

# MEDENİ USUL HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK

İbrahim ERMENEK\*

## ÖZET

Hukuk bilimi incelenirken sık başvurulan ayrımlardan birisi de maddi hukuk şekli hukuk ayrımıdır. Bu ayrımda medeni usul hukuku şekli hukuka ait bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak şekle ilişkin düzenlemeler farklı gerekçelerle hem maddi hukuk alanında hem de medeni usul hukuku alanında mevcuttur. Medeni usul hukukunun, maddi hukuktan kaynaklanan hakların tanınması ve korunmasına hizmet ettiği düşünüldüğünde, her iki hukuk dalı arasındaki şekil kurallarını öngörmedeki amaç da doğal olarak farklı olmaktadır. Maddi hukuktan farklı olarak şekil ve şekilcilik medeni usul hukukunun özünde vardır. Ancak bu şekil kuralları ve buna bağlı olarak şekilciliğin, maddi hukuktan kaynaklanan haklara ulaşmayı zorlaştırmaması veya imkansız hale getirmemesi gerekir. Biz çalışmamızda, medeni usul hukukunda şekil kurallarını inceleyip, nereye kadar şekilcilik sorusuna cevap bulmaya çalıştık. Bu cevabı bulduğumuz ölçüde de, çalışmanın amacı kendiliğinden ortaya çıktı. Konu, bu alanda bu güne kadar Türk hukukunda bir çalışmanın yapılmamış olması bakımından yeni; medeni usul hukuku kurallarının, kişilere hak bahşeden kurallar olmadığı ve maddi hukukun tanıdığı haklara ulaşmada, maddi hukuk kurallarının usul hukuku kuralları tarafından boğulmaması gerektiği gerçeği göz önüne alındığında ise, önemli bir konudur.

**Aranacak kelimeler:** Medeni usul hukukunda şekilcilik, medeni usul hukukunda biçimsellik, medeni usul hukukunda formalizm, şekilcilik, biçimsellik, formalizm.

## SUMMARY

Formalism in civil procedural law

In the science of law studies, one of the most frequently used distinctions, is the substantial law – procedural law distinction. Civil procedure appears as a part of procedural law in this distinction. But rules concerning procedure exist in the areas of both substantial law and procedural law for different reasons. Goals for governing procedural rules by these two areas are different since procedural law is designed to hold and protect the rights originating from substantial law. Formality and formalism exists in the texture of procedural law as a difference from substantial law. Reaching to the rights brought by substantial law shouldn't be hard to reach or impossible because of these procedural rules and the formalism linked to these rules. In this study, we examined the procedural rules in the civil

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku) Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

procedure and tried to find an answer to the question: “Formalism to what extent?” Aim of the study spontaneously appeared as far as we reached to the answer. The subject is brand new since it never has been studied previously by Turkish law doctrine; and important, before the fact that rules of civil procedure don’t grant rights to persons and rules of substantial law shouldn’t be blocked by civil procedural rules on the way for reaching to rights.

**Keywords:** Formalism in civil procedural law, formalism

## MEDENİ USUL HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK

### GİRİŞ

Şekil kavramı günlük dilde çok çeşitli anlamlara gelecek biçimde kullanılmaktadır. Bu anlamda şeklin, bir nesnenin dış çizgiler bakımından niteliği, dışardan görünüşü; davranış biçimi; tutulan yol, tarz, bir düşüncenin veya davranışın oluş biçimi, durum, hâl ve toplumsal bir bütünün kuruluş biçimi gibi anlamları vardır<sup>1</sup>. Hukuk dilinde ise şekil, genel olarak bir hukuki işlemin veya belirli bir iradenin dış görünüşüdür<sup>2</sup>. Her işlemin bir şekli vardır. Bu nedenle verilen bu tanım hukuki olarak şekli ifade etmekten uzaktır. Hukuki olarak şekil, irade beyanını dış dünyaya aktarmaya yarayan vasıtalar<sup>3</sup>.

Şekilcilik (formalizm) ise kelime olarak, biçimcilik, biçimi özden üstün tutan anlayış manasına gelmektedir<sup>4</sup>. Hukuki anlamda formalizm, akit ve tasarrufların kanun tarafından tayin olunan şekillerle yapılması, hakların tayin olunan zamanda kullanılması ve neticelerinin kategorik kaidelerle tayini sistemidir<sup>5</sup>.

Hem şeklin hem de şekilciliğin tarihi kökenleri incelendiğinde, her ikisinin de temelinde, inanç, güven duyma zorunluluğu ve güven verilmesi gibi duyguların yattığı görülür. İnsanların zamanla daha kalabalık toplumlar halinde yaşamak zorunda kalmaları, yanılma ve unutmaya gerçeği; onları, irade beyanlarını açıklarken, klasik sözlü şeklin dışına çıkarak, değişmez ve kalıcı nitelikte belgeler kullanma zorunlu-

<sup>1</sup> *Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C.II., Ankara 1998, s. 2083.*

<sup>2</sup> **YILMAZ Ejder:** *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1996, s. 758 (Yılmaz, - Sözlük).

<sup>3</sup> **ALTAŞ Hüseyin:** *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 61; **DELİDUMAN Seyithan:** *Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki*, [www:Hukukcu.Com.](http://www.Hukukcu.Com), 06.04.2002.

<sup>4</sup> **YILMAZ,-Sözlük**, s. 270.

<sup>5</sup> **BELGESAY Mustafa Reşit:** *Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti*, (İBD., 1957/3, s. 61-68), s. 61.

uğuna itmiştir. Değişmez ve kalıcı nitelikte belgelerle irade beyanını açıklama zorunluluğu ise beraberinde şekil ve şekilciliği getirmiştir. İşaret edilen bu husus, insanların güven ve inancı, o güne kadar bildik yöntemlerin dışında, başka yöntemlerle sağlama yoluna gittiği anlamına gelmektedir. Bu gün hâla toplum arasında sözün senet olması, şeklin geçirdiği evreleri anlatabilmek açısından örnek olarak verilebilir<sup>6</sup>.

Şekil ve şekilciliğe ilişkin düzenlemeler, hukukun tüm alanlarında az veya çok, kamu düzeni, toplum yararı, hukukî işlem güvenliği, ispat gereği, işlemlerin belirli bir düzen içerisinde yapılması, bazı hallerde işlemlerin daha kısa zamanda yapılması ve basitleştirilmesi gibi maddî nedenler ile kutsal olduğu düşünülen bazı değerlere ilişkin olarak ihdas edilmiştir. Bazı alanlarda ise, o tür işlemlerin ancak o şekilde yapılabileceğini düzenleyen veya belirli durumların varlığı halinde o şekilde hareket edilmesi gerektiğine inanılan kurallar vardır. Mesela, mahkeme huzurunda yemin edilirken veya hüküm verilirken salonda bulunanların ayağa kalkmak zorunda olmaları gibi.

Çalışmamızda, medeni usul hukuku dışında kalan bazı hukuk dallarında şekil ve şekilciliğe ilişkin düzenlemelere değindikten sonra; medenî usul hukukunda geçerli olan şekil kuralları ve şekilcilik üzerinde durarak, bu kurallara aykırı hareket etmenin sonuçları ve bu aykırılığın düzeltilebilirliğini inceleyeceğiz. Daha sonra bu incelemede vardığımız sonuçların ortaya konulduğu sonuç bölümü ile çalışmamızı tamamlayacağız.

## **Ş1. HUKUKTA ŞEKLİN VE ŞEKİLCİLİĞİN TANIMI, YARARLARI VE SAKINCALARI**

### **Hukukta Şeklin ve Şekilciliğin Tanımı**

Şeklin dar ve geniş anlamda olmak üzere iki türlü tanımını yapmak mümkündür. Geniş anlamda şekil, irade beyanı dış dünyaya yansıtılırken başvuru vasıtaları ifade eder. Bu anlamı ile bütün irade beyanları ve yapılan işlemler bir şekle tabidir ve şekilsiz olarak bir işlem yapmak veya bir irade beyanını dış dünyaya yansıtmak mümkün değildir<sup>7</sup>.

Dar anlamda şekil ise, tarafların amaçladıkları hukukî işlemlerin kurulması, geçerli olması veya isbatı için, iradelerinin bu işlem için kanunda öngörülen veya kendilerince kararlaştırılan şekle uyularak açıklanmasıdır. Dar anlamda şekil özel hukuk alanında geçerli olan, şekil zorunluluğunu ifade eder<sup>8</sup>. İşaret edilen bu yönü ile dar anlamda yapılan şekil tanımı, maddî hukuka ilişkin olarak yapılan, geçerlilik şartı olan şekil- ispat şartı olan şekil ve yazılı şekil – sözlü şekil biçimindeki ayrımları karşılamaktan öteye gidemez. Bu nedenle, dar anlamda şekle ilişkin olarak verilen tanımın medenî usul hukuku bakımından da geçerli bir şekil tanımı olduğu söylen-

<sup>6</sup> **BERKİ Necmeddin:** *İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil* (İÜHF.M., 1946/4 C.XII., s. 1175-1192), s. 1175.

<sup>7</sup> **ALTAŞ,** 60.

<sup>8</sup> **TUĞ Adnan:** *Türk Özel Hukukunda şekil*, Konya 1994, s 44; **ALTAŞ,** 61; **DELİDUMAN,** dn.101 civarı.

emez. Çünkü, medenî usul hukuku özü itibari ile şekilci bir hukuktur. Şekil medenî usul hukukunun özünde vardır. Bu nedenle “usul” kavramı çoğu kere şekil yerine de kullanılmaktadır<sup>9</sup>. İşaret ettiğimiz nedenlerden dolayı medeni usul hukuku bakımından ayrı bir şekil tanımı yapmak bir zorunluluktur. Buna göre medeni usul hukuku bakımından şekli “görülmekte olan (veya ileride açılacak bir davaya ilişkin olarak) bir dava sırasında, tarafların ve mahkemenin yapacağı usul işlemlerinde uyması gereken yöntemleri belirleyen veya yargılama sırasında belirli bir durumda uyulması gereken kurallar bütünüdür” biçiminde tanımlamak mümkündür.

İster maddî hukuk bakımından yapılan dar anlamda şekil tanımı kabul edilsin, ister medenî usul hukuku bakımından yapılan tanım kabul edilsin bu kurallara uymamanın her zaman bir yaptırımı vardır. Bu yaptırım maddî hukuk bakımından işlemin geçersizliği, usul hukuku bakımından, işlemin iptal edilmesi, vakıanın ispatsız kalması, disiplin cezası ve benzeri şekilde karşımıza çıkar.

Şekilcilik ise, şekilden farklı olarak, o şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmayı veya kanun koyucunun, maddî hukukun kişilere tanıdığı hakka ulaşmayı zorlaştıracak veya engelleyecek nitelikte kurallar koyması ya da uygulayıcının o alanda geçerli olan şekil kurallarını, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı zorlaştıracak veya engelleyecek şekilde yorumlaması ve uygulaması olarak anlaşılmalıdır. Federal Mahkeme İçtihatlarına göre şekilcilik, kanunla düzenlenen veya uygulamadan kaynaklanan ya da yorum yoluyla ortaya konan şekil kurallarının, korunması gereken haklı bir menfaatin varlığını ifade etmemesini veya objektif bir neden olmaksızın maddî hukukun uygulanmasını önemli derecede zorlaştırmasını veya maddî hukukun tanıdığı haklara ulaşmayı engellemesini ifade eder<sup>10</sup>.

### Hukukta Şeklin ve Şekilciliğin Yararları

Hukukta öngörülen şekil kuralları her zaman aynı amaçlara hizmet etmez. Her şeklin koruduğu bir amaç vardır. Mesela, kefâlet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının ve kefâletin ne kadarlık bir miktar için teminat teşkil edeceğinin belli olmasının bir geçerlilik şartı olması ile güdülen amaç kefilin korumak ve onu sözleşme yaparken bir kez daha düşünmeye sevkettir<sup>11</sup>. Bu gibi özel yararlarının dışında, bir işlemin şekil kuralına tabi olmasının yararlarını genel olarak şu şekilde toparlamak mümkündür.

<sup>9</sup> **YILMAZ Ejder:** *Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları*, Perşembe konferansları 1999, s. 79.

<sup>10</sup> **SCHMİD Beat:** *Das Verbot des Überspitzten Formalismus*, Basel 1989, s. 28.

<sup>11</sup> **KILIÇOĞLU Ahmet:** *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması* (YD. Özel Sayı, Ankara 1989, s. 289-322), s. 291.

- Şekil kuralları getiriminin yararlarından ilki, tarafların gelişi güzel hareketlerle basiretsiz davranmasını ve o işlemi yaparken bir kez daha düşünmesini sağlamaktır. Böylelikle tarafların daha isabetli karar vermesi sağlanmış olur<sup>12</sup>.

- Şeklin ikinci yararı yapılan hukukî işleme açıklık getirmesidir. Bu sayede tarafların yapmış olduğu hukukî işlemi meydana getiren irade açıklamasının açık ve kesin olarak anlaşılması sağlanır<sup>13</sup>.

- Şekil kuralları ispat kolaylığını da sağlar. Tarafların yaptıkları hukukî işlemler belirli bir şekle bağlı olmaksızın yapıldığında zamanla unutulabilir veya taraflardan birisi böyle bir hukukî işlemin varlığını inkar edebilir. Böylelikle uyuşmazlıklarda azalır<sup>14</sup>. Şeklin temin ettiği ispat kolaylığı yargılamayı da çabuklaştırır<sup>15</sup>.

- Şekil sayesinde yapılan hukukî işlemlerden üçüncü kişiler de haberdar olur. Başka bir ifadeyle şekil, yapılan hukukî işlemi alenileştirir. Alenileşmemiş hukukî işlemlerde, tarafların arasında yapılan sözleşme üçüncü kişiler için meçhul olur. Üçüncü kişilerinde menfaatinin bulunduğu sözleşmelerin, sözleşmenin taraflarının çıkarları doğrultusunda kolayca değiştirmelerinin de önüne geçilmiş olur<sup>16</sup>.

- Şekle bağlı olarak yapılan hukukî işlemler, o hukukî işlemin hâkim tarafından daha kolay ve daha gerçekçi yorumlanmasını sağlar<sup>17</sup>.

-Hukukî işlemlerin belirli bir şekle bağlı olarak yapılması, bazı hileleri, sürprizleri ve tarafların birbirini aldatmasının da önüne geçer<sup>18</sup>.

Şeklin sayılan bu yararlarının çok büyük bir kısmı maddî hukuka ilişkindir. Bunun yanında şeklin usul hukukuna ilişkin de bir takım yararları mevcuttur. Bu yararları da şu şekilde belirlemek mümkündür: Hukukî güvenliğin sağlanması, maddî gerçeğin ve adaletin temini, yargılama sürecinde akıcılığın gerçekleşmesi, şekilcilik sayesinde bir yargılamanın sonucunun önceden kestirilebilmesi, tarafların ve mahkemelerin işlemleri ne zaman ve nasıl yapacaklarını önceden bilmeleri, yargı organlarının keyfiliğini önlemesi ve taraflar arasında eşitliği sağlaması<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> ALTAŞ, 67; BELGESAY, 63; BERKİN, 1183; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 47.

<sup>13</sup> ALTAŞ, 67; BERKİN, 1184; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 46.

<sup>14</sup> ALTAŞ, 67; BELGESAY, 63; BERKİN, 1184; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 47.

<sup>15</sup> BERKİN, s.1184.

<sup>16</sup> BELGESAY, 63; BERKİN, 1183; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 47.

<sup>17</sup> ALTAŞ, 67; BELGESAY, 63; TUĞ, 47.

<sup>18</sup> BELGESAY, 63.

<sup>19</sup> YILMAZ, 80.

## C-Hukukta Şeklin ve Şekilciliğin Sakıncaları

Şeklin yukarıda anlatılan yararlarının yanında bazı sakıncaları da vardır. Şekilciliğin sakıncalarını da şu şekilde toparlamak mümkündür.

- Şekilciliğin en önemli sakıncası, ekonomik ve ticari hayatı yavaşlatması ve bu hayatın gelişmesine engel olmasıdır. Oysa ticari hayatta güven ve çabukluk ilkesi hâkimdir. Şekilcilik bir taraftan güveni sağlarken diğer taraftan çabukluğa mani olmaktadır. Ayrıca tarafların şekil ile bağlı olması hukukî işlem güvenliği bakımından yararlı olsa da, basit gibi görünen, iradelerini belirli bir şekile uyarak açıklamak zorunda olmaları, zaman kaybına neden olduğu gibi çoğu kere para kaybına da neden olur<sup>20</sup>.

-Şekil hukukî işlemlerin yapılmasını güçleştirip, bazen da şekilcilik yüzünden tarafların, o hukukî işlemde vazgeçmeleri sonucunu doğurur. Gerçekten de bir hukukî işlemin belli bir merasime tabi olması hem taraflara bir külfet yüklediğinden hem de işlemin yapılmasını güçleştirip zorlaştırdığından taraflar, böyle bir işlemi yapmaktan vazgeçebilmektedirler<sup>21</sup>.

- Şekil bazı hallerde isbatı kolaylaştırdığı gibi bazı hallerde de isbatı zorlaştırarak, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşılmasını engeller. Bu husus özellikle bizim gibi kanuni delil sistemini kabul eden ülkeler için ciddi bir sakınca oluşturabilir<sup>22</sup>. Ayrıca, isbat bakımından getirilen bu tür şekil kuralları, hâkimin maddî hukuka uygun olarak karar vermesini de engeller<sup>23</sup>.

- Şekilcilik bazen zayıf ve âciz kimseler için tehlikeli olabilir. Gerçekten de bu tür kimselerin bazı işlemlerin şekile bağlı olarak yapılacağından haberdar olmaksızın o işlemi yapması halinde mağdur olabileceği haller vardır. Mesela, Türk hukuku bakımından gayrimenkul satım sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir. Resmi şekilde yapılmıyorsa bu işlem geçersizdir. Oysa, bunu bilmeden adi yazılı şekilde gayrimenkul alım –satım sözleşmesi yapan kimseler, kanunun öngördüğü bu şekil kurallarından fazlasıyla zarar görmüşlerdir<sup>24</sup>.

## Ş2. TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA ŞEKİL

### A- Medenî Hukukta Şekil

Medenî Kanunda şekle ilişkin en genel düzenleme, özellikle isbat şekline ilişkin olarak madde 6'da yer almaktadır. Medenî Kanunun 7. maddesinde ise, resmi sicillerin isbat kuvveti ve bu sicillerin aksinin ne şekilde ispatlanacağı hükme bağlanmıştır.

1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu iktibas edilirken, söz konusu kanunun isbat hükümleri başlıklı 10. maddesi, bizim kanunumuza alınmamıştır.

<sup>20</sup> BERKİN, 1185; TUĞ, 47.

<sup>21</sup> BERKİN, 1186; TUĞ, 48.

<sup>22</sup> TUĞ, 48.

<sup>23</sup> ALTAŞ, 67; TUĞ, 48.

<sup>24</sup> BERKİN, 1187.

Bu maddeye göre” federal hukukun bir hukukî muamelenin geçerliliğini herhangi bir şekle bağlı tutmadığı hallerde, kantonal hukuk hukukî muamelelerin isbatı içinde böyle bir hüküm emredemez<sup>25</sup>. Böylelikle kantonal bir yapıda olan isviçre de şekil kuralları açısından bir birlik yaratılmıştır. Ülkemizde böyle bir kantonal yapı olmadığı için söz konusu hüküm alınmamıştır.

Özel hukuk alanında geçerli olan şekil serbestisine, Medenî Kanun bir takım istisnalar getirmiş ve hatta borçlar hukukundan farklı olarak sözlü şekli de düzenlemiştir. Ayrıca, kanunun farklı yerlerinde resmi şekle ilişkin düzenlemeler mevcuttur<sup>26</sup>. Özellikle eşya hukuku kısmında sınırlı sayı ilkesinin geçerli olması nedeniyle, resmi şekle ilişkin düzenlemelere çok sık yer verilmiştir. İşaret edilen bu husus eşya hukukunun, borçlar hukukunun aksine statik bir yapıda kalması sonucunu doğurmuştur.

Medenî Kanun madde 135’e göre evlenme başvurusu evlenecekler tarafından yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Bu düzenleme ile kanun koyucu adi yazılı şekille sözlü şekili bir arada düzenlemiş ve evlenmek için başvuru esnasında resmi şekil öngörmeyerek, şekilciliğin doğuracağı bazı olumsuz sonuçları bertaraf etmiştir.

Medenî Kanununun 142. maddesi evlenme töreninin şekli başlığı altında resmi memur huzurunda tarafların sözlü ve olumlu olarak iradelerini beyan etmesini evlenmenin oluşması için yeterli sayarken; evlenme töreni açısından resmi şekli ve sözlü şekli beraber düzenlemiştir. Zira tarafların sözlü ve olumlu iradeleri ile evlenmenin gerçekleşebilmesi için, bu beyanın resmi memur huzurunda yapılması gerekir. Başka bir anlatımla geçerli bir evlenme işleminin yapılabilmesi için resmi memurun katılımı şarttır.

Evlenmede şekille ilgili bir başka düzenleme de, Medenî Kanun madde 155’te öngörülmüştür. Bu düzenleme ile kanun şekle uymama başlığı altında” resmi memur önünde yapılmış olan bir evliliğin Medenî Kanunun öngördüğü diğer şekil kurallarına uymama nedeni ile butlanına karar verilemeyeceğini” hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeye göre resmi memur önünde yapılmış olan bir evlenme yokluk yaptırımına tabi değilse, başkaca şekil şartına uymama nedeni ile geçersiz kılınmayacaktır. Mesela, resmi memur önünde taraflar sözlü olarak cevap vermeksizin evet anlamında başlarını sallasalar, evlenmede öngörülen şekil kurallarına aykırılık nedeni ile evlenmenin mutlak veya nisbi butlanına karar verilemeyecektir.

Medenî kanunda düzenlenmiş olan bir başka sözlü şekil ise, madde 539’da ifadesini bulan sözlü vasiyetnâmedir. İşaret edilen maddenin birinci fıkrasında sözlü vasiyetnamenin düzenlenebilmesi için miras bırakan bakım-

<sup>25</sup> **EGGER A. / ÇERNİS Wolf** (Çev. **ARTUS Amil**), *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi*, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 1947, s. 145; **TOUR Dierre**: *İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme Kararlarına Göre Sistemli İzahı*, Ankara 1956, s. 57.

<sup>26</sup> **TUĞ**, 27.

ından gerekli olan şartlar, ikinci fıkrasında ise tanıklar açısından gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Medenî kanununun 540. maddesinde ise tanıkların sözlü vasiyeti nasıl tutanağa geçirip sulh veya asliye mahkemesine verecekleri veya kendileri tutanak düzenlememişlerse tutanağın mahkemelerce nasıl düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Medenî Kanununun 541. maddesi de sözlü vasiyetnâmenin hükümden düşme sebeplerini düzenlemiştir. Bahsedilen düzenlemelerden, Medenî Kanununun sözlü vasiyetin yapılmasını çok sıkı şekil şartlarına tabi tuttuğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Sözlü şeklin yanında, Medenî Kanun yazılı şekle ilişkin düzenlemeler de öngörmüştür. Medenî Kanun madde 538'e göre, yazılı vasiyetname, gün , ay ve yıl gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısı ile yazılır ve imzalanır. Yine 542. madde ye göre de önceki vasiyetname şekillerinden birisine uymak şartıyla ilk vasiyetnameden dönülebilir.

Medenî kanunda, Resmi şekle ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Bunlara örnek olarak, Medenî Kanun madde 102 de vakıfların kuruluş şekli, madde 235'de tanımanın şekli, madde 309 da evlat edinilecek küçüğün ana ve babasının rızalarını açıklama şekli, madde 315 evlat edinilmesinde şekil ve usul, 532 ve devamında düzenlenmiş olan resmi vasiyet, 545, I'de düzenlenmiş olan miras mukavelesi, madde 706'da taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, madde 731,II deki taşınmaz mülkiyetinin sınırlanmasını ve diğer ilgili maddelerde söz konusu olan tapu siciline yapılacak her türlü tescil, kayıt ve şerhler verilebilir.

İşaret edilen şekle ilişkin düzenlemelerden, yukarıda evlenme açısından verilen örnek, dışında hepsi geçerlilik şartıdır. Geçerlilik şartına uyulmadan yapılan işlemler ise Borçlar Kanunu madde 11 ve 20 gereğince batıldır. Ayrıca burada işaret edilen düzenlemeler de borçlar hukuku alanında söz konusu olan şekle ilişkin düzenlemelerden farklı olarak, kamu düzeninin korunması gereği de ağır basmaktadır.

### **B-Borçlar Hukukunda Şekil**

Borçlar hukuku alanında geçerli olan akit serbestisinin bir uzantısı da şekil serbestisidir<sup>27</sup>. Bu ilkeye göre, borçlar hukuku alanında şekil zorunluluğu istisna, şekil serbestisi kuraldır (BK. m.11,I). Herkes kanunda düzenlenmemiş olmak şartıyla dilediği şekilde sözleşme yapabilir<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> „STAUDİNGER'e göre, kanunun bir çok eylemlerin şeklini tayin etmemiş olması, bu eylemlerin hiç bir şekli olmayacağı anlamına gelmez. Kanunun genel itibari ile ve prensip olarak şekilsiz işlemler düzenlediği kabul edilemez. Mahaza o işlemlerin şeklini tayinde tarafları serbest bırakmış olması demektir. Kanun koyucu bu suretle şekilsizliği değil, bilakis şekil hürriyetini sağlamak istemiştir“ **BERKİN**, 1186.

<sup>28</sup> **ALTAŞ**, 47; **EREN**, 246; **KILIÇOĞLU Ahmet**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I., Ankara 2001, s. 60 (**KILIÇOĞLU**, - Borçlar); **KILIÇOĞLU**, 289; **TEKİNAY, Selahaddin Sulhi** / **AKMAN Sermet** / **BURCUOĞLU Halûk** / **ALTOP Atilla**, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İst-



Borçlar kanununun çeşitli maddelerinde de şekle ilişkin düzenlemeler vardır. Fakat bu özel düzenlemelere geçmeden önce genel düzenlemelere de değinmekte yarar vardır. Borçlar Kanunda şekle ilişkin genel düzenlemeler, madde 11 – 16 arasında yapılmıştır. 11. madde ile şekil özgürlüğü ve şekile uymamanın yaptırımı, 12 ve 13 madde ile yazılı şekil, 14 ve 15. maddeler imza ve imza atamayacak kişilerin imza yerine kullanabilecekleri işaretleri, 16. madde ise taraflarca kararlaştırılacak şekli düzenlemektedir.

Bunun dışında değişik maddelerde yazılı şekil ve sözlü şekil şartları öngörülmüştür. Yazılı şekil öngörülen hukukî işlemlere örnek olarak, Borçlar Kanunu madde 163, I de alacağın temlikinin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı belirtilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrasında ise alacağın temliki vaadinin bir şekle bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Ayrıca, 484. maddede kefâlet sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekil şartına tabi tutulmuş olması ve 238. madde de bağışlama vaadinin geçerliliğinin yazılı şekile tabi tutulmuş olması verilebilir. Resmi yazılı şekile ise, Borçlar Kanunu madde 213’de öngörülmüş olan gayrimenkul satımının ancak resmi bir senede bağlandığı zaman geçerli olacağına; 237, II ‘ye gayri menkullerin veya onların üzerindeki aynı haklara ilişkin bağışlamaların ancak tapu siciline tescil edilerek tamam olacağına ilişkin düzenleme ve 512. maddeye göre ölünceye kadar bakma akdinin ancak miras mukavelesi (dolayısıyla resmi şekil) şeklinde yapılabileceğini öngören düzenleme, örnek olarak verilebilir. Yazılı ve resmi şekil dışında şekle ilişkin bir başka düzenleme de, Borçlar Kanunu madde 237, I’ de elden bağışlamanın teslim ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin düzenlemedir.

Borçlar hukuku alanında geçerli olan şekle ilişkin düzenlemelere uymamanın yaptırımı da, Borçlar Kanunu madde 11, II’ye göre geçersizliktir. Yukarıda işaret edilen şekil kurallarından, Borçlar Kanunu madde 237, I dışındaki hallerde söz konusu yaptırım uygulanacaktır. Ancak burada söz konusu yaptırımdan ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Burada savunulan görüşleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Yokluk, butlan, yumuşatılmış butlan görüşü, fiilî sözleşme görüşü, eksik borç görüşü, iptal edilebilirlik ve kendine özgü geçersizlik görüşü<sup>29</sup>.

---

anbul 1993, s. 99.

29

Bu konudaki tartışmalar için bkz., **ALTAŞ**, 89 vd; bu tartışmalardan çıkan netice hakkında genel olarak şu söylenebilir. Taraflar şekle aykırı bir sözleşme yapmışlar bu sözleşmeyi hiç veya çok az kısmını ifa etmişlerse butlan yaptırımına tabi olacak, tam veya tama yakın kısmını doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde her türlü etkiden uzak ifa etmişlerse, artık sözleşmedeki şekle aykırılık ileri sürülemeyecek ve kendine özgü geçersizlik görüşünün bir neticesi olarak sözleşme şekle aykırı olmasına rağmen geçerli olacaktır. Yargıtayın, 30.9.1988 tarih ve E.2/ K.2 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile de kendine özgü geçersizlik görüşü Türk doktrininde Borçlar Kanunu madde 11, II’nin emredici hükmüne rağmen ağırlık kazanmıştır. Bu görüşteki yazarlar; **EREN**, 270, **ALTAŞ**, 142 vd, **KILIÇOĞLU**, 317 vd.

Borçlar hukuku alanında “İnsan sadece istediği şartlarda borçlanabilmesini değil, borçlanabilmesinin şeklini tayinde de serbest olmalıdır” görüşünün bir sonucu olarak 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın ilk yarısında şekil özgürlüğü istenilen biçimde uygulanmıştır<sup>30</sup>. Ancak 20. yüz yılın ikinci yarısından itibaren ticari ve ekonomik alandaki hızlı gelişme ve buna paralel olarak iletişim ve elektronik alanlardaki gelişmelerin, borçlar hukuku alanında geçerli olan şekil özgürlüğü ilkesinin sınırlarını, ispat şartı olan şekil vasıtası ile son derece daralttığı ve neredeyse günlük sıradan hukuki işlemler dışında ortadan kaldırdığı söylenebilir.

### C-Ticaret Hukukunda Şekil

Özel hukukun bir dalı olan ve Türk Ticaret Kanununun 1. maddesine göre medenî hukukun ayrılmaz bir cüzü olan<sup>31</sup> ticaret hukuku alanında da sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Ticaret hukuku alanında, öncelikle çabukluk ve güven ilkeleri uygulanır<sup>32</sup>. İşaret edilen bu alanda, şekilciliğin güven ilkesinin bir teminatı, çabukluk ilkesinin ise önünde bir engel olduğu söylenebilir.

Ticaret hukuku alanında da özel olarak düzenlenmiş şekil şartları mevcuttur. Bu düzenlemelerden ilkinde örnek olarak, Türk Ticaret Kanunu madde 23 te düzenlenmiş olan fatura verilebilir. Söz konusu madde de faturanın şekline ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen, Vergi Usul Kanunda faturanın geçerliliği için öngörülen, faturayı alan ve veren tacirlerin ad, soyad ve imzaları, tanzim tarihi, satılan, üretilen malın veya sağlanan menfaatin miktarı, tutarı, talep halinde ödendi kaydı ve vade farkının bulunması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, faturanın içeriğine sekiz gün içerisinde itiraz edilmemişse, faturanın içeriğinin kabul edilmiş olacağına dair bir karine getirilmiştir<sup>34</sup>.

Ticaret hukuku alanında şekle ilişkin başkaca düzenlemeleri şu şekilde örneklendirmek mümkündür. Türk Ticaret Kanunu madde 8’de mukavele serbestisi başlığı altında, ticari işlerde faizin serbestçe kararlaştırılabileceği hükmü, 31. madde de ticaret siciline tescil talebinin dilekçe ile olacağı ve dilekçe sahibinin hüviyetini isbata mecbur olduğu düzenlenmiştir.

Ticaret hukukunda şekilciliğin en sık görüldüğü alanlardan bir diğeri de ticari defterlerdir. Türk Ticaret Kanunu madde 66 ve devamında hangi defterlerin kimin tarafından tutulacağı (defter tutma yükümlülüğü), defter tutmamanın yaptırımı, defterlerin saklama süresi, defterleri tasdik ettirmeye

<sup>30</sup> BELGESAY, 62.

<sup>31</sup> İsviçre de ayrı bir ticaret kanunu yoktur. Ticaret hukukuna ilişkin hükümler borçlar hukukuna ilişkin hükümlerin devamında düzenlenmiştir. Bizde ayrı bir ticaret kanunu olması tarihi nedenlerden kaynaklanmaktadır.

<sup>32</sup> ZEVKLİLER Aydın: *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara 2001, s. 9.

<sup>33</sup> ÜNAL Oğuz Kürşat: *Fatura ve İspat Kuvveti*, Ankara 1997, s. 43 vd.

<sup>34</sup> ÜNAL, 67 vd.

ve beyan etmeye ilişkin hükümler düzenlendikten, sonra madde 70 ve devamında, tutulması zorunlu olan defterler ve bu defterlerin içerikleri, envanter ve bilançonun düzenlenişine ve içeriğine ilişkin hükümler ayrı ayrı sayılmış ve daha sonra defterlerin teslim ve ibraz mecburiyeti ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Son olarak madde 82 ve devamın da, ticari defterlerin ispat kuvveti düzenlenmiştir. Kanun ticari defterler açısından çok sıkı şekil şartları öngörmüş ve bu şekil şartlarına uymamayı da para cezası ile cezalandırmıştır. Delil olmak bakımından, tasdik edilmiş olsun veya olmasın, kanuna uygun şekilde tutulsun veya tutulmasın bütün defterler o defteri tutan tacir aleyhine delil teşkil etmektedir. Lehine ise, ancak kanunu öngördüğü şekilde tutulmuşsa delil olabilmektedir<sup>35</sup>.

Şirketlere ilişkin şekil kuralları ise, kolektif şirketler için madde 154'te, kommandit şirketler için madde 244'te, anonim şirketler için madde 279'da ve limited şirketler için madde 505'de kurucuların imzalarının noterden tasdikli olacağı ve şirket sözleşmesinin yazılı olacağına ilişkin olarak getirilen geçerlilik şekil şartı örnek olarak verilebilir. Bu şekil şartları da geçerlilik şartı olmasına rağmen, bu şekil şartına aykırı davranmanın müeyyidesi, butlan değil, adi şirkete ilişkin şartlar varsa, şirketin adi şirket olarak devamıdır<sup>36</sup>.

Bunların dışında özellikle şirket sözleşmelerindeki değişiklikler yazılı şekilde olmalı ve imzalar noterce onaylanmalıdır. Yine anonim şirket kararları yazılı şekilde olmalı ve hükümet komiserinin kararda imzası bulunmalıdır. Komiserin imzası eksikse karar yok hükmündedir<sup>37</sup>.

Ticaret hukuku alanında geçerli olan şekilcilik kendisini en fazla kıymetli evrak hukuku alanında gösterir. Zira kıymetli evrakın ticari hayatta önemi çok büyüktür. Niteliği gereği bazılar kredi vasıtası ve bazısı da ödeme vasıtasıdır. Ticari hayatta geçerli olan güven prensibinin en üst düzeye çıktığı alan da kıymetli evrak hukuku alanıdır. Bu nedenle kanun koyucu sadece kıymetli evrakın kendi tanzim tarzını değil, düzenleme sırasında iradenin açıklanmasını, devrini, kaybolması halinde iptalini de çok sıkı şekil şartına bağlanmıştır (TTK., 583, 584, 585, 688, 689, 692, 693)<sup>38</sup>. Burada öngörülen şekil şartları da geçerlilik şartı olan şekil şartıdır ve bu şekil şartlarına uymamak o senedi kıymetli evrak olarak geçersiz hale getirir. Ancak kıymetli evrak olarak geçersiz olan bu senetler geçerliliğini, şartları varsa adi senet veya havale olarak devam ettirebilir<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> **BELGESAY**, 66.

<sup>36</sup> **TUĞ**, 23.

<sup>37</sup> **TUĞ**, 24.

<sup>38</sup> **REİSOĞLU Seza**: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek*, Ankara 1998, s. 28; **POROY Reha / TEKİNALP Ünal**: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul 1995, s. 115 vd; **TUĞ**, 27.

<sup>39</sup> **REİSOĞLU**, 28; **TUĞ**, 27.

Ticaret hukuku alanında geçerli olan şekil kuralları hep birlikte değerlendirildiğinde, bu alanda şekle ilişkin yapılan düzenlemelerin, güven ilkesinin bir sonucu olarak çoğu zaman akde taraf olmayan üçüncü kişileri nadiren de akdin taraflarını korumak için getirildiği söylenebilir.

#### **D-İş Hukukunda Şekil**

İş hukuku alanında da çeşitli şekil şartları öngörülmüştür. Borçlar Kanunu madde 314'te de düzenlenmiş olan hizmet sözleşmesi Borçlar kanunu anlamında bir şekil şartına tabi tutulmamışken, İş Kanunu madde 9,I gereği bir yılı aşan sürekli hizmet sözleşmeleri yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. Sürekli olmayan hizmet sözleşmeleri açısından ise böyle bir hüküm öngörülmemekle beraber; işveren, işçinin isteği üzerine genel ve özel çalışma şartlarını gösterir bir belgeyi işçiye vermek zorundadır (İK. m.9,II). Bu belge bir sözleşme niteliğinde olmamakla beraber işverenin imzasını taşıdığından çalışma şartları üzerinde çıkacak herhangi bir uyuşmazlık halinde işçi bakımından isbat kolaylığı sağlar<sup>40</sup>. Borçlar Kanunu, şekle ilişkin düzenlemelerinde sadece şeklin türünü belirtip içeriğini belirlemeyi taraflara bırakırken, İş Kanunu madde 11 çalışma şartları belgesinin içeriğinde nelerin yer alması gerektiğini kalemler halinde saymıştır. Burada öngörülen şekil şartı da bir geçerlilik şartıdır. Ancak, işçi hizmetin belirli bir kısmını ifa etmişse, artık sözleşmenin geçersizliğine karar vermek mümkün değildir<sup>41</sup>.

İş kanunda yazılı şekil şartına bağlanan sözleşmelerden birisi de takım sözleşmesidir. İş Kanunu madde 10/11 hükmüne göre, takım sözleşmesinin niteliği ne olursa olsun (Sürelili veya süresiz) yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Sözleşme İş Kanunu madde 11 de belirtilen şartları taşımak zorundadır. İşaret edilen düzenleme de bir geçerlilik şartıdır. İfa edilmemiş sözleşmeleri hükümsüz kılar<sup>42</sup>.

Hizmet sözleşmesi açısından getirilen şekil şartlarının, iş hukukunda geçerli olan işçinin korunması gerekliliğinin bir sonucu olduğu açıktır.

İş hukuku alanında şekle ilişkin bir başka düzenleme de, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda vardır. Bahse konu kanunun birinci maddesi toplu iş sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: “Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası, sona ermesi ve tüm çalışma şartlarını hukuk normları ile düzenleyen, aynı zamanda sözleşme taraflar arasında karşılıklı haklarla mükellefiyetler ihtiva edebilen yazılı şekle tabi bir sözleşmedir”. Söz konusu sözleşmede öngörülen şekil şartı, geçerlilik şartı olan şekildir<sup>43</sup>. Bu şekil şartına uymamanın yaptırımını ise 2822

<sup>40</sup> **İREN Ertan:** *Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri*, Ankara 1998, s. 23; **TUĞ**, s. 17.

<sup>41</sup> **ALTAŞ**, 264, 265; **TUĞ**, 19.

<sup>42</sup> **TUĞ**, 20.

<sup>43</sup> **SUR Melda:** *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmili*, Ankara 1991, s.48; **AKTAY Nizamettin:** *Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Ankara 1990, s. 32; **TUĞ**, 110.

sayılı kanunun 4. maddesi gereği geçersizliktir. Bu düzenlemenin amacı ise yukarıda işaret ettiğimiz hizmet akdinin yazılı şekile tabi olmasından farklıdır. Zira niteliği gereği toplu iş sözleşmesi maddî anlamda kanundur. Bu nedenle objektiftir ve normatif bir karakteri vardır. Toplu iş sözleşmesi kesindir ve ne zaman yapıldığı bellidir<sup>44</sup>. Bu nedenle bu sözleşme ile bağlı olanların sözleşmenin içeriğini hiç bir tereddüte yer vermeyecek şekilde bilmeleri gerekir. Toplu iş sözleşmesinde yazılı şeklin, sözleşmeye taraf olan herkesi korumak ve sözleşmenin yapılması sırasında onları düşünmeye sevk etmek amacıyla getirildiği söylenebilir.

## **E-İcra - İflâs Hukukunda Şekil**

### **I- Genel Olarak**

İcra ve İflâs Hukuku alanında kazuistik bir düzenleme vardır. Kanun koyucu her şeyi en ince ayrıntıları ile açıkça düzenlemiştir. Kanun koyucunun her şeyi en ince ayrıntılarıyla düzenlemek istemesinin bir neticesi olarak, icra ve iflâs hukuku alanında şekle ilişkin çok fazla düzenlemeye rastlamak mümkündür. Şimdiye kadar irdelediğimiz şekle ilişkin düzenlemelerin ait olduğu hukuk dallarında, şekle ilişkin düzenlemelerde, tarafların birbirleri ile ilişkileri doğrudan doğruya kendileri tarafından sağlanırken, icra ve iflâs hukuku alanında bu ilişki dolaylı olarak icra organları vasıtası ile sağlanmaktadır. Taraflar arasındaki ilişkilerin icra organları vasıtasıyla kurulması şekilciliği de beraberinde getirmekte, adeta onu zorunlu kılmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu madde 18, II' ye göre, İcra tetkik merciine şikayet, dilekçe ile yapılabileceği gibi, ifadenin tutanağa geçirilmesi şeklinde de yapılabilir. Kanun genel haciz yolu bakımında şikayetin sözlü veya yazılı olarak yapılabileceğini hükme bağlamışken; kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu bakımından bu prensipten vazgeçerek, şikayetin sadece dilekçe ile yapılabileceğini belirtmiştir (İİK. m. 171/3, 172)<sup>45</sup>. Yazılı veya sözlü olarak yapılabilen şikayetlere karşı tarafta yazılı veya sözlü olarak cevap verebilir<sup>46</sup>.

İcra ve İflâs Kanununda şekle ilişkin başka bir düzenleme de madde 58'de yer almaktadır. Madde 58, I'e göre, takip talebi yazılı veya sözlü olarak alacaklı tarafından icra dairesine yapılır. Yine aynı madde de takip talebinin içeriğinde nelerin bulunması gerektiği de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bütün takip yollarından, ilgili takip yolunun kendisine has özelliği saklı kalmak kaydıyla, madde 58'deki takip talebi kullanılır. Uygulama da her bir takip türü için ayrı matbu takip talepleri kullanılmaktadır<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> AKTAY, 31; İREN, 9; SUR, 56; TUĞ, 110.

<sup>45</sup> PEKCANITEZ Hakan: *İcra – İflas Hukukunda Şikayet*, Ankara 1986, s. 125; KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder: *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2002, s. 73 (KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*).

<sup>46</sup> POSTACIOĞLU İlhan: *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 73.

<sup>47</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*, 134, dn. 1.

İcra ve iflas hukukunda şekile ilişkin düzenlemelerin olduğu başka bir alanda itirazdır. Genel haciz yolu bakımından borca ve imzaya itiraz, İcra ve İflâs Kanunu madde 62, I gereği yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. İtirazlar derhal tutanağa geçirilir ve sözlü olarak yapılmışsa, tutanağın altı, tarih belirtilerek, itiraz eden ve icra müdürü tarafından imzalanır. Kambiyo senetlerine ilişkin takip yollarında ise, İcra ve İflâs Kanunu madde, 169, 170,I, 171/3 ve 172 gereğince gerek haciz yolu ile gerek iflâs yolu ile takiplerde, hem borca itirazın hem de imzaya itirazın dilekçe ile yapılacağı hükme bağlanmıştır<sup>48</sup>. Haciz taleplerini de alacaklı sözlü veya yazılı olarak yapabilir<sup>49</sup>. İcra ve iflâs hukuku alanında talebin olduğu her yerde şeklin de olduğu söylenebilir.

İcra ve iflâs hukuku alanında şekilcilikten bahsedilebilecek alanlardan birisi de, menkullerin, gayri menkullerin ve rehlin paraya çevrilmesi yöntemidir. İcra ve İflâs Kanunu madde, 114, 126 ve 150g ye göre arttırmanın ilanı; madde 115, 116 da menkuller bakımından ihalenin ve ikinci arttırmanın yapış şekli, madde 119'da pazarlık yolu ile satışın şekli; 129. madde de gayri menkuller bakımından ihalenin şekli düzenlenmiştir<sup>50</sup>. Ayrıca, icra ve İflâs Kanunu madde 150 g'de, menkuller ve gayri menkuller bakımından getirilen bu şartların rehin bakımından da kıyasen uygulanacağı kabul edilmiştir.

İcra ve iflâs hukukunda şekle ilişkin düzenlemelerin kendisini gösterdiği bir başka nokta da iflâs takibinin kesinleşmesi, iflâsa karar verilmesi, iflâsın kaldırılması ve kapanması hallerinde yapılacak ilândır (İİK. m.158, 166, 182, 254). İcra ve iflâs kanunu madde 166 ile ilânın nasıl yapılacağını ayrıntıları ile düzenlemiştir. Bu düzenleme de başlı başına bir şekli ifade eder. İlan ile ilgili benzer düzenlemeler konkordato bakımından da söz konusudur. Konkordato talebi, mühletin ilanı, alacakların bildirilmesi, konkordatonun tasdiki de (İİK. m. 287, 288, 292 ve 300 ) ilan edilir<sup>51</sup>. İşaret edilen düzenlemelerde de ilan çok sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur.

İcra ve iflâs hukuku alanında söz konusu olan şekil kuralları değerlendirildiğinde bu kurullarla getirilen şekilcilikteki amaçları şu şekilde toparlamak mümkündür. Genel haciz yolu ile yapılan takipler bakımından şekilcilikğin amacı, bir taraftan formaliteleri azaltırken, diğer taraftan da işlemlere açıklık ve güven sağlamaktır. Kambiyo senetlerine özgü takip yolu bakımından şekilcilikte ise, ticaret hukuku alanında geçerli olan güven prensibinin ve bu nedenle kambiyo senetlerinde aranan sıkı şekil şartlarının icra ve iflâs hukuku alanına da yansıdığı ve dolayısıyla beraberinde şekilciliği getirdiği söylenebilir. İhale, iflas ve konkordato bakımından şekilcilikğin ise, söz konusu alandaki işlemler kamu düzenini yakından ilgilendirdiğinden, bu işleml-

<sup>48</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*, 158.

<sup>49</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*, 249.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., ARSLAN Ramazan: *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara 1984.

<sup>51</sup> Bkz, TANRIVER Süha: *Konkordato Komiseri*, Ankara 19993.

erin alenileşmesini sağlayarak hak sahiplerinin ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği söylenebilir. Tabii bütün şekle tâbi hukuki işlemler gibi, burada da şekilciliğin keyfiliği önlediği açıktır.

## II- Basılı Formlar

İcra ve iflâs hukuku alanında şekilciliğin en fazla öne çıktığı alanlardan birisi de icra ve iflâs dairelerinde ve icra tetkik merciinde kullanılan basılı formlardır. İcra ve iflas dairelerinde ve icra tetkik merciinde tutulacak defterler ve kullanılacak basılı formların nelerden ibaret oldukları, neleri ihtiva edecekleri, tutulma ve saklanma şekilleri, icra ve iflâs kanunu yönetmeliğinde gösterilmiştir. İcra ve iflas daireleri ile icra tetkik mercii tarafından tutulacak defterler bakımından ön görülen şekil kuralları ile tarafların menfaatlerinden çok, icra ve iflas daireleri ile icra tetkik merciinin iç işleyişine ilişkin düzenlemeler yapıldığı söylenebilir. Başka bir ifade ile defter tutulmasına ilişkin düzenlemeler ile ön görülen amaç doğrudan doğruya tarafların menfaatini korumak değil, bu müesseselerin çalışma düzenini ve çalışma esaslarını belirlemektir. Ancak, bu düzenlemelerin tarafları da koruduğu açıktır. Defter tutulmasına ilişkin düzenlemeler daha çok işaret ettiğimiz müesseselerin iç işleyişine ilişkin olduğundan, bu konuya daha fazla değinmeyeceğiz.

Defter tutma zorunluluğunun yanında gerek icra ve iflas daireleri bakımından gerekse icra tetkik mercii bakımından dosya tutulması da zorunlu kılınmıştır (İİK, m.15, 84). Dosyaların tutulma şekli ve her bir takip için (veya tetkik merciinde yapılan her iş için) dosya tutulmasının zorunlu olması icra ve iflâs daireleri ile icra tetkik merciinin çalışma usullerini sistemli bir şekilde kolaylaştırdığı kadar, tarafların menfaatlerini de koruduğu ortadadır. Dosya tutma zorunluluğu bir anlamda taraflar bakımından icra ve iflas daireleri ile icra tetkik merciinde hukuki işlem güvenliğinin teminatı olmaktadır.

İcra ve iflas kanunu yönetmeliğinin 17 ve 85. maddelerinde ise icra ve iflâs daireleri ile icra tetkik merciinde kullanılması zorunlu olan basılı formlar düzenlenmiştir. İşaret ettiğimiz hükümleri takip eden maddelerde ise basılı formların tahsisi maksatları ve kullanılma tarzları düzenlenmiştir. Bu maddelerde (17 ve 85. maddelerde gösterilen) her bir basılı formda nelerin yer alması gerektiği ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yine bu hükümlerle birlikte yönetmelikte ibraz edilecek belgelerde düzenlenmiştir<sup>52</sup>. Ancak kullanılmasının zorunlu olduğu belirtilen basılı formları kullanmamanın ve bu formların içeriğinde yer alması gereken zorunlu unsurların eksik olmasının yaptırımını yönetmelikte düzenlenmemiştir. Yönetmeliğin 104. maddesinde sorumluluğa

<sup>52</sup>

“Ödeme emrinin borçluya tebliğine dair tebliğ ilmuhaberinde, 7 günlük ödeme emrinin gönderildiği yazılı olup, tebliğ zarfı içinde senet suretinin de bulunduğu hakkında bir kayıt mevcut değildir. Açıklanan nedenlerle, senet suretinin de ödeme emri ile birlikte tebliğ edilmesini teminen ödeme emrinin iptaline karar vermek gerekirken, 12.HD. 12.12.1984t. E:9666, K:12897” **UYAR Talih: İcra Hukukunda Şikayet**, Manisa 1991, s.368.

ilişkin düzenleme, bu anlamda ihtiyaçları gidermekten çok uzaktır. Zira işaret edilen düzenleme, dosya, defter ve kartonların iyi bir şekilde saklanması ve kaybolmasından kaynaklanan sorumluluğu düzenlemekte; basılı formlar bakımından ise, sadece kullanımında azami tasarrufa riayet edilmesi ve her yılın ihtiyacının iyice hesaplanması gerektiğine işaret etmekle yetinmektedir. Yönetmeliğin 109. maddesinde ise bu yönetmeliğe göre tutulması gereken örneklerin yönetmeliğe eklendiğini belirttikten sonra, bu örneklere aslına bir zarar verilmeksizin icra ve iflâs dairelerince ve icra tetkik mercii hâkimliklerince gerekli ilavelerin yapılabileceği belirtilmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de, İcra ve iflas takip taleplerinin doldurulması veya takip işlemlerinin yapılması sırasında basılı formların kullanılmaması veya kullanılan formların içeriğinin kanun ve yönetmeliğe aykırı olması (veya içeriğinde eksiklik bulunması) hallerinde yapılan bu işlemlerin geçerli olup olmayacağı meselesidir. Basılı formların dışında başka bir formun gönderilmiş olması halinde bu bir şikayet sebebidir ve yapılan işlemin iptali sonucunu doğurur<sup>53</sup>. Mesela borçluya genel haciz yoluna ilişkin ödeme emri yerine, ilamlı icraya ilişkin icra emri gönderilmesi bir şikayet sebebidir. Fakat borçlu bunu ödeme emri gibi algılayıp itiraz etmişse bu itiraz icrayı durdurur ve artık icra emri iptal edilemez<sup>54</sup>. Basılı formların içeriğinde bir eksiklik olması halinde ise, bazan bu bir şikayet yolu ile o işlemin iptal edilmesini gerektirmekte<sup>55</sup>, bazen de kanunda öngörülen yaptırımın uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır. Mesela, mal beyanında bulunmama halinde hapisle tazyik edileceği ödeme emrinde yer almamışsa, borçlu mal beyanında bulunmasa dahi hapisle tazyik edilemez. Aynı şekilde ödeme emrinde, imzaya itirazın ayrıca ve açıkça yapılması gerektiği, ayrıca ve açıkça yapılmaz ise, borçlunun adi senet altındaki imzayı ikrar etmiş sayılacağı hususu yazılmamışsa, ayrıca ve açıkça imzaya itiraz etmeyen borçlu imzayı ikrar etmiş sayılamaz<sup>56</sup>.

Bu hususlar değerlendirilirken ısrarla vurgulanması gereken husus basılı formların temini ve doldurulması görevinin icra müdürüne ait olduğudur<sup>57</sup>. Yargıtay da bir kararında bu hususu “ icra emrinin talepnameye göre

<sup>53</sup> **KURU /ARSLAN / YILMAZ, İcra, 145.**

<sup>54</sup> **KURU/ ARSLAN / YILMAZ –İcra, 145.**

<sup>55</sup> “Takip talebinde ilamın tarih ve numarası mevcut ise de, icra emrinde bu cihetin yazılı bulunmaması, İcra ve İflâs Kanununun 32. maddesi yolu ile 24. maddesine aykırı olup, takibin iptalini gerektirmeyip icra emrinin iptalini gerektirdiği halde, takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz olup,.....sayılı merci kararında yazılı (icra takibinin iptaline) dair sözlerin silinerek, icra emrinin iptaline sözlerinin ilavesine, 12.HD. t. 19.10.1978, E: 8310, K: 8386” *Uyar, s.448.*

<sup>56</sup> **KURU/ ARSLAN / YILMAZ –İcra, 144.**

<sup>57</sup> **KURU/ ARSLAN / YILMAZ –İcra, 143. STAACHELİN Adrian: Billigkeit und Strenge im Zivilprozess und in der Zwangsvollstreckung, (Basler Juristische Mitteilungen, Haziran 1967, s.105-109), s.130.**



tanzimi memurun görevi olup, onun hatasından alacaklının sorumlu tutulamayacağı, bu itibarla masraf ve ücreti vekaletle sorumlu tutulması dahi isabetsiz olduğu” şeklinde vurgulamıştır<sup>58</sup>. Bu bağlamda basılı formlarda şekilcilğe ilişkin düzenlemelere ilişkin olarak şunları söylemek mümkündür. Her şeyden önce şekilcilğe ilişkin bu düzenlemelerin muhatabı olan icra müdürleri çoğu kere hukuku bilmeyen insanlarla muhatap olmak durumundadır. Bu nedenle yapacağı işlemler bakımından özellikle hakkaniyet ilkesine dikkat etmeli ve tarafların iradesini güven prensibine göre yorumlamalıdır<sup>59</sup>. Ancak, burada kastedilen hakkaniyete uygunluktan maksat, takibin taraflarından birisinin menfaatine uygun olarak eksikliğin sonradan kolayca düzeltilmesine prim vermek değil; icra takibinin amacına ulaşmasını sağlamak için somut olayın özelliklerine göre tarafların menfaatlerini denkleştirici işlemler yapmaktır<sup>60</sup>. Özellikle basılı formlar bakımından, mutlaka yönetmelikte gösterilen örneklerin kullanılması; aksi halde işlemin iptal edilmesi, bu bağlamda hakkaniyete aykırılık teşkil eder. Aksi bir düşünce, maddi hukukun tanıdığı hakka ulaşma vasıtalarından birisi olan icra yolu ile, bu hakka ulaşılmasının geciktirilmesi veya engellenmesi anlamına gelir. Bu bağlamda önemli olan bu formların içeriğidir. Basılı formlar kullanılmaksızın dahi icra ve iflas takip işlemleri yapılsa veya talep formu doldurulsa bu işlem geçerli sayılmalıdır. Önemli olan o basılı form yerine kullanılacak takip talebinin veya başka bir formun geçerlilik şartlarını taşıyor olmasıdır. Böyle bir forma dayanarak icra müdürü işlem yapmaktan kaçınamaz.<sup>61</sup> İtiraf etmek gerekir ki, bu formların içeriğine ilişkin düzenlemelerin o işlemlerin esasını mı yoksa bu alanda bir şekilciliği mi ifade ettiğini tespit etmek oldukça güçtür.

### **§3. Medenî Usul Hukukunda Şekil, Şekilcilik ve Şekle İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**

#### **A-Medenî Usul Hukukunda Şekil ve Şekilcilik**

##### **I- Genel Olarak**

Şekille iç içe olan hukuk dallarının başında medenî usul hukuku gelir. Öyle ki, usul kelimesinin karşılığı olarak, şekil, formalite ve biçim kavramlarının kullanıldığına sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu kullanım tarzı dikkate alınarak, hukuk kuralları<sup>62</sup> maddî hukuk kuralları ve şekli hukuk kuralları

<sup>58</sup> 12.HD. t. 19.10.1978, E: 8310, K: 8386” *Uyar*, s.448.

<sup>59</sup> **STAACHELİN**, 111.

<sup>60</sup> **STAACHELİN**, 127.

<sup>61</sup> **KURU/ ARSLAN / YILMAZ –İcra**, 136.

<sup>62</sup> ”Usul hukukçuları, ’usul’ kelimesini daha ziyade, yabancı dillerdeki, Prozess, process, proces, processo kelimelerinin anlamında “yargılama” ve hatta “dava” olarak kullanılmaktadırlar”. Proses ise bir şekli değil, belirli bir netice elde etmek için uygulanan kuralların tamamını ifade eder“ **YILMAZ**, 80.

şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Medenî usul hukuku da şekli kurallar koyan hukuk dalı içerisinde yer almaktadır<sup>63</sup>.

Yargılama organları önlerine gelen somut uyuşmazlığa maddî hukuk kurallarını uygularken, önceden tespit edilmiş olan bazı yöntemleri uygulurlar. Bu yöntemler ayrıntıları ile düzenlenmiş olan şekli kurallardır. Başka bir anlatımla yargılama hukukuna şekilcilik hâkimdir ve bu şekilcilik sadece yargılama organlarını değil, yargılamanın taraflarını ve hatta taraf olmayan üçüncü kişileri de bağlar. İşaret edilen şekilcilik sadece özel hukuk yargılamasına değil, anayasa yargısı, idari yargı ve ceza yargılamasına da egemendir<sup>64</sup>.

Medenî usul hukukunda şekilciliğin en önemli işlevi, hukukî güvenliğin sağlanmasıdır. Bu sayede mahkeme ve taraflar neyi ne zaman yapacaklarını rahatlıkla bilebilirler ve yargılamanın neticesini az çok tahmin edebilirler. Ayrıca, şekilcilik, Jering'in "şekil keyfilik yeminli düşmanı ve özgürlüğün ikiz kardeşidir" özdeyişi gibi anlamlandırılırsa, hukuka uygun bir yargılama yapılmasının da teminatı olur. Bu sayede mahkemenin keyfi davranışları önlenmiş gibi, taraflar arasında eşitlik de sağlanmış olur<sup>65</sup>.

Ancak şekil kurallarının medenî usul hukuku açısından yadsınamaz bu öneminin yanında bazı sakıncaları da ortaya çıkabilir. Özellikle çok sıkı olarak şekil kurallarına bağlı kalmak, şekli bir amaç haline getirir. Katı şekilcilik maddî hukukun tanıdığı hakkın ortadan kaldırılması sonucunu doğurur<sup>66</sup>. İşaret edilen neden ise, yargılamada amaca ulaşmayı engeller. Yargılamayı adeta bir santranc oyununa dönüştürür.

Biz medenî usul hukukunda şekilcilik üzerinde dururken, mutad olan şekil kurallarının dışına çıkarak, özellikle abartılı şekil sayılabilecek bir kaç hususa değineceğiz. Bu bağlamda özellikle, hâkimlerin, savcılarının ve avukatların kılık kıyafetlerini, cübbe kavramını ve cübbenin tarihçesini; yemin sırasında veya karar verilmesi sırasında ayağa kalkmamanın herhangi bir müeyyidesi olup olmadığını, yemin metninin eksik söylenmesi halinde bu eksikliğin mahkemenin kararı üzerinde bir etkisinin olup olmadığını inceleyeceğiz.

## **1-Cübbe Giyme Zorunluluğu**

### **a) Cübbe Kavramı ve Cübbenin Tarihçesi**

Cübbe, hukukçuların, üniversite de belli bir aşamaya gelmiş bilim adamlarının ve din görevlilerinin elbise üstüne giydikleri uzun, yanları geniş, düğmesiz giysiyi ifade eder<sup>67</sup>. Cübbe ilk kez eski roma ve oratorlar

<sup>63</sup> YILMAZ, 80.

<sup>64</sup> YILMAZ, 80.

<sup>65</sup> YILMAZ, 80.

<sup>66</sup> YILMAZ, 81.

<sup>67</sup> *Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, C. I., s. 415.

tarafından kullanılmaya başlanmıştır<sup>68</sup>. Bu konudaki ilk yasal düzenleme Fransa da, 2. Fransuva döneminde 15.yy. da yayınlanan emirname ile yapılmıştır<sup>69</sup>. Ülkemizde ise cübbeye ilişkin ilk düzenleme, Avukatlara ait cübbe ve serpuş kullanılması hakkında talimatname ile, 1 mart 1927 de yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre,

Avukatlar, resmi bir husus için hâkime veya savcıya başvurduklarında, genel kurulda ve yönetim kurulunda avukatların tamamı, bazı merasimlerde baroyu temsil eden avukatlar kiske giyeceklerdir. Kendi davasını takip eden avukatlar ise kiske giyip giymemekte serbesttir. Başlığı ise duruşma sırasında hâkim ve avukatlar giymek zorundadırlar. Onların dışındakilerin ise duruşma sırasında başlarının açık olması zorunludur. Ayrıca avukatlar, duruşma salonuna girip çıkarken, karar okunurken ve yemin sırasında başlıklarını çıkartmak; mahkeme salonuna girerken mahkeme heyetini hafifçe selamlamak zorundadırlar.

#### **b)Cübbenin Fonksiyonel işlevi**

Avukatlar bakımından cübbenin ilk fonksiyonel işlevi, savunma tek elini ifade etmesidir. Ancak söz konusu savunma tekeli avukatların bizzat kendilerini savunması hali için değil, başkalarının haklarını savunmaları için öngörülmüştür. Zira, avukatların kendilerinin taraf olduğu davalarda (başkalarının vekâlet görevini almış olsalar dahi) cübbe giyemeyecekleri, yine münhasır vekâlet ifa ettikleri davalar dışında, bilirkişilik, tanıklık ve tercümanlık yaparken cübbe giyemeyecekleri, Avukatların Resmi Kılık Yönergesinin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu ifadeden cübbenin bir başkasının hukukunu savunurken giyileceği anlaşılmaktadır. Bu anlamda cübbenin giyilmesi yargı fonksiyonu ile başlar ve yargılamanın bitmesi ile sona erer. Cübbe yargı bağımsızlığı ve savunma dokunulmazlığı ile özdeşdir<sup>70</sup>. Avukatlar bakımından yönergede işaret edilen, kendisinin mahkeme huzuruna avukat sıfatının dışında başka bir sıfatla çıkması halinde cübbe giyemeyeceğine ilişkin düzenleme aynı zamanda savunma mesleğinin yargının bir parçası olmasının da doğal bir sonucudur ve savunma mesleğinin ifası sırasında meslek ile özdeşleşen bir simgedir<sup>71</sup>.

Cübbenin fonksiyonel işlevlerinden bir diğeri ise, yargı fonksiyonlarındaki görev ayrılığıdır. Adalet huzurunda görev karışıklığına sebebiyet vermemek için, savunma makamı, itham makamı ve karar makamlarının kıyafetleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu ayrılığın başka bir nedeni yoktur<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> **ÇELİK, Adil Giray: Avukatlar Cübbe ile yürüyüş ve Gösteri yapabilirler mi? www:Türk Hukuk Sitesi.com / Forum Alanları /Mesleki Dayanışma, 07.05.2002.**

<sup>69</sup> **ÇELİK, s. int.**

<sup>70</sup> **ÇELİK, s. İnt; Faruk Erem, Meslek Kuralları (şerh), Ankara 1995 , s.**

70.

<sup>71</sup> **ÇELİK, s. İnt.**

<sup>72</sup> **ÇELİK, int; Erem, 70.**

Cübbenin başka bir fonksiyonel anlamı da eşitliği ifade etmesidir<sup>73</sup>. Bu eşitlik, avukatlar arasında bir eşitliği ifade ettiği kadar, yargının üç ayağı olan, iddia, savunma ve karar makamları arasında eşitliği de ifade eder.

### c) Cübbeye Giyme Zorunluluğuna İlişkin Düzenleme

Ülkemizde, avukat hâkim ve savcılarının duruşmalarda ve kanunlarla belirtilen diğer özel günlerde giymeleri zorunlu olan kılık kıyafete ilişkin düzenlemeleri ve bu düzenlemelere aykırı hareket etmeye bağlanan yaptırımları şu şekilde özetlemek mümkündür.

Avukatlar açısından kılık kıyafete ilişkin düzenleme, Avukatlık Kanunu madde 49'da yer almaktadır. Bu düzenleme, avukatların kılık ve kıyafetlerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından belirleneceğini hükme bağlamıştır<sup>74</sup>. Türkiye Barolar Birliği, yedinci Genel Kurul toplantısında avukatların resmi kılık ve kıyafetlerini belirlemiş ve bu yönerge, 1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avukatların resmi kılık yönergesinin 1, 2, 3 ve 4.maddelerinde giyilecek olan kıyafet, rengin koyuluğundan ve parlaklığından, yakanın genişliğine ve sırtının uzunluğuna varıncaya kadar en ince ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Yönergenin 5.maddesinde giyileceği yerler, 7 ve 8. maddelerinde giyilemeyecek haller ve nihayet yürürlük maddesi olan 9. maddesinde yürürlük tarihi belirtildikten sonra, resmi kılığı olmayan avukatların, mahkeme de görev yapamayacağı ve duruşmalara alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Türkiye Barolar Birliği, 27-28 Mayıs 1989 tarihli 20. olağan genel kurulunda, 752/23 sayılı genelge ile, yeni bir meslek kuralı kabul ederek, meslek kuralları şerhinin 20. maddesini şu şekilde değiştirmiştir "Avukatlar ve avukat stajyerleri mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara Türkiye Barolar Birliği'nce şekli saptanmış cübbe ve temiz bir kıyafetle çıkarlar. Erkek avukatlar iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar". Türkiye Barolar Birliğinin bu kararın kaldırılmasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.11.1996 tarih ve 19-92-16977 sayılı bir işlem yapılmış ve bu işlemle, meslek kurallarının 20. maddesinin anayasaya aykırı olduğu, bu nedenle başörtülü avukatların duruşmaya alınıp alınmayacağına takdirinin hâkimlere ait olduğu belirtilmiş ve söz konusu ilke kararının yürürlükten kaldırıldığını, tüm cumhuriyet başsavcılıkları, Devlet güvenlik mahkemesi başsavcılıkları ve bölge idare mahkemesi başkanlıklarına bildirmiştir. Ancak söz konusu idari işlem Danıştay'ın sekiz-

<sup>73</sup> ÇELİK, int; Erem, 70.

<sup>74</sup> Atatürk, ilkelerine uymayan, Türk Toplumunun uygar yaşantısına ve geleneğine karşı düşen hüküm ve davranışları avukatlık mesleğine yaraşır kabul etmek asla mümkün değildir. Bu durumu çevrede bilinen bir kimsenin mesleğe kabulüne Avukatlık Kanununun 5/c. maddesi kesinlikle engeldir. Duruşmalara başörtü ile çıkan avukat kanunun aradığı şartları kaybetmiş sayılacağından 72/a. maddesine göre İevhadan silinmesi gerekir. (26.5.1973-318/4).

[http://www.ankarabarusu.org/tr/mevzuat/TBB\\_ilke\\_kararlari](http://www.ankarabarusu.org/tr/mevzuat/TBB_ilke_kararlari). 27.03.02.

inci dairesi tarafından, Avukatlık kanununun, avukatların resmi kılık ve kıyafetini belirlemek bakımından münhasıran Türkiye Barolar Birliğine yetki verdiği bir alanda, Adalet Bakanlığınca işlem yapılamayacağı gerekçesi ile iptal edilmiştir<sup>75</sup>.

Avukatların kılık kıyafeti ile ilgili işaret edilen düzenlemeler getirilmeye beraber, yönergeye aykırı davranış herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır. Ancak avukatlara ait yetkiler bir başkası tarafından kullanılırsa (dolayısıyla cübbe de giyilirse), Avukatlık Kanunu madde 63,II'nin ihlali sayılır ve ağır para ceza ile altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir<sup>76</sup>. Üçüncü kişiler bakımından öngörülen bu düzenlemenin avukatlara uygulanamayacağı ortada iken, avukatlar bakımından kılık kıyafet yönergesine aykırı davranma halinde hangi yaptırımın uygulanacağına dair açık düzenleme yapılmamıştır. Ancak mesleğe kabule engeller başlıklı, Avukatlık Kanununun 5/c maddesinde ifadesini bulan „Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak“ hükmünden hareketle başörtülü avukatlar, mesleğe kabul edilmemekte veya baro levhasından silinmektedir<sup>77</sup>. Cüppe giymemenin ise, avukatlar bakımından bir yaptırımı düzenlenmiş değildir. Avukatların resmi kılık yönergesinin 9. maddesine göre, avukatlar resmi kılığa uymaksızın, mahkemelerde görev yapamazlar ve duruşmaya alınmazlar. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 150,I'e göre, muhakemenin idare ve zabıta işleri, reise aittir. Bu düzenlemeden hareketle hâkim, cübbesiz duruşmaya gelen (veya duruşma sırasında cübbesini çıkaran) avukatı önce uyarmalı, eylem devam ederse duruşmadan çıkararak bağlı bulunduğu baroyu durumdan haberdar etmelidir. Eylemlerin devamlılığı halinde baro, Avukatlık Kanunu 5/c hükmüne dayanarak, avukatın ismini baro levhasından silmelidir.

Hâkim ve savcılarının duruşmalarda ve adli yıl açılış törenlerinde giyecekleri kılık ve kıyafetleri ise, 2802 sayılı hâkim ve savcılar kanunu madde 112'ye dayanarak çıkarılan “hâkim ve savcının resmi kıyafet yönetmeliği”<sup>78</sup> ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte hâkim ve savcılarının resmi kıyafetleri,

<sup>75</sup> Danıştay 8. HD. E. 1996/5341, K.1998/2204., Karar Yayımlanmamıştır.

<sup>76</sup> **EREM**, 73.

<sup>77</sup> **EREM**, 71.

<sup>78</sup> Bu yönetmelik 29.3.1998 gün ve 23291 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

cübbenin şekli,<sup>79</sup> cübbelerin yakaları<sup>80</sup>, giyileceği yerler, cübbenin altına giyilecek kıyafet ve cübbeyi kullanma süresi<sup>81</sup> ayrıntıları ile gösterilmiştir.

Hâkim ve savcılarının resmi kıyafetine ilişkin bir düzenleme de 2575 sayılı Danıştay Kanununa dayanarak çıkarılmış olan Danıştay kıyafet yönetmeliğidir<sup>82</sup>. Bu yönetmelikle Danıştay meslek mensupları, tetkik hâkimleri ve danıştay savcılarının resmi kıyafeti, hâkim ve savcılarının resmi kıyafetine ilişkin yönetmelikte olduğu gibi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İşaret ettiğimiz bu yönetmeliklerle düzenlenen resmi kıyafetlere uyulmaması halinde ne gibi bir yaptırım uygulanacağına dair açık bir düzenleme yoktur. 2802 sayılı hâkimler savcılar kanunu madde 65/b bendinde her ne kadar, kılık ve kıyafetinde mesleğin gerektirdiği saygınlığı gözetmemek, kınama cezası olarak düzenlenmişse de, burada sözü edilen kılık ve kıyafet yönetmeliklerde belirtilen kılık ve kıyafet değildir. Genel olarak hâkimlik ve savcılık mesleğini küçük düşürücü ve onun saygınlığı ile bağdaşmayan kılık ve kıyafetlerdir. Bu düzenlemenin dışında 2802 sayılı kanunun 63. maddesinde görevde kayıtsızlık ve düzensizlik, uyarma cezasını gerektiren fiiler arasında sayılmıştır. Kanımızca, yönetmelikte belirtilen kılık ve kıyafetlere uymamak bu madde kapsamında değerlendirilmeli ve bu hükme aykırı hareket edenler uyarma cezası ile cezalandırılmalıdır. Zira, 657 sayılı devlet memurları kanunu madde 125, I-g’de, Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmanın uyarma cezasını gerektiren bir fiil olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, Hâkimler ve Savcılar Kanununda disiplin

<sup>79</sup> Yönetmeliğin dördüncü maddesine göre: hakim ve savcılarının resmi kıyafeti, siyah parlak kumaştan yapılmış, geniş kollu, düğmesiz cübbedir. Bu cübbelerin yakalarından başlamak üzere ön kısımları ile iki kol ağzında ve sert yaka kısmının iç ve dışında, Ceza mahkemelerindeki hakim ve savcı sınıfından olanlar için kırmızı, Hukuk mahkeme ve mercilerindekiler için yeşil, İdari yargı hakimleri için gri, renkli astar bulunur.

Savcı sınıfından olanlar ayrıca cübbenin ön yüzünde, sağ omuzundan sarı bir düğme ile başlayış göğüs orta kısmı hizasında biten ve sarkık bir şekilde duran simden yapılmış geniş örgü kordon takarlar. Ayrıca, ek -1’de cübbenin şekli de gösterilmiştir.

<sup>80</sup> Yönetmeliğin cübbelerin yakaları başlıklı beşinci maddesine göre: cübbe yakaları sert ve dik olup üzerine , Adli yargıda mahkeme başkanı ile ağır ceza cumhuriyet başsavcısı, idari yargıda ise, bölge idare mahkemesi başkanı ünvan ve sıfatını taşıyanlar, tüm yakayı çeviren defne dalı biçiminde sarı sırma (Ayrıca şekli de gösterilmiş), Adli yargıda diğer hakim ve savcılarda, idari yargıda diğer mahkeme başkanları ile, bölge idare mahkemeleri için, yakanın sadece üst ve yan kenarları için defne dalı biçiminde sarı sırma (Ayrıca şeklide gösterilmiş), İdare ve vergi mahkemeleri içinde yakanın sadece üst kenarında defne dalı biçiminde sarı sırma, işlenir. Ayrıca bu yaka şekli ek-1 de çizgilerle gösterilmiştir.

<sup>81</sup> Cübbenin kullanma süresi beş yıldır ve cübbeler Adalet Bakanlığınca sağlanır.

<sup>82</sup> Bu yönetmelik 31.01.2002 gün ve 24657 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

cezalarının sıralaması da farklıdır. Söz konusu kanuna göre, uyarma cezasından sonra, aylıktan kesme cezası ve ondan sonra kınama cezası öngörülmüştür. Oysa 657 sayılı kanun disiplin cezalarını, uyarma, kınama, aylıktan kesme... şeklinde sıralamıştır. Bu nedenle, hâkimler ve savcılar bakımından resmi kılık ve kıyafete uymamayı kanun koyucu bu kadar ağır bir müeyyide ile cezalandırmış olamaz.

#### **d) Cübbe Giyme Zorunluluğuna İlişkin Değerlendirme**

Cübbe giyme zorunluluğuna ilişkin olarak, verilen bilgiler çerçevesinde şu şekilde bir değerlendirme yapmak mümkündür:

Öncelikle üzerinde durulması gereken husus cübbe giymemenin verilen kararlara bir etkisinin olup olmayacağı sorunudur. Cübbe giyme zorunluluğunun maddî hukuka dayanan temyiz sebepleri ve mutlak bozma sebepleri içerisinde olmadığı açıktır. Nisbi temyiz nedeni ise, Hukuk Usulü Muhakemeli Kanunu madde 428,I-4 ve II' ye göre, bir usul hukuku kuralının yanlış uygulanmış olması ve bu yanlış uygulamanın da karara etki etmiş olmasıdır. Cübbe giymemenin nisbi bir temyiz nedeni de teşkil edemeyeceği ortadır. Netice itibarıyla cübbe giymemenin yaptırımının bireysel olduğu ve verilen kararlara herhangi bir etkisinin olmadığı söylenebilir.

Bugün için özellikle avukatlık mesleği bakımından bütün ülkelerde cübbe giyildiği söylenemez. Mesela, Bulgaristan, Rusya ve Kazakistan da cübbe giyme zorunluluğu yoktur. Bazı ülkelerde ise bazı mahkemeler de yapılan yargılama sırasında avukatların cübbe giyme zorunluluğu yoktur. Mesela Almanya da sulh hukuk mahkemesinde görülen davalarda cübbe giymek zorunlu değildir. Pakistan da ise, anayasa mahkemesi üyeleri dışında cübbe giyme zorunluluğu yoktur. Çin'de cübbe giyme zorunluluğu olmasına rağmen, mahkemeye saygı için koyu elbise giymek zorunludur. İngiltere de siyah renkli giysi ile birlikte Barrister-at -Low'lar duruşmalarda beyaz peruk takmak zorundadırlar. Solist'ler duruşmalara girmedikleri için cübbe giyme zorunlulukları bulunmamaktadır<sup>83</sup>.

Sonuç olarak cübbe giyme zorunluluğunun tarihi kaynaklarının olduğu ve savunma mesleğinin kutsallığının bir göstergesi olduğu söylenebilirse de; cübbe giymenin zorunlu olduğu ülkelerde savunma mesleğinin ve yargılamanın layıkıyla ciddi bir şekilde yapıldığı, cübbe giymenin zorunlu olmadığı ülkelerde ise gayri ciddi yapıldığı söylenemez.

#### **2- Yemine İlişkin Bazı Eksikliklerin Varlığı Halinde Şekilcilik**

Yeminin tarihi de en az cübbenin tarihi kadar eskidir. Yemine ilk olarak eski mısır ve yunan kaynaklarında rastlanılmıştır<sup>84</sup>. Bütün

<sup>83</sup> ÇELİK, s. int.

<sup>84</sup> YILMAZ Ejder: *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*, Ankara 1989, s.30 (YILMAZ, -Yemin).

medeniyetler de ve bütün ülke hukuklarında yemin şu veya bu şekilde yer almış veya almaktadır<sup>85</sup>. Ancak bütün ülkelerdeki yeminin ortak özelliği, herkesce kutsal sayılan veya yemin edecek kişi bakımından kutsal sayılan değerler üzerine edilmesidir<sup>86</sup>.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 339'a göre, gerek mahkeme tarafından resen teklif edilen yemin, gerekse iki taraftan birisinin teklif ettiği yemin mahkeme huzurunda alenen icra edilir. Yine bu maddeye göre, hâkim yalan yere yemin edilmesi halinde ortaya çıkacak cezai sorumluluk ve yemin hakkında yemin edecek kişiyi bilgilendirir. Daha sonra ise, size sorulan sorular hakkında gerçeği söyleyeceğinize, Allahınız ve namusunuz üzerine yemin edermisiniz diye yemin edecek kişiye sorar ve yemin edecek kişide Allahım ve namusum üzerine yemin ederim der. Böylelikle yemin merasimi tamamlanır.

Kanunda yemine ilişkin olarak sözü edilen düzenleme emredici bir nitelik gösterir. Bu nedenle, yeminin yukarıda işaret ettiğimiz formüle uygun olması gerekir. Bu formüle uygun olmayan yemin delil olarak kabul edilemez. Dolayısıyla hâkimi bağlamaz ve böyle bir yemine dayanarak karar verilemez. Böyle bir yemin kanuna ve usule de aykırılık teşkil eder<sup>87</sup>. Taraf yemini hâkimi bağlar. Tamamlama yemini ise hâkimin kanaatini tamamladığından hâkimde var olan terddütü ortadan kaldırmakta ve o yönde karar verilmesini sağlamaktadır. Tanık yemini ise hâkimi bağlamamakla birlikte, hâkim yeminle tanıklık eden birisinin beyanına dayanarak karar verebilir. Ancak yemin metninde hâkimin, yemin edecek kişinin beyanına güvenini sağlayan unsur "Allah ve namus" unsurudur. Bu nedenle bu unsurlardaki eksiklik doğrudan doğruya hâkimin kararını etkileyecektir. Bu nedenle, eksik unsurlu yeminin nisbi bir temyiz nedeni teşkil edeceği aşikardır.

Yemine ilişkin ihlal edilen her kural da nisbi temyiz nedeni olamaz. Mesela, tanığa ifadesinden sonra yemin verdirilmesi gerekirken önceden yemin verdirilmesi veya yeminsiz dinlenecek kişilere yemin ettirilmesi gibi hallerde yemin prosedürüne uyulmaması hâkimin kararına etkili olmadığından bir temyiz nedeni de teşkil etmez<sup>88</sup>.

Yemin edilirken ayağa kalkılıp kalkılmayacağı veya kimlerin ayağa kalkacağı konusunda her hangi bir düzenleme mevcut değildir<sup>89</sup>. Ancak yeminin kutsallığı gereği yemin edilirken hâkimler de dahil salonda bulunan herkes ayağa kalkmaktadır<sup>90</sup>. Bu kurala uymamakta mahkemenin verdiği

<sup>85</sup> Ancak sosyalit ülkelerde sosyalizmin bir gereği olarak yemine usul yasalarında yer verilmemiştir. Bkz., **YILMAZ**, -*Yemin*, 30.

<sup>86</sup> **YILMAZ**, -*Yemin*, 39.

<sup>87</sup> **YILMAZ**, -*Yemin*, 141.

<sup>88</sup> **AKCAN Recep**: *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999, s.173, 174.

<sup>89</sup> Daha önce varolan düzenleme için, bkz., Yuk, s.§3-A,I/ 1a.

<sup>90</sup> **YILMAZ**, -*Yemin*, 144.



hükme etki etmeyeceğinden bir temyiz nedeni olamaz. Ancak duruşmanın inzibatını sağlamakla görevli olan hâkim, yemin edilirken ayağa kalkmayanları duruşma salonundan çıkarabilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 339' a göre yemin aleni edilmelidir. Aslında bu medenî usul hukuku alanında geçerli olan alaniyet ilkesinin bir neticesidir. Bu kurala uymamak (gizli yapılması gereken bir yargılama değilse) alenilik ilkesinin bir ihlali olacağından mutlak bir temyiz nedenidir<sup>91</sup>. Zira, Anayasa madde 141 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 149'un amir hükmüne aykırı hareket etmek, başlı başına kamusal denetim mekanizmasını devre dışı bırakmak anlamına gelir. Bu bağlamda, hâkimlerin duruşmaya başlarken, aleni duruşmaya başlanıldığını belirterek bu hususu tutanağa geçirmeleri anlamlıdır (Maktu kâğıtlar veya kaşe kullanılsa bile). Çünkü duruşmanın aleni yapıldığını tutanaklar dışında ispatlama imkânı yoktur. Basit ve formalite imiş gibi görünen bu kural aleniliğin ispat vasıtası ve yargıya duyulan güvenin bir aracıdır. Keyfiliği bertaraf eder. Bu nedenle bu kurala uyulmaması da mutlak bozma nedeni teşkil etmelidir.

## II-Medenî Usul Hukukunun Amacı Yönünden Şekilcilik

Medenî usul hukukunun amacının ne olduğu hususunda doktrinde ortaya atılmış birbirinden farklı görüşler vardır<sup>92</sup>. Ancak, biz konumuz gereği bu görüşlerin hepsini teker teker irdelemeyip, söz konusu görüşleri başlıklar halinde toparlayıp geçeceğiz.

Medenî usul hukukunun amacı konusunda ortaya atılan görüşleri şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

- Medenî usul hukukunun amacının kesin hükme ulaşmak olduğunu savunan saf yargılama hukuku görüşü,
- Kendiliğinden hak almayı ikame etme görüşü,
- Maddî gerçeğe veya gerçeğe ulaşma görüşü,
- Hukukî barışı koruma görüşü,
- Adalete ulaşmak veya adaletli karar vermek görüşü,
- Hukuk düzenini gerçekleştirmek görüşü,
- Hakları korumak, gerçekleştirmek veya tespit etmek görüşü

Bu görüşlerden çok eskimiş olan ihkaki hakı ikame etme görüşü bir tarafa bırakılacak olursa, bugün için hepsini savunmak mümkündür. Ancak

<sup>91</sup> AKCAN, 71 vd.

<sup>92</sup> Bu konuda bkz., TAŞPINAR Sema: *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s. 759-787; YILMAZ Ejder: *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, Ankara 1982, s. 1 vd (YILMAZ, -Islah); KONURALP Halûk: *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 1999, s. 5 vd.

hangi görüş kabul edilirse edilsin, maddî hukukun tanıdığı hakka mahkemeler vasıtasıyla ulaşmayı isteme çabası ortadır. Mahkemeler ise maddî hukukun tanıdığı hakkı, sahibine teslim etmeye çalışırken bir takım kurallara da uygun hareket etmelidir. Ancak burada uyulması gereken kuralların sınırının ne olduğu bir problem teşkil edebilir. Yargılama esnasında hiç şekil kuralı öngörmemek keyfiliğe yol açabileceği gibi, hukukî işlem güvenliğini de bertaraf eder. Ayrıca, yargıya güveni de sarsar. Aşırı şekil kuralları öngörmek ise, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı çok güçleştirebileceği gibi bazen de imkansızlaştırabilir.

Hukuka uygun bir yargılama yapmanın güvencesini teşkil eden şekilcilik, maddî hakkı yutacak derecede kullanılmamalıdır. Başka bir ifade ile şekilcilik medenî usul hukukunun amacına hizmet eden bir araç olmaktan çıkılarak bir amaç haline getirilmemelidir. Aksi takdirde yargılama taraflar arasında usulün şekilciliğini kullanma yarışına döner ve medenî usul hukukunun amacı bir tarafa bırakılır<sup>93</sup>. Bu yarış neticesinde verilecek kararlar ise, esas hakkın yitirilmesi neticesini doğurur ki, bu adalet / nesafet ve usulî hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmaz<sup>94</sup>. Katı şekilciliğin maddî hukukun doğurduğu hakların kaybına neden olması, vatandaşların hukuka olan saygısını yitirme neticesi doğuracağından, toplumsal barışın bozulmasına yol açar<sup>95</sup>. Öyleyse burada kanun koyucu, mümkün mertebe yargılamayı süratlendirici ve gerekli olan şekli düzenlemelidir<sup>96</sup>. Bu düzenleme o işlem için gereken şekli aşmamalıdır. Şekli, o kuralla ulaşılmak istenen menfaat sınırlamalıdır<sup>97</sup>. Geçerlilik şekil şartı olmayan bir şekil kuralı ancak, işlem güvenliğinin gerektirmesi, taraflar ve mahkeme bakımından gerekli olması halinde düzenlenmelidir. Bu şekil makul bir anlam ve amaca sahip olmalıdır<sup>98</sup>. Hâkim de her somut olayın şartlarına göre karar vermeli ve şekilsizlik ile aşırı şekilcilik arasında bir orta yol bulmalıdır<sup>99</sup>. Ayrıca, hâkim, şekile ilişkin diğer düzenlemeleri de anaysaya uygun olarak, hak arama özgürlüğüne aykırı olmayacak şekilde yorumlamalı ve aşırı şekilciliğin önüne geçmelidir<sup>100</sup>.

Medenî usul hukukunun amacı yönünden şekilcilik, hiç bir şekilde maddî hukukun tanıdığı hakkı ortadan kaldırılabilecek şekilde kullanılmamalı, onun özünün başladığı yerde bitmelidir.

### III-Medenî Usul Hukukunda Süreler Yönünden Şekilcilik

<sup>93</sup> YILMAZ, 81.

<sup>94</sup> YILMAZ, 81.

<sup>95</sup> YILMAZ, 82.

<sup>96</sup> LUTZ Oskar: *Gültigkeits-und Ordnungsvorschriften im Prozoss*, (Schweizerische Juristen-Zeitung, Heft 10, Zürich 15 Mai 1948, s.148,- 151), s. 150.

<sup>97</sup> SCHMID, 76.

<sup>98</sup> LUTZ, 145.

<sup>99</sup> SCHMID, 29.

<sup>100</sup> SCHMID, 57.

Medenî usul hukukunda düzenlenmiş olan sürelerin bir kısmı mahkemeler için öngörölmüş olan sürelerken, bir kısmı da taraflar için öngörölmüş olan sürelerdir. Mahkemeler açısından öngörölmüş olan süreler hak düşürücü değildir (HUMK, m.225, 381,II gibi). Bu nedenle o sürede işlemin yapılmaması işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ancak süresinde işlemin yapılmaması kusurlu ise hâkimin disiplin sorumluluğunu ve tazminat sorumluluğunu gerektirebilir<sup>101</sup>.

Taraflar için ise iki türlü sürenin varlığından bahsedilebilir. Kanunun verdiği süreler kural olarak kesin ve hak düşürücüdür. Meselâ, temyiz süresinde olduğu gibi. Bu sürede işlem yapılmazsa, eski hale getirme şartları da oluşmamışsa, işlem bir daha düzeltilemez. Ancak kanunun tayin ettiği bazı süreler de vardır ki, bu süreler kesin olmayıp hâkim tarafından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 159'a dayanarak uzatılıp kısaltılabilir. Mesela, cevap layihasında olduğu gibi.

Taraflar bakımından hâkim de süre tayin edebilir. Fakat bu süreler kural olarak kesin değildir. Kesin ise hâkim bunu mutlaka kararında belirtmelidir. Hâkimden süre alan taraf süresinde işlem yapmazsa, haklı nedenlere dayanarak yeniden hâkimden süre alabilir. Bu ikinci süre hâkim kararında belirtme bile kesindir. Bir daha uzatılamaz<sup>102</sup>.

Süreler bağlamında şekilcilik değerlendirildiğinde, özellikle mahkemeler için öngörölmüş süreler de mahkemelerin işlemi süresinde yapmamalarına ciddi bir yaptırımın bağlanmamış olması nedeniyle keyfilik ön plana çıkabilir. Ayrıca, mahkemeler için öngörülen süreler içerisinde gerekli işlemlerin yapılmamasına bir müeyyide öngörülmemesi, hak arama özgürlüğüne de bir engel teşkil eder.

Kanun koyucu tarafından kesin süre konulurken, kanun yapma tekniğine uygun olarak, bu süre açıkça ifade edilmelidir. Böylelikle bu sürelerin önceden öğrenilmesi mümkün olabilir<sup>103</sup>.

Benzer durum hâkimin tayin ettiği süreler bakımından da geçerlidir. Hâkim süreleri tayin ederken tarafların menfaatlerini karşılıklı olarak dengelemeli ve söz konusu işlemle korunacak menfaati de dikkate alarak, keyfiligi engelleyici ve maddî hukukun tanıdığı hakka makul sürede ulaşmayı ortadan kaldıracak bir süre vermemelidir. Ayrıca vermiş olduğu süreyi açıkça belirttikten sonra sürenin kesin olup olmadığını da belirtmelidir<sup>104</sup>.

Sürelerin kaçırılmasına karşı kanun bir çare öngörmüştür. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 166'ya göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunda öngörülen veya hâkimin tayin ettiği kesin sürelerin kaçırılması

<sup>101</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, 863.

<sup>102</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, 862.

<sup>103</sup> LUTZ, 151.

<sup>104</sup> LUTZ, 151.

halinde, madde 167'de öngörülen şartlar var ise eski hale getirme yoluna başvurulabilir<sup>105</sup>.

Bu bağlamda yargılamanın kendisi de makul sürede tamamlanmalıdır. Bu süre, yargılamaya katılanların sınırlarını koruyabileceği oranda olmalı ve yargıya başvuruları pişman etmemelidir<sup>106</sup>.

#### IV-İspat Kuralları Yönünden Şekilcilik

İspat talebin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören, hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemidir. İnandırma eylemi için başvuru vasıtalarına ise delil denir<sup>107</sup>.

Medenî usul hukuku alanında kanuni delil sistemi geçerlidir. Bu sisteme göre hâkim, kesin hüküm, senet, ikrar ve yemin delilleri ile bağlıdır. Ancak medenî usul hukukununun bel kemiğini oluşturan ispata ilişkin kuralları (özellikle kanuni delil sistemini) teknolojik gelişmeler değişmeye zorlamaktadır. Bu gün için fax ve e-mail klasik haberleşmenin yerini almış, neredeyse onları yok etmiştir<sup>108</sup>. Hâkimin işaret edilen kesin delillerle bağlı olması, bazı delillerin gerçeği temsil edip etmediğini araştırma yetkisine sahip olmaksızın karar vermesi sonucunu doğurmaktadır<sup>109</sup>.

İspat kuralları bakımından şekilcilik, özellikle belirli vakıaların mutlaka belirli delillerle ispatlanması gereğinden ortaya çıkmaktadır. Özellikle senede karşı senetle ispat kuralı ve belirli bir meblağı geçen hukukî işlemlerin senetle ispatlanması zorunluluğu bu alandaki şekilciliğe bariz örnek teşkil eder (HUMK. m.288). Senetle ispat zorunluluğu olarak ifade edilen bu hallerde maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmak mutlaka kanunun öngördüğü şekilde yapılmalıdır. Aksi halde maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı engeller. Medenî usul hukuku alanında geçerli olan en katı şekilcilik kuralı da senetle ispat zorunluluğudur. Hâkimin somut olayın özelliklerine göre bu kuralı ortadan kaldırma veya yorum yolu ile düzeltme gibi bir imkânı da yoktur. Oysa modern usul hukukunda hâkim, delilleri serbestçe değerlendirir ve getirilen delillerin ileri sürülen vakıaları ispatlamaya yetip yetmeyeceğine karar verir<sup>110</sup>.

#### V- Usul İşlemleri Yönünden Şekil ve Şekilcilik

<sup>105</sup> **TERCAN, Erdal:** *İcra ve İflas Hukuku Açısından Eski Hale Getirme*, (Batider, C.XIX, S.4, s.117-130), s. 117.

<sup>106</sup> **STAACHELİN**, 107.

<sup>107</sup> **YILMAZ**, 82; **KONURALP**, 9; **TAŞPINAR**, 36.

<sup>108</sup> **YILMAZ Ejder:** (**TAŞPINAR Sema:** *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001, Önsözden, s.8), s. 8; **KONURALP**, 11; **TAŞPINAR**, 36.

<sup>109</sup> **KONURALP**, 10; **TAŞPINAR**, 199.

<sup>110</sup> **STAACHELİN**, 106, dn.3.

## 1-Genel Olarak

Usulî işlem, koşulları ve hükümleri yargılama hukuku tarafından belirlenen, yargılamayı yürütmeye ilişkin olarak mahkemenin veya tarafın yaptığı faaliyettir. Bir başka ifade ile usulî işlemler, yargılamayı başından sonuna kadar şekillendiren işlemlerdir. Bu nedenle usul işlemlerinin amacı yargılamayı yönlendirmektir<sup>111</sup>.

Usul işlemleri bir hukukî sonuç elde etmek amacıyla yapılırlar; fakat hüküm ve sonuçlarını usul hukuku alanında doğurarak, usul hukuku alanında etkili olurlar. Bir başka ifade ile usul işlemleri sadece, yargılamada hukukî sonuç doğurup etkili olurlar. Bunun dışında herhangi bir etkileri yoktur. Bu nedenle, bu yönü ile usulî işlem kavramı özel hukuk alanında bir hukukî işlem değildir<sup>112</sup>.

Doktrindeki incelemelerde iki farklı usulî işlem kavramının kullanıldığı görülmektedir. Birincisi dar anlamda usulî işlemdir ve yukarıda verdiğimiz tanım, dar anlamda usulî işlem kavramına da uygun bir tanımdır. Bu tanımdan hareketle, dar anlamda usulî işlemlerde şu unsurların bulunması gerektiği söylenebilir.

- Yapılan usul işlemi davada etkili olmalı.
- Yargılamanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar herhangi bir safhada yapılabilmesi.
- Şartları ve hükümleri usul hukuku tarafından düzenlenmeli.
- Etkileri usul hukuku alanında ortaya çıkmalı.

Doktrindeki bir başka görüş de<sup>113</sup>, usulî işlem kavramından geniş anlamda usulî işlemin anlaşılması gerektiğini savunur. Bu görüşe göre, bir işlemin usul hukuku işlemi olup olmadığını belirlemek için, o işlemin asli ve doğrudan etkilerini hangi alanda doğurduğuna bakmak gerekir. Yani yapılan işlem icra edilebilmekle asli, karakteristik ve doğrudan etkilerini usul hukuku alanında doğuruyorsa, o işlemi usulî işlem saymak gerekir. Bunun haricinde bu işlemi usul işlemi olarak adlandırabilmek için şartlarının usul hukuku tarafından düzenlenmesine gerek yoktur<sup>114</sup>.

Bu görüşün ileri sürdüğü temel ayırıcı kriter olan asli etkilerden, işlemden ayrı düşünilemeyen, bu işlemle hedeflenen etkilerin anlaşılması gerekir. Bu kriterden hareketle, bir davada ileri sürülmekle ya yargılamanın inşasına veya davada durumun ortaya çıkmasına, yargılamanın ilerlemesine veya engellenmesine sebep olan her işlem, usulî işlem olarak kabul edilir.

<sup>111</sup> **YILMAZ**, -*Islah*, 98; **KARSLI**, **Abdürrahim**: *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, İstanbul 2001, s. 29.

<sup>112</sup> **KARSLI**, 25.

<sup>113</sup> **KARSLI**, 43-49; **TAŞPINAR**, 70; **ALANGOYA Yavuz**: *Medenî Usul Hukukunun Esasları*, İstanbul 2000, s.144 (**ALANGOYA –Usul I**).

<sup>114</sup> **KARSLI**, 49; **TAŞPINAR**, 70.

Bu görüşü savunan yazarlar, usulî işlem tanımında yer alan “ taraf veya mahkemece yapılmış olma ” unsurunun onu davadaki diğer fiillerden (mesela davadaki üçüncü kişilerin, tanıkların veya bilirkişilerin işlemleri); usul hukuku alanında etkili olması unsurunun ise, onu maddî hukuk fiillerinden ayırdığını ileri sürerek bu ölçütleri usulî işlem için yeterli saymaktadırlar<sup>115</sup>.

## 2- Usulî İşlemlerin Türleri

Doktrinde, usul işlemi yapan şahıs veya merciye göre taraf usul işlemleri ve mahkeme usul işlemleri olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir.

### a) Mahkeme Usul İşlemleri

Mahkeme usul işlemleri, davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için hâkim tarafından yapılan işlemler ve verilen kararlardır<sup>116</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi en önemli mahkeme usulî işlemleri kararlar ve hükümlerdir. Ancak bunlar dışında mahkemenin iç işleyişi ve dış işleyişi ile ilgili vermiş olduğu kararlarda usulî işlemlerdir.

Mahkemelerin yapmış oldukları en önemli usul işlemleri kararlar ve hükümlerdir. Kararlar da ikili bir ayrıma tâbi tutularak incelenebilir. Bunlardan ilki ara kararlardır.

Ara kararlar, taraflar arasındaki ihtilafı sona erdirmeyip, yargılamanın devamını temin eden kararlardır. Hâkim hüküm verinceye kadar, bir yargılama içerisinde birden fazla ara kararı vermesi mümkündür. Bilirkişi incelemesi yaptırmaya karar vermek, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar vermek gibi. Ara kararlar tek başlarına temyiz edilemezler<sup>117</sup>. Verilen ara kararlar taraflardan birisi lehine usuli müktesep hak doğmamışsa, hâkim ara kararından dönebilir.

Bir diğer karar çeşidi ise mahkemeler tarafından verilmiş olan nihai kararlardır. Nihai kararlar hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran ve tek başına temyiz edilebilen kararlardır. Hâkim, davadan elini çektiği andan itibaren artık bu kararından dönemez<sup>118</sup>.

Nihai kararlarda uyuşmazlığı esastan çözen nihai kararlar; usule ilişkin nihai kararlar ve davanın konusuz kalması halinde verilen “ davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına “ ilişkin nihai kararlar olmak üzere üçe ayrılarak incelenebilir.

### b) Taraf Usul İşlemleri

<sup>115</sup>

KARSLI, 48.

<sup>116</sup>

PEKCANITEZ, 138; TAŞPINAR, 66-70.

<sup>117</sup>

KURU/ARSLAN/YILMAZ, 730.

<sup>118</sup>

KURU/ARSLAN/YILMAZ, 538.

Davanın açılmasından hükmün kurulmasına kadar yargılamanın ilerlemesi amacıyla tarafların aralarında yaptıkları ya da tarafla mahkeme arasında yapılan işlemler taraf usul işlemleri olarak adlandırılır. Bu işlemler, yargılamanın yürütülmesine yarayan ve bu şekilde davanın sonucuna etkili olan irade ve bilgi açıklamalarıdır<sup>119</sup>.

Taraf usul işlemleri de çeşitli ayrımlara tabi tutularak incelenebilir. Taraf usul işlemleri ile ilgili olarak yapılan ilk ayırım, tek taraflı usul işlemleri ve usul sözleşmeleridir. Kural olarak bütün taraf usul işlemleri tek taraflıdır. Ancak bunun istisnasını usul sözleşmeleri oluşturur<sup>120</sup>. Taraf usul işlemleri ile ilgili bunun dışında yapılan en önemli ayırım, usulî işlemin davadaki etkisine göre, yapılan ayırımdır. Usulî işlemin davadaki etkisine göre usulî işlemleri iki başlık altında toplamak mümkündür.

### ***i-Hâkimin Kararıyla Etkili Olan Usulî İşlemler***

Bu tür işlemlerin kendisinden beklenen hukukî sonuçları doğurabilmesi için mutlaka hâkimin bir kararına ihtiyaç vardır. Hâkimin bir kararı olmadan hukukî bir sonuç doğurmazlar. Ayrıca bu işlemler hükmün gerekçesini oluştururlar ve sonuca götürücü işlemlerdir. Bu tür işlemleri de kendi içerisinde üç gruba ayırmak mümkündür.

- **Talepler** : Mahkeme veya mahkeme organlarına hitaben yapılmış ve bir karar verilmesi arzusunu içeren istekler talep olarak adlandırılır. Meselâ, kanun yollarına müracaat, dava dilekçesi, davaların birleştirilmesi talebi gibi<sup>121</sup>. Bu tür işlemler, Alman- İsviçre doktrininde etki etme sonucunu doğuran usulî işlemler olarak adlandırılmaktadır<sup>122</sup>.
- **İddialar** : İddiaları da tarafın, hukukî iddia niteliğinde ileri sürmüş olduğu iddialar ve vakalara ilişkin olarak ileri sürmüş olduğu iddialar diye ikili bir ayırma tâbi tutulabilir. Ancak biz bu ayrımlara konumuzu fazla ilgilendirmediği için girmeyeceğiz<sup>123</sup>. İddialar bir konu hakkında tarafın kendi düşüncesini anlatan açıklamalar olduğundan yargıcı bağlamaz<sup>124</sup>.
- **Delil ikamesi** : İleri sürülen iddianın doğruluğu hakkında hâkimi inandırma faaliyeti ise, delil ikamesi olarak adlandırılır<sup>125</sup>.

### ***ii- Hâkimin Kararı Olmaksızın Etkili Olan İşlemler***

<sup>119</sup> KARS LI, 155; PEKCANITEZ, 131; YILMAZ, 99; ALANGOYA – Usul I, 144.

<sup>120</sup> TAŞPINAR, 73.

<sup>121</sup> KARS LI, 158; YILMAZ, *Islah*, 104.

<sup>122</sup> SCHMİD, 96.

<sup>123</sup> KARS LI, 158; YILMAZ, *Islah*, 104.

<sup>124</sup> KARS LI, 159; YILMAZ, *Islah*, 105.

<sup>125</sup> KARS LI, 160; YILMAZ, *Islah*, 106.

Bu tür işlemlerin etkili olması için hâkimin bir karar vermesine gerek yoktur. İcra edilmeleri ile etkinliklerini kendiliğinden doğururlar. Bunlara örnek olarak; kanun yollarına müracaattan feragat, yeminin ifası veya reddi verilebilir<sup>126</sup>. Bu tür işlemler Alman ve İsviçre doktrininde sebep olam etkili hukukî işlemler olarak adlandırılmaktadır. Zira taraf işlemi yapmakla mahkemece hiç bir karar verilmesine gerek kalmaksızın netice ortaya çıkmaktadır<sup>127</sup>.

### 3- Usulî İşlemler Yönünden Şekilciliğin Değerlendirilmesi

Süreler kısmında yaptığımız değerlendirmeler de usulî işlemlerde şekilciliğin bir boyutunu teşkil etmektedir. Ancak tekrardan kaçınmak için aynı konuya yeniden değinmeyeceğiz. Sürelerin dışında şekilcilik, özellikle hâkimin duruşmanın iç işleyişine ve dış işleyişine ilişkin olarak yapmış olduğu işlemlerde, hâkimin kararı ile etkili olan işlemlerde ve hâkim kararına gerek göstermeyen taraf işlemlerinde kendini gösterir.

Mahkemenin yaptığı usul işlemlerinden kararların ve hükmün mutlaka belirli bazı hususları içerecek olması, gerekçeli olması ve altının hâkim ve zabıt kâtibince imzalanması şekle ilişkin kurallarmış gibi bir izlenim uyandırsa da, kararlar ve hüküm bakımından, bu kurallar şekle değil esasa ilişkin kurallardır. Bu şekilde verilmemiş bir karar veya hüküm düşünülemez. Bu şekle aykırı hareket etme de hükmün bozulmasını gerektirir.

Mahkemenin yargılamanın iç işleyişine ve dış işleyişine ilişkin kurallarda ise şekilcilik daha üst düzeydedir. Yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için bu kuralların mutlaka bu şekilde yapılması şart değildir. Fakat herhangi bir şekilde yapılması şarttır. Mesela, delillerin inceleme sırası veya tebligatın yapılması, duruşma gününün tayin edilmesi ve bildirilmesi gibi. Mahkeme tarafından usul işlemleri yapılırken maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı geciktirecek veya engelleyecek tarzda işlemler yapılmamalı, ayrıca bu tür işlemler yargılamanın makul bir sürede ve belli bir düzen içerisinde yapılmasına hizmet etmelidir. Bu tür işlemler duruma göre bir temyiz nedeni olabilir ve işlemin bozulmasını gerektirebilir. Mesela, tebligat yapılmaksızın duruşma yapılmış olması gibi.

Taraf usul işlemlerinde ise, özellikle hâkimin kararına gerek omaksızın hüküm ve sonuçlarını doğuracak usul işlemlerinin yapılması sırasında da şekil kuralları ön plana çıkabilir. Söz konusu halde de kanun koyucu her iki tarafın menfaatlerini dengeleyici hükümler koymalıdır. Şekle ilişkin getirilen düzenlemeler, usul işlemi yapacak olan tarafın o işlemi yapmasını güçleştirir mahiyette olmamalıdır. Ayrıca diğer tarafında hakkını sürüncemede bırakacak bir nitelik göstermemelidir. Mesela, ıslah açısında kanunumuzda öngörülen düzenlemelerde bu hususun gerçekleştiği söylenebilir. Hukuk

<sup>126</sup>

KARSLI, 161; YILMAZ, *Islah*, 108.

<sup>127</sup>

SCHMID, 97.



Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, bir davada her iki taraf ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir (m.83). Islah sözlü veya dilekçe ile yapılabilir (m.85). Kanun koyucu, ıslahın bir kez yapılmasına izin vererek davanın geciktirilmesini ve maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmanın gecikmesini engellemiş; yazılı veya sözlü olarak yapılmasına izin vermekle de gereksiz formalitelerin önüne geçerek işlemin yapılmasını basitleştirmiştir. Yine, dava dilekçesi ve cevap layihası gibi hâkimin kararına gerek olmaksızın yapılan usul işlemleri, ıslah gibi hâkimin kararına gerek olmayan başka bir usul işlemi ile düzeltilebilmekte veya tamamen yenilenmektedir<sup>128</sup>.

Benzer şekilde taraf usul işlemlerinin düzeltilmesi mümkündür. Bu eksiklikler ek bir süre verilerek tamamlanacağı gibi, yorum yolu ile de düzeltililebilir<sup>129</sup>. Mesela, cevap layihasında veya dava dilekçesinde kanuni noksanlıklar bulunması halinde bu işlemlerin ek süre verilerek düzeltilmesi, ya da idari yargıda yanlış gösterilen davalının mahkeme tarafından doğru davalıya teşmil edilmesi gibi.

### **B-Şekle Aykırılığın Sonuçları**

Medenî hukuk alanında şekil kurallarına uymamanın yaptırımına ve bu alanda geçerli olan şekil kurallarının amacına yukarıda işaret etmiştik. Bu alanda genel kabul gören görüşün, geçerlilik şekil şartına uyulmaması halinde mutlak butlan ve geçerlilik şekil şartına aykırı olarak yapılan bir sözleşmede, tarafların edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse kendine özgü geçersizlik olduğuna da değinmiştik<sup>130</sup>. Yine şekil kurallarının maddî hukuk ve medenî usul hukuku bakımından amacının farklı olduğunu da belirtmiştik<sup>131</sup>. Bu başlık altında tekrardan kaçınmak maksadı ile bu konulara tekrar değinmeyeceğiz.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 82'de, usule yönelik merasim kuralları esaslı merasim ve esaslı olmayan merasim şeklinde ikiye ayrılmış ve esaslı merasime uyulmaması halinde bu işlemde geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır<sup>132</sup>. Bu belirlemeden sonra esaslı merasimden ve esaslı olmayan merasimden ne anlaşılması gerektiği hususuna geçebiliriz.

### **I-Esaslı Olan Şekle Aykırılık**

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 82,I, esaslı merasime riayet edilmeksizin yapılan usule aykırı işlemlerin menfaati bulunan kimsenin davayı takipten evvel<sup>133</sup> talebi üzerine iptal edileceğini hükme

<sup>128</sup> LUTZ, 150, 151; SCHMID, 141.

<sup>129</sup> LUTZ, 150, 151; SCHMID, 141.

<sup>130</sup> Bkz, Yuk, s. §2-A.

<sup>131</sup> Bkz., Yuk., s. § 1-B.

<sup>132</sup> PEKCANITEZ, -Usul, 135.

<sup>133</sup> Bu ifade davayı takipten önce değil, daha sonraki usuli işlemlere girişilmeden önce şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi Taktirde madde 82,I hükmünden beklenen amaç gerçekleşmez. YILMAZ, -Islah, 115.

bağlamıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, kamu düzeni ve usul işlemlerinin amacını gerçekleştirmeye yarayan şekilleri esaslı merasim saymıştır.

### **1-Kamu Düzeni Amacı ile Konulmuş Şekil Kurallarına Aykırılık**

Kanunda hangi işlemlerin kamu düzenine ilişkin olduğu hususunda bir açıklık yoktur. Bu konuda bütün usul işlemleri açısından bir kıstas da koymak mümkün değildir. Zira kamu düzeni değişken bir kavramdır. İşlemi yapan kişiyi düşünmeye sevketmekten başka, kamu gücünü ve otoritesini sağlamak amacı ile konulmuş olan hükümlerin kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilir<sup>134</sup>. Bu anlamda hem mahkemelerin hem de tarafların zamanını tasarruf eden işlemler kamu düzenindedir<sup>135</sup>. Mesela, yargılama sırasında taraflara farklı imkanlar tanınması, davanın gereksiz yere uzatılması, hakkın kötüye kullanılması kamu düzenindedir. Bu nedenle kanun koyucu, ıslahın ve eski hale getirmenin birden fazla yapılmasına izin vermemekle, davanın gereksiz yere uzamasını engelleme ve kötü niyetli insanlara prim vermeme amacını gütmektedir<sup>136</sup>. Benzer şekilde ikinci tanık listesinin verilmesinin yasaklanması ile de aynı amaç güdülmüştür<sup>137</sup>.

Kamu düzeni amacı ile konulmuş olan şekil kurallarına aykırı davranma bağlamında üzerinde durulması gereken husus, şekle aykırı davranma halinde hangi yaptırımın uygulanacağıdır. Kanunun ifadesinden, burada bir iptal edilebilirlik müeyyidesinin varlığı ortaya çıkmaktadır. Çünkü kanun hem bu işlemlerin ileri sürülme zamanını sınırlamış, hem de işlemin ortadan kaldırılmasını tarafın talebine bağlamıştır. Ne var ki bu düzenlemenin kamu düzeni ile uyduğuna söylemek mümkün değildir. Söz konusu düzenlemeler kamu düzeni amacı ile getirilmişse, hâkim bu kurallara aykırı hareket edildiği anda bu davranışa prim vermemeli ve şekle aykırılığı resen dikkate almalıdır<sup>138</sup>.

Yargıtay da verdiği bir kararında, ikrar beyanının tutanağa geçirilip imzalanmaması halinde, kamu düzeni amacı ile konulmuş olan kurallara aykırı hareket edildiği ve bu nedenle böyle bir ikrarın varlığından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> **BİLGE Necip / ÖNEN Ergun**, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara 1978, s. 287; **POSTACIOĞLU İlhan**: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975, s. 339.

<sup>135</sup> **BİLGE/ÖNEN**, 287; **POSTACIOĞLU**, 339.

<sup>136</sup> **PEKCANITEZ**, -*Usul*, 136; **POSTACIOĞLU**, 340.

<sup>137</sup> **PEKCANITEZ**, -*Usul*, 136.

<sup>138</sup> **PEKCANITEZ**, -*Usul*, 137; **POSTACIOĞLU**, 340; **ÜSTÜNDAĞ Saim**: *Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II*, İstanbul 2000, s. 427; **HAKER Mustafa**: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Bakımından Kamu İntizamı*, (IBD., C.XXXIV, 1960, S.11-12, s.407-410) s. 408.

<sup>139</sup> HGK., 24.5.1967., E.9/1378, K.274, İKİD. 79, s. 5468.

Kanımızca da doktrin ve uygulama da ileri sürülen görüşler isabetlidir. Zira kamu düzeni amacı ile konulmuş olan kurallar sadece davanın taraflarını değil, aynı zamanda mahkemenin kendi varlığını da korur<sup>140</sup>. Yargıya güven duyulmasının sağlanmasına ve toplumsal barışa hizmet eder. Bu nedenle hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır.

## **2- Usul İşlemlerinin Amacını Gerçekleştirmeye Yarayan Şekil Kurallarına Aykırılık**

Esaslı merasime uymama hallerinden bir diğeri de, usule uyulmaması dolayısıyla şekil ile güdülen amaca varılamıyor olmasıdır. Böyle bir durumda şekil ile güdülen amaca ulaşılamaması halinde işlemin iptal edilmesi söz konusu olur. O şekil kuralına uyulmamasına rağmen amaca ulaşılmışsa işlemin iptaline gerek kalmaz. Mesela, davalıya gönderilen davetiyede duruşma gün ve saati yoksa ve davalı bu yüzden duruşmaya gelememişse, ilk davetiyeye iptal edilecek, davalıya yeni bir davetiyeye gönderilecektir. Ancak söz konusu eksikliğe rağmen davalı duruşmaya gelmişse artık davetiyenin amacı gerçekleştirildiğinden eksikliğe rağmen davetiyeye iptal edilmeyecektir<sup>141</sup>.

### **II-Esaslı Olmayan Şekil**

Medenî Usul Hukuku alanında, kamu düzenini sağlama ve usul işlemlerinin amacının gerçekleşmesini sağlama dışında öngörülmuş olan şekil kuralları da vardır. Bu tür şekil kuralları ile güdülen amaç diğer tarafın savunmasını kolaylaştırmaktır<sup>142</sup>. İşaret edilen halde, münhasıran o işlemi yapan veya o işlemin karşısında bulunan korunur. Bu yüzden bu işlemler iptal edilmezler (HUMK. m.83,III). Talep üzerine eksik kısımları tamamlatılır veya düzeltilir. Mesela, iki tarafında açık yazım hataları, hâkimin açık yazım hataları her zaman düzeltilebilir (HUMK. m.80). Yine dava dilekçesinde unutulmuş imza eksikliği her zaman düzeltilebilir<sup>143</sup>.

### **C-Şekle Aykırı Usul İşlemlerinin Düzetlenmesi**

#### **I-Mahkeme Usul İşlemlerinin Düzetlenmesi ve Düzeltmeye Yetkili Mercii**

Mahkemenin şekle aykırı işlem yapması halinde, bu işlemlerin düzeltilmesi gerekir. Zira, mahkemenin şekle aykırı bir davranışı nedeni ile maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşılamaması düşünülemez. Ne var ki, şekil kurallarına aykırı davranış ister ilk derece mahkemesi ister son inceleme merci tarafından yapılsın, medenî usul hukukunda tarafların talebi dışında kanun yollarına gidilemediğinden (kanun yararına temyiz dışında), mahkeme taraf-

<sup>140</sup> HAKER, 408.

<sup>141</sup> BİLGE /ÖNEN, 288; PEKCANITEZ, 137; POSTACIOĞLU, 338; ÜSTÜNDAĞ, 426.

<sup>142</sup> BİLGE /ÖNEN, 289; PEKCANITEZ, 137; POSTACIOĞLU, 339.

<sup>143</sup> PEKCANITEZ, -Usul, 137.

ından usul kurallarına uyulmaması da, maddi hukukun tanıdığı haklara kavuşmayı engelleyebilir. Ancak, kanun yoluna gidilmesinden sonra talepte bulunulmasa dahi üst derece mahkemesinin şekil eksikliğini resen dikkate alması mümkündür<sup>144</sup>.

Mahkeme tarafından şekil kurallarına uyulmamış olması halinde işlem, ilk derece mahkemesince henüz nihai karar verilmemişse (hâkim, dava dosyasından elini çekmemişse) şekile aykırılık ilk derece mahkemesince; nihai karar verilmişse temyiz mahkemesi tarafından düzeltilir. Buna göre karar, düzeltilir, bozulur veya düzeltilerek onanır. Ancak mahkemeler tarafından ihlal edilen şekil kuralı, mutlak temyiz nedenlerinden olmalı ya da hükmün esasına etkili olmalıdır (nisbi temyiz nedeni)<sup>145</sup>. Bu iki halden birisi yoksa, ilk derece mahkemesince nihai karar verildikten sonra mahkeme tarafından yapılan şekle ilişkin hataları düzeltmek mümkün değildir.

Temyiz mahkemesince şekil kurallarına aykırı hareket edilmesi halinde, usul kurallarına aykırılık neticesinde bir temyiz nedeni ortaya çıkmışsa, şekil kurallarına aykırılık kararı veren daire veya kurul tarafından incelenip giderilecektir (HUMK. m.440,I-4).

## II-Taraf Usul İşlemlerinin Düzeltilmesi

Taraf usul işlemlerinin düzeltilmesi konusu üzerinde daha önce farklı bölümlerde durduğumuzdan, o bölümlerde değindiğimiz hususlara burada tekrar değinmeyip<sup>146</sup>; bu konuya ilişkin olarak vardığımız neticeleri açıklamakla yetineceğiz. Taraf usul işlemlerinin düzeltilmesi bakımından netice itibarıyla şunları söylemek mümkündür:

Esaslı merasime uymama hallerinden kamu düzenine aykırılık halinde, kanun her ne kadar talep üzerine iptal edilir dese de, hâkim tarafından resen dikkate alınmalı ve düzeltilmelidir.

Esaslı merasime uymama hallerinden, usul kuralının amacının gerçekleşmesine engel olan şekil kuralının varlığı halinde ise, işlemin amacı o kurala uyulmadan da gerçekleşmiş ise, işlem geçerli olarak kalmalı, gerçekleşmemişse talep üzerine iptal edilmelidir.

Esaslı olmayan şekil kurallarına aykırılık halinde ise işlemin iptali yoluna değil, işlemin düzeltilmesi yoluna gidilmelidir.

İşaret edilen bu hususların varlığı halinde işlemi düzeltecek olan ilk derece mahkemesidir. İlk derece mahkemesi şekil kurallarını yorumlarken kanun hükümlerinin emredici olmadığı hallerde, tarafların menfaatlerini dikkate alarak bir yorum yapmalıdır.

<sup>144</sup> YILMAZ, -*Islah*, 111.

<sup>145</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, AKCAN, 1 vd.

<sup>146</sup> Bkz, Yuk., s. § 3, A-III, V-2B., A-V/3, B-I/ 1, 2., B-II.

Hâkimin kamu düzenine aykırılık halinde işlemi iptal etmemesi veya talep üzerine usul kuralının amacının gerçekleşmesine engel olan bir şekil eksikliği nedeni ile işlemi iptal etmemesi, başlı başına bir usule aykırılık teşkil eder. Bu aykırılığın giderilmesi ise, mahkemece yapılan usul işlemlerinin düzeltilmesi başlığı altında incelendiğinden burada tekrar edilmeyecektir<sup>147</sup>.

## SONUÇ

Özel hukukun bütün dallarında farklı amaçlarla şekil kuralları öngörülmüştür. Bu kuralların amacı bazen tarafları korumak ve bazen de kamu düzenini korumak olmaktadır. Bu yönde öngörülen şekiller geçerlilik şekil şartı olarak nitelendirilmektedir. Bunun dışında taraflar yaptıkları işlemleri ispatlamak bakımından da şekil kuralları öngörebilirler. Bazı hallerde ise bu kurallar bizzat kanun koyucu tarafından öngörülmektedir.

Şekil kuralları sınırlı sayı prensibinin uygulandığı medenî hukuk alanında çok katı bir şekilde uygulanmakta ve bu kurallara uymama bazen yokluk, bazen de butlan müeyyidesini doğurmaktadır. Medenî hukukun aksine, borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanında ise geçerli olan irade serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar şekil özgürlüğüne sahiptir. Borçlar kanununun 11. maddesi, şekil kurallarına aykırı davranma halinde geçersizlik müeyyidesini öngörmesine rağmen; doktrin ve uygulama bu halde dahi yapılan işlemi geçerli kılabilmek bakımından, o işleme en az hasar veren kendine özgü geçersizlik görüşünü ön plana çıkarmaktadır. İş hukuku alanında da şekil kurallarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Hizmet sözleşmesi şekil kurallarına aykırı yapılsa bile, işçi ifada bulunmuşsa sözleşme geçersiz olmayacaktır. Bu işçi lehine yorumun bir sonucudur. Toplu iş sözleşmeleri ise, normatif düzenlemeler öngördüğünden taraflar dışında üçüncü kişileri de etkiler. Bu yüzden şekil kurallarına aykırılık halinde toplu iş sözleşmesi geçersiz olur.

Medenî usul ve icra-iflâs hukuku ise niteliği itibarıyla şekilciliğin ön plana çıktığı hukuk alanlarıdır. Bu alanda ön görülen düzenlemelerin çok büyük bir kısmı şekil kurallarına ilişkin düzenlemelerdir. Maddî hukukun tanıdığı haklara bu düzenlemelerde öngörülen kurallar uygulanarak ulaşılır. Ancak öngörülen bu kurallarla maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmak geciktirilmemeli ve engellenmemelidir. Başka bir ifade ile, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmak için bir araç işlevi gören şekilcilik katı bir biçimde uygulanarak amaç haline getirilmemelidir. Bu bağlamda, medeni usul hukukunda ispat kurallarına ilişkin düzenlemeler, sürelerle ilişkin düzenlemeler, usul işlemleri ve medenî usul hukukunun amacı, şekilcilik bakımından önem arzeder.

Mahkeme tarafından yapılan usul işlemlerindeki şekil eksikliği hüküm verilinceye kadar ilk derece mahkemesi tarafından; hüküm verildikten sonra ise kanun yoluna başvurulması halinde, üst derece mahkemesi tarafından

<sup>147</sup>

Bkz, Yuk, s. §3 C.I.

düzeltilir. Ayrıca, ilk derece mahkemesi kararı mutlak veya nisbi temyiz nedenlerinin varlığı halinde üst derece mahkemesince bozulabilir.

Taraf usul işlemleri ise, esaslı merasime uymama hallerinden kamu düzenine aykırılık varsa resen; usul kurallarının amacının gerçekleşmesinin engellenmesi varsa ve usulî işlemin amacı gerçekleşmemişse, talep üzerine iptal edilir. Esasa etkili olmayan şekil eksiklikleri de düzeltilir.

Kanun koyucu şekil kurallarını düzenlerken, taraf menfaatlerini dikkate almalı, her iki tarafın menfaatlerini dengeleyici kurallar öngörmelidir. Getirilen düzenlemelerle maddi hukukun bahsettiği hakka ulaşmak zorlaştırılmamalı veya engellenmemelidir. Ayrıca bu düzenlemeler adil yargılanma hakkını engellememeli ve hak arama özgürlüğünün sınırları içerisinde kalmalıdır. Şekilciliğe ilişkin kanuni düzenlemelerin emredici olmadığı hallerde hâkim de, şekil kurallarını yorumlarken işaret ettiğimiz kıstaslara uygun hareket etmelidir.

Bu bağlamda medeni usul hukukunda söz konusu olan şekle ilişkin düzenlemelerin, işaret ettiğimiz kıstaslara uygun olduğu ölçüde yararlı, bu kıstasların dışına çıktığı oranda ise sakıncalı olduğu söylenebilir.