

Hakemli

19. YÜZYIL MÜŞTEREK HUKUK DOKTRİNİNDEN GÜNÜMÜZE ZAMANAŞIMI ALANINDA İRADE SERBESTİSİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

*Party Autonomy in the Law of Extinctive Prescription From the 19th
Century Doctrine on Ius Commune Until the Present*

Yasin Alperen KARAŞAHİN*

ÖZET

Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde zamanaşımı alanında irade serbestisini – az veya çok – sınırlayan emredici hükümler bulunmaktadır. Zamanaşımının sözleşme ile düzenlenmesi meselesi, ilk olarak müşterek hukuk doktrininde tartışma konusu olmuştur. 19. yüzyılın ilk yarısında bu konuda iki yönde de görüşler savunulurken, söz konusu yüzyılın ikinci yarısında zamanaşımı alanında irade serbestisinin sınırlanması görüşü hâkim olmuştur. Bu görüş zamanaşımının kamu yararını koruduğu düşüncesine dayandırılmıştır ve Kıta Avrupası ülkelerinde kanunlaştırma hareketlerinden sonra da savunulmuştur. Müşterek hukuka dair kaynakların incelenmesi, bu görüşün sorgulanması gerektiğini göstermektedir. Bu tür bir inceleme, söz konusu görüşün Roma kaynaklarında kullanılan *ius publicum* kavramına 19. yüzyılda verilen değişik anlamların iç içe geçmiş olmasından etkilenmiş olabileceğini göstermektedir. Doktrinde giderek artan bir şekilde kabul edilen ve Kıta Avrupası kanunlarında yapılan değişiklikleri de etkileyen bir görüş, zamanaşımının kamu yararını değil, borçlunun özel yararını koruyan bir müessese olduğunu; bu nedenle de, zamanaşımını düzenleme konusunda taraflara daha geniş (ama sınırsız olmayan) bir irade serbestisi tanınması gerektiğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zamanaşımı, irade serbestisi, *ius publicum*, müşterek hukuk, emredici hükümler.

Makalenin Geliş Tarihi: 11.07.2019, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.07.2019

* Dr. Öğretim Üyesi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3611-362

- Değerlendirmeleri ve katkıları için Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Doktor Öğretim Üyesi Yiğit Sayın'a teşekkür ederim.

ABSTRACT

In the legal systems of Continental European countries, there are mandatory provisions that limit party autonomy – more or less – in the law of extinctive prescription. The issue of contractual regulation of extinctive prescription was discussed in the 19th century doctrine on *ius commune*. Whereas opinions in both directions were argued at the first half of the 19th century, the view that party autonomy should be limited in the law of extinctive prescription has prevailed in the second half of the mentioned century. This view has been based on the idea that extinctive prescription protects public interests and has been accepted even after European codifications. The examination of the 19th century sources on *ius commune* shows that this view has to be scrutinized critically. As revealed by such an examination, the mentioned view could be traced back to the fact that the different meanings of the concept of *ius publicum*, which was used in Roman sources, were intertwined in the 19th century. A view, which is accepted increasingly in the doctrine and has affected amendments in European codifications, states that extinctive prescription protects private interests of the debtor instead of public interests and that the parties should therefore be given a wider (however not unlimited) autonomy to regulate prescription.

Keywords: Extinctive prescription, party autonomy, *ius publicum*, *ius commune*, mandatory rules.

GİRİŞ

20. yüzyılda Kıta Avrupası ülkelerinin özel hukuk doktrinlerinde yaygın olan düşünceye göre, zamanaşımı kamu yararını veya kamu düzenini koruyan bir müessesedir ve bu nedenle emredici hükümler ile düzenlenmektedir. Kıta Avrupası ülkelerinin medenî hukuk kodifikasyonlarında zamanaşımı alanında irade serbestisini büyük ölçüde sınırlayan hükümler olması bu düşünceyi desteklemiştir. Ancak, 20. yüzyılın sonlarına yaklaşırken, açıklanan düşünce terk edilmeye başlanmıştır. Bu gelişmenin de etkisi ile 21. yüzyılın başında hazırlanan model kanunlarda zamanaşımı alanında irade serbestisine geniş bir alan bırakılmıştır. Ayrıca, Alman ve Fransız hukuklarında 2002 ve 2008 yılında yürürlüğe giren kanun değişiklikleri ile de zamanaşımını düzenleyen hükümlerin sözleşme ile değiştirilmesi imkânı ciddi ölçüde arttırılmıştır. Türkiye’de 21. yüzyılda özel hukuka dair temel kanunların güncelleştirilmesine rağmen, zamanaşımı alanında irade serbestisini genişletme yönünde hiçbir değişiklik yapılmamıştır.¹ Türk özel hukuk

¹ 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 148. maddesi, 22.04.1926 tarihli Borçlar Kanunu’nun 127. maddesi ile içerik olarak aynıdır. 11.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı

doktrininde zamanaşımının kamu yararını veya kamu düzenini koruyan bir kurum olduğu düşüncesi hâlen yaygındır ve zamanaşımına dair emredici kanun hükümleri bu düşünce ile temellendirilmeye çalışılmaktadır.

20. yüzyıl boyunca Kıta Avrupası ülkelerinde yaygın olarak kabul edilen ve Türk doktrininde hâlen benimsenen bu düşüncenin temelleri müşterek hukuk² (*ius commune*) doktrininde bulunabilmektedir. 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininin incelenmesi, söz konusu düşüncenin anlaşılabilmesi ve sorgulanabilmesi için önemlidir. Bu konudaki eserlerin anlaşılabilmesi için ilk olarak Roma hukukunun zamanaşımına dair kavramlarının ve kurallarının kısaca açıklanması gerekmektedir (bkz. aşağıda I.). Müşterek hukuk doktrininde zamanaşımına dair eserlerde karşımıza çıkan bir kavram, *ius publicum* kavramıdır. Müşterek hukuka dair eserlerin anlaşılabilmesi için bu kavramın anlamının tespit edilmesi gerekmektedir (bkz. aşağıda II.). Roma hukukunun zamanaşımına dair kavramlarının ve kurallarının açıklanmasından ve *ius publicum* kavramının incelenmesinden sonra, 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininde zamanaşımının amacı ve zamanaşımı alanında irade serbestisinin sınırları hakkında savunulan görüşleri açıklamak mümkün olmaktadır (bkz. aşağıda III.). Bu açıklamalar, 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrinindeki görüşlerin 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'na olan etkisini (bkz. aşağıda IV.) ve 19. yüzyılda yapılan diğer kanunlaştırmalar ile karşılıklı etkileşimini göstermektedir (bkz. aşağıda V.). 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininden beri savunulan ve 20. yüzyıl boyunca etkilerini sürdüren görüşlerin sorgulanması, zamanaşımı alanında irade serbestisine yönelik yeni bir yaklaşım geliştirilmesini sağlamıştır (bkz. aşağıda VI.). Ancak bu yeni yaklaşım Türk kanun koyucusunu etkilememiştir. Kıta Avrupası ülkelerinde kanun koyucular ve doktrin tarafından terk edilmeye başlanan görüşler, Türk doktrininde de hâlen oldukça etkilidir. Bu makale, söz konusu görüşlerin temelini ve gelişimini ortaya koyarak bu görüşlerin sorgulanmasına – küçük de olsa – bir katkıda bulunabilme amacı ile yazılmıştır. Ayrıca, Roma hukuku kavramlarının ve müşterek hukuk doktrininin günümüz hukuk düşüncesine olan etkileri de bu vesile ile tekrar görülebilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 6. maddesi de, 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 6. maddesi ile aynı düzenlemeyi içermektedir.

² Müşterek (ortak) hukuk (*ius commune*) hakkında genel bilgiler için bkz. **Karadeniz Çelebican**, Özcan, Roma Hukuku, 17. Bası, Ankara 2014, s. 83-84.

I. ROMA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Zamanaşımı ile ilgili Roma hukuku kurallarının anlaşılabilmesi için öncelikle Roma hukukunda dava (*actio*) kavramı ele alınmalıdır (bkz. aşağıda A.). Daha sonra Roma hukukunda zamanaşımına dair kuralların gelişimi incelenebilir (bkz. aşağıda B.).

A. ROMA HUKUKUNDAKİ DAVA (*ACTIO*) KAVRAMI VE GÜNÜMÜZ HUKUKLARINDAKİ HAK VE TALEP KAVRAMLARI İLE İLİŞKİSİ

Günümüzde Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde maddî hukuk kurumları olarak “hak” ve “talep” ile usul hukuku kurumu olarak “dava” arasında ayırım yapılmaktadır. Bir yanda maddî hukuk düzeni tarafından tanınan bir hak vardır.³ Diğer yanda ise, bu hakkın bir kişi tarafından ihlâl edilmesi veya tehlikeye düşürülmesi durumunda mahkemeye yönelik hukukî koruma talebini ifade eden dava bulunmaktadır.⁴

Müşterek hukuk doktrininde de hak ve dava kavramlarının benzer şekilde ayrılması ile karşılaşılıyordu.⁵ Roma kaynaklarında ise, hak ve dava olarak iki ayrı kavram kullanılmıyordu. Roma hukuku sadece davaları düzenlemekteydi. Roma hukuku tarafından kişiye bir dava (*actio*) tanınan hâllerde, kişinin bir hakka veya talebe sahip olduğu ifade edilebilirdi.⁶ Bu nedenle, Roma hukukunda dava kavramının – maddî hukuk alanında – hak kavramını da ifade ettiği belirtilebilir. *Windscheid* ise, Roma hukukundaki dava kavramının tam olarak “hak” kavramını değil, “talep” kavramını ifade ettiğini savunmuştur.⁷

³ **Pekcanitez**, Hakan, “§ 1 Medenî Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler”, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammed/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 8.

⁴ Günümüzde dava kavramı için bkz. **Pekcanitez**, Hakan, “§ 9 Dava Hakkında Genel Bilgiler”, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammed/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 923.

⁵ Bu konuda açıklamalar için bkz. **Windscheid**, Bernhard, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, s. 1-3.

⁶ Roma hukukunda dava (*actio*) kavramı ve hak ile ilişkisi için bkz. **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 118-119; **Kaser**, Max/**Knütel**, Rolf/**Lohsse**, Sebastian, Römisches Privatrecht, 21. Bası, Münih 2017, § 4 n. 6-7; **Metzger**, Ernest, “Actions”, Metzger, Ernest (ed.), A Companion to Justinian’s Institutes, Londra/New York 1997, s. 208 vd. Roma hukukunda hak ve davanın farklı kavramlar olduğu görüşü için bkz. **Tamer Güven**, Diler, Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 61.

⁷ **Windscheid**, s. 5-6. Yazar bu görüşünü aynı haklara dayalı olarak açıklamaktadır. Yazar, aynı hakkın bir kişi ile eşya arasındaki ilişkiyi düzenlediğini kabul etmektedir. Dava ise,

B. ROMA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMININ GELİŞİMİ

Roma hukukunda önce hak kazandırıcı zamanaşımı kurumu ortaya çıkmıştır (bkz. aşağıda 1.). Hak düşürücü zamanaşımı (dava zamanaşımı) ise, hak kazandırıcı zamanaşımına dair bazı kurallara dayalı olarak daha sonra kabul edilmiştir (bkz. aşağıda 2.).

Birbirlerinden farklı zamanlarda ve şekillerde gelişen bu iki kurum, müşterek hukuk doktrininde tek bir zamanaşımı kavramı altında toplanmış ve ortak kurallara tabi tutulmaya çalışılmıştır.⁸ Müşterek hukuk doktrini zamanaşımını, hak kazandırıcı zamanaşımı (iktisabî müruruzaman) (*praescriptio acquisitiva*) ve hak düşürücü zamanaşımı (ıskatî müruruzaman)⁹ (*praescriptio extinctiva*) şeklinde ikiye ayırmıştır.¹⁰ 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu ve 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu bu düşünce şeklinden etkilenmiş¹¹ ve iki kurumu ortak bir başlık altında düzenlemiştir.¹² Müşterek hukuk doktrininde uzun süre benimsenen bu yaklaşım *Savigny* tarafından eleştirilmiştir.¹³ 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu'nda ve 1905 tarihli İsviçre Medenî Kanunu ile 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda hak kazandırıcı zamanaşımı (*Ersitzung*) ile hak düşürücü zamanaşımı (*Verjährung*) birbirlerinden ayrı düzenlenmiştir.¹⁴

sadece iki kişi arasındaki ilişkiyi ifade etmek için kullanılabilir. Bu nedenle dava, aynı hakkı değil, bu hakka dayanan talebi ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **Metzger**, s. 209. Bu yazar da, *actio* kavramının değişik anlamlara gelebildiğine işaret ettikten sonra, kavrama genel olarak talep (*claim*) anlamını vermektedir.

⁸ **Coing**, Helmut, *Europäisches Privatrecht*, Band II, 19. Jahrhundert, Münih 1989, s. 280; **Kaser/Knütel/Lohsse**, § 4 n. 14. Ayrıca bkz. **Zimmermann**, Reinhard, "Chapter 14: Prescription", Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard (ed.), *Commentaries on European Contract Law*, Oxford 2018, Introduction before Art. 14:101, n. 3.

⁹ Günümüz Türk hukukunun düzenlemelerine uygun olmasa da, müşterek hukuk kaynaklarında kullanılan ifade olması nedeniyle, makalede hak düşürücü zamanaşımı (ıskatî müruruzaman) ifadesi kullanılacaktır.

¹⁰ **Coing**, Cilt 2, s. 280.

¹¹ **Zimmermann**, *Commentaries*, Introduction before Art. 14:101, n. 3. Avusturya Medeni Kanunu açısından bu yönde **Apathy**, Peter, "Verjährung des Anspruchs, der Klage oder des Rechts?", Pichonnaz, Pascal/Vogt, Nedim Peter/Wolf, Stephan (ed.), *Spuren des römischen Rechts*, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, s. 3.

¹² Fransız MK (2008 yılından önceki hâli ile) m. 2219 vd.; Avusturya Medenî Kanunu § 1451 vd. Bu konuda bkz. **Coing**, Cilt 2, s. 280-281; **Kaser/Knütel/Lohsse**, § 4 n. 14.

¹³ **Von Savigny**, Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Rechts*, Band V, s. 266-267.

¹⁴ Alman MK § 194 vd. ile § 937 vd., İsviçre MK m. 661-661 ve m. 728 ile İsviçre BK m. 127 vd. Bu konuda bkz. **Kaser/Knütel/Lohsse**, § 4 n. 14.

1. HAK KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI

Roma hukukunun erken dönemlerinden beri hak kazandırıcı zamanaşımı kurumu mevcuttu. 12 Levha Kanunları'nda *ius civile* mülkiyetinin¹⁵ kazanılmasının bir yolu olarak *usucapio* kabul edilmişti.¹⁶ Buna mukabil, *ius civile* mülkiyeti kurulamayan eyalet topraklarında, *usucapio*'nun işlevini – kısmen – yerine getirmek üzere, emirnameler ile *praescriptio longi temporis* (uzun zaman def'i) düzenlenmişti. *Praescriptio longi temporis*, önceleri sadece bir def'i teşkil ediyordu. Zaten *praescriptio* kelimesi de, klasik sonrası dönemde, davada ileri sürülen def'ie verilen addı.¹⁷ Taşınmaza (on veya yirmi yıllık) belli bir süre boyunca aralıksız ve iyiniyetli zilyet olan kişiye karşı malik tarafından açılan istihkak davasında söz konusu def'i ileri sürülerek davanın reddi sağlanabiliyordu. Ancak, sürenin geçmesi zilyede mülkiyet hakkını kazandırmıyordu.¹⁸

Doğu Roma İmparatoru *Iustinianus* tarafından 529 yılında kabul edilen bir emirname ile *usucapio* ve *praescriptio longi temporis* kurumları yeniden düzenlenmiştir. *Praescriptio longi temporis* bir def'i olmaktan çıkarılmış ve taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının bir yolu olarak kabul edilmiştir.¹⁹ Ayrıca, bu kurum, hem İtalya arazilerinin hem de eyalet arazilerinin kazanılmasının bir yolu hâline getirilmiş ve bu açıdan mevcut olan farklılık ortadan kaldırılmıştır.²⁰ *Usucapio* ise, taşınmazların mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımı ile iktisabını ifade eden terim hâline getirilmiştir.²¹

¹⁵ Roma hukukunda mülkiyet *ius civile* veya *ius gentium* (*ius naturale*) hükümlerine göre kazanılabildi. Bu ayrım yapılırken esas alınan ölçütler, iktisap edilecek malın ve iktisap edecek kişinin nitelikleridir. *Ius civile* mülkiyeti sadece İtalya toprakları üzerinde Roma vatandaşları tarafından sahip olunabilen mülkiyet türüydü. Bu konuda açıklamalar için bkz. **Karadeniz Çelebican**, Özcan, Roma Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2015, s. 132; **Günel**, Nadi, Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (*Usucapio*), Ankara 2006, s. 15 vd.

¹⁶ **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 191-193; **Günel**, s. 39 vd.

¹⁷ **Pichonnaz**, Pascal, "Ursprung und Begründung der Verjährung in historischer Hinsicht", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Cilt: 132, Yıl: 2015, s. 516-517. Ayrıca bkz. **Coing**, Helmut, Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), Münih 1985, s. 183; **Kaser/Knütel/Lohsse**, § 4 n. 14; **Zimmermann**, Commentaries, Introduction before Art. 14:101, n. 1.

¹⁸ **Berger**, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1991, s. 645; **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 194; **Günel**, s. 44-45.

¹⁹ **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 195; **Günel**, s. 45 ve 51. Ayrıca bkz. **Coing**, Cilt 1, s. 184; **Pichonnaz**, Ursprung, s. 518-519.

²⁰ **Berger**, s. 645; **Günel**, s. 53.

²¹ **Berger**, s. 645; **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 195; **Günel**, s. 46 ve 53. Ayrıca bkz. **Coing**, Cilt 1, s. 184.

2. HAK DÜŞÜRÜCÜ ZAMANAŞIMI (DAVA ZAMANAŞIMI)

a. Tarihî Gelişim

Roma hukukunun klâsik döneminde, dava açılması (hakların veya taleplerin ileri sürülmesi) için genel bir süre sınırı kabul edilmemişti. Sadece *praetor* veya *aedilis curulis* tarafından tanınan bazı davalar için belli süreler öngörülmüştü.²² Diğer davalar ise, herhangi bir süre sınırına tâbi olmaksızın açılabilen “daimî davalar” (*actiones perpetuae*) niteliğindediydi. Doğu Roma İmparatoru II. Theodosius tarafından 424 yılında kabul edilen bir emirname²³ ile bu tür daimî davalar için otuz yıllık bir süre kabul edilmiştir.²⁴ Bu emirname, eskiden sadece istihkak davalarına karşı ileri sürülebilir (ve o dönemde hâlen mülkiyeti kazanma yolu olmayıp sadece def'i teşkil eden) *praescriptio longi temporis*'i bütün davalara karşı ileri sürülebilir hâle getirmiştir.²⁵ Bu tarihî gelişim, müşterek hukuk doktrininde hak kazandırıcı zamanaşımı (*praescriptio acquisitiva*) ve hak düşürücü zamanaşımı (*praescriptio extinctiva*) kurumlarının beraber incelenmesinin nedenini ortaya koyar niteliktedir. Hak kazandırıcı zamanaşımının bir türü olan *praescriptio longi temporis*'e dair kuralların bir kısmı hak düşürücü zamanaşımına da uygulanmıştır.²⁶

²² Apathy, s. 2; Dernburg, Heinrich/Biermann, Johannes, Pandekten, Cilt: 1, 6. Bası, Berlin 1900, s. 33; Kaser/Knütel/Lohsse, § 4 n. 11; Pichonnaz, Ursprung, s. 514-515; Tamer Güven, s. 53-54; Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press 1996, s. 770 dn. 147; Zimmermann, Commentaries, Introduction before Art. 14:101, n. 2. *Iustiniani Institutiones*'ten bu konu ile ilgili bir kısmın Latince metni ile Almanca ve Fransızca tercümesi için bkz. Peter, Hansjörg, Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht, Zürich/Basel/Cenevre 2011, s. 138-139.

²³ C.7.39.3.1. Emirnamenin Latince metni ile Almanca ve Fransızca tercümeleri için bkz. Peter, s. 142.

²⁴ Apathy, s. 3; Berger, s. 347; Dernburg/Biermann, s. 33-34; Kaser/Knütel/Lohsse, § 4 n. 12; Zimmermann, Reinhard, Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, Cambridge 2002, s. 69; Zimmermann, The Law of Obligations, s. 769-770; Zimmermann, Commentaries, Introduction before Art. 14:101, n. 2. Bu emirnameden sonra “*actiones perpetuae*” kavramı otuz yıllık zamanaşımına tâbi davaları ifade etmek için kullanılmıştır (Berger, s. 347; Tamer Güven, s. 54).

²⁵ Pichonnaz, Ursprung, s. 519; Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, 11. Basıdan Tıpkı 12. Bası, İstanbul 2016, s. 190; Tamer Güven, s. 54.

²⁶ Mesela zamanaşımının hak sahibi tarafından dava açılması sonucunda kesilmesi ve hak sahibinin dava açması mümkün değilken zamanaşımının durması, istihkak davasına karşı bir def'i olarak ileri sürülebilir (hak kazandırıcı zamanaşımının temellerinden olan) *praescriptio longi temporis* ile ilgili kurallarda öngörülmüştü. Bkz. Pichonnaz, Ursprung, s. 517-518 ve s. 526.

II. *Theodosius*'un emirnamesi ile kabul edilen otuz yıllık süre, müşterek hukukun genel zamanaşımı süresini oluşturmuş²⁷ ve Kıta Avrupası kanunlaştırmalarının önemli kısmında genel zamanaşımı süresinin otuz yıl olarak belirlenmesine yol açmıştır.²⁸

b. Terminoloji

Açıklanan müessese, müşterek hukuk doktrinde “dava zamanaşımı” (*Klageverjährung*) olarak adlandırılmıştır. Bu durum, Roma hukukunda hak veya talep yerine (onları da kapsayan bir anlam ile) dava (*actio*) kavramının kullanılmasına uygundur. Bu makalenin ilerleyen kısımlarında Roma hukukundan söz edilirken dava zamanaşımı kavramı kullanılacaktır. *Windscheid* ise, yukarıda açıklanan görüşüne uygun bir şekilde, o dönemde yerleşik olan “dava zamanaşımı” kavramı yerine “talep zamanaşımı” (*Anspruchsverjährung*) kavramının kullanılmasını savunmuştur.²⁹

Müşterek hukuk doktrindeki kullanılan kavramlar, Kıta Avrupası kanunlaştırmalarını da etkilemiştir. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde, müşterek hukuk doktrindeki yerleşik kullanıma uygun şekilde, davanın zamanaşımı süresine tâbi olması yönünde düzenlemeler yer almaktadır. 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu ise, *Windscheid* tarafından savunulan görüşe uygun şekilde, taleplerin zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmiştir.³⁰

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninde zamanaşımının konusu olarak dava düzenlenmiştir.³¹ Bu düzenleme şekli 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninde de değiştirilmemiş³² ve böylece 818 sayılı Borçlar Kanunu'na yansımıştır.³³ 1881

²⁷ **Hiestand**, Gottfried, *Die Verjährung nach schweizerischem Obligationenrecht*, Zürich 1889, s. 58; **Zimmermann**, Reinhard, “Die Verjährung”, *Juristische Schulung*, Yıl: 1984, Cilt: 24, Sayı: 6, s. 410.

²⁸ Mesela bkz. Fransız MK (2008 yılından önceki hâli ile) m. 2262, Avusturya MK m. 1478 ve Alman MK (2002 yılından önceki hâli ile) § 195. İsviçre’de ise 1881 tarihli önceki Borçlar Kanunu hazırlanırken, otuz yıllık süre – o dönem için bile – çok uzun bulunmuş ve genel zamanaşımı süresi on yıl olarak kabul edilmiştir (1881 tarihli İsviçre BK m. 146). Bu konuda bkz. **Zimmermann**, *JuS* 1984, s. 410; **Zimmermann**, *Commentaries*, Introduction before Art. 14:101, n. 5.

²⁹ **Windscheid**, s. 37-38.

³⁰ Alman Medenî Kanunu § 194 f. 1: “Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.”

³¹ 1881 tarihli İsviçre BK m. 146 f. 1: “Les actions se prescrivent par dix ans lorsque la loi n'a pas établi une prescription plus courte.”

³² 1911 tarihli İsviçre BK m. 127: “Toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement.”

³³ 818 sayılı BK m. 125: “Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dâva on senelik müruruzamana tâbidir.”

tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde ise, *Windscheid* tarafından savunulan görüşe uygun şekilde, talebin zamanaşımına tâbi olması kabul edilmiştir.³⁴ Ancak, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu kabul edilirken, İsviçre özel hukukunda aynî haklar ve aynî hakka dayanan talepler açısından zamanaşımının söz konusu olmaması dikkate alınarak, “alacak zamanaşımı” (*Forderungsverjährung*) kavramı benimsenmiştir.³⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, zamanaşımının konusu olarak alacaklar düzenlenmektedir.³⁶

C. ARA DEĞERLENDİRME

Roma hukuku ve müşterek hukuk kaynaklarının incelenebilmesi için gereken temel bilgileri vermek amacı ile yapılan bu sınırlı açıklamalar bile, müşterek hukuk doktrinindeki düşüncelerin ve kavramların Kıta Avrupası kanunlaştırmalarının zamanaşımı düzenlemeleri üzerindeki etkilerini göstermektedir. Bu etki, zamanaşımı hakkındaki kanun hükümlerinin emredici olup olmadığı hakkındaki düzenlemelerde de görülecektir.

II. ROMA HUKUKUNDA VE MÜŞTEREK HUKUKTA *IUS PUBLICUM* KAVRAMI

Roma kaynakları, dava zamanaşımına dair kuralların emredici olup olmadığı konusunda herhangi bir açıklama içermemektedir.³⁷ Bu mesele, müşterek hukuk doktrininde inceleme ve tartışma konusu yapılmıştır. Müşterek hukuka dair eserlerin anlaşılabilmesi için, bu eserlerde kullanılan *ius publicum* kavramının ele alınması gerekmektedir.

Baştan belirtmelidir ki, Roma kaynaklarında geçen *ius publicum* ve *ius privatum* kavramlarının anlamı hâlen oldukça tartışmalıdır.³⁸ 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininden beri *ius publicum* kavramına üç farklı anlam verildiği görülmektedir.³⁹

³⁴ 1881 tarihli İsviçre BK m. 146: “Durch Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Ansprüche, für welche das Gesez [sic] nicht eine kürzere Frist bestimmt.”

³⁵ 1911 tarihli İsviçre BK m. 127: “Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt.”

³⁶ 6098 sayılı TBK m. 146: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”

³⁷ Bu konuda bkz. aşağıda dn. 70.

³⁸ Bu konuda bkz. **Kaser**, Max, “‘Ius publicum’ und ‘ius privatum’”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Cilt: 103, s. 1-2.

³⁹ Bu konuda bkz. **von Savigny**, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts, Band V, Berlin 1841, s. 60: “Was insbesondere das publicum jus betrifft, so können durch diesen Ausdruck ganz verschiedene Beziehungen des jus zum populus bezeichnet werden. So bedeutet publicum jus zuerst das öffentliche Recht, d.h. die Rechtsregeln, deren Gegenstand

A. KAMU HUKUKU

Roma hukuku doktrininde yaygın olan bir kabule göre, *ius publicum* kavramı kamu hukukunu ifade etmektedir. Buna göre, Roma Devleti'ne dair kurallar kamu hukukunun; özel kişilerin ilişkilerine dair kurallar ise, özel hukukun konusunu oluşturur.⁴⁰ Bu ayırım yarar (*utilitas*) ölçütüne dayanmaktadır.⁴¹ Kamu hukuku kuralları kamu yararını, özel hukuk kuralları ise kişilerin özel yararını korumaya yöneliktir.⁴² Bu görüş, *Corpus Iuris Civilis*'in *Institutiones*⁴³ ve *Digesta*⁴⁴ kısımlarında yer alan ve *Ulpian*'dan aktarılan⁴⁵ iki açıklamaya dayandırılmaktadır.

Kamu hukuku – özel hukuk ayırımının yapılması için Roma kaynaklarında kullanılan yarar (menfaat) ölçütü, günümüzde bu ayırımı yapmaya uygun bir ölçüt olarak kabul edilmemektedir.⁴⁶ Günümüzde kabul edilen anlamı ile özel hukuk kurallarının bir kısmının kamu yararının

der populus ist [...]; ferner die Rechtsregeln überhaupt (das objective [sic] Recht), welche ihre Entstehung haben in der Anerkennung des populus; endlich diejenigen Regeln des Privatrechts, wobey [sic] der populus ein Interesse hat (publice interest, publica utilitas), und die deswegen von der individuellen Willkühr [sic] unabhängig sind [...].”

⁴⁰ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 105; Kaser, s. 3.

⁴¹ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 106; Kaser, s. 4.

⁴² Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold/Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter, Römisches Recht, 4. Bası, Berlin/Heidelberg/New York 1987, s. 51. Kamu yararı ile özel yararın birbirinden keskin bir şekilde ayırlamayacağı eleştirisi için bkz. Kaser, s. 4.

⁴³ D.1.1.1.2 (Ulp.): “Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tribertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.” Bu metnin Dr. Yiğit Sayın tarafından yapılan tercümesi şöyledir: “İki hukuk çalışma alanı vardır: kamu (hukuku) ve özel (hukuk). Kamu hukuku, Roma devletinin kuruluşuna (anayasasına/*statum*) taalluk edenken; özel hukuk, bazıları kamusal bazıları ise özel (şahsi) mahiyette olan kişisel faydalara/menfaatlere taalluk edendir. Kamu hukuku dini konuları, rahiplik ve *magistra*’lık (devlet yönetimi) meselelerini kapsar. Özel hukuk ise *ius gentium*, *ius naturalis* ya da *ius civile* menşei olmak üzere üç bölümlüdür (*tripartitie*).” Tercüme için kendisine teşekkür ederim.

⁴⁴ I.1.1.4: “Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. dicendum est igitur de iure privato, quod est tripertitum: collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.” Bu metnin tercümesi için bkz. Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 105 dn. 84: “Bu öğretimin iki bölümü vardır: kamu hukuku ve özel hukuk. Kamu hukuku Roma Devletine, özel hukuk ise bireylerin yararına ilişkindir. Çünkü bazı ilişkiler kamu yararlarını, bazı ilişkiler ise özel yararları ilgilendirir” (Metnin aslında olan vurgu kaldırılmıştır).

⁴⁵ Kaser, s. 7.

⁴⁶ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 106.

korunmasına yönelik olduğu tartışma konusu değildir. *Ulpian*'ın aslında hukuku birbirine karşı sınırları belirli iki dala ayırmak için kesin bir ölçüt belirlemekten ziyade hukuk öğrenimini kolaylaştırmak için bir ayırım yaptığı ifade edilmektedir.⁴⁷

B. EMREDİCİ HUKUK KURALLARI

1. Genel Açıklamalar

Ius publicum kavramı, Roma kaynaklarında özel hukukun emredici hükümlerini ifade etmek için de kullanılmıştır.⁴⁸ Kavramın bu anlamı ile ilgili olarak aktarılan en önemli kaynak şu açıklamayı içermektedir: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*⁴⁹ (*Ius publicum* özel kişilerin anlaşmaları ile değiştirilemez).⁵⁰ Bu açıklama, yukarıda açıklanan şekilde yarar (menfaat) ölçütüne göre belirlenen kamu hukuku kurallarının emredici nitelikte olduğu

⁴⁷ Bkz. **Kaser**, s. 7-14, 99; **Jörs/Knukel/Wenger/Honsell/Mayer-Maly/Selb**, s. 51.

⁴⁸ **Von Savigny**, Cilt 1, s. 57-58: “Erwägt man erstlich das Verhältniß, [sic] in welchem die Rechtsregeln zu den durch sie beherrschten Rechtsverhältnissen stehen, so findet sich darin folgende Verschiedenheit. – Ein Theil [sic] derselben soll herrschen mit unabänderlicher Nothwendigkeit, [sic] ohne der individuellen Willkühr [sic] Spielraum zu lassen: ich nenne sie absolute oder gebietende Rechtsregeln. Der Grund dieser Nothwendigkeit [sic] kann liegen in der Natur des Rechtsorganismus selbst, so wie er sich in diesem positiven Recht darstellt: oder in politischen und staatswirthschaftlichen Zwecken: oder auch unmittelbar in sittlichen Rücksichten. – Ein anderer Theil [sic] läßt zunächst dem individuellen Willen freye [sic] Macht, und nur wo dieser unterlassen hat[,] seine Macht auszuüben, tritt die Rechtsregel an seine Stelle, um dem Rechtsverhältnis die nöthige [sic] Bestimmtheit zu geben: diese Regeln, die man als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens betrachten kann, nenne ich vermittelnde. – Dieser Gegensatz ist den Römischen Juristen sehr bestimmt anerkannt. Sie bezeichnen die Regeln der ersten Art am häufigsten als *ius publicum*: auch als *jus schlechthin*, als *jus commune*, oder *ius forma*. Nicht selten drücken sie speciell [sic] die Beziehung aus, um deren willen die Regel diese Eigenschaft hat, namentlich das Staatsinteresse, oder die guten Sitten. Die Regeln der zweyten Art, deren Natur sich meist aus dem Gegensatz von selbst ergibt, haben keine so regelmäßig widerkehrende Bezeichnung.” Ayrıca bkz. **von Savigny**, Cilt 1, s. 60; **Dernburg/Biermann**, Cilt 1, s. 66; **Windscheid**, Bernhard/**Kipp**, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Cilt, 9. Bası, Frankfurt am Main 1906, s. 125, dn. 1; **Unger**, Joseph, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Cilt: 1, 5. Bası, Leipzig 1892, s. 54; **Unterholzner**, Karl August Dominik, Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, Cilt: 1, Leipzig 1828, s. 102. Karş. **Ankum**, Hans, “Verbotsgesetze und *Ius Publicum*”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Cilt: 97, s. 312; **Jörs/Knukel/Wenger/Honsell/Mayer-Maly/Selb**, s. 51.

⁴⁹ D.2.14.38 (Pap.).

⁵⁰ Bu tercüme için bkz. **Ankum**, s. 302: “Das *ius publicum* kann durch *pacta* privater Personen nicht geändert werden.”

şeklinde anlaşılmaya açıktır.⁵¹ Ancak, emredici olma anlamında *ius publicum* teşkil eden kuralların önemli bir kısmının Roma hukukundaki ve günümüzdeki anlamı ile özel hukuk kuralları olduğu ifade edilmektedir.⁵² Ayrıca, Roma Devleti'ne dair kuralların sözleşme ile değiştirilmesinin mümkün olmadığını Romalı hukukçular için ayrıca belirtilmesine gerek olmayacak ölçüde açık olduğu da belirtilmektedir.⁵³ Bu nedenle, *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* açıklamasının özel hukukun emredici hükümlerini ifade etmek için kullanıldığı kabul edilmektedir.⁵⁴

Özel hukuk kurallarının bir kısmının emredici olmasının nedeni müşterek hukuk doktrininde ayrıntılı olarak ele alınmamıştır. Kamu yararının korunması amacı emredici hükümlerin temelinde yatan bir düşünce olarak sık karşımıza çıkmaktadır.⁵⁵ Ancak, özel hukuk hükümlerinin kamu yararının korunması dışındaki sebeplerle de emredici olabilecekleri kabul edilmiştir. Mesela, söz konusu hukukî müessesenin niteliği, siyasî veya iktisadî amaçlar ya da ahlâki düşünceler nedeniyle özel hukuk hükümlerinin emredici olabilecekleri belirtilmiştir.⁵⁶

Ankum'a göre, Roma halkının düzeninin korunması için zorunlu olan hukuk kurallarının bütünü burada açıklanan anlamda *ius publicum* teşkil etmektedir.⁵⁷ Yazar, *ius publicum* kavramına kendisi tarafından verilen bu anlamın 19. yüzyıl hukuk doktrininde ve Fransız Medenî Kanunu'nun 6.

⁵¹ Bu yönde bkz. **Jörs/Knukel/Wenger/Honsell/Mayer-Maly/Selb**, s. 51. Ancak yazarlar, özel hukukun emredici hükümlerinin de kamu hukuku kuralları ile bir tutulduğunu ifade etmektedirler. Benzer bir görüş için bkz. **Berger**, s. 532. Bu yazara göre, genel veya sosyal bir yararın özel bir yarar ile üst üste gelmesi durumunda, (günümüzdeki anlamı ile) özel hukukun belli alanları da *ius publicum* olarak nitelendirilir. Bu şekilde geniş anlamdaki *ius publicum* sözleşme ile değiştirilemez.

⁵² **Ankum**, s. 312. Bu kuralların örnekleri için bkz. **Kaser**, s. 33-48.

⁵³ **Kaser**, s. 76.

⁵⁴ **Kaser**, s. 76.

⁵⁵ **Dernburg/Biermann**, s. 67: "Häufig erhält ferner eine Rechtsnorm den zwingenden Charakter aus Rücksichten des allgemeinen Wohles und aus rechtspolizeilichen Gründen." **Von Savigny**, Cilt 1, s. 60: "Was insbesondere das publicum ius betrifft, so können durch diesen Ausdruck ganz verschiedene Beziehungen des jus zum populus bezeichnet werden. So bedeutet publicum jus [...] diejenigen Regeln des Privatrechts, wobey [sic] der populus ein Interesse hat (publice interest, publica utilitas), und die deswegen von der individuellen Willkühr [sic] unabhängig sind".

⁵⁶ **Dernburg/Biermann**, s. 69: "Zwingend sind vor allem Gesetze, welche aus der Eigenart eines Rechtsinstitutes nothwendig [sic] folgen"; **von Savigny**, Cilt 1, s. 57 (bkz. yukarıda dn. 48); **Unger**, s. 54.

⁵⁷ **Ankum**, s. 312. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Kaser**, s. 73.

maddesinde⁵⁸ kullanılan anlamı ile kamu düzenine (*ordre public*) çok yakın olduğunu ifade etmektedir.⁵⁹ Roma kaynaklarında hukuk kuralları arasında açıklanana benzer (kamu düzenine dair olan ve olmayan kurallar gibi) bir ayırım yapıldığı şüphelidir.⁶⁰ Ancak bu makale açısından önemli olan Roma kaynaklarının hakikî anlamını tespit etmekten ziyade, bu kaynaklarda kullanılan kavramlara müşterek hukuk doktrininde ne anlam verildiğinin belirlenmesidir. 20. yüzyılda bile bu konuda netlik olmaması ve *ius publicum* kavramının kamu düzenine yakın bir anlamda kullanıldığının düşünülmesi bu açıdan önemli bir tespittir. Fransız doktrininde zamanaşımına dair bazı kuralların emredici olduğunu ifade etmek için hâlen “kamu düzeninden olma” (*d’ordre public*) tabirinin kullanıldığına işaret edilmelidir.

Roma kaynaklarında emredici kuralları ifade etmek için kullanılan tek kavram *ius publicum* olmuştur. Emredici hüküm anlamında kullanılan *ius cogens* tabiri, Ortaçağ’da kullanılmaya başlanmıştır ve Antik Roma kaynaklarına yabancıdır.⁶¹

2. Karadeniz Çelebican’ın Açıklamaları

Ius publicum tabirinin özel hukukun emredici hükümlerini ifade etmek için de kullanıldığı *Karadeniz Çelebican* tarafından şu şekilde açıklanmıştır:

“Roma hukukuna ilişkin bazı metinlerde [...], ‘*Ius publicum*’un, devletin koyduğu, özel kişilerle birlikte toplumun yararlarına ilişkin kurallar anlamında kullanıldığı görülmektedir. Bu anlamda ‘*Ius publicum*’, çağdaş hukuklardaki, ‘amir hukuk kuralları’na denk düşen bir anlam taşımaktadır. Çünkü, bu anlamda *Ius publicum*’u oluşturan kurallar arasında özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyenlere de rastlanmaktadır. Bu anlamda *Ius publicum* karşılığı *Ius privatum* ise, bireylerin kendi aralarındaki anlaşmalardan doğan hukuk kurallarını ifade etmektedir. Çünkü, Roma’da devlet, özel hukuk alanında, ancak kamu yararları söz konusu olduğunda, organları aracılığıyla kesin ve âmir hukuk kuralları koyuyordu. ‘Yedek hukuk kuralları’nın saptanması kişilerin anlaşmasına bırakılıyordu. Kişilerin *Ius publicum* kurallarını kendi aralarında varacakları anlaşmalarla değiştirme olanakları yoktu.”⁶²

⁵⁸ Fransız Medenî Kanunu’nun 1803 yılında kabul edilmesinden sonra değiştirilmeksizin yürürlükte kalan bu hükmünün metni şöyledir: “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs.”

⁵⁹ **Ankum**, s. 313. Yazar, kamu düzeni kavramını günümüzde uluslararası özel hukukta kullanılan dar anlamı ile kullanmadığını açıkça ifade etmektedir. Benzer görüşler savunan yazarlar ve bu görüşlerin eleştirisi için bkz. **Kaser**, s. 73.

⁶⁰ **Kaser**, s. 73.

⁶¹ **Jörs/Knukel/Wenger/Honsell/Mayer-Maly/Selb**, s. 51.

⁶² **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 105 dn. 84 (Vurgular metnin aslında mevcuttur).

Bu açıklamalar da, kamu yararını koruyan özel hukuk kurallarının emredici nitelikte kabul edildikleri görüşünü desteklemektedir.

C. DEVLET TARAFINDAN KONULAN BÜTÜN HUKUK KURALLARI

Roma hukuku ve müşterek hukuk doktrinine göre, *ius publicum* kavramı devlet tarafından konulan ve bütün kişiler için bağlayıcı olan bütün hukuk kurallarını ifade etmek için de kullanılmaktadır. *Ius privatum* ise, kişilerin irade serbestisi çerçevesinde koydukları ve sadece kendileri için bağlayıcı olan kuralları ifade etmektedir.⁶³ Dolayısıyla, bu ayırmada verilen anlamı ile *ius privatum* genel ve soyut hukuk kurallarını değil, hukukî işlem ile yapılan düzenlemeleri ifade etmektedir.⁶⁴ Buna mukabil, *ius publicum* kavramı aslında bütün hukuku, yani günümüzdeki anlamı ile hem kamu hukukunu hem de özel hukuku kapsamaktadır.⁶⁵

Kaser, *ius publicum* kavramına bu son anlamı vermektedir.⁶⁶ Yazar, *ius privatum* tabirinde geçen *ius* ifadesine hukuk değil, hak anlamını vermektedir. Ona göre, *ius privatum* hukukun bir alanını değil, özel kişilerin haklarını ifade etmektedir.⁶⁷ Yazara göre, herkes için bağlayıcı olan bütün hukuk kuralları kamu yararına hizmet etmektedir. Yazar, bütün hukuk kurallarının prensip olarak emredici olduğunu kabul etmektedir.⁶⁸ Sadece kuralın kendisinin aksi yönde bir düzenleme yapılmasına imkân vermesi ihtimâlini hariç tutmaktadır.⁶⁹ *Kaser*'in açıklamaları Roma kaynaklarının daha doğru anlaşılması açısından isabetli olabilir. Bu makalede bu konuda bir değerlendirme yapılmamaktadır. Bu makale açısından önemli olan, müşterek hukuk kaynaklarında *ius publicum* kavramına sadece bu anlamın verilmediğinin tespit edilmesidir.

⁶³ Ancak bkz. **Ankum**, s. 311-312. Yazara göre, devlet tarafından konulan bütün hukuk kurallarını ifade etmek için kullanılan *ius publicum* kavramının karşısında *ius privatum* kavramı bulunmamaktadır. Yazara göre, bu durum *ius privatum* kavramının kaynaklarda nadir geçmesinin sebebini teşkil etmektedir. Ayrıca bkz. **Ankum**, s. 312 dn. 112. Burada yazar *ius privatum* tabirine irade serbestisine dayanan düzenleme vb. anlamlar veren görüşe açıkça karşı çıkmaktadır.

⁶⁴ Kavramın bu anlamda da kullanılabilmesine dair açıklama için bkz. **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 105 dn. 84.

⁶⁵ Bütün paragraf için karşı. **Kaser**, s. 3-4, 72-74.

⁶⁶ **Kaser**, s. 72.

⁶⁷ **Kaser**, s. 89-91.

⁶⁸ **Kaser**, s. 100.

⁶⁹ **Kaser**, s. 76-77, 100.

D. ARA DEĞERLENDİRME

Roma hukuku ve müşterek hukuk doktrininin incelenmesi *ius publicum* kavramına farklı anlamlar verildiğini ve – en azından 19. yüzyılın sonu itibarıyla – bu farklı anlamların ilişkilerinin ve farklarının net bir şekilde belirlenemediğini ortaya koymaktadır. Ancak, *ius publicum* kavramının temelinde kamu yararı kavramının olduğu görülmektedir. Bu nedenle, kamu yararının korunması amacı ile hukuk kurallarının emredici olması arasında bir ilişki kurulduğu görülmektedir.

III. 19. YÜZYIL MÜŞTEREK HUKUK DOKTRİNİNDE DAVA ZAMANAŞIMI ALANINDA İRADE SERBESTİSİNE DAİR GÖRÜŞLER

Zamanaşımına dair kuralların *ius publicum* teşkil edip etmedikleri müşterek hukuk doktrininde tartışılmalı olmuştur. Müşterek hukukun temelini teşkil eden Roma kaynaklarında bu konuda herhangi bir kurala rastlanmamaktadır.⁷⁰ Bu nedenle, 19. yüzyılın başında doktrinde bu konuda iki görüş de savunulmuştur (bkz. aşağıda A. ve B.). Bu aşamada henüz doktrinde hâkim olan bir görüşten bahsetmek mümkün gözükmemektedir. *Savigny*, zamanaşımının *ius publicum* olduğu görüşünü benimsemiştir (bkz. aşağıda C.). *Savigny*'den sonra bu görüş müşterek hukuk doktrinine hâkim olmuştur (bkz. aşağıda D.).⁷¹

Bu konu ile ilgili görüşler, zamanaşımının re'sen veya def'i üzerine dikkate alınması konusundaki görüşler ile büyük ölçüde bağlantılıdır. Belirtilmelidir ki, 19. yüzyıla gelindiğinde zamanaşımının *ipso iure* mi veya *ope exceptionis* mi⁷² etki doğurduğu hâlen tartışılmıyordu.⁷³

⁷⁰ **Grawein**, Alexander, Verjährung und gesetzliche Befristung, Erster Theil: Civilrechtliche Grundlegung, Leipzig 1880, s. 127-128; **Mrazek**, Johann Moritz, Lehre über die Verjährung, Prag 1801, s. 152; karş. **Dernburg/Biermann**, s. 335 dn. 15. Zamanaşımının sözleşme ile kaldırılmasının mümkün olduğunu savunan bazı yazarlar, bu görüşlerini desteklemek için bir kaynak (L. 31 § 22, aedil. ed.) göstermektedirler (**Kori**, August Siegmund, Die Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsischen Rechten, Leipzig 1811, s. 78 dn. 206; **Thibaut**, Anton Friedrich Justus, Über Besitz und Verjährung, Jena 1802, s. 65 dn. 2; **Unterholzner**, s. 102). Ancak *Savigny*, kaynak olarak gösterilen yerdeki açıklamaların aslında dava zamanaşımı ile ilgili olmadığını ifade etmektedir (**von Savigny**, Cilt 5, s. 411-412). Hakikaten, söz konusu kısma dair açıklamaların aslında bir yenilik doğuran hak ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, makalenin ilerleyen kısmında bu kaynak ile ilgili açıklamalara yer verilmeyecektir.

⁷¹ Bkz. **Dernburg/Biermann**, s. 335, dn. 15; **Grawein**, s. 135, dn. 78; **Windscheid/Kipp**, s. 549-550, dn. 5.

⁷² Borçların *ipso iure* ve *ope exceptionis* sona ermesi hakkında genel açıklamalar için bkz. **Kaser/Knütel/Lohsse**, § 52 n. 2-3; **Rado**, s. 174.

⁷³ **Coing**, Cilt 1, s. 187. Ayrıca bkz. **Unterholzner**, s. 495.

A. 19. YÜZYILIN BAŞINDA DAVA ZAMANAŞIMININ *IUS PUBLICUM* TEŞKİL ETTİĞİ GÖRÜŞÜ

Dabelow zamanaşımının emredici olduğunu savunmuştur. Yazar, zamanaşımının genel yararı korumak için kabul edilen bir kurum olması nedeniyle, hâkimin zamanaşımını re'sen dikkate alması gerektiği görüşünü benimsemiştir.⁷⁴ Yazar, bu görüşünün bir sonucu olarak, borçlunun zamanaşımından feragat edemeyeceğini kabul etmiştir.⁷⁵ Zamanaşımının re'sen dikkate alınması ile zamanaşımının sözleşme ile düzenlenememesi konuları arasındaki bağlantıyı kurması açısından yazarın görüşü önemlidir.

Mraczek de zamanaşımının taraf iradeleri ile değiştirilemeyeceğini kabul etmiştir. Yazar, (hak kazandırıcı ve hak düşürücü) zamanaşımının temel amacının kamu yararının korunması olduğunun genel olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Zamanaşımının sözleşme ile ortadan kaldırılmasını da bu nedenle mümkün görmemektedir. Ancak, yazarın bu konu ile ilgili açıklamalarının (aslen veya münhasıran) hak kazandırıcı zamanaşımı ile ilgili olduğu görülmektedir.⁷⁶

⁷⁴ **Dabelow**, Christoph Christian, Über die Verjährung, Zweyter Theil, Halle 1807, s. 374-375: "Ist doch die Verjährung der Klagen und Accusationen nicht so wohl um der Parteyen [sic] willen als zum allgemeinen Besten eingeführt worden, *ne lites sunt aeterna*, wie es in den Gesetzen heisst, und damit bey [sic] den wegen der Zeit abgehenden Beweismitteln kein Unrecht in *iudicando* zugefügt werden werde! Ich trage kein Bedenken, denjenigen Rechtslehrern bezupflichten, [sic] welche hier die Ausflucht der Verjährung in so fern ergänzt wissen wollen, dass die Anträge so fort von dem Richter zurück gewiesen werden, als die Verjährung aus den Anträgen selbst oder aus den Acten [sic] erhellt."

⁷⁵ **Dabelow**, s. 377: "Eine zweyte Frage ist: ob und in wie fern auf die Ausflucht der Verjährung Verzicht geleistet werden könne? [...] Einige halten eine solche Verzichtleistung durchaus für ungültig. Ihr Hauptargument ist, weil alle Verjährung propter bonum publicum eingeführt sey, [sic] und niemand verfügen könne, dass die Gesetze nicht in Ansehung seiner gelten sollten. Andere hingegen behaupten die Gültigkeit solcher Verzichtleistung aus dem Hauptargumente, weil, wenn auch die Verjährung propter bonum publicum eingeführt worden, sie doch nicht *ad ius publicum*, sondern *ad ius privatum* gehöre, und jeder auf das, was zu seinem Besten eingeführt worden, Verzicht leisten könne. [...] wenn wir die Klagen- und Accusationenverjährung von der übrigen Präscription unterscheiden, so folgt alles von selbst. Auf die erstere kann niemand Verzicht leisten, weil sie aus den im vorigen Paragraphen angeführten Gründen gar nicht von seiner Disposition abhängt, wohl aber auf die letztere."

⁷⁶ **Mraczek**, s. 152: "[...] die Gründe der Vernunft [...] geben den Ausschlag, daß man durch privat Verträge [sic] der Verjährung nicht entsagen kann: denn es ist als allgemein wahr angenommen, daß der Hauptzweck der eingeführten Verjährung der allgemeine öffentliche Nutzen sey, [sic] welchem wegen eine Vortheil [sic] der Einzelnen nicht entgegen gehandelt werden kann, welches erlaubt seyn müßte, wenn man durch private Verträge die Verjährung ausschließen wollte; dann haben positive öffentliche Gesetze die Verjährung unter den

B. 19. YÜZYILIN BAŞINDA DAVA ZAMANAŞIMININ *IUS PUBLICUM* TEŞKİL ETMEDİĞİ GÖRÜŞÜ

Thibaut, zamanaşımının *iuris publici* olduğu görüşünü reddetmiştir. Yazara göre, ne zamanaşımının amacı ne de zamanaşımına dair kurallar bu görüşü desteklemektedir.⁷⁷ Müsterek hukukta zamanaşımına dair iki ciltlik temel bir eserin⁷⁸ yazarı olan *Unterholzner* de, zamanaşımının *ius publicum* teşkil etmediği görüşünü savunmuştur. Yazar, uyuşmazlıkların önünün kesilmesinde kamunun da yararı olduğunu kabul etmektedir. Ancak, zamanaşımının aslı amacının borçlunun özel yararını korumak olduğunu ve kamu yararının sadece dolaylı olarak korunduğunu belirtmektedir. Yazara göre, borçlunun kendisi için sağlanan bu korumadan feragat etmesine engel bulunmamaktadır.⁷⁹ *Unterholzner*'in bu görüşü, zamanaşımının *ope*

nothwendigen Erfordernißen [sic] zu einer rechtmäßigen Erwerbungsart erhoben, welche zu seyn sie aufhören würde, wenn es jedem einzelnen erlaubt wäre, derselben zu entsagen, und endlich wäre der untergeordnete Endzweck der Verjährung nämlich, Sicherheit des Eigenthums, Wachsamkeit und Fleiß der Besitzer nicht zu erreichen, da Jedermann sich in einem Kontrakte durch die unkostpillige [sic] Verwahrung gegen die Verjährung seiner Nachlässigkeit einen sichern [sic] Wächter verschaffen würde."

⁷⁷ **Thibaut**, s. 64-65: "Die Verjährung, als positives Institut im allgemeinen Verstande, kann festgesetzt seyn [sic] durch ein eigentliches positives Gesetz, durch ein richterliches Decret, durch einen Vertrag, oder ein Testament. In Rücksicht ihres Ursprungs theilt man sie hienach in legalis, judicialis, convantionalis und testamentaria. [...] Auch die convantionalis und testamentaria, wobey alles von dem erklärten Willen abhängt, bedarf keiner weitläufigen Erörterung. Nur die Frage ist hier merkwürdig: ob durch dieselbe die Grenzen der legale erweitert werden können? Manche leugnen dieß, [sic] weil die Gesetze sagen: die gesetzliche Verjährung sei *ius publici*, und weil ein Bürger das *ius publicum* nicht ändern könne. Allein sowohl der Zweck dieses Instituts, als gesetzliche Vorschriften, widerstreiten durchaus dieser Theorie."

⁷⁸ 1828 yılında yayınlanan bu eser, 1975 yılına kadar geçen süre boyunca zamanaşımını kapsamlı olarak ele alan son Almanca sistematik eser olmuştur (**Zimmermann**, *Commentaries*, Introduction before Art. 14:101, n. 4-5).

⁷⁹ **Unterholzner**, Cilt 1, s. 101-102: "Es kann hier die Frage aufgeworfen werden, ob die Wirkungen der Verjährung durch Verabredung der Beteiligten [sic] ausgeschlossen werden kann. Da Verabredungen (*pacta*) in der Regel beachtet werden (I. 7. §. 7. D. de pactis 2.14); so erscheint es natürlich, daß derjenige, der eine solche Verabredung für sich hat, die Berufung auf dieselbe (*pacti exceptio*) demjenigen entgegen setzen kann, welcher von der Verjährung für sich Gebrauch machen will. Bedenklichkeiten erregt, daß das Recht der Verjährung zu demjenigen Theile [sic] des Privatrechts zu gehören scheint, welcher mit Rücksicht auf das gemeine Wohl angeordnet und daher von der Privatwillkühr [sic] unabhängig ist, (was bei den römischen Schriftstellern *ius publicum* heißt). [Dipnot 104: L. 45. §. 1 D. de reg jur. (50.17): „Privatorum conventio juri publico non derogat.“ L. 38. D. de pactis (2.14): „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.“] Geht man davon aus, daß Abscheidung der Rechtsstreitigkeiten als allgemeiner Zweck aller Verjährung angesehen werden kann; so ist allerdings nicht zu läugnen, [sic] daß dabei das Gemeinwohl sehr betheiligt [sic] erscheint. Doch möchte diese Betheiligung [sic] als eine mittelbare

exceptionis dikkate alınması yönündeki görüşü ile uyumludur. Yazara göre, zamanaşımından feragat hiçbir hükümde yasaklanmamış olduğundan hâkimin zamanaşımını re'sen dikkate almasını ve borçluya zamanaşımından doğan korumayı dayatmasını haklı gösteren bir durum bulunmamaktadır.⁸⁰

Zamanaşımının *ius publicum* teşkil etmediğini savunan yazarlar, zamanaşımının sözleşme ile tamamen kaldırılabilirliğini; yani zamanaşımına tâbi olmayan bir hak (dava) yaratılabileceğini savunur gözükmektedir. Günümüzde, bu makalede ele alınan Kıta Avrupası hukuk düzenlerinin hiçbirinde bu sonuç kabul edilmemektedir.⁸¹

C. SAVIGNY TARAFINDAN SAVUNULAN GÖRÜŞ

Savigny, zamanaşımına dair kuralların *ius publicum* teşkil ettiğini kabul eden yazarlardan biri ve en etkilisidir. Aşağıda öncelikle *Savigny*'nin zamanaşımının amacına dair açıklamaları ele alınacaktır (bkz. aşağıda A.). Daha sonra da, zamanaşımının sözleşme ile düzenlenmesi ve zamanaşımından feragat hakkındaki görüşleri açıklanacaktır (bkz. aşağıda B.).

1. Zamanaşımının Amacına Dair Görüşü

Savigny, zamanaşımının kabulüne temel teşkil eden sebeplerin birbirleri ile bağlantılı olduklarını belirttikten sonra,⁸² bu sebepleri tek tek açıklamış ve değerlendirmiştir:

– *Savigny*'e göre zamanaşımının kabulünün en temel ve belirleyici sebebi; belirsizlik içeren, ihtilâf ve şüphe kaynağı olabilecek ilişkilerde, bir süre sınırı öngörerek belirlilik sağlamaktır.⁸³

– *Savigny*'e göre zamanaşımının kabulüne yol açan önemli diğer bir sebep, dava açıp açmamanın alacaklının iradesine bağlı olmasıdır. Alacaklı, dava açmayı uzun süre erteleyerek borçlunun kendisini savunması için

anzusehen sein. Der nächste Zweck bleibt immer, die Einzelnen, die durch veraltete Ansprüche bedroht sind, dagegen in Schutz zu nehmen. Was stünde dann aber im Wege, daß dieser dem Vortheile [sic] entsage, den ihm die Gesetze gewähren?"

⁸⁰ **Unterholzner**, Cilt 1, s. 496: "Da nirgends verboten ist, daß man den durch Verjährung erlangten Vortheilen entsage; so ist nicht einzusehen, was den Richter berechtigen könnte, jemanden die Vortheile der Verjährung auch wider seinen Willen aufzudringen."

⁸¹ Ancak İngiltere ve Galler hukukunda sözleşme ile zamanaşımının (*limitation of actions*) tamamen kaldırılması – sözleşmelerin genel geçerlilik şartları altında – mümkündür (**The Law Commission**, Limitation of Actions, Item 2 of the Seventh Programme of Law Reform: Limitation of Actions, 2001, n. 2.96).

⁸² **Von Savigny**, Cilt 5, s. 267.

⁸³ **Von Savigny**, Cilt 5, s. 267-268.

gereken ispat araçlarının ortadan kalkmasına yol açabilir. Zamanaşımı, alacaklının bu serbestisine bir sınır getirmektedir.⁸⁴

Savigny'nin açıklamalarına göre, zamanaşımının temelinde yatan iki temel düşünce yukarıda aktarılanlardır. Yazar, zamanaşımının amacına dair müşterek hukuk doktrininde savunulan başka görüşleri de aktarmaktadır. Ancak kendisi bu görüşleri eleştirmektedir:

– Zamanaşımının kabulüne yol açan bir sebep olarak hakkın uzun bir süre boyunca ileri sürülmemesinin borcun ifa edildiğine dair bir karine yarattığı gösterilmektedir. Ancak *Savigny*, bu ifadenin yanlış anlaşılması tehlikesine dikkat çekmektedir.⁸⁵ Ona göre zamanaşımının işlevini yerine getirebilmesi için, zamanaşımı süresinin geçmiş olmasına rağmen borcun sona ermediğinin ispatına imkân verilmemesi gereklidir. Bu açıdan, karinelere farklı bir durum söz konusudur.⁸⁶

– Zamanaşımının alacaklının ihmali nedeniyle bir ceza teşkil ettiği de doktrinde savunulmuştur.⁸⁷ Ancak *Savigny* alacaklının cezalandırılmasını zamanaşımının bir amacı olarak kabul etmemektedir. Ona göre alacaklının ihmalkâr olması, zamanaşımının onun aleyhine olan ağır hukukî sonuçlarını haklı kılan bir sebepten ibarettir.⁸⁸

– Zamanaşımının amaçlarından biri olarak davaların azaltılmasının da gösterildiğini aktaran *Savigny*, haklı davaların azaltılmasının aslında istenmeyen bir sonuç olması nedeniyle, davaların azaltılmasını zamanaşımının amaçlarından biri olarak kabul etmemiştir.⁸⁹

Bu açıklamalardan sonra *Savigny*, dava zamanaşımının en önemli ve en hayırlı⁹⁰ hukukî müesseselerden biri olduğu yönündeki meşhur ifadesine yer vermiştir.⁹¹ *Savigny*, zamanaşımının aslî olarak kamu yararını mı, borçlunun özel yararını mı koruduğu konusunu doğrudan ele almamıştır. Günümüz doktrininde kendisinin açıklamaları iki yönde de

⁸⁴ Von Savigny, Cilt 5, s. 271-272.

⁸⁵ Von Savigny, Cilt 5, s. 268.

⁸⁶ Von Savigny, Cilt 5, s. 269.

⁸⁷ Von Savigny, Cilt 5, s. 269-270.

⁸⁸ Von Savigny, Cilt 5, s. 270.

⁸⁹ Von Savigny, Cilt 5, s. 272.

⁹⁰ Yazar tarafından kullanılan “wohltätig” kelimesi aslında “hayırsever” veya “iyilik yapan” gibi anlamlara gelmektedir.

⁹¹ Von Savigny, Cilt 5, s. 272: “Die Klagverjährung gehört unter der wichtigsten und wohlthätigsten [sic] Rechtsinstitute.” *Zimmermann*'a göre, bu ifade *Savigny* tarafından zamanaşımının kamu yararını koruyan bir müessese olarak kabul edildiğini göstermektedir (*Zimmermann*, Commentaries, Introduction before Art. 14:101, n. 8, dn. 81).

anlaşılabilir. *Koller*'e göre, *Savigny* zamanaşımının hukuk güvenliğini ve barışını, dolayısıyla da kamu yararını korumak amacını taşıdığı görüşünü kabul etmektedir.⁹² *Pichonnaz* ise, *Savigny*'nin eserinin yukarıda açıklanan kısımlarını aktardıktan sonra, zamanaşımının aslî olarak tarafların özel yararı ile ilgili olduğu sonucunu çıkarmaktadır.⁹³ Zamanaşımının aslî olarak kamu yararını koruyan bir müessese olduğunu savunanlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin *Savigny* tarafından reddedilmiş olması, *Pichonnaz* tarafından yapılan bu tespiti desteklemektedir.

2. Zamanaşımının Sözleşme ile Düzenlenmesi ve Zamanaşımından Feragat Hakkındaki Görüşü

Savigny, zamanaşımına dair sözleşmeleri, zamanaşımı süresinin geçmesinden önce (bkz. aşağıda a.) ve sonra (bkz. aşağıda b.) yapılanlar olarak ikiye ayırarak ele almıştır.⁹⁴

a. Zamanaşımı Süresinin Geçmesinden Önce Yapılan Sözleşmeler

Savigny, zamanaşımı süresinin geçmesinden önce yapılan sözleşmelerin hükümsüz olduğunu kabul etmiştir. Yazara göre, “zamanaşımı kişilerin iradesi ile değiştirilememesi anlamında *iuris publici*'dir”.⁹⁵ Yazar, *iuris publici* olma açısından, usul kuralları ve devredilemeyen bir hak hâline getirilmesi mümkün olmayan mülkiyet arasında benzerlik kurmuştur.⁹⁶

⁹² **Koller**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Bası, Bern 2017, n. 67.06. Yazar, kamu yararının korunmasından doğrudan bahsetmemiştir; ancak bu kısımda atıf yaptığı eserde hukuk güvenliğinin ve barışının korunmasının kamu yararına hizmet ettiği açıkça belirtilmiştir (bkz. **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Cilt 2, 8. Bası, Zürih 2003, n. 3465) (Söz konusu eserin *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger* tarafından yazılan daha yeni bir basısı mevcuttur. Ancak *Koller* tarafından önceki basıya atıf yapılması nedeniyle burada da önceki bası kullanılmıştır.).

⁹³ **Pichonnaz**, Ursprung, s. 525.

⁹⁴ **Von Savigny**, Cilt 5, s. 411: “Ein Vertrag, wodurch die Verjährung ganz ausgeschlossen, oder in ihren Bedingungen oder Wirkungen modificirt [sic] werden soll, kann auf zweyerley [sic] Weise gedacht werden: vor oder nach Ablauf der Verjährung.”

⁹⁵ **Von Savigny**, Cilt 5, s. 411: “Die Verjährung ist in dem Sinn juris publici, daß sie der Privatwillkühr [sic] entzogen ist”.

⁹⁶ Bütün paragraf için bkz. **von Savigny**, Cilt 5, s. 411: “Vor Ablauf der Verjährung, unter andern [sic] gleich bey [sic] Abschluß des Rechtsgeschäfts, worauf sich künftig eine Klagverjährung beziehen könnte, halte ich einen solchen Vertrag für ganz unwirksam. Die Verjährung ist in dem Sinn juris publici, daß sie der Privatwillkühr [sic] entzogen ist, auf dieselbe Weise wie die ihr nicht unähnlichen Regeln und Formen des Prozesses, und wie die Natur des Eigenthums, [sic] welches auch nicht durch Vertrag zu einem unveräußerlichen Recht gemacht werden kann.”

Bu açıklamalardan görüldüğü üzere, *Savigny* zamanaşımı kurallarının emredici olmasının nedeni olarak kamu yararının korunmasını göstermemiştir. *Ius publicum* kavramını sadece emredici hüküm anlamında kullandığını açıkça ifade etmiştir. Eserinin başka kısmındaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, *ius publicum* olma sadece kamu yararını koruyan hükümlere mahsus değildir.⁹⁷ Özellikle belirtilmelidir ki, *Savigny* hukukî müesseselerin doğasından kaynaklanan sebeplerle emredici olabileceklerini belirtmiştir;⁹⁸ daha sonra da, doğası nedeniyle devredilemeyen bir hak hâline getirilemeyen mülkiyet ile zamanaşımı arasında bir benzerlik kurmuştur.⁹⁹ Bu hususlar, zamanaşımının kamu yararını koruması nedeniyle emredici olması görüşünün *Savigny*'e dayandırılmasının¹⁰⁰ isabetli olmadığını göstermektedir.

b. Zamanaşımı Süresinin Geçmesinden Sonra Zamanaşımından Feragat

Savigny, zamanaşımı süresi geçtikten sonra, zamanaşımının sözleşme ile bertaraf edilmesini mümkün görmüş ve bu tür sözleşmelerin etkisini zamanaşımı tarafından sağlanan yarardan feragat olarak nitelendirmiştir. Bu görüşünü zamanaşımının bir def'i (*exceptio*) meydana getirmesine ve def'ilerin sözleşme ile ortadan kaldırılabilmesine dayandırmıştır.¹⁰¹ Ayrıca yazar, müşterek hukuk için kabul ettiği bu görüş ile 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu'nun ve 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu'nun düzenlemelerinin aynı yönde olduğunu da belirtmiştir.¹⁰²

D. 19. YÜZYILIN SONUNDA KABUL EDİLEN GÖRÜŞ

19. yüzyılın sonuna gelindiğinde, *Savigny* tarafından ileri sürülen görüşün doktrinde benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu tespit, *Dernburg* ve *Biermann* ile *Windscheid* ve *Kipp*'in eserlerine dayandırılabilir. İki eserde de, zamanaşımının kamu yararını koruyan bir müessese olması sebebiyle sözleşme ile ortadan kaldırılmasının veya zamanaşımı süresinin uzatılmasının

⁹⁷ **Von Savigny**, Cilt 1, s. 57. Kamu yararını koruması nedeniyle emredici olan özel hukuk hükümleri hakkında bkz. **von Savigny**, Cilt 1, s. 60. Atıf yapılan kısımların metinleri için bkz. yukarıda dn. 48 ve dn. 39.

⁹⁸ **Von Savigny**, Cilt 1, s. 57 (bkz. yukarıda dn. 48).

⁹⁹ **Von Savigny**, Cilt 5, s. 411.

¹⁰⁰ Bu yönde **Dernburg/Biermann**, s. 335, dn. 15; **Grawein**, s. 135, dn. 78; **Windscheid/Kipp**, s. 549-550, dn. 5.

¹⁰¹ **Von Savigny**, Cilt 5, s. 412: "Dagegen ist es nach Ablauf der Verjährung durchaus gestattet, dieselbe durch Vertrag aufzuheben, daß heißt auf die durch dieselbe erlangten Vortheile [sic] ganz oder theilweise [sic] zu verzichten. [...] das Recht einer Exception [...] ist jeder neuen Modification [sic] durch Rechtsgeschäfte empfänglich."

¹⁰² **Von Savigny**, Cilt 5, s. 412-413.

mümkün olmadığı; ancak zamanaşımı sonucunda kazanılan hukukî durumun feragat konusu olabileceği ifade edilmektedir.¹⁰³ İki eserin de ilgili kısımlarında *Savigny*'e atıf yapılmıştır. *Dernburg* ve *Biermann*, açıklanan görüşün *Savigny*'den beri genel olarak kabul edildiğini belirtmektedir.¹⁰⁴

Söz konusu eserlerde yapılan açıklamaların mefhum-u muhalifinden zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasının kabul edildiği anlaşılmaktadır. İleride görüleceği üzere, 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu'nda bu yönde bir hüküm kabul edilmiştir.

E. ARA DEĞERLENDİRME

19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininde, zamanaşımına dair kuralların taraf iradesi ile değiştirilmesinin mümkün olup olmadığına dair görüşler, zamanaşımı müessesesinin aslî olarak borçlunun özel yararını mı, kamu yararını mı korunduğuna dair düşünceye dayandırılmıştır. Zamanaşımının borçlunun özel yararını koruma amacına hizmet ettiğini kabul edenler, zamanaşımının sözleşme ile ortadan kaldırılabilirliğini savunmuşlardır. Zamanaşımının kamu yararını koruyan bir kurum olduğunu kabul edenler ise, sözleşme ile düzenleme imkânını reddetmişlerdir. *Savigny* bu genel değerlendirmenin dışında tutulmalıdır. Yazar zamanaşımının kamu yararını koruyan bir kurum olduğunu belirtmemesine rağmen, zamanaşımı süresi dolmadan önce sözleşme ile düzenleme yapılamamasını kabul etmiştir. Ancak *Savigny*'nin bu görüşü doktrinde zamanaşımının kamu yararını koruduğu düşüncesi ile açıklanmıştır.

Bu inceleme, 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininde zamanaşımının kamu yararını koruması düşüncesi ile emredici olması görüşü arasında mutlak bir bağlantı kurulduğu izlenimini doğurmaktadır. Kıta Avrupası kanunlaştırmalarından sonra da doktrinde bu düşünce şeklinin etkili olduğu görülecektir.

Kamu yararının korunması amacı ile emredici nitelik arasında bu bağlantının kurulmasının, müşterek hukuk doktrininde *ius publicum* kavramına verilen anlamlardan kaynaklandığı düşünülebilir. Bu kavram, kamu hukuku kurallarını, kamu yararını koruyan hukuk kurallarını ve emredici hukuk kurallarını ifade etmek için kullanılmıştır. Günümüzde birbirlerinden ayrılan bu kural türlerinin hepsinin uzun bir süre tek bir kavram kapsamında düşünülmesi, kamu yararının korunması ile emredici olma

¹⁰³ *Dernburg/Biermann*, s. 337, özellikle dn. 16; *Windscheid/Kipp*, s. 549-550, özellikle dn. 5.

¹⁰⁴ *Dernburg/Biermann*, s. 337 dn. 16.

arasında mutlak bir bağlantı kurulmasına yol açmış olabilir. Bu konuda kesin bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Ancak, 1881 tarihli (eski) İsviçre Borçlar Kanunu İsviçre Parlamentosu'nda görüşülürken *ius publicum* kavramının farklı anlamları arasındaki farka dikkat edilmediği tespit edilebilmektedir.

IV. MÜŞTEREK HUKUK DOKTRİNİNİN İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NA ETKİSİ

Müşterek hukukta hâkim olan görüşün etkileri 1881 tarihli (eski) İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlanması ve kanunlaşması sürecinde kısmen görülebilmektedir.

1879 tarihli hükümet tasarısının 155. maddesi,¹⁰⁵ zamanaşımı alanında taraflara oldukça geniş irade serbestisi bırakan bir hüküm içeriyordu. Bu hükme göre, on yıllık genel zamanaşımı süresi kısaltılabiliyordu. On yıldan kısa olan özel zamanaşımı süreleri ise, kural olarak, hem kısaltılabiliyor hem de on yıla kadar uzatılabiliyordu. Ancak hükümet tasarısının 153. ve 154. maddelerinde (1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesine büyük ölçüde tekabül eden hükümlerde) düzenlenen beş yıllık özel zamanaşımı süresi değiştirilemiyordu.¹⁰⁶

Tasarının söz konusu hükmü parlamentoda değiştirilmişti. Bu hükmün değiştirilmesine dair ilk adım, İsviçre Parlamentosu'nun kanton temsilcilerinden oluşan kanadının (*Ständerat*) hukuk komisyonunda atılmıştı. Komisyon üyesi *Stehlin*, "*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*" kuralı uyarınca zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği yönünde bir düzenlemenin kabulünü önermiştir.¹⁰⁷ Komisyon da, hükümet tasarısının 155.

¹⁰⁵ Hükmün metni için bkz. **Fasel**, Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000, s. 1074: "[1] Durch Privatverfügung kann nicht bestimmt werden, dass ein unverjährbares Forderungsrecht verjährbar oder ein unverjährbares Forderungsrecht unverjährbar sein sollte. [2] Die zehnjährige Verjährung kann durch Privatverfügung abgekürzt aber nicht verlängert werden. [3] Die in den Artikeln 153 und 154 angeordneten Verjährungen können durch Privatverfügung weder verlängert noch abgekürzt werden. [4] Andere kürzere Verjährungen können, sofern darüber keine besondere gesetzliche Bestimmung getroffen ist, durch Privatverfügung verkürzt, verlängert oder gänzlich ausgeschlossen werden. Jedoch ist eine solche Privatverfügung ungültig, soweit dadurch die zehnjährige Verjährung verlängert oder ausgeschlossen würde."

¹⁰⁶ Bu hükmeye dair açıklamalar için bkz. **Karavaşin**, Yasin Alperen, Parteaautonomie im Verjährungsrecht – Inhalt und Grenzen, Zürich/Basel/Cenevre 2017, n. 200 vd.

¹⁰⁷ Schweizerisches Bundesarchiv (İsviçre Federal Arşivi), Bestands-Nr.: 22, Archiv-Nr.: 2093, Kommission des StR 1881, Bemerkungen und Anträge der Mitglieder der ständeräthlichen Kommission, bestehend aus den Herren Hoffmann, Sahli, Nagel, Estoppey, Hettlingen,

maddesinin bu yönde değiştirilmesine karar vermiştir. Komisyon raporunun bu değişiklik ile ilgili gerekçesi dikkat çekicidir. Komisyona göre, zamanaşımı kurumu büyük ölçüde kamu hukuku karakterindedir ve bu nedenle tarafların anlaşmaları ile düzenlenememelidir.¹⁰⁸ Komisyon üyesi *Stehlin* tarafından atıf yapılan Latince “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” kuralında geçen “*ius publicum*” kavramının Almanca komisyon raporunda “*kamu hukuku*” olarak tercüme edildiği görülmektedir. Bu durum, 19. yüzyılın sonlarına yaklaşırken bile *ius publicum* kavramının değişik anlamlarının her zaman düzgünce ayırt edilemediğini göstermekte ve böylece yukarıdaki açıklamaları teyit etmektedir.

Parlamentonun kanton temsilcilerinden oluşan kanadında (*Ständerat*), hukuk komisyonunun raporunda önerilenden farklı bir hüküm kabul edilmiştir. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun 127. maddesi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 148. maddesi ile içerik olarak aynı olan bu hükme göre, kanunun sadece borçların sona ermesine dair kısmında düzenlenen zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemezdi. Dolayısıyla, on yıllık genel zamanaşımı süresi ile ondan hemen sonra düzenlenen beş yıllık zamanaşımı süresi dışında kalan sürelerin sözleşme ile değiştirilmesinin önü tekrar açılmıştır. Böylece, hükümet tasarısının 155. maddesindeki düzenlemeye oldukça yaklaşılmıştır. Tek fark, on yıllık genel zamanaşımı süresinin kısaltılmayacak olmasıdır.¹⁰⁹

Parlamentonun halk temsilcilerinden oluşan kanadının (*Nationalrat*) hukuk komisyonunun raporunda, hükümet tasarısındaki hüküm ile kanton temsilcilerinden oluşan kanadın (*Ständerat*) kabul ettiği hüküm arasındaki benzerliğe açıkça dikkat çekilmiştir.¹¹⁰ Dolayısıyla, bu benzerlik bilinerek

Fischer, Cornaz, Wessel, Respini, Stehlin und Rieter, s. 11: “Art. 155. Herr Stehlin. Antrag: Streichung des ganzen Artikels und Ersetzung [sic] durch den Satz, dass Veränderungen der gesetzlichen [sic] Verjährungsfrist durch Privatvertrag nicht zulässig sind, quia jus publicum privatorum pactis mutari non potest.” (Metnin aslında olan vurgu kaldırılmıştır.)

¹⁰⁸ Bericht der ständeräthlichen Commission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts vom 31. Mai 1880, Bundesblatt (İsviçre Federal Resmî Gazetesi), Yıl: 1880, Cilt: III, s. 163: “Das Verjährungsrecht würden wir gänzlich von den Privat-Conventionen [sic] der Parteien unabhängig machen und daher den Art. 155 durch die Bestimmung ersetzen: ‘Die Verjährungsfristen unterliegen keiner Veränderung durch Privatvertrag.’ Das Institut der Verjährung ist wesentlich öffentlich rechtlichen Charakters und soll daher nicht dem Convenieren [sic] der Parteien überantwortet werden.”

¹⁰⁹ Karashahin, n. 220.

¹¹⁰ Bericht der nationalrätlichen Commission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts vom November 1880, Bundesblatt (İsviçre Federal Resmî Gazetesi), Yıl: 1881, Cilt: I, s. 164: “Es wird auch dem ständeräthlichen [sic] Abänderungsbeschlusse zu Art. 155 beigestimmt, der zwar der Fassung des Entwurfes

hüküm kanunlaştırılmıştır. Bu nedenle, *Stehlin* tarafından ileri sürülen ve “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” kuralına dayanan öneri aslında açıkça reddedilmiştir.¹¹¹ Bu durum, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren müşterek hukuk doktrinine hâkim olan, zamanaşımının kamu yararının korunması amacı ile emredici olması görüşünün İsviçre’de yapılan kanunlaştırmada reddedildiğini göstermektedir. Bu tarihî gelişime rağmen, zamanaşımının kamu düzenini veya kamu yararını koruduğu görüşü İsviçre doktrininde de uzun süre hâkim olmuştur.

V. 19. ve 20. YÜZYILDA KITA AVRUPASI MEDENÎ HUKUK KODİFİSKASYONLARINDA ZAMANAŞIMI ALANINDA İRADE SERBESTİSİ

A. KANUN HÜKÜMLERİ

Kıta Avrupası ülkelerinin medenî hukuk kodifikasyonlarında zamanaşımı alanında irade serbestisini – az veya çok – sınırlayan hükümler bulunmaktadır.

– 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu’nun¹¹² 2008 yılında yapılan değişiklik öncesindeki (ilk) hâli ile 2220. maddesinde şu düzenleme yer alıyordu: “Zamanaşımından önceden feragat edilemez: iktisap edilmiş zamanaşımından feragat edilebilir.”¹¹³ Hâkim görüşe göre, bu hüküm zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile uzatılmasına engeldi.¹¹⁴

gegenüber nur insofern eine materielle Modifikation involvirt, [sic] als er auch die vertragliche Abkürzung der zehnjährigen Verjährung ausschließt.“

¹¹¹ Aksi yönde **Erdem**, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010, s. 371: “Konsey’deki görüşmelerde, [...] *Stehlin*’in [...] zamanaşımı süreleri konusundaki tarafların değişiklik yapmalarının tamamen yasaklanması teklifi (*quia ius publicum privatorum pactis mutari non potest*) kabul görmüş ve bu yöndeki düzenleme, 1881 tarihli Federal Borçlar Kanununa 148. madde olarak girmiştir.” (Vurgu metnin aslında mevcuttur.) Kanunlaştırma sürecinde yaşanan gelişmelere dair yukarıdaki açıklamalar karşısında, yazarın bu sonuca nasıl ulaştığı anlaşılabilir.

¹¹² Resmî adı: Code civil des français.

¹¹³ Hükümün metni şu şekildeydi: “On ne peut, d’avance, renoncer à la prescription: on peut renoncer à la prescription acquise.” Bu hükümün yorumuna dair görüşler hakkında bkz. **Karavaşin**, n. 253 vd.

¹¹⁴ Bu görüşü savunanlar için bkz. **Karavaşin**, n. 256.

– 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu'nun¹¹⁵ 1502. paragrafı hâlen şu hükmü içermektedir: “Zamanaşımından ne önceden feragat edilebilir¹¹⁶ ne de kanunda belirlenenden uzun bir zamanaşımı süresi kabul edilebilir.”¹¹⁷

– 1881 tarihli (eski) İsviçre Borçlar Kanunu'nun¹¹⁸ 148. maddesi şu şekildeydi: “Bu bölümde belirlenen zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemez.”¹¹⁹ Söz konusu hüküm, bazı ifade değişiklikleri ile 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun¹²⁰ 129. maddesi olarak kabul edilmiştir.¹²¹

İsviçre Borçlar Kanunu'nun konu ile ilgili hükmü yukarıda açıklanandan ibaret değildir. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 159. maddesinin Almanca metninde şu düzenleme yer alıyordu: “Zamanaşımının tamamlanmasından sonra ondan feragat edilebilir.”¹²² 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 141. maddesinde ise hükmün sözü değiştirilmiş ve Almanca metinde şu düzenleme kabul edilmiştir: “Zamanaşımından önceden

¹¹⁵ Resmî adı: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten [sic] deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie.

¹¹⁶ Günümüzde Almanca hukuk dilinde “feragat etmek” fiili “verzichten” kelimesi ile ifade edilmektedir. Hükmün aslında kullanılan “entsagen” kelimesi günümüz hukuk dilinde yaygın olarak kullanılmamakla beraber “feragat etmek” anlamına gelmektedir. 19. yüzyılda yayınlanan eserlerde zamanaşımından feragat etmenin “entsagen” kelimesi ile de ifade edildiği görülmektedir. Bkz. **Karavaşahin**, s. 102-103.

¹¹⁷ Hükmün metni şu şekildedir: “Der Verjährung kann weder im voraus entsagt, noch kann eine längere Verjährungsfrist als durch die Gesetze bestimmt ist, bedungen werden.” Bu hükmün yorumuna dair görüşler hakkında bkz. **Karavaşahin**, n. 248 vd.

¹¹⁸ Resmî adı: Bundesgesetz über das Obligationenrecht, Code fédéral des obligations.

¹¹⁹ Hükmün Almanca metni şu şekildeydi: “Die in diesem Kapitel festgesetzten Verjährungsfristen können durch Vertrag nicht abgeändert werden.” Hükmün Fransızca metni ise şu şekildeydi: “Les délais de prescription fixés dans le présent chapitre ne peuvent être modifiés par convention.” 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 148. maddesinin hazırlanmasının ve kabulünün aşamaları hakkında bkz. **Karavaşahin**, n. 194 vd.

¹²⁰ Resmî adı: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations).

¹²¹ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Die in diesem Titel aufgestellten Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden.” Hükmün Fransızca metni ise şu şekildedir: “Les délais de prescription fixés dans le présent titre ne peuvent être modifiés conventionnellement.” 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlanmasının ve kabulünün aşamaları hakkında bkz. **Karavaşahin**, n. 224 vd. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 148. maddesi ile 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 129. maddesinin içerik olarak aynı olduğu yönündeki açıklamalar ve aksi görüşün eleştirisi için bkz. **Karavaşahin**, n. 352 vd.

¹²² Hükmün Almanca metni şu şekildeydi: “Auf die Verjährung kann nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden.” Hükmün Fransızca metni ise şu şekildeydi: “On peut renoncer à la prescription acquise.” 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 159. maddesinin hazırlanmasının ve kabulünün aşamaları hakkında bkz. **Karavaşahin**, n. 230 vd.

feragat edilemez.”¹²³ İki kanunun sözündeki farkın içerik yönünden bir değişiklik getirip getirmediği İsviçre doktrininde tartışmalıydı.¹²⁴ 15.07.2018 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılan bir kanun ile İsviçre Borçlar Kanunu’nun 141. maddesinin birinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Borçlu, zamanaşımının başlangıcından sonra her seferinde en çok on yıl için zamanaşımı def’ini ileri sürmekten feragat edebilir.”¹²⁵

– 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu’nun¹²⁶ 2002 yılında yapılan değişiklik öncesindeki (ilk) hâli ile 225. paragrafı şu hükmü içeriyordu: “Zamanaşımı hukukî işlem ile ne ortadan kaldırılabilir ne de zorlaştırılabilir. Zamanaşımının kolaylaştırılması, özellikle zamanaşımı süresinin kısaltılması caizdir.”¹²⁷

Söz konusu kanunların ilk ikisinin 19. yüzyılın başında kabul edildiğine dikkat edilmelidir. Bu tarihlerde müşterek hukuk doktrininde konu ile ilgili tartışmalar devam etmekteydi. Müşterek hukuk doktrininde sonradan hâkim olan görüşü ortaya atan *Savigny*, Fransız ve Avusturya kanunlarını da dikkate almıştı. 19. yüzyılın sonunda kabul edilen Alman Medenî Kanunu – birçok açıdan olduğu gibi – müşterek hukuk doktrininde benimsenen görüşü yansıtan bir kanun hükmü getirmişti. Görüldüğü üzere, 19. yüzyılda müşterek hukuk doktrininde savunulan görüşler ile kanun hükümleri karşılıklı bir etkileşim içinde olmuştur.¹²⁸

B. KAMU YARARININ KORUNMASI GÖRÜŞÜ VE ELEŞTİRİSİ

Kıta Avrupası kodifikasyonlarının açıklanan hükümleri, özellikle de sözleşme ile zamanaşımının zorlaştırılmasını engelleyen düzenlemeler, bu

¹²³ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Auf die Verjährung kann nicht zum voraus verzichtet werden.” Hükmün Fransızca metni ise şu şekildedir: “Est nulle toute renonciation anticipée à la prescription.”

¹²⁴ Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Karavaşin**, n. 233 vd.

¹²⁵ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Der Schuldner kann ab Beginn der Verjährung jeweils für höchstens zehn Jahre auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten.” Hükmün Fransızca metni şu şekildedir: “Le débiteur peut renoncer à soulever l’exception de prescription, à chaque fois pour dix ans au plus, à compter du début du délai de prescription.” İsviçre Borçlar Kanunu’nun 141. maddesinde yapılan bu ve diğer değişikliklere dair tasarının değerlendirilmesi için bkz. **Karavaşin**, n. 628 vd.

¹²⁶ Resmî adı: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

¹²⁷ Hükmün metni şu şekildedir: “Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig.” Bu hükmün yorumuna dair görüşler hakkında bkz. **Karavaşin**, n. 244 vd.

¹²⁸ **Karavaşin**, n. 164.

ülkelerin doktrininde genellikle zamanaşımının kamu yararını (*öffentliche Interessen, intérêts social*) veya kamu düzenini (*ordre public*) korumaya yönelik bir müessese olduğu düşüncesi ile temellendirilmeye çalışılmıştır.¹²⁹ Türk doktrininde de, zamanaşımını kamu düzenini veya kamu yararını koruyan bir müessese olarak kabul eden ve zamanaşımının belli ölçüde

¹²⁹ Belirtilmelidir ki, kamu düzeninin korunması ifadesi bazı Fransızca eserlerde kullanılmaktadır. Almanca eserlerde ve Fransızca eserlerin bir kısmında ise kamu yararı kavramı karşımıza çıkmaktadır. Alman doktrininde bkz. **Grothe**, Helmut, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil (§§ 1-240, AGB-Gesetz), 4. Bası, Münih 2001, § 225, n. 1; **Peters**, Frank, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164-240, Berlin 2001, § 225, n. 3; **Zimmermann**, JuS 1984, s. 422. Avusturya doktrininde bkz. **Keplinger**, Jakob, “Zur vertraglichen Verlängerung der kurzen Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen”, Juristische Blätter, Cilt: 134, Yıl: 2012, s. 162; **Mader**, Peter, “Verjährung und außergerichtliche Auseinandersetzung”, Juristische Blätter, Cilt: 108, Sayı: 1/2, s. 5. Avusturya doktrininde hâkim görüşün bu yönde olduğu hakkında bkz. **Mader**, Peter/**Janisch**, Sonja, Kommentar zu § 1502 ABGB, Schwimann, Michael/Kodek, Georg (ed.), ABGB Praxis Kommentar, Cilt: 6, 4. Bası, Viyana 2016, § 1502, n. 1; **Vollmaier**, Peter, Kommentar zu §§ 1501-1502 ABGB, Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (ed.), ABGB §§ 1451 bis 1502, 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Viyana 2012, § 1502, n. 3; **Vollmaier**, Verjährung und Verfall, s. 63 (Yazarın kendisi hâkim görüşe katılmamaktadır. Bkz. **Vollmaier**, Klang-Komm., § 1502, n. 3; **Vollmaier**, Peter, Verjährung und Verfall, Die Strukturen des privatrechtlichen Fristenregimes in Österreich, Viyana 2009, s. 64 vd. ve s. 68). Fransız doktrininde bkz. **Aubry**, Charles/**Rau**, Charles- Frédéric/**Bartin**, Étienne, Cours de droit civil français, Cilt: 12, 5. Bası, Paris 1922, s. 571; **Baudry-Lacantinerie**, Gabriel/**Tissier**, Albert, Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription, 3. Bası, Paris 1905, n. 53; **Colin**, Ambrose/**Capitant**, Henri/**Juliot de la Morandière**, Léon, Cours élémentaire de droit civil français, Cilt 10, Paris 1948, n. 606; **Ferid**, Murad/**Sonnenberger**, Hans Jürgen, Das Französische Zivilrecht, 2. Bası, Heidelberg 1994, n. 1 C 254; **Malaurie**, Philippe/**Aynès**, Laurent/**Stoffel-Munck**, Philippe, Droit des obligations, 9. Bası, Paris 2017, n. 1200. İsviçre doktrininde daha eski tarihli eserlerde bu görüş yaygındır: **Becker**, Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), Bern 1941, Art. 129, n. 1; **Béguelin**, Edouard, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte: 813, Erlöschen der Obligationen X: Verjährung, 1. Allgemeines, 1944, s. 3-4; **Oser**, Hugo/**Schönenberger**, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1-183, 2. Bası, Zürich 1929, Art. 129, n. 1; **Von Tuhr**, Andreas/**Escher**, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Cilt 2, 3. Bası, Zürich 1984, s. 211 ve s. 216 (Yazarlar kamu yararının ve borçlunun yararının korunmasını eş önemde kabul etmektedir.). Ancak yeni eserlerde de bu görüşü savunanlar vardır: **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Bası, Zürich/Basel/Cenevre 2014; **Niklaus**, Jean Luc, La prescription extinctive: modifications conventionnelles et renonciation, Basel 2008, n. 531 vd.; açık olmamakla beraber karşı **Parein-Reymond**, Aude, La prescription extinctive, Étude de droit romain et de droit suisse, Basel 2014, s. 153.

emredici hükümler ile düzenlenmesini kamu düzeninin veya yararının korunması amacı ile açıklayanlar vardır.¹³⁰ Bu görüşü savunanlar tarafından genellikle iki gerekçeye dayanılmıştır. İlk olarak, zamanaşımının hukuk güvenliğini (*Rechtssicherheit*) ve hukuk barışını (*Rechtsfrieden*) ya da sosyal barışı (*la paix sociale*) koruduğu belirtilmiştir.¹³¹ İkinci olarak da, zamanaşımının mahkemelerin iş yükünü azaltan bir kurum olduğu ifade edilmiştir.¹³²

¹³⁰ **Akçay**, Ergin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 11-12 ve s. 33; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017, s. 1307 ve s. 1313; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 13. Bası, İstanbul 2015, n. 1908. *Erdem*'e göre zamanaşımı kamu düzeninden değildir; ancak kamu yararına hizmet etmektedir (**Erdem**, s. 12-13). Ancak yazar, irade serbestisinin sınırlanmasının nedeni olarak kamu yararının korunmasını göstermemektedir. Yazara göre, "borçlar hukukunun bu alanında, sözleşme serbestisine neden bu şekilde bir sınırlama getirildiğini [...] anlamak zordur" (s. 376). **Paksoy**, zamanaşımının kamu yararına hizmet ettiğini kabul etmektedir (**Paksoy**, Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat, İstanbul 2012, s. 44). Ancak, zamanaşımı kurumunun temel amacının kamu düzeninin korunması olmadığını belirtmektedir (**Paksoy**, s. 56). Yazar, zamanaşımı ile aslî olarak borçlunun yararının korunduğu ve kamu yararının da dolaylı olarak korunmuş olduğu görüşündedir (**Paksoy**, s. 57-58). Bu nedenlerle, zamanaşımının kamu düzeninin korunması amacı ile belli ölçüde emredici hükümlerle düzenlendiği görüşünü reddetmektedir (**Paksoy**, s. 55 vd.).

¹³¹ Alman doktrininde bkz. **Grothe**, Münchener Komm. (2001), § 225, n. 1; **Zimmermann**, JuS 1984, s. 410. Alman doktrininde 2002 yılından sonraki hukukî duruma dair eserlerde bu yönde **Birr**, Christiane, Verjährung und Verwirkung, Berlin 2003, n. 10; **Mansel**, Heinz-Peter/**Budzikiewicz**, Christine, Das neue Verjährungsrecht, Bonn 2001, § 1, n. 45. Fransız doktrininde bkz. **Colin/Capitant/Juliot de la Morandière**, n. 592; **Ferid/Sonnenberger**, n. 1 C 195; **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, n. 1200; **Planiol**, Marcel/**Ripert**, Georges/**Esmein**, Paul/**Radouant**, Jean/**Gabolde**, Gabriel, Traité pratique de droit civil français, Cilt VII: Obligations, 2. Kısım, 2. Bası, Paris 1954, n. 1325. Avusturya doktrininde bkz. **Mader**, s. 5; **Vollmaier**, Verjährung und Verfall, s. 66 vd. İsviçre doktrininde bkz. **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, n. 3279.

¹³² **Zimmermann**, JuS 1984, s. 410. Alman doktrininde 2002 yılından sonraki eserlerde bu yönde **Mansel**, Heinz-Peter, "§ 1 Verjährung", Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (ed.), Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002, n. 19; **Mansel/Budzikiewicz**, § 1, n. 43; **Mansel**, Heinz-Peter/**Stürner**, Michael, §§ 214-218 BGB, Heidel, Thomas/Hübstege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich (ed.), Anwaltkommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB, Bonn 2005, Vor §§ 194-218, n. 23. Avusturya doktrininde bkz. **Vollmaier**, Verjährung und Verfall, s. 70-71. Ancak günümüzde, zamanaşımının kamu düzenini veya kamu yararını koruyan bir kurum olduğunu kabul eden yazarların önemli bir kısmı bile, mahkemelerin iş yükünün azaltılmasının zamanaşımının aslî amacı olamayacağını kabul etmişlerdir. Mahkemelerin iş yükü zamanaşımının sadece talî bir etkisi olarak değerlendirilebilir (**Birr**, n. 10; **Hermann**, Hans Georg, Historisch-kritischer Kommentar, Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Tübingen 2003, §§ 194-225, n. 14; **Vollmaier**, Verjährung und Verfall, s. 71; **Peters**, Frank/**Jacoby**, Florian, §§ 194-218, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164-240 [Allgemeiner

Açıklanan görüş doktrinde gittikçe artan bir şekilde eleştirilmiştir. Karşı görüşe göre, zamanaşımı tarafından aslı olarak korunan yarar borçlunun özel yararadır. Kamu yararı ise, sadece borçlunun yararı ile örtüştüğü ölçüde korunmaktadır. Borçlunun özel yararından ayrı ve bağımsız olarak korunan bir kamu yararı söz konusu değildir. Kıta Avrupası ülkelerinde yürürlükte olan kanun hükümlerinde zamanaşımının borçlu tarafından ileri sürülmesi gereken bir def'i olarak düzenlenmiş olması,¹³³ bu görüşe önemli bir dayanak teşkil etmektedir. Bu düzenleme şekli, yürürlükteki hukuk kurallarının borçlunun özel yararından bağımsız olarak kamu düzenini veya kamu yararını korumaya yönelik (ve elverişli) olmadığını ortaya koymaktadır. Aslı olarak kamu düzenini veya yararını koruyan bir kurumun re'sen dikkate alınması gerekirdi.¹³⁴

Teil 5], Berlin 2014, Vorbem. zu §§ 194-218, n. 7). *Pichonnaz*, günümüz hukuku açısından bu amacı kabul etmese de, zamanaşımının öngörülmesinde tarihî olarak mahkemelerin iş yükünü azaltma yönünde bir amaç olduğunu belirtmektedir (**Pichonnaz**, Ursprung, s. 521).

¹³³ Fransız Medeni Kanunu, 2008 yılından önceki hâli ile m. 2223 ve 2008 yılındaki değişiklikten sonraki hâli ile m. 2247; Avusturya Medenî Kanunu § 1501; İsviçre Borçlar Kanunu m. 142, Alman Medenî Kanunu 2002 yılından önceki hâli ile § 222 ve 2002 yılındaki değişiklikten sonraki hâli ile § 214.

¹³⁴ Bütün paragraf için bkz. Alman doktrininde **Enderlein**, Wolfgang, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, Münih 1996, s. 339; **Harke**, Jan Dirk, "Privatautonomie und Verjährung: Verjährungsvereinbarungen", Remien, Oliver (ed.), *Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewahrung und Reform*, Tübingen 2011, s. 113 vd.; **Haug**, Henner, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts*, Baden-Baden 1999, s. 117; **Peters/Jacoby**, Vorbem. zu §§ 194-218, n. 7. Avusturya doktrininde bkz. **Bydliński**, Peter/**Vollmaier**, Peter, "Österreichisches Verjährungsrecht, Grundregeln – Grundstrukturen – Grundwertungen – Reformideen", Remien, Oliver (ed.), *Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewahrung und Reform*, Tübingen 2011, s. 224-225; **Viehböck**, Günther, "(Kein) Verzicht auf die Einrede der Verjährung? – oder: Ein fortgesetzter Irrtum verjährt nicht", *Österreichische Juristenzeitung*, Cilt: 53, Yıl: 1998, s. 777; **Vollmaier**, Klang-Komm., § 1501, n. 1 ve § 1502, n. 3. İsviçre doktrininde bkz. **Berti**, Stephen V., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VIh: Das Erlöschen von Obligationen*, Zweite Lieferung: Art. 127-142 OR, Zürich 2002, Vorb. zu Art. 127-142, n. 12; **Däppen**, Robert K., Art. 127-142, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (ed.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Bası, Basel 2015, Vorb. zu Art. 127-142, n. 1; **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Bası, Zürich 2000, § 39, n. 1; **Koller**, n. 67.06 vd.; **Pichonnaz**, Pascal, Art. 127-142, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (ed.), *Commentaire romand, Codes des obligations I*, 2. Bası, Basel 2012, Art. 127, n. 2; **Spiro**, Karl, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Bern 1975, s. 23. Aynı yönde **Karavaşahin**, n. 35-36. Karşılaştırmalı hukuka dayalı olarak bu yönde **Lando**, Ole/**Clive**, Eric/**Prüm**, André/**Zimmermann**, Reinhard (ed.), *Principles of European Contract Law*, Part III, Lahey/Londra/New York 2003, s. 207-208; **Zimmermann**, *Comparative Foundations*, s. 163-164.

Bu açıklamalardan görülmektedir ki, Kıta Avrupası ülkelerinde kodifikasyon sonrasında savunulan görüşler, 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininde savunulan görüşler ile benzerlik göstermektedir. Bu durum, müşterek hukuk doktrini ile kanunlarda kabul edilen hükümler arasındaki etkileşimin sonucu olarak kabul edilebilir. Ancak 19. yüzyılın başında yayınlanan müşterek hukuka dair eserlerde zamanaşımının re'sen veya def'i üzerine dikkate alınması ile sözleşme ile düzenlenebilmesi arasında bir bağlantı kurulduğu hatırlanmalıdır.

C. ARA DEĞERLENDİRME

Zamanaşımının kamu yararını veya kamu düzenini koruması nedeniyle irade serbestisinin sınırlanması görüşü, Kıta Avrupası ülkelerinde 20. yüzyıl boyunca oldukça etkili olmuştur. Bu düşüncenin temelleri, 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininde bulunabilmektedir. Ancak söz konusu düşüncenin kanunlaştırma hareketlerinden sonra kullanılış şekli, döngüsel bir muhakeme yapılmaya başlandığı şüphesini doğurmaktadır. 19. yüzyılda kamu yararının korunması görüşüne dayalı olarak zamanaşımı alanında irade serbestisinin sınırlandırılması savunulmuştur. Kanunlaştırmalardan sonra ise, zamanaşımı alanında irade serbestisini sınırlayan kanun hükümlerine dayanarak zamanaşımının kamu yararını koruduğu görüşü desteklenmeye başlamıştır. Öyle ki, kamu yararının veya kamu düzeninin korunması ile irade serbestisinin sınırlanması arasında mutlak bir bağlantı kurulduğu izlenimi doğmaya başlamıştır.¹³⁵

Burada ileri sürülen görüşe göre, Roma hukukunda ve müşterek hukukta *ius publicum* kavramına verilen anlamlar, açıklanan düşünce ve muhakeme şekline etki etmiş olabilir.

VI. ZAMANAŞIMI ALANINDA İRADE SERBESTİSİNİN SINIRLANMASI MESELESİNE YENİ YAKLAŞIM

A. İRADE SERBESTİSİNİN SINIRLANMASININ NEDENİ

20. yüzyılda giderek artan şekilde savunulan görüş, emredici zamanaşımı hükümlerinin kamu yararının veya kamu düzeninin korunması ile açıklanamayacağıdır. İleride açıklanan bu görüşe göre, zamanaşımı

¹³⁵ Alman doktrini açısından 1996 yılında yapılan aynı yöndeki tespit için bkz. **Enderlein**, s. 340. Avusturya doktrininde bkz. **Kogler**, Gabriel, "Die Zulässigkeit von Verjährungsvereinbarungen", Juristische Blätter, Yıl: 2015, s. 360. Yazar kamu düzeninin korunması düşüncesine dayalı olarak zamanaşımının emredici olması görüşü ile emredici zamanaşımı hükümlerine dayalı olarak zamanaşımının kamu düzenini koruduğu görüşünün döngüsel akıl yürütme teşkil ettiğini ifade etmektedir.

sürelerinin uzatılmasını ve zamanaşımının zorlaştırılmasını yasaklayan ya da sınırlandıran hükümler borçluyu koruma amacını taşır. Ancak, bu görüşü savunan yazarların bir kısmı borçlunun neden emredici hükümler ile korunması gerektiğini açıklamamaktadır.

İrade serbestisinin ve sözleşme özgürlüğünün kabul edildiği modern hukuk düzenlerinde, kişilerin bir sözleşme kurma iradesini oluştururken kendi yararlarını dikkate alabilecekleri ve yararlarına olmayan sözleşmeleri yapmaktan kaçınabilecekleri varsayılmaktadır. Bu nedenle, irade serbestisinin sınırlanmasını ve bir kişinin iradesinin aksi yönde olmasına rağmen emredici hükümler ile korunmasını haklı kılan özel bir sebep olmalıdır.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından isabetle belirtilmiş olduğu gibi, zamanaşımı alanında irade serbestisine belli ölçüde sınır getirerek borçluyu korumanın nedeni, zamanaşımına dair sözleşmelerin etkilerinin çok sonra ortaya çıkabilecek olması ve borçlunun bu tür bir sözleşme yaparken onun ileride ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerini hafife alma riskinin olmasıdır.¹³⁶ Borçlunun kendisi açısından aşırı uzun süre bağlılık yaratabilecek bir sözleşme yapması engellenmek istenmiştir.¹³⁷

Zamanaşımı alanında irade serbestisinin sınırlanması haklı kılan nedenin bu şekilde belirlenmesi, borçlu açısından yukarıda açıklanan riskin olmadığı hâllerde zamanaşımının sözleşme ile düzenlenmesinin serbest olmasını zorunlu kılmaktadır.¹³⁸ Dolayısıyla, emredici zamanaşımı hükümlerinin temelinde yatan nedenin tespiti, hem yürürlükteki kanun hükümlerinin yorumunda hem de kanun değişikliklerinin yapılmasında yol gösterici olabilecek niteliktedir.

B. 21. YÜZYILDA KABUL EDİLEN MODEL KANUNLAR VE KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

21. yüzyılın başından itibaren, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına dayanan model kanunlarda ve kanun tasarılarında, zamanaşımı alanında taraflara geniş – ama sınırsız olmayan – bir irade serbestisi verilmesi yönünde düzenlemeler kabul edilmiştir.¹³⁹ Bu alanda öncü kabul edilebilecek model

¹³⁶ **Berti**, Art. 129/141 Abs. 1, n. 2; **Enderlein**, s. 341-342; **Killias**, Laurent/**Wiget**, Matthias, Art. 127-142, Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K. (ed.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Zürih/Basel/Cenevre 2016, Art. 129 OR, n. 1 ve Art. 141, n. 2; **Spiro**, Karl, “Der Verzicht auf die laufende Verjährung”, Barfuß, Werner/Dutoit, Bernard/Forkel, Hans/Immenga, Ulrich/Majoros, Ferenc (ed.), Festschrift für Karl Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, s. 550; **Vollmaier**, Klang-Komm., § 1502, n. 2.

¹³⁷ **Karavaşin**, n. 347.

¹³⁸ **Karavaşin**, n. 347.

¹³⁹ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law) (PECL) (m. 14:101 vd.) dışında bu kapsamda anılabilecek bazı model kanunlar veya kanun tasarıları

kanun, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'dir (*Principles of European Contract Law*).¹⁴⁰ Ayrıca, Almanya'da 2002 yılında, Fransa'da 2008 yılında yürürlüğe giren kanun değişiklikleri ile zamanaşımı yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklikler Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nden ve karşılaştırmalı hukuk çalışmalarından önemli ölçüde etkilenmiştir.¹⁴¹ İki ülkede de zamanaşımı alanındaki önemli değişikliklerden biri, irade serbestisine getirilen sınırlamaları önemli ölçüde azaltmak olmuştur.¹⁴² Alman doktrininde bu konuda kanunî paradigma değişimi (*gesetzlicher Paradigmenwechsel*)¹⁴³ veya öncekinden tamamen farklı bir düzenleme modeli (*gänzlich andere[s] Regelungsmodell*)¹⁴⁴ olduğu ifade edilmektedir. Bu gelişmelerden sonra, zamanaşımının kamu yararını veya düzenini koruyan bir kurum olduğu görüşünü savunanlar azalmıştır.¹⁴⁵

şöyledir: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) (m. 10.1 vd.); Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference) (DCFR); Schweizer Obligationenrecht 2020 (OR 2020); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (CESL) (m. 178 vd.). Bu alandaki gelişmeler için bkz. **Zimmermann**, Reinhard, "Die Verjährung – von den Principles of European Contract Law bis zum Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts", *European Review of Private Law*, Yıl: 2016, Sayı: 3&4, s. 689 vd.; **Zimmermann**, Commentaries, Art. 14:601, n. 2.

¹⁴⁰ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin zamanaşımına dair düzenlemelerini içeren 3. bölümü, Lando/Clive/Prüm/Zimmermann tarafından 2003 yılında kitap olarak basılmıştır. Ancak bu düzenlemelerin temelini teşkil eden karşılaştırmalı hukuk çalışmaları daha önce yayınlamıştır (mesela bkz. **Zimmermann**, Reinhard, "...ut sit finis litium", *Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage*, *Juristenzeitung*, Yıl: 2000, Sayı: 17/2000, s. 853 vd.; **Zimmermann**, *Comparative Foundations*, s. 62 vd.). Avrupa Sözleşme Hukuku ilkelerine göre zamanaşımı alanında irade serbestisi ve sınırları hakkında açıklamalar için bkz. **Karavaşahin**, n. 290 vd.

¹⁴¹ **Karavaşahin**, n. 275.

¹⁴² Bkz. Alman Medenî Kanunu, § 202; Fransız Medenî Kanunu, m. 2254. Alman ve Fransız hukuklarında kabul edilen yeni hükümlere göre zamanaşımı alanında irade serbestisi hakkında açıklamalar için bkz. **Karavaşahin**, n. 293 vd. ve n. 307 vd.; **Zimmermann**, Commentaries, Art. 14:601, n. 1.

¹⁴³ **Grothe**, Helmut, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I: Allgemeiner Teil (§§ 1-240, ProstG, AGG), 9. Bast, Münih 2018, § 222, n. 11.

¹⁴⁴ **Mansel/Stürner**, § 202, n. 3.

¹⁴⁵ Ancak, zamanaşımı alanında irade serbestisini – az da olsa hâlen – sınırlayan hükümlerin kamu yararı düşüncesi ile açıklanmasına devam edenler olmuştur. Bkz. **Grothe**, *Münchener Komm.* (2018), Vor § 194, n. 7 (Ancak yazar, eserin farklı bir kısmında, zamanaşımının kamu yararını koruyan bir kurum olduğu düşüncesinin terk edildiği şeklinde anlaşılabilir bir ifade kullanmıştır. Bkz. **Grothe**, *Münchener Komm.* [2018], § 202, n. 1.); **Hermann**, §§ 194-225, n. 14 (Yazar, zamanaşımının amacı açısından bir değişiklik olmadığını ve bu hususun zamanaşımı alanında irade serbestisinin sınırlandırılması açısından belirleyici olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Hermann**, §§ 194-225, n. 4.).

Söz konusu düzenlemeler, belirli bazı geniş sınırlar içinde tarafların zamanaşımını düzenlemesini serbest bırakmaktadır. Bu gelişme, emredici zamanaşımı hükümlerinin temelinde yatan nedene dair yukarıdaki açıklamalar ile uyumludur.

VII. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bu makalede aktarılan araştırma ve incelemeler, Roma hukuku kavramlarının ve müşterek hukuk doktrinde savunulan görüşlerin Kıta Avrupası kanunlarının hükümlerini ve modern doktrinde savunulan görüşleri ne ölçüde etkileyebildiğini göstermektedir. Roma hukuku kurallarının ve müşterek hukuk doktrininin araştırılması, günümüzdeki kanun hükümlerinin ve yerleşik hukukî düşüncelerin anlaşılması ve eleştirilebilmesi için yararlı olmaktadır.

Zamanaşımının hâkim tarafından re'sen dikkate alınmamasını öngören hukuk düzenlerinde, bu müessesenin aslî olarak kamu düzenini veya kamu yararını koruduğunu savunmak tutarlı olmamaktadır. Zamanaşımı alanında irade serbestisini sınırlayan kanun hükümlerinin mevcudiyeti de, zamanaşımının kamu düzenini veya kamu yararını koruyan bir müessese olduğu görüşünü temellendirmeye yetmemektedir. 19. yüzyıl müşterek hukuk doktrininin incelenmesi, bu görüşün günümüzde kabulünün haklı olmadığını göstermektedir. 20. yüzyıl boyunca ve 21. yüzyılın başında yaşanan gelişmeler de bu açıklamaları desteklemektedir. Bu durumda, zamanaşımının kamu düzenini veya kamu yararını koruyan bir müessese olması nedeniyle kısmen emredici hükümler ile düzenlenmiş olduğuna dair açıklamaların artık terk edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akçay**, Ergin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- Apathy**, Peter, “Verjährung des Anspruchs, der Klage oder des Rechts?”, Pichonnaz, Pascal/Vogt, Nedim Peter/Wolf, Stephan (ed.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, s. 1 vd.
- Ankum**, Hans, “Verbotsgesetze und Ius Publicum”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Cilt: 97, s. 288 vd.
- Aubry**, Charles/**Rau**, Charles- Frédéric/**Bartın**, Étienne, Cours de droit civil français, Cilt: 12, 5. Bası, Paris 1922.
- Baudry-Lacantinerie**, Gabriel/**Tissier**, Albert, Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription, 3. Bası, Paris 1905.
- Becker**, Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), Bern 1941.
- Béguelin**, Edouard, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte: 813, Erlöschen der Obligationen X: Verjährung, 1. Allgemeines, 1944.
- Berger**, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1991.
- Berti**, Stephen V., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1h: Das Erlöschen von Obligationen, Zweite Lieferung: Art. 127-142 OR, Zürich 2002.
- Birr**, Christiane, Verjährung und Verwirkung, Berlin 2003.
- Bydlinski**, Peter/**Vollmaier**, Peter, “Österreichisches Verjährungsrecht, Grundregeln – Grundstrukturen – Grundwertungen – Reformideen”, Remien, Oliver (ed.), Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform, Tübingen 2011, s. 215 vd.
- Colin**, Ambrose/**Capitant**, Henri/**Juliot de la Morandière**, Léon, Cours élémentaire de droit civil français, Cilt 10, Paris 1948.
- Coing**, Helmut, Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), Münih 1985 (Atf şekli: **Cilt 1**).
- Coing**, Helmut, Europäisches Privatrecht, Band II, 19. Jahrhundert, Münih 1989 (Atf şekli: **Cilt 2**).
- Dabelow**, Christoph Christian, Über die Verjährung, Zweyter Theil, Halle 1807.
- Däppen**, Robert K., Art. 127-142, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (ed.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Bası, Basel 2015.
- Dernburg**, Heinrich/**Biermann**, Johannes, Pandekten, Cilt: 1, 6. Bası, Berlin 1900.

- Enderlein**, Wolfgang, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, Münih 1996.
- Erdem**, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.
- Fasel**, Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000.
- Ferid**, Murad/**Sonnenberger**, Hans Jürgen, Das Französische Zivilrecht, 2. Bası, Heidelberg 1994.
- Grawein**, Alexander, Verjährung und gesetzliche Befristung, Erster Teil: Civilrechtliche Grundlegung, Leipzig 1880.
- Grothe**, Helmut, Vor § 194, §§ 194-225, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil (§§ 1-240, AGB-Gesetz), 4. Bası, Münih 2001 (Atıf şekli: **Münchener Komm. [2001]**).
- Grothe**, Helmut, Vor § 194, §§ 194-213, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil (§§ 1-240, ProstG, AGG), 9. Bası, Münih 2018 (Atıf şekli: **Münchener Komm. [2018]**).
- Gauch**, Peter/**Schluop**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Bası, Zürich/Basel/Cenevre 2014.
- Gauch**, Peter/**Schluop**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Bası, Zürich 2003.
- Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Bası, Zürich 2000.
- Günel**, Nadi, Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara 2006.
- Haug**, Henner, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, Baden-Baden 1999.
- Harke**, Jan Dirk, “Privatautonomie und Verjährung: Verjährungsvereinbarungen”, Remien, Oliver (ed.), Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewahrung und Reform, Tübingen 2011, s. 107 vd.
- Hermann**, Hans Georg, §§ 194-225, Historisch-kritischer Kommentar, Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Tübingen 2003.
- Hiestand**, Gottfried, Die Verjährung nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich 1889.
- Jörs**, Paul/**Kunkel**, Wolfgang/**Wenger**, Leopold/**Honsell**, Heinrich/**Mayer-Maly**, Theo/**Selb**, Walter, Römisches Recht, 4. Bası, Berlin/Heidelberg/New York 1987.

- Karadeniz Çelebican**, Özcan, Roma Hukuku, 17. Bası, Ankara 2014 (Atıf şekli: **Roma Hukuku**).
- Karadeniz Çelebican**, Özcan, Roma Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2015 (Atıf şekli: **Roma Eşya Hukuku**).
- Karaşahin**, Yasin Alperen, Parteaautonomie im Verjährungsrecht – Inhalt und Grenzen, Zürich/Basel/Cenevre 2017.
- Kaser**, Max, “‘Ius publicum’ und ‘ius privatum’”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Cilt: 103, s. 1 vd.
- Kaser**, Max/**Knütel**, Rolf/**Lohsse**, Sebastian, Römisches Privatrecht, 21. Bası, Münih 2017.
- Keplinger**, Jakob, “Zur vertraglichen Verlängerung der kurzen Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen”, Juristische Blätter, Cilt: 134, Yıl: 2012, s. 158 vd.
- Killias**, Laurent/**Wiget**, Matthias, Art. 127-142, Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K. (ed.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Zürich/Basel/Cenevre 2016.
- Koller**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Bası, Bern 2017.
- Kogler**, Gabriel, “Die Zulässigkeit von Verjährungsvereinbarungen”, Juristische Blätter, Yıl: 2015, s. 351 vd. ve s. 429 vd.
- Kori**, August Siegmund, Die Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsischen Rechten, Leipzig 1811.
- Lando**, Ole/**Clive**, Eric/**Prüm**, André/**Zimmermann**, Reinhard (ed.), Principles of European Contract Law, Part III, Lahey/Londra/New York 2003.
- Mader**, Peter, “Verjährung und außergerichtliche Auseinandersetzung”, Juristische Blätter, Cilt: 108, Sayı: 1/2, s. 1 vd.
- Mader**, Peter/**Janisch**, Sonja, § 1502 ABGB, Schwimann, Michael/Kodek, Georg (ed.), AGBG Praxis Kommentar, Cilt: 6, 4. Bası, Viyana 2016.
- Mansel**, Heinz-Peter, “§ 1 Verjährung”, Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (ed.), Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002, s. 10 vd.
- Mansel**, Heinz-Peter/**Budzikiewicz**, Christine, Das neue Verjährungsrecht, Bonn 2001.
- Mansel**, Heinz-Peter/**Stürner**, Michael, §§ 214-218 BGB, Heidel, Thomas/Hüßtege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich (ed.), Anwaltkommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB, Bonn 2005.
- Malaurie**, Philippe/**Aynès**, Laurent/**Stoffel-Munck**, Philippe, Droit des obligations, 9. Bası, Paris 2017.

- Metzger**, Ernest, “Actions”, Metzger, Ernest (ed.), A Companion to Justinian’s Institutes, Londra/New York 1997, s. 208 vd.
- Mraczek**, Johann Moritz, Lehre über die Verjährung, Prag 1801.
- Niklaus**, Jean Luc, La prescription extinctive: modifications conventionnelles et renonciation, Basel 2008.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 13. Bası, İstanbul 2015.
- Oser**, Hugo/Schönenberger, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1-183, 2. Bası, Zürich 1929.
- Paksoy**, Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat, İstanbul 2012.
- Parein-Reymond**, Aude, La prescription extinctive, Étude de droit romain et de droit suisse, Basel 2014.
- Pekcanitez**, Hakan, “§ 1 Medenî Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler” ve “§ 9 Dava Hakkında Genel Bilgiler”, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammed/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Peter**, Hansjörg, Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht, Zürich/Basel/Cenevre 2011.
- Peters**, Frank, §§ 194-225, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164-240, Berlin 2001.
- Peters**, Frank/Jacoby, Florian, §§ 194-218, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2014.
- Pichonnaz**, Pascal, Art. 127-142, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (ed.), Commentaire romand, Codes des obligations I, 2. Bası, Basel 2012 (Atıf şekli: **Comm. romand**).
- Pichonnaz**, Pascal, “Ursprung und Begründung der Verjährung in historischer Hinsicht”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Cilt: 132, Yıl: 2015, s. 511 vd. (Atıf şekli: **Ursprung**).
- Planiol**, Marcel/Ripert, Georges/Esmein, Paul/Radouant, Jean/Gabolde, Gabriel, Traité pratique de droit civil français, Cilt VII: Obligations, 2. Kısım, 2. Bası, Paris 1954.
- Rado**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, 11. Basıdan Tıpkı 12. Bası, İstanbul 2016.

- Spiro**, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Bern 1975 (Atıf şekli: Begrenzung).
- Spiro**, Karl, “Der Verzicht auf die laufende Verjährung”, Barfuß, Werner/Dutoit, Bernard/Forkel, Hans/Immenga, Ulrich/Majoros, Ferenc (ed.), Festschrift für Karl Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, s. 543 vd. (Atıf şekli: Verzicht)
- Tamer Güven**, Diler, Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.
- Thibaut**, Anton Friedrich Justus, Über Besitz und Verjährung, Jena 1802.
- The Law Commission**, Limitation of Actions, Item 2 of the Seventh Programme of Law Reform: Limitation of Actions, 2001.
- Unger**, Joseph, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Cilt: 1, 5. Bası, Leipzig 1892.
- Unterholzner**, Karl August Dominik, Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, 2 Cilt, Leipzig 1828.
- Viehböck**, Günther, “(Kein) Verzicht auf die Einrede der Verjährung? – oder: Ein fortgesetzter Irrtum verjährt nicht”, Österreichische Juristenzeitung, Cilt: 53, Yıl: 1998, s. 773 vd.
- Vollmaier**, Peter, §§ 1501-1502, Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (ed.), ABGB §§ 1451 bis 1502, 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Viyana 2012 (Atıf şekli: **Klang-Komm.**).
- Vollmaier**, Peter, Verjährung und Verfall, Die Strukturen des privatrechtlichen Fristenregimes in Österreich, Viyana 2009 (Atıf şekli: **Verjährung und Verfall**).
- Von Savigny**, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts,
- Band I, Berlin 1840 (Atıf şekli: **Cilt 1**).
 - Band V, Berlin 1841 (Atıf şekli: **Cilt 5**).
- Von Tuhr**, Andreas/**Escher**, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Cilt 2, 3. Bası, Zürich 1984.
- Windscheid**, Bernhard, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.
- Windscheid**, Bernhard/**Kipp**, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Cilt, 9. Bası, Frankfurt am Main 1906.

- Zimmermann**, Reinhard, "...ut sit finis litium", Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage, Juristenzeitung, Yıl: 2000, Sayı: 17/2000, s. 853 vd. (Atıf şekli: **"...ut sit finis litium"**).
- Zimmermann**, Reinhard, "Chapter 14: Prescription", Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard (ed.), Commentaries on European Contract Law, Oxford 2018 (Atıf şekli: **Commentaries**).
- Zimmermann**, Reinhard, Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, Cambridge 2002 (Atıf şekli: **Comparative Foundations**).
- Zimmermann**, Reinhard, "Die Verjährung", Juristische Schulung, Yıl: 1984, Cilt: 24, Sayı: 6, s. 409 vd. (Atıf şekli: **JuS 1984**).
- Zimmermann**, Reinhard, "Die Verjährung – von den Principles of European Contract Law bis zum Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts", European Review of Private Law, Yıl: 2016, Sayı: 3&4, s. 687 vd. (Atıf şekli: **ERPL 2016**).
- Zimmermann**, Reinhard, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press 1996 (Atıf şekli: **The Law of Obligations**).