak yaptırımı bertaraf etmek amacıyla, hukuken uygun görülen başka yollara başvurarak aynı sonuca ulaşmaya, “*kanuna karşı hile*” (yasanın dolanılması; fraude à la loi; in fraudem legis agere; Gesetzesumgehung) denir.
- 907 Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan şu olay iyi bir örnek teşkil etmektedir: Avukatlık yapması yasaklandığı için alacaklıyı temsilen dâva takibine yetkili olmayan bir kişi, alacağı tahsil edip alacaklıya vermek, kendi ücretini de almak için, söz konusu alacağı kendisine temlik ettirir; ardından “alacaklı” sıfatıyla dava açar ve davayı kendisi yürütür. Bu davranış, bir kanuna karşı hile teşkil eder⁴⁹⁴. Çünkü böylece, kanunun avukatlığı engelleyen ve avukat olmayanların başkaları adına dâva takip etmesini yasaklayan hükümleri, yasak olmayan “alacağın temliki” işlemi kötüye kullanılarak bertaraf edilmektedir.
- 908 Bir anlamda kanuna karşı hile, o kanun hükmünde öngörülen yaptırımla karşılaşmamak için, hükmün etrafından dolaşılıp, menzilin dışına çıkılması demektir. Bu yüzdendir ki, Almanca’da kanu-

⁴⁹⁴ JdT 1933 I 244; BGE 56 II 195. Keza bkz. **Topçuoğlu**, 93; **Saymen**, 311; **Velidedeoğlu**, Umumî Esaslar, 352; **Özsunay**, 331; bu örnek ve kanuna karşı hile sorununun Avukatlık Kanunu açısından ele alınması konusunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 388-389. Avukatlık Kanunu’nun 63. maddesinin 3. fıkrasına göre: “*Avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.*”

Diğer bir örnek olarak bkz. mâlikin, kiralanan daire üzerindeki mülkiyet hakkının 5/100’ünü başkasına satıp, o kişinin açtığı tahliye davasına paydaş sıfatıyla rıza göstererek, kiracının tahliyesini sağlamaya çalışması: Yarg. 6. HD, 13.3.1986, 2125/3382 (YKD, 1986/7, sh. 968). Başka örnekler için bkz. BGE 58 II 162; BGE 123 III 63.

na karşı hile karşılığı olarak, kanunun dolanılması anlamına gelen “Gesetzesumgehung” deyimini kullanılmaktadır.

Kanuna karşı hileyi önleyecek esasın ne olduğu ve bir somut olayda “kanuna karşı hile vardır” diyebilmek için hangi şartların aranacağı doktrinde tartışma konusudur⁴⁹⁵. Biz, bir emredici hükmün amacına aykırı bir sonuca varmak için kanunun başka hükümlerinden yararlanma olarak tanımlanan kanuna karşı hilenin, kanunun sözü geçen hükümlerinden yararlanma hakkının kötüye kullanılması olarak vasıflandırılması ve MK m. 2/f. 2’deki yaptırıma tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁹⁶.

Şu halde, kanuna karşı hilenin yaptırımı, hile ile amaçlanan kanunî korumadan yoksun olmaktır. Bu sebeple, kaçınılan hükmün yaptırımı ne ise, kanuna karşı hile ile elde edilen sonuca da aynı yaptırım uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile, bir hükmün doğrudan ihlâlinin yaptırımı ne ise kanuna karşı hile yolu ile ihlâlinin yaptırımı da odur⁴⁹⁷. Çünkü elde edilen sonuç, bertaraf edilmek istenen hükmün amacının öngördüğü

⁴⁹⁵ Bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 256-257; **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 38 vd.; **Guhl/Koller**, 135-136; **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 92 vd.; **Deschenaux**, 148; **Saymen**, 311; **Velidedeolu**, Umumî Esaslar, 352; **Özsunay**, 331; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 420 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 386 vd.; **Akyol**, Borçlar Hukuku, 146 vd.; **Eren**, 372 vd.; **Topçuoğlu**, 180 vd.

⁴⁹⁶ Bkz. **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 39; **Guhl**, 96; **Bürgi**, N. 90; **Oğuzman**, Kat Mülkiyeti, 398; BGE 103 Ib 74; BGE 103 Ib 119; BGE 107 II 171; BGE 108 II 214; BGE 113 II 8.

Buna karşılık bazı yazarlar, kanuna karşı hilenin, dolanılan hükmün ihlâli niteliğini taşıdığı ve yaptırımın da MK m. 2/f. 2 normuna dayandırılmasına ihtiyaç bulunmadığı fikrindedirler. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 391-392; **İmre**, 310. Keza, bu yönde: BGE 115 II 87.

⁴⁹⁷ **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 40-41. Bazen kanuna karşı hileye yönelik olarak kanun özel bir yaptırım öngördüğünde o özel yaptırımın uygulanacağından bahsedilir (**Velidedeolu**, Umumî Esaslar, 343; **Özsunay**, 331). Halbuki bu hallerde artık yaptırımı öngören o kanun hükmünün doğrudan ihlâli söz konusudur.

yasak çerçevesine girmektedir. Meselâ, yukarıdaki örnekte avukatlık yapması yasaklanan kişinin, alacağı devralarak dâvayı takip etmesine izin verilmeyecektir.

3- Hukukî İşlemin Oluşması, Yorumlanması ve Tamamlanmasında

- 911 a) Bir hukukî işlemin varlığını saptamada ve oluşan bir hukukî işlemin yorumlanmasında önemli rol oynayan “*güven prensibi*” (Vertrauensprinzip, principe de la confiance) dürüstlük kuralına dayanır. Bu husus, özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ısrarla vurgulanmaktadır⁴⁹⁸. Buna göre:
- 912 aa- Bir kişinin belirli bir davranışını, dürüstlük kuralı uyarınca kendisine yapılmış bir irade beyanı saymakta haklı görünen kimseye karşı, sözü geçen davranışın, o davranış bir irade beyanının unsurlarını ve özellikle hukukî sonuca yönelmiş arzuyu taşımasa dahi, güven ilkesi karşısında irade beyanı varmış gibi hukukî sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁴⁹⁹. Bu hususu yukarıda ele almıştık.

⁴⁹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi’nin güven ilkesi konusunda, yayınlanmamış içtihatları olarak bkz. Federal Mahkeme I. Dairesi’nin 11.05.2015 tarih ve 4A-72/2015 sayılı; 29.04.2015 tarih ve 4A-48/2015 sayılı; 20.04.2015 tarih ve 4A-648/2015 sayılı yayınlanmamış kararları ile Federal Mahkeme II. Dairesi’nin 06.05.2015 tarih ve 5A-895/2014 sayılı kararı (kararlar için bkz. swisslex.ch). Keza bkz. BGE 139 III 404; BGE 138 III 659; BGE 133 III 61; BGE 132 III 24; BGE 132 III 626; BGE 131 III 606; BGE 113 Ia 225; BGE 119 II 45; BGE 120 II 238; BGE 122 III 109; BGE 122 III 429; BGE 123 III 22; BGE 123 III 168; BGE 124 II 265; BGE 125 III 263; BGE 126 II 97; I. ZA, 26.8.2002, 4C. 180/2002 (İsv. FM-İnternet). Ayrıca bkz. Nr. 666. Güven ilkesinin kamu hukuku sözleşmelerinin yorumlanmasında da esas olduğu konusunda: İsviçre Federal İdare Mahkemesi I. Dairesi’nin 08.04.2015 tarih ve A-4768/2014 tarihli yayınlanmamış kararı (swisslex.ch).

Hattâ aslında dürüstlük kuralının kendisinin güven fikrine dayandığı da savunulmaktadır. Bkz. **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 17 vd.; **Deschenaux**, 137; karşı. **Edis**, 308 vd.

⁴⁹⁹ **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 221; **Schwenzer**, 196; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 122-123.

bb- Dürüstlük kuralı, hukukî işlemlerin, özellikle sözleşmelerin yorumlanmasında birincil önem taşıyan bir esastır⁵⁰⁰. Bir sözleşmede tarafların gerçek ve ortak iradelerinin sözleşmeden net bir biçimde anlaşılabilirdiği hâllerde, bu ortak irade esas alınacak ise de (BK m. 19), tarafların gerçek ve ortak iradelerinin ne yönde olduğu her zaman sözleşmeden kolaylıkla anlaşılabilir. Bu durumda yorum yapılması zorunludur. İşte sözleşmenin yorumlanması, tarafların karşılıklı irade beyanlarının yeterince açık ve anlaşılır olmadığı hâllerde, hâkim tarafından, bu beyanların gerçek ve ortak anlamını ortaya çıkarmaya yönelik olarak yürütülen bir faaliyettir⁵⁰¹. 912a

Tarafların sözleşme metninde kullandıkları ifadeler (sözleşme metninin lâfzı), sözleşmenin yorumlanmasında öncelikle dikkate alınır. Zira lâfız, sözleşmenin kuruluşundaki açık iradeleri ortaya koyar ve bu yüzden de yorumda temel hareket noktasını teşkil eder⁵⁰². 912b

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, susmanın irade beyanı sayılmasında (İsv. FM, I. ZA, 4.3.2002, 4C. 303/2001 - İsv. FM-İnternet) ve yetkisiz temsilde sözde temsil olunanın davranışının icazet anlamına gelip gelmediğini belirlemede (İsv. FM, I. ZA, 6.7.2001, 4C. 115/2001 - İsv. FM-İnternet) dürüstlük kuralını esas alarak tesbitte bulunmaktadır. Federal Mahkeme, dürüstlük kuralı uyarınca yapılacak bir değerlendirme aksini ortaya çıkarmadığı sürece, prensip itibarıyla, sırf pasif bir davranışın (susmanın) irade beyanında bulunma anlamına gelmeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. BGE 123 III 53; I. ZA, 18.10.2002, 4C. 228/2002 (İsv. FM-İnternet). Ayrıca bkz. Nr. 666.

⁵⁰⁰ Yarg. HGK, 19.04.2017, 9-1588/784 (Kazancı).

⁵⁰¹ **Wiegand**, Basler Kommentar, Art. 18, Nr. 7; **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 1200; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 1, Nr. 102; **Schwenzer**, 264; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 180; **Eren**, 466; **Feyzioglu**, I, 350; **Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop**, 148.

⁵⁰² **von Tuhr/Peter**, 286; **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 1206 vd., 1220; **Wiegand**, Basler Kommentar, Art. 18, Nr. 19; **Koller**, 140; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 22 vd.; **Schwenzer**, 264; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 333; **Eren**, 470; **Oğuzman/Öz**, I, 193; BGE 111 II 284; BGE 127 III 318; BGE 130 II 65; BGE 130 III 76.

912c Borçlar Kanunumuz, sözleşmelerin yorumlanmasında *tarafların kullandıkları deyimlere bakılmayarak, onların gerçek ve ortak amaçlarının araştırılması gerektiğini* ifade etmektedir (BK m. 19). Buna göre, yorumda çıkış (hareket) noktası, hükmün lâfzıdır. Ancak, yorumda sadece hükmün lâfzına itibar edilmekle yetinilmeyecek; hükmün amacı da daima göz önünde tutulacaktır. Zira yorumun temel hedefi, tarafların yoruma faaliyetine konu olan hükmü sözleşmeye koyarken güttükleri gerçek ve ortak amacın ne olduğunu ortaya çıkarmaktır.

912d Diğer yönden, yorumda, *sözleşmenin kurulduğu tarih* esas alınarak (ex tunc) hareket edilir⁵⁰³: Hâkim, sözleşmenin akdedildiği zamana dönmeli ve o zamanda ve yerde geçerli olan tüm koşulları ve somut olay özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirmede bulunmalıdır⁵⁰⁴. Sözleşmenin akdedilmesinden önce hazırlanan taslaklar, yazışmalar, tutanaklar, teknik raporlar gibi yazılı metinler, irade beyanlarının hangi şartlar altında yapıldığını ve nasıl oluştuğunu anlamakta yardımcı olabilecek belgelerdir ve bu yüzden sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınırlar⁵⁰⁵. Bunun gibi, tarafların sözleşmenin yapılmasından önceki ve sonraki davranışları⁵⁰⁶, sözleşme ile güdülen amaç (*Vertragszweck*;

⁵⁰³ **Gauch/Schluep/Schmid**, Nr. 1223; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 18; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 184; **Akyol**, Yorum, 58; **Eren**, 472; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 335; **Oğuzman/Öz**, I, 193.

⁵⁰⁴ **Wiegand**, Basler Kommentar, Art. 18, Nr. 28; **Gauch/Schluep/Schmid**, Nr. 1213; **Schwenzer**, 265; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 44; **Koller**, 140-141; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 334-335; **Eren**, 472.

⁵⁰⁵ **Gauch/Schluep/Schmid**, Nr. 1214; **Wiegand**, Basler Kommentar, Art. 18, Nr. 27; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 27; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 335; **Eren**, 471; **Akyol**, Yorum, 84.

⁵⁰⁶ **Wiegand**, Basler Kommentar, Art. 18, Nr. 29; **von Tuhr/Peter**, 286; **Gauch/Schluep/Schmid**, Nr. 1214, 1215; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 27, 28; **Schwenzer**, 264; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 335; **Oğuzman/Öz**, I, 193; **Eren**, 471; BGE 72 II 35 (sözleşme öncesi davranışlar); BGE 100 II 345; BGE 110 II 147 (sözleşme sonrası davranışlar).

ratio contractus) ve tarafların işin ifası bakımından özel menfaat durumları da yorumda daima nazara alınmalıdır⁵⁰⁷.

Hukukî işlemlerin yorumlanmasında da güven teorisine göre hareket edilir. Bu sebeple, bir irade beyanına verilecek anlamın tespitinde, muhatabın somut olayın şartları ve tüm özellikleri çerçevesinde bildiği veya bilmesi beklenen bütün unsurları değerlendirerek dürüstlük kuralı doğrultusunda vermesi gereken anlam esas alınır⁵⁰⁸. Başka deyişle,

913

⁵⁰⁷ **Wiegand**, Basler Kommentar, Art. 18, Nr. 30; **Gauch/Schluep/Schmid**, Nr. 1216; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 35; **Schwenzer**, 265; **Koller**, 141; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 335; **Eren**, 471; BGE 115 II 268 (sözleşmenin amacı); BGE 109 II 25 (tarafların menfaat durumları).

⁵⁰⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, 9 ve Borçlar Hukuku, 133; ayrıca bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 125; **Brox**, 74 vd.; **Brehm**, 211; **Bork**, 194, 201-202; **Löwisch/Neumann**, 65; **Looschelders**, Anwaltkommentar BGB, § 133, Nr. 31, 32, 52 vd.; **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 13; **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 124 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, Nr. 211 vd.; **Deschenaux**, 158; bu esasın uygulandığı kararlar olarak bkz. JdT 1948 I 148; JdT 1985 I 130; BGE 112 II 253; BGE 113 II 50; BGE 116 II 431; BGE 116 II 707; BGE 120 II 331; BGE 126 III 119; BGE 126 III 375; BGE 128 III 265; I. ZA, 24.1.2003, 4C. 227/2002 (İsv. FM-İnternet); I. ZA, 6.9.2002, 4C. 374/2001 (İsv. FM-İnternet); karş. I. ZA, 4.7.2003, 4A. 1/2003 (İsv. FM-İnternet); I. ZA, 28.3.2003, 4C. 4/2003 (İsv. FM-İnternet); Yarg. 4. HD, 26.10.1978, 13113/12134 (YKD, 1979/5, sh. 633) ve özellikle: Yarg. HGK, 08.06.2011, 4-359/405 (Legalbank); Yarg. HGK, 10.02.2010, E. 2010/9-39, K. 2010/71 (Kazancı); Yarg. HGK, 16.01.2013, E. 2012/19-670; K. 2013/171 (Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 912, 917.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.3.2007 tarih ve 14-38/142 sayılı kararında (Kazancı) alıntı yapılan Yarg. 14. HD, 13.12.2005, 8359/11393'de bu konuda şöyle denilmektedir:

"... bir sözleşmeye taraflarınca farklı anlamlar yüklendiğinde yorum yoluyla tarafların gerçek iradeleri tespit edilecektir. Kanun bu hususu belirtmekle birlikte yorumun nasıl bir yöntemle yapılması gerektiği belirtilmemiştir.

Yorumda genel kural tarafların ortak amaçlarını tespit etmek olduğundan lâfzî yoruma itibar edilmeyeceği açıktır. İrade beyanının yorumu konusunda uygulama ve doktrinde güven teorisine göre hareket edileceği kabul edilmektedir. Bu ilkeye göre, her iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki gerçek maksatlarını gizlemek için kullandıkları sözlere ve isimlere bakılmayarak onların gerçek ve ortak maksatla-

muhatabın, beyanı fiilen nasıl anladığına değil, nasıl anlaması gerektiğine itibar edilir. Böylece, bir yandan muhatabın bu anlama olan güveni, diğer yandan da beyanda bulunanın bu anlama gelecek tarzda yaptığı beyana başkaca bir anlam verilmeyeceğine dair güveni korunmuş olmaktadır.

- 914 Bir irade açıklamasında kullanılan terim, genel ve normal anlamı dışında, başka bir mânâda kullanılmışsa fakat her iki taraf da bunun neyi ifade ettiğini biliyorsa, bu takdirde terimin genel anlamı değil, taraflar için taşıdığı anlamı esas alınır⁵⁰⁹. Aynı durum, beyanda yer verilen değişik anlamın içeriğinin ve neyi ifade ettiğinin beyan öncesindeki birtakım gelişmelerden, özellikle sözleşme görüşmelerindeki bazı işaretlerden ve sözleşmenin bütününden çıkarılabildiği hallerde de söz konusu olur⁵¹⁰. Bu sonuç, Roma Hukuku kökenli “yanlış vasıflandırma zarar vermez” (*falsa demonstratio non nocet*) ilkesinin bir yansımasıdır.

rını objektif iyiniyet kuralları altında değerlendirmek, hakikî istek ve iradelerini belirlemek önemlidir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde, tarafların konumları ve davranışlarının birlikte değerlendirilmesi ve bir tarafın davranışlarının karşı taraf açısından kendisine yapılmış bir irade beyanı gibi algılanması gereklidir”.

Buna karşılık, kişinin sözleşmenin kuruluşundan sonra sergilediği tutum ve davranışlar gerçek iradenin tesbiti yolunda belki bir iz teşkil edebilir; fakat güven ilkesinin uygulanmasında nazara alınamaz. Bkz. BGE 107 II 417; BGE 116 II 695; I.ZA, 6.9.2002, 4C. 374/2001 (İsv. FM-İnternet).

İrade beyanlarından tarafların gerçek arzuları tesbit edilebiliyorsa, yorum yolu kapalıdır. Bkz. BGE 105 II 19; BGE 123 III 22. Özellikle, tarafların gerçek arzularının sözleşmeyi kurma noktasında birleşmediği, olayın somut şartlarından çıkarılabiliyorsa, artık irade beyanlarını güven ilkesi ışığında yorumlamaya çalışmanın anlamı ve imkânı yoktur. Bkz. I. ZA, 7.2.2003, 4C. 126/2001 (İsv. FM-İnternet).

⁵⁰⁹ Löwisch/Neumann, 60; Köhler, 146; Brehm, 213-214; Hübner, 331; Medicus, Allgemeiner Teil, 127; Brox, 74; Schmidt, 119; Bork, 192; BGH, NJW, 1984, 721; BGH, ZIP, 1997, 1205.

⁵¹⁰ Köhler, 144; BGH, WM, 1975, 348; BGH, NJW, 2001, 144; BGH, NJW, 2002, 1260; BGHZ, 86, 41.

Bir kimsenin beyanında kullandığı kelimeler yürürlükteki dildeki genel anlamında kullanılmış kabul edilir. Fakat kullanılan deyim belirli bir bölgede veya meslek çevresinde genel kavranmış biçiminden değişik bir anlama geliyorsa, o bölgeye veya gruba mensup taraflar için bu farklı anlam geçerli kabul edilir⁵¹¹. Bu halde özel anlam, genel anlam tercih olunmaktadır. Buna karşılık, o bölgeye veya gruba mensup olmayan kişiler için ise terimin ortalama herhangi bir vatandaş açısından ifade ettiği anlam (genel anlam) esas alınmak gerekir. 915

Diğer yünden, yorumda, hukukî işlemin tüm hükümleriyle bir “bütün” teşkil ettiği unutulmamalı ve belirli bir hüküm, ancak diğer hükümlerle bağlantılı olarak yoruma tâbi tutulmalıdır (bütünsel yorum ilkesi)⁵¹². Bu işlem bir sözleşme ise, her iki tarafın yukarıda açıkladığımız ilkeler ışığında değerlendirilen beyanlarının uyuşmasıyla ortaya çıkan ortak arzu yorumda esas alınacaktır. 916

Şu halde, yöneltmesi gereken bir irade beyanı ile gerçekleştirilebilen tek taraflı hukukî işlemde doğan bir hakkın veya borcun kapsamı, irade beyanının dürüstlük kuralına göre yorumlanmasıyla tespit edilecektir⁵¹³. Sözleşmelerde ise tarafların ortak arzularının tespitinde 917

⁵¹¹ Brox, 74; Gauch/Schlupe/Schmid, Nr. 1208; Kaplan, 61; Tekinay, Medenî Hukuk, 168; Oğuzman/Öz, I, 193; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 333; BGE 32 II 268; BGE 87 II 239; BGE 122 III 429; BGE 116 II 431. Fakat bu ihtimalde her halde (herkes için) beyanın yapıldığı yörede geçerli olan anlamın esas alınması gerektiğini belirterek aksi görüşte: Hübner, 330; Bork, 202-203.

⁵¹² Looschelders, Anwaltkommentar BGB, § 133, Nr. 68 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, Nr. 1210, 1229; Kramer, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 26; Eren, 470, 472; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 334; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku 151; Feyzioğlu, I, 356; Oğuzman/Öz, I, 193; BGE 117 II 609; BGE 122 III 118; BGE 123 III 165; BGE 128 III 265.

⁵¹³ II. ZA, 25.5.2000, 5C. 91/2000 (İsv. FM-İnternet); II. ZA, 6.9.2000, 5C. 159/2000 (İsv. FM-İnternet). Buna karşılık, yöneltmesi gerekmeyen irade beyanı ile gerçekleşen tek taraflı hukukî işlemlerin (meselâ, vasiyetnamenin) yorumlanmasında, işlemi yapanın gerçek iradesine üstünlük tanıyan “irade teorisi” uygulanacaktır. Bkz. Dural/Sarı, 249.

yine dürüstlük kuralı rol oynar⁵¹⁴. Nitekim Alman Medenî Kanununda (BGB § 157), sözleşmelerin, işlem teamülü de nazara alınarak dürüstlük kuralının gerektirdiği biçimde yorumlanacağı açıkça belirtilmiştir.

918 Hukukî işlemlerin yorumlanmasına ilişkin diğer ilkelere⁵¹⁵ de

⁵¹⁴ Bkz. **Larenz**, Schuldrecht, I, 128; **Gauch/Schluop/Schmid**, Nr. 1224 vd.; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 186; **Schwenzer**, 264-265; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 335; **Feyzioğlu**, I, 356; **Eren**, 472; **Akyol**, Yorum, 88 vd.; BGE 111 II 291; BGE 116 II 347; BGE 116 II 695; BGE 123 III 35; BGE 125 III 435; BGE 126 III 119; I. ZA, 19.1.2001, 4C. 305/1999 (İsv. FM-İnternet); I. ZA, 31.5.2001, 4C. 338/2000 (İsv. FM-İnternet). Ayrıca bkz. Nr. 913.

Genel işlem şartlarının (BK m. 20-25) yorumlanmasında, dürüstlük kuralı temeline dayanan güven ilkesinin dikkate alınması ve daha zayıf ve daha az işlem tecrübesine sahip tarafın yeterince dikkatine sunulmadan standart sözleşmede yer verilen genel bir rızanın alışılmamış kayıt olarak geçersiz sayılması konusunda bkz. Federal Mahkeme I. Dairesi'nin 29.04.2015 tarih ve 4A-48/2015 sayılı yayınlanmamış kararı (swisslex.ch); BGE 135 III 1; BGE 135 III 225; BGE 138 III 411.

⁵¹⁵ Sözleşmelerin yorumlanmasında başvuru yorum ilkelerinden biri de *“metni düzenleyen aleyhine yorum”* ilkesidir. Doktrinde *“in dubio contra stipulatorem”* deyişle ifade edilen bu ilkeye göre, yorum faaliyeti sırasında kullanılan yöntemler ve kriterlerden net bir sonuca varılmadığı takdirde, yorum konusu hüküm de dâhil olmak üzere, sözleşme metnini bizzat veya yardımcıları yahut temsilcileri aracılığıyla düzenleyen (sözleşmeyi kaleme alan) taraf aleyhine olan yorum tercih edilmelidir (bkz. **von Tuhr/Peter**, 289; **Gauch/Schluop/Schmid**, Nr. 1231; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 48; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 151; **Akyol**, Yorum, 71 vd.; **Eren**, 473; **Kocayusufpaşaoğlu**, 336; **Oğuzman/Öz**, I, 194; **Kaplan**, 74, 75 vd.; bu ilkenin uygulandığı İsviçre Federal Mahkemesi kararları olarak bkz. BGE 133 III 607; BGE 133 III 61; BGE 124 III 155; BGE 122 III 118; BGE 115 II 268; BGE 117 II 622. Bu kuralın mantığı şudur: Metni düzenleyen taraf, sözleşme hükümlerini kendi lehine olacak veya anlaşılacak şekilde düzenler; esasen metni kendisi hazırladığında göre bu imkâna da sahiptir. Buna rağmen hükmü kendi lehine olacak şekilde açık bir biçimde düzenlememişse, bundan, onun iradesinin de kendi aleyhine olan anlamlandırmaya paralel biçimde tezahür ettiği sonucu çıkarılır.

Sözleşmelerin yorumunda çok eskiden beri başvuru yorum kurallarından biri de *“yükümlülük altına giren lehine yorum”* ilkesidir. Doktrinde *“in dubio mitius”* ve *“favor debitoris”* deyimleriyle ifade edilen bu ilkeye göre, yorum faaliyeti sırasında başvuru yöntemler ve uygulanan diğer ilkelere bir sonuca

dürüstlük kuralının izleri görülür.

b) Yapılan yorum ancak hukukî işlemde yer alan hükümleri açıklar. Fakat bir hukukî işlem ve özellikle bir sözleşme ile kurulan hukukî ilişkinin ortaya çıkardığı bütün meselelerin çözümüne ait esaslar işlemde yer almayabilir. Bu takdirde hukukî işlemde “boşluk” söz konusu olur. Bu boşluğun doldurulmasında kanunun yedek hukuk kurallarına başvurulmak gerekir. Ancak boşluğa ilişkin konuda kanunda bir yedek hukuk kuralının dahi bulunmaması halindedir ki⁵¹⁶, işlemdeki boşluğu

919

varılmadığı takdirde, şüphe halinde, yorum konusu hükümde yükümlülük altına giren taraf (borçlu) lehine olan yorum tercih edilmek ve hüküm, borçlu lehine anlamlandırılmak gerekir. Bkz. **von Tuhr/Peter**, 289; **Gauch/Schlupe/Schmid**, Nr. 1235; **Kramer**, Berner Kommentar, Art. 18, Nr. 48; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 152; **Kocayusufpaşaoğlu**, 336; **Feyzioğlu**, I, 358; **Eren**, 474; **Oğuzman/Öz**, I, 194; **Kaplan**, 72, 73.

Taraflar arasında belirli bir konuda sürekli ve düzenli olarak aynı uygulamada bulunulması “işlem teamülü” olarak adlandırılır; işlem teamülü de yorumda dikkate alınması gereken unsurlardan biridir (bkz. **Kaplan**, 55, 62). Ancak burada iki hususa dikkat edilmek gerekir: Birincisi, işlem teamülü ancak sözleşmede tarafların ortak iradeleriyle kendisine *atf yapıldığı takdirde* sözleşmenin bir parçasını teşkil eder (bkz. **von Tuhr/Peter**, 288; **Gauch/Schlupe/Schmid**, Nr. 1219; karşı. **Eren**, 471; BGE 90 II 101; BGE 91 II 359; BGE 94 II 159). Böyle bir atf bulunmadığı takdirde işlem teamülü sözleşmenin içeriğine dâhil değildir; olsa olsa yorumda başvurulacak pek çok araçtan birini teşkil edebilir. İkincisi, bir işlem teamülünden söz edilebilmesi için ön ve temel şart, bu uygulamanın her iki tarafça da bilinçli ve iradî olarak sürdürüleğemesidir. Şayet uygulama taraflardan birinin hatalı yaklaşımından veya bilgisizliğinden kaynaklanıyorsa ve gerçek durumu bilseydi onun bu tarzda davranmayacağı söylenebiliyorsa, artık yanılığdan kaynaklanan böyle bir davranış işlem teamülü teşkil etmez ve yoruma esas olamaz.

⁵¹⁶ Bkz. **von Tuhr/Peter**, 190; **Flume**, 325; **Brehm**, 217-218; BGHZ, 90, 75. Mafih işaret edelim ki, hukukî işlemdeki boşluğun doldurulmasında, ilk plânda yedek hukuk kurallarına mı başvurulacağı, yoksa tarafların farazî iradelerinin mi araştırılacağı tartışmalı bir konudur. Bu tartışma için bkz. **Deschenaux**, 162 ve orada dn. 45; **Brehm**, 217-218; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 133 vd. Şayet tarafların ileride düzenlemek üzere saklı tuttıkları, fakat sözleşmede düzenlemedikleri bir nokta doldurulacaksa farazî irade, yedek hukuk kuralından önde gelir: JdT 1982 I 163. Ayrıca bkz. Nr. 923.

hâkim, dürüstlük kuralına göre tarafların farazî iradesini tayin ederek dolduracaktır⁵¹⁷.

920 Boşluk doldurma meselesi, sözleşmeler bakımından Borçlar Kanunumuzun 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde mutabakata vardıkları takdirde, ikinci derecedeki noktaları gündeme getirmemiş ve bunlara sözleşmede hiç yer vermemiş olsalar bile sözleşme kurulmuş sayılır.

921 Bu anlamda “esaslı unsur”dan maksat, ya objektif bakımdan o sözleşme tipi için varlığı zorunlu bulunan ve sözleşmenin karakteristik ana edimlerine göre şekillenen esaslı noktalar (“*objektif esaslı nokta*”); veya aslında ikinci dereceden bir nokta olmakla birlikte, taraflardan birince özel önem verildiği için müzakere masasına getirilen hususlardır (“*sübjektif esaslı nokta*”). Örneğin, bir satım sözleşmesinde, satıma konu edilen mal ve satış bedeli objektif esaslı noktalar. Buna karşılık, malın teslim yerinin neresi olduğu veya satış bedelinin ne zaman ödeneceği, ikinci dereceden (yan) noktalardandır.

922 Taraflar ikinci dereceden noktaları hiç gündeme getirmeyebilirler; bu durum sözleşmenin kurulmasına engel olmaz; anılan hususlar alelâde ikinci dereceden (yan) nokta olarak kalırlar. Ama taraflardan biri bir yan noktaya özel önem verir ve bunu müzakere konusu yaparsa (örneğin, sözleşme görüşmelerinde alıcı malın İstanbul’da kendisine teslim edilmesini şart koşarsa) o nokta artık bir esaslı unsur halini alır ki buna “sübjektif esaslı nokta” denir. Bu halde, sözleşmenin kurula-

⁵¹⁷ Bkz. Schwab, 264 vd.; Bork, 195 vd.; Löwisch/Neumann, 65; Köhler, 148 vd.; Hübner, 432 vd.; Brox, 77 vd.; Brehm, 217 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 338-339; karşı. bu yoldaki rizikolara da işaret etmekle birlikte aynı yönde Medicus, Allgemeiner Teil, 132 vd., 135 vd. Şayet boşluk teşkil eden sorun, sözleşmenin yapıldığı sırada belli olmayan bir olaya ilişkin ise, tarafların farazî iradesi, bu olayın gerçekleşeceğinden emin olsalardı nasıl bir hüküm kabul edecekleri hususunda değil, sadece ileride gerçekleşebilecek bir ihtimal olarak nazara alsalardı, sözleşmeye nasıl bir hüküm koyacakları konusunda tayin edilecektir: JdT 1981 I 370.

bilmesi için tarafların ya bu nokta üzerinde de mutabakata varmaları veya bunun çözümünü ileriye bırakma noktasında anlaşmaları gerekir. Şayet ikinci dereceden bir unsur müzakere konusu yapılmış ve *sübjektif esaslı nokta* haline getirilmişse fakat taraflar bu nokta üzerinde irade birliğine varamayıp, müzakere uyuşmazlıkla sonuçlanmışsa sözleşme kurulmaz⁵¹⁸.

İşte taraflar ikinci dereceden bir noktayı hiç müzakere etmemişler veya müzakere edip, sonuca bağlayamamış fakat bunun ileride halledilmesi konusunda mutabık kalmışlarsa ortaya bir “sözleşme boşluğu” çıkar. Böyle bir durumda sözleşme boşluğunu doldurmak için hâkim, öncelikle o konuda kanunda bir “*tamamlayıcı hukuk kuralı*” bulunup bulunmadığına bakacak ve eğer kanunda böyle bir hüküm varsa öncelikle onu uygulayacaktır⁵¹⁹. Buna karşılık, kanunda bu nitelikte bir hukuk kuralı mevcut değilse, hâkim artık ikinci aşamaya geçecek ve soruna ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığına bakacak; varsa bu kurala göre çözüme gidecektir. Bu dahi yoksa hâkim, olayın özelliklerini ve koşullarını nazara alarak tarafların ortak farazî iradesini araştırarak; “*taraflar bu sorunu sözleşmeyi akdederken fark etmiş ve mutabakata bağlamış olsalardı, dürüst ve makûl sözleşenler olarak nasıl bir düzenleme getirirlerdi?*” sorusuna cevap arayacak ve bu sorunun cevabına göre sırf o sözleşme için geçerli olacak bir kural yaratarak sözleşme boşluğunu dolduracaktır⁵²⁰. Görülüyor ki, boşluk

⁵¹⁸ Bu hususta bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, Nr. 341 vd.; **Merz**, Vertrag, 100 vd.; **Schwenzer**, 223; **Bucher**, 117 vd.; **von Tuhr/Peter**, 190 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 174 vd. ve 338-339; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 75 vd.; **Oğuzman/Öz**, I, 73; **Eren**, 235 vd.; **Feyzioğlu**, c. I, 65 vd.

⁵¹⁹ Bkz. bu halde hâkimin kanundaki tamamlayıcı normu bir kenara bırakarak ve onu göz ardı ederek, farazî taraf iradeleri doğrultusunda kendince bir sözleşme hükmü yaratmaya ve boşluğu bu hükümlerle doldurmaya yetkili olmadığını isabetle ifade eden **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 178, 339. Ayrıca bkz. Nr. 919.

⁵²⁰ Bu konuda bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, Nr. 1256 vd.; **Schwenzer**, 267-268; **Bucher**, 186 vd.; **von Tuhr/Peter**, 291 vd.; **Merz**, 105 vd.; **Kaplan**, 103 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, 178; **Oğuzman/Öz**, I, 195-196; **Eren**, 478.

doldurma faaliyeti kapsamında farazî iradenin tespitinde dürüstlük kuralına göre belirleme yapılacaktır⁵²¹.

924 Dürüstlük kuralı yoluyla boşluk doldurma, özellikle yan borçların veya aslî borçtaki ikinci derece noktaların varlığını, kapsamını ve içeriğini (meselâ, bir gazino ile anlaşma yapan şarkıcının bir gecede en fazla kaç şarkı söylemesi gerektiğini) belirlemede önem taşır.

925 Keza, temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde de dürüstlük kuralına başvurulmakta ve temsilci ile işlem yapan kişinin, yetki belgesinden dürüstlük kuralına göre çıkarabileceği/çıkarmak durumunda olduğu anlama itibar edilmektedir⁵²².

4- Borçların Doğumunda

a) Sözleşme Yapma Zorunluluğu

926 Borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri durumundaki sözleşme özgürlüğünün bir yönü de, belirli bir sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda kişinin serbest olmasıdır: Kural olarak bir kimse, başka bir kimse ile bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta tamamen özgürdür. Ancak bu özgürlüğün kanundan ya da tarafların daha önceden açıkladıkları ortak iradelerinden (bir “ön sözleşme”den) doğan bazı sınırlamaları mevcuttur ki, artık bu hallerde sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilir.

927 Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, öncelikle kamu hukuku kuralları uyarınca kamu hizmeti görmekte olan kamu idareleri

⁵²¹ BGE 107 II 149; BGE 108 II 114; BGE 111 II 262; BGE 115 II 484; I. ZA, 31.1.2003, 4C. 11/2002 (İsv. FM-İnternet); Yarg. HGK, 19.04.2017, 9-1588/784 (Kazancı).

⁵²² Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 654; İsv. FM, I. ZA, 8.3.2001, 4C. 377/2000; I. ZA, 10.10.2002, 4C. 181/2002; II. ZA, 20.1.2003, 5C. 244/2002 (bu kararlar için bkz. İsv. FM-İnternet); BGE 120 II 197. Aynı esasın, temsilci açısından (iç temsile yönelik olarak) da geçerli olduğu konusunda bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, 606; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 654.

veya bunlara bağlı kuruluşlar yahut imtiyaz yolu ile bu hizmetleri yürüten işletmeler (Devlet Demir Yolları, PTT gibi) açısından söz konusu olur. Bu kuruluşlar, şartlarına uygun şekilde kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapmakla yükümlüdürler.

Özel hukuk bakımından ise sözleşme yapma zorunluluğu, ya açık bir yasal düzenlemeye⁵²³, ya da böyle bir hüküm bulunmayan hâllerde dürüstlük kuralına (MK m. 2) dayanır⁵²⁴. Nitekim, tekel durumundaki özel işletmeler ile kamuya açık yerlerin (tiyatro, otel, lokanta gibi), haklı bir kaçınma sebebi bulunmadığı sürece, kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapmak zorunda olmalarının hukukî dayanağı MK m. 2 hükmüdür. 928

İşte dürüstlük kuralının bir sözleşme yapılmasını zorunlu kıldığı böyle hallerde bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder. Bu durumdan zarar gören taraf sözleşme yapılması için dava açabileceği gibi, kendisiyle sözleşme yapılmaması yüzünden uğradığı zararın tazmin edilmesini⁵²⁵ de dava edebilir. 929

⁵²³ Meselâ bkz. 07.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasına göre: "*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe, satışından kaçınılamaz.*"

⁵²⁴ **Dural/Sarı**, 247. Bu konuda doktrinde, sözleşme yapma mecburiyetinin ve buna aykırılık halinde tazminat sorumluluğunun hukukî temeli olarak, kişiliğin korunmasına ilişkin kanun hükümleri ile ahlâka aykırı davranışla başkasına zarar verme (BK m. 49/f. 2) müessesesi de gündeme getirilmektedir. İsviçre doktrininde tartışma, özellikle Federal Mahkeme I. Dairesinin 7 Mayıs 2002 tarih ve 4C. 297/2001 sayılı kararı (BGE 129 III 35) sonrasında alevlenmiştir. Bu tartışmalar için bkz. **Schwenzer**, 176-177; **Arnet**, 593 vd.; **Mächler**, 269 vd.; **Camprubi**, 384 vd.

Alman hukukunda ise sözleşme yapma zorunluluğu genellikle ahlâka aykırı davranışla başkasına zarar verme esasına (BGB § 826) dayandırılmaktadır. Bu konuda bkz. **Köhler**, 132.

⁵²⁵ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 29.6.2000 tarih ve 6057/6244 sayılı kararında bu durumun tam tersi bir kurguda da dürüstlük kuralına dayanarak, taraflar arasında "sözleşme benzeri" bir ilişkinin kurulmuş olduğu sonucuna varmıştır. Kaçak

b) Yan Borçlar

930 Bir borç ilişkisinde taraflar veya kanun, çoğu kez sadece aslî borçları düzenler. Hâlbuki bir borç ilişkisi, bir kısım yan borçların⁵²⁶ doğmasına da yol açar. Meselâ, bir lokantada lokantacının aslî borcu ısmarlanan yemeği vermektir. Fakat bunun yanında masanın ve yemek takımlarının temizliğinden, hizmet eden garsonun davranışına kadar bir dizi yan borçları daha vardır.

931 Bu yan borçlar bazen kanun tarafından belirtilir (meselâ, BK m. 190; BK m. 417); fakat çoğu zaman sözleşme ile tespit edilir. Fakat kanunun veya sözleşmenin yorumundan bir yan borcun varlığı sonucuna varılamasa bile, böyle bir yan borç, dürüstlük kuralından çıkarılabilir. Gerçekten, dürüstlük kuralı birtakım yan borçların varlığının kaynağıdır. Meselâ, bir ziyarete giderken çiçekçiden satın alınan pahalı bir çiçeğin nasıl bir ambalaj kâğıdına sarılması veya satın alınan pahalı bir güneş gözlüğünün nasıl bir kılıf ile birlikte teslim edilmesi gerektiğini dürüstlük kuralı gösterir.

932 Yan borçların bir kısmı *koruma* amacı güder⁵²⁷. BK m. 417, bu tür

elektrik kullanan kişiye karşı, Elektrik Tarife Yönetmeliğine göre hesapladığı sarfiyat bedelini dava yoluyla talep eden Kurumun bu talebinin kabulü gerektiğini belirtirken 3. HD, şu ifadeyi kullanmıştır: "...*taraflar arasında dürüstlük ilkesine uygun olarak (sözleşme benzeri) bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmeli ve davacı idarenin bu gibi durumlara ilişkin olarak belirlediği kuralara uygun bedelin davalı tarafından ödenmesi gerekir. Bu sonuç için, sunulan edimden davalının sadece yararlanmış olması gerekli ve yeterli görülmelidir.*" Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 20.12.2000 tarih ve 3-1803/1813 sayılı kararı ile özel Dairenin bu ilginç yaklaşımını aynen benimsemiştir. Bu kararlar için bkz. Yarg. Dün., Ocak 2001, sh. 93 vd.

⁵²⁶ Bunlar için "*yan ödevler*" - les devoirs accessoires (bkz. **Gauch/Schluap/Tercier**, N. 1570 vd.); "*davranış yükümleri*" (bkz. **Sirmen**, 174; **Medicus**, Bürgerliches Recht, 147 vd.; **Larenz**, Schuldrecht, I, 138 vd.) deyimleri de kullanılmaktadır.

⁵²⁷ **Medicus**, Allgemeiner Teil, 177 vd. ve Bürgerliches Recht, 149 vd.; **Schwab**, 198, 435 vd.; **Grunewald**, 56.

yan borçların kanunda öngörülenlerine bir örnektir. Dürüstlük kuralı da, bir aslî borcu ifa eden kimseye, alacaklının hayatını ve vücut tamlığını koruyucu tedbirleri alma yükümlülüğünü yükler. Bir spor gösterisi düzenleyen kuruluşun, seyircilerin zarara uğramasını önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğü böyledir⁵²⁸.

Bazı hallerde yan borçlar, *açıklamada bulunma ve bilgilendirme*, özellikle karşı tarafı belirli bir konuda *aydınlatma* yükümü tarzında ortaya çıkar⁵²⁹. Aslında, sözleşme kurmaya yönelen her bir taraf, kendisi bilgi edinme görevi altındadır; karar vermesinde etkili olacak

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2006 tarih ve 15654/4848 sayılı kararında da, alışveriş sırasında çantası çalınan müşterinin uğradığı zarardan mağaza sahibi sorumlu tutulurken açıkça MK m. 2'ye dayanılmış ve mağaza sahibinin koruma yükümünün "aslî borç ilişkisi ile ilgisi bulunmadığı"na işaret edilmiştir. Keza bkz. Yarg. HGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239 (kararlar için bkz. Kazancı).

⁵²⁸ **Deschenaux**, 166.

⁵²⁹ **Grunewald**, 126; **Hübner**, 454. Meselâ, alacaklının teslim almaktan kaçındığı malı mahkemenin belirlediği yere tevdi etme hakkını (BK m. 107) kullanan borçlunun, malın bırakıldığı yeri alacaklıya haber vermesi, dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, 323, dn. 19; **Oğuzman/Öz**, I, 359.

İsviçre Federal Mahkemesinin, sosyal sigorta alanında bilgi verme (açıklama) yükümlülüğünü dürüstlük kuralına dayandıran bir kararı için bkz. II. ZA, 3.7.2001, 5C. 41/2001 (İsv. FM-İnternet). Yine İsviçre Federal Mahkemesi, diğer bir kararında, sözleşmenin taraflarından birinin karşı tarafın bir davranışına dayanarak hataya düşmesi halinde, durumu bilen karşı âkidin onu uyarmakla (açıklamada bulunmakla) yükümlü olduğu sonucuna varırken, dürüstlük kuralına dayanmıştır. Bkz. I. ZA, 5.4.2000, 4C. 330/1999 (İsv. FM-İnternet). Buna karşılık Federal Mahkeme, dürüstlük kuralına dayanılarak, borçlunun alacaklıyı zamanaşımı süresinin dolmak üzere olduğu konusunda uyarmakla yükümlü tutulamayacağına isabetle işaret etmiştir. Bkz. II. ZA, 16.1.2003, 5C. 226/2002 (İsv. FM-İnternet).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ise, 05.07.2011 tarih ve 1729/11039 sayılı kararında, bankanın kredi borçlusunu bilgilendirme yükümlülüğünü isabetli biçimde dürüstlük kuralına dayandırmıştır (karar için bkz. Legalbank). Keza bkz. aynı yönde: Yarg. 13. HD, 03.04.2017, 16750/3883 (Kazancı).

hususlara ve kurulacak sözleşme ile ilgili bilgilere, sorarak ve araştırma yaparak kendisi ulaşmak zorundadır. Sözleşme ilişkisine girmeye hazırlanan taraflardan her biri, kendi menfaatlerine kendisi dikkat etmeli; bunu karşı tarafa bırakmamalıdır. Esasen kanundan doğan genel bir aydınlatma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu nedenle, kural olarak, taraflar birbirlerine karşı aydınlatma yükümlülüğü altında değildirlir⁵³⁰. Buna karşılık, sözleşme görüşmeleri esnasında somut olayın şartları ve tarafların içinde buldukları durum, MK m. 2’de ifadesini bulan “dürüstlük kuralı” karşısında gerekli kılıyorsa, aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabilir⁵³¹. Ancak bunun için, müzakereler sırasında kendisi de dürüstlük kuralına uygun şekilde davranan tarafın, aydınlatılmayı beklemekte objektif bakımdan haklı olması gerekir⁵³². Bu hâlde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, somut olayın özel koşullarına, sözleşmenin yapısına ve niteliğine, karşılıklı görüşmelerin akış şekline ve tarafların statülerine ve uzmanlıklarına bağlı olarak değişir⁵³³.

- 934 Bir hukukî işlemle ilgili *belgeleri sağlama* yükümü de (meselâ, BK m. 190) dürüstlük kuralına dayanan bir yan borç olabilir⁵³⁴.

⁵³⁰ Bkz. **Gonzenbach**, 104, 106; **Guhl/Koller**, 148; **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 958; **Koller**, 426-427; **Demircioğlu**, 223-224, 231; **Gezder**, 176, 178. Bu esası ortaya koyan İsviçre Federal Mahkemesi kararları olarak bkz.: BGE 102 II 84; BGE 106 II 36; BGE 108 II 313; BGE 120 II 336.

⁵³¹ **Guhl/Koller**, 148; **Wiegand**, Basler Kommentar, Einl. 97-109, Nr. 6 ve Art. 97, Nr. 34-35; **von Tuhr/Peter**, 192; **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 948; **Schwenzer**, 287-288; **Koller**, 427; **Oğuzman/Öz**, I, 77; **Eren**, 1129; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 8; **Demircioğlu**, 224; **Gezder**, 176; Yarg. HGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 03.04.2017, 16750/3883 (Kazancı).

⁵³² **Gezder**, 176.

⁵³³ **Gauch/Schluemp/Schmid**, Nr. 958; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 220; **Gonzenbach**, 105; **Yalman**, 92; **Gezder**, 177-178; **Demircioğlu**, 231.

⁵³⁴ **Deschenaux**, 166; karş. II. ZA, 3.7.2001, 5C. 41/2001 (İsv. FM-İnternet).

Keza, bazı şartlar altında *işbirliğinde bulunma* yükümü de dürüstlük kuralı icabı yerine getirilmesi gereken bir yan borç olabilir. Meselâ, bir sözleşmenin tamamlanması için bir üçüncü kişinin veya resmî makamın rızasını elde etmek hususunda gerekli işbirliği böyledir⁵³⁵. 935

Yan borçların bir kısmı aslî borcun ifasına yardım ederler; bağımsız bir nitelikleri yoktur ve bu sebeple aslî borçtan ayrı olarak dâva edilmeleri mümkün değildir. Bunlara uyulmaması asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur. Bunlara “*bağımlı yan borçlar*” (unselbständige Nebenpflichten, devoirs accessoires secondaires) denilir. 936

Bir kısım yan borçlar ise aslî borcun ifasına değil, amacına ulaşmasına yardım ederler ve bağımsız olarak ifa konusu olurlar. Bu sebeple de aslî borçtan ayrı olarak dâva edilebilirler. Bunlara “*bağımsız yan borçlar*” (selbständige Nebenpflichten, devoirs accessoires primaires) denilir⁵³⁶. Meselâ, temlik edilen alacakla ilgili belgeleri verme borcu (BK m. 190) böyledir. 937

c) Sözleşme Görüşmelerinde Dürüst Davranma Borcu

Dürüstlük kuralı, bir sözleşmeye yönelik olarak görüşmelere başlayan taraflara, birbirlerine karşı dürüst davranma, sözleşmenin yapılması veya şartlarının tespiti hususundaki kararlarına etki edecek hususlar hakkında birbirlerine bilgi verme ve görüşmeleri dürüst ve ciddî bir tavırla sürdürme yükümlülüğünü yükler⁵³⁷. Bir taraf, bu 938

⁵³⁵ Deschenaux, 166.

⁵³⁶ Bkz. Merz, Berner Kommentar, Art. 2, N. 260 vd.; Deschenaux, 165, dn. 60.

⁵³⁷ Yarg. HGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239 (Kazancı); Yarg. 2. HD, 15.9.1997, 6603/8864 (YKD, 1997/12, sh. 1856 vd.); karş. I. ZA, 11.11. 2002, 4C. 215/2002 (İsv. FM-İnternet); I. ZA, 27.9.2002, 4C. 189/2002 (İsv. FM-İnternet); I. ZA, 3.2.2003, 4C. 320/2002 (İsv. FM-İnternet); I. ZA, 22.5.2003, 4C. 37/2003 (İsv. FM-İnternet); BGE 120 II 331; BGE 128 III 324.

yükümlülüğüne aykırı davranarak, gereken hususları açıklamama, yanlış bilgi verme, gereken dikkati göstermeme, sözleşme yapma niyeti bulunmadığı halde müzakereye girişme veya müzakereyi sürdürme yüzünden karşı tarafa bir zarar verirse, bu zararı tazmin etmek zorundadır. Dürüstlük kuralından kaynaklanan bu esasa *culpa in contrahendo* (sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış)'dan sorumluluk denilir⁵³⁸.

Fakat dürüstlük kuralı, kişiye, karşı tarafı, onun bilebileceği ve öngörebileceği hususlarda uyarma ve onun dikkatini çekme konusunda bir yükümlülük yüklenmez. Bkz. I. ZA, 27.9.2002, 4C. 189/2002 (İsv. FM-İnternet).

Federal Mahkeme bir kararında, sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların görüşmeyi mutlaka sözleşme akdederek sonuçlandırmak zorunda olmadıklarını ve her an görüşmeye son verebileceklerini; bunun dürüstlük kuralına aykırı olmadığını; fakat sözleşmeyi kurma konusunda istek ve iradesi bulunmadığı halde bunu karşı taraftan gizleyerek görüşmeyi sürdüren ve karşı tarafta sözleşmenin kurulacağı yolunda yanlış bir kanaat oluşmasına yol açan tarafın birden görüşmeden çekilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini ve tazminat sorumluluğu doğuracağını isabetle belirtmiştir. Bkz. I. ZA, 3.2.2003, 4C. 320/2002 (İsv. FM-İnternet).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 1.12.2005 tarih ve 2865/11959 sayılı kararında (YKD, 2006/5, sh. 786 vd.) da, otomobil bayiliği verilmesine yönelik olarak sürdürülen ve davacıda sözleşmenin imzalanacağına ilişkin haklı bir güven uyandıran görüşmelerin davalı tarafından birden kesilmesi ve sözleşmenin imzalanamaması durumunda, davacının bu güvenle hareket ederek yaptığı masraflar sebebiyle oluşan zararının davalı tarafından culpa in contrahendo esasına dayanılarak tazmini gerektiği kabul edilmiştir.

⁵³⁸ Culpa in Contrahendo kavramı hakkında bilgi için bkz. **Fikentscher**, 66 vd.; **Schwab**, 439 vd.; **Bork**, 252-253; **Hübner**, 454 vd.; **Medicus**, Bürgerliches Recht, 139 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, Nr. 963 vd.; **von Tuhr/Peter**, 192; **Bucher**, Basler Kommentar, Art. 1, Nr. 86; **Keller/Schöbi**, 39 vd.; **Bucher**, Allgemeiner Teil, 277 vd.; **Schönle**, 196; **Schwenzer**, 342; **Gonzenbach**, 6 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 8; **Oğuzman/Öz**, I, 477 vd.; **Eren**, 1128-1129; **Serozan**, Culpa, 111 vd.; **İnan**, 878 vd., 999 vd.; **Kutlu-Sungurbey**, 99 vd.; **Yalman**, 37 vd.; **Gezder**, 1 vd.; **Demircioğlu**, 61 vd.; BGE 58 II 429; BGE 68 II 303; BGE 77 II 137; BGE 90 II 458; JdT 1980 I 273; BGE 101 II 269; BGE 104 II 94; BGE 105 II 81; BGE 108 II 313; BGE 108 II 422; BGE 120 II 336; BGE 121 III 355; BGE 124 III 369; BGE 130 III 348; Yarg. 13. HD, 13.11.1995, 9375/9860 (Kazancı); Yarg. HGK, 01.12.2010, 13-593/623 (Kazancı); Yarg. HGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239 (Kazancı).

Bu sorumluluğun niteliği ve tâbi olduğu hukukî statü Borçlar Hukuku alanında incelenmekte olduğundan kitabımızın kapsamı dışında kalmaktadır. Burada vurgulamak istediğimiz husus, culpa in contrahendo esasının MK m. 2/f. 1’de ifadesini bulan dürüstlük kuralına dayandığı ve bu esasın doktrin ve içtihatlarla bir sorumluluk sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde dürüstlük kuralının yattığıdır⁵³⁹.

d) Davranış Yükümlülükleri

Alman Hukukundan esinlenen bir eğilime göre, dürüstlük kuralı, sözleşme görüşmelerine başlayan kişilere yukarıda belirtilen şekilde bilgi verme, dikkat gösterme yükümlülüğü dışında, temasa geçtiği karşı tarafı zarardan koruma yükümlülüğü de yükler. Bu anlamda Culpa in Contrahendo kapsamında değerlendirilen söz konusu yükümlülüğün ihlâline ilişkin olarak çok kullanılan bir örnek, bir kumaş mağazasında tezgâhtarın, bir muşamba ile ilgilenen fakat henüz satın almamış olan müşterisinin ayağına muşamba topunu düşürerek müşterinin sakatlanmasına yol açmasıdır. Bu husustaki sorumluluğun hukukî dayanağının haksız fiil mi, yoksa borca aykırılık mı olduğu çok tartışmalı ise de;

⁵³⁹ Culpa in Contrahendo’nun dürüstlük kuralına dayandığı, Nr. 938’de atıf yapılan eserlerin ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının çoğunda açıkça ifade edilmektedir.

Keza, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 13.11.1995 tarih ve 9375/9860 sayılı kararında (Yarg.-İnternet), Culpa in Contrahendo’nun temelinde MK m. 2’deki dürüstlük kuralının yattığını açıkça vurgulamıştır. Aynı tespit için bkz. Yarg. HGK, 01.12.2010, 13-593/623 (Kazancı); Yarg. HGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239 (Kazancı). Bunun gibi, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de 1.12.2005 tarih ve 2865/11959 sayılı kararında (YKD, 2006/5, sh. 786 vd.) aynen şu ifadeye yer vermiştir: “...Taraflar akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar. Bu görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukukî ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve MK 2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır...”

genellikle benimsenen görüş, bu sorumluluğun borca aykırılık kurallarına tâbi olacağı yönündedir⁵⁴⁰.

941 Keza, bir akdî ilişkide, taraflar dışında, bir tarafın yakınlarını koruma yükümlülüğünün de, dürüstlük kuralından kaynaklandığı ileri sürülen “edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine” dayandığı savunulmaktadır⁵⁴¹.

942 Yine Alman Hukukundan esinlenen bazı yazarlar, zarardan korumaya ilişkin bu tarz yükümlülüğün, sadece sözleşme görüşmeleri için temasa geçenler arasında değil, başka şekilde sosyal temasa geçenler arasında da mevcut olduğunu; genel davranış kurallarından ayrı, özel bir ilişki (sosyal temas) sebebiyle ortaya çıkan davranış yükümlülüğüne aykırılık halinde yükümlülüğe aykırı davranıştan doğan zarardan dolayı zarar verenin sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine değil, borca aykırılık hükümlerine tâbi olması gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁴².

943 İsviçre Federal Mahkemesi sözleşme niteliğini almış bir taahhüt söz konusu olmaksızın, bir kimseye tavsiyede bulunan, bilgi veren kişinin kasden veya umursamazlıkla yanlış bilgi vermesi veya bildiği hususları tam olarak açıklamaması halinde bundan zarar gören kişinin ondan haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceği sonucuna varmıştır⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Serozan, Culpa, 111; Kutlu-Sungurbey, 103; Eren, 1131; Akyol, Dürüstlük Kuralı, 54; Yarg. HGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239 (Kazancı); Yarg. HGK, 01.12.2010, 13-593/623 (Kazancı). Bu konuda ortaya atılmış bulunan tüm görüşlerin detaylı izahı için bkz. Demircioğlu, 77 vd.; Gezder, 63 vd.; keza bkz. Yalman, 50 vd.

⁵⁴¹ Bu hususta bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 978, dn. 4a; Oğuzman/Öz, I, 39-40; Eren, 39 vd.; Akyol, Dürüstlük Kuralı, 54; Yarg. HGK, 6.5.1992, 13-213/315 (YKD, 1992/8, sh. 1176); Yarg. HGK, 01.12.2010, 13-593/623 (Kazancı).

⁵⁴² Serozan, Culpa, 122 vd.; Akyol, Dürüstlük Kuralı, 54; Kutlu-Sungurbey, 106-107, 124; Yarg. HGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239 (Kazancı).

⁵⁴³ JdT 1991 I 629; JdT 1986 I 487.

5- Sözleşmelerde Değişiklik Yapılmasında veya Sözleşmenin Sona Erdirilmesinde

a) Eski Borçlar Kanunumuz Açısından Durum:

Eski Borçlar Kanunumuzda, sürekli borç ilişkilerinin sonradan 944 ortaya çıkan sebepler üzerine, bundan olumsuz biçimde etkilenen tarafa, ilişkinin değişen duruma göre ayarlanmasını veya sona erdirilmesini isteme hakkını veren genel nitelikli bir hüküm mevcut değildir. Kanun koyucu sadece bazı ilişkiler için getirdiği özel düzenlemelerle buna imkân tanımıştı. Kira (eBK m. 264, 286) ve hizmet (eBK m. 344) sözleşmelerinde, adî şirkette (eBK m. 535/b. 7) tanınan haklı sebeple fesih hakkı, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ortaya çıkan yeni şartların, bir taraf için bu ilişkiye devamı çekilmez hale getirmesi durumunda o kişiye ilişkiyi sona erdirmeye imkânı sağlamaktaydı ve bu hükümlerin temelinde de dürüstlük kuralı yatmaktaydı⁵⁴⁴. eBK m. 344'ün ifadesi bu hususu açıklamaktaydı⁵⁴⁵.

Eski Borçlar Kanununun 365. maddesi ise, eser sözleşmesinde, 945 sonradan, beklenmeyen bir durum ortaya çıkarsa hâkime sadece söz-

⁵⁴⁴ Bkz. Seliçi, 202, 225.

İsviçre Borçlar Kanununun, hizmet sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından önemli sebeple feshini düzenleyen 337. maddesinin 2. fıkrasında “önemli sebep”in varlığının belirlenmesinde dürüstlük kuralına açıkça atıf yapılmış ve iş ilişkisine devamın fesih beyanında bulunan kişiden dürüstlük kuralına göre artık beklenilemeyeceği hallerde önemli sebebin gerçekleşmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Federal Mahkemenin bu yoldaki uygulamasına örnek olarak bkz. I. ZA, 13.6.2000, 4C. 464/1999; I. ZA, 28.7.2000, 4C. 161/2000; I. ZA, 17.10.2001, 4C. 192/2001; I. ZA, 13.11.2000, 4C. 248/2000; I. ZA, 15.2.2001, 4C. 271/2000; I. ZA, 10.7.2002, 4C. 114/2002; I. ZA, 20.8.2002, 4C. 158/2002; I. ZA, 8.10.2002, 4C. 112/2002; I. ZA, 8.10.2002, 4C. 159/2002; I. ZA, 14.11.2002, 4C. 198/2002; I. ZA, 14.1.2003, 4C. 346/2002; I. ZA, 4.4.2003, 4C. 357/2002 (tüm bu kararlar için bkz. İsv. FM-İnternet); BGE 129 III 380.

⁵⁴⁵ Oğuzman, Fesih, 35 vd.

leşmeyi sona erdirmek değil, sözleşme hükümlerinde yeni duruma göre değişiklik yapmak imkânını da tanımaktaydı⁵⁴⁶.

946 Şu var ki, kanunda hüküm bulunmayan hallerde taraflar sözleşmeye koyacakları hükümlerle hukukî ilişkinin yeni şartlara göre ayarlanması veya sona erdirilmesi imkânını kabul etmiş olabilirler. Özellikle para değerindeki değişikliklere karşı sözleşmelere konulan altın değeri kaydı, yabancı para (döviz) değeri kaydı veya endekse göre ayarlama kaydı (échelle mobile) bu meyandadır⁵⁴⁷.

947 Fakat ne sözleşmede, ne de kanunda hukukî ilişkinin yeni duruma göre ayarlanmasını veya sona erdirilmesini öngören hüküm bulunması halinde nasıl bir çözüme varılacağı sorusu ile karşılaşılmaktaydı. Acaba sözleşmelerin, yapıldıkları zamanda geçerli koşullarda değişiklik olmaması şartıyla akdedildiği, söz konusu koşullarda değişiklik meydana gelirse bunun sözleşmeye de yansıtacağı esası (*clausula rebus sic stantibus*) mı kabul edilecek, yoksa sözleşme hükümlerinin her koşulda, aynen uygulanmasını öngören ahde vefa = verilen söze bağlılık (*pacta sunt servanda*) prensibi mi uygulanacaktır?⁵⁴⁸ Bu soru özellikle birinci ve ikinci dünya savaşlarından sonra Alman doktrinini ve mahkemelerini çok meşgul etmiştir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku II, 1057 vd.; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, 239 vd.; **Bilge**, Özel Borç Münasebetleri, 256; **Erman**, 103 vd.

⁵⁴⁷ Bkz. **Eren**, 483; **Oğuzman/Öz**, I, 197; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 780 vd.; **Feyzioğlu**, II, 52 vd.

⁵⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Flume**, 495 vd., 631 vd.; **Larenz/Wolf**, 698 vd.; **Larenz**, Schuldrecht, I, 322 vd.; **Fikentscher**, 139 vd.; **Caroni**, 205 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 346 ve Bürgerliches Recht, 108 vd., 112 vd.; **Keller/Schöbi**, 254 vd.; **Deschenaux**, 183 vd.; **Tercier**, 194; **Sulzer**, 204 vd.; **Gürsoy**, 11 vd.; **Burcuoğlu**, 4 vd.; **Baysal**, Uyarlama, 10 vd.; **Topuz**, 65 vd.; **Feyzioğlu**, II, 467 vd.; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 83 vd.; **Kaplan** 111 vd.; **Eren**, 480 vd.

⁵⁴⁹ Bkz. **Tunçomağ**, Aşırı Güçlük, 884 vd. ve Borcun İfası, 87 vd. Uyarlamanın hukukî temeli ve gerekçesi olarak çeşitli hukuk sistemlerinde ortaya çıkan akımlar hakkında bilgi için bkz. **Topuz**, 69 vd.; **Baysal**, Uyarlama, 17 vd.

Gerçekten, savaş esnasında ve savaş sonrası dönemde ortaya çıkan 948
güçlükler ve para değerindeki aşırı düşüşler, her iki dünya savaşında
ekonomik bakımdan büyük sarsıntılara uğrayan Almanya'da bu mese-
lenin üzerinde durulması zorunluluğunu doğurmuştur.

Sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesini şartların değişme- 949
mesi ön koşuluna bağlayan *clausula rebus sic stantibus* fikri gerçeğe
uygun değilse de, söze bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesine kesin ve
sıkı bağlılığın da her zaman âdil olmadığı görülmüştür. Meselâ, belirli
(sâbit) bir bedel üzerinden bir malın devamlı olarak teslimi taahhüdünün,
para değerinin büyük ölçüde düşmesinden sonra yine aynı şartlarla
ifasını beklemek doğru ve âdil olamaz.

Bu ve benzeri hâllerde ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçları önle- 950
mek üzere eBK m. 365/f. 2 hükmünün⁵⁵⁰ diğer sözleşme ilişkilerine
de kıyasen uygulanması başta olmak üzere, doktrinde çeşitli çözümler
ortaya atılmıştı⁵⁵¹.

Konuya ilişkin bir düzenleme içermeyen eski Borçlar Kanunu 951
döneminde meselenin çözümü için dayanak olabilecek genel prensip,
dürüstlük kuralı idi⁵⁵². Bu esas, yeni Borçlar Kanunu'nun konuyu

⁵⁵⁰ eBK m. 365/f. 2 hükmünün de temelinde, MK m. 2'deki dürüstlük kuralı yatar:
Yarg. 15. HD. 17.3.2003, 4636/1326 (YKD, 2003/6, sh. 931 vd.).

⁵⁵¹ Bkz. Nr. 947'de atf yapılan eserler. Ayrıca bkz. ve karşı. **Akyol**, Dürüstlük Ku-
ralı, 86 vd. Uyarlamanın hukukî dayanağı olarak Türk hukukunda ortaya atılmış
çeşitli görüşlerin topluca izahı için bkz. **Baysal**, Uyarlama, 77 vd.; **Topuz**, 121
vd.

⁵⁵² Bkz. **Sulzer**, 205; keza bkz. buna açıkça işaret eden Yarg. HGK, 19.2.1997, 11-
762/77 (YKD, 1997/5, sh. 681-682); Yarg. HGK, 18.11.1998, 3-815/835 (Yasa,
2000/1, sh. 66 vd.); Yarg. HGK, 7.5.2003, 13-332/340 (Kazancı); Yarg. HGK,
15.10.2003, 13-599/599 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 5.4.2001, 2908/3543 (Kazan-
cı); Yarg. 13. HD, 13.12.2001, 11526/11752 (Yarg. Dün., Mart 2002, sh. 114
vd.); Yarg. 13. HD, 24.1.2002, 11582/583 (Kazancı). Yarg. 13. HD, 21.4.2003,
15326/4726 (İBD, c. 77, s. 3, 2003, sh. 805 vd.); Yarg. 13. HD, 3.3.2005,
14870/3171 (Yarg. Dün., Eylül 2005, sh. 91 vd.).

düzenleyen 138. maddesinin de felsefî temelini teşkil etmektedir. Buna göre, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik sebepler yüzünden edimler dengesinin aşırı ölçüde bozulmasına rağmen, borcun hâlâ mevcut sözleşme şartlarına göre ifası talep ediliyorsa ve bu talep dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa, borçlu, Mahkemeye başvurarak, işlem temelinin çöktüğünü ileri sürebilir ve akdin ya yeni şartlara göre ayarlanmasını (uyarlanmasını) veya sona erdirilmesini isteyebilir. Hâkim de durumun özelliğini göz önünde tutarak sözleşmenin ya yeni şartlara göre ayarlanmasına (yani, uyarlamaya) veya sözleşmenin sona erdirilmesine karar verebilir⁵⁵³. Fakat böyle bir kararın verilebilmesi için doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, bugün için de geçerli olan ve değer taşıyan şu şartlar aranmaktaydı⁵⁵⁴:

⁵⁵³ **Keller/Schöbi**, 259-260; **Sulzer**, 210-211; **Kaplan**, 146 vd.; **Burcuoğlu**, 14-15; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 100, 111 vd.; **Eren**, 486; **Baysal**, Uyarlama, 251 vd., 257 vd.; **Topuz**, 326 vd., 337 vd. Ancak bu yazarlardan **Baysal** ve **Topuz**, sona ermenin, ilgili tarafa dönme/fesih hakkı tanınması suretiyle gerçekleşebileceğine işaret etmektedirler.

Buna karşılık Alman Medenî Kanunu, doğrudan doğruya ilgili (koşulların değişmesinden zarar gören) tarafa sözleşmeden bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıyla dönme hakkını tanımakta; fakat buna da sözleşmenin değişen koşullara uydurulmasının imkânsız olduğu veya ilgili tarafa yüklenemeyeceği hallerde -istisnaen- izin vermektedir (BGB § 313/Abs. 3). Aynı düzenlemede, sürekli borç ilişkilerinde dönmenin yerini feshin alacağı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Medicus**, Allgemeiner Teil, 346 ve Bürgerliches Recht, 112; **Larenz/Wolf**, 709.

Yargıtay'ın ABD Doları üzerinden yapılan bir sözleşmenin hükümsüzlüğü iddiasının içinde emprevizyonun dikkate alınması talebinin de yer aldığı yolundaki görüşü için bkz. Yarg. 11 HD, 4.11.1983, 4170/4731 (YKD, 1984/3, sh. 411).

Taşınmaz kirası sözleşmeleri ile Bankaların dövize endeksli kredi kullandırmalarına yönelik kredi sözleşmeleri bakımından özellikle 1994 yılında ortaya çıkan ekonomik krizin etkisiyle güncel bir hukuk sorunu haline gelen uyarlama konusunda verilmiş bazı esas mahkemesi ve Yargıtay kararlarının bir dökümü ve bunların değerlendirilmesi için bkz. **Burcuoğlu**, 28 vd.

Toplu iş sözleşmesine uyarlama amacıyla müdahaleyi haklı gören ilginç bir karar olarak bkz. Yarg. 9. HD, 14.3.1996, 4479/5354 (Yarg.-İnternet).

⁵⁵⁴ Bu şartlar ve hâkimin dikkate alması gereken hususlar için bkz. **Baysal**, Uyarla-

1. Sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşme yapılırken öngörülemeyen ve beklenilmeyen, objektif nitelikli ve olağanüstü bir sebep (savaş, büyük ekonomik kriz, aşırı devalüasyon, deprem veya diğer bir doğal afet gibi) ortaya çıkmalıdır⁵⁵⁵. 952

2. Bu sebep yüzünden, zamana yayılmış bir sürekli borç ilişkisinde⁵⁵⁶ tarafların yükledikleri edimler arasındaki denge, aşırı ölçüde bozulmuş olmalıdır. 953

3. Bu durumun oluşmasında hâkimin müdahalesini talep eden tarafın kusuru bulunmamalı ve sorumluluğunu gerektiren özel bir sebep mevcut olmamalıdır. 954

ma, 147 vd.; **Topuz**, 248 vd.; **Reisoğlu**, 416; **Kaplan**, 140 vd.; **Eren**, 485 vd.; **Burcuoğlu**, 47 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. JdT 1981 I 277; Yarg. HGK, 7.5.2003, 13-332/340 (Kazancı); Yarg. HGK, 15.10.2003, 13-599/599 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 12.2.1981, 147/932 (YKD, 1982/11, sh. 1561); Yarg. 13. HD, 14.12.1990, 5697/8708 (İBD, Nisan-Haziran 1991, sh. 495); Yarg. HGK, 19.2.1997, 11-762/77 (Yarg. Dün., Mart 2001, sh. 9 vd.); Yarg. HGK, 18.11.1998, 3-815/835 (Yasa, 2000/1, sh. 66 vd.) Yarg. 13. HD, 27.3.2000, 2648/2640 (YKD, 2000/8, sh. 1190); Yarg. 11. HD, 27.11.2000, 7761/9315 (YKD, 2001/7, sh. 1024 vd.); Yarg. 13. HD, 5.2.2001, 2908/3543 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 13.12.2001, 11526/11752 (Yarg. Dün., Mart 2002, sh. 114 vd.); Yarg. 13. HD, 24.1.2002, 11582/583 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 3.5.2001, 3537/4769 (Yarg. Dün., Kasım 2001, sh. 64-65); Yarg. 13. HD, 23.05.2002, 2930/6047 (yayınlanmamıştır); Yarg. 3. HD, 25.04.2011, 5539/6984 (Legalbank). Kısa süreli sözleşme ilişkilerinde uyarılma yoluna gidilemeyeceği konusunda bkz. Yarg. HGK, 30.5.2001, 15-402/459 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 6.6.2002, 4916/6750 (Yarg. Dün., Eylül 2002, sh. 135); fakat karşı. henüz ifa süresi tamamlanmamış kısa süreli kira sözleşmelerinde hâkimin sözleşmeye müdahale edebileceğini kabul ederek aksi yönde: Yarg. 3. HD, 15.10.2004, 3520/3704 (İBD, c. 79, s. 1, 2005, sh. 194-195).

⁵⁵⁵ Bkz. İşlem temelinin çıktığından bahsedilebilmesi ve uyarılma yoluna gidilebilmesi için “sosyal felâket niteliğinde olağanüstü bir olayın” meydana gelmesinin şart olmadığını belirterek, hâkim doktrinden ve yerleşik uygulamadan farklı görüşte **Kocayusufpaşaoğlu**, İşlem Temeli, 506 vd.

⁵⁵⁶ Anî edimli borç ilişkilerinde uyarılma yolunun kapalı olduğu konusunda bkz. Yarg. HGK, 30.5.2001, 15-402/459 (Kazancı).

- 955 4. Bu yeni duruma rağmen, borcunu hâla sözleşme şartlarına uygun biçimde ifa etmesi dürüstlük kuralı karşısında borçludan beklenememelidir.
- 956 5. Sözleşmede veya Kanunda bu konuya ilişkin özel bir hüküm (uyarlama düzenlemesi) bulunmamalıdır.
- 957 6. Edimler henüz tümüyle ifa edilmemiş (ifa aşaması tamamlanmamış) olmalıdır.

b) Yeni Borçlar Kanununun Konuya İlişkin Düzenlemesi:

- 958 Yeni Borçlar Kanunumuz, yukarıdan beri ele aldığımız soruna ilişkin olarak genel nitelikli bir hükme yer vermiş ve bu konuda önemli bir açığı kapatmıştır. Kanunun, “Genel Hükümler”i düzenleyen 1. kısmının 3. bölümünde yer alan ve “Aşırı ifa güçlüğü” kenar başlığını taşıyan 138. madde hükmü şöyledir:

*“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini **dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede** borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”

- 959 Artık Türk hukukunda böyle bir imkân dar bir kapsamda, sadece belirli sözleşme tipleri açısından değil, tüm sürekli borç ilişkileri bakımından mevcuttur ve bu uygulama artık hukukî dayanağını, MK m.

2'ye dayalı doktrin yorumlarında ve yargı içtihatlarında değil, doğrudan doğruya genel hüküm niteliğindeki bir yasa normunda bulacaktır.

Bu hükümde dürüstlük kuralına açıkça atıf yapılması da ayrıca 960 isabetli olmuştur. Çünkü dürüstlük kuralı, bu kurumun felsefî temelini oluşturmaktadır⁵⁵⁷.

V. MEDENÎ KANUNUN 2. MADDESİ UYGULANIRKEN GÖZ ÖNÜNDE TUTULACAK ESASLAR

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun 961 hükümlerinin katı uygulanmasının yol açacağı adalete, hakkaniyete ve ahlâk anlayışına aykırı, hayat ihtiyaçlarına uymayan sonuçları önleyecek bir “genel kural”, bir temel hukuk ilkesi niteliğindedir⁵⁵⁸. Öyle ki, bu ilke MK m. 2'de açıkça düzenlenmiş olmasaydı bile yine de sonuç değişmezdi; bir temel hukuk ilkesi olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı her zaman uygulama alanı bulabilirdi.

Fakat, karşılaşılan her meselede bu husustaki başka hükümleri 962 bir tarafa iterek sorunu dürüstlük kuralı ile çözmeye heves etmek de, hukukî güvenliği ortadan kaldırır⁵⁵⁹. MK m. 2, ancak uygulama şartlarının gerçekleştiği olaylarda başvurulabilecek, **istisnaî** bir düzen-

⁵⁵⁷ Yarg. HGK, 19.04.2017, 9-1588/784 (Kazancı).

⁵⁵⁸ Bkz. **Larenz**, Schuldrecht, I, 127; **Deschenaux**, 140; **Bürgi**, FJS, 663; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, 163; Yarg. HGK, 27.11.2002, 1-877/1029 (Yarg. Dün., Mart 2003, sh. 48 vd.); Yarg. HGK, 03.11.2010, 19-559/546 (Kazancı); Yarg. HGK, 04.05.2011, 11-59/271 (Kazancı).

⁵⁵⁹ **Schwarz**, Medenî Hukuk, 198; **Hedemann**, 66 vd.; **Oğuzman**, Dürüstlük Kuralı, 408 vd.; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 17 vd.; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, 165-166. Keza bkz. Yarg. HGK, 3.10.2001, 6-653/672 (YKD, 2002/1, sh. 9 vd.): “... hakkın kötüye kullanılması yasağı ikinci derecede (talî) bir yol olup, uygulanması mümkün bir kanun hükmü bulunduğu sürece bu kavrama başvurmak gerekli değildir.” Karş. aynı yönde: Yarg. HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Legalbank); Yarg. HGK, 03.11.2010, 19-559/546 (Kazancı); Yarg. 14. HD, 14.12.2011, 11146/15450 (Kazancı).

lemedir. **MK m. 2 normu gelişigüzel kullanılabilir bir hüküm değildir.** Bugün ülkemizdeki hukuk uygulamasının içinde bulunduğu durum maalesef budur. Karşılaşılan sorunun çözümü kanunlarda yer alan hükümlerde mevcut olduğu ve bu hükümleri kullanarak meseleyi halletmek mümkün bulunduğu halde, bunu yapmayı yersiz ve hatalı biçimde MK m. 2 hükmüne başvurma eğilimi gittikçe hız kazanmaktadır⁵⁶⁰.

963

Bu hususta *Schwarz*'ın kullandığı son derece önemli şu cümleleri burada tekrarlamak isteriz: Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, “... önemi çok büyüktür; fakat hukukî meselelerin hal-line bunlarla başlamayıp her meseleye ona taallük eden hususî hükmü tatbik etmek ve bu umumî esasları da fevkalâde zarurî olan hallerde sırf itmam ve tashihi edici bir şekilde tatbik eylemek lâzımdır. Hukuk tahsiline yeni başlayanların bu hususta ne kadar dikkat nazarı çekilse yeridir; zira müptediler çok kolay fakat tehlikeli bir yol karşısında çok zor, zahmetli fakat daha emin ve kat'î bir vasıtayı istimal etmeyi öğrenmek mecburiyetindedirler”⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Bu eğilime örnek olarak bkz. Nr. 964'de atf yapılan Yargıtay kararları.

⁵⁶¹ *Schwarz*'ın, dürüstlük kuralının uygulanmasında ihtiyatlı davranmayı öğütleyen ve yol gösterici nitelik taşıyan bu çok önemli sözlerinin başlangıç kısmı aynen şöyledir:

“İkinci maddenin her iki hükmü de kanunun, son zamanlarda genel esaslar (zabıtarlar) tâbiriyle ifade olunan büyük kaidelerinden biridir. Bu esaslar, ferdî vaziyetlerin ve hususiyetlerin baştan görülmesi mümkün olmayan sayısız değişiklikleri karşısında bir nâzım ve kanunun harfî harfine tatbikinün hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde de, bir tashihi vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hâkim bulunmaktadır. Umumî esaslar kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik vaziyetlerine uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elâstikiyet bahşetmektedirler.

Bununla beraber bunların tatbikinde çok ihtiyatlı ve basiretli olmak icap eder. Bu umumî hükümleri sık sık tatbik etmek, yani hukukî meselelerin halini bunlara istinat ettirmek tehlikeli bir temayüldür. Bu, yanlış bir hukukî methodur; zira her hukukî meseleyi, şu keyfiyet hüsnüniyet kaidesi icabatındandır, bu keyfiyet hüsnüniyete muhaliftir, şunu talep etmek bir hakkın suiistimalidir diyerek, ba-

Gereken hallerde dürüstlük kuralına başvurmaktan çekinmemek, 964 fakat bunu uluorta kullanmaktan da mutlaka kaçınmak gerekir⁵⁶².

sit, kolay ve müphem birtakım hakkaniyet hislerine tevfikân halletmek tabiatıyla çok mümkündür. Çünkü nihayet hukuken doğru her hal tarzı hüsnüniyet icabatına uygun olmak mecburiyetindedir ve her haksızlık da bir hakkın suiüstimali şeklinde tavsif olunabilir.

Fakat her zaman bu bakımdan hareket edilecek olursa, bundan hukukî kat'iyetsizlik ve emniyetsizlik doğar; zira hüsnüniyet ve hakkın suiüstimali kat'î surette tarifi mümkün olan mefhumlar olmayıp, müphem ve geniş bir mahiyet arz eden mefhumlardır. Roma hukukunun doğumundan beri geçen ikibin sene-den fazla bir zamandaki tekâmülün neticesi olarak bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel hususî hukukun mânâsı, hukukî meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat'î ve açık prensiplerle halletmektir. Bizim bütün hususî hukuk tahsilimizin hedefi budur ve tahsil ve tedris metodu, hayatın sayısız tezahürlerine, mümkün olduğu kadar açık ve teferruatlı bir şekilde işlenmiş hukuk prensipleriyle hâkim olmak gayesini güder ve bu esasa dayanır.

Sadece hüsnüniyet ve hakkın suiüstimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar"(Schwarz, Medenî Hukuk, 197-198).

⁵⁶² Egger, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 10; Bürgi, FJS, 663, dn. 10.

Bu temel düşünceye aykırı olarak, Yargıtay'ın, özel hükümlere göre çözülebilecek konularda gereksiz şekilde dürüstlük kuralına başvurduğu, hatta olayın dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile uzaktan-yakından ilgisi bulunmadığı halde dürüstlük kuralına niçin başvurduğunun bile anlayamadığı pek çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan bazı örnekler için bkz. **Oğuzman**, Dürüstlük Kuralı, 407 vd.. Keza dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı konusunda verilmiş olan fakat çoğu bu müesseselere dayanırılmaması gereken çok sayıda karar örneği için bkz. **Uyar**, 444 vd. Aynı nitelikteki kararlar olarak bkz. Yarg. HGK, 30.5.2001, 15-402/459 (Kazancı); Yarg. HGK, 5.6.2002, 1-439/478 (Yarg. Dün., Ekim 2002, sh. 48 vd.); Yarg. 15. HD, 26.4.2002, 5823/2098 (Kazancı); Yarg. 13. HD, 23.9.2002, 6964/9369 (YKD, 2003/3, sh. 400-401); Yarg. 21. HD, 18.6.2002, 4768/5920 (Yarg. Dün., Ekim 2002, sh. 145 vd.); Yarg. 3. HD, 7.3.2006, 189/1831 (Kazancı); Yarg. 23. HD, 23.03.2017, 2392/918 (Kazancı).

İsviçre Federal Mahkemesi de 26 Eylül 1988 tarihli kararında, gabinin subjektif şartlarının gerçekleşmediği bir sözleşmede edimler arasında oransızlık bulunduğu iddiasına karşılık, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde sözleşme özgürlüğü esasına dayanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığını ifade etmiştir. Bkz. JdT 1990 I 71. Oysa burada dürüstlük kuralını gündeme getirmeye ve bunu tartışmaya gerek yoktu.

- 965 Hâkim MK m. 2'ye dayanılması gereken hallerde bunu re'sen nazara almak zorundadır⁵⁶³. Ayrıca hâkim, dürüstlük kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını uyguladığı her olayda bu uygulamanın somut gerekçelerini mutlaka açıklamak zorundadır⁵⁶⁴. Hâkimin bu konuda keyfî bir şekilde takdirde bulunması mümkün değildir.
- 966 Tarafların, MK m. 2'nin uygulanmasını, özellikle sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması bakımından anlaşma ile bertaraf etmeleri kural olarak mümkündür⁵⁶⁵. Fakat bu yolda yapılacak bir sözleşmenin kişilik haklarına aykırı bir nitelik taşıyaması gerekir; aksi hâlde böyle bir sözleşme kesin hükümsüz sayılacak ve MK m. 2 hükmünü devre dışı bırakamayacaktır.

§ 7. HAKLARIN KORUNMASI

I. GENEL BAKIŞ

- 967 Bir hak sahibinin hakkı, bu hakka uymak zorunda olanlar tarafından ihlâl edilince, hakkın korunması meselesi ortaya çıkar.
- 968 Hak sahibinin hakkını korumak için sahip olduğu temel yetki, hakkına uyulmasını *talep* yetkisidir. Bu talep amacına ulaşırsa yani hakka uyulmasını sağlarsa, hak böylece korunmuş olur.
- 969 Buna karşılık, talep istenen sonucu sağlamazsa (karşı taraf talebe uymazsa), hak sahibinin hakkını korumak için başvuracağı normal yol, Devletin yargı organına müracaat ederek hakkının korunmasını istemek, yani hakkı ihlâl edene hakka uymasını emredek bir yargı

⁵⁶³ Bkz. Nr. 899.

⁵⁶⁴ **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 11; **Deschenaux**, 141.

⁵⁶⁵ **Deschenaux**, 195; **Egger**, Zürcher Kommentar, Art. 2, N. 12; keza, özellikle bkz. **Edis**, 294, 299; fakat karşı. dürüstlük kuralının uygulanmasının sözleşme ile bertaraf edilemeyeceğini belirten ve konuyu çeşitli boyutlarıyla ele alan **Larenz**, Schuldrecht, I, 128 vd. ve MK m. 2 hükmünün emredici nitelikte olduğunu, bu yüzden taraflarca sözleşme ile devre dışı bırakılamayacağını ileri süren **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 8 vd.; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, 164.

hükmü elde etmek üzere *dâva* açmaktır. Hakkı ihlâl eden kimse *dâva* sonunda yargı organının vereceği karara kendiliğinden uyarsa hak sonuçta korunmuş olacaktır.

Eğer ihlâlde bulunan kişi, yargı organının kararının gereklerini 970 gönül rızası ile yerine getirmezse, bu takdirde hak sahibi Devletin sağladığı *cebrî icra* yoluna başvurmak durumunda kalacaktır.

Hakkın korunması için Devletin müdahalesini istemenin güç olduğu bazı durumlarda ise, hak sahibine istisnaen *kendi gücünü kullanarak hakkını koruma* imkânı tanınmıştır. 971

Bütün çabalara rağmen hakka uyulması sağlanamazsa veya hakka 972 uyulması sağlanmakla beraber arada geçen sürede hak sahibi bir zarara uğramış ise, kanunların öngördüğü hükümler çerçevesinde hak sahibi için *zararının tazminini isteme hakkı* doğar.

II. TALEP

Talep (Anspruch), Alman hukuk teorisyenleri tarafından ortaya 973 konulmuş olan bir kavramdır⁵⁶⁶. Alman Medenî Kanunu talebi zamanasını konusunu düzenlerken ele almış ve “başkasından bir şey yapması veya yapmamasını isteme hakkı” olarak ifade etmiştir (BGB § 194)⁵⁶⁷.

Bu yetkiyi kullanarak hak sahibi, bir kimseden hakkına uymasını 974 ister. Meselâ, 50.000 liralık borcunu ödemeyen borçludan borcunu yerine getirmesi istenir; bir aynî hakka tecavüz eden kimseden tecavüze son vermesi talep edilir.

⁵⁶⁶ Bkz. **Larenz/Wolf**, 264 vd., 317 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 35; **Hübner**, 213 vd.; **Bork**, 290 vd.; **Schwab**, 90 vd.; **Schwarz**, Medenî Hukuk, 158.

⁵⁶⁷ İsviçre Medenî Kanununun Almanca metni, “talep” (Anspruch) deyimine yer vermişse de, Fransızca metinde hem *dâva*, hem de talep kavramları için “*dâva*” veya “*dâva hakkı*” deyimini kullanılmıştır. Bkz. **Schwarz**, Medenî Hukuk, 159, dn. 1.

975 “Alacak hakkı” (*Forderungsrecht*) ile “talep hakkı” (*Anspruch*) birbirinden farklı kavramlardır. Alacak hakları bir borç ilişkisinden kaynaklandıkları halde, talep haklarının kaynağı sadece borç ilişkisinden ibaret değildir. Alacak hakkı niteliği taşımayan talep hakları da mevcuttur. Özellikle aynî talep hakları böyledir: Mâlik, mülkiyet hakkını ihlâl eden kimseden aynî hakkına saygı göstermesini isterken bir talepte bulunmaktadır; fakat bunun kökeninde herhangi bir alacak hakkı mevcut değildir. Keza, vadeye bağlı borçlarda talep hakkı ilkin vade gelince doğmaktadır ve bu yüzdendir ki alacaklı vade henüz gelmeden borçludan ifa talebinde bulunamaz; oysa alacak hakkı vadeden önce de mevcuttur. Tersine, bazı alacak hakları vardır ki bunlarda hak sahibinin karşı taraftan bir talepte bulunması söz konusu değildir. Meselâ, borcun yapılacak bir ihbarla muaccel hale geleceğinin öngörüldüğü borçlarda muacceliyet ihbarında bulunmak, seçimlik edimli borçlarda seçim hakkını kullanmak gibi alacak hakkına bağlı bulunan yenilik doğuran hakların kullanılması bir “talep hakkı” sayılmaz⁵⁶⁸.

976 Buna karşılık, doktrinde nisbeten ağırlık taşıyan bir görüş, *borç ilişkisinden doğan talep hakları bakımından* “alacak” ile “talep” kavramları arasında bir fark bulunmadığını, alacak hakkının içeriğine dâhil olduğu söylenen tüm hak ve yetkilerin aslında talep hakkının muhtevasına dâhil sayılacağını kabul etmekte ve bu nedenle, “alacak” ve “talep” kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmaktadır⁵⁶⁹.

977 Talep, asıl hakka bağlı bir yetkidir. Mutlak haklarda talep yetkisi, hak başkası tarafından ihlâl edildiği zaman doğar⁵⁷⁰. Bir aynî hak ihlâl edilmediği sürece hak sahibinin kimseden bir talepte bulunması söz konusu olmaz. Fakat bir kimse aynî hakkı ihlâl ederse, meselâ, (B),

⁵⁶⁸ Bkz. alacak hakkı ile talep hakkı kavramlarının birbirinden farklı olduğu görüşünde: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar Hukuku, 13 vd.; özellikle **Oğuzman/Öz**, I, 14-15 ve **Eren**, 77; karş. benzer şekilde **Larenz/Wolf**, 264 vd.

⁵⁶⁹ Bkz. bu görüşte **Medicus**, Allgemeiner Teil, 37; **Schwab**, 90; **Bork**, 117; **Hübner**, 214; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, 42 vd.

⁵⁷⁰ **Schwarz**, Medenî Hukuk, 159.

(A)'nın elindeki kitabı gasbederse veya (A)'nın arsasına inşaat yapmaya kalkışır, (A), (B)'den kitabı iade etmesini veya arsaya yönelik tecavüze son vermesini talep edebilir.

Nisbî haklardan alacak hakları, esasen alacaklıya borçludan bir edimi yerine getirmesini, yani bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını isteme yetkisi sağlayan haklardır. Alacağa bağlı talep hakkı çoğu kez alacak hakkı ile aynı anda doğar. Fakat her zaman böyle olmayabilir. Gerçekten, vâdeye bağlı borçlarda talep hakkı ancak vâde gelince doğar⁵⁷¹. Vâdeden önce alacak hakkı mevcuttur ve borçlu isterse –kural olarak– borcunu vâdeden önce ifa edebilir⁵⁷²; fakat alacaklı vâde gelmeden önce borçluyu ifaya zorlayamaz.

Yenilik doğuran haklar ise hak sahibine talep hakkı değil, irade beyanında bulunarak bir hukukî sonucu sağlama yetkisi verir. Yenilik doğuran haklarda talep söz konusu değilse de, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile ortaya çıkan yeni durumda bazı hakların ve bunlara bağlı taleplerin doğumu söz konusu olabilir. Meselâ, alım hakkı kullanılınca, alım hakkı sahibi ile muhatap arasında kurulan satım ilişkisi sebebiyle karşılıklı alacak hakları ile bunlara bağlı talep hakları doğar.

III. DÂVA

Hak sahibi, ya talebi sonuç vermediği veya talepte bulunmakta fayda görmediği için hakkının korunması amacıyla Devletin yargı organına başvurabilir. Hak sahibinin sahip olduğu bu yetkiye *dâva hakkı* denir.

Bu yönü ile dâva, talebin yargı organı (mahkeme) aracılığıyla kullanılması olarak tanımlanabilir⁵⁷³. Fakat bu tanım, bir şey yapmaya

⁵⁷¹ Bkz. Oğuzman/Öz, I, 14; Eren, 80.

⁵⁷² Borçlu vâdeden önce borcunu ifa ederse, henüz talep hakkı doğmadan alacak hakkı sona ermiş olur. Bkz. Tekinay, Medenî Hukuk, 177.

⁵⁷³ Schwarz, Medenî Hukuk, 161; Saymen, 335-336; Özsunay, 340; Velidedeoğlu, Umumî Esaslar, 361.

veya yapmamaya karar verilmesine ait dâvaları (eda dâvalarını) ifade eder. Gerek eski HUMK, gerekse yeni HMK, dâvayı esas itibarıyla bu açıdan düzenlemiştir⁵⁷⁴. Fakat bu tanım aşağıda değineceğimiz diğer dâva çeşitlerini kapsamaz.

- 982 Dâva, bir Usûl Hukuku işlemidir⁵⁷⁵ ve detayları Usûl Hukuku alanına girmektedir. Fakat dâva, hakları koruma yolu olarak Medenî Hukuku da yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeptendir ki, biz de ana hatları ile bu konu üzerinde duracağız.

1- Dâva Çeşitleri

- 983 Burada ele alınacak husus, Medenî Hukukla ilgili dâvalardır. Dâva, bir uyumsuzluğun (çekişmenin) halledilmesi ya da önlenmesi veya bir kişiye karşı bir hukukî etkinin sağlanması için mahkemeye başvurulmasıdır.

- 984 Dâvayı açana *dâvacı*, aleyhine dâva açılana ise *dâvalı* adı verilir. Mahkemelerin taraflar arasındaki uyumsuzluğu çözümlenmek amacıyla yürüttüğü dava faaliyetine de *çekişmeli yargı* (nizalı kaza) denilmektedir.

- 985 Fakat hemen işaret edelim ki, mahkemelerin bunun dışında başka- ca faaliyetleri de vardır. Mahkemelerin dâvaya bakma dışında özellikle Medenî Hukuku ilgilendiren bu faaliyetleri, meselâ, bir kimsenin ergin kılınması (MK m. 12); gaipliğine karar verilmesi (MK m. 32 vd.) ve evlenmeye izin verilmesi (MK m. 128) gibi işlemleri *çekişmesiz yargı* (nizasız kaza) faaliyeti olarak nitelendirilmektedir⁵⁷⁶.

- 986 Dâva sözünü sadece çekişmeli yargı halleri için kullanmak doğru

⁵⁷⁴ Bkz. **Kuru**, Usul-II, 1409.

⁵⁷⁵ Bkz. **Postacıoğlu**, 179; **Kuru**, Usul-I, 597 vd.; **Bilge**, Yargılama, 335 vd.; **Üstün- dağ**, 265 vd.

⁵⁷⁶ Kavram için bkz. **Kuru**, Kaza, 65 vd.; **Karlı**, 92 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 67 vd., 755 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 99 vd.

olur. Dâvalar, dâvacının mahkemeden istediği hukukî korumanın türüne göre üçe ayrılmaktadır:

a) Eda Dâvaları:

Eda dâvasında dâvacı, dâvalının bir şey yapmaya, bir şey vermeye veya bir şey yapmaktan kaçınmaya mahkûm edilmesini ister. 987

Eda dâvası, dâvanın dayandığı hakka göre çeşitli isimlerle anılabilir. Meselâ, dâvacının mülkiyet hakkına dayanarak mahkemeden dâvalıyı malını geri vermeye mahkûm etmesini istemesi bir *istihkak dâvası*dır. Dâvacının, dâvalının bir borcunu yerine getirmeye (meselâ, bir parayı ödemeye, bir malı teslim etmeye) mahkûm edilmesini istemesi bir *ifa dâvası*dır⁵⁷⁷. İstihkak dâvası aynî hakka dayanan bir eda dâvası; ifa dâvası ise alacak hakkına dayanan bir eda dâvasıdır. 988

Eda dâvası, bir hakkın korunmasını değil de bir zararın tazminini hedef alıyorsa, *tazminat dâvası* adını taşır. 989

Eda dâvasının yapılan yargılaması sonunda hâkim, dâvacının talebini yerinde bulursa, esas itibarıyla⁵⁷⁸ dâvalıyı edaya mahkûm eden bir karar verir. Eda ilâmı adı verilen bu karar iki hususu içerir: 990

⁵⁷⁷ Bkz. Oğuzman/Öz, I, 373 vd.

⁵⁷⁸ Burada "esas itibarıyla" dememizin sebebi, bir eda dâvası sonunda eda kararı verilmesinin istisnasının bulunmasıdır. Gerçekten, Medenî Kanununun 716. maddesi, taşınmazın mülkiyetini devir borcunu yerine getirmeyen borçluya karşı açılacak eda dâvasında, edaya mahkûmiyete değil, mülkiyetin hükmen geçirilmesine karar verilmesini isteme imkânını kabul etmiştir. Bir eda hükmü olmayıp, yenilik doğuran bir karar niteliğindeki bu kararın cebrî icrası söz konusu olmaz; esasen buna ihtiyaç da yoktur. Bu nedenledir ki kararda tapu memuruna yönelik bir tescil emrinin yer almasına da gerek kalmamaktadır. Çünkü bu halde mülkiyet, mahkemenin kararının kesinleşmesi ile kendiliğinden dâvacıya geçmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 407-408; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya Hukuku, 716; Hatemi/Serozan/Arpacı, 481.

Benzer bir durum, alacağın temlikinde de söz konusudur (BK m. 185). Bkz. Oğuzman/Öz, II, 598.

- 991 1- Dâvanın dayandığı hakkın veya hukukî ilişkisinin mevcut olduğunun tespiti;
- 992 2- İstenilen edanın yerine getirilmesi hususunda dâvalıya yöneltilmiş bir emir⁵⁷⁹.
- 993 Verilen bu kararı, dâvalı rızası ile yerine getirmezse cebrî icra yoluna başvurulur.

b) Tespit Dâvaları:

- 994 Tespit dâvaları, bir hukukî ilişkisinin mevcut olup olmadığının saptanması için açılan dâvalardır. Bir hukukî ilişkisinin mevcut olduğunun belirlenmesi isteniyorsa *olumlu tespit dâvası*, ilişkisinin mevcut olmadığına tespiti isteniyorsa *olumsuz (menfî) tespit dâvası* söz konusu olur⁵⁸⁰.
- 995 Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda bu dâva şeklini öngören hükümler bulunmadığı için ülkemizde bu dâvanın şartları doktrin ve mahkeme içtihatları ile tespit edilmişti⁵⁸¹. Yeni HMK m. 106 ile tespit davası açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.
- 996 Tespit dâvasının dinlenebilmesi için diğer genel dâva şartlarından⁵⁸² başka, özellikle hukukî ilişkisinin mevcut olup olmadığının

⁵⁷⁹ Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 263; **Karlı**, 378; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 434; Yarg. 8. HD, 12.3.1979, 1388/2577 (YKD, 1979/6, sh. 827).

⁵⁸⁰ **Kuru**, Usul-II, 1463 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 437; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 267; **Karlı**, 379.

⁵⁸¹ Bkz. **Postacıoğlu**, 252 vd.; **Kuru**, Usul-II, 1410 vd. Tespit davasının hukukî esasları ve açılabilme koşulları hakkında doyurucu açıklamalar içeren kararlar olarak bkz. Yarg. 7. HD, 14.3.2006, 673/713 (Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2006, sh. 1450 vd.); Yarg. HGK, 6.10.2004, 7-411/477 (İBD, c. 80, 2006/2, sh. 717 vd.).

⁵⁸² Genel dava şartları hakkında bkz. **Postacıoğlu**, 186 vd.; **Kuru**, Usul-II, 1343 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 414 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 248 vd.; **Karlı**, 455 vd.

tespitinde davacının bir hukukî yararının bulunması lâzımdır (HMK m. 106/f. 2)⁵⁸³. Dâvacının, hukukî koruma ihtiyacını başka bir yolla karşılaması mümkün ise, hukukî ilişkinin tespitini istemekte menfaati bulunmadığı kabul edilir. Bu sebeptendir ki, dâvacının eda dâvası açabileceği hallerde, tespit dâvası açmakta kural olarak bir menfaati bulunmadığı için tespit dâvası açamayacağı kabul edilmektedir⁵⁸⁴. Ancak istisnaî bazı durumlarda, eda dâvası açma imkânı bulunduğu halde, ondan ayrı ve bağımsız olarak tespit davası açılması mümkün görülmektedir⁵⁸⁵.

Buna karşılık, maddî vakıalar tek başına tespit davasına konu edilemezler. Tespit davası, maddî bir vakıanın (olgunun) varlığı veya yokluğunu belirlemek için değil, bir hukukî ilişkinin veya hakkın mevcut olup olmadığını saptamak için açılabilir. Sadece belirli bir maddî vakıanın tespiti amaçlanıyorsa, “*delil tespiti*” yoluna gidilmelidir ki bunun tespit davası ile bir ilgisi yoktur.

996a

⁵⁸³ Bkz. **Kuru**, Usul-II, 1424 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 437-438; **Karşlı**, 379; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 265-266.

⁵⁸⁴ **Kuru**, Usul-II, 1437 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 438; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 266; karşı. **Karşlı**, 380; ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, 16.11.2000, 7435/10174 (Yarg. Dün., Şubat 2001, sh. 84 vd.); Yarg. 4. HD, 8.2.2001, 10227/1167 (Yarg. Dün., Haziran 2001, sh. 45 vd.); Yarg. 5. HD, 18.9.2001, 15007/16553 (YKD, 2002/2, sh. 201 vd.); Yarg. HGK, 31.3.2004, 7-411/477 (TBB Dergisi, s. 60, 2005, sh. 388 vd.); Yarg. 7. HD, 11.5.2004, 1456/1849 (Kazancı).

⁵⁸⁵ Bu haller temelde iki noktada toplanmaktadır:

1) Eda davası sonucunda elde edilecek hükmün tespite ilişkin bölümünün kapsamı, tespit davasında elde edilecek hükmün kapsamından daha *dar* ise ayrıca tespit davası açılmasında hukukî yarar vardır. 2) Bir hukukî ilişkinin tanıdığı münferit bir talep hakkının kısmî eda davasına konu edilmesinin mümkün olduğu hallerde o talep hakkının dayanağını teşkil eden hukukî ilişkinin *tümü* için ayrı bir tespit davası açılmasında hukukî yarar bulunmaktadır. Bu hallerin uygulamada ortaya çıkış biçimleri ve çeşitli örnekler için bkz. **Kuru**, Usul-II, 1448 vd.. Anılan hallerden birincisini açıkça kabul eden Yargıtay kararları olarak bkz. Yarg. 7. HD, 24.5.2005, 1695/1642 (Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2005, sh. 2171 vd.); Yarg. HGK, 6.10.2004, 7-411/477 (İBD, c. 80, 2006/2, sh. 717 vd.); Yarg. 7. HD, 14.3.2006, 673/713 (Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2006, sh. 1450 vd.).

- 997 Tespit dâvası sonunda verilen tespit hükmü sadece dâva konusu durumu ortaya koyar. Tespit kararının cebren icrası söz konusu olmaz; sadece alınan karar ileride çıkacak bir uyuşmazlıkta kesin delil teşkil eder.

c) Yenilik Doğuran Dâvalar:

- 998 Yenilik doğuran dâvalar, ancak mahkemeye başvurularak kullanılması gereken yenilik doğuran hakların kullanılması anlamını taşıyan dâvalardır⁵⁸⁶. Böyle bir dâvada dâvacı, mahkemeden mevcut bir hukukî ilişkiyi sona erdirecek veya değiştirecek yahut yeni bir ilişki kuracak bir karar vermesini ister. Evlenmenin butlanı dâvası (MK m. 145 vd.), boşanma dâvası (MK m. 161 vd.), nesebin reddi dâvası (MK m. 286), ölüme bağlı tasarrufların iptali dâvası (MK m. 557) ve gerek kanundan, gerekse sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için açılan dâva (MK m. 734/f. 1; MK m. 735/f. 3; BK m. 242) bu tip dâvaların önemli örnekleridir.
- 999 Yenilik doğuran dâva sonunda hâkim, gerekli şartların bulunduğu sonucuna vararak dâvacının istediği kararı verirse, istenen hukuki sonuç, bu kararın kesinleşmesi ile kendiliğinden gerçekleşir. Böyle kararlara *yenilik doğuran karar* denilir⁵⁸⁷. Bu kararların icrası söz konusu olmaz; esasen buna ihtiyaç kalmaz. Ancak aynı kararda bazı edimlerin yerine getirilmesine mahkûmiyet de yer alabilir ve bu takdirde kararın bu kısmının icrası gerekebilir.
- 1000 Yenilik doğuran karar herkese karşı ileri sürülebilen bir sonuç meydana getirir. Fakat bu esasın istisnaları da mevcuttur: Yenilik doğurucu nitelikte oldukları halde, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi kararları sadece davanın tarafları için etkilidir⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, Usul-II, 1468 vd.; **Karlı**, 380 vd; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 269 vd.

⁵⁸⁷ Kavram için bkz. **Sungurtekin Özkan**, 553 vd.

⁵⁸⁸ **Oğuzman**, Miras Hukuku, 195, 253; **İmre/Erman**, 226, 281; **İnan/Ertay/Albaş**,

Yenilik doğuran kararın meydana getirdiği hukukî sonuç prensip olarak geriye etkili değildir. Ancak bazı hallerde, durumun özelliği gereği karar geçmişe etkili olabilir. Meselâ, evliliğin butlanı ve boşanma kararları geriye etkili değilken, nesebin reddi kararı geriye etkilidir. 1001

2- Dâvaya Karşı Savunma İmkânları

Dâvalı, dâvacının dâvasını kabul ederse, bazı istisnalar dışında dâva dâvacı lehine sona erer. İstisnalar, sadece tarafları değil, aynı zamanda kamuyu ilgilendiren hallerde söz konusu olur; bu hallerde sadece tarafların anlaşmaya varmış olmaları, dava ile hedeflenen sonucun doğması için yeterli değildir ve anlaşma bu noktada bir değer taşımaz⁵⁸⁹. Evliliğin butlanı, nesebin reddi dâvaları böyledir. Bu dâvalarda hâkim gerekli şartların bulunduğu kanaat getirmediği, dâvalının dâvayı kabul etmesi hâkimi bağlamaz ve davacının istediği sonucu sağlamaya yetmez. 1002

Dâvalı, dâvacının dayandığı olguların doğru olmadığını veya ileri sürülen olguların dâvayı haklı kılmayacağını ileri sürebileceği gibi, başka olgulara veya hukukî esaslara dayanarak da kendisini savunabilir. 1003

a) Dâvacının dayandığı olguların doğru olmadığını beyan edilmesine *inkâr*, ileri sürülen olgular doğru olmakla beraber bunların dâvayı haklı kılmayacağını ileri sürülmesine *dâva sebebinin inkârı* veya *dâva temelinin yetersizliği savunması*⁵⁹⁰ denilir. 1004

b) Dâvalı, dâvacının ileri sürdüğü olguları veya dâva sebebinin inkâr etmeyip, savunmasını yeni olgulara veya hukukî sebeplere dayandı- 1005

305, 394; karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 341 vd.; **Serozan/Engin**, 262-263; 477-478.

⁵⁸⁹ Bkz. Yarg. 2. HD, 12.1.1983, 535/584 (RG. 30.1.1984).

⁵⁹⁰ Yarg. HGK, 22.11.1954, 159/162; dâva temelinin yetersizliği savunması deyimi için bkz. **Kaniti**, Defi, 20, dn. 1a.

rabilir. Bu savunmanın temeli usûl hukuku olabileceği gibi⁵⁹¹, maddî hukuk da olabilir.

1006 Maddî hukuka dayanan savunma imkânları da iki gruba ayrılmaktadır: İtirazlar ve defiler.

1007 aa- *İtiraz* (Einwendung), bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren olguların ileri sürülmesidir⁵⁹². Meselâ, dâvaya temel teşkil eden hukukî işlemin geçersizliğini gerektiren bir sebebin (bir tarafın ayırt etme gücünün yokluğu, şekle aykırılık gibi) ileri sürülmesi, hakkın doğmadığı yolunda bir itirazdır. Hak düşürücü süre geçtiği için dâvaya temel teşkil eden hakkın sona erdiği, borç ödendiği için dâvacının alacağını artık mevcut olmadığı, hakkın sona erdiği yolunda birer itirazdır.

1008 Dâvalı, itiraz teşkil eden bir hususu ileri sürmüş olmasa dahi, dâva

⁵⁹¹ Usûl hukukuna dayanan savunma imkânlarına *usûlî itirazlar* denilir. Bunlar da ikiye ayrılır:

İlk itirazlar (iptidâî itirazlar; dava engelleri) adı verilen ve dâvanın açılmasına engel olan hususların ileri sürülmesi bir grupta yer alır. Dâvanın açıldığı mahkemenin yetkisine yönelik itiraz böyledir. Bu itirazlar ancak yargılamanın başında yapılabilir; daha sonra yapılamaz ve hâkim tarafından re'sen nazara alınamaz.

İlk itirazlar dışında kalan usulî itirazlar ise, *dâva şartlarının bulunmadığı* iddiasını konu alır ve ikinci grubu teşkil eder. Dâva ehliyetinin bulunmadığı yolundaki itiraz böyledir. Bu itirazlar dâvanın her safhasında ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen incelenir. Bkz. **Kuru**, Usul-II, 1777; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 428-429.

⁵⁹² Bkz. **Larenz/Wolf**, 327 vd.; **Schwab**, 102; **Hübner**, 221; **Bork**, 36, 124; **von Tuhr/Peter**, 27 vd.; **Kuru**, Usul-II, 1769, 1812 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 535.

Medicus ise "itiraz" kavramını, defileri de içerecek biçimde geniş anlamda ele almakta ve farklı bir tasnif sunmaktadır. Yazar, itirazları "*hakkın doğumunu engelleyen itirazlar*" (*rechtshindernde Einwendungen*) - "*hakkı sona erdiren itirazlar*" (*rechtsvernichtende Einwendungen*) - "*hakkın kullanımını engelleyen itirazlar*" (*rechtshemmende Einwendungen*) olarak üçe ayırmakta ve bu sonuncu kategoriyi "defi" (Einrede) anlamında kullanmaktadır. Bkz. **Medicus**, Bürgerliches Recht, 513 vd. ve Allgemeiner Teil, 44; karşıt aynı şekilde **Larenz/Wolf**, 327 vd.

dosyasındaki bilgidenden bu itirazın varlığı anlaşılıyorsa, hâkimin bunu re'sen (görevi icabı, kendiliğinden) nazara alması gerekir⁵⁹³. Meselâ, dâvacının dâva dilekçesindeki açıklamalarından, olayda hak düşürücü süre geçtiği için dâva temelini teşkil eden hakkın düştüğü veya dâvanın dayandığı sözleşmenin gerekli şekilde uygun olmadığı anlaşılıyorsa, hâkim bu hususu re'sen nazara alacaktır⁵⁹⁴. Fakat hâkim dâva dosyasından anlaşılmayan bir hususu re'sen araştıramaz⁵⁹⁵.

bb- *Defi* (Einrede), dâvalının borçlu bulunduğu edimi, özel bir 1009

⁵⁹³ **Kuru**, Usul-II, 1770; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 311; karşı nispeten farklı biçimde: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 535-536. Ayrıca bkz. Nr. 847. Yarg. İct. Bir. BGKK, 8.11.1991, 4/3 (RG. 29.1.1992, sayı 21126)'e göre MK m. 1023 (eski MK m. 931) anlamında iktisabın iyiniyetli olmadığı iddiası dâvada her zaman ileri sürülebilir. İşaret edelim ki, bu husus ancak dâva dosyasından anlaşılıyorsa söz konusu olabilir ki zaten bu hâlde hâkimin bu itiraz sebebinin re'sen nazara alması gerekir. Aynı karara göre, yolsuz kayda dayanılarak aynı hak iktisap ettiğini iddia eden kişiye karşı tapu iptali dâvası açılması (o kişiye husumet yöneltilmesi) onun iyiniyetli olmadığının ileri sürülmesi anlamını taşır. Ayrıca bkz. Nr. 847.

⁵⁹⁴ **Kuru**, Usul-II, 1775, 1839; Yarg. HGK, 19.2.2003, 6-91/85 (Yarg. Dün., Nisan 2003, sh. 63 vd.). Hatta Yargıtay, bazı kararlarında hak düşürücü sürenin bir "olumsuz dava koşulu" olduğunu ve bu yüzden tüm defî ve itirazlardan önce nazara alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. böyle: Yarg. 8. HD, 31.3.2003, 450/653 (Yarg. Dün., Nisan 2003, sh. 81).

⁵⁹⁵ Çekişmeli yargı sisteminde kural olarak "tarafarca hazırlama (getirilme) ilkesi" (*Verhandlungsmaxime*) geçerlidir. Buna göre, dâvaya ve savunmaya esas olan olguların ve bunların delillerinin (dâva malzemesinin) tarafarca mahkemeye bildirilmesi gerekir. Hâkim incelemelerini bu dâva malzemesi üzerinde yapar, tarafların bildirmediği hususları re'sen araştırıp nazara alamaz (HMK m. 25). Bkz. **Kuru**, Usul-II, 1775 vd., 1919 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 361 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 342-343; **Karşı**, 300 vd.

Bu prensibin istisnası, tarafların dâva konusunda serbestçe tasarruf edemeyecekleri dâvalarda (boşanma davası gibi) görülür. "Kendiliğinden araştırma ilkesi" (*Untersuchungsmaxime*) olarak adlandırılan bu durum ve çeşitli örnekler için bkz. **Kuru**, Usul-II, 1923 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 366 vd.; **Karşı**; 315 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 344 vd.

sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren bir savunma yoludur⁵⁹⁶.

- 1010 Defilerin klâsik örneği, zamanaşımı def'idir. Bir borç zamanaşımına uğradığında sona ermiş olmaz; varlığını ve geçerliliğini aynen korur; fakat, borçlu alacaklı tarafından ifaya zorlanamaz. Diğer deyişle, zamanaşımı olgusu, borç varlığını koruduğu halde, borçluya borcu ifadan süresiz biçimde kaçınma hakkı verir⁵⁹⁷.
- 1011 Zamanaşımından başka, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulabilen ödemelik def'i⁵⁹⁸, adî kefalette kefile tanıman peşin dâva def'i⁵⁹⁹ de burada anılabilir.
- 1012 Borçlu yargılama sırasında bir defî ileri sürerse⁶⁰⁰ dâva reddedilir.

⁵⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Larenz/Wolf**, 329 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 44 vd.; **Schwab**, 102; **Bork**, 36, 125; **Hübner**, 219 vd.; **von Tuhr/Peter**, 27 vd.; **Kuru**, Usul-II, 1761 vd.

⁵⁹⁷ Bkz. **Oğuzman/Öz**, I, 605; Yarg. HGK, 25.02.2015, 8-2485/850 (Kazancı).

⁵⁹⁸ Ödemelik def'i, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın kendi borcunu ifa etmeden veya ifayı teklif etmeden karşı taraftan ifayı talep edemeyeceğinin ileri sürülmesidir (BK m. 97). Bkz. **Oğuzman/Öz**, I, 337 vd.; **Kaniti**, Defi, 33 vd.

⁵⁹⁹ Peşin dâva def'i, adî kefalette alacaklının kefile başvurmadan önce borçluyu takip etmesi gerektiğinin ileri sürülmesidir (BK m. 585).

⁶⁰⁰ Defilerin dâvanın hangi safhasında ileri sürülebileceği bir Usûl Hukuku meselesidir. Bu konuda eski HUMK döneminde kabul edilen esas, defilerin esasa cevap süresi içinde davaya cevap verirken ileri sürülmesi gerektiği yolundaydı. Buna göre, defî daha sonra ileri sürülürse, savunmanın genişletilmesi yasağı ile karşılaşabilirdi. Bkz. **Kuru**, Usul-II, 1768; Yarg. 2. HD, 16.10.1970, 4982/5342 (RKD, 1971, II/2, sh. 50); Yarg. 4. HD, 20.12.1974, 6155/17127 (YKD, 1976/5, sh. 637); Yarg. 3. HD, 06.07.2010, 6350/12196 (Kazancı).

Yeni HMK m. 142 hükmünde, hâkimin, ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, zamanaşımı def'i hakkında bir karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir. Şu halde, zamanaşımı definin cevap veya ikinci cevap (düplik) dilekçesinde ileri sürülmesi mümkündür. Dilekçeler aşaması tamamlanıp, ön inceleme safhasına geçildiğinde ise zamanaşımı def'i ancak karşı taraf buna muvafakat ederse ileri sürülebilir. Ön inceleme tamamlanıp, tahkikat aşamasına geçilmişse artık zamanaşımı savunması ancak ıslah (HMK m. 176) yoluyla veya karşı tarafın açık muvafakati ile mümkün olabilir (HMK m. 141). Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 571.

Fakat dâvalı def'i ileri sürmezse, hâkim bunu re'sen nazara alamaz. Meselâ, dâva dilekçesindeki bilgiden veya dâva dosyasındaki belgelerden borcun zamanaşımına uğradığı açıkça anlaşılabilirse bile, davacı ileri sürmedikçe hâkimin bunu nazara alması söz konusu olamaz⁶⁰¹.

Bazı def'ler (meselâ, zamanaşımı def'i) borçluya sürekli olarak borcu ifa etmekten kaçınma hakkı verir. Bunlara *kesin def'ler* denilmektedir. 1013

Bir kısım def'ler ise (ödemezlik def'î, peşin dâva def'î gibi) ancak geçici bir süre için borcu ödemekten kaçınma hakkı verirler. Bunlara *geciktirici def'ler* denilir⁶⁰². 1014

3- Dâvanın ve Savunmanın İspatı

a) İspat Yükü:

Bir kimsenin iddia veya savunmasında haklı olması dâvayı kazanmasına yetmez. İspat edilemeyen iddia veya savunma sonuca etki yapmaz. Bu yüzdendir ki, bir dâvada önce hangi tarafın, hangi hususu ispat etmesi gerektiğinin tespiti dâvanın kaderini tayin edecektir. Bu meseleye, ispat yükü (ispat külfeti) denir. 1015

İspat yükü kendisine düşen taraf bunu yerine getirmezse dâvayı kaybeder⁶⁰³. Bu kimse, dâvacı ise dâvası reddolunur; dâvalı ise, dava- 1016

⁶⁰¹ Bkz. von Tuhr/Peter, 29; Kuru, Usul-II, 1763 vd.; Yarg. HGK, 22.2.1971, 4-125/538 (ABD, 1972/1, sh. 65 vd.); Yarg. 15. HD, 30.6.1975, 2127/3357 (YKD, 1978/2, sh. 253); Yarg. 4. HD, 23.1.1981, 11363/451 (YKD, 1981/10, sh. 1265 vd.); Yarg. 13. HD, 14.12.1987, 10893/12156 (YKD, 1988/4, sh. 474 vd.); Yarg. 4. HD, 12.4.2001, 12669/3722 (Kazancı); Yarg. 19. HD, 7.6.2002, 7049/4464 (Kazancı); Yarg. 4. HD, 26.5. 2003, 6101/6961 (Kazancı); Yarg. 4. HD, 23.9.2003, 4922/10460 (Kazancı); Yarg. 11. HD, 07.02.2011, 642/1267 (Kazancı); Yarg. HGK, 25.02.2015, 8-2485/850 (Kazancı).

⁶⁰² Bu ayırım ve kavramlar hakkında bilgi için bkz. von Tuhr/Peter, 31.

⁶⁰³ Kummer, Berner Kommentar, Art. 8, N. 20; Deschenaux, 220, 227; Tekinay, Medenî Hukuk, 190; Yarg. HGK, 18.11.1970, 4-527/627 (İBD, 1971, sh. 113).

cının davası kabul edilerek, davalı aleyhine hüküm verilir. İspat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesi bir usûl hukuku meselesi olmakla beraber, maddî hukuku da yakından ilgilendirmektedir.

- 1017 İspat, bir olgunun varlığına veya yokluğuna hâkimi usulüne uygun şekilde ikna etmektir.
- 1018 İspat yükü, ya dayanılan olgunun doğrudan doğruya ispatı ile, ya da o olguyu ortaya koymaya elverişli başka bir olgunun ispatı ile yerine getirilir⁶⁰⁴. Olumsuz olguların (menfî vakıaların) ispatı kimi zaman büyük güçlük arz eder; fakat yine de bunların ispatı, durumu ortaya koymaya elverişli olumlu olguların varlığının kanıtlanması ile sağlanabilir⁶⁰⁵.
- 1019 Meselâ, BK m. 112'ye göre, bir borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun, alacaklının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmesi, kusuru bulunmadığını kanıtlamasına bağlıdır. Borçlunun kusursuzluğunu doğrudan doğruya ispat etmesi mümkün değildir. O ancak kusursuzluğunu ortaya koyan bir takım olguları ispat ederek bu yükümünü yerine getirebilir. Meselâ, borçlu, borcun ifa edilmemesinin, olağanüstü hâlden, mücbir sebepten veya bizzat alacaklı yüzünden ileri geldiğini ispat ederse, kusursuzluğunu kanıtlamış olur⁶⁰⁶.
- 1020 İspat yükü kendisine düşen taraf, karşı tarafın hâkimiyet alanında bulunan bir delile de dayanabilir. Meselâ, iddiasını ispata yarayacak senedin karşı tarafın elinde olduğunu iddia edebilir. Karşı tarafın bu belgeyi ibraza hangi şartlarla mecbur tutulacağı HMK m. 220'de belir-

⁶⁰⁴ **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 146 vd.; **Deschenaux**, 223.

Bir olgunun doğrudan ispatının mümkün olmadığı hallerde, bunu ortaya koymaya elverişli hususların ispatı yeterlidir. Hâkim, bir olgunun varlığının büyük ölçüde gerçek gözüktüğü hallerde de ispat yükünün yerine getirildiğini kabul edebilir: JdT 1979 I 513.

⁶⁰⁵ **Deschenaux**, 247; **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 194 vd.; **Karlı**, 558; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 648.

⁶⁰⁶ Bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, 347; **Oğuzman/Öz**, I, 407; **Eren**, 1065-1066.

tilmiştir. Aynı durum, ticarî defterlerle ispat halinde de söz konusudur: TTK m. 83/f.1 ve HMK m. 222/f.1 uyarınca mahkeme, ticarî davalarda tarafların ticarî defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir. Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticarî defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini beyan ederse, fakat buna rağmen karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır (HMK m. 222/f.5)⁶⁰⁷. Bu halde ispat yükü yer değiştirmiş değildir; sadece, karşı tarafın, kendi hakimiyet alanındaki belgeyi ibraz zorunluluğu söz konusudur (HMK m. 219/f.1).

İspat yükünün kimde olduğunun nasıl belirleneceğine ilişkin temel ilke MK m. 6'da belirtilmiştir. Fakat ispat yükünü ilgilendiren özel kurallar bilinmedikçe, MK m. 6'daki prensip konuya fazla bir açıklık sağlamamakta ve ispat yükünün kime ait olacağını her uyuşmazlık için geçerli olacak biçimde belirleyici bir özellik taşımamaktadır⁶⁰⁸.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu da 190. maddesinde ispat yükünü düzenlemiştir. HMK m. 190/f. 1'e göre: "*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*"

b) İspat Konusunda Temel İlke:

Medenî Kanununun ZGB Art. 8'den aynen alınan 6. maddesine göre: "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*"

Bu hüküm, her iki tarafın da her hususu ispatla yükümlü olduğu anlamında yorumlanmamaktadır⁶⁰⁹. Bir kere, bir hakkın (veya hukukî

⁶⁰⁷ Bu konuda bkz. **Bahtiyar/Biçer**, 15 vd.

⁶⁰⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 669; karş. **Konuralp/Tercan**, 11 vd.

⁶⁰⁹ **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 127, 129 vd.; **Deschenaux**, 235 vd.

ilişkinin) varlığını iddia eden kimse (çoğu zaman, dâvacı)⁶¹⁰ bu hakkın doğumu için gerekli olumlu veya olumsuz şartların hepsini ve hakkın sona ermediğini ispatla yükümlü değildir. Bir hakkın doğumunu ortaya koyan ve bunu normal gösteren olguları⁶¹¹ (rechtserzeugende Tatsachen; faits générateurs) hakkı ileri süren taraf (dâvacı) ispat etmelidir. Buna karşılık, bu şartların varlığına rağmen normal olarak doğması gereken hakkın doğumunu engelleyen olguları⁶¹² (rechtshemmende Tatsachen, faits dirimants) veya hakkı sona erdiren olguları⁶¹³ (rechtsvernichtende Tatsachen, faits destructeur) dâvalı ispatla yükümlüdür⁶¹⁴.

1025 MK m. 6'da belirtildiği üzere, taraflar ileri sürdükleri hakları dayandırdıkları olguların varlığını ispatla yükümlüdürler⁶¹⁵. Dayanılan kanun hükmünün ispat edilmesi gerekmez⁶¹⁶.

⁶¹⁰ Menfî tespit dâvasında ispat yükü dâvalıya düşer. Bkz. **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 215 vd.; **Deschenaux**, 244; **Kuru**, Usul-II, 1981 vd.; bu konuda özellikle bkz. Yarg. HGK, 12.10.2011, 19-473/607 (Legalbank).

⁶¹¹ Bu konuda bkz. **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 146 vd.

⁶¹² Meselâ, hukukî işlemi yapan kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığı, hakkın doğumunu engelleyen bir olgunun ileri sürülmesidir. Bu konuda bkz. **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 164 vd.

⁶¹³ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 160 vd.

⁶¹⁴ **Deschenaux**, 238 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid**, 61; **Kuru**, Usul-II, 1975 vd.

⁶¹⁵ 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 137. maddesi ise, ispat hukukunun temel ilkesi olan bu kuralın tam tersine düzenleme içermektedir. Anılan hükme göre, Fon tarafından açılacak davalarda ispat yükü, daima davalılara aittir. Bu kuralı hiçbir hukuk anlayışına sığdırmak mümkün değildir. Bkz. Nr. 841.

⁶¹⁶ Bu sonuç "*Hâkim Türk hukukunu resen uygular.*" diyen HMK m. 33'ten de çıkar. Aynı hüküm eski HUMK m. 76'da da mevcuttu.

Bu düzenleme, doktrinde ve Yargıtay kararlarında, mahkemenin dâvacının dayandığı hukukî sebeple bağlı olmadığı, hâkimin hukukî sebepleri re'sen tayin edeceği tarzında yorumlanmaktadır (bkz. **Postacıoğlu**, 235 vd.; **Kuru**, Usul-II, 1591, 1927; **Üstündağ**, 243 vd., 463 vd.; **Bilge**, Yargılama, 261; Yarg. İçt. Bir.

Bu esaslar çerçevesinde öncelikle dâvacı, dâvasını dayandırdığı olguları⁶¹⁷, sonra da dâvalı savunmasını dayandırdığı olguları ispat edecektir. Meselâ, (A), (B)'den satın aldığı taşınır malın kendisine teslim edilmesi talebiyle (B) aleyhine dava açmıştır. (B) ise bu malı satmadığını, satmış olsa dahi sözü edilen tarihte ayırt etme gücüne sahip olmadığını ileri sürmüştür. Bu durumda önce davacı (A) ortada bir satım sözleşmesinin bulunduğunu ispat edecek, eğer bunu ispat edemezse başka bir şeye gerek kalmadan dâva reddedilecektir. Şayet (A)

K., 4.6.1958, 15/6; Yarg. 2. HD, 20.3.1975, 2213/2613 (YKD, 1976/1, sh. 19); Yarg. 4. HD, 26.10.1978, 13113/12134 (YKD, 1975/5, sh. 633); Yarg. 3. HD, 15.4.2004, 3520/3704 (İBD, c. 79, s. 1, 2005, sh. 192 vd.).

Bu konuda bizim yukarıdaki hâkim görüşü benimsemek hususunda ciddi tereddütlerimiz vardır. Şöyle ki: HMK m. 25/f. 1'e göre: "*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vaktaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.*" Aynı düzenleme eski HUMK m. 75/f. 1'de de mevcuttu. HMK m. 119/f. 1, b. (g) ise, dayanılan hukukî sebebin dava dilekçesinde gösterilmesini aramaktadır (karş. eski HUMK m. 179/b. 4). Şu halde, bu esasları benimsemiş bir Kanunun, hâkimin dâvacının ileri sürdüğü hukukî sebep dışında hukukî sebepleri nazara almasına cevaz verdiğini söylemek çok güçtür. Bize göre HMK m. 33'ün (eski HUMK m. 76'nın) anlamı, hukukî sebep bir Türk Kanunu hükmüne dayanıyor ise, bu hükmün ispatının söz konusu olmayacağıdır. Nitekim 2675 sayılı Kanunun 2. maddesi ile zimnen kaldırılmadan önce eski HUMK m. 76'nın 2. ve 3. cümleleri bu yorumu teyit etmekteydi: "*Ancak bir ecnebî hukukun tatbiki lâzım olan hallerde, buna istinad eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunmazsa Türk Kanunları mucibince hükmolunur.*" Bugün yürürlükte bulunan 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (RG, 12.12.2007, s. 26728) 2. maddesinin 2. fıkrasında da, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir.

Görülüyor ki, HMK m. 33 (eski HUMK m. 76) dâvanın dayanacağı hukukî sebebin tayini ile değil, hukukî sebep olarak dâvacı veya dâvalı tarafından ileri sürülen kanun hükmünün mahkemeye ispatının gerekip gerekmeyeceği ile ilgilidir. Dayanılan hüküm, Türk kanunu hükmü ise ispatı gerekmez; buna karşılık yabancı ülke kanunu ise, hüküm ispat edilmek gerekir. HMK m. 33 (eski HUMK m. 76) normunun bu esası gösterme dışında bir rolü yoktur; hâkime bir dâvanın dayanacağı hukukî sebebi re'sen nazara alma yetkisi vermez.

⁶¹⁷ Yarg. HGK, 18.11.1970, 967-4/527, 627 (İBD, 1971, sh. 113).

satım sözleşmesinin varlığını ispat ederse, bu takdirde (B) sözü edilen tarihte ayırt etme gücüne sahip bulunmadığını kanıtlamak zorunda kalacaktır. Bunu sağlarsa dâva reddedilecek, aksi takdirde malî teslimine mahkûm edilecektir.

- 1027 Fakat ispat meselesi her zaman böylesine basit olarak ortaya çıkmaz. İspat sorununu çözebilmek için bu husustaki bazı özel esasların bilinmesi gerekir.

c) Özel esaslar:

aa- Hâkim Önünde İkrar Edilen Olguların İspatı Gerekmez

- 1028 İkrar, bir tarafın, kendi aleyhine olan ve karşı tarafça ileri sürülmüş bulunan bir olayın doğruluğunu beyan etmesidir. Yargılama hukuku anlamında ikrar tek taraflı bir usulî işlem olarak, delil ikame faaliyetini ve ispat ihtiyacını ortadan kaldıran bir taraf beyanıdır⁶¹⁸. Hâkim önünde ikrar edilen hususlar artık taraflar arasında çekişmeli sayılmaz (HMK m. 188/f. 1) ve artık bunun ispatına yönelik olarak delil gösterilmesi de gerekmez⁶¹⁹. Fakat istisnaen tarafların anlaşmasının sonuç sağlamaya yetmediği konularda ikrar tek başına yeterli olmaz; ayrıca hâkimin, ikrar konusu olayın gerçekliğine kanaat getirmesi de aranır.
- 1029 Buna karşılık, mahkeme dışı ikrar delil niteliğinde olmayıp, tek başına sıradan bir *emare* niteliğindedir ve olayı çekişmeli olmaktan çıkarmaz. Ancak mahkeme dışı ikrar, bunu doğrulayacak başkaca delil veya emareler varsa o zaman bu delil veya emare sayesinde o hususu

⁶¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özkes, 650, 652; Kiraz, 75.

⁶¹⁹ Bu bakımdan ikrar, bir "delil" de sayılmamalıdır. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özkes, 651-652; Kiraz, 66 vd.; karşı mahkeme dışı ikrarın takdirî delil, mahkeme huzurundaki ikrarın ise kesin delil niteliğinde olduğunu ifade eden Kuru/Arslan/Yılmaz, 373, 374; Karslı, 602. Kesin delilden maksat, hâkimi bağlayıcı delildir. Hâkim, kesin delillerden biri ile ispat edilen olayı doğru olarak kabul etmeye mecburdur; bu hususta takdir yetkisi yoktur.

taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmaktan çıkarır. Bu nedenle mahkeme dışı ikrar, tek başına, sadece takdirî delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde delil olarak ileri sürülebilir⁶²⁰.

İkrarın karşı tarafı ispat külfetinden kurtarması kayıtsız şartsız 1030 yapılan ikrarlar hakkındadır. Burada, karşı tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın doğru olduğu, herhangi bir şart veya ek beyan ileri sürülmesizin kabul edilmektedir. Buna *basit ikrar* denilir.

Belirli bir şartla ve çekinceyle yapılan ikrarlara gelince: Meselâ, 1031 (A), (B)'ye ödünç verdiği 1.000 liranın iadesini dâva etmiştir. (B) ise, 1.000 lirayı aldığını, fakat bunun kendisine ödünç verilmeyip, bağışlandığını ileri sürmüştür. Burada (B) bu parayı aldığını ikrar etmiştir; fakat dâvacının dayandırdığı temeli, yani 1.000 liranın verilme sebebini kabul etmemektedir. Buna *vasıflı ikrar* denir. Bu halde aslında dâva temelinin inkârı söz konusudur. Dâvacı 1.000 liranın ödünç olarak verildiğini kanıtlamak zorundadır⁶²¹.

Keza, (B) 1.000 lirayı ödünç olarak aldığını, fakat iade ettiğini ileri 1032 sürerse, dâvacının ileri sürdüğü olayı ikrar etmekte, fakat buna bağlı hukukî sonucun doğumunu engelleyecek veya hükümsüz kılacak nitelikteki başka bir olayı da birlikte ileri sürmektedir. Buna *bileşik ikrar* denir. Bu halde aslında dâvalı, dâvaya karşı bir itiraz ileri sürmektedir. İkrara dayanmayan dâvacı dâvasını ispat ederse, itirazının doğruluğunu ispat etmek dâvalıya düşer⁶²².

⁶²⁰ Pekcantez/Atalay/Özekes, 652.

⁶²¹ Yarg. 13. HD. 6.3.1980, 1149/1490 (YKD, 1980/II, sh. 1390); Yarg. HGK, 12.10.2011, 19-473/607 (Legalbank).

⁶²² İkrarla ilgili meseleler ve özellikle ikrarın bölünebilip bölünemeyeceği konusunda bkz. Postacıoğlu, 554 vd.; Kiraz, 212 vd.; Kuru, Usul-II, 2037 vd., 2051 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, 374 vd. ve özellikle bkz. Yarg. HGK, 12.10.2011, 19-473/607 (Legalbank).

bb- Hayatın Olağan Akışına Uyan (Normal) Olguların İspatı Gerektirmez

1033 Hayatın olağan akışına ve normal yaşam tecrübesi kurallarına göre doğal sayılan bir olgunun ispatlanmasına gerek yoktur. Tam tersine, böyle bir olgunun olayda söz konusu olmadığını ispat yükü, bu tarz bir iddiada bulunan tarafa aittir⁶²³.

1034 Meselâ, önce semenin ödeneceği, sonra malın teslim edileceği konusunda mutabık kalınarak bir satım sözleşmesi akdedilmiştir. Satıcı semeni tahsil etmeden malı teslim ettiğini iddia etmektedir. Bu halde alıcı semeni ödemediğini ispat etmekle yükümlü değildir; tam tersine, semeni almadan malı teslim ettiğini kanıtlamak satıcıya düşer. Zira böyle bir sözleşmede normal olan, semen ödenmedikçe malın teslim edilmemesidir⁶²⁴.

cc- Herkesçe bilinen olguların (mâruf ve meşhur vakıaların) ispatı gerekmez (HMK m. 187/f. 2).

1035 Bundan maksat, genel olarak herkesin bildiği veya öğrenmesi mümkün bulunan olgulardır ve bunların ispatı gerekmez⁶²⁵. Meselâ, televizyonlardan yayınlanan bir futbol karşılaşmasını kimin kazandığını veya belirli bir futbol sezonunda hangi takımın şampiyon olduğunu yargılama esasında belirlemek için ispat gerekmez ve ayrıca delil aranmaz.

⁶²³ Bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 205; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 362; **Karşılı**, 556; **Kuru**, Usul-II, 1989 vd. ile sh. 1997 vd.de anılan çok sayıda Yargıtay kararı; keza bkz. Yarg. HGK, 27.04.2011, 19-6/236 (Legalbank); Yarg. 2. HD. 11.12.1970, 5655/ 6510 (İBD. 1971, sh. 1078); Yarg. 2. HD. 20.6.1974, 5192/5517 (İBD. 197, sh. 1864); Yarg. HGK, 21.4.1982, 4-1528/412 (YKD 1982/8, sh. 1076); Yarg. 19. HD, 14.4.1992, 1209/1821, (YKD 1992/8, sh. 2255); Yarg. HGK, 10.11.2004, 14-464/588 (TBB Dergisi, s. 58, 2005, sh. 357 vd.).

Mecelle'nin 77. maddesi bu esası şöyle ifade etmiştir: "*Beyyine hilâf-ı zâhiri ispat için...*"dir.

⁶²⁴ **Kuru**, Usul-II, 1990 vd.

⁶²⁵ **Kuru**, Usul-II, 1968 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 206; **Karşılı**, 547; Yarg. 4. HD, 6.5.2004, 2694/6113 (Kazancı).

**dd- Kanunî Bir Faraziye veya Karineye Dayanan Kimse,
Bunun Kapsamına Giren Konuda İspat Yükünden
Kurtulur**

Kanunî faraziyeden (Fiktion, fiction) maksat, belli bir olaya kanunun kesin bir sonuç bağlamış olmasıdır⁶²⁶. Kanunî faraziyenin aksi iddia ve ispat olunamaz. Bu hususta “*kanunî kesin karine*”, “*kesin yasal karine*” veya kısaca “*kesin karine*” deyimleri de kullanılmaktadır⁶²⁷. Biz *faraziye* deyimini daha uygun buluyoruz. 1036

Meselâ, BK m. 39’a göre, yanılma, aldatma veya korkutma (hata, hile, ikrah) etkisiyle sözleşmeyi yapan taraf, 1 yıllık hak düşürücü süre içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmezse (iptal beyanında bulunmazsa) veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeye onay vermiş sayılır. Bu hükümde bir onay faraziyesi söz konusudur⁶²⁸. 1037

BK m. 175/f. 1’e göre, taraflardan biri koşulun (şartın) gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı biçimde engellemişse, koşul gerçekleşmiş sayılır. Burada da koşulun gerçekleştiği faraziyesi vardır⁶²⁹. 1038

BK m. 503’e göre, kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî bir sığata sahipse veya bu iş onun mesleğinin gereği ise yahut bu tür işleri üstleneceğini önceden duyurmuşsa, kendisine yapılan iş önerisini derhal reddetmediği takdirde, o işin görülmesi konusunda taraflar arasında vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Burada da derhal reddedilmeyen teklifin kabul edildiği faraziyesi söz konusudur⁶³⁰. 1039

⁶²⁶ Bkz. **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 344 vd.; **Deschenaux**, 252; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 208; **Kuru**, Usul-II, 2012.

⁶²⁷ **Saymen**, 350; **Velidedeoğlu**, Umumî Esaslar, 373; **Ataay**, 427; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 208; karşı. **Özsunay**, 355; **Kuru**, Usul-II, 2012.

⁶²⁸ **Saymen**, 350; karşı. aynı yönde **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 208.

⁶²⁹ **Deschenaux**, 252.

⁶³⁰ **von Tuhr/Peter**, 165. Bkz. Nr. 679.

- 1040 Bütün bu hallerde, kanunun belirli bir davranışa bağladığı sonuç kesindir; aksinin iddia ve ispatı söz konusu olmaz.
- 1041 Karineler ise kendi içinde “*kanunî karine*” (gesetzliche Vermutung) ve “*fıilî karine*” (tatsächliche Vermutung; présomption de fait) olarak ikiye ayrılır.
- 1042 *Kanunî karineden* maksat, kanunun ispat edilen bir olguyu, -aksi sabit oluncaya kadar- ispatı gerekli bir başka hususun delili saymış olmasıdır⁶³¹. Karineye dayanan taraf, o konuda iddiasını ispat yükünden kurtulur. Fakat faraziyeden farklı olarak, karşı taraf, olayda karinenin doğru olmadığını ispat ederse karine çürütülmüş olur. Buna *karinenin aksinin ispatı* denir⁶³². Karşı taraf karinenin doğru olup olmadığını tartışmaksızın karineye temel teşkil eden olayın mevcut

⁶³¹ Schwarz, Medenî Hukuk, 177; Deschenaux, 249; Kummer, Berner Kommentar, Art. 8, N. 317 vd., 322 vd.; Kuru, Usul-II, 2013 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş-Kararman, 207-208. Karş. ortada hiçbir kanunî karine bulunmadığı halde, sırf satım sözleşmesinin peşin para ile yapılmasının kararlaştırılmış olmasından hareketle “yasal karine”nin varlığını kabul eden Yarg. HGK, 03.03.1993, E. 1992/13-645, K. 1993/90 (Kazancı).

“Faraziye” karşılığı “*kesin kanunî karine*” deyimini kullanan yazarlar; bizim kullandığımız anlamda “*karine*” kavramı için “*adi kanunî karine*” ibaresine başvurmaktadırlar. Meselâ, bkz. Kuru, Usul-II, 2013; Akipek/Akıntürk/Ateş-Kararman, 208. Keza, aynı anlamda kullanılan “*kesin olmayan yasal karine*” deyimini için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, 661.

⁶³² Bir karinenin çürütülmesi için aksinin ispatı (preuve du contraire, Beweis des Gegenteils) ile genel olarak bir tarafın ileri sürdüğü iddiaya karşı diğer tarafın delil ileri sürmesi (karşı delil = contre-preuve, Gegenbeweis) birbirinden farklı kavramlardır. Karinenin aksini ispat edecek kimse bunu sağlayamazsa ispat yükünü yerine getirememenin sonuçlarına katlanacak ve karinenin gösterdiği durum esas alınacak iken, karşı delil ileri süren kimse bunu başaramazsa, bu durum ispat yüküne etki yapmaz. Zira bu halde ispat yükü yer değiştirmiş değildir; bu yük iddia sahibinin üzerindedir. O asıl delili (preuve principale, Hauptbeweis) ikame etmek zorundadır. Karşı delil gösteren kimse bu davranışıyla ispat yükünü üzerine almış olmaz (HMK m. 191). Bu konuda bkz. Kummer, Berner Kommentar, Art. 8, N. 107 vd.; Deschenaux, 234; Tuor/Schnyder/Schmid, 63-64; Kuru, Usul-II, 2017 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 673; Karşı, 561; Kuru/Arslan/Yılmaz, 366.

olmadığını ve sonuçta, karineye dayanılamayacağını da ispat edebilir. Nitekim, HMK m. 190/f. 2’de, kanunî bir karineye dayanan tarafın, sadece karinenin temelini oluşturan vaktıya ilişkin olarak ispat yükü altında bulunduğu; karşı tarafın ise karinenin aksini ispat edebileceği açıkça ifade edilmiştir.

Medenî Kanunumuz, çeşitli karinelere yer vermiştir⁶³³. Meselâ, 1043
MK m. 285/f. 1’e göre “*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası koca-dır.*” Buna *babalık karinesi* denir⁶³⁴. Bir çocuğun evlilik içinde doğduğunun ispat edilmesi, çocuğun babasının koca olduğuna delil teşkil etmektedir.

Keza, MK m. 302’ye göre, evlilik dışı doğan bir çocuğun anası 1044
ile, doğumdan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında cinsel ilişkide bulunduğu ispat edilen erkeğin, o çocuğun babası olduğu karine olarak kabul edilir. Maddede öngörülen hususların ispatı, babalığa delil teşkil eder.

MK m. 31’e göre, “*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı 1045
gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır*”. Buna da *ölüm karinesi* denir. Maddede belirtilen hususun ispatı, ölümün gerçekleştiğine delil teşkil eder.

⁶³³ Karine, bir olayın, bir durumun varlığına delil teşkil ediyorsa *olay karinesi*; bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığına delil teşkil ediyorsa *hak karinesi* olarak vasıflandırılmaktadır. Bkz. **Deschenaux**, 250; **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 323 vd.; **Özsunay**, 354. MK m. 31’deki ölüm karinesi birinciye; “*Taşınırın zilyedi onun mâliki sayılır.*” diyen MK m. 985/f. 1’deki mülkiyet karinesi ikinciye örnek teşkil eder. Yeri gelmişken belirtelim ki, 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Fona devredilen bankaların sorumlularının MK m. 985’teki mülkiyet karinesinden yararlanamayacaklarını belirtmektedir (BankK m. 135/f. 5).

⁶³⁴ Eski Medenî Kanunumuzda sahih nesep-gayri sahih nesep ayırımı vardı ve o dönemde bu karine “*sahih nesep karinesi*” olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. eski MK m. 241. Yeni Medenî Kanunda bu ayırım ortadan kaldırıldığından, artık “*sahih nesep karinesi*” deyimini kullanmaya mahal yoktur. Nitekim MK m. 285’in kenar başlığı “*Babalık karinesi*” şeklindedir.

- 1046 Bütün bu örneklerde, karinenin aksinin ispatı mümkündür. Bu ispatın nasıl sağlanacağı kendi bahislerinde incelenmektedir.
- 1047 Kanun tarafından öngörülmüş olmamakla beraber, ispat edilen bir olgudan, başka bir olgunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına *fiilî karine* denir⁶³⁵. Meselâ, sabahleyin şehrin tüm sokaklarının ıslak olması, gece yağmur yağdığına karinedir⁶³⁶. Vurulan bir kimsenin bulunduğu yerden kaçan kişinin üzerinde olayda kullanılan tabancanın bulunması ve elinde barut izi olması, olayın failinin o kişi olduğuna bir karinedir.
- 1048 Hâkim, varlığı kanıtlanan fiilî bir olgunun, ispat edilecek husus için bir fiilî karine niteliğini taşıyıp taşımadığını delilleri takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirerek sonuca bağlayacaktır. Fakat hemen belirtelim ki, fiilî karinelere ispat yükünü ortadan kaldırmadığı gibi, ispat yükünün yer değiştirmesini de sağlamaz; sadece ispat yükünün içeriğini değiştirir⁶³⁷.

⁶³⁵ **Kuru**, Usul-II, 2006; **Karlı**, 559; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 364; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 659-660. Fiilî karinelere, “*beşerî karinelere*” (praesumptio hominis) de denilir. Bkz. **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 362; **Deschenaux**, 249; **Özsunay**, 355.

Bkz. kapalı (altında düzenleyenin imzası bulunan) faturanın, bedelin ödendiği yolunda karine teşkil ettiğini belirten Yarg. 19. HD, 18.1.2001, 6236/300 (YKD, 2002/1, sh. 88-89); Yarg. 15. HD, 4.10.2004, 3934/4815 ve Yarg. 15. HD, 18.09.2007 4196/5413 (Kazancı); Yarg. HGK, 18.2.2004, 11-69/91 (Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 349, 356a. Keza bkz. senedin yırtılmış veya çizilmiş olmasının, bedelinin ödenmiş olduğu anlamına gelebileceğini ifade eden Yarg. 11. HD, 21.9.1976, 3837/3840 (Kazancı). Ayrıca bkz. Nr. 356a.

⁶³⁶ **Schwarz**, Medenî Hukuk, 176. Yargı kararlarından bazı örnekler için bkz. **Kuru**, Usul-II, 2006 vd.

⁶³⁷ **Atalay**, Pekcanitez, Medenî Usûl Hukuku, II, 1655 vd.; **Karlı**, 559.

***ee-Kanununun, İspat Yükünü Özel Olarak Belirlediği Hâllerde
Bu Hükümlerde Yer Alan Esaslar Uygulama Alanı Bulur***

Meselâ, MK m. 3, kanunun iyiniyete bir sonuç bağladığı hallerde, 1049
iyiniyetli olduğunu ileri süren kimseyi değil, onun iyiniyetli olmadığını
iddia eden karşı tarafı ispatla yükümlü tutmuştur.

BK m. 112, bir borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının açtığı 1050
tazminat dâvasında, alacaklıyı borçlunun kusurlu olduğunu ispatla
yükümlü tutmamakta; tam tersine, kusursuzluğunu ispat yükünü borç-
luya yüklemektedir.

Bu hallerde, karineye benzer bir durum bulunduğu için MK m. 1051
3'teki esasa "iyiniyet karinesi"⁶³⁸, BK m. 112'deki (eBK m. 96) esasa
"kusur karinesi"⁶³⁹ de denilmektedir. Fakat yukarıda "iyiniyetin ispa-
tı" bahsinde de izah ettiğimiz gibi, bu hallerde gerçek anlamda bir
karine söz konusu değildir. Zira söz konusu hükümlerde bir olgunun
ispatı, diğer bir olgunun delili sayılmış olmayıp; sadece kimin neyi
ispat etmesi gerektiği açıklanmıştır.

Bu tarzda ispat yükünü özel olarak düzenleyen başka hükümler de 1052
vardır. Meselâ, MK m. 512; BK m. 66/f. 2; BK m. 67/f. 2; BK m. 119/f.
2 ve BK m. 122/f. 1 bu niteliktedir.

***ff- İddiasını Resmî Sicil ve Senetlere Dayandıran Kimse
İspat Yükünü Yerine Getirmiş Olur (MK m. 7)***

Aslında burada mesele ispat yükünün kimde olduğunun belirlen- 1053
mesinden ziyade, resmî sicil ve senetlerin sahip olduğu ispat gücüdür.
Önemi sebebiyle bu konuyu şimdi ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz.

⁶³⁸ **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 354; **Deschenaux**, 201; **Schwarz**,
Medenî Hukuk, 177; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 161; **Kuru**, Usul-II,
2013. Ayrıca bkz. Nr. 840.

⁶³⁹ Bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, 346-347; **Keller/Schöbi**, 235; **Saymen/Elbir**,
Borçlar Hukuku, 714; **Oğuzman/Öz**, I, 404; karşı. kusur karinesinin gerçek anlam-
da bir "karine" olmadığı görüşünde **Kummer**, Berner Kommentar, Art. 8, N. 353.

d) Resmî Sicil ve Senetlerin İspat Gücü

- 1054 MK m. 7'ye göre, “Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir”.
- 1055 Resmî sicilden maksat, kanunun alenîleşmesini istediği bazı hukukî ilişkileri veya olayları kaydetmek için devlet memurları ve noterlerce tutulan sicillerdir. Bir kimsenin doğumundan ölümüne kadar kişisel halindeki değişiklikleri alenîleştiren kişisel hâl sicili olarak nüfus kütüğü (MK m. 36 vd.) ile taşınmazlar üzerindeki aynî hakları alenîleştiren tapu sicili (MK m. 997 vd.) bu sicillerin en önemlilerindendir.
- 1056 İspat açısından *senet*, bir kimsenin, kendi aleyhine delil teşkil etmek üzere düzenlediği belgedir⁶⁴⁰. Senet, yeni HMK m. 199’da tanımlanan “Belge” kavramından farklı ve ayrı bir kavramdır; “belge”, “senet” kavramını da kapsayan bir üst kavram durumundadır⁶⁴¹. HMK m. 205/f. 2 uyarınca, güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler de senet hükmündedir⁶⁴².
- 1057 *Resmî senet* ise, resmî bir makamın katılması ile düzenlenen belgedir. Ülkemizde resmî senet düzenleme yetkisi kural olarak noterlere tanınmıştır (Noterlik K. m. 60/b. 2). Aynî haklarla ilgili resmî senetleri düzenleme yetkisi ise tapu sicil memurlarına verilmiştir (Tapu K. m. 26). Bazı hallerde sulh hâkimlerinin de resmî senet düzenleme yetkisi vardır (MK m. 532/f. 2).
- 1058 Taraflar, ya işlemin geçerliliği için kanunen mecbur olduklarından resmî senet düzenletirler; ya da kanunen zorunlu olmamalarına rağmen

⁶⁴⁰ Kuru, Usul-II, 2073; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 724 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, 378-379; Karşlı, 583.

⁶⁴¹ “Belge” ve “senet” kavramları arasındaki ilişki için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, 378; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 723.

⁶⁴² Bkz. Nr. 705.

alelâde sözleşmelere oranla çok daha sağlam ve güvenli bir delil elde etmek amacıyla bu yola başvurmayı arzu ederler. Tarafların kanunen mecbur oldukları için düzenlettikleri resmî senetler gibi, mecbur olmalarına rağmen kendi arzuları ile resmî senede bağlı olarak yaptıkları hukukî işlemlere ait senetler de resmî senet niteliğini taşır.

Resmî senetler, resmî memurun re'sen düzenlediği veya sadece imzayı tasdik ettiği senet olarak ortaya çıkar. Her iki senet tipi de Usûl Hukuku açısından ispat şeklini yerine getirme bakımından resmî senettir⁶⁴³. Halbuki, Medenî Kanunun geçerlilik şartı olarak resmî senet aradığı hallerde, kural olarak ancak re'sen düzenlenen senetler bu şartı gerçekleştirir⁶⁴⁴. Bununla birlikte, sadece imza tasdikinin arandığı istisnâî hâller de vardır (Meselâ, MK m. 205/f. 1, c. 1).

Medenî Kanunun 7. maddesi resmî sicil ve senetlerin içerdiği hususların doğru sayılacağını ifade etmektedir⁶⁴⁵. Hatta kanun, bazen bu sicillere iyiniyetle dayanan kişinin bu iyiniyetinin korunacağını ve o kişinin hakkı iktisap edeceğini belirtir (meselâ bkz. MK m. 1023)⁶⁴⁶.

Fakat hemen belirtelim ki, resmî siciller ancak fonksiyonları kapsamında kalan ve kanunen içermeleri gereken hususlar çerçevesinde delil teşkil ederler. Resmî senette bunun dışında yer alan bir husus

⁶⁴³ **Kuru**, Usul-II, 2111; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 728-729; **Karlı**, 587 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 384 vd.

⁶⁴⁴ **Kuru**, Usul-II, 2111; **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, 222.

⁶⁴⁵ **Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman**, (sh. 221-222); bu hususu resmî sicil ve senetlerin "adî (basit) karine" niteliğine sahip olması şeklinde değerlendirmektedir ki bu görüşe katılmak mümkün değildir; zira burada sadece resmî sicil veya senedin, ispat yükü altındaki kişi lehine delil teşkil etmesi durumu söz konusudur.

⁶⁴⁶ 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 135. maddesi, Fona devredilen bankalar sebebiyle sorumlu kişilerin ve hükümde belirtilen hısımlarının "...tüm resmî sicillere iyiniyetle güven ilkesinden" yararlanamayacaklarını ifade etmektedir. MK m. 7'deki temel kurala ve Devlete güven ilkesine tamamen aykırı bu hükmün hiçbir hukuk anlayışı ile izahı mümkün değildir. Bkz. Nr. 841, 1025.

değer taşımaz⁶⁴⁷. Meselâ, tapu sicilinde, mâlikin yaşı veya evli olup olmadığı yolunda konulmuş bir kayıt, sicilin fonksiyonu dışındadır; bu bakımdan kişinin yaşı veya medenî hâli noktasında bir delil niteliğine sahip değildir.

- 1062 MK m. 7, resmî sicil ve senetlerin ispat gücünü belirttikten sonra, bunların içeriğinin doğru olmadığını kanıtlamanın herhangi bir şekilde bağlı bulunmadığını ifade etmektedir. Ne var ki, bu esas, resmî senetler açısından HMK m. 201 ve 204 karşısında fazla bir değer taşımayacaktır⁶⁴⁸. Bir kere, resmî senedin içeriğinde yer alan hukukî işleme karşı iddia olunan hususlar açısından ispat meselesi, HMK m. 201 hükmüne tâbidir. Bu hükme göre: “*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler ikibindokuzyüztaltmış Türk Lirasından*⁶⁴⁹ az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz”. Bu hükmün kapsamına resmî senetlere karşı yapılacak savunmalar da girer. Meselâ, resmî senette yer alan hukukî işlemin muvazaalı olduğunu işlemin tarafları ve küllî halefleri⁶⁵⁰ tanıkla ispat edemezler⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Deschenaux, 261; Kummer, Berner Kommentar, Art. 8, N. 48 vd.; JdT 1984 I 466.

⁶⁴⁸ Konuralp/Tercan, 16. Keza bkz. Yarg. İçt. Bir. K, 14.6.1965, 3/3 (RG. 15.7.1965, s. 12049).

⁶⁴⁹ Bu miktar, HMK’na 24.11.2016 tarih ve 6763 Sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 1 uyarınca, her takvim yılı başında yeniden değerlendirilerek artırılır. Yapıldığı zamandaki değeri bu miktarı aşan hukukî işlemlerin varlığı senetle ispat olunmak gerekir (HMK m. 200/f. 1). Bu açıdan senet bir ispat şartıdır. Eğer bir işlemin geçerliliği şekilde bağlı değilse, değeri kanunla belirlenen miktarı geçse dahi yapılan işlem her halde geçerli olur; fakat her türlü delille, bu arada, şahitle ispat edilemez; ya senetle veya kanunda öngörülen başka bir kesin delil (ikrar, yemin, mahkeme kararı) ile ispat olunmak gerekir. Bkz. Nr. 702. Buna karşılık, geçerliliği şekilde bağlı hukukî işlemde şekilde uyulmamışsa, işlem esasen hükümsüzdür; ikrar veya yeminle ispatı dahi söz konusu olmaz.

⁶⁵⁰ Oğuzman, Tenkis, 187 vd.; karşı. Yarg. İçt. Bir. K, 22.5.1987, 4/5, RG. s. 19595.

⁶⁵¹ Bu halde, işlemin tarafları veya küllî halefleri tarafından ortaya atılan, resmî senette yer alan hukukî işlemin muvazaalı olduğu iddiasını ispat için yazılı delil ara-

MK m. 7'deki düzenleme, ancak resmî sicil veya senette yer alan hususun bir *maddî fiil* niteliği taşıması halinde anlamlı olabilir; çünkü bu tür fiillerin varlığı senetle ispat yükünün kapsamına girmez ve tanıklarla ispat edilebilir. 1063

Resmî senette yer alan bir hususun gerçeğe uymadığının ileri sürülmesi konusuna gelince: Resmî memurun tanıklığına dayanan bir husus söz konusu ise (meselâ, ortada noterce düzenleme şeklinde yapılmış bir sözleşme varsa), gerçeğe aykırılık iddiasında ancak senedin sahteliği ispat edilmek suretiyle başarı kazanılabilir (HMK m. 204). Meselâ, bir kimsenin, “ben resmî senette yer alan bu beyanlarda bulunmadım, imza bana ait değildir” demesi halinde durum böyledir. İmzanın o kişiye ait olmadığı saptanırsa, senet (sözleşme) sahte demektir. Resmî senette yer alan fakat resmî memurun, tanıklığına değil, takdirine dayanarak senede yazdığı hususların doğru olmadığının ispatı ise bir şekle tâbi değildir. Meselâ, noterin, “ tarafları ayırt etme gücüne sahip gördüğü” yolunda senede koyduğu kayıt böyledir⁶⁵². 1064

Resmî sicillere karşı yapılacak savunmalar ise esas itibarıyla MK m. 7'ye tâbidir. Meselâ, nüfus sicilindeki bir kaydın doğru olmadığı her türlü delille ispat edilebilir. Fakat tapu sicilinde olduğu gibi sicildeki kayıt bir senede dayanıyorsa, sicildeki kaydın aksi tanıklarla ispat olunamaz. 1065

IV. CEBRÎ İCRA

Mahkemeden verilen eda ilâmındaki emri dâvalı rızası ile yerine getirmese hakkında cebrî icra yoluna başvurmak gerekir. 1066

nırsa da bu yazılı delilin mutlaka resmî senet niteliğini taşıması gerekmez. Karşı tarafa hitap etmeyen herhangi bir yazı da delil olabilir: Yarg. 1. HD, 2.11.1978, 1032/11567 (YKD, 1979/5, sh. 616). Buna karşılık, muvazaanın üçüncü şahıslarca ispatı herhangi bir şekle bağlı değildir; üçüncü şahıslar muvazaa iddiasını tanıklarla da ispat edebilirler.

⁶⁵² Postacıoğlu, 621.

- 1067 Cebrî icra, eda ilâmlarının⁶⁵³ Devletin bu konuda yetkili İcra Müdürlükleri tarafından zorla yerine getirilmesidir ve İcra Hukukunun konusunu teşkil eder. Biz burada sadece konuya ana hatlarıyla değinmekle yetineceğiz.
- 1068 1- *Para alacaklarında*, hâkim borçluyu ifaya mahkûm edince bu ilâm, borçlunun mallarının haciz veya iflâs yolu ile paraya çevrilmesi suretiyle alacaklının alacağı olan paranın kendisine sağlanması tarzında icra edilir.
- 1069 2- Alacaklıya iadesi gerekip de borçlunun zilyed olduğu *bir taşınır malın iadesi hususundaki* ilâmlar, cebrî icra teşkilâtı tarafından malın borçludan alınıp alacaklıya teslim edilmesi suretiyle yerine getirilir (İc. İf. K. m. 24).
- 1070 Taşınır bir malın mülkiyetini devretme borcunun yerine getirilmemesi üzerine açılan davada davanın kabulü yönünde verilen ilâmın cebrî icrası da kıyasen aynı hükme tâbi olmalıdır. Şu farkla ki, bu halde ilâmın malın teslimi dışında ayrıca bir de mülkiyetin geçmesi bakımından rolü vardır. Bu bakımdan ilâm borçlunun rızasının yerine geçer.
- 1071 3- *Taşınmaz mülkiyetinin devredilmesi veya taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kurulması* konusunda verilen ilâmların ayrıca cebrî icrası söz konusu olmaz. Zira mahkemenin hükmünün kesinleşmesi ile mülkiyet alacaklıya geçmiş veya söz konusu sınırlı aynı hak tesis edilmiş olur (MK m. 716, 780, 795, 840); cebrî icraya gerek kalmaz.
- 1072 Mahkeme ilâmının icraya gerek kalmadan sonuç doğurması durumu, alacağın temlikinde de görülür (BK m. 185).

⁶⁵³ Prensip ancak ilâmların icrası ise de, para alacaklarının cebrî icrasının istenmesi için bir ilâm alınmış olması şart değildir; ilâmsız icra yoluna başvurulabilir. Fakat ilâmsız takibe kolayca itiraz imkânı vardır (İc. İf. K. m. 62 vd).

Şayet alacak rehinde temin edilmişse, rehinde paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılır (İc. İf. K. m. 145-153).

4- *Taşınmazların tahliye ve teslimi* hakkındaki ilâmlar icra teşkilâtı tarafından zorla yerine getirilir (İc. İf. K. m. 26). 1073

5- *Yapma borçları* için kanaatimizce cebrî icra imkânı yoktur. Her ne kadar İc. İf. K. m. 343, yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması hakkındaki mahkeme kararına haklı bir gerekçe (mazeret) olmaksızın uymayan borçlunun hapisle cezalandırılması imkânını öngörmüş⁶⁵⁴ ise de, bu, borcun cebren icrası demek değildir. Zira, borçlu hapis cezası aldığı hâlde borcu yine de ifa etmeyebilir ve bu hâlde edim cebrî icra yoluyla elde edilmiş olmaz. 1074

Yapma borcunun mutlaka borçlu tarafından ifası gerekli değilse, bu takdirde İc. İf. K. m. 30 ve BK m. 113, masrafı borçluya ait olmak üzere işin başkasına gördürülmesi imkânını tanımaktadır. Bu hükümlerde de bir cebrî icra değil, alacaklının zararının tazmininin özel olarak düzenlenmiş bir şekli söz konusudur⁶⁵⁵. 1075

Yapma borçları içinde özellik arz eden bir mesele olan bir irade beyanında bulunma borcu konusunda kanunlarımızda genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa Alman Federal Usul Kanunu'nda (§ 894) ve İsviçre Federal Usul Kanunu'nda (Art. 78), davalının bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi halinde, mahkeme hükmünün irade beyanı yerine geçeceği açıkça düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte, doktrinde, bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya mahkûm eden mahkeme ilâmının borçlunun beyanının yerine geçeceği 1076

⁶⁵⁴ İc. İf. K. m. 343, 5358 sayılı Kanun (RG., 1.6.2005, s. 25832 mükerrer) ile değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile borçlunun herhangi bir alt sınır söz konusu olmaksızın üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılması öngörülmüş ve hükme eklenen bir cümle ile, hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereğinin yerine getirilmesi durumunda, borçlunun tahliye edileceği düzenlenmiştir.

⁶⁵⁵ **Oğuzman/Öz**, I, 378; aksi görüşte **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, 921 vd. *Eren* ise bu hâlde alacaklının borçlunun yerine geçerek ifada bulunduğunu, dolayısıyla, burada bir tazminat değil, bir "aynen ifa" durumunun söz konusu olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Eren**, 1033.

savunulmaktadır⁶⁵⁶. Bu görüş kabul edilirse, ilâmın cebrî icrasına ihtiyaç kalmayacaktır.

- 1077 6- *Yapmama borçlarının* da cebrî icrası mümkün değildir. Alacaklı ancak borcun ihlâli yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Borcun ihlâli yüzünden ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılması mümkünse, tazminat, söz konusu durumun bertaraf edilmesi şeklinde belirlenir (BK m. 113/f. 2).

V. HAKKINI KENDİ GÜCÜ İLE KORUMA

- 1078 Bir kimsenin hakkını kendi gücü ile koruması ancak istisnaî halde hukuka uygun sayılır. Bu imkân, ya hakka tecavüz edene karşı korunma, ya da ileride doğacak tehlikeye karşı korunma olarak ortaya çıkmaktadır.

1- Hakka yönelik mevcut tecavüze karşı korunma: Haklı Savunma ve İztırar Hali

a) *Haklı Savunma*

- 1079 Haklı savunma (*meşrû müdafaa; Notwehr*), bir kimsenin gerek kendisinin, gerek başkasının şahıs varlığına veya malvarlığına karşı yapılan haksız ve halen mevcut bir saldırıyı savuşturmak için tecavüzde bulunana karşı zorunlu bir karşı tecavüzde bulunmasıdır⁶⁵⁷.
- 1080 Haklı savunma halinde başkasına verilen zararın tazmini gerekmez. Çünkü haklı savunma teşkil eden fiil hukuka aykırı bir fiil değildir (BK m. 64/f. 1); aksine, fiil açısından bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur.
- 1081 Hemen belirtelim ki, burada ele aldığımız haklı savunma kavramı,

⁶⁵⁶ von Tuhr/Escher, 90; Eren, 1031-1032; Tandoğan, Mes'uliyet, 421.

⁶⁵⁷ Bkz. Tandoğan, Mes'uliyet, 32.

fiilin suç teşkil edip etmemesi mes'ulesini düzenleyen Ceza Hukukunun meşru savunma müessesesinden farklıdır. TCK m. 25/f. 1 hükmüne göre, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olarak gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi kesin olan haksız bir saldırıyı orantılı biçimde defetmeye yönelik fiillerden dolayı faile ceza verilmez. Medenî Hukuk anlamında haklı savunmanın söz konusu olabilmesi için aranan şartları⁶⁵⁸ ise şöyle özetleyebiliriz:

aa) Ortada kişi varlığına veya malvarlığına yönelmiş bir tecavüz bulunmalıdır. Tecavüzün mutlaka kendisini savunan kişiye karşı olması şart değildir; bir başkasına yönelik de olabilir. Malvarlığına yönelik saldırılara karşı haklı savunmanın özel bir hâli MK m. 981'de düzenlenmiştir⁶⁵⁹. Bu hükme göre "*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir.*" 1082

bb) Tecavüz hukuka aykırı olmalıdır. Meselâ, kamu gücünü kullanan ve bu sebeple, fiili hukuka uygun olan bir kamu görevlisine (meselâ, görev sınırları içinde hareket eden bir polis memuruna) karşı haklı savunma söz konusu olmaz. Keza, borcunu ödemeyen kişinin eşyalarını hacze gelen icra memuruna karşı direnme, haklı savunma kapsamına girmez. 1083

cc) Tecavüz halen mevcut olmalıdır. İleride ortaya çıkması ihtimali bulunan bir tecavüz tehlikesini önlemek üzere haklı savunma söz konusu olmaz. Keza, tecavüz sona erdikten sonra da haklı savunma yoluna başvurulamaz. 1084

dd) Tecavüz gerçek olmalıdır. Gerçekte mevcut olmayan fakat mevcut sanılan bir tecavüze karşı savunmada bulunulması düşünü- 1085

⁶⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Mes'uliyet, 33 vd.; **Oğuzman/Öz**, II, 28 vd. Haklı savunma Alman hukukunda BGB § 227 hükmünde düzenlenmiştir. Bu çerçevede haklı savunmanın özellikleri ve şartları konusunda bkz. **Larenz/Wolf**, 336 vd.; **Fuchs**, Anwaltkommentar BGB, § 227, Nr. 2 vd.; **Bork**, 362 vd.; **Brehm**, 314 vd.; **Köhler**, 306-307; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 65 vd.

⁶⁵⁹ Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 81 vd.

lemez. Meselâ, ev sahibinin, gece yarısı ortak merdivenden sessizce çıkan kiracıyı hırsız zannedip ateş etmesi, medenî hukuk açısından haklı savunma sayılmaz.

- 1086 ee) Savunma, tecavüzü defetmek için gerekli araçların kullanılma-
sıyla sınırlıdır. Haklı savunma esnasında, çeşitli savunma araçlarından
o anda başvurulabilecek en az zararlısı seçilmek gerekir. Meselâ, bah-
çeden meyva çalınmasını önlemek için, bahçeyi yüksek voltajlı elektrik
akımı verilmiş telle çevirmek haklı savunmanın sınırını aşar.
- 1087 ff) Haklı savunmada, bizzat saldırıda bulunan kişinin şahsına veya
malına zarar verilebilir. Saldırgandan başkasına zarar verilmesi haklı
savunma kapsamına girmez; ancak şartları varsa, ıztırar hali söz konu-
su olabilir (BK m. 64/f. 2).

b) Iztırar Hali

- 1088 Iztırar hali (*Notstand*), haklı savunma ile karıştırılmaması gereken
bir kavramdır. Bununla, bir kimsenin gerek kendisinin, gerek başkası-
nın şahsını veya mallarını derhal vuku bulacak bir tehlikeden kurtar-
mak için bu tehlikeyi yaratmış olmayan diğer bir şahsın *mallarına* zarar
verilmesi kastedilir⁶⁶⁰ (BK m. 64/f. 2). Meselâ, (A)'nın, (B)'nin saldı-
rısından kurtulmak için (C)'nin evinin bahçe kapısını kırıp, bahçedeki
çiçekleri ezerek arka sokaktan kaçıp gitmesi halinde durum böyledir.
- 1089 Iztırar halinde, hakkı ihlâl eden bir kimseye karşı kuvvet kulla-
nılması söz konusu olmayıp, bir tehlikeden kurtulmak için başkasının
mallarına zarar verilmektedir.
- 1090 Haklı savunmadan farklı olarak, ıztırar halinde verilen zararı taz-
minden tamamen kurtulmak söz konusu değildir. Zararın ne oranda
tazmin edileceğini hakkaniyete göre hâkim belirler (BK m. 64/f. 2).

⁶⁶⁰ Bkz. Tandoğan, Mes'uliyet, 37; Oğuzman/Öz, II, 30 vd. Alman hukukunda ko-
nuyu düzenleyen BGB § 228 hükmü ile getirilen esasların izahı için bkz. Larenz/
Wolf, 342 vd.; Köhler, 307 vd.; Bork, 144 vd.; Fuchs, Anwaltkommentar BGB,
§ 228, Nr. 2 vd.; Brehm, 316 vd.; Medicus, Allgemeiner Teil, 69 vd.

İztırar hali ceza hukuku bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder ve ıztırar halindeki faile ceza verilmez (TCK m. 25/f. 2). 1091

2- Hakka Yönelik Tehlikeye Karşı Korunma: Kuvvet Kullanma

Hakkını kendi gücüyle korumak amacıyla kuvvet kullanma (*Selbsthilfe*), BK m. 64/f. 3'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, güvenlik güçlerinin zamanında müdahalesi mümkün değilse ve hakkın ortadan kalkmasını veya kullanımının güçleşmesini önlemek için başka bir araç da yoksa, bir kimse, hakkını korumak için kendi gücünü kullanabilir. Bu hususta aranan şartları⁶⁶¹ şöyle özetleyebiliriz. 1092

a) Bir kimse, ancak *kendi hakkını* korumak için kuvvet kullanabilir. Meşru müdafaa'dan farklı olarak başkasının hakkını korumak için kuvvet kullanılamaz. 1093

b) Hakkı korumak için resmî makamların (güvenlik güçlerinin) zamanında müdahalesini sağlamak mümkün olmamalıdır. 1094

c) Kuvvete başvurularak korunmadığı takdirde, hakkın, sonradan ileri sürülmesi imkânsızlaşacak veya ciddî biçimde zorlaşacak olmalıdır. 1095

d) Kuvvete başvurma, hakkı korumaya elverişli olmalı ve bu yolda başka bir çare de bulunmamalıdır. 1096

Meselâ, bir dağ otelinin işletmecisi, konaklama ücretini ödemedен gitmekte olan müşterinin resepsiyona teslim ettiği otomobil anahtarını alıkoyabilir veya müşterinin elindeki bavulu zorla alabilir; ama gitmesini önlemek için otomobilin lâstiklerini kesemez. 1097

⁶⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, II, 32-33; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 41 vd. Alman hukukunda konuya ilişkin BGB § 229 hükmünün getirdiği esaslar için bkz. **Fuchs**, Anwaltkommentar BGB, § 229, Nr. 2 vd.; **Bork**, 147 vd.; **Medicus**, Allgemeiner Teil, 71 vd.; **Brehm**, 317; **Köhler**, 309 vd.; **Larenz/Wolf**, 345 vd.

- 1098 Şartları çerçevesinde kuvvet kullanılması halinde verilen zararı tazmin yükümlülüğü yoktur (BK m. 64/f. 3).

VI. UĞRANILAN ZARARI TAZMİN ETTİRME

- 1099 Hukuk, hak sahibine sadece hakkını korumak için çeşitli imkânlar sağlamakla kalmamış, hakkına yönelik tecavüz yüzünden uğradığı zararın tazminini isteme hakkını da tanımıştır.
- 1100 Gerçekten, bütün çabalara rağmen, hakka uyulması sağlanamazsa veya hakka uyulması sağlansa bile, arada geçen süre zarfında hak sahibi zarara uğramış ise, hak sahibi için zararın tazminini isteme hakkı doğar.
- 1101 Eğer zarar, failin, genel davranış kurallarına aykırı bir fiilinden doğmuş ise, tazminat talebi, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlere (BK m. 49 vd.) dayanır. Eğer zarar failin bir borcuna aykırı davranışı yüzünden doğmuşsa tazminat talebi borca aykırı davranıştan sorumluluk hükümlerine (BK m. 112 vd.) göre şekillenir. Bazen de zarar verici fiil aynı zamanda hem borca aykırılık, hem de haksız fiil teşkil edebilir. Bu takdirde, hangi esasa dayanılacağı, tartışmalı bir husustur ve bu tartışmanın sonucuna göre, uygulanacak hükümler de birbirinden çok farklı olacaktır⁶⁶². Tüm bu hususlar Borçlar Hukuku kapsamında ele alınırlar.

⁶⁶² Bkz. Oğuzman/Öz, II, 291 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 902-903; Reisoğlu, 390-391; Eren, 1137 vd.

KAYNAKLAR

- Acar** Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, 4. bası, Ankara 2014
- Acemoğlu** Kevork, Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi, MHAD, 1967, sh. 151 vd.
- Açıl** Murat, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, İHM, 2018, c. 76, s. 2, sh. 725-756
- Aday** Nejat, 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında "Özel Kural" Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu, FSM İlmî Araştırma ve Toplum Bilimleri Dergisi, s. 6, Yıl: 2015, sh. 1-12
- Akıntürk** Turgut/**Ateş-Karaman** Derya, Türk Medenî Hukuku, c. II, Aile Hukuku, 15. bası, İstanbul 2013
- Akipek** Jale G./**Akıntürk** Turgut/**Ateş-Karaman** Derya, Türk Medenî Hukuku, c. I: Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, 10. bası, İstanbul 2013
- Akkanat** Halil, Türk Medenî Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010
- Aksoy** Hüseyin Can, Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk, TBB Dergisi, Yıl: 2017, s. 129, sh. 161-194
- Akyol** Şener, Medenî Hukuka Giriş, 2. bası, İstanbul 2006 (*Medenî Hukuk*)
- Akyol** Şener, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, İstanbul 1995 (*Borçlar Hukuku*)
- Akyol** Şener, Medenî Hukukta Uygulama Örnekleri, c.I: Genel İlkeler-Şahıslar-Aile Hukuku, İstanbul 1984 (*Uygulama Örnekleri*)

- Akyol Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. bası, İstanbul 2006 (*Dürüstlük Kuralı*)
- Akyol Şener**, Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (*Çelişki Yasağı*)
- Akyol Şener**, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010 (*Yorum*)
- Alışkan Murat**, İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu, AÜEHFD, c. VIII, s. 1-2 (2005), sh. 349-377.
- Altaş Hüseyin**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998
- Anayurt Ömer**, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 3. bası, Ankara 2002
- Anwaltkommentar BGB**, Bd. 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB, Herausgegeben von Thomas Heidel/Reiner Hüßtege/Heinz-Peter Mansel/Ulrich Noack, Bonn 2005 (*Anwaltkommentar BGB*)
- Aral Vecdi**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6. bası, İstanbul 1992 (*Hukuk Bilimi*)
- Aral Vecdi**, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, 2. bası, İstanbul 1991 (*Hukuk Felsefesi*)
- Ardıçoğlu M. Artuk**, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, ABD, Yıl: 2017, s. 3, sh. 21-51
- Arkan Sabih**, Ticarî İşletme Hukuku, 20. bası, Ankara 2015
- Arnet Ruth**, Bemerkungen zu BGE 129 III 35, AJP, 2003, sh. 593-597
- Arpacı Abdülkadir**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. bası, İstanbul 2000
- Arslan Ramazan**, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989
- Ataay Aytekin**, Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. bası, İstanbul 1980
- Atalay Oğuz**, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, 15. bası, c. II, İstanbul 2017
- Atay Ender Ethem**, İdare Hukuku, Ankara 2006
- Ateş Derya**, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007
- Ayiter Kudret**, Medenî Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953

- Bahtiyar Mehmet**, 805 sayılı İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, c. II, İstanbul 2007, sh. 1731-1750 (*Mecburî Türkçe*)
- Bahtiyar Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Taniyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri, BATİDER, Yıl: 2001, c. XXI, S. 2, sh. 81-127 (*Önalım Hakkı*)
- Bahtiyar Mehmet**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001 (*Anasözleşme*)
- Bahtiyar Mehmet/Biçer Levent**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticarî Defter Tutma Yükümlülüğü ve Defterlerin İspat Gücü, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1, Haziran 2013, sh. 15-32
- Barlas Nami**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, İHFM, c.: LV, s.: 3, İstanbul 1997, sh.191 -208 (*Dürüstlük Kuralı*)
- Barlas Nami**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992 (*Temerrüt*)
- Barlas Nami**, Yeni Medenî Kanunun Aynî Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk -Ünal Tekinalp'e Armağan, c. II, İstanbul 2003, sh. 569-588 (*Aynî Teminatlar*)
- Barlas Nami**, Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, sh. 115-143 (*İşlem Özgürlüğü*)
- Barlas Nami**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler (Erden Kuntalp, Ahu Ayanoğlu-Moralı, Pelin Çavuşoğlu-Işıntan, Mehtap İpek, Sedef Koç ve Mert Yaşar ile birlikte), İstanbul 2005 (*Tasarı*)
- Barlas Nami**, Yeni Borçlar Kanununun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri, İzmBD, y. 76, s. 1, Ocak 2011, sh. 11-32 (*Kefalet*)
- Barlas Nami**, Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. bası, İstanbul 2016 (*Adî Ortaklık*)

- Barlas** Nami, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Gabine İlişkin Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medenî Hukuku, Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, c. I, İstanbul 2017, sh. 369-382 (*Gabin*)
- Başpınar** Veysel, Kanun Hazırlama Teknikleri Açısından Türk Medenî Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, c. II, İstanbul 2004, sh. 417-435 (*Değerlendirme*)
- Başpınar** Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998 (*Kısmî Butlan*)
- Baumann** Max, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erster Band, Einleitung- Das Personenrecht 3. Auflage, Art. 1-7 ZGB, Zürich 1998.
- Baur** Fritz/**Stürner** Rolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Auflage, München 1999
- Baysal** Başak, Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004, sh. 475-503 (*Yürürlük*)
- Baysal** Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009 (*Uyarlama*)
- Bilge** Necip, Borçlar Hukuku - Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971 (*Özel Borç Münasebetleri*)
- Bilge** Necip, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 2.bası, Ankara 1977 (*Yargılama*)
- Bork** Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2001
- Bozkurt** Mahmut Esat, Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?, Medenî Kanunun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944
- Brehm** Wolfgang, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Auflage, Stuttgart 2002
- Brox** Hans, Allgemeiner Teil des BGB, 28. Auflage, München 2004
- Bucher** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (*Allgemeiner Teil*)

- Bucher** Eugen, Was ist Begriffjurisprudenz? ZbJV, 1966, sh. 274 vd. (*Begriffjurisprudenz*)
- Bucher** Eugen, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (*Basler Kommentar*)
- Burcuoğlu** Halûk, Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları İşğında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995
- Buz** Vedat, Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (*Yenilik Doğuran Haklar*)
- Buz** Vedat, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, c. XIX, 1998, s. 4, sh. 53 vd. (*Gabin*)
- von Büren** Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- Bürgi** Wolfgang, Bonne foi, L'abus de droit, FJS, N. 90
- Bydlinski** Franz, Fundamentale Rechtsgrundsätze, Wien 1988
- Camprubi** Madeleine, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35, AJP, 2004, sh. 384-404
- Canbolat** Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyatî Tedbirler, Ankara 2009
- Caroni** Pio, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel-Frankfurt 1996
- Colin-Capitant- Julliot de la Morandière**, Traité de droit civil, I, Paris 1953
- Cornaz** D., La conversion des actes juridiques, Lausanne 1937
- Çağa** Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?, TBB Dergisi, 1991, S.3, sh. 366-375
- Çağlı** Orhan Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş (Hukuk Başlangıcı Dersleri), 4. bası, İstanbul 1971
- David** R., Les grands systèmes de droit contemporain, Paris 1964
- Demir** Pınar Özlem, Yeni Medenî Kanunda Evli Kadınların Hukukî Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004

- Demircioğlu** Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan. Sorumluluk, Ankara 2009
- Deschenaux** Henri, Traité de Droit Civil Suisse, Tome II, 1. Le Titre préliminaire de Code Civil, Fribourg 1969
- Di Marzo** Salvatore, Roma Hukuku (5. basıdan çeviren: Ziya Umur), 2. bası, İstanbul 1959
- Doğan** Vahit, Banka Teminat Mektupları, 4. bası, Ankara 2011
- Du Pasquier** Claude, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 2. édition, Paris 1942
- Dural** Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, c. II: Kişiler Hukuku, 19. bası, İstanbul 2018
- Dural** Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, c. IV: Miras Hukuku, 10. bası, İstanbul 2016
- Dural** Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, c. I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 11. bası, İstanbul 2016
- Edis** Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. bası, Ankara 1997
- Egger** August, Zürcher Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band-I: Einleitung und Personenrecht (Art. 1-89 ZGB), Zürich 1930 - Nachdruck: 1978
- Engin** Baki İlkay, Fatura veya Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmemesinin Sonuçları, İÜHFİM, c. LXI, S. 1-2 (2003), sh. 257-276
- Engisch** Karl, Vom Weltbild des Juristen, 2. Auflage, Heidelberg 1965 (*Weltbild*)
- Engisch** Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage, Heidelberg 1963 (*Studien*)
- Engisch** Karl, Einführung in das juristische Denken, 10. Auflage, Stuttgart 2005 (*Einführung*)

- Eren Fikret**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. bası, Ankara 2015
- Erman Hasan**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979
- Ertaş Şeref**, Eşya Hukuku, 11. bası, İzmir 2014
- Esener Turhan**, Hukuka Giriş, 11. bası, İstanbul 2015
- Feuerborn Andreas**, Bkz. Anwaltkommentar BGB
- Feyzioğlu Feyzi N.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, 2. bası, İstanbul 1976; c. II, 2. bası, İstanbul 1977
- Fikentscher Wolfgang**, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin - New York 1997
- Flume Werner**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992
- Friedrich Hans-Peter**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962-Nachdruck: 1966
- Fuchs Manfred**, Bkz. Anwaltkommentar BGB
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Tercier Pierre**, Partie générale du droit des obligations, 2.éd., Zürich 1982
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg, Heinz**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Auflage, Zürich 2014
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Emmenegger Susan**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Auflage, Zürich 2014
- Gény François**, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2. éd., Paris 1932
- Gezder Ümit**, Türk-İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009
- Gonzenbach Rainer**, Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987
- Gözler Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 24. bası, Bursa 2019
- Grunewald Barbara**, Bürgerliches Recht, 6. Auflage, München 2003
- Guhl Theo**, Le Droit fédéral des obligations (Trad. R. Des Gouttes), Zürich 1947

- Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas**, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000
- Gümüş Mustafa Alper**, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008 (*Mal Rejimleri*)
- Gümüş Mustafa Alper**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015 (*İbra*)
- Güral Jale**, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953
- Güriz Adnan**, Hukuk Başlangıcı, 8. bası, Ankara 2001 (*Hukuk Başlangıcı*)
- Güriz Adnan**, Hukuk Felsefesi, 5. bası, Ankara 1999 (*Hukuk Felsefesi*)
- Gürsoy Kemal Tahir**, Hususî Hukukta Clausula Rebus sic Stantibus (Emprevizyon) Nazariyesi, Ankara 1950
- Gürsoy K. Tahir/Eren Fikret/Cansel Erol**, Türk Eşya Hukuku, 2. bası, Ankara 1984
- Gürzumar Osman Berat**, Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, c. I: Özel Hukuk, İstanbul 2006, sh. 105 vd.
- Haab**, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929
- Hatemi Hüseyin**, İslâm Hukuku Dersleri, 3. bası, İstanbul 1999 (*İslâm Hukuku*)
- Hatemi Hüseyin**, Medenî Hukuk'a Giriş, 6. bası, İstanbul 2012 (*Medenî Hukuk*)
- Hatemi Hüseyin**, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992 (*Kişiler Hukuku*)
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona**, Aile Hukuku, İstanbul 1993
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991

- Heck** Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Seperatausgabe von AcP 112 (1914), sh. 1 vd., Tübingen 1914 (*Auslegung*)
- Heck** Philipp, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929 (*Schuldrecht*)
- Heck** Philipp, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 (*Begriffsbildung*)
- Hedeman J. W.**, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933
- Helvacı** Serap, Gerçek Kişiler, 3. bası, İstanbul 2010
- Hirsch** Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 3. tıpkı basım (güncel dile uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu), Ankara 2001
- Hübner** Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin 1996
- Hürlimann** Roland, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen, Freiburg-Schweiz, 1984
- İşıқтаç** Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, 3. bası, İstanbul 2004
- İmre** Zahit, Medenî Hukuka Giriş, 3. bası, İstanbul 1980
- İmre** Zahit/**Erman** Hasan, Miras Hukuku, 9. bası, İstanbul 2013
- İnan** Ali Naim, Culpa in Contrahendo (Mukavele yapılırken işlenen kusurdan dolayı mes'uliyetin sebeplerini izah eden nazariyeler üzerinde mukayeseli bir çalışma, AD, 1954, sh. 878 vd., 999 vd.
- İnan** Ali Naim/**Ertas** Şeref/**Albaş** Hakan, Türk Medenî Hukuku - Miras Hukuku, 7. bası, Ankara 2008
- İşgüzar** Hasan, Yeni Türk Medenî Kanununa Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2003
- Jaccard** M., Le représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels, Lausanne 1955
- Jäggi** Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962-Nachdruck: 1966, Art. 3 ZGB
- Kalkan** Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004

- Kaneti Selim**, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanında Etkileri, İHFM, c. CLIII, İstanbul 1991, s. 1-4, sh. 200 vd. (*Etkiler*)
- Kaneti Selim**, Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972 (*Tahvil*)
- Kaniti Salomon**, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962 (*Defi*)
- Kaplan İbrahim**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. bası, Ankara 2013
- Karakaş F. Tülay**, Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015
- Karayalçın Yaşar**, Taşıma Sigortalarında All-Risk Klozu, Sorumluluk ve Sigorta Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara 1984
- Karşlı Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. bası, İstanbul 2012
- Keller Max/Schöbi Christian**, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel - Frankfurt 1988
- Kılıçoğlu Ahmet**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. bası, Ankara 2002 (*Katılma Rejimi*)
- Kılıçoğlu Ahmet**, Türk Medenî Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002 (*Hukuksal İşlemler*)
- Kılıçoğlu Ahmet**, Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004 (*Yenilikler*)
- Kırca Çiğdem**, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, c. 50, s. 1, 2001, sh. 91-119
- Kırca İsmail**, İktisadî Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, c. II, İstanbul 2007, sh. 1929-1947
- Kiraz Taylan Özgür**, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, 2. bası, Ankara 2013

- Kocayusufpaşaoğlu Necip**, En Yakın Kanunî Mirasçılarının Mirası Reddetmesi-Mehaza Göre Tefsir, MHAD, 1957, s.1, sh. 45 vd. (*Red*)
- Kocayusufpaşaoğlu Necip**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (*Hata*)
- Kocayusufpaşaoğlu Necip**, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme, (“*Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*” adlı eser kapsamında hazırlanmıştır), 6. bası, İstanbul 2014 (*Borçlar Hukuku*)
- Kocayusufpaşaoğlu Necip**, “Değişik Kısmî Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük” Kavramları ile İlgili Düşünceler, Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, sh. 25-33 (*Hükümsüzlük*)
- Kocayusufpaşaoğlu Necip**, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felâket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır? Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 503-514 (*İşlem Temeli*)
- Kocayusufpaşaoğlu Necip**, Miras Hukuku, 2. bası, İstanbul 1978 (*Miras Hukuku*)
- Koller Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009
- Konuralp Halûk/Tercan Erdal**, Türk Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - I: Yeni Türk Medenî Kanununun Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Eskişehir 2003, sh. 3-37
- Koschaker Paul/Ayiter Kudret**, Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1971
- Koziol Helmut/Welser Rudolf**, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. Auflage, Wien 1995
- Köhler Helmut**, BGB Allgemeiner Teil, 28. Auflage, München 2004

KAYNAKLAR

- Köprülü Bülent**, Medenî Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 2. bası, İstanbul 1984
- Kramer Ernst A.**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Teilband 1, Art. 1-18 OR, Bern 1986
- Kramer, Ernst A.**, Judizieren Contra Legem, recht, 2017, s. 3, sh. 180-186 (*Contra Legem*)
- Kummer Max**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962-Nachdruck: 1966, Art. 8 ZGB, Art. 9 ZGB
- Kurşat Zekeriya**, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003
- Kuru Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.I, 6. bası, İstanbul 2001 (*Usul-I*); c.II, 6. bası, İstanbul 2001 (*Usul-II*)
- Kuru Baki**, Nizasız Kaza, Ankara 1961 (*Kaza*)
- Kuru Baki**, Tespit Davaları, Ankara 1963 (*Tespit*)
- Kuru Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan Ramazan**, Medenî Usûl Hukuku, 23. bası, Ankara 2012
- Kutlu-Sungurbey Ayfer**, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur ve Olumsuz Zarar), İstanbul 1988
- Larenz Karl/Wolf Manfred**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004
- Larenz Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (*Schuldrecht, I*)
- Larenz Karl**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991 (*Methodenlehre*)
- L'Huillier Laurent**, La notion du droit formateur en droit privé suisse, Genève 1947
- Liver Peter**, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Zürich 1968

- Looschelders Dirk**, Bkz. Anwaltkommentar BGB
- Löwisch Manfred/Neumann Daniela**, Allgemeiner Teil des BGB - Einführung und Geschäftslehre, 7. Auflage, München 2004
- Mächler August**, Anstaltsnutzung, ZBL, 2002, Heft: 5, sh. 268-275
- Medicus Dieter**, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heidelberg 2002 (*Allgemeiner Teil*)
- Medicus Dieter**, Bürgerliches Recht, 20. Auflage, Köln-Berlin-München 2004 (*Bürgerliches Recht*)
- Meier-Hayoz Arthur**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962-Nachdruck: 1966, Art. 1 ZGB, Art. 4 ZGB
- Merz Hans**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962-Nachdruck: 1966, Art. 2 ZGB (*Berner Kommentar*)
- Merz Hans**, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auflage, Bern 1992 (*Vertrag*)
- Moroğlu Erdoğan**, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Paysahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Paysahiplerine Karşı Korunması, Makaleler-I, 2. Tıpkı bası, İstanbul 2001, sh. 215-224.
- Nomer Halûk N.**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002
- Oğuzman M. Kemal**, Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988, sh. 407 vd. (*Dürüstlük Kuralı*)
- Oğuzman M. Kemal**, Eşyaya Bağlı Borçlara Hâkim Olan Esaslar, Medenî Kanununun 50. Yılı Sempozyumu, İstanbul 1978, sh. 225 vd. (*Eşyaya Bağlı Borçlar*)
- Oğuzman M. Kemal**, Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İHFM, 1965, c. XXXI, s. 1-4, sh. 209 vd. (*Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar*)
- Oğuzman M. Kemal**, Eşyaya Bağlı Haklara Hâkim Olan Esaslar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, sh. 102 vd. (*Eşyaya Bağlı Haklar*)

- Oğuzman M. Kemal**, Kat Mülkiyeti ve Kanuna Karşı Hile, İBD, 1950, c. XXV, sh. 398 vd. (*Kat Mülkiyeti*)
- Oğuzman M. Kemal**, Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları, c.II: Borçlar Hukuku - Miras Hukuku, 5.bası, İstanbul 1990 (*Pratik Çalışmalar, II*)
- Oğuzman M. Kemal**, Mirasbırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, sh. 187 vd. (*Tenkis*)
- Oğuzman M. Kemal**, Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suiistimali, İBD, 1955, c.XXIX, sh. 258 vd. (*Şekil Noksanı*)
- Oğuzman M. Kemal**, Türk Borçlar Kanununa ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (*Fesih*)
- Oğuzman M. Kemal**, Medenî Kanunun Boşluklarının Yargıtay Kararlarıyla Doldurulduğu Bir Müessesese: Şuf'a, Medenî Kanunun 50. Yılı Haftası, Ankara 1977, sh. 13 vd. (*Şuf'a*)
- Oğuzman M. Kemal**, Miras Hukuku, 6. bası, İstanbul 1995 (*Miras Hukuku*)
- Oğuzman M. Kemal/Aybay Aydın/Sarı Suat**, Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları, Genel Esaslar- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, 11. bası, İstanbul 2011
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, 16. bası, İstanbul 2018; c. II, 13. bası, İstanbul 2017
- Oğuzman M. Kemal/Poroş Reha**, Le bonne foi dans l'exécution du contrat- Rapport Turc, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome: XLIII, 1992, Litec 1994, sh. 355 vd.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. bası, İstanbul 2016 (*Kişiler Hukuku*)
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe**, Eşya Hukuku, 19. bası, İstanbul 2016 (*Eşya Hukuku*)
- Okumuş Selmani**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara 2015
- Özbudun Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 18. bası, Ankara 2018

- Özsunay** Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, 5. bası, İstanbul 1986
- Öztan** Bilge, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, 19. bası, Ankara 2005
(*Medenî Hukuk*)
- Öztan** Bilge, *Aile Hukuku*, 5. bası, Ankara 2004 (*Aile Hukuku*)
- Patry** Robert, *La notion de la bonne foi subjective*, ZbJV, 1955, sh. 411 vd.
(*Bonne foi*)
- Patry** Robert, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Genève 1953 (*Le principe*)
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet**, *Medenî Usul Hukuku*, 14. bası, Ankara 2013
- Piotet** Paul, *Traité de Droit Privé Suisse, Tome IV- Droit Successoral*, Fribourg 1975
- Planiol/Ripert**, *Traité élémentaire de droit civil, Tome: II, 2. éd.*, Paris 1947
- Poroy Reha/Yasaman Hamdi**, *Ticarî İşletme Hukuku*, 17. bası, İstanbul 2018
- Postacıoğlu İlhan E.**, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 6.bası, İstanbul 1975
- Reisoğlu Safa**, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. bası, İstanbul 2012
- Reisoğlu Seza**, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. bası, Ankara 2003
- Ring Gerhard**, Bkz. *Anwaltkommentar BGB*
- Sağlam İpek**, *Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme*, AÜEHFD, c. VIII, s. 3-4, 2004, sh. 455 vd.
- Sarı Suat**, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007 (*Katılma Rejimi*)
- Sarı Suat**, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, sh. 1026-1040 (*Gabin*)
- Savatier R.**, *Du droit Civil au droit public*, 2. éd., Paris 1950

- Saymen Ferit H.**, Türk Medenî Hukuku, c. I: Umumî Prensipler, 3. bası, İstanbul 1960
- Saymen Ferit Hakkı/Elbir Halid Kemal**, Türk Borçlar Hukuku, c.I: Umumî Hükümler, İstanbul 1958 (*Borçlar Hukuku*)
- Saymen Ferit Hakkı/Elbir Halid Kemal**, Türk Medenî Hukuku, c.III - Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1960 (*Aile Hukuku*)
- Schmidt Rolf**, BGB Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bremen 2005
- Schönle Herbert**, La bonne foi dans la formation du Contrat, Rapport Suisse, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome: XLIII, 1992, Litec 1994, sh. 196 vd.
- Schulze Reiner**, Auf dem Weg zu einen europäischen Zivilgesetzbuch?, NJW 1997, sh. 2742 vd.
- Schwab Dieter**, Einführung in das Zivilrecht, 15. Auflage, Heidelberg 2002
- Schwarz Andreas B.**, Borçlar Hukuku Dersleri (Çeviren: Bülent Davran), İstanbul 1948 (*Borçlar Hukuku*)
- Schwarz Andreas B.**, Medenî Hukuka Giriş (Çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul 1942 (*Medenî Hukuk*)
- Schwarz Andreas B.**, Roma Hukuku Dersleri (Çeviren: Türkân Rado), 2. bası, İstanbul 1944 (*Roma Hukuku*)
- Schwenzer Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009
- Seckel Emil**, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Darmstadt 1903
- Seliçi Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977
- Serozan Rona**, "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlâli" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, s.3, sh. 111 vd. (*Culpa*)
- Serozan Rona**, Medenî Kanunu Tümüyle Yenilemek Yerinde midir?, Yasa Hukuk Dergisi, 1999, sh. 9, sh. 1085 vd. (*Medenî Kanun*)

- Serozan Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm - Kişiler Hukuku, 8. bası, İstanbul 2018 (*Medenî Hukuk*)
- Serozan Rona**, Miras Hukukunda İradî Mirasçılarının Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul 2004, sh. 283 vd. (*İradî Mirasçılar*)
- Serozan Rona**, Hukukta Yöntem, İstanbul 2015 (*Yöntem*)
- Serozan Rona**, Yeni Medenî Kanunun Miras Hukuku Alanındaki Yeniliklerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, sh. 563 vd. (*Yenilikler*)
- Serozan Rona/Engin Baki İlkey**, Miras Hukuku, 4. bası, Ankara 2014
- Sirmen Lâle**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992
- Sturm Fritz**, Das Rechtsmissbrauch im schweizerischen Recht - Ein Überblick über neuere Judikatur des Bundesgerichts, SJZ, 1993, 22, sh. 374 vd.
- Sulzer Stefan**, Zweckstörungen im Schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002.
- Sungurbey İsmet**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957
- Sungurtekin-Özkan Meral**, İnşâ Karar ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, sh. 553 vd.
- Şeker Muzaffer**, Yazılmamış Sayılma, İstanbul 2015
- Şıpka Şükran**, Yeni Medenî Kanuna Göre Cinsiyet Değişikliğinin Evliliğe Etkisi, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, sh. 659 vd. (*Cinsiyet Değişikliği*)
- Şıpka Şükran**, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011 (*Katılma Rejimi*)
- Tandoğan Halûk**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c.I/2, 3. bası, Ankara 1985 (*Özel Borç İlişkileri, I/2*)
- Tandoğan Halûk**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c.II, 3. bası, Ankara 1987 (*Özel Borç İlişkileri, II*)

- Tandoğan** Halûk, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Lausanne 1952 (*La nullité*)
- Tandoğan** Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 (*Mes'uliyet*)
- Tanrıver** Süha, Türk Medenî Kanununun Miras Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005
- Tekinay** Selâhattin Sulhi/**Akman** Sermet/**Burcuoğlu** Halûk/**Altop** Atilâ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993 (*Borçlar Hukuku*)
- Tekinay** Selâhattin Sulhi/**Akman** Sermet/**Burcuoğlu** Halûk/**Altop** Atilâ, Eşya Hukuku, c.I, 5. bası, İstanbul 1989 (*Eşya Hukuku*)
- Tekinay** Selâhattin Sulhi, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992 (*Medenî Hukuk*)
- Tekinay** Selâhattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, c. II/3, İstanbul 1994 (*Menkul Mülkiyeti*)
- Tekinay** Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. bası, İstanbul 1990 (*Aile Hukuku*)
- Tercier** Pierre, La Clause rebus sic stantibus en droit suisse des obligations, JdT 1979 I, sh. 194
- Topçuoğlu** Hamide, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950
- Topuz** Seçkin, Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009
- von Tuhr** Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, Berlin 1957 (1914'deki ilk basıdan tıpkı basım)
- von Tuhr** Andreas/**Peter** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979
- von Tuhr** Andreas/**Escher** Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. II, 3. Auflage, Zürich 1974
- Tunçomağ** Kenan, Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelelerin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, İHFM, c. XXXII, s. 2-4, sh. 884 vd. (*Aşırı Güçlük*)

- Tunçomağ Kenan**, Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD, 1967, sh. 87 vd. (*Borcun İfası*)
- Tunçomağ Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, c.II: Özel Borç İlişkileri, 3. bası, İstanbul 1977 (*Borçlar Hukuku, II*)
- Tuor Peter**, Le Code Civil Suisse, Trad. Henri Deschenaux, Zürich 1950
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995
- Turanboy Nuri**, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998
- Umur Ziya**, Roma Hukukunda İktisabî Müruruzamanda Hüsünüyet, İstanbul 1956 (*Müruruzaman*)
- Umur Ziya**, Roma Hukuku, Tarihî Giriş – Kaynaklar – Umumî Mefhumlar – Hakların Himayesi, İstanbul 1982 (*Roma Hukuku*)
- Umur Ziya**, Roma Hukuku Ders Notları, 3. bası, İstanbul 1999 (*Ders Notları*)
- Uyar Talih**, Yargıtay Kararlarında Dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralı (MK 2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK 2/II), Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, sh. 439-465
- Ülgen Özen**, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, GSÜHFD, Yıl: 2018, s. 1, sh. 3-39
- Ülgen Hüseyin/Teoman Ömer/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer Ertan Füsün**, Ticarî İşletme Hukuku, 4. bası, İstanbul 2015
- Ünal Oğuz Kürşat**, Fatura ve Teyit Mektubu, 5. bası, Ankara 2013
- Üstündağ Saim**, Medenî Yargılama Hukuku, c. I-II, 7. bası, İstanbul 2000
- Vardar Hamamcioğlu Gülşah**, Medenî Hukukta Tasarruf İşlemleri, İstanbul 2014
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet**, Türk Medenî Hukuku, c.I: Umumî Esaslar, 5. bası, İstanbul 1956 (*Umumî Esaslar*)
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet**, Türk Medenî Hukuku, c.II: Aile Hukuku, 5. bası, İstanbul 1965 (*Aile Hukuku*)

- Wackerbarth** Ulrich, Bkz. Anwaltkommentar BGB
- Werro** Franz, Towards Denationalization of Private Law in Europe, in: "New Perspectives on European Private Law", Freiburg-Schweiz 1998
- Wiegand** Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011
- Wilhelm** Jan, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin 2002
- Wyss** Jean-Albert, La pérémption dans le Code Civil Suisse, Lausanne 1957
- Yalman** Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006
- Yavuz** Cevdet/Özen Burak/Acar Faruk, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. bası, İstanbul 2014
- Yıldırım** Turan, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, MÜHF-HAD, c. 23, s. 2, sh. 13-28
- Yılmaz** Ejder, İstinaf, Ankara 2005
- Yung** Walter, L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, Extrait des Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964 (*L'acceptation*)
- Yung** Walter, La théorie de l'obligation abstraite et le reconnaissance de dette non causé en droit suisse, Genève 1930 (*La théorie*)
- Zevkililer** Aydın/Acabey Beşir/Gökyayla Emre, Medenî Hukuk, Giriş - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku, 6. bası, Ankara 1999
- Zimmermann** Reinhard, Juristische Methodenlehre in Deutschland, RabelsZ, 2019, s. 83, sh. 241-287

KAVRAM İNDEKSİ*

—A—

Açık boşluk 339, 341
Adî ortaklık 490, 591, 612
Açıklayıcı yorum 247
Adî yazılı şekil 704, 705
Ahlâk kuralı 4, 5, 147, 148
Ahlâka aykırılık 5, 758, 879, 886, 888
Aile konutu 118, 714, 840
Aile konutu şerhi 550
Alacağa bağlı haklar 587, 588
Alacağın temliki 631, 637, 642, 783,
990, 1072
Alacak hakkı 477 vd, 511, 792
Alacak sebebi 647, 650
Alelâde nisbî hak 498, 547, 549
Alelâde örf 149, 353, 359
Alım hakkı 118, 529, 550, 552 vd.,
558
Amaca göre yorum 237 vd.
Argumentum a contrario 230, 327
Arzî irtifak. Bkz. Eşyaya bağlı irtifak
Aslen iktisap 778, 779
Aşırı ifa güçlüğü 958

Aydınlatma yükümü 933
Ayırt etme gücü 113, 573, 574, 690
vd., 717, 751, 768, 769, 819, 830,
892, 900.
Aynî irtifak. Bkz. Eşyaya bağlı irtifak
Aynî hak 194, 195, 480 vd.

—B—

Babalık karinesi 1043
Bağımlı yan borçlar 936
Bağımsız hak 578 vd., 593
Bağımsız yan borçlar 937
Bağışlama sebebi 648
Bağlı hak 501, 578, 581 vd.
Basit ikrar 1030
Beklenen hak 270, 468, 469
Beklenti 468, 469, 724, 728
Belge sağlama yükümü 934
Bileşik ikrar 1032
Bilgilendirme yükümü 933
Bilinçli boşluk 333 vd.
Bilinçsiz boşluk 333 vd.
Birlikte mülkiyet 487 vd.

* İndeksteeki numaralar, sayfa değil, kenar (paragraf) numaralarını gösterir. Bir paragraf numarasına yapılan atıf, o paragrafta yer alan dipnotların metinlerini de kapsar.

Borç ilişkisine bağlı haklar 589
 Borçlandırıcı işlem 625 vd., 630, 633
 vd., 642, 783
 Borç tanınması 652
 Bozma kararı 434, 436 vd. 445 vd.
 Bozucu (infisahî) şart 726
 Bozucu yenilik doğuran hak 564, 761,
 951
 Bozulabilir geçerlilik 765
 Bölge Adliye Mahkemesi 429, 430,
 432, 439 vd.
 Butlan 737, 750 vd., 814, 998, 1001,
 1002.

—C—

Causa credendi. Bkz. Alacak sebebi
 Causa donandi. Bkz. Bağışlama
 sebebi
 Causa solvendi. Bkz. İfa sebebi
 Cebri icra 118, 503, 797, 970, 993,
 1066 vd.
 Cermen Hukuku 26 vd., 50
 Common Law 44 vd.
 Contra legem yorum 241, 259
 Corpus Iuris Civilis 27, 28
 Culpa in contrahendo. Bkz. Sözleşme
 görüşmelerinde dürüst davranma
 borcu
 Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 146,
 159, 163 vd.
 Cüz'i halef 783
 Cüz'i intikal 783, 786
 Çelişkili davranış yasağı 889 vd.

—D—

Daraltıcı yorum 247
 Dâva 980 vd.
 – çeşitleri 983 vd.
 – şartları 995, 996, 1005
 – ya karşı savunma imkânları
 1002 vd.
 –nın ispatı 1015 vd.
 Dava sebebinin inkârı 1004
 Dava temelinin yetersizliği savunması.
 Bkz. Dava sebebinin inkârı
 Davranış yükümlülükleri 940 vd.
 De lege ferenda 9, 10, 747
 De lege lata 9, 10, 747
 Defi 847, 1007, 1009 vd.
 Değiştirici yenilik doğuran hak
 562, 563
 Değiştirici yorum 247
 Dernek 116, 125 vd., 132, 183, 224,
 275, 590, 591, 616, 619, 833.
 Devren iktisap 780 vd., 787, 791
 Doğal hukuk 8, 9, 57, 63, 64, 371, 382
 Doğrudan uygulama 217, 219
 Dogmatik Hukuk Bilimi 6
 Dürüstlük kuralı 13, 179, 239, 259, 340,
 341, 667, 668, 681, 682, 803 vd.,
 850 vd., 853 vd.
 – – rolü 854 vd.
 – – uygulama alanı 854 vd., 882,
 888, 891, 900 vd.
 Düzelebilir hükümsüzlük 762, 764
 Düzen hükmü 752, 793
 – – (805 sayılı Kanun) 752

—E—

Edâ davası 987 vd.
 Edâ ilâmı 990, 1066
 Eksik borç 467
 Elbirliği mülkiyeti 490, 491
 Elektronik imza 705, 1056
 Emprevizyon 944 vd., 951 vd.
 Emredici hukuk kuralı 285 vd., 759,
 906
 Equity 46 vd.
 Eşya 480 vd., 489, 492
 – üzerinde hâkimiyet 508 vd.
 Eşyaya bağlı borç 507
 Eşyaya bağlı hak 501, 502, 581 vd.
 Eşyaya bağlı irtifak 501, 502, 582
 Etkisi güçlendirilmiş nisbî hak 546,
 548 vd.

—F—

Factum concludens. Bkz. İradeyi orta-
 ya koyan davranış
 Feragat 550, 631, 762, 764, 792
 Fer'î hak 504, 588
 Fesih 386, 566, 589, 684, 761, 944,
 958
 Fiilî karine 1041, 1047, 1048
 Fiilî boşluk 335
 Fikrî hak 533 vd., 543, 579
 Fikrî mülkiyet 538

—G—

Gabin 716, 765, 796, 964

Gayrimenkul mükellefiyeti.
 Bkz. Taşınmaz yükü
 Gayrimenkul rehni.
 Bkz. Taşınmaz Rehni
 Geciktirici def'i 1014
 Geciktirici şart 724 vd., 728, 772
 Geciktirici vade 728 vd.
 Geçit irtifakı 499, 582, 787
 Gelenek 351 vd., 359, 361
 Genel kanun 275 vd.
 Genişletici yorum 247, 248
 Gerçek boşluk 341 vd.
 Gerçek olmayan boşluk 341 vd.
 Geri alım hakkı 550, 557, 561
 Görgü kuralı 4, 5
 Güven prensibi 666 vd., 911 vd.

—H—

Hak 459, 460 vd.
 – kavramı 460 vd.
 – kın kötüye kullanılması 13,
 259, 340, 344, 753, 755, 850,
 851, 856, 858, 859 vd.
 – – – nı belirten unsurlar 872 vd.
 – – – nın yaptırımı 894 vd.
 – – – yasağının uygulama alanı
 900 vd.
 – kını kendi gücü ile koruma
 1078 vd.
 – ların çeşitleri 470 vd.
 – ların kaybedilmesi 594 vd.
 – – tarzı 790 vd.
 – ların kazanılması 594 vd.
 – – tarzı 778 vd.

KAVRAM İNDEKSİ

- ların korunması 967 vd.
- Hak düşürücü süre 567, 796, 796a, 798, 799, 880, 885, 1007, 1008, 1037
- Hak sahibi 591 vd.
- Hâkimin hukuk yaratması 154, 312, 324, 325, 366 vd., 373 vd., 394
- Hâkimin takdir yetkisi 179, 226, 307 vd.
- Hakkaniyet 45, 46, 151, 242, 307, 310, 316, 319, 857, 961, 963
- Haklı savunma 1079 vd.
- Haklı sebeple fesih 386, 564, 944
- Haksız fiil 478, 602, 898, 940, 942, 943, 1101
- Hata 667, 695, 696, 764, 904, 1037
- Hile 218, 695, 696, 764, 845, 1037
- Hukuk boşluğu 324, 325
- Hukukî fiil 600 vd., 609, 691, 792
- Hukukî işlem 596 vd.
- – çeşitleri 610 vd.
- – ehliyeti 690 vd., 710, 788
- – nin geçerlilik şartları 689 vd., 752
- – nin kurucu unsurları 659 vd.
- – nin yorumu 911 vd.
- – in ispatı 608a, 702, 1062
- Hukukî işlem benzeri fiil 606
- Hukukî olay 596 vd., 601, 609, 779, 791, 792
- Hukukî sonuç arzusu 672 vd.
- – – nun açıklanması 662, 683 vd.
- Hususî taksim 893
- Hükmî şahıslar. Bkz. Tüzel kişiler
- Hükmün amacı 229, 230, 237, 257, 290 vd., 317, 747, 800, 909, 910
- Hüküm içi boşluk 147 vd., 304 vd., 312, 322, 323, 359
- Hükümsüzlük 733 vd.
- I–
- Izttırar hali 1088 vd.
- İ–
- İbra 642, 682, 792
- İcazet 693, 717 vd., 768 vd., 912, 1037
- İdeal Hukuk 8
- İfa dâvası 988
- İfa sebebi 646, 650
- İhmâlden doğan boşluk 335
- İhraz 779
- İkale 792, 898
- İkametgâh. Bkz. Yerleşim yeri
- İki taraflı hukukî işlemler 611 vd.
- İkrah 695, 696, 764, 1037
- İkrar 1028 vd.
- İndicia voluntatis. Bkz. İrade karinesi
- İnfisahî şart. Bkz. Bozucu şart
- İnşaat hakkı. Bkz. Üst hakkı
- İntifa hakkı 230, 470, 496, 497, 500, 501, 523, 580, 795, 876
- İpotek 506, 623
- İpotekli borç senedi 506
- İptal edilebilirlik 737, 750, 761 vd.
- İptidaî itiraz 1005
- İrad senedi 506
- İrade beyanı 528, 529, 556 vd., 565,

- 610 vd., 656, 659 vd., 662 vd.,
849, 912 vd., 979, 1076
- İrade beyanı faraziyesi 678, 679, 680
- İrade faaliyeti 674
- İrade karinesi 675, 677, 678, 680, 681
- İrade teorisi 464
- İradeyi ortaya koyan davranış 675,
677 vd.
- İrtifak hakkı 494 vd., 582, 631, 642,
787, 1071.
- İspat yükü 179, 839 vd., 1015 vd.
- İstihkak davası 526
- İstinaf 429, 430, 439 vd.
- İşbirliğinde bulunma yükümü 935
- İşgal 779
- İşleme 640
- İştirak hakkı. Bkz. Alım hakkı
- İştirak halinde mülkiyet.
Bkz. Elbirliği mülkiyeti
- İtiraz 1006 vd., 1032
- İvazlı kazandırma 643
- İvazsız kazandırma 643
- İyiniyet 713, 775, 801 vd.
– karinesi 840, 847, 1051
– in aranacağı an 835 vd.
– in aranacağı kişi 829 vd.
– in ispatı 839 vd.
– in rolü 810 vd.
- K—
- Kanun 156 vd.
– un hazırlık çalışmaları 254 vd.
– hükmünde kararname 157, 337
– a aykırı örf ve âdet kuralı 364
– a karşı hile 870, 906 vd.
– ların çatışması 273 vd.
– un düz anlamı 227, 228, 229
– un geriye etkisi 266, 268
– un iptali 168
– un ruhu 244, 245, 246, 249 vd.,
386
– un sistemi 250 vd.
– un zıt anlamı 227, 228 vd., 302,
303, 327.
- Kanun boşluğu 42, 147, 245, 259, 303,
304, 312, 321 vd.
- Kanunî faraziye 1036 vd.
- Kanunî karine 1041 vd.
– – nin aksinin ispatı 1042,
1046
- Kanunî şekil 152, 699
- Kapalı fatura 349, 356, 1047
- Karar düzeltme 435 vd., 448, 899
- Karışma 779, 794
- Kavram içtihatçılığı 370, 379
- Kaynak hakkı 499
- Kazandırıcı işlem 625, 639 vd.
– – in sebebe bağlılığı ve soyut-
luğu 651 vd.
- Kazandırıcı zamanaşımı 778, 779,
794, 813, 819, 820
- Kazandırma 639 vd.
– sebebi 644 vd.
- Kazanılmış hak 270, 271
- Kazuistik metod 60
- Kendi ahlâka aykırı davranışına
dayanma 879 vd.

Kendiliğinden araştırma ilkesi 1008
Kesin defî 1013
Kesin hükümsüzlük. Bkz. Butlan
Kesin karine. Bkz. Kanunî faraziye
Kısmî butlan 758 vd.
Kıyas 218, 219, 251, 303, 304, 383 vd.
– en uygulama 218, 219, 384,
385
Kişilik hakkı 470, 540, 543, 579, 580
Kuru mülkiyet 497
Kurucu yenilik doğuran hak 557 vd.
Kusur karinesi 1051
Kuvvet kullanma 1092 vd.
Küllî halef 784
Küllî intikal 784, 785

—L—

Lafzî yorum. Bkz. Söze göre yorum
Lücken intra legem. Bkz. Hüküm içi
boşluk
Lücken praeter legem. Bkz. Kanun
boşluğu

—M—

Maddî fiil 607, 608, 640, 1063
Mahallî âdet 359
Malvarlığı hakları 474 vd.
Menfaat içtihatçılığı 379
Menfaat teorisi 465, 467
Menfî tespit davası 994, 1024
Menkul rehni. Bkz. Taşınır rehni
Meşru müdafaa. Bkz. Haklı savunma

Muntazar hak. Bkz. Beklenen hak
Mutlak butlan 750
Mutlak hak 511, 525, 540, 542, 543,
554, 977
Muvazaa 697, 698, 751, 887, 1062
Mülkiyet hakkı 195, 470, 485 vd., 509,
513, 517 vd., 526, 579, 581 vd.,
626 vd., 631 vd., 778, 779, 780,
787, 792, 794, 827, 836, 898,
975, 988
Münhasıran şahsa bağlı hak. Bkz.
Şahsen kullanılacak hak
Müktesep hak 270, 271
Müşterek Hukuk 28, 44, 382
Müşterek hukukî işlem 617 vd.
Müşterek mülkiyet. Bkz. Paylı
mülkiyet

—N—

Nisbî hak 511 vd., 524, 542, 544 vd.,
978
Nisbî butlan 750, 798, 863
Nisbî etkisizlik 739, 774 vd.
Nizamname. Bkz. Tüzük
Nizasız kaza 985
Noksanlık 658, 693, 738, 767 vd.

—O—

Objektif Hüsünüyet. Bkz. Dürüstlük
kuralı
Objektif tarihî yorum metodu 239
Olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
159

Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Karar-
namesi 159

Olay kararı 424

Olay karinesi 1043

Onay. Bkz. İcazet

Öturma hakkı 498, 524, 580

—Ö—

Ödemezlik def'i 1011, 1014

Ölüm karinesi 1045

Ölüme bağlı tasarruf 191, 567, 610,
654, 655, 685, 696, 741, 754, 766,
773, 798, 998, 1000

Önalım hakkı 550, 557, 559, 560, 584,
796, 872, 882, 893, 898

Örf ve Âdet Hukuku 143, 145, 149,
153, 154, 212, 323, 324, 346 vd.,
366, 375, 923

----- doğum şartları 350 vd.

----- rolü 357 vd.

Örtülü boşluk 340

Özel kanun 275 vd.

Özel mülkiyet 487, 792

—P—

Pandekt Hukuku 28, 176.

Paylı mülkiyet 122, 489, 491, 550,
560, 616, 893

Peşin dava def'i 1011, 1014

Pozitif Hukuk. Bkz. Yürürlükteki
Hukuk

Prensip kararı 450, 454

—R—

Ratio legis. Bkz. Hükmün amacı

Rehin hakkı 503 vd., 507, 509, 587

Re'sen araştırma ilkesi 1008

Resmî makamın fiili 722, 723, 771

Resmî senet 1057 vd.

Resmî sicil ve senetler 1053, 1054 vd.

----- in aksinin ispatı 1062 vd.

----- in ispat gücü 1054 vd.

Resmî şekil 708, 709, 751

Rızaî şekil 699

—S—

Sahih nesep karinesi 1043

Sahiplenme. Bkz. İhraz

Sarih (açık) irade beyanı 672, 673

Seçimlik borç 563, 568, 587

Senet 1053, 1054, 1056 vd.

Serbest Hukuk ekolü 145, 241, 379

Serbest yorum metodu 241

Sınaî mülkiyet 538

Sınırlı aynı hak 195, 492 vd., 787, 811,
812, 825

Sonraki (yeni) kanun 276, 278, 279

Soyut borç ikrarı 652

Söze göre yorum 237

Sözleşme boşluğu 923

Sözleşme görüşmelerinde dürüst dav-
ranma borcu 938, 939

Sözleşme görüşmelerinde kusurlu
davranış 478, 938, 939

Sözleşme yapma zorunluluğu 926 vd.

Sulh 792

Sulh sözleşmesi 792

Susma 680 vd., 912

Sübjektif Hüsnüniyet. Bkz. İyiniyet

Sübjektif tarihî yorum metodu 238

Sükna hakkı. Bkz. Oturma hakkı

Süreye bağlı hak 795, 796a

—Ş—

Şahıs varlığı hakları 531, 540, 541, 580

Şahısla kaim irtifak 501

Şahsen kullanılacak hak 570 vd.

Şahsî irtifak. Bkz. Şahısla kaim irtifak

Şahsiyet hakkı. Bkz. Kişilik hakkı

Şart 566, 724 vd., 772

Şekil 699 vd.

Şerh 546, 548 vd.

Şerhçi Okul 369

Şuf'a hakkı. Bkz. Önalım hakkı

—T—

Tabiî Hukuk. Bkz. Doğal Hukuk

Tahvil 755

Takdir yetkisi. Bkz. Hâkimin takdir yetkisi

Talep 973 vd.

Talikî şart. Bkz. Geciktirici şart

Tamamlayıcı hukuk kuralları 284, 296, 301, 923

Taraflarca hazırlama ilkesi 1008

Tarihî Hukuk Okulu 64

Tasarruf işlemi 625 vd., 631 vd.

-- nin sebebe bağlı olup olmaması 635 vd.

Tasarruf yetkisi 118, 710 vd., 719, 751, 753, 789, 811

Tashihi karar. Bkz. Karar düzeltme

Taşınır rehni 122, 287, 505

Taşınmaz rehni 122, 287, 505, 506

Taşınmaz yükü 113, 507, 509, 585, 1071

Tazminat davası 989

Tek şahıs mülkiyeti 487

Tek taraflı hukukî işlem 610, 659

Temsil 718, 768, 769, 770, 818, 830, 831, 832, 925

Temyiz kudreti. Bkz. Ayırt etme gücü

Temyiz Mahkemesi 428

Temyiz yolu 443

Terk 792

Tespit davası 994 vd.

Tescil 122, 510, 715, 722, 723, 727, 783, 868, 897, 990

Tesisen iktisap 787 vd.

Teyid mektubu 681

Ticarî örf ve âdet 349

Toplu hukukî işlem 619

Tüzel Kişiler 20, 128, 162, 183, 185, 591, 833

Tüzük 161

—U—

Usulî itiraz 1005

Uyandırılan güvene aykırı davranış 889 vd.

Uyarılama 951 vd.

- Ü—
 Üst Hakkı 122, 499, 501, 550, 552, 553
- V—
 Vâde 728 vd., 975, 978
 Vakıf 183, 591, 610
 Varma teorisi 686
 Vasıflı ikrar 1031
 Vasıtalı irade beyanı 688
 Vasıtasız irade beyanı 687
 Vefa hakkı—Bkz. Geri alım hakkı
 Venire contra factum proprium—Bkz. Çelişkili davranış yasağı
- Y—
 Yan borçlar 924, 930 vd.
 Yargı yorumu 234
 Yapma borçlarının cebrî icrası 1074 vd.
 Yapmama borçlarının cebrî icrası 1077
 Yasama yorumu 233
 Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları 392, 395, 449, 451, 452, 453
 Yazılmamış sayılma 745 vd.
 Yedek hukuk kuralları 283, 284, 295 vd.
 Yenilik doğuran dava 565, 998 vd.
 Yenilik doğuran hak 476, 528 vd., 545, 548, 552, 555 vd.
 Yenilik doğuran karar 999 vd.
 Yenilik doğuran işlem 565, 610
 Yerleşim yeri 231, 599
- Yorum 232 vd., 279, 284, 303, 338, 361, 369, 381, 394, 398, 401, 424, 425, 903, 905, 916 vd., 966
 - metodu 236 vd.
 - boşluğu 338
 - hukukî işlemlerde 911 vd., 912a, 912b, 913, 914, 915, 916, 917, 918
 - genel işlem şartlarında 917
 Yorumlayıcı hukuk kuralı 284, 298 vd.
 Yokluk 736, 742 vd.
 Yöneltilen irade beyanı 620, 621, 683, 684, 686
 Yöneltilmeyen irade beyanı 620, 622, 685
 Yönetmelik 146, 162, 164, 166, 174, 224, 225
 Yürürlükteki Hukuk 6, 7, 9, 10, 28, 141
- Z—
 Zamana göre objektif yorum metodu 240, 241
 Zamanaşımı 567, 778, 779, 794, 797, 798, 799, 813, 820, 835, 880, 881, 882, 897, 973, 1010, 1012, 1013
 Zımnî (örtülü) irade beyanı 674, 677
 Zıt anlam. Bkz. Argumentum a contrario
 Zilyedlik 510

KANUN MADDELERİ İNDEKSİ*

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI			
11	157	141/3	416
36/2	366	142	426
88	156	148	159
90	160	175	158
104	159, 165	176	252
119	159	Geçici md. 21	159, 161, 173
124	162		
4721 Sayılı TÜRK MEDENİ KANUNU			
1	143, 144, 145, 146, 149, 179, 212, 217, 219, 324, 325, 335, 344, 345, 354, 362, 366, 368, 383, 454	2/1	901, 928, 932, 938, 939, 950, 959, 961, 962, 965, 966 851, 895, 900, 901, 938, 939
1/1	242	2/2	344, 851, 859, 862, 870, 894, 896, 900, 901, 909
1/2	149, 362		
1/3	155, 396, 414, 415		
2	13, 179, 259, 753, 755, 805, 850, 857, 858, 859, 881, 882, 888, 889, 898, 900,	3	179, 308, 667, 801, 805, 808, 809, 814, 821, 843, 1049, 1051

* İndekste, madde numarasını izleyen “/” işaretinden sonra gelen rakam, o maddenin *fıkra numarasıdır*.

İndekste atıf yapılan rakamlar, o maddenin zikredildiği paragrafın numarasını gösterir. Bir paragraf numarasına yapılan atıf, o paragrafta yer alan dipnotların metinlerini de kapsar.

MADDE İNDEKSİ

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
3/1	840	61	129
3/2	808, 843	62	129
4	151, 179, 309, 310, 316	64	128, 129
5	179, 207, 212, 217, 218, 219	66	128
6	179, 1021, 1025, 1027	67/3	308
7	179, 1054, 1060, 1062, 1063, 1065	74	129
12	985	77	129
13	690	79	129
15	691	82	128
16	294	89	147
16/1	693	91	126
19	231	92	126, 127, 129
20/2	231, 599	93	129
23	293	102	722
24	571	104	722
25	571	105	722
25/4	577	118	571, 573
26	571	118/1	302
27	314	120	571
31	1045	121	571
32	985	122	288
36	1055	122/2	215, 304
40	168	128	310, 985
56	128	129	327, 328
58	129	135	229, 230
60	129	136	291
		140	291
		142	703
		145	998

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
147/3	814	285	1043
152	798	285/1	1043
156	754	286	998
161	998	302	1044
161/2	567	303	883
161/3	604	313	133
164	136	323	331
166	315	325/1	331
166/2	310, 875	336	808, 817
166/3	328	342/2	808, 817
174	310	343	769
176	310	348	133
180	310	354	795
181/2	136	364	148, 384
182	308, 318, 331	397/2	131
182/1	314	451	769
182/3	310	462	722, 723
183	310	463	722, 723
184	723	465	722
185/3	384, 545, 903	505	135
186/3	384	506	135
194/1	714, 719, 771	507/2	339
194/3	550	512	1052
199/1	714, 719, 771	515	147
205/1	709, 1059	531	655
223/2	714, 719, 771	532/2	708, 1057
254	550	538	706
256	862	545	655
276/3	862	557	147, 754, 998

MADDE İNDEKSİ

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
559	567	733/4	796
571	567	734/1	560, 998
590	793	735	550
612	388	735/3	559, 998
650	149	736	550
653	149	762	486
676	612	766	777
683	485	767	779
683/2	526	771	794
684	149	775	607, 640, 779, 794
685	149	776	779, 794
688	489	777	779, 813, 819, 835
695/2	550	779	492
698/2	550	780	1071
698/3	310	794	496
701	490	795	1071
704	486	796	230, 795
706/1	756	797	230
707	779	797/2	795
712	779, 819	823	498
713	779	826	499
716	1071	826/2	501
718	875	830	550
718/1	903	837	499
730	875, 898	837/2	501
731/2	550	838	499
732	560, 584	838/2	501
733	796	839	507
733/2	550	839/2	585

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
840	1071	993	814, 828
850	505	994	838
871/3	550	995	838
873/2	287	997	1055
939	505	1009	550
949	287	1013	723
979	775	1015/1	715
981	1082	1020/1	844
985	1043	1020/3	844
985/1	1043	1021	722
988	811, 813, 818, 825, 835	1023	812, 1008, 1060
989	813, 820, 827	1024/1	808
989/1	813	1024/2	715
989/2	827	1028	169
990	816, 824	1029	123, 164

**4722 Sayılı TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞÜ
VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN**

1	268	10	123
2	271	18	272
4	270	23	169

6098 Sayılı TÜRK BORÇLAR KANUNU

1	604, 612	12	700
1/2	674	13	705
2/1	920	15/1	705
6	680	15/3	170, 203
8	678	18	652

MADDE İNDEKSİ

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
19	698	79	215, 828
21	745, 747, 748	80	814
27	147, 694	81	147, 292, 879
27/2	758, 759	87	563
28	294, 716, 765	89	152
30	667, 696	90	732
32	904	91	299
34/1	904	94	289
35/2	310	96	152
36	218	97	1011
37	218	107	933
38	218	112	1019, 1050, 1051, 1101
39	764, 1037	113	1075
41	147	113/2	1077
44	814	115	294
44/2	818, 828	117	606, 731
46	718	119/2	1052
47/1	828	122/1	1052
49	898, 1101	125/1	761
49/1	884, 888, 898	125/2	761
49/2	5, 511, 513, 884, 888, 928	126	761
50/2	308, 310	132	792
51/1	308	138	958
52/2	310	153	799
64/1	1080	154	799
64/2	1087, 1088, 1090	161	799
64/3	1092, 1098	170	724, 725
66/2	1052	173	726
67/2	1052		

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
175	879	351	524
175/1	1038	357/2	359
176	147	358	550
177/2	149	376	359
185	990, 1072	387	678
186	775, 814, 826	417	932
189	588	431	761
190	931, 934, 937	435	386, 564
202	784	476	673
207/2	297	503	679, 1039
213	756	512	564
223	604	524	148
235/3	673	583/1	707
238	550	584	720, 751, 771
240	560	584/1	720
242	559, 560, 565, 998	585	1011
246	304	598/3	795
292/2	550	604	467
312	550	620	612
314	152	638/1	490
315	761	639	308, 386
327/2	678	646	175, 196
328	761	647	203
331	310	648	203

MADDE İNDEKSİ

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
-------	--------------	-------	--------------

6102 Sayılı TÜRK TİCARET KANUNU

1	175	575	709
1/1	222	646/2	845
1/2	349	814	222
2	349	1530/1	758
153	784	1534	222
212	709	1534/1	252
339/1	709		

6100 Sayılı HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU

25	1008	200/1	223, 702, 1062
25/1	1025	201	223, 1062
29/1	858	203	702
33	1025	204	1062, 1064
46	366	205/2	705, 1056
102	223	219	1020
106	995	220	1020
106/2	996	293	415
119/1	1025	297	416
141	1012	341	223, 430, 441
142	1012	361/1	443
176	1012	362	223, 442
187/2	1035	369/2	223
188/1	1028	369/3	223
190	1022	370/2	223
190/1	1022, 1027	371	445
190/2	1042	451	223
191	1042	Ek Madde 1	702, 1062
199	1056		

Madde	Paragraf no.	Madde	Paragraf no.
-------	--------------	-------	--------------

2004 Sayılı İCRA VE İFLAS KANUNU

24	1069	96	520
26	1073	145	1067
30	1075	191	711, 776
62	1067	343	1074

2644 Sayılı TAPU KANUNU

26	708, 756, 1057	26/5	550
----	----------------	------	-----

1512 Sayılı NOTERLİK KANUNU

60	708, 756, 1057		
----	----------------	--	--

5411 Sayılı BANKACILIK KANUNU

105/3	168	137	841, 1025
135	1060	Geçici m. 16	268
135/5	841, 1043		

6570 Sayılı (mülga) GAYRİMENKUL KİRALARI HAKKINDA KANUN

2	336	3	336
---	-----	---	-----

5237 Sayılı TÜRK CEZA KANUNU

7/1	268	25/1	1081
7/2	268	25/2	1091

MADDE İNDEKSİ

Madde Paragraf no. Madde Paragraf no.

**3716 Sayılı BİR EVLENME AKDİNE DAYANMAYAN BİRLEŞMELERİN
EVLİLİK VE EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUKLARIN
DÜZGÜN NESEPLİ OLARAK TESCİLİNE DAİR KANUN**

14 167

**1322 Sayılı KANUN VE NİZAMNAMESİNİN SURETİ NEŞİR
VE İLÂNI VE MER'İYET TARİHİ HAKKINDA KANUN**

3 165

2797 Sayılı YARGITAY KANUNU

45/5 392, 422, 451

**5718 Sayılı MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL
HUKUKU HAKKINDA KANUN**

2/2 1025

**4787 Sayılı AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ, GÖREV VE
YARGILAMA USULLERİNE DAİR KANUN**

6 130

7 131

5070 Sayılı ELEKTRONİK İMZA KANUNU

5/1 705

22 705

5/2 705

23 705

6502 Sayılı TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

6/1 928