

GENÇ HUKUKÇULARA (KIZIM SANA) BİRKAÇ ÖĞÜT (GELİNİM SEN ANLA)

Prof. Dr. Etem Saba Özmen*

Bu makalenin yazılış amacı, hukuk mesleğinin icrasında bilimsellikten uzaklaşılma yolunda yaşanan olumsuzluklara dikkat çekmektir. Hukuk eğitimindeki kalitenin düşme eğilimi ve hızla artan hukuk fakültesi sayısını göz önüne aldığımızda bilimsellikten uzak olumsuzluklar bu makaleyi yazmaya sevk etmiştir. Suçun salt hukuk fakültesi sayısının artmasına bağlanamayacağı yönündeki görüşümle birkaç konuya dikkat çekerek durumun ciddiyetini vurgulamaya çalışacağım.

Belirtmek gerekirse bu araştırmada yazar Türkçe ve dil bilgisi üzerine söylemlerde bulunacak değildir. Tamamen uzmanlık alanı dışında olan bu konularda yazar daha önce yaptığı çalışmalarda ve bu çalışmada yapacağı hatalardan dolayı şimdiden özür diler.

Öncelikle bir hukukçu, benimsediği ve eğitim alarak etkilendiği öğretim üyesinin tabirlerine sempati duysa da yasal tabirleri kullanmakla yükümlü olmalıdır. Dil aynı sözcükler üzerinde anlaşmaya varılmak olarak tanımlandırılacaksa hukukçuların birbirini anlayabilmesi ancak aynı terminolojiyi kullanmakla mümkün olacaktır. Bu nedenle yasal terimlerin yerine farklı bir terimin önerilmesi isteniyorsa yasal terimin yanında önerilen terim parantez içinde kullanılmalıdır. Yasal tabirlerin kullanılmamasına olumsuz bir örnek olarak 1994 yılından bu yana Tapu Kanunu m. 26'da ve en son 2001 yılı değişikliği ile TMK m. 1009'da düzenleme konusu yapılan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat" tabiri yerine, halen bu konuda "Kar Karşılığı, İnşaat, Arsa Karşılığı İnşaat, Daire Karşılığı İnşaat" gibi tabirlerin kullanılması kabul edilemez. Her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat tabiri karma nitelikte isimsiz sözleşmeyi isimli hale getirmese de artık yasal tabir mevcut iken herkesin kendine göre alışkanlık kazandığı bir tabir kullanması kabul edilemez¹.

Diğer yönden kanun değişiklikleriyle yeni tabirler oluştuğu takdirde artık eski alışkanlıkla kullanılan tabirleri de güç olsa da terk etmek gerekeceği kuşkusuzdur. Örneğin Türk Borçlar Kanunu son derece başarılı bir ayırımla TBK. m. 125/son ve TBK. m. 126'da

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi.

¹ Bu konuda ayrıca bkz. Etem Saba Özmen / Tuba Akçura Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", **İBD**, Ocak-Şubat 2013, C. 87, Sayı 2013/1.

“Sözleşmeden Dönme” ve “Sözleşmenin Fesih” hallerini ayrı terimlerle ifade etmiş iken bu terimlerin ayırda olmamak, hele hele bu hallerden birini tamamen farklı bir terimle örneğin “Sözleşmenin Butlanı” ve “Sözleşmenin İptali” tabirlerini kullanarak ifade etmenin hukukçuların fahiş hataları olarak² değerlendirileceğini bilmemiz gerekir. Artık bu yeni tabirlerle temerrüt halinde bozucu yenilik doğurucu hakla sözleşmeyi ortandan kaldırmak isteyen hak sahibinin, olumsuz (menfi) zararını talep edecekse sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanması gerekecektir. Bu konuda “İptal” veya çok eskiden kalma alışkanlıkla “Nisbi Butlan” tabirlerine asla yer verilemez. Çünkü iptal Türk Borçlar Kanunu’nun irade bozukluğu halleri için sözleşmeyi baştan itibaren hiç yapılmamış duruma sokan bozucu yenilik doğurucu hak için kullanılmaktadır. Diğer yandan “Nisbi Butlan” tabiri Aile Hukuku kurumu içinde TMK. m. 148 vd. hükümlerinde sayılan hallerden biri halinde evliliğin nisbi butlanı iptali için kullanılan bir tabir olarak kullanılmalıdır. Gelişigüzel tabir kullanmak hukukçuların içine düşeceği bir yanlgı olamaz. Bu nedenle tam karşılığı olarak temerrüt halinde her hukukçu dönme ve fesih terimlerini yerinde kullanmalıdır. Hukukçunun bu konuda sahip olması gereken bilinçle, ani (süreksiz) edim- sürekli edim kavramlarını da ayırt ederek, ani edimli sözleşmeden geçmişe etkili (ex tunc) dönmesi; sürekli edimli sözleşmede ise ileriye etkili (ex nunc) feshetmesi gerekecektir.

Yargıtay Kararları açısından da eleştiri yapacak olursak, Dairelerin eski alışkanlıklarıyla kullandığı bilimsellikten uzak tabirlerin artık terk edilmesi gerekmektedir. Bir mecelle kurumu olan “Ecrimisil” tabirinin ısrarla kötü niyetli zilyedin iade kapsamında (TMK. m. 995) hala kullanılıyor olması akıl alır gibi değildir. Üstelik Türk Medeni Kanunu’nun uygulanması gereken hükmü gereği “Tazminatla Kimse Zenginleştirilemez” şeklinde ifade edilen Roma Hukuk’undan bu yana mevcut hukukun temel ilkesine aykırı olarak üstün hak sahibinin zilyedliğe haksız saldırı ve elatma halinde zarara uğramamasına rağmen Mecelle esintisi sonuçla alacak hakkına kavuşturulması ve kira karşılığı kullanılan “İcar” kelimesinden gelen kökle, bu konudaki tazminatın kira alacağına ilişkin hükmü örneksemeyle TBK 147 (eBK. m. 26) kira sözleşmelerinden doğan alacak hakkına ilişkin beş yıllık zamanaşımını tabi kılınması affedilir gibi değildir. Ne hikmetse bu konudaki içtihatlar tüm hukuk fakültelerindeki Eşya Hukuku derslerinde eleştiriye konu olmasına³ rağmen bu yöndeki kararların yerleşik (müstakar) hale gelmesinin önüne geçilememiştir. Temennimiz Yargıtay’da görev yapan bilgili genç nesil hukukçuların artık eski içtihatların bilimsellikten

² Bu yönde sakıncalara değindiğimiz makalemiz için bkz. Özmen/Akçura Karaman, **a.g.m.**, s. 47 vd.

³ Bu yönde eleştiriler için bkz. Kemal Oguzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2012, s.131 vd; Selahattin Sulhi Tekinay/Haluk Burcuoğlu/Sermet Akman/ Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, İstanbul 1989, s. 214 vd.

uzak yönünü gözlemleyerek Türk Medeni Kanunu’nu sözü ve ruhuyla⁴ yorumlayarak doğru kararlar vermelidirler.

Bu konuda mecelle esintisi diğer olumsuz örneklere yer vermek gerekirse, paylaşma istemli (TMK m.698) “Paylı Halin Giderilmesi Davası” yerine “İzale-i Şüyu” tabirinin genç hukukçular tarafından Türk Medeni Kanunu değişikliğine rağmen eski alışkanlıkla hala kullanılıyor olmasını anlamak mümkün değildir.

Bu örneklere bir de dolaylı temsil yetkisinde iradi temsilcinin iade yükümlülüğü kapsamındaki (TBK. m. 508/1) borcu için hiçbir anlam ifade etmeyen, üstelik Medeni Hukukta adın (isim) korunması başlığı altında “Takma Ad” karşılığı ile kullanılan “Nam-ı Müstear” tabirinin kullanılması hiçbir temele dayanmamaktadır. Artık bu tür tabirlerin tamamen terk edilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Hukuk terminolojisi açısından bir diğer tehlike öğretim üyelerinin kendilerince benimsedikleri tabirlerle eğitim vererek, ders kitaplarını bu tabirlerle kaleme almış olmalarıdır. Buna bir de kişisel kaprisle bu tabirler kullanılmaksızın verilen imtihan kâğıtlarının başarısız addedilmesi eklenince artık sayıları 100’e ulaşmakta olan hukuk fakültelerinin her birinde ayrı bir terim oluşturulması tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Roma Hukuku’nun “Bona Fides” yani “İyiniyet” kavramına dayalı “Güven Nazariyesi” yıllardır bilinmekteyken bu ilkenin uzantıları olan Alman teorisyenlerinden mülhem kavramlarla “İşlem Temelinin Çökmesi”, “Meram Anlatma Teorisi” gibi başlıklar altında verilen bilgiler, genel ilkelere farklılık getirmemektedir. Zaten bu sonuç yıllardır iyiniyet kuralına dayalı güven nazariyesi başlığı altında verilen örneklerden farklı örnek verilememesinden hemen anlaşılmaktadır. Bu konuda Alman teorisyenlerinin bilimsel faşizmin olarak adlandırdığım alışkanlıklarıyla bütün detaylara ilişkin teorik kavramlar yaratmak istemeleri hukukçuların en zevkli faaliyeti olan yorum çabalarını yok etmeye yönelik olarak dayatılmış kalıpların benimsenmesinin zorlanmasına yol açmaktadır. Bana ait bir söz olarak Alman teorisyenlerinin bu çabalarına yönelik olarak “Sancısız poponun keyif yellenmesi” ifadesini kullanmaktayım. Çünkü yaparı rahatlatır ortalığı kokutur.

Hukuk eğitiminde katılmadığımız bir yöntemle ders kitaplarının inanılmaz kalınlıkta hacimle teoriye boğulmuş olarak doktora düzeyinde başvuru kaynağı olacak iken öğrenciye

⁴ Bu konuda TMK m. 1 hükmündeki eMK. m. 1’de yer alan “Ruh” tabiri yerine kullanılan “Öz” tabirini benimsemediğimizi de ifade etmeliyiz. Çünkü “Öz” ve “Ruh” bu anlamda tamamen farklıdır; örneğin, suyun özü H2O olup; ruhu ise hayattır. Bu nedenle maddede kastedilen tamamen amaçsal yorum ilkelerine göre yorumlamaya esas alınacak “Ruh” olup; Almanca “Geist” karşılığı olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda “Ruh” tabiri kullanılmamış olsa da bu konuda yorum kanun metninin ruhuna göre yapılmalıdır.

lisans eğitiminde materyal olarak önerilmesi yoluyla yapılan ezberci eğitim hiçbir şekilde başarı sağlamamaktadır. Sonuçları hakkında gözlemimizi aktarmak gerekirse; tarafımdan yapılan yüksek lisans ve asistanlık sınavlarında bu hacimli kitaplarla eğitim aldığını öğrendiğim adaylar Özel Hukukun temelini oluşturan bilgiye dayalı olarak sorduğum şu klasik soruda çuvallamaktadırlar. Soru, borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) ile tasarruf işleminin ak ile kara, gece ile gündüz kadar bariz farkının ayırt edilmiş olması beklentisine dayanmaktadır ve şudur: “Hırsızın çaldığı malla ilgili olarak yaptığı satış sözleşmesi ve teslim işlemini, kazandırıcı işlem üst başlığı altında değerlendiriniz”. Bu soruya büyük bir çoğunlukla verilen cevap, hırsızın yaptığı satış sözleşmesinin geçersiz olduğu yönündedir. Görüldüğü gibi bu fahiş hata karşısında doğru bilgi, bu yolda teoriyi ezberleyenlere, meram anlatılamamaktadır. Gerçekten de Özel Hukukun temeli bu iki kavramın hukuk fakültelerinde alınan eğitimle unutulmaya yüz tutmuş olduğunu gözlemlemek bu konudaki bilinçli hukukçuları üzüntüye sevk etmektedir. Üstelik asıl korkunç yanı ise Yargıtay’ında bu bariz ayrımı gözden kaçırdığı kararlarının hukuki garabet olarak karşımıza çıkmasıdır. Yargıtay’ın şerh edilmemiş satış vaadi sözleşmesine konu alacak hakkı sahibine borçlu taşınmaz malikinin taşınmaz mülkiyetini üçüncü kişiye tescille devri halinde aşağıda eleştireceğim uyduruk tabir tapu iptal davası açma olanağı tanıyan Hukuk Genel Kurulu Kararı bilgili hukukçuların kanını dondurmaktadır⁵. Gerekçe ise hukuki garabetin zirvesi olarak noter sözleşmesindeki tarihin resmi niteliğinin olmasıdır. Hukuk Fakültesi 2. Sınıf bilgisi olarak borç ilişkisinin nisbiliği kavramı ile borçlanma işlemi tasarruf işlemi ayrımını ayaklar altına alan bu İçtihatların ders kitabına bilgi olarak aktaran öğretim üyelerinin de olması⁶ sorunun boyutunu düşündürücü hale getirmiştir. Bu içtihatların varlığına dayalı olarak Türk uygulamalarında güvenli taşınmaz alabilmek için ülkemizde mevcut 1700 civarında noteri tek tek dolaşma gereği nedeniyle kişiye 10 yıl yetmeyecek olması bir yana (Zamanaşımının kesildiği/durduğu haller bir yana) muacceliyetin oluşmadığı da göz önüne alınarak tüm noter teşkilatının kurulduğu tarihten bu yana yevmiye numaralarını tek tek araştırılması

⁵ Etem Saba Özmen/Melek Yüce, “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 2001, C. II s. 952-998 (Makalede bu yönde verilmiş fahiş hatalı kararlar gerekçeli eleştiriye konu edilmiştir).

⁶ Yargıtay’ın söz konusu kararlarına ayrı başlık altında yer veren eser için bkz. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2013. Yazar eserinde 34. Sayfasından itibaren “Borç İlişkisinin Nisbi Niteliği” konusuna yer vermiş, 53. sayfasından itibaren “Borçlandırıcı İşlemler Tasarruf İşlemleri” konusuna yer vermiştir. Ancak eserin devamında 99. Sayfadan itibaren “Birden Çok Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmışsa” başlığı altında Yargıtay’ın anılan fahiş hatalı uygulamasını konuya hiçbir eleştiri getirmeksizin ayrı başlık altında değerlendirmiştir.

gerekecektir ki şerh edilmemiş satış vaadinden dolayı aleyhimize tapu iptal (!) doğru tabirle tescile zorlama davası açılmasından sonra taşınmazın mülkiyetini kişi kaybetmeyesin⁷.

Aynı yönde temel kavramları atlayarak verilmiş diğer bir Yargıtay hatası ise paylı mülkiyet ilişkisinde TMK m. 691 ve m. 692 hükümlerince paydaşlarca alınacak kararların nitelikli (mevsuf) çoğunluğu düzenleme konusu yapılmış iken, bu karar çoğunluğu bulunmaksızın bazı paydaşlarca veya tek bir paydaşça yapılmış sözleşmelerin aranan çoğunluk bulunmadan yapılmış olmasına dayalı olarak geçersizlik sonucuna bağlanmasıdır⁸. Oysa kira sözleşmesi yapma örneğinde olduğu gibi pay ve paydaş çoğunluğu olmadan bir paydaşın paylı mülkiyet konusu taşınmazı kendi adına ve hesabına kiraya vermesi halinde kira sözleşmesi salt bu nedenle asla geçersiz olmaz. Ayrıca diğer paydaşlar adına ve hesabına kira sözleşmesi yapılması halinde sözleşme yetkisiz temsilin hukuki sonuçlarına tabi olur (TBK. m.46-47). Eğer yaptığı bu sözleşmenin ifası amacıyla sözleşme borçlusu paydaş, taşınmazın zilyetliğini kiracıya devredecek olursa tasarruf yetkisinin olmaması sonucu sadece tasarruf işlemi geçersiz olacak diğer paydaşlar zilyetliğe haksız saldırı/elatması sonucu zilyetliğin iadesini sağlayabileceklerdir. Sözleşmeyi geçerli olarak tek başına yapmış olan paydaş ise geçerli bir şekilde borcunu tek başına tasarruf yetkisinin olmaması sonucu ifa edemediği için TBK. m. 112 hükmünce tazminat ödemek zorunda olacaktır. Dünya mirası yapı Ayasofya'yı inşa ettiren Iustinaus bu muhteşem esere kendi adını vermek yerine kutsal (aya) bilgi(sofia) adını koymuştur. İşte yüz yıllar öncesi "Corpus Iurus Civilisi" oluşturan bilgi birikimi borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayırımını muhteşem bir zekâyâ dayalı kurguyla yaratmış bulunmaktadır. Bu ayırımı dayanmayan tüm Özel Hukuk bilgileri temelsiz kalmaya mahkûmdur. İşte bu nedenle yukarıda sorduğum soruya "Hırsızın yaptığı satış sözleşmesine geçersizdir" cevabı veren adaylara başka hiçbir soru sormamaktayım. Bu vesileyle Roma Hukuku'nun hukuk fakülteleri ders programında çıkartılması yolunda eğilim hukuk bilimine yapılmış en büyük ihanet olarak görülmelidir Aşağıda bir vesileyle aktaracağım Hitler dönemi mirası Koschaker'in öğrencisi hocam Prof. Dr. Kudret Ayiter'in aziz hatırası önünde saygı ile eğilerek kendisinden aldığım Roma Hukuku derslerinin meslek hayatımda açtığı inanılmaz ufukları ve kazandırdığı bilimsel düşünme yeteneğini anlatamam.

⁷ Bkz. ayrıca Özmen/Yüce, **a.g.m.**

⁸ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 2013/6251 E, 2013/8528 K, 3.6.2013 T. Sayılı Kararında aynen "... Hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması halinde veyahut uygun olmayan zamanda paylaşma istenemez ise de dosyaya sunulan ve hükme esas alınan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tüm paydaşların katılımıyla düzenlenmediğinden geçerli değildir..." ifadesini kullanmıştır. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Hukuki yazışmalar konusunda bazı olumsuz örnek alışkanlıkları üzerine de birkaç söz söylemek istiyorum. İlk olarak sözleşme metninde rastladığım bir ibare olarak her borçlu ediminin sonuna “Beyan kabul ve taahhüt eder” ifadesinin eklendiğini gözlemekteyim. Örneğin satış sözleşmesinde belirli vade olarak para borcunun ödeneceği veya malın teslim edileceği tarih gün olarak belirtilmekte ve fakat sadece “1.1.2015 tarihinde ödenecektir” yerine “Ödeneceği kabul beyan ve taahhüt olunur” şeklinde abuk bir beyana yer verildiği sıklıkla görülmektedir. Oysa bu tür tabirler kullanan hukukçulara, bu tür anlamsız beyanlarda bulunmak yerine kendilerine yararlı olacak şekilde sözleşmede yer alan “Belirli Vadeyi” aynı zamanda “Kesin Vade” haline getirecek tabirler kullanmalarını tavsiye ederim. Bu nedenle açıkça yazılması daha doğru olmakla örneğin “Uygun Mehil Tanımaksızın” ifadesinin, akla gelmeyecekse “Kesin Olarak” veya “Gecikmeye Tahammülü Olmaksızın” şeklinde yazımla vadeyi kesin vade haline getirip uygun mehil tanınması külfetinden kurtulmaları yararlı olacaktır.

Bir diğer başka saçma sapan ifade örneği olarak “Gayri Kabilî Rücu” deyiminin sözleşme borçları için çoğunlukla kullanılan bir kalıp halini aldığı gözlenmektedir. Kullanılış amacı gözlemlendiğinde amacın güya borcun ifasına mutlaklık kazandırma niyetidir. Oysa böyle bir ifadenin yer almadığı sözleşme edimleri için borçlunun keyfi olarak sözleşmeden dönemeyeceği Roma Hukuku’ndan bu yana gelen hukukun temel ilkesi olan “Söze Sadakat (pacta sunt servanda; ahde vefa)” prensibi gereği açıktır. Buna karşılık bu ifadenin yer aldığı sözleşme edimleri için ise kanunun bozucu yenilik doğurucu hak olarak kendisine sonuç bağladığı olguların varlığı halinde örneğin irade bozukluğu halleri, temerrüt hallerinde ise anılan ifadenin kullanılmış olması sözleşmenin tek taraflı ortadan kaldırılmasına asla engel olmayacaktır. Bu bilgiye karşılık bu ifadelerin “Tatmin-i Müvekkil” yani müvekkilin hoşuna gitmesi için sözleşmelere eklendiğini ifade edenlere de söylenecek söz bulamamaktayız. Bu eleştirimize karşılık bu kadar titiz doğru aramanın gereksizliğini beyanla hukuki doğrunun varlığı karşısında ne sakıncası olduğunu ve bu tavırla gereksiz bir gayretkeşlikte bulunduğumuzu öne sürecekler karşılık şunu söylemek gerekir. Hukuki yazışmalarda mesleki formasyonu bu yönde almış kişilerin doğru beyanda bulunma sorumluluğundan öte, asıl tehlikeli husus bilgisizliğin vardığı boyutla kanıksanmış bu ifadelerin yer almadığı sözleşmelerden borçlunun ifadan önce özgür iradesiyle dönebileceği sonucunun çıkartılabilme olasılığıdır. Oysa böyle bir sonuç Türk Borçlar Kanunu m. 179 son fıkra hükmünce sözleşmede dönme/fesih cezası kararlaştırılmış olması halinde mümkün olup; dönme/fesih cezası kararlaştırılmadan borçlunun ifadan önce iradi olarak tek taraflı dönebileceğine ilişkin

hükümlerin iradi bozucu koşul olarak geçerliliği kabul edilse de, bu konuda sözleşme kurulurken bağlayıcılık iradesinin bulunmadığı yolunda savlara konu olabilecektir.

Bilgisizliğe konu oluşturan bir diğer örnek ile “Müşterek ve Müteselsil Sorumluluk” tabirini kalıp olarak sözleşmelerde kullanmaktır. Yine gece ile gündüz, ak ile kara kadar bariz farklılığa rağmen hiç gerek olmadığı halde bu iki kavram “Müştereken ve Müteselsilen” şeklinde birlikte kullanılmaktadır. Bu kalıbın yerleşmesinin sakıncası, müteselsil borçluluğun karine olmakla somut sözleşmede arzulanmadığı ticari işlemlerde yalnızca “Müşterek Borçludur” yazılması gerekeceği karşısında müşterek borçluluk ile müteselsil borçluluk arasında fark olmadığı yolunda iddialar karşımıza çıkmaktadır. İki kavram aynı ise niye birlikte yazıldığı sorusunun cevapsız kalacağı bu bilgisizliğin yorumunu okuyucuya bırakıyorum.

Diğer bir tehlikeli alışkanlık ile doğan sakınca ise olarak internet yardımı ile alınan bilgilerle hukuki konularda görüş sahibi olunmasıdır. Son günlerin moda alışkanlığı haline gelmiş bu yöndeki hukukçu davranışından kurtulunması şiddetle tavsiye olunur. Bir hukukçu sorumluluğu ile araştırma yapılmaksızın daha doğrusu, doğru kaynaklardan araştırma yapılmaksızın elde edilen görüşlerle beyanda bulunmanın garabeti anlatılır gibi değildir. Her defasında aziz hatırası karşılığında saygıyla eğildiğim Celal Yalınız ve kısaca sakallı Celal’in de ünlü değişiyile “Cehlin ol mertebesi ancak tahsille mümkündür”⁹ sözünü haklı çıkartırcasına, hukuk eğitimini almış kişilerin, bilgi sahibi olmadan fikir sahibi olanların internet sitelerinde paylaştığı kerameti kendinden menkul bilgilerden yararlanmaları karşısında söylenecek söz bulamamaktayız. Bu tür hukukçular en azından mesleki bir sorumluluk bilinci olmadan yaptıkları faaliyetleriyle anılacak olup, kendilerine mesleki sorumluluk sigortalarını üst limit ile yaptırmayı ihmal etmemeleri tavsiye olunur.

Farklı birkaç örnekle hukuki terimlerin bilgisizce kullanılmasında olayın ciddiyetini anlatmaya çalışalım. Öncelikle yukarıda değindiğimiz “Gayri Kabili Rücu” tabirinin anlamsızlığını belirlemiş iken bu defa ilgili bir internet sitesinden aktarılan bilgi karşısında tehlikeyi vurgulayalım: “Gayr-i kabili rücu akreditif ödemelerinde mutlaka konulması gereken ibare. Çünkü hem ithalatçı hem ihracatçı yapılan tüm antlaşmaların teslimat şartlarına uymak zorunda kalarak temiz bir iş çıkartılmış olur. Aslında ithalatçı için bu madde çok ağır gözükebilir ancak ithal edilen mal önemliyse -ticarete her şey önemli- ihracatçının nazını çekmek yerine malın istenilen şartlarda gelmesi için güzel bir yöntemdir¹⁰. Uzmanlık

⁹ Sakallı Celal olarak bilinen ve 6 Haziran 1962’de vefat etmiş olan felsefeci Celal Yalınız’ın ünlü sözü.

¹⁰ www.itüsözlük.com

alanımda olmamakla mesleki sorumluluğum gereği doğru kaynaklardan edindiğim bilgi ile bu konuda kullanılması gereken tabir “Dönülemez” olması gerekirken; eski tabir olan “Gayri Kabili Rücu” tabirine yer olmamalıdır. Diğer yönden internet sitesinde verilen ve hukuki anlatımla hiçbir şekilde ilgili olamayan bu bilgi 01.07.2007 değişikliği öncesine dair olup bu tarihten sonra yanlış bilgi haline gelmiştir¹¹.

Yine bu noktada “Gayri Kabili Rücu” terimiyle karşımıza çıkan başka bir hukuki metin ise şu şekildedir: “Geri Dönülemez (Rücusuz Faktoring -Gayri Kabil-i Rücu)”. Bu işlem çeşidinde ise faktoring şirketi, faktoring müşterisinin alacak riskini belli limitlerde üstlenir. Bu işlem alacağın, alıcı (satıcı firmaya borcu olan) tarafından ödenmemesi durumunda faktoring şirketi tarafından yapılan ödemenin geri talep edilemediği işlem çeşididir. Bu konuda Borçlar Hukuku genel öğretilerinden hemen anlaşılacağı üzere tamamen fahiş hatalı olarak TBK. m. 191 hükmünde yer alan alacağın devrinde (temlikinde) garanti yükümünün yedek hukuk kuralı olmasına dayalı bilgi tamamen atlanmıştır. Sözleşme özgürlüğü ile ibra niteliğinde kanuni garanti yükümünün aksine düzenleme getirilmesi olanağı arasında hiçbir ilinti olmadığı halde “Gayri Kabili Rücu” tabiri ile dönme kavramı ifade edilmektedir. Şöyle ki alacağın devrine dayalı (temlikine) faaliyet gösteren faktoring şirketlerinin kazanç paylaşma amacı güden faaliyetleri kapsamında, ivazlı alacağın devri (temliki) yoluyla alacak edinmelerine dayalı olarak gerçekleştirdikleri işlemlerde sözleşme özgürlüğüne ilişkin tercihlerinden ibaret olup, bu noktada dönme kavramına asla yer yoktur.

Yeri gelmiş iken factoring tabiriyle hatırlamamız üzerine, Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olduğumuz düşünülecek olursa, Amerikan yuipi özentisi züppelikle Anglosakson Hukuku terimlerinin kullanılması da ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Bazı Türkçe yapılan sözleşmelerde bağlaçlar dışında neredeyse Türkçe kelime bulmak zorlaşmıştır. “Çağdaştıramadıklarımızdan mısınız?” sorusunu bir kelimeyle ifade edebilen ve de bu tür kelimeler ile altı milyara yakın kelime hazinesinin bulunduğu ilgililerince iddia edilen zeka ürünü Türkçe’den soğumuş bazı kişilerin sözleşmelerinde ortaya çıkan İngilizce hastalığı davalara bakan hâkimler tarafından gösterilecek tepkiyle ortadan kaldırılabilir. Bu kişilerin eleştiriler karşısında İngilizce bilmeyen hukukçuları küçümseyerek yaptıklarının doğruluğundan emin olmaları da ayrıca düşündürücüdür. Hele bu tür özentiler yaklaşımın bir

¹¹ UCP 600 mevcut olarak kullanımda olan akreditif kurallarının kısaltılmış ismi olup tam olarak açılımı ise ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits metninde doğru bilgi yer almaktadır. Türkçeye akreditiflere ilişkin bir örnek usuller ve uygulama kuralları olarak çevrilen bu metinde tanımlar başlığı altında “Adı ve tanımlaması nasıl olursa olsun, amir bankanın uygun bir ibrazı karşılayacağına yükümlülüğünü oluşturan dönülemez nitelikte herhangi bir düzenleme anlamına gelir” devamla aynı metinde “Bir akreditifin dönülemez (irrevocable) olduğu belirtilmese dahi o akreditif dönülemezdir”.

de kanun metni haline geldiği düşünülecek olursa sonuç tam bir hukuki garabet olmaktadır. Sermaye piyasası kanununda yapılan değişiklikle Anglosakson terimleriyle eğitim almış kişilerin katkısıyla hazırlanan bu metinde “Asset sale” kanun metnine aynen tercümeyle çeşitli hükümlerde “Varlık satışı” olarak geçmiştir. Bilin bakalım bu tabir hangi hukuki kurumun karşılığıdır? Türk Borçlar Kanunumuzun 183 ve devamı hükümlerinde düzenlenen “Alacağın Devri (temliki)” karşılığı kullanılmış olmasının yorumunu bilgili hukukçulara bırakıyorum. Aynı kanun ile tüzel kişiliği olmadığı açıkça ifade edilmişken (SerPK. m. 52/1) fonun malvarlığı kurucunun malvarlığından ayrıdır (SerPK. m. 53) demek suretiyle hukuk fakültesi 1.sınıf fahiş hatası olacak niteliğiyle, tüzel kişiliği olmayan bir hukuki kurumda malvarlığı oluşumuna vücut verilmiş, böylelikle yasa hükmüyle hukuk tarihinde eşine az rastlanacak inciler döktürülmüştür¹². Oysa özel malvarlığı (hususî mamelek) kavramını geçmişin köklü eserlerinde aramış olsalardı¹³ bu denli hatalara düşülmeyecekti.

Bir diğer uydurma terim örneği vermek gerekirse, uygulamada “Teminat İpoteği” veya “İnşaatçı İpoteği” tabirleri kullanılmaktadır. Hiçbir ilgili mevzuat hükmünde yer almayan bu tür adlandırmalara ipotek resmi senetlerinde de yer veriliyor olması derhal terk edilmelidir¹⁴. Karşılığı Türk Medeni Kanununun 851. maddesi hükmünde ismi konmakla “Üst Sınır İpoteği” olacaktır. Artık bu nedenle ders kitaplarında bazı yazarlarca kullanılan “Azami Had İpoteği” tabirine bile yer olmamalıdır. Şöyle ki bu tabir eski Medeni Kanunumuzun aynı maddeyi karşılayan 766. maddesinde üst sınır karşılığı kullanılan “Azami Miktar” ifadesi sonucu kullanılmaktaydı. Artık Kanun metninde açıkça kullanılan “Üst Sınır” tabiri karşısında diğer tabirlere gerek kalmadığı gibi bugün artık “Azami” tabirini anlayabilecek hukukçu sayısı azalmıştır.

Dava dilekçelerinde kullanılan ifadelerin eleştirisini ayrıca yapmak gerekirse şiddetle karşı çıktığımız tutumla “Muarazanın veya münazaanın menine” ilişkin dava dilekçeleri artık kanıksanmış gözükmektedir. Çatışma ve uyuşmazlık anlamlı bu tür tabirlerle dava açılması asla kabul edilemez. Çünkü bir hakkın mahkeme önünde ileri sürülmesi sonucunun davaya

¹² “Varlığa veya İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler Tebliği” (SPK. III-58.1, RG. 9.1.2014, S. 28877). Tanımlar ve kısaltmalar başlığı altında 3. Madde k bendinde “Tüzel kişiliği olmayan malvarlığı” nitelemesiyle akıllara zarar bir hükme vücut verilmiştir. Aynı tebliğin 9. Maddesinin 2. fıkrasında “Varlıkların Vadesi”, “Varlıkların Anapara veya Faiz Ödeme Zamanı”, “Varlıklardan Elde Edilecek Faiz veya Getirinin Türü” gibi ifadelerle anılan hukuki semereleri getirecek ve ödeme zamanına konu varlığın Özel Hukuk terminolojisinde yerini, yorumunu bilgili hukukçulara bırakmakla yetiniyorum.

¹³ Nuşin Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme**, Ankara 1968 adlı eseri Türk Hukuku’nun kültürel mirasıdır. Yararlanılmama olgusunun ortaya böyle saçmalıklar çıkarması kaçınılmazdır.

¹⁴ Tapu daireleri işlemlerinin hukuki bilgidен yoksun yapılması konusunda ve bu konudaki düşüncelerimiz hakkında bkz. Etem Saba Özmen, “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler”, **İBD**, Temmuz-Ağustos 2012, C. 86, s. 42 vd.

vücut vermesi olgusu karşısında, zaten mevcut olan çıkar çatışması ve uyuşmazlığın bütün davalar için geçerli olduğu apaçık bilinmektedir. Bu tür isimle dava açılması halinde davaya bakmakta olan hâkimin HMK. m. 31 ve m. 119 gereği dilekçeyi açıklattırması gerektiği gibi, aynı zamanda böyle bir dava dilekçesine cevap verecek karşı tarafın da bu yönde talepte bulunması gerekeceği hukuki yararı gereği olacaktır. Türk Özel Hukuku'nda davaların yarışması¹⁵ kavramı bilinmeden sağlıklı bir dava yürütülmesinin mümkün olmayacağı bilgisi konusunda hukukçular yeterli bilince sahip gözükmemektedir. Şöyle ki sözleşmeden doğan dava ile haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ile haksız fiil yarışırken; yani aynı maddi olguya dayalı talepte birlikte uygulanabilir kurumlar olmaktadır, sözleşmeden doğan dava ile sebepsiz zenginleşme davası ve her ikisiyle de istihkak davası asla yarışmaz. Bu nedenle sebepsiz zenginleşmeye konu bir dava da zamanaşımı iki yıl iken sözleşmeye dayalı davada zamanaşımı on yıl; buna karşılık istihkak taleplerinde zamanaşımı söz konusu olmamaktadır. Pratik sonucunu vermek gerekirse; davalıdan bir şeyin tarafına teslimini veya tescilini isteyen davacı her üç davanın da asla birbiriyle yarışmaması sonucu dava dilekçesi de doğru isimlendirmeye dava açması gerektiği gibi, zamanaşımının dolmuş olduğu iddiası sonucu zamanaşımı def'ine dayalı davanın reddinin sağlanabilmesi ancak doğru isimlendirme ve doğru yorumlanma sayesinde mümkün olur. Sonuç olarak, “Muarazanın veya Münazanın Meni” tabiriyle açılan davalar, yukarıda verdiğimiz bilgiye dayalı olarak davacı açısından davanın kabulünü, davalı açısından da davanın reddini gerektiren maddi olguların sağlıklı ispatına olanak tanımaz.

Bu kapsamda dava isimlendirmesi konusunda bir başka yanlışlığa değinmek gerekirse taşınmaza ilişkin aynı neticeli taleplerde kullanılan “Tapu iptal davaları” maalesef hiçbir anlam ifade etmeyen bir tabir olarak tamamen kanıksanmış durumdadır. Bu konuda hatalı kullanımın yarattığı sakıncaları spesifik bir makaleyle kaleme almış bulunmaktayız¹⁶. Bir cümle ile belirtmek gerekirse, bu başlık altında Medeni Kanun'un ayrı ayrı hükümlerinde düzenleme bulmuş ve gece ile gündüz, ak ile kara kadar farklı bu iki kurumun aynı tabirle ve üstelik terim olarak da doğru olmayan “Tapu İptal Davası” olarak adlandırılması fahiş hatadır. Tescile zorlama (TMK m. 716) davası alacak hakkına; yolsuz tescilinin düzeltilmesi davası ise (TMK m.1025) davacının aynı hakkına dayanmaktadır. Üstelik bu iki davanın yarışması

¹⁵ “Davaların Telahuku” Türkçeye davaların yarışması olarak çevrilerek kullanıla gelmektedir. Telahuk karşılığı yarışma yerine aslında yığılma kullanılacak ise de bu tabir HMK. 110 hükmüyle bambaşka bir hukuki kuruma vücut vermekle artık yarışma tabiri kullanılması yararlı hale gelmiştir.

¹⁶ Bu konuda bkz. Etem Saba Özmen/Gülşah Sinem Aydın, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, bu makale **İBD**. Kasım-Aralık sayısında yayımlanacak olup bu konuda ayrıntılı bilgi içermektedir.

hukuk tekniği açısından asla mümkün olmadığı gibi aynı tabir altında ifade ediliyor olmaları yıllara dayanan alışkanlık karşısında gerçekten şaşırtıcıdır.

Sonuç olarak hukuk eğitiminin herkesin kabul ettiği bir sonuçla kötüye gitmesinin sancıları gittikçe daha fazla hissedilir olmaktadır. Bu konuda bütün sorumluluk üniversitelerin hukuk eğitimine yüklenmemelidir. Bir düşünürün söylediği gibi “Kültür akılda kalandır” deyişine bağlı olarak hukuk fakültelerinde verilen eğitimin ezberci eğitimden uzaklaşması ve öğrencilere araştırma sorumluluğu kazandırılması gerektiğini düşünmekteyim. Fakülte eğitimi sonrasında olması lazım gelen açısından hukukçu kalitesinin yükseltilmesi konusunda sorumluluk Yargıtay’dadır. Bu kuruma üyeler liyakat ile seçilmeli ve içtihat kurumu yardımcı kaynak olarak hukukçulara yn göstermeli, tecrübeli ve saygın hukukçu kimliğiyle Yargıtay yelerinin verdiği kararlar bilimsel temelleriyle benzer olaylarda göz önüne alınarak uygulama birliği sađlanmalıdır¹⁷.

Hukukçuların, kanun metinlerine olan yabancılaşması olgusu gittikçe artmaktadır. Yukarıda belirttiğim sakıncayla dava dilekçelerinde ve hukuk yazışmalarında (ihtarname gibi) kanun metinlerinden yararlanılmamaktadır. Sungurbey’in karşılaştığınız sorunlarla ilgili olarak “Kanun metnini, ne kadar emin olsanız da bir daha okuyunuz; karşılaştığınız sorunla ilgili bakın size yeni neler söyleyecektir” yolunda beyanı bu konuda söylenebilecek en veciz ifadedir. Ayrıca Hırş’ın tren kompartımanında  genç hukukçuya verdiği ders bu yönde verilebilecek bir başka güzel örnektir. Hitler zulmünden kaçarak ülkemize gelen birçok ünlü meslektaşları gibi değerli bu bilim adamı Ankara-İstanbul Hukuk fakültelerinde ders vermekte iken seyahatlerini trenle yapmaktadır. Bir seyahatinde kompartımanda kendisini tanımayan  genç hukukunun Ticaret Hukukuyla ilgili bir tartışmada sonuca varamamaları üzerine kendisinin hukukçu olduğunu bilmeden yorumunu sormaları üzerine valizini açarak Ticaret Kanununu okuyarak bütün yaptıkları tartışmaların yanlış bilgiye dayalı olduğunu, kanunu kendisinin kaleme almış olmasına rağmen yine de okuma ihtiyaı hissettiğini beyanla tüm hukukçuların alması gereken hayat dersi vermiştir.

Verdiğim zel Hukuk derslerinde bu iki ünlü hukukçuya atfen söylediklerim uygulanıyor mudur bilemem. Ancak her Eşya Hukuku dersinde verdiğim bir örnekle akıllarında kalmasına çalışıyorum. şöyle ki zilyedin iade sorumluluğu kapsamında lüks masraflara ilişkin ayırma hakkına (ius tollendi) ilişkin TMK. m. 994/2 hükmünü kanundan

¹⁷ Bu konuda 1940 yıllarının içtihatları göz önüne alındığında örneğin 1947 tarihli ve inançlı temlik ile verilmiş bir İçtihadı Birleştirme Kararında Özsunay’ın “İnançlı Muamele” adlı eserinden alıntı ile verilen kararlar bir Federal mahkemede izlediğim ciddiyetin özlemine en güzel örnektir.

okumalarını takiben, dersin sonunda verdiğim pratik kurguda “Malın iade edildikten sonra ayırma hakkının kullanılmasına ilişkin dava açılmasının mümkün olup olmadığını” sormam üzerine, Sungurbey’i hatırlamayıp hepsi iade hakkının kullanılabileceğini beyan etmektedirler. Oysa kanun metninin bir kez daha okumuş olsalardı bu defa dikkat kesilecekleri ifade ile “O şeyi geri vermeden önce ayırıp alabilir” ifadesini atlamayacaklardı. Böylece onlara malı iade ettikten sonra açılmış davayı kaybetme sonucuna maruz kalarak müvekkillerine karşı sorumlu olacaklarını bir kere daha hatırlatmış oluyoruz.

Sonuç olarak, hukuk tahsili ucuzlatılmıştır. Bu yönde vakıf üniversitelerinin hukuk fakültesi kontenjanlarını doldurmaları sonucu, başka fakültelere girişı (düşük puanlı öğrencilere) hukuk fakültesine geçiş olanağı sunarak özendirmeleri, bu yönde her hukukçunun şiddetle karşı çıkması gereken fırsat eşitliğini ortadan kaldıran bir davranıştır. Türkiye Cumhuriyeti hukuk devleti olma kimliğinden hızla uzaklaşmaktadır. Hukuk devleti olmayıp “Hukuk Devleti İmiş Gibi” davranılmaktadır. Büyük bir çoğunluğu saygın bilgili hukukçu meslektaşlarının çevresinde yaşananlara kayıtsız kalmadığı hukuklu bir Türkiye temennisi ile. “Sürç-i lisan ettiyse affola”.