KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 14, SIRA SAYI : 56

YARGITAY DERGİSİ

CİLT : 14 EKİM 1988 SAYI : 4

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce yılda dört kez (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) aylarında yayımlanır.

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan **AHMET COŞAR**

Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **ALİ RIZA GENİŞ**

- Dergide yayımlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
- Gönderilen yazının hiç bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar, Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek aktarılabilir.
- Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluğu yoktur.

Derginin sayısı KDV. içinde **864,— TL.** yıllık abone bedeli **3456,— TL.** dır. Abone işleri için, Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

Tel : 125 16 32
125 16 49
117 90 36 (4 hat)
117 53 80 (20 hat)
2385, 2484, 2486

YAYIN KURULU :

Başkan :	**İ. Teoman OZANOĞLU**	(10. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	**Yavuz İsmet AYER**	(3. Ceza Dairesi Başkanı)
Üye :	**İhsan ÖZMEN**	(16. Hukuk Dairesi Başkanı)
Üye :	**Hakkı YAŞAR**	(4. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	**S. Necip DEDA**	(2. Ceza Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

		Sayfa
1 — GENEL KONULAR		
a) Ahmet COŞAR	: 1988-1989 Adalet Yılını Açış Konuşması.	377 - 398
b) Teoman EVREN	: 1988-1989 Adalet Yılının Açılışında Yaptığı Konuşma.	399 - 407
c) Ali Rıza ÖNDER	: Bir Yasanın Öyküsü.	408 - 414
2 — MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK		
a) Kemal DAYINLARLI	: Milletlerarası Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.	415 - 452
3 — USUL HUKUKU		
a) İ. Zekâi ÖZDİL	: Hukuk Aşının Baha Biçilmez Kepçeleri Vardır.	453 - 466
4 — CEZA HUKUKU		
a) Doç. Dr. Sami SELÇUK	: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme.	467 - 482
b) Hikmet GÖKÇE	: Kullanma Hırsızlığı.	483 - 495
5 — ÖZEL HUKUK		
a) Nihat YAVUZ	: Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişmenin Sistematik Açıklaması (III).	496 - 525
6 — FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI		
a) Kemal DAYINLARLI	: Sanat Erbabı ve Müteahhitlerin İpoteği, Önceki Sıradaki İpotek Alacaklıları İle İlişki.	526 - 528

Sayfa

7 — TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI

a) Doç. Dr. Şeref ÜNAL : Boşanmaya Uygulanacak Hukuk. ..... 529 - 532

8 — BİBLİYOGRAFYA

a) Ali Rıza GENİŞ : 1988 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası. ..... 533 - 535

9 — YARGITAY'DAN HABERLER

a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler; Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar; Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Yönetmelikler. ..... 536 - 539

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Ahmet COŞAR'ın, 1988 - 1989 Adalet Yılını Açış Konuşması.
6.9.1988

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN SAYIN BAŞKAN VEKİLİ,
ANAMUHALEFET PARTİSİNİN SAYIN BAŞKANI,
YÜKSEK YARGI ORGANLARININ SAYIN BAŞKANLARI,
SAYIN BAKANLAR,
SAYIN KONUKLAR,
SEVGİLİ ARKADAŞLARIM,
BASININ VE TRT'NİN SEÇKİN TEMSİLCİLERİ.

Türk Yargısı için artık bir simge durumuna gelen ve her defasında biz yargıçlara, yeni bir coşku ve sevinç veren bu anlamlı güne katılmakla bizleri onurlandıran siz değerli konuklarımızı ve sevgili meslekdaşlarımı Yüce Yargıtay adına saygı ile selamlıyor ve **1988 - 1989 Yargı Yılını;** ulusumuza ve devletimize yararlı olması dileği ile açıyorum.

Bu arada ve öncelikle bir önceki yargı yılı içinde vefat eden yargıç ve Cumhuriyet Savcılarına, avukat meslekdaşlarıma ve yargının diğer görevlilerine Ulu Tanrı'dan rahmet diliyor, emekli olan değerli arkadaşlarımıza hukuka ve adalete olan unutulmaz katkılarından dolayı şükranlarımı ve gelecek içinde sağlık, mutluluk ve esenlik dileklerimi sunuyorum.

ATATÜRK VE HUKUK

Konuşmama Büyük Atatürk'ün, 1925 yılında o tarihteki adıyla Ankara Hukuk Mektebi'nin, şimdiki adıyla Ankara Hukuk Fakültesi'nin açılışı nedeniyle yaptığı çok çarpıcı konuşmasından aldığım bazı bölümler ile başlamak istiyorum :

«Sayın Dinleyenler,

Cumhuriyetin yönetim merkezinde bir hukuk okulu açmak vesilesi bugünkü toplantımızı hazırlamış bulunuyor. Bugün tanık olduğumuz olay yüksek memur ve uzman bilginler yetiştirme girişiminden daha büyük bir öneme sahiptir. Yıllardan beri süren Türk devrimi; varlığını ve zihniyetini, toplumsal yaşamın temeli olan yeni hukuk esaslarında saptamak ve güçlendirmek çaresine inanmıştır.

Türk devrimi nedir? Bu devrim, kelimenin ilk önce işaret ettiği ihtilal anlamından başka ve ondan daha geniş bir değişmeyi ifade etmektedir. Bugünkü devletimizin şekli yıllardan beri gelen eski şekilleri bir yana iten en gelişkin biçim olmuştur.

Ulusun varlığını sürdürmesi için bireyleri arasında düşündüğü ortak bağ, yüzyıllardan beri gelen biçim ve niteliğini değiştirmiş, yani ulus, dinsel ve mezhepsel bağ yerine Türk Ulusculuğu bağı ile bireylerini toplamıştır.

Ulus, uluslararası genel savaşım alanında yaşama ve güç nedeni olacak bilim ve aracın ancak çağdaş uygarlıkta bulunabileceğini bir değişmez gerçek olarak ilke saymıştır.

Kısacası Baylar, ulus, saydığım değişiklik ve devrimlerin doğal ve zorunlu gereği olarak, genel yönetimin ve bütün yasaların, ancak dünyasal gereksinimlerden esinlenmek ve gereksinmenin değişmesi ve gelişmesiyle durmadan değişmesi ve gelişmesi esas olan dünyasal bir anlayışı, yaşamı yöneten neden saymıştır.

.....

Sözünü ettiğim büyük devrim yolunda Türk Ulusunun şimdiye kadar sarf ettiği çalışma, içteki ve dıştaki kötü niyetlilere karşı yorulmaz, yıpranmaz savaşımlar içinde ve doğrudan doğruya ulusal iradenin karşı gelinemez uygulaması alanında ve hukukçular elinde bulunan yasaların ve diğer kuralların varlığından bilinçli olarak habersiz gibi gözükerek, herşeyden önce Türk Ulusu ve devletinin yeni varlık biçimini uğraşarak ortaya çıkarmak uğrunda geçmiştir. Şimdi ortaya çıkan bu büyük eserin anlayışını, gereksinimlerini tatmin edecek yeni hukuk esaslarını ve yeni hukukçuları varetmek için girişimde bulunma zamanı gelmiştir. Sanırım ki, Ankara Hukuk Okulu ile Cumhuriyet Hukukunu yalnız dış görünüşü ve kelime anlamı biçiminde değil; fakat bilinçsel ve anlamsal niteliği ile, yasaları ile, hukukçuları ile açıklayacak ve savunacak tedbirleri almaya girişmiş bulunuyoruz.

.....

Ulusumuzu düşmeye mahkum etmiş ve ulusumuzun verimli bağrında dönem dönem eksik olmamış girişim sahiplerini, çaba ve çalışma sahiplerini en sonunda bıktırmış ve bozguna uğratmış, olumsuz ve yok edici güç şimdiye kadar elimizde bulunan hukuk ve onun içten izleyicileri olmuştur. Belki ağır ve cesurca olan tarihsel gözlemimin, seçkin kurulunuz içinde ve Cumhuriyet Hükümetinin bugün hizmetlerinden yararlanmakta bulunduğu değerli memurlar ve yargıçlarımız içinde, kimsenin hayretini gerektirmeyeceğine eminim. Bununla birlikte biraz daha içimden tasarladıklarımı açıklamak için izin vermenizi rica edeceğim. Uluslararası genel tarihin akışında Türklerin 1453 zaferini, İstanbul'u sonsuzluğa değin Türk topluluğuna kazandırmış olan güç ve kudret, aşağı yukarı aynı yıllarda kurulmuş olan basımevinin yandaşı ya da karşıtı olarak pek çok güç ve kudret sarfetmelerini gerektirmiştir.

Eski hukukun çok uzak ve çok eski ve yeniden ortaya çıkacak gücü olmayan bir dönemi ve dönemin hukukçularını seçtiğim kanısına kapılmayınız. Eski hukukun ve hukukçularının yeni devrim dönemimizde doğrudan doğruya bana çıkarttıkları zorluklardan örnek getirmeye kalksam başınızı ağrıtmak tehlikesi ile karşılaşırım. Fakat bilesiniz ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kuruluş anlarında, onun bugünkü nitelik ve durumunu hukuk ve bilim esaslarına aykırı sayanların başında ünlü hukuk bilginleri bulunuyordu. Büyük Mecliste egemenliğin kayıtsız şartsız ulusta olduğunu belirten yasayı teklif ettirttiğim zaman, bu esasa Osmanlı Anayasasına aykırılığından dolayı karşı çıkanların başında yine eski ve bilimsel hünerleriyle ulusu aldatan tanınmış hukuk bilginleri bulunuyordu.

Sayın Baylar,

Hatta Cumhuriyetin ilanından sonra olan feci bir olayı da uyanık bakışlarınızın önünde canlandırmak isterim. En büyük kentimizin, bu yurtta belki Avrupa'da öğrenim görmüş yüksek uzmanlarından oluşan baro kurulu, açıkca halifeci olduğunu duyuran ve duyurmakla öğünen birisini seçip kendisine başkan yapmıştır. Bu olay eskimiş hukuku izleyen eskimiş hukukçuların Cumhuriyet anlayışına karşı içten ve gerçek olan durum ve eğilimini belirtmeye yetmez mi?

Bütün bu olaylar devrimcilerin en büyük fakat en sinsi düşmanının çürümüş hukuk ve onun düzeltilmez hukukçuları olduğunu gösterir. Ulusun ateşli devrim atılımları sırasında sinmek zorunda kalan eski yasa hükümleri, eski hukukçular, iyilik yolunda gidenlerin etkisi ve ateşi yavaşlamaya başlar başlamaz derhal canlanarak, devrim esaslarını ve onun içten izleyicilerini ve onların değerli ülkülerini mahkum etmek için fırsat beklerler. Bu fırsat eski yasaların varlığı ve eski hukuk esaslarının yürürlüğü ile ve eski anlayışını içten ve yürekten olarak korumada inatçılıkla direnen yargıçların ve avukatların varlığı ile sağlanır.

Bugünkü hukuksal etkinliklerimizin nedenlerini açıklamış olduğum umudundayım.

Büsbütün yeni yasalar yaparak eski hukuk esaslarını temelinden ortadan kaldırmak girişimindeyiz. Ve yeni hukukun esasları ile alfabesinden öğrenime başlayacak yeni bir hukuk kuşağını yetiştirmek için bu kurumu açıyoruz. Bütün bu uygulamalarda dayanağımız ulusun işe yatkınlığı ve yeteneği ve kesin iradesidir. Bu girişimlerde arkadaşlarımız, yeni hukuku bizimle birlikte sözünü ettiğim nitelikte anlamış olan seçkin hukukçularımızdır.

Öğrenci Baylar,

Yeni Türk toplum yaşamının kurucusu ve güçlendiricisi olmak savı ile öğrenime başlayan sizler, Cumhuriyet döneminin gerçek hukuk bilginleri

olacaksınız. Bir an önce yetişmenizi ve ulusun isteğini eylemsel olarak tatmine başlamanızı ulus sabırsızlıkla beklemektedir. Sizi yetiştirecek olan profesörlerin üzerlerine düşen görevi hakkı ile yerine getireceklerine eminim.

Cumhuriyetin yaptırımı olacak bu büyük kurumun açılışında duyduğum mutluluğu hiçbir girişimde duymadım ve bunu açığa vurmakla ve belirtmekle hoşnutum.»

Konuşmamı; **Yüce Atatürk**'ün bu çok özgün, çok çarpıcı, her bölümü, bölümü ne kelime her tümcesi ile önemli ve bugün için dahi güncel olan; dahası bizlere uyarıcı mesajlar sunan bu söylevi ile girişimin nedenlerini açıklamakla sürdürmek istiyorum.

Osmanlı İmparatorluğu'nun gerek toplumsal, kültürel ve ekonomik alanda, gerekse siyasal ve askeri tabanda bir çöküş ve çözülüş süreci içine girmesi ile birlikte yaklaşık 18. yüzyılın başında yeni bir arayış döneminin başladığını ve tarihçilerin bu dönemi **tanzimat** biçiminde adlandırdıklarını hepimiz biliyoruz.

Ne var ki imparatorluğun çökmesine ve giderek yok olmasına, ne yeni teknikler elde ederek batıyı yakalamak çabasından ibaret olan **tanzimat** dönemi, ne de Jön Türkler ile başlayıp İttihat ve Terakki ile süren ve kuşkusuz dönemine göre ilerici bir eylem olan **meşrutiyet** dönemi engel olabilmiştir.

Öylece başlayıp süren çökme ve dağılma giderek ülkenin dış güçler tarafından eylemli biçimde paylaşılmasına kadar varmış ve hemen ardından çok güç koşullar altında başlatılan ve sürdürülen ve nihayet kesin bir yengi ile noktalanan Ulusal Kurtuluş Savaşı sonrasında Türk Ulusunun önünde yepyeni bir ufuk açılmıştır.

Bu ufuk, toplumun ve devletin bütün kurumları ve değerleri ile yeni baştan örgütlendiği, somut çıkış noktaları ve hedefleri olan, itici gücünü halkın istek ve iradesi ile sağduyusundan ve yine çağdaşcılık, akılcılık, köktencilik ve bilimden alan bir dizi devrimi gündeme getirmiştir.

Cumhuriyet devrimleri olarak tanımlanan ve adlandırılan bu değişim süreci içinde ve toplumda; **hukuk, eğitim, yazı, dil, yaşam ve kültür alanında yeni oluşumlar gerçekleşmiş, aynı dönemde ve sonrasında bu temel değişiklikleri tamamlayan, başka alanlara genişleten, gerek toplum gerekse bireylerin yaşantısında bu değişiklikleri yerleştirmeyi amaçlayan yasalar, girişimler ve kuruluşlar oluşmuştur.**

Duraksamadan ve hemen vurgulamak gerekir ki; **Cumhuriyet döneminde çağdaşlaşma doğrultusundaki en önemli ve köktenci değiştirmeler hukuk alanında gerçekleştirilenlerdir. Bu alana öncelikle ve özellikle el**

atılıp yeni bir yapılanmanın başlatılmış olmasının en başta gelen nedeni ise, hukuki yapıdaki değişme ve düzenlemelerin çağdaşlaşma sürecinin özünü oluşturmasıdır.

Çağdaş toplumlarda ve çağın devlet anlayışında; anayasalar, yasalar, tüzükler, yönetmelikler, idari nitelikteki eylem ve işlemler ile yargı kararları gibi devletin temel faaliyetleri, ancak ve ancak hukuka dayanılarak ve hukuksal kurallara bağlı kalınarak yerine getirilebilir.

Devletin eli, kolu, ayağı ve kafası olan siyasal iktidarı örgütleyen, kurumlaştıran ve en önemlisi yasallaştırıp meşrulaştıran ve toplum yaşamı içinde bireyi bireye ve devlete; devleti de bireye karşı koruyan ve onların haklarını güvence altına alıp karşılıklı olarak edimlerini düzenleyen de yine hukuktur.

Devletin benimsediği ve uygulamakta olduğu toplumsal, siyasal ve ekonomik model ne olursa olsun, hukukun işlevi ve toplumsal yeri hep aynıdır. **Hukuk, hemen hemen her çağdaş toplumda, eyleme geçen ile karşı koyan arasındaki güçler dengesinin bir bileşkesi olup, her koşulda ve her değişik toplumsal örgütlenme biçiminde, öğretisel bilinç ile deneysel uygulama arasında değiştiricilik işlevini görür. Dahası hukuk gerçeği değiştiren, bir anlamda ondan bağımsız ama yine de gerçeğe bağlı olan bir somut etkendir. Ne kaba kuvvet, ne de soyut bir etikdir. Ama ikisinin arasında yer alan ve istenilen ile olabilen arasındaki çelişik ilişkileri düzenleyen bir yaptırım aracıdır.**

Hiç kuşkusuz hukuk, toplumsal ilişki ve gelişmelerin nesnel bir unsuru olduğu kadar gerçek bir toplumsal olgudur da. Onun varlığı ve gücü elbette her sorunu çözmeye yetmez. Esasen hukukun böyle bir işlevi de yoktur. **Ama onun yokluğu, bilinmemesi ya da bilinmezlikten gelinişi ve kimi zaman uygulanılmıyor oluşu veya sağlıklı bir yapıya ve işlerliğe kavuşturulamaması pek çok toplumsal, siyasal ve ekonomik rahatsızlığın doğmasına, toplumsal barışın bozulmasına, giderek toplumda bir güven bunalımının ve kaba kuvvetin yerleşip yaygınlaşmasına ve eninde sonunda pek çok değerin ve bu arada toplum düzeninin alt üst olup yıkılmasına neden olur.**

Bu nedenle, Cumhuriyetin kurulmasıyla birlikte girişilen yeni ve çağdaş yapılanma ve örgütlenme sürecinde, önce hukuk alanındaki değiştirme ve düzenlemelere yer verilmiş olması bir rastlantı değil, konunun önemini ve anlamını kavrayan bilinçli ve sağlıklı bir adımdır.

Daha o aşamada **Büyük Atatürk'ün** bildiği, kendi kişisel deneyimleriyle görüp saptadığı ve konuşmamızın en başında okuduğumuz söylevlerinde vurguladığı üzere; **hukukun tümü ya da herhangi bir kuralı, çağının gerisinde kalmış, yaşadığı toplumun değişmek gereksinimi içinde olduğunu**

kavrayamamış kimi hukukçuların elinde ilerleme ve değişmeye karşı sürdürülen savaşımda kullanılan bir araçtır. Ama diğer yandan hukuk bir başına gericiliğin karşısında aşılmaz bir duvar, caydırıcılığı olan bir yaptırımdır.

Yine hukukun biçimlendirilmesinde ve kurumlaştırılmasındaki sağlıklılığa bağlı olarak da olsa, yapısından gelen eyleme geçirici bir etkisi ve işlevi de vardır. **Ne var ki, bütün bunlar, yani özelde bir hukuk kuralının, genelde hukukun bütününün gücü onu ileri iten veya ona direnen maddi güçlere ve bu güçlerin niteliğine bağlıdır. Zira hukuk, yapısı ve niteliği gereği tarihin itici gücü değil, sadece onun bir ürünü ve yansımasıdır.** Onun içindir ki hukuk; toplumsal ilişkilerin eyleme dönük düzenlenmesi ve öğretiler ile eyleme dönüşen toplumsal olgu arasındaki çatışmaların, etki ve tepkilerin, çelişkilerin, karşılaşma, buluşma ve kopmaların bir odak noktası, toplumsal ideoloji ile toplumsal pratik arasındaki savaşımın en etkili ve uygun alanıdır.

İmdi, bütün bunların ve **Atatürk'ün** sizlere aktardığım söylevindeki anlam ve amacın daha iyi kavranabilmesi için hukuk alanındaki değiştirmelerden önceki aşamaya, yani Cumhuriyet öncesi duruma bakmak gerekir.

Osmanlı devlet geleneği ve yapısında din, yani İslamlık sadece bir inanç olayı değil, aynı zamanda devletin ve toplumun örgütlenme biçimi ve hukuk kurallarının dayanağıdır. Her ne kadar toplum ve hukuk bilimcilerin görüşlerine göre Osmanlı hukuku tam bir teokrasi hukuku değil ise de; şeriat, müslüman olan Osmanlı halkının toplumsal yaşamının bütününü kapsayan ve düzenleyen bir hukuktur. Ne var ki o dönemde bununla bile yetinmeyen, gücünü giderek artıran ve bütünü ile bir din devleti kurmayı amaçlayan kişiler ve çabalar da eksik değildir.

İşte Cumhuriyet döneminin gerçekleştirdiği hukuki değişme; bu tutucu ve çağ dışı yapıyı bütünü ile tersine çeviren bir devrimdir. Ancak bu devrim iledir ki şeriatçılık eğilimleri hukuk ve toplum alanının dışına çıkarılabilmiş ve toplumun bütün hukuksal yapısını ve ilişkilerini sağlıklı, çağdaş, akla ve bilime dayanan bir hukuk dizgesi içinde bütünleştirerek devletin; yine aynı ölçü ve özelliklere uygun düşen yapısını oluşturabilmek olanağı doğmuştur.

Kuşkusuz, hukukun Cumhuriyet dönemi içinde yeniden ve tam bir devrimci anlayışla değiştirilip yeni bir yapıya kavuşturulmuş olmasının en önemli belgesi, bu dönemde yürürlüğe konulan **Türk Medeni Yasası**'dır. Her ne kadar Medeni Yasa temelde bir toplumun siyasal, ekonomik ve

toplumsal varlığının bütününü içeren ve düzenleyen bir yasa değil ise de, işlevi ve kapsadığı alanın özelliği gereği, toplumsal yaşamı çağın anlayışına uygun biçimde çerçeveleyen, toplumun bütünlüğünü sağlayan, kadının toplum yaşamındaki yerine ve konumuna çağdaş bir açıklık ve yasallık getiren, miras, kişilik hakları, eşya hukuku gibi toplum yaşamında ve çağdaş uygarlıkta önemli ve özellikli yer tutan konularda çağa uyan, ulusa ve uygar devlet anlayışına yakışan düzenlemeler getirmiştir.

Geride kalan günlerde boşanma ve kişilik hakları ile ilgili bir bölümü değiştirilen ve diğer kimi bölümlerinin değiştirilmesi de gündemde olan Türk Medeni Yasası'nın değiştirilmesinde, Yüce Parlamentoya ışık tutması dileği ile bu yasanın gerçekten çok etkileyici, özgün, dahası bir devrim belgesi niteliğinde olan gerekçesinden bir bölümü aktarmak istiyorum :

«... **Mecellenin kuralları ve temel çizgileri dindir. Oysa ki toplum yaşamı, her gün, hatta her an temel değişikliklerle karşı karşıyadır. Bu değişikliklerin ve bunların yürüyüşünü hiçbir zaman bir nokta etrafında saptamak ve durdurmak olanaklı değildir. Yasaları dine dayalı olan devletler, kısa bir zaman sonra ülkenin ve ulusun isteklerini tatmin edemezler. Çünkü dinler, «Layetegayyer - değişmez» kurallar ifade ederler. Yaşam yürür, gereksinimler hızla değişir, din yasaları mutlaka ilerleyen yaşamın önünde biçimden ve ölü sözcüklerden fazla bir değer, bir anlam ifade etmezler. Değişmemek dinler için bir zorunluluktur. Bu nedenle dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması çağdaş uygarlığın en önemli ayırmaçlarından birisidir. Temelini dinlerden alan yasalar, uygulanmakta oldukları toplumları geldikleri ilkel devirlere bağlarlar ve gelişmeye engel olan belli başlı etken ve nedenler arasında bulunurlar.**

.....

Çağdaş uygarlık ailesinin içinde yer alan ulusların gereksinimleri arasında temelli farklar yoktur. Sürekli toplumsal ve ekonomik ilişkiler insanlığın büyük ve uygar bir yığınını bir aile durumuna getirmiştir.

.....

Türk Ulusunun çağdaş uygarlığı, onun yaşayan ilkelerini olduğu gibi kabul etmek kararını verdiğini unutmamak gerekir. Çağdaş uygarlıkta Türk toplumuna uymayan yanlar varsa bu, Türk Ulusunun uygarlığa kendini uydurmak yeteneğinden yoksunluğunu göstermez; onu alışılmamış ve görülmemiş biçimde saran ortaçağ kurallarının, din kurallarının örgütlerinden ileri geldiğini gösterir. Çağdaş uygarlığa katılma onu benimseme yolunda kesin bir kararlılıkla yürüyen Türk Ulusu çağdaş uygarlığı kendine uydurma değil, her ne pahasına olursa olsun o uygarlığın gereklerine

uyma zorunluğundadır. Bu yasanın amacı din kurallarını ya da alışılmış gelenekleri tutmak değil bütün siyasal, toplumsal, ekonomik ve ulusal eylemleri güvence altına almakdır...»

Cumhuriyet ile birlikte başlayan çağdaşlaşma ve uygarlaşma süreci içinde, Türk Ulusu adına yargılama yapma ve karar verme yetkisine sahip olan Türk yargısı ve yargıcı ile kamu adına ve kamu hukukunun korunması doğrultusunda görev yapan Cumhuriyet Savcıları; gerek rejimin yerleşip oturması konusunda, gerekse Cumhuriyet yasalarının uygulanması ile bu yasaların ülkenin ve dünyanın değişen toplumsal, ekonomik ve siyasal koşulları ile gereksinimlerine ayak uydurmasında çok başarılı sınav vermişlerdir.

Bu nedenle Büyük Atatürk'ün genelde hukukçuları, özelde yargıç ve Cumhuriyet Savcılarını **Cumhuriyetin yaptırımı** olarak görmesi boşa gitmemiş, bir umut ve beklenti noktasında kalmamış, eyleme dönüşerek somutlaşmıştır.

Bu aşamada ve yeri gelmiş iken vurgulamak gerekir ki; yarım yüzyılı azıcık aşan bir tarihi olan Cumhuriyet rejimi; **Türk toplumunu, Osmanlı toplum ve devlet düzeninin tam tersi olan bir yöne çevirmenin kesin başlangıcıdır. O başlangıç noktasından sonra atılan her adım daha ileri bir aşamaya ulaşmak içindir. Nasıl tarihin ileriye dönük tekerleğini geriye çevirmek ve aynı suda iki kez yıkanmak olanaklı değil ise, Türk toplumunu Cumhuriyet ile birlikte geldiği noktadan geriye götürmek de olanaklı değildir. Bu nedenle laik devlet ilkesinden sapma ve ödün verme çizgisinde olanlar ile kendilerini Osmanlı ve İslamcı nostaljisine kaptırıp çağdaş Türk toplumunu geriye götürme hevesi ve hesabı içinde olanları Türk yargısı adına uyarmayı görev sayarız. Bu konumda olanlar çok iyi bilsinler ki kendilerini yalnızca tarihin yanılmaz sağduyusu yargılayıp mahkûm etmeyecektir. Tarihten daha önce ve daha etkin biçimde Türk yargısı onları gerektiğinde hak ettikleri cezaya çarptıracaktır.**

EĞİTİM ÜZERİNE

Üzerinde duyarlılıkla durduğumuz ve Cumhuriyet ile birlikte başlayan çağdaşlaşma sürecinin özünü oluşturduğunu vurguladığımız Türk Hukuk Devrimi kadar önem taşıdığına inandığımız devrimsel değişikliği içeren diğer bir alan da eğitim alanıdır. Her iki alanda yapılan değişiklikler karşılaştırmalı olarak incelendiğinde uygulanan yöntem ile bağlı kalınan ilkelerin benzer ve hatta aynı nitelikte olduğu saptanacaktır. **Öyle ki hukuk alanında olduğu gibi, eğitim alanında da yapılan köklü değişikliklerin dayandığı temel ilke çağdaşlaşmaya, bu zemin içinde birleştirmeye ve bütünleştirmeye yöneliktir.** Eğitim ile ilgili olarak **Atatürk**'ün değişik zamanlarda ve değişik

koşullarda yaptığı tüm konuşmalarında işlediği ana tema **eğitim programlarının hem ulusun koşullarına ve hem de çağın gereklerine uygun olması** yönündedir. O'na göre **ulusun geri kalmışlığının temel nedeni; eksik, yetersiz, çağdışı, geleneksel eğitim yöntem ve tekniklerinin uygulanmış** olmasıdır. ATATÜRK **ulusal eğitimin gerekliliğine** inanır ve **«ulusal eğitimden söz ettiğim zaman bütün geleneksel inançlardan, doğudan ya da batıdan gelen bütün yabancı etkilerden arınmış, ulusal niteliğimize uyan eğitimi anlıyorum»** der ve benzeri konuşmalarında, **ulusal ahlakın uygarlık ilkelerine ve özgür düşünceye göre desteklenmesinde ve gelişip güçlenmesinde hep eğitimin payından, öneminden, etki ve işlevinden** söz eder. Bütün bu konuşmalarda ortaya konulan görüş ve düşüncelerin ATATÜRK'ün sağlığında ve gelen zamanla birlikte eyleme dönüştürüldüğü hepimizin bildiği bir olgudur. Salt bu nedenler ile 1924 yılında **Tevhid-i Tedrisat,** yani bugünkü adı ile **Eğitim Birliği Yasası** yürürlüğe konulmuş; **eğitimin birliği ve laik eğitimle ulusun tüm bireylerinin aynı doğrultuda ve eşitlik içinde yetiştirilmesi amaçlanmıştır.** Gelin görün ki, gelen zaman içerisinde ortaya çıkan sosyo - ekonomik çalkantıların ve siyasal gücün etkisi ile bu ilkeden geri dönülmüş ve ortaya tam bir kargaşa çıkmıştır.

Şimdi toplumca bu konuda yeni arayışlar içinde olduğumuzu söylemek yanlış bir saptama olmasa gerekir.

Bu arayış içerisinde kimlerin neyi amaçladıklarını toplumca görmemize olanak sağlaması yönünden, altı yıl aradan sonra toplanan 12. Milli Eğitim Şurası önemli ve ilginç bir platform olmuştur. Şöyle ki; Öğretim Programları Komisyonu'nun Milli Eğitim Şurası'nın önüne getirdiği **«Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Derslerinin kapsamı yeniden gözden geçirilmelidir. Batı ülkelerinde olduğu gibi, uygulamaya ilkokul birinci sınıftan başlanılmalıdır.**

Mecburi Din Kültürü ve Ahlâk Bilgisi Derslerinin yanında Anayasa'nın 24. maddesinde yer aldığı şekilde, isteyene seçmeli ve uygulamalı din eğitimi ve öğretimi dersi verilmelidir» biçimindeki önerisi ibretle değerlendirilmeyecek ve şaşkınlıkla karşılanılmayacak gibi değildir. Cumhuriyet Hükümeti'nin değerli ve seçkin Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanı'nın karşı koyması ile rapordan çıkartılan bu ve benzeri düşünce ve görüşlerin yargı olarak karşısında olduğumuzu, laik eğitimden geri atılacak her adımın Cumhuriyet rejimini geriye götüreceğinden kuşkumuz olmadığını vurgulamak ve bu kargaşadan çıkışın ancak laik eğitim ilkesinde ısrar etmekle, eğitim ve öğretimde birliğin, bütünlüğün ve birleştiriciliğin yeniden sağlanması ile olanaklı olduğunu belirtmek isterim.

Bilinmelidir ki; **özgür düşünceli, bilimin ve aklın değerine ve yol göstericiliğine inanmış, her türlü inanca ve görüşe kesinlikle saygılı olan**

insanların yetiştirilebilmesi ancak, Cumhuriyetin niteliklerine uygun bir felsefeye göre eğitim yapan, laik içerikli bir eğitim ile gerçekleşebilir.

Ancak, laik nitelikteki bir eğitim sürecinden geçen ve yetişen kuşaklara; bilimsel ve özgür düşünceye ve demokrasiye dayanan, yaşamın ve insani faaliyetlerin bütün yönlerini kapsayan gerçeğin, tam ve eleştirmeli bir bilgisini vermek olanaklı olur.

Çağı yakalayabilmek ve ona ayak uydurabilmek, dahası çağı atlayabilmek ancak, bu kapsamda ve bu nitelikte bir eğitim ve öğretim sürecinden geçen insanların yönetimde ve üretimde görev almaları ile olanaklıdır. Zira ve ancak iyi yetişmiş insanla daha az yanlış yapılarak, daha hızlı ve güvenli yol alınır. O nedenle geleceğimizin güvencesi olan gençlerimizin yetiştirilmelerinde Cumhuriyetimizin de temeli olan bu ilkeleri gözardı etmememiz gerektiği inancındayım.

ATATÜRK'ÜN BIRAKTIĞI MİRAS - ÇAĞDAŞ UYGARLIK

Hepimizin bildiği üzere Cumhuriyet rejiminin oluşturduğu toplumsal yapı çağdaş uygarlığın öngördüğü ilkeler üzerine kurulmuştur. Bu yapı içinde temel alınan her ilke ve oluşturulan her kurum uygarlığa giden yolun sıçrama tahtalarıdır.

Salt bu amaçla gelenekçi yapıdaki tutucu, gelişmeye ve değişmeye karşı koyucu ve engel olucu her birim yıkılarak yerine yenisi konulmuştur. **Bu bağlamda din devleti - mezhepcilik - ırkcılık ve ümmetcilik görüşüne karşı ulus devleti - laik devlet - ulusculuk; şeriat hukukuna karşı laik hukuk; dış kaynaklı - dine dayalı eğitim öğretimin karşısına özgür düşünceye açık - laikliğe dayalı - uluscu ve birleştirici nitelikteki eğitim çıkartılmış ve latin harflerine geçiş ile birlikte bütün bu yenileştirmelerin çağdaş uygarlıkla bütünleşmesi ve daha kolayca iletişim kurması sağlanmıştır.** Hiç kuşkusuz, bütün bu yenileşme ve değiştirmeleri gerçekleştiren Büyük ATATÜRK'ün erişilmez dehası, yürekliliği, ulusuna olan sarsılmaz inancı ve güvenidir. **O, yalnızca bir devlet ve Cumhuriyet kurmakla kalmamış, Türk Ulusuna ve gelecek kuşaklara çağdaş dünya çerçevesi içinde, sivil toplum anlayışını ve geleceğin bütün özgürlük kapılarını açan bir miras bırakmıştır. Bize göre O'nun bıraktığı bu miras; kurduğu, biçimlendirdiği, ilkelerini belirlediği Cumhuriyet'ten daha önemli ve daha yol göstericidir.** Zira, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ve Türk Ulusunun yükselmesini, yücelmesini ve çağdaş uygarlığın gerektirdiği bütün değerleri ve nitelikleri yapısında toplamasını sağlayacak olan bu mirastır.

Nitekim, onun ölümünden sonra tek parti döneminin geride bırakılıp yerine çok partili demokratik bir yapının oluşturulması, O'nun bıraktığı bu mirasın somut ürünlerinden sadece bir tanesi ve belki de en önemlisidir.

Bu nedenle Türkiye'nin zaman zaman kendisini gözden geçirip devlet ve toplum olarak çağdaş uygarlığın ne kadar uzağında veya yakınında olduğunu belirlemesinde ve bu belirlemeye göre de eksikliklerini giderip aradaki farkı kapatma çabası içine girmesinde yarar ve hatta zorunluluk vardır. Nitekim çağdaş uygarlığın yaratıcısı olan uluslar bile, ulus olarak varlıklarıyla çağın dünyası arasındaki farkı ve bu dünya ile olan ilişkilerinin anlam ve kapsamını sık sık gözden geçirmek sureti ile kendilerini yenilemek gereksinimini duyuyorlar.

İmdi, bu gözden geçirmede saptadığımız ve önemli bulduğumuz kimi eksiklikleri açık yürekliliklе ve giderilmesi dileği ile ortaya koymaya çalışacağız. Ama önce en büyük ve en önemli eksiklik olarak saptadığımız ve demokrasimizin gelişmesine engel saydığımız **kurumlaşamamak** üzerinde durmak istiyoruz. Bilinir ki; çağdaş toplumu ayakta tutan en önemli öge, o toplum içerisinde yer alan kurumlardır.

Nasıl ki hücreler, insan vücudundaki organları ve dokuları oluşturan temel canlılar ise; kurumlar da, topluma kan ve can veren, öylece onu besleyen ve yine özde onu oluşturan ana birimlerdir. Kurumların her birinin tek başına ve bir bütün olarak sağlıklı bir yapıya ve işlerliğe sahip olabilmeleri durumunda; toplumun ve toplumun örgütlenmiş biçimi olan devletin ayakta kalıp varlığını sağlıklı olarak sürdüreceğinden kuşku olmasa gerekir. Yine toplumda devingenliği ve sürekliliği sağlayan, toplumun çağdaşlık ve uygarlık içindeki yerini belirleyen ya da bunun ölçütünü veren de kurumlardır. Kurumlaşmada kuşkusuz her şeyde olduğu gibi insanın payı büyüktür. Zira, kurumları oluşturan, çalıştıran ve yönlendiren insan aklı ve yeteneğidir. Ama kurumlaşma olgusunda kurumlar kalıcı, insanlar geçicidir. Bu bağlamda, değişen kişiler ile birlikte kurumların da değiştirilmeye çalışılması, kurumların kurum olmaktan çıkarılıp kişileştirilmesi durumunda, özelde kurum bazında, genelde toplumun bütününde sürekliliği sağlamak olanaksızdır. O zaman kurumlar da, toplumlar da hep **sil baştan** olgusu ile karşılaşmaktan kurtulamazlar. Bütün bu açıklamalar ile kurumların hiç bir zaman ve hiç bir koşulda değiştirilmemeleri gerektiği gibi durgun ve gelenekci bir görüş içinde olmadığımızı, ama demokrasinin bir devamlılık süreci olduğunu, bu sürecin de ancak kurumlaşma ile sürekli ve kalıcı olabileceğini vurgulamak istediğimizi belirtmek isterim.

Hem sivil toplum anlayışı ve çağdaş devlet tipolojisi ile, hem de bu değerlerin oluşturduğu çağdaş hukuk anlayışı ile bağdaşmayan bir diğer olgu da, sivil ve askeri olmak üzere iki başlı bir yargının Anayasamızın ve dolayısı ile devletimizin örgütlenmesi içinde yer almasıdır.

Hepimizin bildiği üzere, askerlik ve yargıçlık birbirlerinden tamamen farklı yapıda ve birbirleri ile hiç bir biçimde bağdaşmayan iki ayrı ve say-

gın meslek birimidir. Askerliğin özünü nasıl bir emir - komuta ilişkisi oluşturur ise, yargıçlığın özünü de hiç bir yerden, hiç bir kuruluştan ve kişiden emir almamak oluşturur. Yani birisinde **bağımlılık** diğerinde ise **bağımsızlık** esastır.

Gerek bu yönleri ile gerekse adını demokrasi diye koyduğumuz sivil toplum yapısı ve örgütlenişi içinde ve geleceğin Türkiyesinde bir askeri yargı birimine gerek ve gereksinme olup olmadığının şimdiden düşünülmesi gerektiği inancındayız.

Hiç kuşkusuz bu kuruluşlar, ülkemizin çok yakın bir geçmişte yaşadığı buhranlı dönemlerde ve özellikle devletin, yolunu ve çizgisini şaşırmış, yurtseverliğini yitirmiş kişilerden ve düşüncelerden korunmasında çok önemli, yapıcı, etkin ve yararlı işlevlerde bulunmuşlardır. Bütün bunların bilincinde olmakla, dahası kabul ve takdir etmekle birlikte; **bu yargının özellikle 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası ile getirilen düzenlemelerinde yer alan doğal yargıç ilkesiyle çatışır görünen yapısını; sivil devlet, sivil toplum ve çağdaş demokrasi anlayışı ile bağdaşır bulmak pek olanaklı değildir.**

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konu da **Devlet Güvenlik Mahkemeleri**'dir.

Hep bildiğimiz üzere çağımızda toplumlar ve toplumlardaki kurum ve kuruluşlar işbölümü ile uzmanlaşma esası üzerine kurulmuşlardır. Toplumların ve toplumu oluşturan bireylerin değişen ve artan sorunlarının çözümlenebilmesi, gereksinimlerinin karşılanabilmesi ancak böylece olanaklıdır. Kuşkusuz bu durum yargı için de böyledir. Salt o nedenle yargılama faaliyetleri içinde de icra - iş - ticaret - ceza - hukuk gibi değişik uzmanlık dallarında görev yapan mahkemeler kurulmuştur. Bu çerçevede **«Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli»** Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kurulmuş olması yerinde olduğu gibi, gereksinmelere de karşılık veren bir düzenleme olmuştur.

Bu düzenlemede yanlış olan yön, bu mahkemelerde görev yapacak yargıç ve savcıların arasına askeri yargıç ve savcıların katılması ile, yine bu mahkemelerin yargı çevresine giren bölgelerde sıkıyönetim ilan edilmesi halinde, bu bölgeler ile sınırlı olmak üzere, bu mahkemelerin Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi'ne dönüştürülmeleridir.

Dileğimiz; çağdaş bulmadığımız, doğal yargıç ilkesine, yargıçlık güvencesine, demokrasinin bütün kurum ve kuruluşları ile bir siviller yönetimi olması nedeni ile, demokrasiye aykırı bulduğumuz bu ve yine yaşa-

nılan yakın geçmişteki tehlikelerden korunmak amacı ile getirilen diğer olağanüstü düzenlemelerin geleceğin Türkiyesinin yapısında yer almamasıdır.

Ancak bu nitelikteki değiştirme ve düzeltmeler ile, hem Yüce Atatürk'ün bıraktığı en önemli miras olan çağdaş uygarlığın özgürlük kapıları toplumumuza biraz daha açılmış, o uygarlığa ve sivil toplum olgusuna biraz daha yaklaşılmış ve hem de içinde yer almak için başvuruda bulunduğumuz Avrupa Topluluğu ile uyum içinde bütünleşmemiz olanaklı olur inancındayız.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGIÇ GÜVENCESİ

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi Türkiye'nin çok uzun zamandan bu yana gündeminde olan bir konudur.

Geçmişteki yargı yıllarının açılışı nedeni ile düzenlenen törenlerdeki Yüce Yargıtay'ın değerli ve bilge Başkanlarının konuşmaları incelendiğinde, bu konunun hep gündemde olduğu, bıkılmadan ve usanılmadan üzerinde durulduğu saptanacaktır.

Nitekim, geçen yılki konuşmamda bu konu üzerinde ben de durmuş; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun şimdilerdeki yapısının yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile bağdaşmayan yönlerine değinmiş, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kendisine ait bir binasının olmaması nedeni ile kurul toplantılarının Adalet Bakanlığı binasında yapılmasını, kurulun kendisine bağlı bir sekretaryasının, özerk bir bütçesinin bulunmamasını, ve özellikle kurul üyelerinin asli görevleri ile ilişkilerinin kesilmemesini, yargıçların denetlenmelerinde görev alan müfettişlerin doğrudan Adalet Bakanlığı'na bağlı olmalarını eleştirmiş ve bütün bu düzenlemelerin yargı bağımsızlığına ve yargıç güvencesine gölge düşürecek nitelikte düzenlemeler olduğunu belirtmiştim. Bizim, gerek kişisel gerekse yargı adına dileğimiz ve beklentimiz bütün bunların giderilmesi doğrultusunda idi. Ne var ki aradan geçen süre içerisinde konunun bir çözüme ulaştırılmamış olması bizi aynı konu üzerinde yeniden durmak zorunda bıraktı.

Bu nedenle, altını çizerek ve yaşamsal önemini vurgulayarak diyoruz ki; **yargıç güvencesi ve yargı bağımsızlığı, yargıdan ve yargıçtan önce devletin, toplumun ve bireyin güvencesidir. Bu bir siyasal tercih sorunu değil, aksine olması gerekendir; hukuk devletiyim diyebilmenin en az koşuludur.** Soruna bu çerçevede bakılması ve bir gün belki hepimizin gereksinim duyacağı bu güvencenin sağlanması dileğimizdir.

Bununla birlikte Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumundaki sayısal ağırlığın yargıçlar lehine olmasına karşın bu ağırlığın kurulun

kimi tasarruflarına yansımadığı da yargı çevrelerinde egemen olan bir görüştür.

Bu olgu karşısında **kurulun oluşum biçimini yanlış bularak eleştiren biz yargıçların, öncelikle kendimizi sorgulamamız gerektiğini** özellikle belirtmek, **özgür olmayı isteyen insanın önce kendisine egemen olmayı bilmesinin şart olduğunu** anımsatmak **ve kendi kusurlarımızı yürürlükte olan bir yasanın yanlış bulduğumuz örtüsü ile gizlemenin de bir başka yanlışlık olduğunu vurgulamak** isterim.

Yine eylemli olarak görev yapan yargıç ve savcıların nerede ise dörtte birine yakın bir bölümünü kapsayacak biçimde atamalar yapılmasının, yargı yerlerinde uzun süreli görev yapmanın atama nedeni olarak sayılmasının mantığını ve ne yarar sağlayacağını anlamak olanaksızdır.

Bu ve benzeri nitelikteki tasarrufların yargıç ve savcılar üzerinde tedirginlik ve güvensizlik yaratacağının ve hatta yarattığının, meslekten kaçışı hızlandıracağının bilinmesini isterim.

Bu konu ile doğrudan ilgisi olmamakla birlikte bu çerçevede ele alınması gereken bir diğer yön de; Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerinin Yüksek Mahkeme Genel Kurullarının gösterecekleri adaylar arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilmesinin ve yine Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliklerine, Yüksek Mahkeme Genel Kurullarının gösterecekleri adaylar arasından Sayın Cumhurbaşkanı'nca seçilmesinin doğru olmadığı, bu seçimlerin Yüksek Mahkemelerin kendi genel kurullarına bırakılmasının daha yerinde ve demokratik olacağı noktasıdır. Yine Yüksek Öğretim Kurulu'na Yargıtay'ca yapılan üye seçiminin, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na bırakılmayıp, Yargıtay'ca gösterilecek üç aday arasından Yüksek Öğretim Kurulu'na bir görev olarak verilmiş olması da kanımızca hatalıdır. Aynı konuda Genel Kurmay Başkanlığı ile Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı'na doğrudan üye seçmek olanağı tanınırken, aynı olanağın yargıdan esirgenmiş olması eğer yargıya olan güvensizliğin ya da bir siyasal tercihin ifadesi değil ise, her halde olağan karşılanması ve demokratik kurallarla bağdaştırılması olanaksız bir düzenleme biçimidir.

Dileğimiz; bu ve benzeri nitelikteki demokratik ilke ve kurallar ile bağdaşmayan ve ayrıca yargının onuruna da dokunan düzenlemelerin kaldırılması doğrultusundadır.

CEZA HUKUKUNUN YENİLENMESİ GEREKSİNİMİ

Bugün Türkiye'de değiştirilmeye en çok gereksinimi olan ve artık bilinen yapısı ile çağın ve toplumun gereksinim ve beklentilerinin gerisinde kalan diğer bir alan da ceza hukukuna yöneliktir.

Öyle ki; toplum değişmiş, klasik suç tipleri varlığını korumaya devam ederken, toplumun değişen değer yargıları ve yapısı ile birlikte ekonomik suçlar gibi yeni suç tipleri ceza hukuku terminolojisine girmiş, düşünce suçu var mıdır yok mudur konusu toplumda hukukçular, aydınlar ve politikacılar arasında tartışılır duruma gelmiş; insanın çağımızda kazandığı özel önem ve değerle birlikte infaz hukukunun yapısı değişmiş, bu bağlamda cezalandırmanın eğitici ve kazandırıcı yanları gelişmiş, suçlama ve savunma sistemleri çağın getirdikleri ile birlikte köklü değişikliklere uğramıştır.

Gerek açıklanan bu nedenler, gerekse şimdilerde uygulanmakta olan ceza hukuku mevzuatının, tek parti döneminde ve Türkiye'nin o günkü sosyo ekonomik yapısı ile siyasal ve kültürel ortamında yürürlüğe konulduğu, aradan geçen süre içinde toplumdaki kültürel, siyasal, ekonomik değerlerin hızlı bir ivme ile yerini yenilerine bıraktığı gözönünde tutulursa, değindiğimiz bu değişikliğin gerekliliği daha iyi kavranır inancındayız.

Bilindiği üzere, ayrı yasalar ile düzenlenmiş olmakla birlikte Türk Ceza Yasası, Ceza Yargılamaları Usulü Yasası ve İnfaz Yasası birbirlerini tamamlayan bir bütündür.

Bu nedenle anılan yasaların bir bütün olarak ele alınmaları ve birbirleri ile olan organik bağları koparılmadan yapılacak değişikliklerin tasarlanması ve öylece somutlaşması gerekmektedir.

Yapılmasını öngördüğümüz değişiklikleri kısa başlıklar altında ifade etmeden önce, bu konuda çok önemli bulduğumuz bir hususa öncelikle değinmek isteriz ki, bu da **adli kolluk** ile ilgilidir.

Çağımızın bir uzmanlar çağı olduğu, günümüzde çok yeni ve çok ilginç uzmanlık birimlerinin ortaya çıktığı bilinen bir gerçektir. Hiç kuşkusuz suç ve suçluyu saptamak ve bütün kanıtları ile ortaya çıkarmak bir uzmanlık işidir ve bu işin uzmanı da sadece yargıç değildir. Zira suçun ve suçlananın yargının önüne gelmesine kadar geçen bir süreç vardır. Bu süreçte görev yapan, kanıtları toplamak ve yargının önüne duruşma öncesi hazırlıkları tamamlayarak çıkmakla yükümlü olan en etkin kişi de kuşkusuz savcıdır. Ancak, çoğu zaman savcılarımız gerek yasaların koyduğu engeller nedeni ile kolluk güçleri üzerinde otorite kuramadıklarından, gerekse adli konularda yetişmiş ve uzmanlaşmış bir kolluk gücü olmadığından ötürü, duruşma öncesindeki soruşturma aşamasını sağlıklı biçimde yürütememekte ve bu nedenler ile hem davaların kısa sürede sonuca bağlanmaları olanaklı olmamakta ve davalar yetersiz kanıtlarla açılmakta, kimi zaman gerçek suçlular cezasız kalmakta, suçsuz kişiler ise haksızlığa uğrayıp mağdur olmaktadırlar. **İşte bunun en kesin, en sağlıklı, en çağdaş, en hukuka uygun çözümü; Cumhuriyet Savcılarına doğrudan bağlı, hukuk**

nosyonu gelişmiş, suç bilimi konusunda uzmanlaşmış, tarafsız, siyasi otoriteden bağımsız bir adli kolluk gücü oluşturmaktır. Bu konunun artık daha fazla zaman geçirilmeden çözüme bağlanması gerekir düşüncesindeyiz ve bunun gerçekleştiğini görmek istiyoruz.

Ceza Hukuku mevzuatında yapılmasını öngördüğümüz değişikliklere gelince;

- **Günümüzde artık bütün çağdaş devletlerin terk ettiği hazırlık soruşturmasının gizliliğine ilişkin yargılama yönteminden vazgeçilmesi ve hazırlık aşamasından itibaren avukatların görev yapmak üzere devreye sokulmaları,**

- **Zorunlu savunuculuk kurumuna işlerlik kazandırmak yönünden Adli Yardım Kurumunun yeni baştan düzenlenmesi ve bu kuruma kesin işlerlik kazandırılması,**

- **Tutuklama işlemi ile tutuklunun durumunun yeniden düzenlenmesi,**

- **Kabahatlerin suç olmaktan çıkartılması, düzene aykırılık biçiminde düzenlenip idarenin yetkili kılınması ve bunlara karşı idari yargıya başvurma yolunun açılması,**

- **Ceza kararnamesinin uygulama alanının genişletilmesi,**

- **Cezada bilirkişilik kurumunun sınırının çizilmesi,**

- **Ceza yargılamasında gerekli ve zorunlu hızın sağlanabilmesi amacı ile yargıcın reddi, mahkemeler ile mahkemelerin bilgi istediği birimler arasındaki iletişimin kurulması gibi konuların yeniden ele alınıp düzenlenmesi ve bu konuda çağdaş teknolojinin getirdiği olanakların kullanılması,**

- **Ağır cezalık suçların yeniden sınıflandırılması ve ağır ceza mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı Yargıtay'ın, gerektiğinde ve gereksinme duyduğunda, suça konu maddi olayı en geniş biçimde incelemesine olanak sağlayacak genişletilmiş bir temyiz yolunun açılması,**

- **Siyasal suç kavramına açıklık getirilmesi ve bunun sınırlarının daraltılması,**

- **Eyleme dönüşmemiş düşüncenin suç niteliğinin ortadan kaldırılması, bu amaçla eylem kavramının ölçü ve sınırlarının belirlenmesi,**

- **Ekonomik suçların somut bir tanımının yapılması ve bu konudaki yaptırımların günün koşullarına ve eylemin niteliğine göre yeniden düzenlenmesi,**

- **Ceza ve tutukevlerinin insan onuruna ve sağlığına yakışır bir yapıya kavuşturulması,**

- **Hücre cezasının kaldırılması veya hiç olmazsa bir ceza olarak değil, sadece bir önlem olarak yerine getirilmesinin sağlanması,**
- **Açık ve yarı açık cezaevlerinin sayısının artırılması,**
- **Cezanın eğitici ve öğretici yanlarına üstünlük sağlanması, bu amaçla cezaevlerinin birer üretim birimleri durumuna getirilmesi.**

ADALET TEŞKİLATINI GÜÇLENDİRME FONU

Son zamanlarda Barolar ile Adalet Bakanlığı'nı karşı karşıya getiren «3454 sayılı Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu Kurulmasına Dair Kanun» hakkındaki görüşlerimizi de bu vesile ile ifade etmek isterim.

Toplumbilimcilere göre, modern toplumların insan tipi hemen herşeye **katılmak isteyen bir yapıdadır.** Yine aynı bilimciler **insanının siyasal, ekonomik, kültürel bütün toplumsal etkinliklere katılmak istemesinin ardında, insanın kendisini başkasının yerine koyabilme yeteneğinin, yani empatinin yattığını** belirtirler. Zira empatiye sahip olan insan, benzemek istediği kişileri ve kendisine benzeyenleri belirleyebilen, onlarla birleşebilen, böylece hayat görüşünü genişletebilen insan demektir. İşte modern toplum, bu insanların her türlü toplumsal etkinliklere katılmaları sonunda geliştirdikleri fikir birliğine, yani **consensusa** dayanır.

Eğer böyle bir **consensus** her türlü toplumsal, siyasal, kültürel, ekonomik etkinliklerde, insan ve toplum yaşamını düzenlemek amacı ile ya da özelde herhangi bir kurumun ve kuruluşun genelde toplumun bütününün gereksinimini karşılamak üzere bir yasanın yürürlüğe konulmasında aranmıyor, bunun sağlanması gerektiği düşünülmüyor ve ilgili kuruluşlar ile bu kapsamda bir iletişim kurulmuyor, dahası konu ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar bu süreçte dışlanıyorlar ise, o zaman bir karşı karşıya gelme ve dolayısı ile çatışma kaçınılmaz demektir.

Bizde, genellikle uyulmayan ve o nedenle de pek çok çatışmayı doğuran olgu budur. Yani toplumsal her türlü etkinlikte önce bir **consensus** sağlama düşüncesinin olmamasıdır. Benzeri pek çok etkinlikte olduğu gibi aynı alışkanlık sözünü ettiğimiz bu yasanın yürürlüğe konulmasında da kendisini göstermiştir. Adalet Bakanlığı ile Baroların bu fon yasası nedeni ile çatışmasının temel nedeni budur. Oysaki bu yasa, özde çok olumlu özellikleri olan bir yasadır. Bu yasaya yönelik olarak getirilen temel eleştiri, **anılan yasa ile devletin adaleti pahalılaştırdığı dahası sattığı** noktasındadır. Oysa artık günümüzün devlet anlayışında **kutsal devlet** ilkesinin yeri yoktur. **Sosyal devlet** anlayışı ise yerini giderek **teknik devlet** anlayışına bırakmaktadır. Bu anlayış içerisinde **üretimin yeri vardır, her türlü hizmetin bir bedeli olduğu düşüncesi vardır, kaynak yaratma ve yaratılacak**

bu kaynağa bireylerin katılması zorunluluğu ve toplumun homojenliği ilkesi vardır. Bu bağlamda, sözü edilen ve temelde vurguladığımız ölçüler içerisinde yürürlüğe konulan ve kaynak yaratmayı, yarattığı bu kaynak ile de yargının sorunlarını çözmeyi amaçlayan fon yasası yerindedir. **Yeter ki yaratılan kaynaklar amaca uygun biçimde kullanılsın, yeter ki toplumdan alınanlar hizmet olarak yine topluma geri dönsün.**

Duraksamadan belirtelim ki; Adalet hizmeti devletin temel ve vazgeçilmez görevleri arasındadır. Hiç kuşkusuz bu nitelikteki bir hizmetin **teknik devlet** kavramı içindeki yeri, anlamı ve işlevi de aynıdır. Elbette ve hiç bir koşulda **adalet hizmetlerinin metalaştırılmasını** öngören bir yasal düzenleme benimsenemez. Nitekim, dün de bugün de yargı faaliyetlerinin karşılığı olarak alınan harçlar, yapılan hizmetin maliyetine eşit değildir. Doğrusu ve olması gereken de budur. Fon Yasası ile getirilen düzenleme de özde bu temel ilkeye aykırı sayılamaz. Dahası fonun gelirleri arasında bağışa yer verilmiş olmasının **bağışın toplanılmasında ilkeli davranılması, zora başvurulmaması, savcı ve özellikle yargıçların bu konuda bir etkinlikte bulunmamaları** durumunda ne gibi bir sakıncası olduğunu anlamak da olanaksızdır. **Fon Yasasına gerek bu yönü ile gerekse yargı tarafından hükmedilen para cezalarının fona gelir olarak aktarılmasının doğru olmadığına yönelik getirilen eleştirileri romantik bulduğumuzu ve ayrıca yargıya karşı da güvensizlik olarak kabul ettiğimizi özellikle vurgulamak isterim.**

Bizim sözünü ettiğimiz bu yasaya, yürürlüğe konulması ile ilgili olarak getirdiğimiz eleştiri dışında getireceğimiz bir diğer eleştiri de şudur; yasanın **«amaç»** başlığını taşıyan **birinci maddesinde Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, Barolar ve Türkiye Barolar Birliği gibi yargıdan ve adalet teşkilatından soyutlanması mümkün olmayan kurum ve kuruluşların dışlanmış olması, fonda toplanacak kaynaklardan sözünü ettiğimiz bu kurum ve kuruluşların pay almalarının öngörülmemiş ve fonun yönetiminde bu kuruluşlara söz hakkı verilmemiş bulunması kanımızca yerinde değildir.**

Bu nedenle dileğimiz; özde olumlu bulduğumuz bu yasada yalnızca eksikliğine değindiğimiz yönlerin kısa zamanda giderilmesidir.

YARGININ ÖZELEŞTİRİSİ

Kabul etmek gerekir ki, Cumhuriyet ile birlikte toplum yaşamına egemen olan yeni hukukun uygulanmasında, yerleştirilmesinde, kurumlaştırılıp geliştirilmesinde yargıcı ile, savcısı ile, öğretim üyeleri ve avukatları ve de adalet personeli ile Türk Yargısı; gerçekten çok başarılı ve

yararlı hizmetler vermiştir, vermektedir ve hiç kuşkusuz gelecekte de vermeye devam edecektir.

Bununla birlikte ve zaman zaman yargının da kendisini gözden geçirmesinde, eksikliklerini, yetersizliklerini ve yanlışlarını saptamasında ve bu amaçla kendi özeleştirisini yapmasında yarar ve hatta zorunluluk vardır. Zira özelde bireyin veya herhangi bir meslek biriminin, genelde toplumun bütününün daha iyiye, daha güzele ve daha mükemmele ulaşabilmesinin en az koşulu başarılı ve başarısız, yeterli ve yetersiz, aksayan ve aksamayan yönleri ile ve özetle kendisini tanımasına bağlıdır. Bu da ancak o kişi veya kuruluşun kendi özeleştirisini yapması ile ya da kendi dışındakilerin eleştirilerine kulak vermesi ile olanaklıdır.

Salt bu nedenler ile yargı olarak kendi eleştirimizi yapmakta yarar olduğunu düşündük. Şöyle ki; **özellikle günümüzde yargıya yönelik eleştiriler içerisinde en ağırlıklı olanı yargının ağır işlediği noktasında toplanmaktadır ki bu eleştiriler haklıdır ve yerindedir.**

Her ne kadar bu ağır işleyişte yargının dışındaki nedenler, örneğin; **sosyo - ekonomik etkenler, kadroların eksik, iş sayısının olağanın üstünde fazla, kimi yasalardaki düzenlemelerin yetersiz, araç ve gereçlerin eksik olması gibi nedenler daha ağırlıklı biçimde etkili iseler de kanımızca bu aksamada biz yargıçların da payı ve kusuru vardır.**

Nitekim Yargıtay denetimi aşamasında incelenen dosyalarda saptandığı ve yine vatandaşların yakınmalarından öğrenildiği üzere; **yargılama süreci içinde kimi yargıçların gereksiz biçimde ertelemelerde bulundukları görülmektedir. Hiç bir kabul edilebilir neden olmaksızın yapılan bu ertelemelerin davaların geç sonuçlanmasında etkili olduklarında kuşku yoktur.** Bu nedenle yargıçlarımızın vurguladığımız bu yönlere özen göstermelerinin gerekli ve yararlı olacağı inancındayız.

Yakınmalara neden olan ve gerçekten haklılık payı da bulunan bir diğer konu da kimi yargıçlarımızın gerekli gereksiz hemen her konuda, bu anlamda hukuki konularda dahi bilirkişi incelemesine gitmeleridir. Usül hükümlerine aykırı olan, davaların gereksiz yere uzamasına, dava giderlerinin boş yere artmasına ve vatandaşa yük olmasına, giderek bir bilirkişilik saltanatının oluşmasına yol açan bu hatalı uygulamadan kesinlikle kaçınılmasını, yalnızca yargıcın uzmanlık alanını aşan sorunların çözümünde bu yönteme başvurulmasını, bilirkişilerin özenle seçilmesini salık verir ve **her davanın en iyi bilirkişisinin yargıç olduğu** ilkesini değerli yargıçlarımıza anımsatmak isterim.

Hiç kuşkusuz kadroların sayıca yetersiz, araç ve gereçlerin eksik, iş sayısının fazla olması gibi sorunların çözümü yargıç olarak bizlerin elinde değildir. **Ama yargıç olarak bizler, kendi üzerimize düşen yükümlülükleri**

tam bir sorumluluk ve görev aşkı ile yerine getirir isek, hem ağır işleme olgusundaki sorumluluktan ve buna yönelik eleştirilerden yargı olarak kurtulmuş ve hem de geç sonuçlanan dava sayısındaki azalmalara bir ölçüde katkıda bulunmuş oluruz.

Bu arada konu ile ilgisi olması nedeni ile üzerinde durmak istediğimiz bir diğer yön de son günlerde toplumun gündemine bir sorun olarak gelen **senet mafiası** olgusudur.

Hiç kuşkusuz adına senet mafiası denilen yasa dışı örgütlenme biçiminin ortaya çıkmasının temel nedeni sosyo - ekonomik kaynaklıdır. Bu arada yargısal faaliyetlerin, bu anlamda yargının ağır işlemesi de sorunu besleyen bir diğer nedendir. O nedenle sorunun üzerine ivedilikle ve en caydırıcı yöntemler ile gidilmesi kuşkusuz tutulması gereken ama kısa vadeli olan bir yoldur. Uzun vadede ama zaman geçirilmeksizin **sosyo - ekonomik sorunların çözümlenmesi, eksik olan yargıç ve savcı kadrolarının hem sayı ve hem de nitelik bazında giderilmesi, yargının araç - gereç gereksinimlerinin karşılanması, yargısal faaliyetlerin hızlandırılmasının sağlanması amacı ile yasalarda ve özellikle Hukuk Yargılamaları Usulü Yasası ile İcra İflas Yasası'nda gerekli düzeltme ve değişikliklerin yapılması** gerekmektedir.

Yargıçlara yönelik yakınmalara konu olan bir diğer yön de **kimi yargıçların gerek vatandaşa gerekse avukat meslekdaşlarına karşı kırıcı ve hırçın bir tutum içinde oldukları doğrultusundadır.** Öyle ki pek çok avukat meslekdaşım ve vatandaşımız bu konuda isim belirtmek ve olguları açıklamak sureti ile yakınmalarda bulunmaktadırlar.

Yaygın olmamakla birlikte, az da olsa kimi yargıçların belirttiğim biçimde yakınmalara neden olan davranışlar içinde olmaları - bu davranışlarının özrü her ne olursa olsun - olağan karşılanacak ve hoşgörü ile yaklaşılacak bir durum değildir. O nedenle **yargıçlarımızın gerek avukat meslekdaşları ile, gerekse vatandaşlarla olan ilişkilerinde davranış bilimlerinin öngördüğü incelik içinde ve Türk Ulusu adına yargılama yaptıklarının bilincinde olmaları gerekir.** Bunu özellikle belirtmek ve yargıçların meslekiçi eğitimlerinde bu konuların da üzerinde durulmasının, yargıçların davranış bilimleri konusunda bilgilendirilmelerine ve eğitilmelerine özen gösterilmesinin yararına işaret etmek isterim.

GEÇEN YILDAN BU YILA

Konuşmamın çok uzadığının ve siz değerli konuklarımız ile sevgili meslekdaşlarımın dayanma ve hoşgörü sınırlarını epeyce aştığımın bilincindeyim. Ama hoşgörünüze ve sabrınıza sığınarak bir kaç noktaya daha değinmeden geçemeyeceğim.

Geçen yargı yılının açılışı nedeni ile yaptığım konuşmamdan dolayı çok olumlu eleştiriler aldım. Öyle ki çok değerli bir kuruluşumuz beni **Yılın Hukukçusu** seçmek inceliğinde bulundu. Binlerce yurttaşımız, dahası hiç tanımadıklarım, ama aynı özlem ve dilekler ile dolu olduğumuza inandığım ve anladığım dostlarımız mektup ve telgraf göndererek, telefon ederek ya da gelerek duygu, düşünce, kutlama ve sevgilerini bildirdiler. Kuşkusuz bütün bunlardan dolayı her insan gibi birey olarak mutlu oldum, onur duydum. Bütün bunlar için huzurunuzda bu yurtsever insanlara ve dostlarıma yeniden teşekkürlerimi bildirmek isterim.

Ama önemle belirtmek isterim ki; **ben geçmiş yıldaki konuşmamla, sorumluluk bilinci içerisinde olan her insan gibi sadece görevimi yaptım. 43 yıldır Türk Yargısının içinde eylemli olarak görev yapmış bir kişi olarak, deneyimlerimi, birikimlerimi, gözlemlerimi biraraya getirmek sureti ile saptadığım ve çözümünde toplum adına yarar gördüğüm sorunları tek tek belirterek somut çözümler önerdim. Bir aydın, Atatürk'çü ve demokrasiye gönül vermiş bir yurtsever olarak ülkenin sorunlarına yönelik görüş ve düşüncelerimi bildirdim. Bunun ötesinde ne dün ne de bugün için hiç bir konuda hiç bir iddiam, beklentim ve isteğim yoktur. Dün de, bugün de tek dileğim; tarihinde çok büyük zenginlikler, yengiler yaşamış, ama çok sıkıntılar çekmiş, çok yoksulluklar da görmüş bu Büyük Ulusun, bütün sorunlarını aşıp çağdaş uygarlıktaki hakkı olan yere ulaşmasıdır.**

Geçen yargı yılının başında yaptığım o konuşmamda sorun olarak ortaya getirdiklerimin tümünün çözümlenmemiş olması tek üzüntümdür. Bu üzüntümü, Cumhuriyet Hükümeti'nin aştığı ve çözdüğü pek çok sorun gibi, bir gün mutlaka, bunları da aşıp çözeceğine olan umudum ve inancımla birlikte belirtmek isterim.

Nitekim görev yaptığım süre içinde Cumhuriyet Hükümeti'nin gerek Sayın Başbakanı, gerekse diğer Sayın Üyeleri yargının kendilerine iletilen sorunlarını dinlemekte çok duyarlı, çok ilgili davranmışlar, bu sorunların pek çoğuna çözüm de bulmuşlardır. Az önce vurguladığım inancımın ve umudumun kaynağı bu duyarlı, ilgili ve çözüm bulucu eylemler ve yaklaşımlardır.

Bu nedenle Yargıtay ile olan ilişkilerinde, Yüce Yargıtay'ın ve yargının kendilerine iletilen hemen hemen tüm sorunlarının büyük bir kısmının çözümünde; **Sayın Cumhurbaşkanımız başta olmak üzere, Sayın Başbakanımız, Cumhuriyet Konseyi'nin Sayın Üyeleri, Sayın Adalet Bakanımız, Cumhuriyet Hükümeti'nin diğer Sayın Üyeleri, Devlet Planlama Teşkilatı, Çankaya Belediyesi'nin Sayın Başkanı ve diğer kamu görevlileri çok anlayışlı, çok sabırlı ve çok yapıcı davranmışlardır.** Bunu özellikle vurgular, bu anlayışlı, sabırlı, çözümleyici davranışların, yargıya olan çok olumlu, çok

sıcak ilgi ve katkıların hep sürmesini dilediğimi belirtir, bütün bunlar için kendilerine Yüce Yargıtay adına en içten teşekkürlerimi sunarım.

Sözlerime son verirken, beni ilgi ve sabırla dinlemek inceliğinde bulunan siz seçkin konuklarımıza, bana her zaman ve her koşulda omuz veren, beni yüreklendiren ve yönlendiren çalışma arkadaşlarıma, özverili çalışmaları ile Türk Hukukunun gelişmesine ve ilerlemesine paha biçilmez katkılarda bulunan değerli yargıç ve Cumhuriyet Savcılarımıza, savunma mesleğinin değerli üyeleri avukat meslekdaşlarıma ve özverili adalet personeline saygı ve sevgilerimi sunuyor, hepsini ve hepinizi saygı ile selamlıyorum.

●

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Sayın Teoman EVREN'in
1988 - 1989 Adalet Yılı'nın
Açılışında Yaptığı Konuşma
6.9.1988

ÇOK DEĞERLİ KONUKLAR,
YARGI ORGANLARIMIZIN SEÇKİN TEMSİLCİLERİ,
DEĞERLİ BASIN MENSUPLARI,
SAYIN DİNLEYİCİLER,
AZİZ MESLEKTAŞLARIM.

HUKUK KURALLARI

Yeni adli yılın başlangıcında; bu kadar seçkin bir topluluğa hitap etmekten onur duyuyor, yargımızın önümüzdeki çalışma döneminde Milletimize güven, huzur ve mutluluk vermesini gönülden diliyorum. Yargı, daralan gönüllerin karamsarlığına aydınlık ve insanca çözümler sunan bir devlet gücüdür. Devlet ve fert hayatında düzen, hukuk kuralları ile sağlanır. Anayasadan başlayarak sıralanan kurallar bütünlüğünde, tutarlılık genellik, eşitlik ve objektiflik ne kadar güçlü ne kadar uyumlu olursa, yargı adaletin gerçekleşmesinde o derece başarı sağlar, topluma huzur, insana mutluluk verir. İnsanın mutluluğu ilk çağlardan beri toplum gündeminden inmeyen, devlet hayatının varlık nedenidir. Bireyin mutluluğu toplumun mutluluğunu oluşturan aydınlığın ışık saçan parçacıklarıdır. Toplum için ise mutluluk demokrasinin, anayasanın, temel hak ve özgürlüklerin doyumsuz güzelliği içinde eşit ve adaletli yaşamak hakkıdır. Devlet, kişiye böylesine doyumsuz bir yaşam sağlamak için örgütlenmiş siyasi bir kurumdur. Fertlerini mutlu edemeyen devlet varlık sebebine yabancılaşır, tarihin şaşmaz değer yargısı içindeki yerini alır. Toplumu mutlu etmek için devletlerin elindeki tek seçenek olan hukuk; fertleri sağlık gibi, hava gibi, tat gibi bütünüyle çevreler, mutlu ya da mutsuz eder. Adaletsiz bir düzende, ne kadar iyimser olursa olsun, insanın içinde dünyaya geldiğine pişman karamsar bir yan vardır.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Gelişmiş demokratik yönetimlerde giderek ülkeleri kimin yöneteceği sorusunun yerini ülkenin nasıl yönetileceği sorusu almıştır. Tek yanıt ayrıcalıksız «Hukukun Üstünlüğünün egemen kılınması» olmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği kurulduğu günden beri bu ilkenin Ülkemizde yerleşmesi, devletin bütün organlarını bağlayıcı bir güç, bir yönetim biçi-

mi, bir yaşam tarzı, olması uğrundaki uğraşını sürdürmektedir. İtici güç niteliğindeki kavram gelişmiş demokratik ülkelerde büyük başarı sağlamış ve önemli bir saygınlığa ulaşmıştır. Anayasamızda yeralan bu ilke, hükümet programında «Adaletin temini ve dağıtımı, kişi hak ve hürriyetleri ile, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN korunması devletin temel görevleri arasındadır. Hukukun Üstünlüğünü esas alan devlet nizamını temel şart görürüz. Temel vasıfları adalet ve hukukun üstünlüğü olan demokratik sistem, insan şeref ve haysiyetinin, söz, düşünce, kanaat, din ve vicdan hürriyetinin en güvenilir teminatıdır» şeklinde ifade edilmektedir.

Hukukun üstünlüğü kavramı doktrin yanı ne olursa olsun salt yasaların uygulanmasından öte hukuka uygunluk şeklinde bir içeriğe sahiptir. Kanuna bağlı devlet ile, hukukun üstünlüğüne göre kurulmuş, buna göre faaliyet gösteren ve gelişen devlet, ayrı nitelik taşır. Hukuk Devleti kavramı tam bir kanunilikten, yani her şekli ile ve ne pahasına olursa olsun kanuna uygunluktan ibaret bir yönetim şekli değildir. Aksi halde hukuk devleti gerçekte sadece bir kanun devleti olur. Çoğu kez yasalarla, haksızlığın meşruluk kılığına sokulabildiğine tanık oluyoruz. Ayrıca pek çok ve pek kötü biçimde kanuni haksızlıkların işlenmesi, bir Devletin kanuni haksızlıklar Devleti olabilmesi mümkündür. Gerçek Hukuk Devleti, Hukukun Üstünlüğünü kabul eden temele dayanır. Böyle bir devlet şeklinde hukukun üstünlüğüne bağlılık devletin meşruluğunun ölçüsüdür. İnsanlığın kanuna bağlı toplumlar kurabilmesi kolay olmamıştır. Bu nedenle kanun devletinin küçümsendiği zannedilmemelidir. Ancak içinde bulunduğumuz çağ kanunilik ilkesinin yeterli olmadığını, hukukun kanundan da üstün olduğunu kanıtlayan gelişmelere sahne olmaktadır. Sosyal baskılara karşı, tepkileri önlemekte en güvenli yol hukukun üstünlüğünü tanımak ve gerçekleştirmek sureti ile kişilerdeki birikimi olumlu yollara kanalize etmektir. Hukukun üstünlüğü kavramının; «kamu hukuku» ve «Anayasa hukuku» açısından değeri son derece önem taşır. Devletimiz «Hukukun Üstünlüğü İlkesini» Türk Milleti'nin kafasında ve gönlünde yaşayan, adalet duygusunun gücüne ve dinamiğine yaraşır bir şekilde gerçekleştirmelidir. Ülkemizin adalet sorunları ancak bu ölçü içinde çözümlenebilir.

ANAYASA SORUNU

Bu gün su yüzüne çıkan, ciddi bir Anayasa bunalımını hep birlikte görmekte ve yaşamaktayız. Siyasi rejimlerin devamlılığı, Anayasaların toplumun gereksinmelerini karşılamasına bağlıdır. Ülkemizde Anayasalar kabullerinden önceki dönemin etkisi altında şekillenerek, normal zamanlar için gereksiz ve hatta sakıncalı kurallar içermektedir. 1982 Anayasasının Ülkemizin demokratik düzenine çizdiği çerçeve sosyal yaşama dar gelmekte, toplumsal olaylar öngörülen sınırı zorlamaktadır. Anayasanın

hazırlanmasında etkin, kabulünde destek olan siyasi güçlerin dahi sık sık Anayasadan yakındıklarını hatta değiştirilmesi için çaba harcadıklarını görmekteyiz.

Türkiye Barolar Birliği'nin 1982 Anayasası'nın kabulünden önce saptadığı kamu oyuna ve yetkililere sunduğu görüşlerin her gün biraz daha geçerlik kazandığını görmek bizleri haklı kılsa da mutlu etmemektedir. Anayasalar devletin yönetim biçimini, devlet organlarının görev ve yetkilerini, insanların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bir hakkın ve özgürlüğün tanınması yeterli olmayıp bunların duraksamadan, engelsiz kullanılmasının sağlanması büyük önem taşır. Hukukun temel ilkelerine aykırı, detaylı ve çok çelişkili kuralların, demokratik yönetim ve yargısal denetim açısından önemli engeller içerdiğini vurgulamak isterim.

Uygulamada Anayasa hukukunun hafife alındığını, savsaklandığını kavramları ile rastgele oynandığını görmekte ve bu gelişmelerden endişe duymaktayız. Anayasanın ihmal ve ihlâl edilebileceği gibi düşünceler ve iptal edilen yasaların yeniden kabul edilmesi şeklindeki değerlendirmeler «Hukukun Üstünlüğü» kavramı ile çelişmektedir.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini, vatandaşın güven kaynağı olarak adalet düzenimiz için ön koşul ve varlık nedeni saymaktayız. Anayasamız, 138. maddesinde yeralan «bağımsızlık» ve «güvenceyi» gerçekleştirmek bakımından yetersiz kalmış, yargı bu nedenle hızlı bir yozlaşma sürecine girmiştir. Yeni adli yılda bu kavramın daha çok tartışılan bir sorun halini alabileceği endişesini her gün artan üzüntü içinde duymaktayız. «Yargıcın teminatı kendi vicdanındadır» düşüncesi içinde bu derece hayati önem taşıyan bir konu, kahramanlık gösterilerine terkedilemez. Yargının bağımsız olmadığı, yargıç güvencesinin tartışıldığı her yerde, kürsüde korku ve siyaset egemen olur, güven hissi sarsılır, adalet sapmalar göstererek gerçeğe yabancılaşır.

Bütün olumsuz ortama ve güç koşullara rağmen, önemli yetkiler, büyük sorumluluklar taşıyan Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yüksek yargıçlardan oluşan üyelerinden milletimiz titiz davranışlar, dikkatli katkılar beklemektedir. Öte yandan yargının her kademesinde, yargı bağımsızlığını kuşkulu kılabilecek kişisel zaafların frenlenmesini, özlemlerimizi ve beklentilerimizi en olgun anlamı ile tatmin edecek özverili davranışlarla yargının onur ve saygınlığının korunmasını beklemekteyiz.

YASAL DÜZENLEMELER

Yasaların eşit ve etkin biçimde, duraksamadan uygulanması son derece büyük önem taşımakla birlikte böyle bir çaba adaletin gerçekleşme-

si için yeterli olamamaktadır. Toplumu yöneten kuralların «ideal ölçülere», «olması gereken şekle» uydurulması gerekmektedir. Böyle bir çaba bir yandan kişinin diğer yandan Devletin en kutsal uğraşıdır. İdeal hukuka yönelik mücadeleler hukukçular için ise bir uğraş olmaktan öte bir görevdir. Bu bağlamda hukukçunun eksilmeyen ve hergün biraz daha artan sorumluluğu başlar. Hukukçu olmak zor, zor olduğu kadar da onurlu bir iştir. Hayat boyu yenilenen dinamik ve ideal bir savaşçı olmayı zorunlu kılar. Böylesine yüce bir zevki, ideal bir ülküyü içine sindiremedikten sonra, yargıç olmak, savcı olmak, avukat olmak neye yarar.

Hukukun kuru bir ilim olmaktan çıkıp bir hareket biçimi olarak yaşama aktarılması, kendiliğinden egemenliğini sürdürmesi güzelliklerin en güzeli, mutlulukların en doyumsuzudur. İşte bunun için hukuk kültürünün bilgi olmaktan çıkıp bir bilinç, bir hareket biçimi haline gelmesi gerekmektedir.

Yürürlükteki hukukumuzun toplumsal mutluluk açısından özlemlerimize karşılık vermekten uzak yanları bulunduğu gibi, son derece karışık hukuk düzenimiz her gün biraz daha karışmaktadır. Özellikle kanun gücünde kararname çıkarmak yetkisinin kullanış şekli Yasama Organının görevleri ve demokratik düzenin ilkeleri açısından ciddi ve önemli bir boyut kazanmıştır. Bir örnek olarak 336 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 41 adet kanunun çeşitli maddelerinin değiştirilmiş olduğunu belirtmek isterim. Hukuk tekniği açısından bir yasanın diğer bir yasa ile değiştirilmesi gerekir. Hiç kuşkusuz bu pratik buluş uygulamada hiç pratik olmayan son derece önemli karışıklıkların nedeni olmaktadır.

Memnuniyetle belirtmeliyim ki Devletimiz, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını tanımış, işkenceye karşı Avrupa Sözleşmesini imzalamış, Avrupa Topluluğu'na üyelik için başvurmuştur. Bütün bu gelişmeler son derece önemli olumlu ve övgüye değer olaylar olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak hukukumuzun Avrupa Topluluk hukukuna uydurulması, atılan adımların, iyi düşünülmüş, tartışmaya açık, hukukun üstünlüğünü gerçek kılacak bir hukuk reformu ile tamamlanması gerekmektedir.

1926 yılında kabul edilen Ceza Kanunumuz aradan geçen uzun zaman içinde pek çok değişikliğe uğramış, 1936 yılında yapılan değişikliklerle liberal özelliğini kaybederek baskıcı motifler taşıyan bir ceza kanununa dönüşmüştür. Zaman zaman yaşanan toplumsal olayları önlemek için getirilen panik hükümleri suç ve ceza dengesini alt üst etmiş, adalet sevgisini yaralamıştır. Adalet Bakanlığı'nda hazırlanan, tartışmaya açılan ve yeniden düzenlenen «Türk Ceza Yargısı Öntasarısının» demokratik ilkelere uygun olması Anayasal bir istektir. Ceza Kanunlarının oluşmasında

ülkede yürürlükte olan demokratik hak ve özgürlüklerin etkisi daima görülmektedir. Özgürlüklerin, özellikle basın ve fikir özgürlüğünün korunması tasarının başarısı için şarttır. Birbiri ardına üç Anayasa değişikliği dönemi yaşamamıza rağmen Ceza Kanunumuz esaslarında hep aynı kalmıştır. Bu gün Ceza Yasasının karşılaştığı en büyük güçlük önemli boyutlara ulaşan bir özgürlük tartışmasının gündemde olmasıdır. Öntasarının suç ve ceza dengesini en adaletli ölçüler içinde sağlaması, Ülkemizin demokratik gereksinmelerini gelecek günleri kapsayacak genişlikte karşılaması gözden uzak bulundurulmamalıdır.

Çevre sorunları her gün bir yenisi sergilenen korkunç boyutlardaki olaylarla insan hakları sorununun en önemlisi şekline dönüşmektedir. Kendi dünyasında, özgür ve mutlu yaşamak hakkına sahip milyonlarca insanın çevrenin oluşturduğu tehlikelerden korunması ciddi bir görev halini almıştır. İnsan sağlığı, yaşama hakkı makro düzeyde topyekûn tehdit altındadır. Yaşadığımız çevrenin bütün tehlikelerinden arındırılmasını sağlayacak yasal düzenlemelere ve ciddi önlemlere gereksinme bulunduğunu belirtmek isterim.

İcra ve İflas Kanununun Banka temsilcilerinin, istekleri doğrultusunda değiştirilmesi hazırlıkları sürmektedir. Batık paraların kurtarılması için yapılan düzenlemeler iktisadi hayatın işlerliğinde önemli rahatsızlıklar ve sıkıntılar yaratabilecektir. İcra İflas Kanunu, şahıslar üzerindeki cebri icradan mal üzerinde icra aşamasına gelinceye kadar uygarlık tarihinin onurlu mücadelesine sahne olmuştur. Değişikliklerin, karşılıklı yarar sahiplerinin temsilcileri ile hukukçular arasında açıkça tartışılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bankaların ülkedeki bütün yolsuzluklardan daha büyük çapta aldatılmalarını önleyecek şekilde «ekonomik suçlar alanının» etkin yaptırımlarla düzenlenmesi daha büyük öncelik taşımaktadır.

YARGI

Bu gün yeni bir çalışma dönemine başlayacak olan mahkemelerimiz hukukun uygulanmasında ve gelişmesinde etkin ve yaratıcı olanaklara sahip Adalet dağıtan yargı kuruluşlarıdır. Halkımız adliyeden çağın icaplarına uygun kesin ve seri adalet beklemektedir.

Davaların uzaması, yargımıza yöneltilen önemli ve gerçekten haklı bir eleştiri konusudur. Para değerinin çok hızlı düşüşü, yakınmaları arttırmakta, ciddi bir ızdırap önemli adaletsizlik nedeni olmaktadır. İktisadi hayatın adalet üzerindeki olumsuz etkisi, vatandaşın hak ve adalet duygularını çarpıcı biçimde sarsmıştır. Yargının ağır işlemesi, giderek etkinliğini kaybetmesi sonucu yasa tanımaz kişiler zorbalıkla adaleti gerçekleştirmeye kalkışmışlardır. Yasa dışı yollarla hak aramanın yaratacağı adaletsiz-

likler kamu vicdanında derin yaralar açmakta, vatandaşı tedirgin etmektedir. Bu davranışların şiddetle kovuşturulması ve biran önce önlenmesi zorunludur.

Anayasamızın 141. maddesi «davaların en az giderle mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir» hükmünü içermektedir. Ceza ve Hukuk Usulü Yasalarında davaların çabuklaştırılması için getirilmiş pek çok önlem vardır. Son zamanlarda da önemli değişiklikler yapılmış, ancak hızlı yargılama bir türlü sağlanamamıştır. Kurallar yetersiz kalmakta, sorun herşeyden önce bir insan sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Sistem bütünü ile ele alınmadıkça, yargının zabıta ile eşgüdümlü çalışmasını sağlayacak önlemler getirilmedikçe, yargının iş yükü azaltılmadıkça, kadrolar genişletilip yeni mahkemeler kurulmadıkça, hepsinden önemlisi yeterli sayıda çalışkan nitelikli, yargıç ve yargı personelini adalet hizmetine özgüleyemedikçe yargılamanın uzamasından doğan felaket ve ızdıraplar sürecektir.

Adli tebligat, davaların uzamasında önemli bir sorun iken, P.T.T. idaresinin birden yaptığı zamlarla yargının işleyişine büyük zararlar verdiği, yargılamayı ne kadar köstekleyiği bütün çabalarımıza rağmen maalesef anlaşılamamıştır.

Ülkemizde 8 yıldır davası bitirilememiş tutuklu sanıklar vardır. Böyle bir olay her koşulda yargı açısından düşündürücü, adalet açısından yaralayıcıdır. Sıkıyönetim Mahkemelerinin de şoruna çözüm getiremediği somut örneklerle ortadadır. Sıkıyönetim kalktıktan sonra mahkemelerin yetkilerinin sürmesi sonucu mahkeme mahkeme dolaşan, Ankara'dan İstanbul'a, İstanbul'dan Diyarbakır'a nakledilen davalar ve sanıklar vardır.

Davalar hızlandırılmalı ancak sürate adalet feda edilmemelidir. Hapis cezalarından paraya çevrilen cezalarda kanun yoluna başvurma hakkını engelleyen düzenleme adaletin gözardı edilmesine önemli bir örnek teşkil etmiş, ciddî sorunlar yaratmıştır. Davalar mümkün olan süratle ancak mutlaka adaletle sonuçlandırılmalıdır. Yargıya başvurma hakkını vatandaşın önünde daima açık ve aydınlık bulundurmak zorundayız.

Askeri Yargıtay'ın bir hukuk kuruluşu olmanın onuru ile geliştirdiği içtihatları takdirle karşılamaktayız. Hukuk düzenimiz 80 yıllık geçmişinde bu yüce mahkemenin tutarlı ve onurlu çizgisi içinde verdiği kararlardan esinlenerek zenginleşmiş, büyük yararlar sağlamıştır. Ancak, Askeri Mahkemelerin kışla içinde bulunması hak arama özgürlüğü açısından zorluklar çıkarmakta, yargı hizmetinin özelliği, önemi ve onuru ile bağdaşmamaktadır. Taraflar zamanında duruşma ve mürafalarda bulunamamakta, ayrıcalıksız uygulamalar yüzünden kuyruklarda savunma olanaklarını kay-

betmekte, meslektaşlarımız savunma görevini yerine getirmekte zorluk çekmektedirler.

1979 yılında kabul edilen Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulü Kanunu her yıl ertelenerek, nihayet çok sınırlı birkaç ilimizde uygulanmaya başlanmıştır. Yasanın uygulama sahası çok daraltılmış olmasına rağmen böyle bir başlangıcı Ceza Hukukunun insancıl yaklaşımı açısından sevinçle karşılamaktayız. Çocuk mahkemelerinin işlevlerini yerine getirebilmesi için kuruluş yasasında öngörülen koruyucu ailelerin belirlenmesi, bakım ve yetiştirme yurtlarının kurulması, küçük suçlulara uygulanacak tedbir ve cezalar için yasa değişikliklerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bugünkü şartlar içinde imkânsızlıklarla karşı karşıya bulunan Çocuk Mahkemelerinin amacı karşılayarak görevini yürütmesi söz konusu olamamaktadır.

ADALET FONU

27 Mayıs 1988 tarihinde kabul edilen Adalet Fonu Kurulmasına dair 3454 sayılı Yasayı Cumhuriyet adliyesinin vakarı, onuru ve ciddiyeti, açısından sakıncalı, yargı görevinin önemi ve saygınlığı açısından tehlikeli, Adalet açısından ürkütücü bulduğumuzu vurgulamak isterim. Amme hizmeti için vergi, harç dışında para alınması uygulanmasının yargı hizmeti için öngörülmesi, Cumhuriyet adliyesini derinden yaralayacak, mahkeme kararlarına güveni sarsacak, onarılmaz tahribatlara neden olacaktır. Adalet hizmetinin bütün ihtiyaçları Devlet Bütçesinden karşılanmalı, gerekiyorsa yargı harçları arttırılmalıdır. Olumsuz yorumlara, çeşitli kuşkulara yolaçacak keyfi uygulama yargı bağımsızlığı açısından da tehlikelidir.

Para cezalarının yargı için bir gelir kaynağı olarak düşünülmesi, cezanın amacına aykırı olmakla kalmayıp çeşitli adaletsizliklerin nedeni olacaktır. Fonun kaynakları içinde bağış ve yardımlar da yeralmaktadır. Adalet hizmeti, toplum katmanlarının çeşitli kesitlerini oluşturan her çeşit insanın yardımları ile karşılanamaz. Yargı, Devletin üç temel gücünden birisi ve en önemlisi olarak bağış kabul edemez. Okul, hastane ve camilere, kurum ve kuruluşlara yapılan bağışlar böylesine önemli bir devlet gücü için örnek olmamalıdır.

Fon yönetmeliğine göre taşrada fon işleri, İl Cumhuriyet Savcısının başkanlığında, bir hâkim ve savcı yardımcısı tarafından yürütülecektir. Yargıya bağış yapan insanların yargı önünde herkesle eşit olduğuna vatandaşı inandırmak, nasıl mümkün olacaktır. Yasanın ve uygulamanın teknik ayrıntılarına, hukuka ve Anayasaya aykırılıklarına girmek istemiyorum. Ancak Cumhuriyet adliyesinin böylesine lâyık olmadığı bir töhmetten ve tehlikeden kurtarılmasını diliyorum.

İNSAN HAKLARI

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin ayırım gözetilmeksizin herkes için gerçekleştirilmesi hukukun başlıca amaçlarından birisidir. Temel hak ve özgürlüklerin insan kişiliğinin ayrılmaz ögesi oluşu nedeniyle konu evrensel nitelik kazanmıştır. İnsan onur ve saygınlığının doğal bir sonucu olan temel hak ve özgürlükler ilkesi insanlığın yüzyıllar süren çaba ve savaşımlarının ürünü olarak gelişmiş bugünkü seviyesinde kazanılmış ve tanınmıştır. Sözkonusu ilkenin gerçekleşmesi, izlenmesi insanlığın ortak sorumluluk ve gözetiminin konusu olmuştur. Dünyanın herhangi bir köşesinde bu ilkeye aykırı uygulamalar insan toplumunun vicdanında uluslararası yansımalar yapmakta, tepki uyandırmaktadır.

Çağımızda temel hak ve özgürlüklerin tanınması, güvence altına alınması ihlâllerin önlenmesi uluslararası belgelerle sağlanmak istenmektedir. Ülkemiz bu belgelerden bir kısmını imzalamış, yukarıda sözünü ettiğimiz Avrupa Topluluğu'na üyelik başvurusunu yapmıştır. Üyelik topluluk hukukunun ülkemizde doğrudan uygulanmasına sebep olabilecek ve egemenlik kavramı önemli değişikliklere uğrayacaktır. Biz her türlü etkinin dışında kendi insanımıza duyduğumuz sevgi ve saygıdan dolayı insan hakları sorununu çözümlemek zorundayız.

Cezaevlerinde bulunan suçlu ve tutukluların şikâyetlerinden haklı olanların giderilmesi büyük yarar sağlayacaktır. Tutukluların statülerinin, mahkûmlardan ayrılması aklanmaları halinde onurlarının ağır tahribatlardan korunması devletin görevidir. Tutukluluğun fiilen mahkûmiyetten de ağır sonuçlara varması önlenmelidir. İşkencenin önlenmesi, temel hak ve güvencelerin korunması ve sağlanması açısından yargı tükenmez yetkilere ve olanaklara sahiptir. Duyarlı bir ilgi yargımızın onurunu daha da yüceltecektir.

HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Hak arama özgürlüğü insan haklarının en büyük güvencesi, aynı zamanda yaptırımı olmak gibi bir özellik taşır. Demokratik devlet düzeni böyle bir özgürlüğü tanımamazlık edemez. Bütün anayasaları etkileyen, ulusal ve uluslararası belgelerde yeralan hak arama özgürlüğü 1876 tarihli Kanuni Esasiyeden bu güne Anayasalarımızda yeralmıştır. 1982 Anayasası «herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir» kuralı ile bu hakkı açıkça tanımıştır. Hak arama özgürlüğü insanlar arasında eşitliği zorunlu kılar. Bu yüzden hak arama basit, kolay ve ucuz olmalıdır. Yoksulluk yüzünden haklarını arayamayan, haksızlığa uğramak tehlikesi ile karşılaşan insanlara devlet gereken etkin yardımı yap-

malıdır. Türkiye Baroları böyle bir gereksinme karşısında üzerine düşen görevi severek yapmağa hazırdır.

Hazırlık soruşturmasının gizli olduğu, bu dönemde müdafiin sanıkla temasının önlendiği bilinmektedir. Böylesine aşırı bir gizliliği haklı gösterecek bir hüküm usul kanunlarımızda yeralmamaktadır. Sanığın suçlandığı andan itibaren hak arama özgürlüğünün kendisine tanıdığı olanaklarından yararlanması ve suçlama ile savunmanın aynı anda başlaması şarttır.

Devlet Sırları Kanun Tasarısı üzerinde Adalet Bakanlığı'nda çalışmalar yapıldığı öğrenilmiştir. Tasarının 7. maddesinde «getirilen gizli belgeler taraf vekillerine incelettirilmez» şeklinde bir hükmün yeraldığını, yazışmalardan öğrenmiş bulunmaktayız. İdari Yargılama Usulü Yasasında yeralan, hak arama özgürlüğü açısından eşitsizlik ve adaletsizlik yaratan adalet ve demokrasi ilkeleri ile çelişen böylesine sakıncalı bir hükmün adli yargıyı da kapsayacak şekilde genişletilmesi hevesleri kesinlikle önlenmelidir.

Ülkemizde savunma mesleğinin, savunma makamı olarak yeni bir statüye kavuşması zorunludur. CMUK. nun gerekçesini kaleme alan Ord. Prof. Sıddık Sami Onar yıllar önce «Esasen müdafaa makamı da iddia makamı gibi ilimle mücehhez, yanlız hak ve hakikat, adaleti içtimaiye namına maznuna müzahir ve sırf kendi kanaatı ilmiyesi ile müteharrik bir makam olmalıdır» cümlesi ile bu gereksinmeyi dile getirmiştir. Ne yazık ki bu güne kadar gerekçede isabetle değinilen istek yerine getirilmemiştir. Savunma yargının ayaklarından birisidir. Savunma haklarının kısıtlanması adaletin topallamasına neden olur. Savunma hakkının gereklerini sağlamakta bütün kamu görevlileri yükümlü olmakla birlikte, bu hakkın işlerliğinin sağlanmasında ve korunmasında başlıca görev yargıya düşmektedir. Savunmanın olmadığı yerde yargı, adalet, eşitlik de yoktur. Yargı savunma üzerine kurulur. Adalet mülkün, savunma adaletin temelidir.

Bu gün başlayan ve hep birlikte hizmetinde olacağımız yeni adli yılın Milletimize aydınlık günler, getirmesi, huzur, güven ve mutluluk vermesi, en büyük arzumuzdur. Zor ve onurlu görevlerinde değerli, yargıç ve savcılarımız ile aziz meslektaşlarımıza başarılar diliyor, sizleri derin saygılarımla yürekten selamlıyorum.

●

BİR YASANIN ÖYKÜSÜ

Ali Rıza ÖNDER (*)

Bundan iki yıl önce, **Kemalist Ülkü** Dergisi'nde, **«Yazıtlarımızın Yazgısı»** başlığı altında bir incelemem yer almıştı (Temmuz - 1986/213). Son sayfanın bitiminde, **1927** yılından beri yürürlükte bulunan **1057 sayılı Yasanın** gerekçesi ile uygulama biçimi üzerindeki düşüncelerimizi, ileride başka bir yazıda açıklayacağımızı belirtmiştik. Şimdi, bu açıklamaya sıra gelmiş bulunuyor.

Konuya girmeden hemen belirtmek isterim ki, bundan altmış bir yıl önce Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek yürürlüğe konan bu yasa, Cumhuriyet tarihinde hiç de olumlu bir işlev yapmamıştır. Tersine, zarar verici biçimde uygulanmıştır. Osmanlı döneminden kalmış pek çok yapının yazıtları (kitabeleri), bu yasaya dayanılarak, acımasız bir tutumla yok edilmiştir. Yanlış bir uygulama ile amacından saptırılan bu yasa, bence hukuk tarihimizde, «kıyım yasası» olarak anılacak niteliktedir. Bu karamsar yargıya varmamın nedenlerini aşağıda sıralayacağım.

Önce, yasanın ne amaçla hazırlandığını, Meclis'ten nasıl geçtiğini, TBMM. Zabıt Ceridesi'nden taradığım bilgilere dayanarak anlatmaya çalışacağım. Sonra da bazı yapıların yazıtlarını örnek olarak vereceğim.

Anılan yasa önerisi, Rize Milletvekili Ekrem Bey tarafından 29.12.1926 günü düzenlenmiş ve gerekli komisyonlardan geçtikten sonra Genel Kurul'a gelmiştir. Zabıt Ceridesi'nin, 13.4.1927 günlü toplantıya ilişkin tutanak sayfalarını birlikte izleyelim (31. cilt, 52. içtima). Gündemin 10. sırasındaki sunuş yazısı aynen şöyledir.

«Rize Meb'usu Ekrem Bey'in, Türkiye Cumhuriyeti Dahilinde Bulunan Bil'umum Mebani-i Resmiyye ve Milliyye Üzerindeki Tuğra ve Medhiyyelerin Kaldırılarak Yerine Cumhuriyet Armasıyla Cumhuriyetin Tarih-i Kabulünün hâkkettirilmesine Dair (2/205) numaralı Teklif-i Kanunîsi, Maarif ve Kanun-u Esasî Encümenleri Mazbataları».

Öneri'nin, Ekrem Bey tarafından imzalanmış **gerekçesi** ise şudur :

«Riyaset-i Celileye : Gerek İstanbul ve gerek Ankara'da ve gerek mahall-i sairede birçok mebani-i resmiyenin ve milliyenin kapıları üzerinde eski hükümet-i mutlaka devrine ait tuğralar ve müstebit hükümdarların medayihini havi levhalar bulunmaktadır. Ekserisi en hasis bir

---

(*) **Yargıtay 9. CD. Onursal Üyesi.**

emel-i menfaatle yazılmış ve kazdırılmış olan bu levha ve tuğraların haliyle bırakılması ve meselâ Cumhuriyet fikriyle beslenen bir mektebin kapısının üzerinde bir padişahın armasının ve medhiyesinin bulunması kadar garip bir manzaraya, cumhuriyetle idare olunan memalik-i sairenin hemen hiçbirisinde tesadüf edilmez. Yetişecek neslin fikirlerinde istibdadın en ufak bir eserini bile bırakmamak azminde bulunduğumuza nazaran bu gibi medhiyelerin hâlâ mebani-i resmiye ve milliyeed kalması kabil-i tecviz olamaz. Binaenaleyh mevadd-ı âtiyenin kanun olarak kabulünü teklif eylerim (Rize Meb'usu Ekrem - 29.12.1926).»

Bu konuda ilk incelemeyi yapan Kanun-u Esasi Encümeni Mazbatasında, teklifin, sanat, tarih ve terbiyeye müteallik olması dolayısıyle evvelemirde Maarif Encümenine tevdii ekseriyetle karargîr olmuştur, denmektedir. Esasa girmeyen ve işin ilgili komisyona gönderilmesini öngören bu metne, üyelerden Denizli milletvekili **Haydar Rüştü** ile Zonguldak milletvekili **Tunalı Hilmi**, karşı çıkmışlardır. Bunların karar metni altına yazdıkları ortak imzalı **karşıoy yazıları** şöyledir :

«Binaların üzerindeki tuğralarla armaların memlekette okuyan ve okuyacak olan adamların terbiyesi üzerinde müessir olacağını zannetmem. Armalar, tuğralar, milletin sanayi-i tezyiniyesi altındaki medhiyeler, şairlerin tarih-i inşa için yazdıkları şeye, hâkke, hatta, sanayi-i tezyiniyeye taalluk ettiği için bunların silinmesine ve kırılmasına taraftar olmadığımdan teklifin ve takririn reddine karar verilmek lüzumuna kani olduğumdan muhalifim» (Aza - Denizli - Haydar Rüştü), (Aza - Zonguldak - İlkin ret, yahut kabul gibi bir karar verilmelidir - İmdi : muhalifim - Tunalı Hilmi).»

Bunun üzerine Maarif Encümenince düzenlenen mazbata ise şöyledir :

«Riyaset-i Celileye: Rize Meb'usu Ekrem Bey tarafından vaki olup Hey'et-i Umumiye'ce encümenimize havale olunan teklif-i kanunî, Maarif Vekâleti'nden davet olunan mütehassıslar huzuriyle biletraf müzakere edildi. İhtiva ettiği mananın şümulü, harsımızı ve tarihimizi alakadar edecek ehimmiyette görüldü. Bir milletin hayatında ve tarihi tekâmülü seyrinde takip ettiği muhtelif merhalelerin müncemid birer şahidi ve vesikası mahiyetinde olup sanayı-i nefise, sanayı-i tezyiniye, nakış, hüsnühat, eşkâl nokta-i nazarından, ayrıca ilm-i bedayi ve şahsiyet-i harsiye ve milliyeyi dahi alakadar edecek sanat ve kıymette bulunan levha ve yazıların hâkkini veya kaldırılmasını, encümenimiz muvafık görmedi. Şu kadar ki, hal-i hazırda resmi daire olarak kullanılan binalarda bulunup Cumhuriyet'in arma ve rümuzundan gayri armaların mefsuh bir idareyi hatırlatan işaretlerin yerlerinde ve gözönünde bulunması da tecviz olunamaz. Binaenaleyh takdir hakkı Maarif Vekâletine ait olmak üzere bu kabil remiz ve

işaretlerin resmi mebaniden kaldırılarak müzelere naklini veya münasip bir mahalde hıfzını temin edecek surette maddeleri ihzar ile Hey'et-i Umumiye'nin nazar-ı tasvibine arzettik (16.1.1927 - Reis : Biga - Samih Rifat, Mazbata Muharriri : Afyonkarahisar - Ruşen Eşref, Kâtip : Urfa - Refet, Aza : Mehmet Emin, Aza : Veled Çelebi).»

Maarif Encümeni'nin bu mazbatası üzerine yasa önerisi, yeniden Kanun-u Esasi Encümeni'ne gönderilir. Bu encümenden çıkan mazbatada, teklifin teşkilât-ı esasiye noktasından encümeni alakadar etmediği ve Heyet-i Uumumiyede müzakeresi esnasında, encümeni teşkil eden azanın şahsen mütalaalarını arz ve beyan etmesi tabii olduğundan, söz edilerek öneri, olumlu ya da olumsuz bir görüşe bağlanmadan Genel Kurul'a gönderilmiştir.

Bu yollardan geçerek Genel Kurul'a gelen öneri, sonradan yasalaşacak olan metne göre oldukça kısadır. Belgesel değer taşıması yönünden bu metni olduğu gibi aktarıyorum :

Madde 1 — **Bilumum mebani-i resmiye ve milliye üzerinde mahkûk arma, tuğra ve levhalar kaldırılarak yerlerine, «Türkiye Cumhuriyeti» kelimeleriyle Cumhuriyet'in tarih-i ilânı olan «29 teşrinievvel 1339» tarihini muhtevi levhalar vazolunur.**

Madde 2 — **İşbu kanun, tarih-i neşrinden itibaren mer'iyy'ül-icradır.**

Madde 3 — **İşbu kanunun tatbik-i ahkâmına İcra Vekilleri Hey'eti memurdur.**

Maarif Encümeni, bu kısa metni biraz daha ayrıntılı biçimde yeniden yazarak başkanlığa sunmuştur. Birinci maddede, «temsili mahiyeti haiz tuğra ve armalarla sultanların methiyelerini mutazammın kitabelerin kaldırılarak müzelere konulması» ve «yerlerinden kaldırılmasıyle binaların bedii veya tarihi kıymetlerine halel gelecek eserlerin münasip şekilde örtülmesi» öngörülmüştür.

İşbu değişik metin üzerinde açılan görüşmeler sırasında, Giresun yazarak başkanlığa sunmuştur. Birinci maddede, «temsili mahiyeti haiz sözleri üzerinde uzun irdelemelerde bulunmuştur. Bu sıfatın, yanlış anlamalara yol açabileceği konusundaki kaygılarını dile getirmiştir. Bu arada, okulların da hükümeti temsil eden binalardan sayılıp sayılmıyacağı sorunu üzerinde durmuştur. Örnek olarak da **Galatasaray Lisesi**'ni ele almıştır. Buna değinen sözlerini de olduğu gibi almayı uygun buldum :

«Bilfarz, İstanbul'da Galatasaray Lisesi vardır. O lisenin bir cümle kapısı, bir bahçesi vardır. Ben ancak hoca olduğum için benim ve benim gibi hocaların nazar-ı dikkatini celbetmiştir veya görülmüştür. Yahut araştırıldığı için görülmüştür. Orada Sultan Mahmut'a ait bir kitabe vardır. Bu kitabe oradan kaldırılacak mıdır?»

Aydın Meb'usu **Tahsin Bey** de söz almış ve şöyle konuşmuştur :

«Efendim, bu mebani-i resmiye ve milliye tabiri camilere, çeşmelere ve sebillere de şamil midir? Öyle ise, malûm-u âliniz, bunlarda bir takım asar-ı nefise vardır. Bunlar bedii ve edebi kıymeti haizdirler. Birtakım şeyler vardır ki, onlar da medhiyelerdir. Bunların da tebdili lâzımgelip gelmiyeceğini anlamak için cavami-i şerifenin, sebillerin dahil olup olmadığını da tayin etmek lâzımdır. (Dahil değildir, sesleri). Bugün onun tedbili çok zahmete mütevakkıftır.»

Bu görüşmeler sonunda yasa önerisi, yeniden Maarif Encümeni'ne gönderilmiştir. Encümen, yukarıda verdiğim ilk metinlerde yeniden değişiklik yaparak Genel Kurul'a sunmuş ve 19.5.1927 günlü toplantıda, yasa tasarısı, yeni biçimiyle kabul edilmiştir (32. cilt, 69. içtima). 28.5.1927 günü kaleme alındığı anlaşılan metin, 29.5.1927 günü Cumhurbaşkanının onayına sunulmuştur.

Şimdi, bu evrelerden geçen ve 15.6.1927 gün ve 608 sayılı Resmi Ceride'de yayımlanarak yürürlüğe giren **1057 sayılı Yasa metnini** birlikte okuyalım :

Türkiye Cumhuriyeti Dahilinde Bulunan Bil'umum Mebani-i Resmiye ve Milliye Üzerindeki Tuğra ve Medhiyelerin Kaldırılması Hakkında Kanun. **(Kanun No : 1057)**

BİRİNCİ MADDE — **İçinde devlete mütehattim bir vazife icra, yahut hükümetin veya belediyelerin efrad ile zaruri ve kanuni olan münasebetlerini temine tahsis edilen binalarla alelumum mektep binalarında vaktiyle Osmanlı saltanatını temsil için konulmuş olan, yahut vaziyetlerine göre halen temsile delalet eden tuğra veya armalar ve bunlarla beraber olarak sultanların medihlerini ihtiva eden kitabeler hakkında ikinci madde hükmü tatbik olunur. Bu kabil tuğra, arma ve kitabe bulunan hususi binalar, bunlar kaldırılmadıkça veya örtülmedikçe yukarıda zikrolunan faaliyetlere ve münasebetlere tahsis olunamaz.**

İKİNCİ MADDE — **Birinci maddedeki kayıtların şümulü dahilinde olan tuğra, arma ve kitabeler devlet veya belediye malı olan binalarda bulunduğu halde kaldırılarak müzelere konulur. Yerlerinden kaldırılmalarıyle gerek kendilerinin, gerek bulundukları binaların bedii veya tarihi kıymetlerine halel gelecek olanlar, eserin ve bulunduğu mahallin bedii kıymetini nakisedar etmemek üzere münasip vesaıt ile örtülür.**

ÜÇÜNCÜ MADDE — **Alakadar vekaletlerin müracati üzerine devlet binalarından hangi eserlerin kaldırılması veya örtülmesi lazımgelddiğini tayin ve örtülmesi lazım ise şekil ve suretini tesbit ile karar vermek Maarif Vekâletine aittir.**

DÖRDÜNCÜ MADDE — **Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.**

BEŞİNCİ MADDE — **Bu kanunun icrasına İcra Vekilleri Hey'eti memurdur. 28.5.1927.**

Türkiye Cumhuriyeti adı altında 1923'te kurulan ulusal devletimizin sınırları içinde kamu hizmetine ayrılmış bütün yapıların kapılarına, Türkiye Cumhuriyeti'ne ait olduğunu belirten levhaların konması, doğal ve olağan bir tutumdur. Nitekim aradan geçen dört yıllık süre içinde uygulanan durum da bundan başka bir şey değildir. Bu uygulamayı kimse eleştiremez. 1923 ile 1927 arasındaki dönemde, bu tür yapılar üzerindeki eski yazıtlar olduğu gibi bırakılmış, yanına, «T.C. Ankara Hükümet Konağı» gibi yeni levhalar asılmıştır. Bu levhalar, Lâtin asıllı yeni Türk Alfabesinin kabul edildiği 1928 yılına dek sürmüştür. Ondan sonra levhalar, yeni harflerle değiştirilmiştir. Ancak, yapının mimarî bütünlüğü içinde sanat ve tarih yönünden büyük değeri bulunan eski yazıtların kaldırılması, ya da örtülmesi, hem gereksiz, hem de yersizdir. Bunlar yerlerinde bırakılırsa birileri gelip buna dayanarak Osmanlı devletini yeniden mi kuracak? **Rize Milletvekili Ekrem Bey**, acaba böyle bir kaygının da etkisinde mi kalmıştır? Anlaşılması güç bir olay...

Bu yapılara bakan herkes, Osmanlı döneminde yapıldığını, eski yazıtlarından öğrenecek, Cumhuriyet döneminde hangi işlevi üstlendiğini ise yeni levhasından anlayacaktır. Bunda, kişilerin şaşırtılması, bilgilerin karıştırılması gibi sorunlar söz konusu dahi edilemez.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, 1057 sayılı Yasa ile getirtilen yenilik, doğal ve zorunlu bir değişikliği simgelemeye yönelik değildir. Uygulanagelen eylemli tutum karşısında buna gereksinme de kalmamıştır. Yasanın gerçek amacı, psiko - politiktir. Bunu da Ekrem Bey'in hazırladığı gerekçede apaçık görüyoruz. Burada, **«hükûmet-i mutlaka»** devrine ait tuğralardan, **«müstebit hükümdarların övülmesinden»**, yazıtların, **«en hasis bir emel-i menfaatle yazılmış»** olmalarından söz edilmektedir. Yani bu yasa, tümüyle duygusal bir temele oturtulmuştur.

Aslında gereksiz gördüğümüz bu yasanın gerekli olduğunu bir an için kabul etsek bile, uygulanması kötü olmuştur. Yasa maddelerindeki koşullar bütünüyle yerine getirilmemiş, yazıtların özenle saklanması sağlanmamıştır. Birçok yerlerden sökülen yazıtlar müzelerde bulunamamaktadır. Bulunsa bile gözlerden uzak tutulmuş, üzerlerine, nereden getirildiğini belirten etiketler konmamıştır.

İki yazıt örneği vererek yazımızı bitirmek istiyoruz : Birincisi Ankara'dandır : 1960 Devriminden sonra yeniden başbakan olduğunda ve rahmetli İsmet İnönü, Ankara valisini ziyareti sırasında, içinde bulundukları

hükümet konağının yapılış tarihini sormuş. Olumlu yanıt alamayınca, kapı üzerindeki yazıtın nerede olduğunu öğrenmek istemiş. Vali, bunu da bilmediğini söylemiş. Olayı ben, o günlerin il görevlilerinden birisinin ağzından dinledim. 1927'lerin yazıt kıyımı uygulaması sırasında sorumlu başbakan olan ünlü devlet adamının, aradan ellibeş yıl geçtikten sonra sonuncu başbakanlığı sırasında - konu ile ilgili bulunmayan valinin kişiliğinde - kendi kendini sorguya çekmiş olması, düşündürücü bir olgudur.

Bu konuşmayı öğrendikten sonra ben, konuyu merakla izledim. Ankara Valilik konağının yazıtını aradım. En sonunda, Etnografya Müzesi'nin bahçesindeki yazılı taşlar arasında buldum. (26 Kasım 1986). Bu, büyük bir mermerdi ve üzerinde **«Hükümet Konağı - (1315)»** yazılı idi. Müze görevlileri bunun hangi hükümet konağına ait olduğu konusunda kuşkuya düştüler. Ama ben, Ankara'ya ait olduğu kanısına varmıştım. 1988'in mart ayı içinde Ankara il kültür işleriyle görevli vali yardımcısı ile bu sorunu konuştuğum sırada, mesleğinde gerçekten başarılı bir genç olan Ankara Kültür ve Turizm Müdürü sayın **Yahya Aksoy** odaya girdi. anlattığım yazıtın gerçekten Ankara Hükümet Konağından çıkarılmış olduğunun resmi kayıtlarla belgelendiğini söyledi. O zaman, yanılgıya düşmemiş olmanın kıvancını duydum.

İkinci örnek Sivas'tandır : 8 Mart 1986 günü Sivas Müzesinin bahçesinde, sivil lise anlamındaki «Mekteb-i İ'dadi-i Mülkî»ye ait yazıt taşını buldum. Müze Müdürü sayın Hikmet Denizli'ye gösterdim. Metnini okuyup yeni harflerle yazılmasında yardımcı oldum. Yazıtın eski yerine yerleştirilmesini Vali Beyefendi'den rica ettim. Yanlış yorumlara yol açabileceği gerekçesiyle, bunu yapamıyacağını söyledi. Ancak, yazıtın korunması için gerekli titizlik gösterilmiş ve yeniden düzenlenerek müze durumuna getirilen lise'nin içinde sergilenmiştir. Durumu, dört ay önceki gidişimde gördüm. Bu yapı uzun yıllar Dört Eylül Lisesi adıyla anılmıştır. İçinde Sivas Kongresi toplandığı için tarihsel değeri daha da artmıştır. Yazıtın metnini olduğu gibi sunuyorum :

> Şevketlü Gazi Abdülhamid Han-ı Sâni hazretlerinin zaman-ı saltanatlarında, Rütbe-i bâlâ ricâlinden Mazlum Paşa Zade Mehmet Memduh Beyefendi'nin Sivas Vilâyeti Valilğinde işbu mekteb-i îdadi-i mülki inşa olundu (12 Rebiülevvel 1310).

Doğal olarak burada ikinci Abdülhamid'in ve Sivas Valisi'nin adları geçiyor. Zamanın yazı törelerine uyularak «şevketlü» ve «hazretleri» sözlerinin kullanılmış olması, yadırganacak bir durum değildir. Ama, taşı yerinden sökenler, bu sözcükleri her halde «sultanı övücü» nitelikte bulmuş olacaklar ki bu yolda işlem yapmışlardır. Devrim coşkusu içinde sert ve acımasız uygulamalara girişilmiş olması, bir ölçüde anlayışla kar-

şılanabilir. Ancak, kültür tarihi yönünden ele alındığında, yazı sökme eylemini «ilkel bir tutum» olarak değerlendirenlere verilecek haklı bir yanıt bulmakta güçlük çekeriz. Kültürseverliğimize gölge düşüren bu lekeyi tarihimizden silebilmek için yapılacak iş şudur : Ülke çapında bir tarama yapılmalıdır. Bu kamu yapılarının birçoğu yıkılmış olsa bile, bir bölümünün ayakta olduğu görülecektir. Önerim, bulunabilecek yazıtların yeniden yerlerine konmasıdır. Ancak o zaman «Yanlış Hesap Bağdat'tan Döner» atasözüne uymak erdemini göstermiş oluruz.

●

MİLLETLERARASI TAHKİM SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

Kemal DAYINLARLI (*)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Tahkime ilişkin kısa açıklama. II — Tahkim sözleşmesi. Genel kavram. Tahkim şartı. Tahkimname. III — Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği. A — Tahkim sözleşmesini Usul Hukukuna dahil eden görüş (kaza teorisi). B — Tahkim sözleşmesini Borçlar Kanununa dahil eden görüş (akit teorisi). C — Tahkim sözleşmesini (sui generis) veya (muhtelit : karma) bir sözleşme olarak niteleyen görüş. D — Tahkim sözleşmesini bağımsız bir sözleşme olarak niteleyen görüş. IV — Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun tesbiti. A — Genel. B — Uygulanacak hukukun taraflarca tesbiti. 1 — Tahkim sözleşmesinin muteberiyetine uygulanacak hukuk. a — Taraf ehliyeti. b — Şekil. 2 — Tahkim sözleşmesinin konusuna ilişkin ihtilâfa uygulanacak hukuk. C — Uygulanacak hukukun hakemlerce tesbiti. V — Hakemlerin öngördüğü maddi hukuk. VI — Hakemlerin uygulayacakları usul hukuku. VII — Milletlerarası tahkimde Avrupa Ülkelerinde uygulanacak hukuk. AVUSTURYA, BELÇİKA, İSVİÇRE, FEDERAL ALMANYA, DANİMARKA, İSPANYA, FİNLANDİYA, FRANSA, İNGİLTERE, İSKOÇYA, YUNANİSTAN, İTALYA, LÜKSEMBURG, HOLLANDA, NORVEÇ, PORTEKİZ, İSVEÇ. VIII — MÖH-UK'a göre milletlerarası tahkime uygulanacak hukuk. A — Taraflarca kararlaştırılmış olması halinde. B — Taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde. 1 — Bağlama kuralının tesbiti. 2 — Kararın tenfizi için verileceği yer hukukuna göre geçerli olmasını sağlayacak hukuk (MÖH-UK. m. 45/i). IX — S o n u ç.

I — TAHKİME İLİŞKİN KISA AÇIKLAMA

İlke olarak yargı yetkisi, devlete ait bir yetkidir. Devletin bu yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (1982 Anayasası madde 9). O halde, hak arayan kimse, kural olarak ancak mahkemelere başvurabilir. Bu ana kuralın bir istisnası HUMK. nun 516-536. maddelerinde düzenlenmiş olan özel yargıdır. Hakem veya hakemler önünde görülen bu yargıya tahkim diyoruz.

Tahkim, iki veya daha çok kişiler arasındaki ilişkileri ilgilendiren bir sorunu, devlet tarafından görevlendirilmeksizin, yetkilerini özel bir sözleşmeden alan ve bu sözleşmeye dayanarak karar tesis eden bir veya birden çok hakemler tarafından çözmeyi hedef alan bir tekniktir (1).

Bu tariften de açıkça anlaşıldığına göre hakemler yetkilerini taraflar arasında imzalanan özel sözleşmeden alırlar ve bu sözleşmeye dayanarak hüküm tesis ederler.

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) RENE, D. : age., sh. 9.

Türk iç hukukunda HUMK. nun 518. maddesi «Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez» hükmünü içermektedir. Bu madde Neuchâtel HUMK. nun 1970 yılında yürürlükten kalkan 473. maddesinin çevirisi idi. Buna göre;

«On ne peut compromettre sur les clauses qui ne dépendent pas de la seule volonté des parties» şeklinde idi.

Sadece tarafların iradesine tabi olmayan hususlarda tahkime gidilemez.

Fransız yeni HUMK. nun 1492. maddesine göre «Milletlerarası ticareti ilgilendiren tahkim milletlerarasıdır».

Milletlerarası tahkimin hangi kanuna tabi olacağı hususunda şu ilkeyi koyabiliriz : Tahkim tarafların tabi tutmak için üzerinde anlaştıkları kanuna tabidir. Fakat bu öyle veya böyle belli bir ülkenin kanunu olarak kendini kabul ettirir. Burada herhangi bir safhada belli bir devletin kamu düzenini de dikkate almak gerekiyor. Bu kayıt altında Jean ROBERT'in vardığı sonuca iltihak edilebilir: «En azından milletlerarası planda, tahkim kanunu artık yasal değil, fakat düzenleyici olmaktadır» (2).

Taraflar bu hususta bir şey söylememiş iseler Tahkim Sözleşmesinin tabi olacağı hukuku hâkim tayin eder.

Eğer bir tahkimde tüm unsurlar (ihtilâfın esası, tarafların milliyeti, hakemler, uygulanacak hukuk, tahkim yeri) belli bir devlete bağlı ise böyle bir tahkime dayanarak verilen hakem kararı millî bir hakem kararıdır.

Eğer bu unsurlardan biri farklı bir hukuk düzenine bağlı olursa bu takdirde tahkim millî mi, yabancı tahkim mi, yoksa milletlerarası tahkim mi olacaktır sorusu ile karşılaşırız (3).

Ancak, milliyeti tayin hususunda müracaat edilen kıstasların her ülkede aynı olduğu şeklinde bir esas dikkate alınırsa milli tahkim, yabancı tahkim ayrımını yapabiliriz. Bazen hukuk sistemlerine göre yabancı hakem kararlarını teşhis için kullanılan kriterler farklı olabilir. Örneğin, bir ülkede iradenin muhtariyeti kriterinin uygulanması sonucu milli hakem kararı olarak sayılan bir hakem kararı, milliyetin tayininde toprak kriteri uygulanan bir ülkenin hakem kararı da sayılabilir. O halde, farklı kriterlerin uygulanması aynı hakem kararının bir ülkede, o ülkenin hakem kararı sayıldığı gibi başka bir ülkede başka bir ülkenin tabiiyetinde sayı-

---

(2) Rev. arb. 1958 p. 79; **RENE,** David. Arbitrage dans le commerce international, Paris 1982, sh. 387'den naklen.

(3) FOUCHARD, P. : age., sh. 16.

labilir. Öyle ki, birden çok memleketin hukuk sistemine göre verilmiş kabul edilen aynı hakem kararının birden fazla milliyeti olabileceği gerçeği ile karşılaşabiliriz. Bunun tersine, bir hakem kararının hiç bir ülkeye izafe edilmemesi nedeniyle adeta vatansız hakem kararına da rastlayabiliriz (4).

Diğer yandan, bir tahkimde onu meydana getiren unsurlar kısmen veya tamamen ayrı ayrı hukuk düzenlerine tabi iseler bu takdirde milletlerarası bir tahkim karşısında bulunuruz. Örneğin, bu görüşü savunanlara göre İtalya'da aktedilen bir satım akdi dolayısıyla Türkiye'de bir İsviçre'li tacir ile bir Fransız tacir arasında cereyan eden ve esas mukavelesi İtalyan kanununa tabi, başkanı İsveç'li olan bir Hakem Mahkemesi huzurunda görülen bir tahkim için bunun belli bir milliyete tabi bir tahkim olduğu söylenemiyeceği cihetle böyle bir tahkim sonucunda verilen hakem kararı yabancı hakem kararı değil, milletlerarası hakem kararıdır (5).

Esasen, günümüzde milletlerarası ticari tahkim, gerek öğretide gerekse mahkeme içtihatlarında otonom bir milletlerarası müessese olarak destek görmektedir. Bunun sonucu olarak milletlerarası nitelikli ticari ilişkilerden doğan pek çok tahkim, herhangi bir milli hukuk sistemine dayanmaksızın, tarafların düzenledikleri iradi hükümler, milletlerarası nitelikli kanunlar ihtilâfı kuralları veya milletlerarası ticaretin maddi normlarına istinaden karara bağlanmaktadır. Hatta, hakemlerin bu şekilde verdiği kararların mahalli yargı çevrelerince tanındığına ve tenfiz edildiğine şahit olmaktayız (6).

II — TAHKİM SÖZLEŞMESİ

Genel Kavram

Eğer taraflar aralarında akteddikleri esas sözleşmenin içinde yer alan bölümde ileride doğması muhtemel ihtilâfların çözümüne ilişkin bir anlaşma yapmışlar ise buna (tahkim şartı = clause compromissoire) denir. Demek ki, tahkim şartı henüz ihtilâf doğmadan ana sözleşme ile birlikte yapılan bir sözleşmedir.

Eğer taraflar ihtilâf doğduktan sonra esas sözleşmenin dışında ve bundan müstakil olarak bir belge halinde doğan ihtilâfın çözümünü hakemlere bırakan bir anlaşma yaparlarsa buna tahkimname (compromis) denir.

---

(4) **FOUCHARD**, P.: age., sh. 19; **KORAL**, R.: II. Tahkim Haftası, sh. 24.
(5) **FOUCHARD**, P.: age., sh. 16-17; **RENE**, D.: age., sh. 54; **KORAL**, R.: II Tahkim Haftası, sh. 25.
(6) **ŞANLI**, C.: age., sh. 414-415.

Tahkim şartı ve tahkimname her ikisi de birer tahkim sözleşmesidir (7). Tahkim şartının hükümleri esas mukavelenin içinde yer alır. Esas mukavelenin uygulanmasından doğan ihtilaf zamanaşımı ile ortadan kalkıncaya kadar tahkim şartı geçerli olur. İhtilaf doğduktan sonra esas mukaveleden ayrı metin halinde kaleme alınan tahkimnamede de durum aynıdır. Zira tahkimnamede de esas mukavelenin uygulanmasından doğan ihtilâflara ilgide bulunulur. Hakkın talep edilme süresi içinde tahkimname hükümleri geçerliliğini muhafaza eder. Tahkim sözleşmesi, bağımsız olarak esas akit yanında yer alır ve normal yargının bertaraf edilmesi maksadını taşır. Eğer tahkim sözleşmesine rağmen âkit taraflardan biri veya diğeri esas akitten doğan ihtilafın halli için normal mahkemeye başvurursa bu durum diğer tarafa bir ön itiraz (iptidai itiraz) hakkı verir. İlgili tarafın ön itirazı yapması üzerine normal mahkeme tahkim sözleşmesinin varlığı nedeniyle görevsizlik kararı verir. Böylece, tahkim sözleşmesinin esas hükmü, özel bir Hakem Mahkemesi için münhasır bir yetki tesisi ile, normal yargının bertarafı ve buna bağlı olarak davayı engelleyici bir itirazın yaratılması olmaktadır (8).

Tahkim sözleşmesi çift karakterli bir hukuki muameledir. Bir yandan tahkim sözleşmesini yapan âkit tarafların ehliyetleri ve irade beyanları Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku hükümlerine tabidir; diğer yandan, usul hukuku alanında devlet mahkemeleri yerine hakemleri ikame etmesiyle ayrı bir önemi ve anlamı vardır (9).

Tahkim sözleşmesi bir veya birden çok devlet mahkemelerini belli bir ihtilafın görülmesinde bertaraf eder. Ancak, tahkim sözleşmesinde taraflar bu sözleşme ile ihtilafı belli bir hukuk düzenine tabi tutmak ve bu hukuki münasebetten doğmuş veya doğması muhtemel ihtilafları çözüme kavuşturmak için belli bir hukuk düzeninin maddi hukuk hükümlerini uygulamak istemektedirler.

Milletlerarası tahkime uygulanacak hukuk ise Milletlerarası Özel Hukukta önem ve özellik arzeder. Tahkim sözleşmesi, hakemlerin verdikleri hakem kararı ve bunun tanınma ve tenfizinden tamamen ayrı bir husustur. Tahkim sözleşmesi ile birlikte ve onun içeriğinde taraflar, hakemlerin verecekleri karar için uygulayacakları usul konusunda da hukuk seçimi yapabilirler. Burada söz konusu olan hukuk, tarafların aralarındaki esas sözleşmeden doğan veya doğabilecek ihtilafların çözümünde hakemlerin uygulayacakları hukuku tespit etmeleri durumudur.

---

(7) **FOUCHARD**, P. : age., sh. 53.
(8) **NOMER**, E. : age., sh. 441.
(9) **NOMER**, E. : age., sh. 506.

Taraflar, tahkim sözleşmesinin muteberiyetine ve sözleşmenin konusunu oluşturan ihtilafa uygulanacak hukuku kararlaştırabilirler. Eğer taraflar tahkim sözleşmesine ve ihtilafa uygulanacak hukuku kararlaştırmamış iseler uygulanacak hukuk objektif olarak tespit edilmelidir.

III — TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde fikir birliği yoktur. Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde üç ayrı görüşü tespit etmek mümkündür (10).

A. Tahkim Sözleşmesini Usul Hukukuna Dahil Eden Görüş (Kaza Teorisi)

Tahkim sözleşmesini usul hukuku sözleşmesi içine dahil eden bu görüş taraftarlarına göre Tahkim Sözleşmesi, taraflar arasında meydana gelmiş olan veya ileride doğması muhtemel ihtilafın aynen normal devlet mahkemelerinde hâkimin verdiği karara benzeyen bir kararla ortadan kaldırılmasını amaçlar. Onun içindir ki tahkime ait hükümler Medeni Usul Hukuku Kanunlarında yer almıştır. Esasen, işlevi itibariyle tahkim, devlet yargısı yanında özel bir yargıdır. Bu yargıda, yargılamayı yapan tek hakem veya 3 hakemden kurulu hakem heyeti normal devlet mahkemesinin yerini alır. Devlet mahkemelerinde hâkimin reddi, azli, sorumlulukları gibi hususlara ilişkin usul hükümleri aynen hakemler için de geçerlidir (11). Hatta bazı ülkelerin usul kanunlarında yer alan «tahkim» de hakem heyeti yerine «hakem mahkemesi = Tribunal arbitral = arbitration Tribunal» deyimleri kullanılmaktadır (12). İşte, hakemlerin usul kanunundan aldıkları yetkiye istinaden ihtilafı çözümleyen kararları, tıpkı mahkeme kararları gibidir. O nedenle, hakem kararları aleyhine ancak mahkeme kararlarında olduğu gibi kanun yollarına başvurulabilir. Onaylanmasından sonra da kesin hüküm niteliğini kazanır.

Bu durum milletlerarası alanda da aynıdır. Herhangi bir devletin yargı yetkisi o devletin ülkesi ile sınırlıdır. Hakem kararları da verildikleri ülke içinde geçerlidir. Bu bakımdan, aynı mahkeme kararlarında olduğu gibi hakem kararları da yerli ve yabancı hakem kararları şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Yabancı hakem kararları da verildikleri ülke dışında ancak yabancı bir mahkeme kararının tabi tutulduğu şekil ve şartlar altında infazları talep edilebilir (13).

---

(10) **NOMER, E.** : age., sh. 442.

(11) **KALPSÜZ, T.** : age., sh. 605.

(12) Code de Procedure Civil Français Reglement de la Cour d'Arbitrage.

(13) **KALPSÜZ, T.** : age., sh. 605.

B. Tahkim Sözleşmesini Borçlar Kanununa Dahil Eden Görüş (Akit Teorisi)

Bizim de katıldığımız bu teori taraftarlarına göre tahkim sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesi ile meydana gelen bir Borçlar Hukuku sözleşmesidir. Tahkime ait hükümlerin usul kanunlarında yer almış olması onun Borçlar Hukukuna ilişkin sözleşme niteliğini etkilemez. Nitekim, taraflar iradenin muhtariyeti prensibi dahilinde tahkim sözleşmesini veya şartını yaparlar ve uygulanacak hükümleri kendileri tespit ederler. Başka bir deyişle hakemler tarafların tespit edip anlaştıkları hükümlere göre karar verirler.

Tahkim sözleşmesinin akdi niteliği dolayısiyle verilen hakem kararı kesin hüküm teşkil etmez. Hakem kararı verildikten sonra da taraflarca her zaman ortadan kaldırılabilir.

Diğer yandan, hakemlerin sorumlulukları Borçlar Hukuku esaslarına göre tayin edilir.

Bu teoriye göre, bir satış akdi nasıl yerli ve yabancı diye nitelendirilemiyorsa, akdi nitelik taşıyan hakem kararlarının da yerli ve yabancı kararlar olarak nitelendirilmesi doğru olmaz. O halde, tüm hakem kararları aynı merci tarafından ve aynı ölçüde incelenmeli ve denetime tabi tutulmalıdır. Bu kararların hiçbiri yabancı bir devlet mahkemesi kararı gibi muamele görmemelidir (14).

C. Tahkim Sözleşmesini (Sui Generis) Veya (Muhtelit = Karma) Bir Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş

Bu görüş taraftarlarına göre tahkim sözleşmesi tarafların serbest iradelerinin birleşmesi ile meydana gelir, sonra da usul hukukunun böyle bir sözleşmeye yüklediği sonuçları doğurur. Bu sonuçlar ise tamamen kazaidir diyen bir görüş de mevcuttur. Görülüyor ki bu teoriyi savunanlar kaza teorisinin vardığı sonuçları benimsemektedir.

Tahkim sözleşmesini usul hukukuna ait bir sözleşme olarak nitelemek, bu sözleşmenin geçerliliğini ve hükümlerini, usulün (lex fori) hâkimin hukuku prensibine tabi olması gereğince, mahkeme hukukuna bağlama sonucuna götürür. Hangi normal mahkemenin tahkimi hükme bağlayacağı önceden bilinemediğinden mahkeme hukukunun önceden tayin edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durum ise tahkimi belirsizliğe ve tesadüfi sonuçlara götürür (15). Böyle bir sonuç ise milletlerarası ticaretin çabukluk ve belirginlik amacına ters düşer.

---

(14) **KALPSÜZ**, T. : age., sh. 604.
(15) **NOMER**, E. : age., sh. 443.

Bu durum karşısında, milletlerarası alanda tahkim anlaşmasının maddi hukuk niteliğini ön plana çıkarmak ve usul hukuku niteliğini arka plana itmek daha uygun olur. Bu sayede, taraflar aralarındaki ilişkileri düzenleyecek olan hukuku serbestçe seçme imkanına kavuşmuş olurlar. Böylece tahkim sözleşmesinin maddi hukuk niteliği ön plana geçince tahkim sözleşmesi tarafların tayin ettiği hukuka tabi olur (16). Zaten böyle bir kural, 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (m. V 1a) ve 1961 Cenevre Sözleşmesinin (m. VI 2a) hükümlerine uygundur.

D. Tahkim Sözleşmesini Bağımsız Bir Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş

Bu görüş, ilkönce 1965 yılında Madam Rubellion-Devichi tarafından ortaya atılmıştır. Bu görüşe göre, milletlerarası tahkim, otonom bir hukuki niteliğe sahiptir. Onun hukuki niteliği müessesenin doğma ve gelişmesine, sosyal amaç ve fonksiyonuna, faydasına ve kullanım alanına bakılarak gerçekçi bir biçimde belirlenmelidir (17). Bu görüş 1967 yılında Prof. Pierre LALIVE tarafından verilen seri konferanslarda da benimsenmiş ve dile getirilmiştir (18).

Bu görüş sahiplerine göre ulaşılan sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

1. Milletlerarası Ticari tahkim müessese olarak, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarından doğmuş ve gelişmiştir. Bu nedenle bu müessesenin hukuki niteliğini ve tabi tutulacağı hukuku tespit ederken ona varlık veren sebebi ve konusunu oluşturan ilişkilerin sosyo-ekonomik özelliklerini dikkate almak gerekir. Çünkü, milletlerarası tahkim, hukuki yapısı ve özellikleri itibariyle mahalli tahkimden farklı unsurlar içermektedir (19).

2. Milletlerarası ticari tahkimin konusunu oluşturan temel ilişki milletlerarası bir olgudur. Onun için tarafların tahkimi düzenlemedeki irade serbestisi, milletlerarası ticari düzenin temel normları ile, başka bir deyimle «milletlerarası kamu düzeni» ile sınırlı olmalıdır.

3. Tarafların irade serbestileri, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düştüğü için doğmuş ve geliştirilmiştir. Bu serbesti ihtilafın esasına uygulanacak hukuku da kapsar (20).

IV — TAHKİM SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. GENEL

(16) **NOMER, E.**: age., sh. 443.
(17) **ŞANLI, C.**: age., sh. 48.
(18) **LALIVE, P.**: Arbitral International Commercial, sh. 585-586.
(19) **ŞANLI, C.**: age., sh. 49; **LALIVE, P.**: age., sh. 586.
(20) **ŞANLI, C.**: age., sh. 50.

Tahkim sözleşmesini yapanlar âkit taraflardır. O halde, âkit taraflar bu sözleşmenin hangi usul ve maddi hukuk yönünden hangi hukuka tabi olacağını da, kanunların iradenin muhtariyetine tanıdığı çerçeve içinde kalmak üzere serbestçe kararlaştırabilirler.

Burada irade muhtariyetinin kapsamı ve uygulanacak hukukun seçimi üzerinde biraz açıklama yapmanın faydalı olacağı inancındayım. Özel hukuk, kişiye verdiği değerdeki inançsal eğilim ile hareket ederek iradeye, hukuk normlarını yaratan bir yetki tanımaktadır. Hukuk süjelerinin hukuk normlarını yaratma yeteneğine «iradenin muhtariyeti» diyoruz (21). Borçlar hukuku alanında ise bu akit serbestisi adını almaktadır (22). Bu özgürlük özel hukukumuzun esaslı bir kısmı, şahsiyetin serbest gelişimi ve serbest ekonominin kurulmasının vazgeçilmez bir şartıdır. Özel maddi hukuk mevzuatımız, kişinin özgürlüğü ilkesine dayandığından bu ilkeden sarfınazar edilemez. Ancak milletlerarası özel hukuk görüşü açısından baktığımızda aynı şeyi söyleyemeyiz. Milletlerarası özel hukukta hukuk süjelerinin muhtariyeti dediğimiz zaman uygulanan bir hukukun serbest seçimi «La professio juris» dediğimiz hukuk seçimini anlarız (23).

Eğer maddi özel hukuk ve milletlerarası özel hukukta, taraflara tanınan serbestliğin kapsamını karşılaştıracak olursak bunların aynı olduğu söylenemez. Burada birbirine paralellik arzeden iki uygulama vardır. Bunun sebebi şudur: Özel hukukta tanınan muhtariyet, mevzuatla temin edilen bir hukuki çerçevenin kapsamındaki somut çözümleri tarafların seçmesini sağlama amacını taşır. Halbuki milletlerarası özel hukuk, yarışma halinde olan kanunlardan bu çerçeveyi temin edecek kanunu tayin etme amacını taşır (24).

Özellikle tahkim sözleşmesine uygulanacak usul hukuku ve esas hukuku dikkate alarak bunları milletlerarası özel hukuk menfaatleri yani Kegel'e göre sıralanan :

1) Taraf menfaati,
2) İşlem menfaati,
3) Düzen menfaati,
4) Maddi hukuk menfaati,

---

(21) **Hanz Merz**, Privatautonomie heurte -Grundsatz und Rechts 1 irklichkeit. Schriftenreihe der juristichen Studiengesell- schaft Karlsruhe, Helf 95 (Karlsruha 1970).

(22) **OFTINGER**, K. : Die Vertragsfreinheit, Festgibe Zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung (Zurich 1948) 355 ss. (Avec un bibliographie abondante).

(23) **KELLER**, M. / **SCHLAEPFER**, A. : age., sh. 6.

(24) **KELLER**, M. / **SCHLAEPFER**, A. : age., sh. 6.

5) Devlet menfaati bakımından değerlendirmeye tabi tutarsak şu müşahadelere ve sonuçlara varırız.

1) **Taraf menfaati yönünden** : Milletlerarası ticari işlemlerde tahkim sözleşmesine taraflar içinde yaşadıkları, ona uyarak hareket ettikleri, bildikleri ve güvendikleri hukuka milletlerarası tahkim sözleşmesini tabi tutmaları taraf menfaatine daha uygun düşer. Bu hukuk milli hukuku, ikametgah hukuku, mutad mesken hukuku olabilir. Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Onun için diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi burada uygulanacak hukukun seçiminde taraf iradesi hakimdir. Binnetice, taraflar BK.nun 19 ve 20. maddelerinin tanıdığı sınırlar içinde hareket ederek ve kamu düzenini de dikkate alarak tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku serbestçe seçebilirler. Böyle bir seçim tahkimin temelinde yatan ana ilkeye de uygundur. Zira taraflar, tahkime giderken zaten kendi irade özgürlüklerine dayanarak normal mahkemelerin yetkisini bertaraf etmiş ve aralarında çıkan veya çıkması muhtemel ihtilafın çözümünü kendi seçtikleri hakemlere bırakmışlardır. Bu irade muhtariyetini biraz daha genişleterek tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku da kendilerinin seçmesi kadar doğal bir şey olamaz. Bu seçim milletlerarası hukukun izlediği taraf menfaatine de uygundur.

2) **İşlem menfaati yönünden** : Tarafların yapacakları hukuki işlemin güvenilir, açık ve kolay olması işlem menfaati için gereklidir. Bu bakımdan milletlerarası tahkim sözleşmesinin tabi olacağı hukuku tarafların seçmesi doğaldır. Ancak zaten tarafların işlemin güvenliği için bildikleri ve güvendikleri hukuku seçecekleri kuşku götürmez. Eğer taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse bu takdirde tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmek hakemlere düşer. Hakemler de elbette kendilerinin aşina oldukları hukuk dururken, bilmedikleri bir hukuku seçmezler. Bildikleri hukukun seçimi ise işlem güvenliğinin sağlanmasında önemli rol oynar.

3) **Düzen menfaati yönünden** : Kegel'e göre milletlerarası özel hukukta düzen menfaati iç ve dış kurallar arasında uyum ve düzene ilişkin diğer menfaatlerdir. Milletlerarası tahkim yabancı unsurlu ilişkileri içerir. Tahkime uygulanacak hukukun seçiminde tarafların eğer taraflar bu hukuku seçmedilerse hakemlerin uygulanacak hukuku seçerken dikkatli davranmaları gerekir. Çünkü uygulanacak hukukta norm yokluğu bulunabilir, yahut iki hukuk düzeni aynı konuyu farklı düzenlemişse norm çokluğu veya norm çelişkisi meydana gelebilir. Bunların uygulanması sonucu her egemen devlette ayrı düzenlemeler gereği farklı bağlama kurallarının ve farklı maddi hukuk kurallarının uygulanması sonucu, aynı hukuki iş-

lem bir devlette geçerli bir diğerinde geçersiz sayılabilir. Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku seçerken bu hususlara dikkat etmeleri gerekir. Esasen, hakem kararının tenfiz edileceği yer hukukuna ters düşmeyen işlemlerin yapılmasını sağlayacak hukukun seçimi önemlidir. İç ve dış kararlar arasında uyum ve düzen menfaati yerinde bir hukuk seçimi ile sağlanır.

Bu çeşit uyumsuzluklar Locus Regit Actum (LRA) (işlemin yapıldığı yer), Lex Loci delicti (haksız fiilin ika yeri hukuku), Lex rei sitae (malın bulunduğu yer hukuku) gibi genel kuralların milletlerarası tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun seçiminde dikkate alınması ile önlenebilir.

4) **Maddi hukuk menfaati yönünden** : Bazen tarafların veya hakemlerin seçtikleri hukuk kararın tenfiz edileceği yer hukukuna açıkça aykırı olabilir. Bu takdirde kararın tenfizi istendiği zaman tenfizin istendiği ülkenin kamu düzenini açıkça ihlal sözkonusu olabilir. Bu takdirde tenfiz reddedileceğinden hakem kararından beklenen netice hasıl olmaz. Nitekim, MÖH-UK madde 45 b,f,g,i, bentlerinden yabancı hakem kararının tenfizinde bu nev'i riskler mevcuttur. Onun için tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun seçiminde bu hususları da göz önüne almak gerekir.

5) **Devlet menfaati yönünden** : Devletler Borçlar Hukuku alanındaki akit serbestisi kuralını kamu menfaati mülahazası ile sınırlandırabilir. Örneğin, ithalata-ihracata yasak koyabilir. Döviz-kambiyo alanında sınırlayıcı hükümler getirebilir. Bu kısıtlamalar o devletin menfaatine hizmet etmeye yöneliktir. Bazı ülkelerde bu kısıtlamalar doğrudan doğruya uygulanan hukuk kuralları ile daha da ileri gidebilir. İşte tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun seçiminde uygulamada çıkabilecek bu tür engelleri dikkate almak gerekir. Aksi takdirde tahkimden beklenen amacı baştan itibaren çıkmaza sokmuş oluruz.

Diğer yandan, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun kapsamına gelince;

Özellikle bu kapsam medeni kanun hükümlerini içerir. Zira doktrinde de kabul edildiğine göre tahkimin içeriği de sözleşme hukukuna dayanır. Tahkim davasının görülmesi esnasında meydana gelen tüm problemler tahkime uygulanacak kanun ile çözümlenir. Öncelikle uygulanacak hukukun kapsamı değişik faktörlerden etkilenebilir. Bu faktörler şunlardır :

— Yetki kuralları,
— Hâkimlerin yetkisi,
— Kamu düzeni,
— Hakemin kendi hukukunu uygulama eğilimi,

— Tahkim mahallinin kanununun müdahalesi,

— Hakem Mahkemesinin teşkiline hâkimin müdahalesini isteme,

— Hakem kararlarının tenfizini yapacak ülkenin kanununun müdahalesi

Örneğin, tahkim sözleşmesine uygulanacak kanun belli olunca bu kanuna bağlanma kaçınılmazdır. Ancak tahkim mahalli belli değilse bu kanunun uygulanması kapsama etkili olacaktır. Genelde tahkim mahalli için tahkim sözleşmeleri sessiz kalmayı tercih ederler. Çünkü taraflar başlangıçta tahkim yerinin tespiti hususunda endişe etmeyebilirler. Bazen bu tahkim yerinin hakemlerce kararlaştırılmasının daha uygun olacağını düşünebilirler. Zira, hangi malın ve malzemenin nerede ihtilafa konu teşkil edebileceği hususunu tahkim şartında öngörmek olanağı zayıftır hatta yoktur.

Buna mukabil tahkimi belli bir devletin kanununa tabi tutmak düşünülebilir. Bu da tahkimin cereyan ettiği devletin kanunu olabilir. O takdirde kapsam geniş olarak uygulanır. Zira mahkemelerin de müdahalesi halinde tahkimin gözetimi ve rü'yeti daha dikkatli olur.

Fakat uygulanacak kanunun kapsamı millî bir plân dahilinde veya milletlerarası sözleşmeler yolu ile kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmedikçe uygulanacak kanunun kapsamı daima yukarıda sayılan faktörlerle az veya çok değişebilecektir.

Herşeyden önce Borçlar Hukukunda kişi özgürlüğü ile devlet yetkisi arasındaki çatışma tarafların muhtariyetini tespit edecek sınır sorunları üzerine yansır (25).

Taraflara tanınan özgürlüğün niteliğinden gelen bu sınırlara, kamu menfaati dolayısıyla özel hukuk ilişkilerinde müdahalede bulunan bazı yasal kuralların takyitleri de eklenmektedir. Bunlar (sosyal veya ekonomik politika veya devletin savunma politikası) gibi hususlarda iş akdi, kira sözleşmesi, döviz ve altın şartı gibi hususlardan doğan sınırlamalardır (26).

Diğer yandan, hâkimler, hakemler veya diğer şahıslar «tahkime uygulanacak hukuk»tan bahsettikleri zaman her zaman aynı şeyden söz ettikleri söylenemez. Bu deyim genelde üç sorunu içine alacak şekilde kullanılabilir : 1) Tahkime uygulanacak usul hukuku, 2) Tahkime uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralı, 3) Tahkime uygulanacak maddî hukuk.

---

(25) Revue de l'Arbitrage Paris 1974, p. 67 ss.
(26) **KELLER**, M. / **SCHLAEPFER**, A. : age., sh. 12.

1) Tahkime uygulanacak usul hukuku

Genel olarak, milletlerarası ticarî tahkimde uygulanacak usul hukuku üzerinde taraflara geniş bir seçme özgürlüğü tanınmıştır. Bu özgürlük uyarınca hakemlerin tahkimde uygulayacakları usul hukuku taraflarca seçilip tespit edilmektedir. ICC tahkim tüzüğünün 11. maddesinde de bu hususta bir hüküm vardır. Bu maddeye göre tahkime uygulanacak usul hukukunu seçme hakkı taraflara aittir. Fakat taraflar bu hususta sessiz kalmışlarsa bu takdirde uygulanacak usul hukukunu hakemler seçerler (27).

2) Tahkime uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralı

Bu konuda genel uygulama Hakem Mahkemesinin bulunduğu yer kanununun yani lex fori'nin uygulanması yönündedir. Yalnız bu yol milletlerarası tahkimde uygulanan yollardan sadece biridir. Çünkü, bazen mukayeseli kanunlar ihtilafınca belirlenen ihtilaf kuralının uygulanması daha uygun çözüm getirebilir. Bazen de hakemlerin buldukları usul lex fori'nin uygulanmasından daha hakkaniyetli sonuçlara götürebilir. Herşeyden önce, en azından sözleşmenin dolaylı olarak işaret ettiği hususlardan hareketle veya âkit tarafların menfaatine ve sözleşmenin ifasına, en uygun düşen kanunlar ihtilafı kuralının bulunması için tüm gayretler gösterilmelidir (28).

3) Tahkime uygulanacak maddî hukuk

Âkit taraflarca uygulanacak hukukun seçilmesi durumunda, hakemler ihtilâfın çözümünde bu hukuku uygulama durumundadırlar. Âkit taraflardan birinin hükmî şahsiyeti haiz olsun veya olmasın kamu kuruluşu olması halinde esasa uygulanacak yabancı hukukun seçimi zorlaşmaktadır. Taraflarca uygulanacak maddî hukuk hususunda sessiz kalınmış olması halinde, hakemler uygulanacak maddî hukuku sözleşmenin bazı hükümlerine veya belirli millî hukukun sözleşme müzakerelerine uygulanması sonucu çıkarabilirler. Böyle bir durum âkit tarafların özel hukuk tüzel kişisi olması halinde de görülebilir.

Bu konuda yapılan bir araştırmaya göre taraflardan birinin kamu kuruluşu diğerinin özel hukuk tüzel kişisi olması durumunda aralarında yapılan tahkim sözleşmelerinde seçilen hukukun şu kategorilere girdiği görülmüştür (29) :

1. Devlete ait tüzel kişinin millî hukuku,
2. Özel hukuk tüzel kişisinin bağlı olduğu ülkenin millî hukuku,

---

(27) **BÖCKSTIEGEL**, K.H. : age., sh. 25.
(28) **BÖCKSTIEGEL**, K.H. : age., sh. 27.
(29) **BÖCKSTIEGEL**, K.H. : age., sh. 29.

3. Üçüncü bir ülkenin millî hukuku,
4. Millî hukukun her iki sistemi,
5. Millî hukuk ve ona ilaveten «hakkaniyet ve iyiniyet kuralı».
6. Hukukun ve adaletin genel kuralları ile kombine edilmiş millî hukuk,
7. Gerek açık gerekse örtülü milletlerarası kamu hukuku,
8. Âkit tarafların millî hukuk sistemlerinde müşterek olan kamu ilkeleri,
9. Medenî ülkelerce tanınmış hukuk ilkeleri,
10. Sözleşmenin kendisi ve buna ilaveten bona fides (iyiniyet kuralı),
11. Herhangi belirli bir hukuk sistemine girmeyen hukukî ilkeler veya hukukî ilkeler kombinasyonu,
12. Hakemlere bizzat «amiable compositeur» gibi hareket etme ve «ex acquo et bono» ya göre karar verme.

B. UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA TESPİTİ

1) Tahkim sözleşmesinin muteberiyetine uygulanacak hukuk

a) Taraf ehliyeti

Tarafların tahkim anlaşması yapaiblme ehliyetleri tarafların şahsî kanununa tabidir. Bu hususta gerek Cenevre Protokolunda gerekse Cenevre Sözleşmesinde herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen ehliyetin tarafların şahsî kanununa tabi olacağı hususu kuşku götürmez. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesinin V/1a maddesinde ve 21.4.1961 tarihli «Milletlerarası Ticarî Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi haklarında tatbiki gereken kanun» deyimi ile (md. VI-2) hükmüyle bu hususu teyit etmektedir. Bu arada zikretmek gerekir ki şahsî kanun millî kanunlara göre ya şahsın millî kanunu veya ikametgah kanunu olabilmektedir (30).

b) Şekil

Tahkim sözleşmesinin şekli hakkında Cenevre Protokolunda ve Cenevre Sözleşmesinde hüküm yoktur. Ancak böyle bir durum tahkim sözleşmesinde şeklin önemli olmadığını göstermez. Nitekim Cenevre Sözleşmesinin ihtisas komisyonunda Anzilotti, tahkim sözleşmesinin yazılı şekle bağlı olup olmayacağı hususunda Locus Regit Actum (LRA) «hukukî

(30) **NOMER**, E.: Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, sh. 504.

muamelelerin şekil yönünden yapıldığı yer kanununa tabi olmaları» ilkesine göre karar verileceğini söylemiştir. Bazı komisyon üyeleri ise protokolun sadece yazılı tahkim sözleşmeleriyle ilgili olduğunu belirtmişlerdir. Şekil serbestliğinden söz edilmemişti.

Avrupa sözleşmesinde ise tahkim sözleşmesinde «yazılı şekil» esas alınmıştır. Bu sözleşmeye göre tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin içinde yer alan «tahkim şartı» şeklinde ve esas sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak tarafların imzaladığı «tahkimname» şeklinde olur. Ayrıca, bu konuda birbirlerine gönderdikleri mektup, telgraf yahut teleks (31) veya telefax metninde bulunması gerekir (Birleşmiş Milletler Sözleşmesi II/1 ve 2; Avrupa Sözleşmesi md. 1/2-a).

2) Tahkim sözleşmesinin konusuna ilişkin ihtilafa uygulanacak hukuk

İhtilaf konusunun tahkime elverişli olup olmadığının hangi hukuka göre tayin edileceği hususu tartışmalıdır. Bununla birlikte bu konuda en uygun olan, tahkime elverişliliği de tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuka bağlama şeklinde tezahür etmektedir (32).

C. UYGULANACAK HUKUKUN HAKEMLERCE TESPİTİ

Milletlerarası karakterli sözleşmelerde, ihtilafların halli için tarafların açık bir hukuk seçimi yapmaları arzu edilen bir husustur. Bu sayede taraflar arasındaki akdî ilişkiler belirli hale gelir ve âkitler arasındaki ilişkiler yönünden güven ve istikrar oluşur. Ayrıca uygulanacak hukuk seçiminin yapılmış olması ihtilaf halinde hakemlere kolaylık sağlar. Ancak, taraflar arasında esas sözleşme yapıldığı zaman, tahkim sözleşmesinin yapılması çoğu kez bilinçli veya bilinçsiz olarak gözardı edilir veya bu konu tali nitelikte bırakılır.

Diğer yandan, bazı milletlerarası karakterli akitlerde taraflar bazen bilerek ve isteyerek ihtilafların herhangi bir hukuka tabi tutulmasından kaçınırlar. İhtilaf çıkmasını önlemek için ise esas sözleşmeyi son derece ayrıntılı olarak kaleme alırlar, böylece ihtilafın çıkmasını önlemeye çalışırlar. Buna rağmen ihtilaf çıktığı zaman da bu ihtilafın çözümü için uygulanacak hukukun tecrübeli milletlerarası hakemler tarafından tespit edilmek suretiyle sözleşme hükümlerine, sözleşmenin ruhuna ve sözleşmenin bağlı olduğu ticarî alanda hâkim olan teamüllere, iyiniyete ve sağ duyuya uygun olarak karara bağlanacağına inanırlar.

---

(31) **NOMER**, E.: Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, sh. 506.
(32) **NOMER**, E.: age., sh. 443.

Esasen milletlerarası ticarî tahkim, doktrin ve mahkeme içtihatlarında uygulanacak hukukun hakemlerce tespitinde öngörülen çeşitli çözüm ve öneriler vardır. Bunları iki kategoriye ayırarak sunmak mümkündür. Birincisi, hakemlerin «millî» veya «millî olmayan» bir kanunlar ihtilâfı kuralını kullanmaları; ikincisi ise, doğrudan doğruya hakemlerce maddî hukuk normlarının kullanılmasıdır.

Hakemlerin milletlerarası tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmeleri bu hukukun taraflarca açık veya örtülü olarak seçilmediği durumlarda olur. Bu durumda hakemler tahkim yeri veya merkezinin, yahutta tahkim prosedürünü yöneten hukukun veya akdin en sıkı irtibat halinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı sistemini uygularlar (33).

V — HAKEMLERİN ÖNGÖRDÜĞÜ MADDÎ HUKUK

İradenin muhtariyeti prensibine göre esas olan ihtilaf konusuna uygulanacak hukuku seçme taraflara ait bir husustur. Ancak, taraflarca böyle bir seçim yapılmamış yani taraflar seçme hakkını kullanmamış iseler akitler alanındaki milletlerarası özel hukuk ilkeleri geçerli olur (34).

VI — HAKEMLERİN UYGULAYACAKLARI USUL HUKUKU

Taraflar veya onların iradelerine uygun olarak hakem mahkemesi uygulanacak usul bakımından kendilerini, seçtikleri bir hukuk düzenine tabi tutabilirler. Tarafların bu hususta bir anlaşması yoksa, tahkim usulünün cereyan ettiği yer hukuku uygulanacak usule hâkim olur (35).

VII — MİLLETLERARASI TAHKİMDE AVRUPA ÜLKELERİNDE UYGULANAN HUKUK

AVUSTURYA (36)

1. Usule Uygulanacak Hukuk

1) Uygulanacak usulü tespitte tarafların ve hakemlerin serbestisi

Hakemlerce uygulanacak kuralların ve usullerin seçiminde taraflar serbesttirler. Müesseseleşmiş tahkimde ve ad hoc tahkimde özel hükümleri kullanmak gereği vardır. Avusturya'da ICC, Avrupa Ekonomik Komisyonu ve Milletlerarası Ticarete ilişkin Birleşmiş Milletler Konferansının özel kuralları sık sık uygulanır. Bu hususta, pratik olarak hiç bir problem yoktur. Eğer ad hoc tahkim söz konusu ise, taraflarca kararlaştırılan hükümler, yoksa uygulanacak usul hukuku hükümlerinin seçimi hakemlerce

(33) **ŞANLI**, C. : age., sh. 217-218.
(34) **NOMER**, E. : age., sh. 445.
(35) **NOMER**, E. : age., sh. 444.
(36) CCI. Le droit de l'arbitrage on Europe, sh. 19.

yapılır. Hakemler bu seçimde tamamen serbest hareket ederler. Dikkat edecekleri husus Avusturya kanununun âmir hükümlerine aykırı davranmamalarıdır.

2) Tahkim usulünün cereyan ettiği yer, usule uygulanacak kanunun seçimini nasıl belirler?

Yukarıda gördüğümüz gibi taraflar hiç bir şey zikretmedilerse hakemler tahkime uygulanacak usulün seçiminde tamamen serbesttirler. Tahkim mahalli olarak Avusturya'nın seçilmiş olması tahkime Avusturya usulünün uygulanmasını gerektirmez. Bununla birlikte, eğer hakemler hakem kararını verirken Avusturya Milletlerarası Özel Hukuku Kurallarına (Kanunlar İhtilafı Kurallarına) ilgide bulunurlarsa, bu durumda söz konusu sözleşmenin tenfizinde en yakın ülkenin hukuk kuralları uygulanır.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Tarafların ve Hakemlerin Serbestisi

Usule ait söylenenlerin tümü aynı şekilde ihtilafın esası için de geçerlidir. Taraflar ihtilafın esasına uygulanacak kanunun seçiminde de serbesttirler. Hatta, Federal Ticaret Odası Tahkim Merkezinin Kuralları, hakemlerin taraflarca tayin edilen hukuku uygulamak zorunda olduğunu öngörmektedir.

Eğer taraflar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku tayin etmedi iseler, en uygun kanunlar ihtilafı kurallarına istinat ederek onu tayin serbestçe hakemlerce yapılır. Eğer Avusturya hukuk kurallarını uygularlarsa, bu kurallar en yakın ülkenin kanununa ifanın tabi olmasını zorunlu kılar.

BELÇİKA (37)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Usul kuralları, Adlî Kanunun 1694. maddesiyle öngörülmüş olan Adlî Temsilcilik ve Savunma haklarına riayet etmek şartıyla taraflarca serbestçe tayin edilirler.

Eğer taraflar ilk hakemin görevi kabul etmesi zamanına kadar iradelerini ızhar etmediler ise hakemler takip edecekleri usulü bizzat kendileri tayin ederler.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Esasa uygulanacak hukuku taraflar tayin ederler. Onu açıkça tayin etmedi iseler hakemler özellikle kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak suretiyle taraf iradelerini araştıracaklardır.

---

(37) CCI. Le droit de l'arbitrage en Europe sh. 34.

İSVİÇRE (38)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

1. Bağlama kuralı

Usule uygulanabilir kanunu tayin etmek için, bu kanunun uygulanabilirliğini tayin eden ihtilaf kuralını tespit etmek gerekir.

İsviçre, Tahkim Şartlarına ilişkin 1923 Cenevre Protokolu ile Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine ilişkin 1927 Sözleşmesi ile ve 1923 protokolunu ve 1927 Cenevre Sözleşmesini kaldıran (1958 sözleşmesinin VII. maddesi) Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 1958 sözleşmesi ile bağlıdır.

İsviçre içtihadı bu sözleşmelerin uygulanması döneminde bu sözleşmelere sık sık atıfta bulunuyordu.

1923 Protokolunun 2. maddesi hükümlerine göre Hakem Mahkemesinin teşkili dahil tahkim usulü, tarafların iradesi ve tahkimin görüldüğü ülkenin kanunu ile belirlenir.

Bu kuralın, tahkimin kanununu belirleyen gerçek bağlama kuralı olup olmadığı hususu ise doktrinde ihtilaflıdır (Bkz. F. E. KLEIN, Zum Begriff des Internationalen Schiedsverfahrens, in: Festgabe Zum Schweizerischen Juristentag 1963, Bale 1963, p. 145 ss., p. 148-149; aynı yazar l'Arbitrage International de droit privé, ASDİ 1963, p. 41 ss., p. 44-45); Tahkim kanununun tayinine protokolun 2. maddesinin uygulanmasını tüm doktrin kabul etmemektedir (F.E. KLEIN, Zum Begriff yukarıda zikredilen sh. 148-149; aynı yazar, Internationale Schiedsverfahren und Nationale Rechtsardnungen, ASDİ 1967, p. 87 ss., p. 107, p. 109-110, not 54).

Eğer protokolun 2. maddesinin bir ihtilaf kuralı olduğunu kabul etsek bile, tarafların iradesine dönen role gelince bir fikir ayrılığı müşahade edilmektedir. (F.E. KLEIN, l'Arbitrage International de droit privé, yukarıda sh. 45 Guldener ve Schnitzer, aynı yazar, Internationale Schiedsverfahren und Nationale Rechtsordnungen, yukarıda zikredilen sh. 108).

2. Tarafların özgürlüğü

Evvelce zikredilen hükümler bununla birlikte tarafların iradesini saklı tutar :

1923 tarihli Protokolun 2/1. maddesi, 1958 tarihli sözleşmenin V a, d ve e paragrafları ve nihayet 1961 tarihli Cenevre Anlaşmasının IV. mad-

(38) CCI. Le droit de l'arbitrage en Europe, sh. 52 ve devamı.

desinin 1, d, (iii) fıkraları (ki buna İsviçre katılmamıştır). Bu sonuncu sözleşme çok geniş bir şekilde özgürlük ilkesine yer vermiştir.

Federal Mahkemenin içtihadına ve kanton içtihatlarına göre, tahkim yerinin seçimi yolu ile tahkim kanununu dolaylı olarak seçme hakkına sahip olduklarını tespite müsait değildir.

3. Sentez

İsviçre Federal Mahkemesinin İçtihadı hakkında F. E. KLEIN'in vardığı sonuçları burada şöylece sıralayabiliriz :

«1. Resmî tahkim hususunda, ilke olarak uygulanan hukuk, Hakem Mahkemesinin yönetim yerinin medenî usul kanunudur.

2. Bununla birlikte, eğer sorun milletlerarası planda ise :

a) Resmî tahkimin bağlama kuralı farklı olabilir ve taraflarca açıkça ifade edilen iradeyi takip edebilir;

b) Taraflar kamu düzeni veya uygulanan hukuk hükümleri saklı kalmak üzere, ondan istedikleri gibi ayrılabilirler.

c) Taraflar resmî tüm kuralları, ekarte edebilir ve sözleşmeye dayanan serbest bir hakeme başvurabilirler.»

Gittikçe taraflara büyük bir serbestlik tanıma eğilimi vardır. İsviçre hukukunda bu gelişmenin başka bir sebebi de kantonlararası usuller arasında mevcut olan farklılıktır (Bugün bu fark artık CIA nedeniyle asgariye inmiştir). İsviçre hâkimi kanton usul hukukunun ihlâl edildiği hususunu yabancılar arasındaki tahkimde tek sebeple bir hakem kararının tanınmasını reddetmede tereddüt etmektedir (F. E. KLEIN, Zum Begriff... yukarıda zikredilen sh. 155).

4. Tahkim kanununun uygulama alanı

«Tahkim Kanunu» deyimi aynı zamanda tahkim sözleşmesini taraflar ve hakemler arasındaki ilişkileri, tahkim usulünü ve hakem kararını içerir (F.E. KLEIN, l'Arbitrage International de droit privé, yukarıda zikredilen sh. 42).

Federal Mahkeme (Goldschmit c. Arn) davasında daha önce tahkim yeri kanunu sadece tahkim sözleşmesine değil, tahkimin tümüne uygulanır demiştir (JdT 1932 I 444).

«Tahkim sözleşmesi ile, hakemlerin kısaca tahkim usulü ve hakem kararı arasında mevcut olan sıkı bağlar nedeniyle, bu çeşitli muamelelerin aynı kanun tarafından idare edildiğini kabul etmek gerekir» (F.E. KLEIN, l'Arbitrage International de droit privé, yukarıda zikredilen sh. 47 not 18).

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

1. Tarafların ve hakemlerin serbestisi

— Taraflar sözleşmelerine uygulanacak maddî hukuku kararlaştırabilirler fakat milletlerarası özel hukuk problemi tamamiyle halledilmiş değildir. Çünkü bu seçimin sınırları, kullanılması ve geçerlilik şartları milletlerarası özel hukuk millî sistemlerine göre değişebilir. O halde, «for» dan bahsetmeyen milletlerarası hakem sistemi nedir? Çözüm henüz ihtilaflıdır.

Eğer taraflar seçmişler ise, taraflarca seçilen kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak tavsiye edilmiştir. Bu fikir bazen tahkim pratiğinde izlenen bir yoldur (P. LALIVE, İsviçre'de görülen milletlerarası tahkimle ihtilafın esasına uygulanmış kanunlar ihtilafı kuralları. Tahkim Dergisi, 1976, sh. 155 vd. sh. 167). Bu durumda, milletlerarası özel hukuk, özellikle, taraflarca seçilen sözleşmenin kanununun «sözleşme statüsü» gelmeyen tüm sorunlarına uygulanan hukuku tayin eder.

— Diğer bağlama kuralı: Tahkim yerinin milletlerarası hukukunun bağlama kuralıdır. Bu bağlama kuralı gerilemektedir. Ancak tali olarak uygulanabilir durumdadır (P. LALIVE, les Règles des Conflits des lois appliquées au fond du Litige ... zikredilen sh. 173) veya tahkim yeri tamamen tesadüfi değilse fakat ihtilafla objektif bağları var ise.

— Eğer taraflar hukuk seçimi yapmadılar ise ihtilafın esasına uygulanacak kanunu hakemler tespit ederler.

Pratikteki Etkiler

Uygulamada yeknesaklık yoktur; muhtelif metodlar uygulanmıştır. Esasa uygulanabilir hukukun tespiti, ihtilaf kuralının klasik metoduna göre bazen «doğrudan doğruya» bazen «dolaylı» dır. Uygulamada, beynelmilel hakemler çoğu kez «tahkim yeri» milletlerarası özel hukukunu takip etme mecburiyetinden ayrık oldukları kanaatindedirler. Bunlar, örneğin, milletlerarası özel hukukun genel kurallarından veya tarafların ihtilaf sistemlerinde müşterek olan kurallardan ilham alırlar. Doktrinin ve içtihadın bu modern eğilimi Cenevre Sözleşmesinin VII. maddesinde yansımıştır. Nihayet, davanın olaylarının özelliği dikkate alınarak tayin edilebilir (P. LALIVE, İhtilafın Esasına Uygulanmış Kanunlar İhtilafı Kuralları, yukarıda zikredilen sh. 180 vd.).

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki tahkim yeri olarak İsviçre'yi seçme, ne İsviçre kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını, ne de ihtilafın esasına İsviçre Kanununun uygulanmasını gerektirir.

FEDERAL ALMANYA (39)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Federal Almanya'nın tahkim yeri olarak seçilmiş olması bu tahkime Alman kanununun uygulanmasını gerektirmez. Taraflar başka bir kanunun uygulanmasını veya hakemlere uygulanacak hukuku seçmekte açık veya örtülü olarak yetki verebilirler.

2) Esasa uygulanacak hukuk

Tahkim yeri olarak Federal Almanya'nın seçilmesi ihtilafın esasına mutlaka Alman hukukunun uygulanmasını gerektirmez. Tarafların iradesinin ifadesi tüm diğer düşüncelerin üstüne çıkar.

Eğer taraflar uygulanacak kanunu belirtmezlerse ve diğer tüm belirtilerin yokluğu halinde ihtilafın esasına uygulanacak kanun, kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenir. Milletlerarası boyutlu ihtilaflarda, hakemler ihtilafın esasına uygulanacak kuralları seçmede büyük bir hareket serbestisine sahiptirler (özellikle hakemler milletlerarası ticaretin cari uygulamalarına ilgide bulunurlar).

DANİMARKA (40)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

İlke olarak Danimarka'da görülen hakem davaları Danimarka tahkim hukuku ile yönetilir. Fakat taraflar başka türlü de karar verebilir ve başka yabancı bir kanunun uygulanmasını kabul edebilirler.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Taraflar ihtilafın çözümüne uygulanacak ülke kanununu kararlaştırmak zorundadırlar, aksi takdirde sorun Danimarka milletlerarası özel hukukuna göre çözümlenir.

İSPANYA (41)

İspanya Medenî Kanununun 8. maddesinin 2. paragrafı yabancı bir ülkede yapılacak usul muamelelerine yapılan atıflara zarar vermeksizin İspanya sınırları içinde gerçekleşen usul muamelelerine sadece İspanya kanunlarının uygulanacağını hükme bağlamıştır.

Tahkimde, tartışmasız usule dahil bir çok işlemler vardır: Örneğin, taraflardan birinin seçmemesi halinde onun hakeminin hâkim tarafından

---

(39) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 87 vd.
(40) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 105-106.
(41) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 119-120.

tayini. Bu muameleler için mecburi olarak İspanya usul kanunları uygulanır.

Buna karşın, 1953 kanununun tüm unsurları tahkimin bir sözleşme müessesesi olduğunu kabul etmesi nedeniyle, tahkim adlî usul içinde çözümlenemez. Bu nedenle tahkim şekli, sözleşmelerin şekline uygulanan kanunla yönetilir. Böyle olmakla beraber, İspanya Medenî Kanununun 1. maddesi şu hükmü içerir: «Sözleşmelerin, vasiyetlerin ve diğer hukukî muamelelerin şekli ve resmîliği yapıldıkları yerin kanununa tabidir. Bununla birlikte, bu hukukî muameleler muhtevaya uygulanacak hukuka, vasiyet edenin şahsî kanununa veya tarafların müşterek kanunlarında öngörülen şekil ve resmiyete uygun olarak yapıldı ise aynı şekilde geçerlidir. Aynı şekilde gayrimenkullerin bulunduğu yerde şekle ve resmiyete uyan sözleşmeler de geçerlidir. Eğer, muamelelerin ve sözleşmelerin muhtevasını yöneten kanun onların geçerliliği için bir şekil ve resmiyet arıyorsa bu muameleler yabancı ülkede yapılmış olsalar bile bu hüküm uygulanır».

Bundan şu sonuç çıkarılabilir: Eğer tahkim İspanya'da cereyan ederse, İspanya kanununun hükümlerine riayet etmek gerekir. Ancak tahkim yabancı bir kanuna tabi tutulmuş ise bu kanunda öngörülen şekillere riayet etmek şartıyla yapılan tahkim şekilleri geçerlidir.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeye dayanan bir konu, dava ile bağlı olduğu ölçüde tarafların açıkça seçtiği kanuna tabidir; taraflar bir kanun seçmedilerse tarafların müşterek millî hukuku uygulanır: bu da yoksa müşterek ikametgah kanunu ve en nihayet, sözleşmenin yapıldığı yer kanunu uygulanır.

FİNLANDİYA (42)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Finlandiya hukuku, Finlandiya tahkim sözleşmesinin Finlandiya'da görülen tüm tahkim sözleşmelerine Finlandiya usulünün uygulanacağına dair hiçbir hüküm içermemektedir. Finlandiya tahkim sözleşmesi hükümlerinin çoğu âmir hüküm değildir. Tarafların usule uygulanacak hukuku yabancı bir hukuk olarak seçmeleri de pek uygun olmasa gerek. Âmir nitelikli hükümlerin de tahkim sözleşmesine daima uygulanacağını söylemek zordur. Çünkü kanun bu hususta sessiz kalmaktadır ve buna ilişkin emsal de yoktur.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

1. Tahkim yeri olarak Finlandiya'nın seçilmiş olması ihtilafın esa-

(42) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 131-132.

sına Finlandiya kanununun uygulanmasını gerektirmez. Genel olarak, tarafların sözleşmesine öncelik verilir.

2. Pratikteki Etki

Eğer taraflar hangi kanun ihtilafları kurallarının uygulanacağını belirtmediler ise muhtemelen esasa uygulanacak hukuk Finlandiya kanun ihtilafları kuralları ile belirlenir ve onu Finlandiya uyruklu bir hakem uygulamakla yükümlüdür. Herhalükârda, milletlerarası bir konuda, hakemler, esasa uygulanacak hukukun seçiminde büyük bir serbestliğe sahiptirler (özellikle, milletlerarası ticaretin uygulamalarına ilgide bulunurlar).

FRANSA (43)

MİLLETLERARASI TAHKİM

1. Genel

1958 tarihli New York Sözleşmesinin 5/1 a maddesinin ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin VI 2 ve IX 1 a maddesine göre tahkim sözleşmesinin geçerliliği tarafların irade muhtariyetine tabi tutulmuştur. Tarafların bu yolda iradelerinin yokluğu halinde tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakem kararının verildiği yer kanununa tabidir.

1923 tarihli Cenevre Protokolunun 2. maddesi hükmüne göre Hakem Mahkemesinin teşkili tarafların iradesine tabidir. Eğer tarafların böyle bir iradesi yoksa tali hüküm olarak tahkimin görüldüğü ülkenin kanununa tabidir (44).

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Fransa'da tahkim şartı, dahili tahkimde yalnızca tacirler arasında geçerlidir. Milletlerarası tahkimde ise doğacak ihtilaflar için de böyle bir anlaşma tüm şahıslar arasında yapılabilir (45).

İhtilafın çözümünde uygulanacak kuralların kamu düzeni niteliği, milletlerarası kamu düzeni saklı kalmak üzere bir engel teşkil etmez (46).

1923 tarihli Cenevre Protokolunun 2. maddesi hükmüne göre tahkim usulü tarafların iradesine tabidir. Böyle bir iradenin olmaması halinde tahkimin cereyan ettiği yer kanunu uygulanır.

---

(43) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 151.

(44) B. **MOREAU** et Th. **BERNARD**: age., sh. 93; **ROBERT**, J.: age., sh. 239 no: 276 ve not: 46.

(45) Clunet, 1972, 843, Note Oppetit.

(46) 18 Mayıs 1971, Rev. arb. 1972, 2 note **KAHN**; B. **MOREAU** et Th. **BERNARD**'dan naklen: age., sh. 94.

1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi ise hakem kararının tabi olduğu mevzuata göre geçerli bir tahkim sözleşmesine istinaden verilmiş olmasını zorunlu kılar.

1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/1-d maddesi ise tarafların iradesine uygun olmayan ve taraf iradesi yoksa tahkimin cereyan ettiği ülkenin kanununa uygun olmayan tahkim usulüne göre verilmiş olmasını hakem kararının tanıma ve tenfizinin red edilmesi sebebi saymıştır.

1961 Avrupa Sözleşmesinin IV. maddesi ise tarafları, organize bir tahkim tüzüğünü veya uygulanacak usul kurallarını seçmede tamamen serbest bırakmıştır. Bu durumda taraflar uygulanacak usulün seçimini hakemlere de bırakabilirler. Bu takdirde hakemler tarafların vekili gibi hareket ederler (47).

Fransız Medenî Usul Kanununun 1494. maddesi tarafların doğrudan doğruya :

— Tahkimin tabi olacağı usulü tayin edebileceğini,

— Bir tahkim tüzüğünü seçebileceğini,

— Tahkim usulünü belli bir kanuna tabi tutabileceğini hükme bağlamıştır.

Tarafların bu yönde hiçbir iradelerinin bulunmaması halinde ise tahkimin tabi olacağı usulü hakem belirler.

İhtilafın esasına uygulanacak hukukun seçimi taraflara aittir. Tarafların seçtiği bu hukuku hakemler uygulamak zorundadır. Bu konuda hakemler için güçlük tahkim sözleşmesinin esasa uygulanacak hukuk hakkında sessiz kalması halinde kendini gösterir. Bununla beraber taraflar ihtilafın hakemlerce hak ve nasafet kurallarına göre çözümlenmesi hususunda da karar verebilirler. Bu durumda hakemlerin yaptıkları işlemler hiçbir kontrole tabi olmaz (48).

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkime uygulanacak hukuku seçmek tamamen taraflara ait bir husustur. Fakat böyle bir seçimi taraflar yapmamış iseler, bu takdirde hakemler mevcut bazı sistemlere müracaat etme durumunda kalırlar.

— Hakemler, tahkim mahallinin kanunlar ihtilâfı kuralını uygular. Ancak bazen bu uygulama nazariyatta kalır. Zira, tahkim yerinin gerek ihtilâf gerekse taraflarla hiçbir ilgisinin bulunmadığı durumlarda böyledir.

---

(47) B. **MOREAU** et Th. **BERNARD**: age., sh. 96.
(48) B. **MOREAU** et Th. **BERNARD**: age., sh. 99.

— Hakeme tanınan serbesti. Taraflar örtülü olarak uygulanacak hukukun seçimini hakem mahkemesine bırakabilir. Böyle bir hüküm 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinden de destek görmektedir. Ancak Fransa'da uygulanırken hakemler seçtikleri hukukun ihtilafla ilgisini belirtmek suretiyle gerekçe gösterme zorundadırlar (49).

— Uygulanacak hukukun ilişkisini tayin

Taraflar uygulanacak hukuk hakkında hiçbir şey söylememişlerse, hakem mahkemesi tahkime tahsis edilen işlemin objektif olarak belirlenmesine çalışır. Bu takdirde, kanunlar ihtilafı kuralına müracaatla milletlerarası özel hukukun getirdiği çözümleri ihtilaflı konuya uygulama yoluna girer. Bu çözüm tamamen hukukidir. Taraflarca istenen ekonomik gerçeğe her zaman uymayabilir.

1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin VII. maddesi uygulanacak hukuk seçimini tamamen taraf iradesine bırakmaktadır. Ancak, taraflar uygulanacak hukuku seçmemişler ise bu takdirde hakem mahkemesi kanunlar ihtilafı kuralı ile tayin edilen kanunu uygular. Ancak hakem mahkemesi sözleşmede zikredilen hususları ve ticarî âdetleri dikkate almak zorundadır. İşte bu nedenle de ticarî âdetler, hakem kararlarında önemli bir yer tutmaktadır. Zira, «tacirlerin milletlerarası toplumu» nda meydana gelen ihtilafları çözmek için en uygun kurallar olarak telakki edilirler. Böylece, hukukun genel kurallarından, milletlerarası anlaşmalardan, tedvin edilmiş âdetlerden, mutad şartlardan, tip sözleşmelerden, yayınlanmış içtihattan oluşan «Lex mercatoria» canlı bir hukuk olmuştur (50).

1961 tarihli Avrupa Sözleşmesindeki hüküm, Fransız Medenî Usul Kanununun 1496. maddesine de girmiştir. Buna göre, hakemler ihtilafı tarafların seçtiği hukuk kurallarına göre hallederler. Taraflar böyle bir seçim yapmamış ise hakemler uygun gördükleri kurallara göre ihtilafı halleder. Ancak, herhalükârda, ticarî âdetleri dikkate almak zorundadırlar.

İNGİLTERE (51)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar tahkime uygulanacak usul kurallarını seçmekte serbesttirler. Bununla birlikte, tahkim yeri olarak İngiltere'yi seçerler ise İngiliz kamu düzenine aykırı olan usul kurallarını seçemezler.

---

(49) **DERAINS**, Y.: L'Application Cumulative par l'Arbitrage des systeme de conflit des lois interesses au litige Rev, arb. 1972, 99.

(50) B. **MOREAU** et Th. **BERNARD:** Les sentences arbitrales et leur commentaire par Y. **DERAINS**, Clunet, 1981, p. 914: les decisions, Rev. Arb. 1983, 465. B. **GOLDMAN**, Rev. arb. 1983, 379.

(51) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 168.

Taraflar kendi seçtikleri çalışma dilini seçebilirler. Fakat hakemlerin tümü tarafından anlaşılan bir dil seçmeleri tercih edilir.

Uygulanacak usule dair hiç bir hüküm olmaması halinde, tahkim kanunları uygulanır ve usul bu kanunlarla yönetilir. Her durumda, hakem doğal kanuna özellikle, «audi alterem partem» kuralına riayet etmekle mükelleftir.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

1. Tarafların serbestisi

Taraflar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku seçmekte serbesttirler. Bu serbestlik, sadece İngiliz hukukunun âmir kurallarına aykırılık halinde sınırlanır.

2. Tahkim kanunlarının uygulandığı sırada taraflar açıkça seçimlerini yapmamışlarsa ihtilafın esasına uygulanacak hukuk İngiliz Kanunlar İhtilafı Kuralları ile belirlenir; normal olarak bu kanun tarafların iradesini ve sözleşmenin muhtevasını dikkate alarak işleme en yakından bağlı olan kanundur.

İ S K O Ç Y A (52)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar, tahkim yeri olarak İskoçya'yı seçtilerse, taraflarca seçilen hakem yardımcısı hukukçunun fikrini alarak ihtilafın cereyan ettiği şartları da dikkate alarak uygulanacak usule karar verir.

İskoçya'da kamu düzenine aykırı olmadıkça hakemler taraflarca seçilen hemen hemen her usulü uygulayabilirler. İskoçya'da tarafların kararlarını tadile yönelik bir Parlâmento yasası yoktur; esas olan bu kararların dürüstlük ve universel adalet kurallarına riayet etmiş olmalarıdır.

Tamamen İskoçya'ya münhasır usul bazı özel dikkati gerektirmektedir: Taraflar eğer tahkim şartında hakem kararının tescilini açıkça kararlaştırmış iseler formül şöyle olur: «Koruma ve tenfiz için» adlî bir işlem gerekmeksizin derhal karar icraî kuvveti haiz olur.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkim yerinin İskoçya olarak seçimi, ihtilafın esasına uygulanacak kanun olarak tarafların başka bir kanun seçmelerini engelleyemez.

Taraflarca bir seçim yapılmamışsa, bazı özel durumlar hariç olmak üzere İskoçya kanunları uygulanır.

---

(52) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 194.

Bu durumda, hakem İskoçya kanunlar ihtilafı kurallarını uygular. İskoçya'da esasa uygulanan hukuk Anglo-Sakson hukukundan ziyade Roma hukukuna dayanır.

YUNANİSTAN (53)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Eğer tahkim yeri olarak Yunanistan seçilmişse esasa uygulanacak kanunu tayin etmek için hakemler ne Yunan tahkim usulü kurallarını ne de Yunan ihtilaf kurallarını takip etmek zorundadır.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Herhalükârda, tek hakemin veya hakem heyeti başkanının milliyetini takdirde yetersizliğe düşmemek gerekir. Zira, o kendi yetiştiği hukuk bilgileri çerçevesinde muhakeme etme eğiliminde bulunacaktır.

Eğer tahkim yeri olarak Yunanistan seçildi ise ihtiyatî tedbirleri almak için yetkili yargı Yunan yargısı olacaktır. Yeter ki tenfiz Yunanistan'da olsun. Diğer yandan, taraflardan birinin talebi üzerine bir hakemin azli için Yunan yargısı, kendisini yetkili kabul edecektir.

İTALYA (54)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar İtalya medenî usul kanununun kurallarına tahkimin tabi tutulacağı veya tutulmayacağı hususunda anlaşabilirler.

Böyle bir seçim tahkim anlaşmasında gösterilmelidir. Yabancı bir usul kanununun seçiminin geçerliliği, usul kanununun seçildiği devletin hakem kararına tanınan etkinin işlevidir.

Taraflarca bir seçim yapılmamış ise tahkim yerinin İtalya olarak seçimi tarafların tahkimi yöneten usulün İtalyan usul kanunu olacağını istemelerine bir karinedir; aksine eğer tarafların iradesi sözleşme değerine sahip olan bir hakem kararı elde etmeyi amaçlıyorsa, tahkim Medenî Usul Kanununun kuralları dışında cereyan eder.

2. Somut durumlara ilişkin etki

1. Tarafların ve hakemlerin serbestisi

Tahkim yeri olarak İtalya'nın seçimi İtalyan kanununun esasa uygulanmasını gerektirmez; taraflar sözleşmeden doğan sorumlulukları hu-

(53) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 211-212.
(54) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 211-212.

susunda, esasa uygulanacak hukuku serbestçe seçme hakkına sahiptirler. Tarafların böyle bir seçimi yoksa kanunlar ihtilafı kurallarına ve milletlerarası sözleşmelerin kurallarına müracaat edilir.

2. Sokut durumlara ilişkin etki

Borç konusuna ilişkin genel hükümlerin 25. maddesi uyarınca, uygulanacak kanun tarafların müşterek millî kanunu; aksi takdirde, sözleşmenin yapıldığı yer kanunudur. Eğer ihtilafın kaynağı sözleşme dışı ise (örneğin haksız fiilden kaynaklanıyorsa) fiilin meydana geldiği yer kanunu uygulanır.

Eğer 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesinin uygulama alanına giren milletlerarası bir ihtilaf karşısında isek -Taraflarca esasa uygulanacak hukuk kararlaştırılmış olmadıkça- davada hakemlerin uygun göreceği ihtilaf kuralı ile belirlenir.

LÜKSEMBURG (55)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Tahkim yeri olarak Lüksemburg'un seçilmesi mutlaka usule Lüksemburg kanununun uygulanması anlamını taşımaz. Taraflar başka bir kanunu seçebildikleri gibi bu hususta hakemlere açıkça veya örtülü olarak uygulanacak kanunu seçme yetkisi de verebilirler.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkim yeri olarak Lüksemburg'un seçimi ihtilafın esasına Lüksemburg kanununun uygulanacağı anlamına gelmez. Burada tercih tarafların sözleşmesine verilmiştir. Eğer taraflar bu hususta hiç bir şey söylememiş iseler esasa uygulanacak hukuk Lüksemburg kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir.

Herhalükârda milletlerarası konuda, davanın esasına uygulanacak hukuk hususunda hakemler büyük bir serbesti içindedir. Hakemler özellikle milletlerarası ticaret kurallarına müracaat ederler.

HOLLANDA (56)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Tahkim yeri olarak Hollanda'nın seçilmesi tahkime uygulanacak usul hukukuna Hollanda tahkim hukuku kurallarının uygulanmasını zorunlu kılar. Eğer tahkim Hollanda'da cereyan etti ise tahkim usulüne ve hakem

(55) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 261-262.
(56) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 287-288.

kararının iptaline ait davaya olduğu kadar tahkim sözleşmesinin geçerliliğine de Hollanda kanunu uygulanır. Bunun Hollanda hukukunda kabul edilen ayrılabilirlik doktrininden kaynaklandığı söylenmektedir. Bu 1923 Cenevre Portokoluna ve 1927 Cenevre Sözleşmesine, 1958 New York Sözleşmesine uygundur. Bununla birlikte, anlaşma yapacak tarafların ehliyet sorunu için istisna yapmak gereklidir; çünkü bu sorun onlara uygulanabilir olan hukuktan doğmalıdır.

Hollanda'da iki hakem tarafından verilen bir hakem kararı bu ülkenin kamu düzenine aykırı olduğu ölçüde geçerli bir hakem kararı niteliğini kaybeder. Buna karşın, iki hakem tarafından Londra'da verilen bir karar Hollanda'da icraî kabiliyeti haiz olabilir. Çünkü buna İngiliz kanunu müsaade etmektedir. Büyük Britanya'da cereyan ettiği ölçüde böyle bir hakem kararı milletlerarası kamu düzenine aykırı olamaz. Bu iki örnek göstermektedir ki, tahkimin cereyan ettiği yerin kanunu hakem sözleşmesinin geçerliliğine karar verir.

2) Esasa Uygulanacak Kanun

Taraflar iyi niyetle hareket etmek koşulu ile esasa uygulanacak kanunu serbestçe seçebilirler. Seçimlerinde belli millî bir kanunu tespit etmek zorunda değildirler.

Milletlerarası ticaret uygulamalarına ilgide bulundukları gibi kabul edilen genel hukuk kurallarına da ilgide bulunabilirler.

Eğer taraflarca seçilmiş bir kanun yoksa, uygulanacak kanunu tespit için, ilke olarak, hakem Hollanda Kanunlar İhtilafı Kurallarını uygulayacaktır. Kanunlar ihtilafının «Millî olmayan» bir sistemini veya isnad edilen millî kanunla aynı sonuçların elde edilmesi ölçüsünde «seçtiği» bir sistemi uygulayabilir.

Herhalükârda sözleşmenin hükümlerine eğer varsa bu dalda cari âdetlere riayet edilmesine dikkat etmek zorundadır.

NORVEÇ (57)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar, usul kurallarını tespitte serbesttirler. Bir kuralın tespit edilmemiş olması halinde, Norveç hukuk usulü uygulanır. Hakem Mahkemesi aksi kararlaştırılmamışsa kendi usul kurallarını tespit eder. Herhalükârda, Hakem Mahkemesi 460-462. maddelerin hükümlerine riayet etmek zorundadır.

MADDE 460 Taraflar sözlü ve yazılı olarak dinlenirler.

---

(57) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 305.

MADDE 461 **Hakem Mahkemesi tarafları duruşmaya çağırabilir ve gelmeyi kabul eden bilirkişileri ve şahitleri çağırabilir.**

MADDE 462 **Hakem Mahkemesi delillerin kendisine bir devlet mahkemesi tarafından temin edilmesini isteyebilir.**

MADDE 463 **Kararın alınmasına tüm hakemlerin iştirak etmesi zorunludur, çoğunluk kararına bir oyla müdahale edilmelidir.**

MADDE 464 **Hakem kararı tüm hakemler tarafından imza edilmelidir ve taraflardan birinin istemi ile gerekçelenmelidir.**

MADDE 465 **Eğer tarafların huzurunda verilmedi ise Hakem Mahkemesi hakem kararını taahhütlü mektupla taraflara ulaştırmayı sağlamak zorundadır.**

2) İhtilafın esasına uygulanacak hukuk

Normal olarak taraflar uygulanacak hukuk üzerinde karar vermede serbesttirler. Eğer bunu kararlaştırmamış iseler, uygulanacak kanun hakem mahkemesi tarafından seçilen kanundur.

PORTEKİZ (58)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Tahkim yerinin Portekiz olarak tespiti usule Portekiz Kanununun zorunlu olarak uygulanmasını gerektirmez. Taraflar başka bir kanun seçebilirler veya uygulanacak hukuku seçmesi için açıkça veya örtülü olarak hakem mahkemesine yetki verirler. Eğer hakem kararı Portekiz'de tenfiz edilecekse dahili tahkim için usul kanununa hasredilen ilkelere riayet etmek zorundadır. Özellikle, taraflar sulhen anlaşmaları için hakemlere yetki vermemiş iseler bu böyledir.

İSVEÇ (59)

1) Usule Uygulanacak Hukuk

İsveç hukukuna göre İsveç'te hukuken tayin edilen hakemler İsveç kanununun hükümlerine tabidir. Ancak bu hükümlerin çoğu âmir nitelikte değildir. Böyle olunca da taraflar usulün diğer kurallarını seçmekte serbesttirler.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

İhtilafın esasına uygulanacak hukuku seçmede taraflar serbesttirler.

Eğer milletlerarası bir ihtilafta taraflar uygulanacak hukuku seçmedilerse, İsveç kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ihtimali vardır.

---

(58) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 317-318.
(59) CCI. Le droit de l'Arbitrage en Europe sh. 338.

Bu sisteme göre ticarî ihtilaflarda en yakın irtibatlı olan ülkenin kanunu uygulanır.

Milletlerarası mal satışları ile ilgili ihtilaflarda taraflar başka şekilde kararlaştırmadıkça veya hakemler daha uygun kanunlar ihtilafı kuralını seçmedikçe, 1955 La Haye Sözleşmesine istinad eden 1964 tarihli bir kanunun kurallarına tabidirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dahili tahkimde esasa İsveç kanunu uygulanır.

VIII — MÖH-UK'a GÖRE MİLLETLERARASI TAHKİME UYGULANACAK HUKUK

2675 sayılı MÖH-UK'da özellikle 43, 44 ve 45. maddelerde yabancı hakem kararından bahsedilmiş fakat bu kanun, yabancı hakem kararının tarifini vermemiştir. O nedenle, herşeyden önce, «yabancı hakem kararı» kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmak zorunlu olmaktadır.

Hangi hakem kararının «yabancı» hakem kararı sayılacağı hususunda mevzuatımızda bir hüküm yoktur. Ama, yabancı hakem kararları ile mahallî, (dahilî, yerel) hakem kararlarının birbirinden ayrılmak zorunluğu vardır. Bu ayrım zorunluğu yabancı hakem kararları ile mahallî hakem kararlarının icrasının birbirinden farklı olmasındandır. Bu iki tip hakem kararının yerine getirilmeleri ayrı işlemlere tabidir. Bu nedenle hangi hakem kararlarının yabancı hakem kararı olduğunun bilinmesi uygulamada önem kazanır.

Taraflar yönünden : Tahkime taraf olanların hakem kararının «yabancılık» niteliğine bir tesiri olmaz. Çünkü taraflar farklı tabiyette olabilir. Taraf tabiyetsiz de olabilir. Hatta çift tabiyete sahip olan taraf da bulunabilir.

Hakemlerin milliyeti yönünden : Hakemler de Türk veya yabancı olabilirler. Usul yasamızda yabancıların hakem olmalarını engelleyen hüküm bulunmadığı için, öğretide ve mahkeme içtihatlarında, yabancıların da hakem olabilecekleri oybirliği ile kabul edilmektedir (60).

Yargıtay İcra ve İflas Dairesi de 11.7.1950 tarihli ve 1919 E. 3354 K. sayılı kararı ile ecnebilerin de hakem olabileceklerini ve Türkiye dahilinde yapılan bir akitte Türkiye'de seçilmiş olmaları halinde hakem kararının mahkemece kesinleştiğinin tasdik edilmesi kâfi olup ecnebi mahkemelerden verilen ilâmlar gibi mahkemeden ayrıca tenfizine karar alınmasına mahal olmadığını bildirerek bu görüşü benimsemiştir (61).

---

(60) **KURU**, B.: age., sh. 4119; **ANSAY**, S.Ş.: age., sh. 342.
(61) **ALTUĞ**, Y.: age., sh. 163.

Yabancı hakem kararının verildiği mahal yönünden : O halde, yabancı hakem kararlarına «yabancılık» vasfını veren kriter, ölçü nedir? İlk akla gelen «yabancı hakem kararının verildiği mahal» dir.

Ancak, toprak kriteri de aşağıda açıklanan nedenlerle soruna kesin olarak bir çözüm getirmemektedir. Türk hukukunda akit serbestisi prensibi hâkimdir. Bu prensip genellikle, bütün dünyada özel hukuk dalında benimsenmiştir. Devletler hususî hukukunda ise iradenin muhtariyeti prensibine göre taraflar, özel hukuk ilişkileriyle ilgili sözleşmelerde ihtilafa hangi ülke kanununun uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bu takdirde, hakem heyetinin toplandığı ülkenin şu veya bu ülke olmasının bir önemi kalmaz.

Diğer yandan, hakemlerin toplandıkları yer mi daha önemlidir, yoksa hakem kararının imzalandığı mahal mi toprak ilkesine esas olacaktır? Hakem kararı hiçbir memlekette değil de, örneğin Avrupa ve Amerika arasında, uluslararası hava sahasında uçakta veya açık denizde seyahat edilirken vapurda imzalanırsa sorun nasıl çözüme kavuşturulacaktır?

Hatta bazen hakemler kolaylık olsun diye örneğin milletlerarası bir ticari ihtilafı çözmek için İsviçre'deki bir otele giderler. Mücerret bir otel yüzünden bir prosedürün, bir mahal kanununun otoritesi altında yürütüldüğüne hükmedilemez (62). Değişik memleketlerde oturan hakemlerin haberleşme yoluyla günümüzde ticarî hayatın vazgeçilmez vasıtası olan teleks mesajları ile sonuca varmaları halinde sorunu çözmek daha güç olacaktır. Hakemlik, özünde çok elastikiyet isteyen bir müessesedir. Toprak ilkesi gibi çok katı bir prensibe bağlı tutulması doğru olmaz. Tarafların iradesi öncelik haklarını haiz olmalıdır. Belli başlı hiçbir hukuk sistemi ne pozitif hukuklarında, ne de içtihatlarında hakemliği toprak ülkesine bağlamak yolunu seçmişlerdir (F.E. KLEIN, age., sh. 237). Toprak ilkesinin benimsenmesi halinde, Türkiye'de tanzim ve icra edilmiş bir sözleşmeden dolayı, tarafları ve hakemleri Türk olan, Türk hukukunda emredici olan bütün hükümlerin uygulandığı ve fakat hakemlerin Paris'te toplanıp karar verdikleri bir ihtimalde, bu kararı yabancı bir hakem kararı addetmek gibi tuhaf bir sonuca varılacaktır (63).

Demek ki, toprak kriteri ancak, taraflar tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığa hangi hukuk ve usulün uygulanacağını belirtmemişlerse tatbik edilebilecek tali bir ilke olarak kabul edilebilir (64).

Yabancı hakem kararının yabancı bir kanunun otoritesi altında ve-

---

(62) **KORAL**, R.: Tahkim Haftası, sh. 488.
(63) **KALPSÜZ**, T.: Hakem Kararlarının Milliyeti, sh. 645.
(64) **NOMER**, E.: age., sh. 503, 507, 511, 521, 529.

rilmesi yönünden : Genellikle kabul edilen tarife göre yabancı hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş olan karardır (65).

Yabancı hukuk doktrininde de bu yönde fikirler mevcuttur. Buna göre: «Yetkili mahkemenin kurallarına bağlı kalarak yabancı bir kanuna istinaden verilen hakem kararı yabancı hakem kararıdır» (Frédéric-Edouard KLEIN, Considération sur l'Arbitrage en Droit International Privé. Bale, 1955, s. 271).

Diğer yandan, yabancı hakem kararının yabancı hukuk doktrininde tarifini dahi veren müellifler vardır. Buna göre, bir hakem kararı, dayandığı usul bir yabancı kanuna tabi olursa yabancı hakem kararı olarak telakki edilir. Bu durumda tarafların veya hâkimin, hatta esasa tatbik edilen kanunun ehemmiyeti yoktur. Mühim olan husus, hakemlerin uyguladıkları usul hukukudur. Eğer bu usul hukukunu belirlemek mümkün olmazsa hakem kararının verildiği yer dikkate alınır (Walter J. HABSCHEID, Droit judiciaire privé Suisse Genève, 1975).

Yargıtayımız da uzun yıllar aynı görüşü benimsemiş ve muhafaza etmiştir. Bu kararlar önemi ve konuya ışık tutması bakımından aşağıya çıkarılmıştır.

A) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuya tam bir ışık tutan 7.11.1951 gün ve Esas/126, Karar/109 sayılı kararı :

«Hakemlerin tabiiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilmezse de, tahkimnamenin ve esas mukavelenin tabi olduğu kanun bakımından hakem kararının yabancılık vasfı münakaşa olunabileceğine ve bir hakem kararı yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş ise o karar yabancı bir hakem kararı sayılabileceğine, icra mahalli Arjantin olan ve mukaveleden doğan ihtilafın halline dair olan hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğu muhakkak bulunduğuna....» (Rabi KORAL, Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası s. 10-11).

B) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 21.1.1952 gün ve Esas/6330, Karar/407 sayılı kararı :

«Taraflar arasında tanzim olunan mukavele ve tahkimname ve işbu mukavele ve tahkimnameye istinaden verilmiş olan hakem kararı münderecatlarına göre hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında oluşmuş yabancı bir hakem kararıdır» (66).

C) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 2.11.1952 gün ve Esas/6320, Karar/955 sayılı kararı :

---

(65) **KORAL**, R.: age., sh. 36; Tahkim Haftası, sh. 488, 493; **NOMER**, E.: Tahkim Haftası, sh. 502; **KURU**, B.: age., sh. 4127.

(66) **YEĞENGİL**, R.: age., sh. 413, Karar no: 133.

«Yukarıda (B) bendindeki kararın metni tekrarlanmıştır.» (Rabi KORAL, Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, s. 11)

D) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 18.1.1954 gün ve Esas/487, Karar/389 sayılı kararı :

«Yabancı kanunların otoritesi altında verilmiş olan ve Türk Kanunlarına atıf yapmayan mukaveleden doğan ihtilafın halline dair olan hakem kararları ecnebi hakem kararları mahiyetinde olup...» (67).

E) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 21.5.1954 gün ve Esas/3397, Karar/4190 sayılı kararı :

«Taraflar arasında tanzim edilmiş bulunan mukavele ve tahkimname ile işbu mukavele ve tahkimnameye müsteniden verilmiş olan hakem kararı münderecatına göre hakem kararı yabancı kanun otoritesi altında ittihaz olunmuş yabancı bir hakem kararıdır» (68).

Görülmektedir ki, yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş olan bir hakem kararının yabancı hakem kararı olarak tanınması, yabancı ve yerli ilmî ve kazaî içtihatlarda, genellikle, kabul edilmiş bir kriterdir.

Bu görüşe de eleştiri yapılması mümkündür: Örneğin, hakemlerin üçü de Türk olan ve Türkiye'de icra edilmiş bir işle ilgili ihtilafta tahkim mahalli Ankara olsa uygulanan yabancı bir kanunun otoritesi altında verildi diye -usul hukuku yabancı bir hukuk ise- bu hakem kararını yabancı hakem kararı olarak nitelendirmek gerekecektir.

A) TARAFLARCA KARARLAŞTIRILMIŞ OLMASI HALİNDE

Taraflar, tahkim sözleşmesinde veya daha sonraki bir dönemde tahkimin hangi usul hukukuna tabi olacağını açıkça belirtmiş olabilirler. Örneğin, iki Türk vatandaşı arasında yapılan bir tahkim sözleşmesinde Alman hukukunun uygulanacağını kararlaştırsalar, aralarında çıkan ihtilafı çözümleyecek hakemler Türkiye'de toplanıp karar verseler bile verilen karar bir Alman hakem kararı olarak nitelendirilecektir. Zira, böyle bir hakem kararının Türkiye'de tenfizinin istenmesi halinde, bu tenfiz talebini inceleyen Türk mahkemesi, tahkim sözleşmesinin veya şartının taraflarca tabi kılındığı kanuna göre hükümsüz olup olmadığını MÖH-UK. m. 45/f, hakemlerin seçiminin ve uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı olup olmadığını MÖH-UK. 45/g ve hakem kararının tabi olduğu usul kanunu hükümlerine göre kesinleşmediğini MÖH-UK. m. 45/i araştıracaktır (69).

---

(67) **YEĞENGİL**, R.: age., sh. 418, Karar no: 147.
(68) **EDGÜ**, Ekrem/**ARVAS**, N.: age., sh. 108.
(69) **KURU**, B.: age., sh. 4131.

B) TARAFLARCA KARARLAŞTIRILMAMIŞ OLMASI HALİNDE

Taraflar tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmemiş iseler; bu takdirde, tarafların tahkimi hangi devletin usul kanununa tabi kılmak istedikleri tahkim sözleşmesinin diğer hükümlerinin yorumu ile tespit edilmelidir.

1. Bağlama kuralının tespiti

a) Tahkim sözleşmesinde tahkim yerinin açıkça belirtilmiş olduğu durumlarda, tarafların tahkimi o yerin usul kanununa tabi kılmak istedikleri şeklinde bir yoruma gidilir. MÖH-UK m. 45/f,g,i hükümlerindeki, tahkimin tabi kılındığı usul kanunu konusunda «bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukuku» deyimi de vardığımız bu görüşü teyit etmektedir.

Ancak tahkim yeri ve tahkime uygulanacak usul kanununun belirtilmemiş olduğu durumlarda tahkim yeri hakemlerce belirlenir. Bu takdirde tarafların tahkim usulünü örtülü olarak, bu tahkim yerinin bulunduğu devletin usul kanununa tabi kıldıkları sonucuna varılamaz. Çünkü, bu takdirde tahkimin tabi bulunduğu usul tesadüflere bırakılmış olur.

Bu şekilde bir yorum tarafların muhtemel iradelerine aykırı düşer (70).

b) Tahkim sözleşmesinde tahkim usulü ve tahkim yeri belirtilmemiş olmakla birlikte, aynı devlet ülkesinde ikamet eden kişiler hakem olarak ismen belirtilmiş ise hakemlerin tahkimi o ülke usul kanununa tabi kılmak istedikleri sonucuna varılır.

c) Tarafların tahkim usulünü ve tahkim yerini belirtmemiş oldukları bir durumda seçilen hakemler de değişik ülkelerde ikamet etmiş olabilir. Bu takdirde taraflar uygulanacak maddî hukuku belirtmişler ise aynı zamanda o devletin usul kanununun uygulanmasını istemiş oldukları sonucuna varılır. Eğer taraflar maddî hukuku da belirtmedilerse, uygulanacak maddî hukuk bağlama kuralına göre tespit edilir ve tahkimin de aynı devlet usul kanununa tabi olduğu sonucuna varılmalıdır (71).

2) Kararın tenfizi için verileceği yer hukukuna göre geçerli olmasını sağlayacak hukuk (MÖH-UK. m. 45/i).

Yabancı hakem kararları kesinleşip icraî kabiliyeti haiz bir karar olduğu takdirde tenfizi talep edilebilir. O halde, hakemler tahkim şartına

---

(70) **KURU, B.**: age., sh. 4133.
(71) **KURU, B.**: age., sh. 413.

uygulanacak hukuku tespit ederken, bu hukukun hakem kararının verileceği yer hukukuna aykırı olmamasını dikkate alacaklardır. Aksi takdirde verilen hakem kararının iptal edilme şansı artacaktır. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Tüzüğünün 26. maddesinde de buna paralel bir hüküm vardır. Bu hükme göre hakemler tenfizi kabil bir karar ittihazı için gerekli olan usul işlemlerini yerine getireceklerdir (72).

IX. SONUÇ

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin tabi olacağı kanunun ne olduğu meselesi, tüm hukuk düzenlerinde kanunlar ihtilafının en zor ve ihtilaflı bölümünü oluşturur. Bu durum, irade muhtariyetini kabul eden veya etmeyen tüm hukuklarda aynıdır. Çünkü, taraflarca uygulanacak hukuk üzerinde bir seçim yapılmamış olması halinde irade muhtariyeti ilkesini kabul etmiş hukuk düzenlerinde de çeşitli bağlama noktaları teklif edilmiştir. Sözleşmenin yapıldığı yer, ifa mahalli, tarafların tabiiyeti veya ikametgahı gibi. Ancak bu bağlama kurallarının hepsi için haklı tenkitler yapılmıştır. Bu nedenle Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukunda modern eğilim sözleşme hukuku için bir bağlama noktasından hareket etme yerine, her olayın arzettiği özellikleri dikkate almak suretiyle sözleşme tiplerine uygun düşen hukuk düzenini aramak şeklinde tezahür etmektedir. Bunun için de kullanılan formüller ülkeden ülkeye değişir: Sözleşmenin hukuku, akdin ağırlık merkezi, mefruz irade vs.

Bu çeşit formüllerin uygulanması sonucunda daha pratik ve hukuka uygun çözümler elde edilebilir. Fakat böyle bir uygulama milletlerarası hukukta uygulanacak hukuku daha önceden bilme ve karar ahengi gibi iki ana ilkeyi ihlâl eder (73).

Milletlerarası Tahkime uygulanacak hukukun tespit edilmesinde hakemliğin bünyesine uygun çözüm şekline varmada hukuk düzenleri bir arayış içindedirler. Bu arayış içinde daha çok irade muhtariyetine bağlanıldığı gözlenmektedir.

Diğer yandan, milletlerarası tahkimin tabi olacağı bağlama kurallarını millî olmayan duruma getirebilmek için milletlerarası sözleşmeler yapılmaktadır. Bu milletlerarası sözleşmeler de tahkime uygulanacak hukuk hususunda tarafların iradesine büyük önem verir. Nitekim 1958 tarihli New York ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinde bu konulara ilişkin şu hükümlere yer verilmiştir (74).

---

(72) Tahkim Divanı Tüzüğü, Paris 1988, sh. 27.

(73) **NOMER**, E.: Tahkim Haftası, sh. 527-528.

(74) **NOMER**, E.: Tahkim Haftası, sh. 529.

1) Taraflar tahkim sözleşmesinin muteberiyeti meselesini o sözleşmeye ilişkin bir hukuk düzenine tabi tutabilirler (B.M. New York Sözleşmesi m. V/1a ve Avrupa Sözleşmesi m. VI/2a).

2) Taraflar hakemliğin tabi olacağı usul için bir devletin usul hukukunu tespit edebilirler (Cenevre Protokolü, m. 2/1; B.M. Sözleşmesi m. V/1-d; Avrupa Sözleşmesi m. IV/1 iii).

3) Taraflar ihtilafın konusuna ilişkin tatbik edilecek hukuku tayin edebilirler (Avrupa Sözleşmesi m. VII/1).

KAYNAKÇA

ALANGOYA, Yavuz : Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.

Alman, Fransız, İngiliz ve İtalyan Tahkim Mevzuatı (Çev: **KALPSÜZ,** Turgut/**GÜRDOĞAN,** Burhan/**KARADENİZ,** Özcan/**TÜRK,** H. Sami) : Yabancı Ülkelerde Tahkim, Ankara 1969.

ALTUĞ, Yılmaz : Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi, 2. baskı, s. 163.

l'Arbitrage : Recueil de Travaux Suisse sur l'Arbitrage International, Zurich 1984.

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü : Hakemlik ve Örgütlendirilmesi, Ankara 1971.

BATIFFOL, Henri/**FRANCESCAKIS,** Ph. : l'Arbitrage Commercial International cilt II, Paris 1965.

BERNSTEIN, Ronald : Handbook of Arbitration Practice, London 1987.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz : Arbitration and State Enterprises, 1984.

Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève : Directives d'arbitrage Schiedsdirektiven Arbitration Directives, Genève.

Chambre de Commerce International (CCI)-Comité Maritime International (CMI) : Comité international d'arbitrage maritime, Paris 1979.

Chamber de Commerce International (CCI) : Règlement de la Cour d'arbitrage de la CCI, Paris 1975.

: Le droit de l'arbitrage en Europe, Paris 1981.

: Commercial agency, Paris 1983.

: Guide to Arbitration, Paris 1983.

: Crédit documentaires, Paris 1984.

: 60 years of ICC Arbitration, Paris 1984.

: Force Majeure et imprévision, Paris 1985.

: L'arbitrage multi-partite, Paris 1985.

: Environmental Guide lines for world Industry, Paris 1986.

: La gestion des risques de change, Paris 1986.

: International Code of Sales Promotion, Paris 1987.

: International Code of Advertising Practice, Paris 1987.

: Code International de pratiques loyales en matière de publicité, Paris 1987.

: Code International de pratiques loyales en matière de promotion des ventes, Paris 1987.

ÇELİKEL, Aysel/**NOMER**, Ergin : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1982.

DAYINLARLI, Kemal : Yabancı Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanuna Göre Tenfizi, ayrı bası, Ankara 1984.

DERAINS, Yves : Droit et Pratique de l'Arbitrage International en France, Paris 1984.

DORE, Isaak I. : Arbitration and Conciliation Under the Uncitral Rules : A Textual Analysis, Boston 1986.

DUTOIT, Bernard/**KNOEPPLER**, François/**LALIVE**, Pierre/**MERCIER**, Pierre : Répertoire de droit international privé suisse, cilt I, Berne 1982; cilt II, Berne 1983.

EDGÜ, Ekrem/**ARVAS**, Necmettin : Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi, Emsal Kararları.

GRECH, Gaston : Nouveau Précis de l'Arbitrage Commercial, Paris 1977.

International Council For Commercial Arbitration: International Handbook on Commercial Arbitration, 1984.

JOLIDON, Pierre : Commentaire du Concordat Suisse sur l'Arbitrage, Berne 1984.

KALPSÜZ, Turgut : Hakem Kararlarının Milliyeti, Haziran 1978, cilt IX, sayı 3 den ayrı bası, Ankara 1978.

: Türk Hakem Kararı Kavramı, ayrı bası Ankara 1984.

KAPLAN, İbrahim : Hamiline Yazılı Mevduat Sertifikası (İsimsiz hesap-Gizli hesap), BATIDER, Aralık 1982, cilt XI, sayı 4 ayrı bası.

KASSIS, Antonie : Problèmes de base de l'Arbitrage en droit comparé et en droit international, Paris 1987.

KELLER, Max/**SCHLAPPER**, Arnold : Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé, Zurich 1982.

KLEIN, F. Edouard : Considérations sur l'Arbitrage en droit international privé, Bâle 1955.

KORAL, Rabi : Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı TİMUR'a Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1979.

: La Désignation de la Nature Juridique de l'Arbitrage et la Fondation pour les Recherches sur le Droit Economique Turc, İstanbul 1983.

: Milletlerarası Hakem Kararlarının Yeni Mevzuat Karşısında Tenfizi, EX Contractu İfa Dâvası ve Yargıtay İçtihatları, ayrı bası, Ankara 1984.

: Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı, ayrı bası, Ankara 1984.

: Hususî Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, 1988.

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1968.

Memoires Publiés par la Faculté de droit de Genève : Recueil de Travaux Publié à l'occasion de l'assemblée la société suisse des juristes à Genève du 3 au 5 Octobre 1969, Genève 1969.

Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Millî Komitesi : Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi, Ankara 1964.

: Cenevre Sözleşmesi, Ankara 1964.

MOREAU, Bertrand/**BERNARD**, Thierry : Droit interne et droit international de l'Arbitrage, Paris 1985.

NOMER, Ergin : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1986.
: Milletlerarası Hakemlik Sözleşmesinde İhtilâf. Tahkim Haftası.

NOUEL, G. Loyrette : Le droit Français de l'Arbitrage, Paris 1983.

ÖZBAKAN, Işıl : Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987.

ROBERT, Jean : L'arbitrage droit interne droit international privé, 5 édition, Dalloz 1983.

SAKMAR, Ata : Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982.

Swiss-American Chamber of Commerce : Arbitration Rules, Switzerland.

ŞANLI, Cemal : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986.

Tahkim Divanı Tüzüğü : Paris 1988.

II. Tahkim Haftası (Ankara 25-26 Kasım 1983) : Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1984.

TEKİNALP, Gülören : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1986.

IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası : Tahkim, Ankara 29 Kasım - 4 Aralık 1965.

Union Internationale des Avocats : Arbitrage International Commercial, Paris.

ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1971.

YEĞENGİL, Rasih : Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974.

●

HUKUK AŞININ BAHA BİÇİLMEZ KEPÇELERİ VARDIR (*)

İ. Zekâi ÖZDİL (**)

● **ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — Davalının davayı kabul etmesi sonucu oluşan kesin hüküm sınırı. Maddi olay. Çözülmesi gereken sorun. Kolay çözüm. Asıl çözüm. Sonuç. II — Bağıştan dönüş koşullarının sınırı. Maddi olay. Davanın hukuksal nedeni. Hüküm. Hukuksal tartışma. Örnek karar. Sonuç. III — Velayet görevinin kötüye kullanılması konusunda ilginç bir olay. Maddi olay. Hukuksal tartışma. Sonuç.**

GİRİŞ

Bu «başlık»ta neyin nesi demekte acele etmeyin lütfen. Bakın, size üç olay anlatacağım. «Hukuk aşının» nasıl taştığını, kepçenin acele nasıl aranıp bulunduğunu, Yasa Koyucunun önceden hazırlayıp elaltında bulundurulduklarından başka, özünde ve sözünde gizlediği nice kepçelere sahip olduğunu görecek ve sanıyorum ki, «çözüm» karşılığı yaptığımız benzetmedeki düşünceyi paylaşacaksınız.

Yasalarda uyuşmazlığı hemen çözecek formül hüküm varsa, iş kolaydır. Taşırmadan aşı pişirirsiniz. Süresi 42 yılı bulan hâkimlik görevimiz gereği, önümüze ilk kez öyle olaylar geliyor ki, yasaları, bilimsel kitapları tarıyoruz, uygun bir madde bulamıyoruz. Bir taraftan uyuşmazlık tenceresinin altındaki ateşin kısa sürede söndürülmesi gerekiyor. Ortada uygun bir kepçe yok. İşte o zaman, düşünüyor, taşınıyor ve diyoruz ki; çözülmeyecek hiç bir sorun yoktur. Hukuk çareler düzenidir. İnsanların mutluluğu, adalet ve eşitlik duygularının doyurulması için getirilmiştir. İnsan dehasının yarattığı ortak ve görkemli bir şaheserdir. Bilim adamları, hukukçular, hatta yasalardaki maddeler susabilirler. Fakat yasa koyucu susmaz. Kulağınızı onun vefalı göğsüne bir dayayın. Kalbinin adalet ve eşitlik duygularının heyecanı ile nasıl çarptığını içinizde duyacak, dimağından, şuurundan, aklı seliminden süzülen ve ruhundan yansıyan hak nuru ile gözleriniz kamaşacaktır.

Bize göre asıl sanatçı, ister hâkim, ister avukat, ister professör olsun, yasa koyucunun ruhu ve dimağı ile bu diyaloğu gerçekleştiren, çareleri hukukun aydınlığına çekebilen kişidir.

Bilindiği gibi, Medeni Yasamızın birinci maddesi hâkime «Kanun Koyucu» gibi kural getirme yetkisini vermştr. Fakat bu yetkinin sınırsız ol-

---

(*) «Aş taşınca, kepçeye baha biçilmez». Türk Atasözü.

(**) **Yargıtay 1.HD. Başkanı.**

madığı, keyfiliğe izin vermediği kuşkusuzdur. Adalet dağıtmak Yüce Allah'ın, hâkime tanıdığı kutsal bir görevdir. Tanrı, yetkilerinden birini hâkime devretmiştir. O halde hâkim, belirlenen bu ilkelerin şuuru içinde uyuşmazlıklara, çözüm yolu bulmak zorundadır.

Bildiklerinizi tekrarladım. Bağışlayın. İki kepçelik karar için bu «girişi» yapmadan edemedim.

I — DAVALININ DAVAYI KABUL ETMESİ SONUCU OLUŞAN KESİN HÜKMÜN SINIRI

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 1987/1124 E. 1988/1148 K. sayılı ve 8.2.1988 tarihli kararıdır).

Maddi Olay

Dava konusu, 43229 m² yüzölçümlü 380 ada 50 parsel sayılı tarla, senetsizden ve zilyetlik nedeni ile kadastroca davalı adına tesbit ve tescil edilmiştir.

Davacı Hazine, 1617 sayılı Yasanın 20. maddesiyle değişikliğe uğrayan 766 sayılı Yasanın 33. maddesine göre, 20 dönümden artan miktar olan 23229 m²'lik kısma ilişkin kaydın iptalini ve adına tesçilini istemiştir.

Davalı da; 20 dönümden fazlaya ait yerin Hazineye verilmesine razı olduğunu, davayı kabul ettiğini bildirmiş ve tutanağı imzalamıştır.

Mahkemece, savunma ile birleşen iddia doğrultusunda hüküm kurulmuştur.

Bu hüküm henüz kesinleşmeden ve temyiz süresi de geçmeden 3402 sayılı Kadastro Kanunu yürürlüğe girmiş, zilyet olanlar yararına yeni düzenlemeler getirmiştir, 1617 sayılı Yasayla 20 dönüm olarak kısıtlanan miktarı sulu arazide 40, susuzda 100 dönüme çıkarmıştır (md. 14).

Temyiz dilekçesinde davalı, özetle, hüküm tarihinden sonra doğan yeni yasal haktan yararlandırılması gerektiğini açıklayarak Yerel Mahkeme kararının bozulmasını istemiştir.

Temyize konu bu dava 1617 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 1972 yılından sonra açılmıştır.

Çekişmeli tarlanın tümünde (20000 + 23229 = 43229 m²) davalının kazandırıcı zaman aşımına varan zilyetlik koşullarının gerçekte var olduğu, yanlar arasında tartışmasızdır.

Çözülmesi Gereken Sorun

Dairede uzun süren müzakereler aşamasında; davalının, davayı kabul

ettiği, HUMK. nun 95. maddesine göre, bu kabulün «kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurduğu» konusu üzerinde tartışmalar yoğunlaşmış, henüz kesinleşmemiş olan hükümden sonra yürürlüğe giren ve davalıya yeni haklar getiren 3402 sayılı Kadastro Yasasınının, davalının kabulü ile oluşan «kesin bir hükmün hukuki sonucunu» ortadan kaldırıp kaldırmayacağının saptanması gerektiği anlaşılmıştır.

Kolay Çözüm

(3402 sayılı Yasanın geçici 4. maddesi, «bu yasanın kesin hükme bağlanmış, uyuşmazlıklaara uygulanmayacağı» kuralını getirmiştir.

Davacı Hazinenin iddiasını davalı kabul ile hakkından «feragat» etmiş, HUMK. nun 95. maddesinin birinci tümcesine göre, kabul ve feragat tarihinde kesin hüküm hasıl olmuştur. O halde, 3402 sayılı Yasanın yukarda anılan geçici 4. maddesinin buyruğuna göre, ayni yasanın 14. maddesinin olaya uygulanmasına olanak yoktur. Temyiz itirazları reddedilip karar onanmalıdır.)

Olaya, saygınlığı tartışmasız bu düşüncelerle yaklaşıldığı, biçimselliğe sımsıkı bağlı kalındığı zaman, kuşkusuz sorun kestirme kolay ve rahat bir yoldan çözüme kavuşmuştur denebilir.

Asıl Çözüm

Olayın «hak çağrışımı» yapan özelliği ve hukuka kanat açan güzelliği olmasaydı, yukarda açıklanan ilkeleri tartışmak olanaksızdı. O halde, bu davadaki «özelliğin» hukuktaki yerini aydınlatıp saptamak gerekir.

1 — HUMK. nun 95. maddesine göre, kamu yararının gerektirdiği ve taraf kabulünün veya feragatının davayı sonuçlandırmaya yetmediği (örneğin, MK. md. 150) hallerde sulh, kabul ve feragatin, kesin bir hükmün hukuksal sonuçlarını doğurması olanaksızdır.

Gerek 766 sayılı Yasanın 54. maddesi ve gerekse 3402 sayılı Yasanın 30 ilâ 34. maddeleri hükümlerine göre, Kadastro Hâkimi, davaya katılmayan 3. kişilerin de haklarını soruşturup saptamak yetkisine sahip bulunduğundan, davadaki kabulün «kesin hüküm niteliğini taşıdığı» hemen benimsenemez.

En azından, Kadastro Mahkemesinde 3402 sayılı Yasanın 26. maddesinin (D) bendi gereğince «asli müdahale» olanağı vardır. Dava, Mahkeme kararı ile kesin hükme bağlanıncaya kadar, asli müdahillik sıfatının kazanılması mümkündür. Öyleyse, Kadastro Mahkemesince karar verilip HUMK. nun 382 ve izleyen maddeleri gereğinde kesinleşinceye kadar «kesin hükmün» varlığından sözedilemez (3402 sayılı K. md. 32).

2 — Usulün 95. maddesi ile kabul edilen «kesin hüküm» kuralı bir «varsayımdır». Kesin hüküm, HUMK. nun 327. maddesi ile tanımlanan esaslar gereğince 382 ve izleyen maddelere göre oluşan bir yargıdır. Anılan bu varsayım, herhangi bir hukuki işlem gibi hata, hile, ikrah ve ona benzeyen ve iradeyi bozan nedenlere dayanılarak, aynı dava içinde veya ayrı bir dava ile ileri sürülebilir ve kanıtlandığı zaman geçersiz kılınabilir.

Usulün 237 ve 382 ve izleyen maddelerine göre oluşan ve kesinleşen Mahkeme hükümleri ise, ancak «sahteliği» iddia ve isbat edildiği takdirde veya «yargılamanın iadesi» yoluyla yeni bir kesin hüküm oluşturulup ortadan kaldırılabilir.

Bu yönler ,her iki hukuki müessese arasında ciddi farklar oluşturmaktadır. Bu ayrılıkların, olayın çözüme bağlanmasında gözden uzak tutulmaması adaletin gereğidir.

3 — 3402 sayılı Yasa, 46. maddesiyle, «müstehikler = hak kazananlar» tarafından iki yıl içinde istenmek ve dava edilmek koşulu ile, Hazine adına yazılan taşınmaz malların, bu kanuna göre kazanma koşulları oluşmuş ise, adlarına tesbit ve tescil edileceğini hükme bağlamıştır.

Bu madde, ikinci fıkrasıyla, iskân ve toprak dağıtımı yolundan verilen işlemleri tamamlanmış veya tamamlanmamış arazilerin sahipleri adına tesbit ve tescil yapılacağına ve bu kişilerin «ecrimisil» ödemeyeceklerine dair özel bir hüküm getirmiştir. Ayrıca, Hazinenin mülkiyetinden çıkmış olan veya kamu hizmetine tahsis edilmiş olan taşınmaz malları da madde hükmünün dışına çıkarmıştır.

Görülüyorki, uygulama alanı kesinlikle belirtmek suretiyle tamamen özel bir «atıfet» hükmü yasalaştırılmış bulunmaktadır.

3402 sayılı Kanun, olağanüstü koşulları taşıyan bir «tasfiye» yasasıdır. Geçici 4. maddesinin birinci fıkrası hükmü, 46. madde hükmünü kapsamına almış değildir. Çünkü, geçici 4. madde genel bir hükümdür. Yasanın uygulama alanı itibariyle geriye yürümesi mümkün hükümlerinin, dardest davalarda da uygulanmasını sağlamaya yöneliktir.

4 — Olayda davalı son derece iyi niyetlidir. Davayı kabul ettiği tarihte yürürlükte olan ve Hazine davasının dayanağı bulunan 1617 sayılı Yasaya göre zilyetlikle mülk edinebileceği tarla ancak 20 dönüm olabilirdi. Bunun bilincine eren davalı, Mahkemeyi de yormamış, yasalara olan saygısını belgelemiştir. Şayet davayı kabul etmemiş olsaydı, böylesine uzun «kesin hüküm» tartışmasına girişilmeyecek, hiç kuşkusuz «hükümden sonra yürürlüğe giren 3402 sayılı Yasanın zilyede tanıdığı haklardan davalının yararlanıp yararlanamayacağının araştırılması gerekir» de-

nerek hüküm bozulacaktı. Yargısal uygulamalar kararlılık içerisinde bu yola gitmiştir.

Kişiyi hangi yasa iyi niyetinden, dürüst davranışından dolayı cezalandırır, onu pişmanlığa, küskünlüğe iter? Aksine bir düşünce Anayasanın 10. maddesinde yer alan «eşitlik» ilkesine açıkca aykırı olur.

Bu davada, davalıdan başka bir davalı daha olsaydı ve ikinci davalı davayı kabul etmeseydi, ters düşünceye göre; birinci ve iyi niyetli davalının hakkı elinden alınacak, davaya karşı çıkan ikinci davalıya hakkı teslim edilecektir. Böyle bir sonucu hangi yasa koyucu amaçlar ve hukukçular bir yana hangi vatandaş böylesmine bir eşitsizliği, haksızlığı yüreğine sindirebilir ve sonra yargıya güven ve saygı duyabilir?

Kazanılmış küçük hakkın, yeni yasa ile meydana gelmiş büyük hakkı boğacağı kabul edilebilir bir düşünce olamaz. Devletin (Hazinenin) vatandaşına tanıdığı (atıfet) yorum yoluyla her halde elinden alınamaz.

5 — Yukarıdaki bendlerde «davayı kabul» ve «kesin hüküm» konularında yapılan karşılaştırmalı, teknik ve somut açıklama ve gerekçelerin «yorum» niteliğinde bulunduğu bir an için düşünülse bile sonuç değişmeyecektir. Çünkü «yorum» müessesesi dahi, hukuku incitmeden hakka giden yolu açmak amacı ile kullanılır. Oysa, davacı Hazine davasında kazandığını, kesinleşmemiş hükümden sonra yürürlüğe koyduğu yeni bir yasa ile (3402) bizzat davalıya geri verdiğine göre, davalının hakkı yanında davacı Hazinenin «usuli kazanılmış hakkının» ihmal ve ihlâl edildiği söz konusu olamaz.

Saptanan maddi ve hukuki olayların yoruma tahammül etmediği gerekçeler zincirinde varılan en son noktadır.

«Anayasaya, kanuna ve **hukuka** uygun olarak vicdani kanaatlarına göre, hüküm verme zorunda kalan Hâkimlerin Md. 138» eşitlik ilkelerine açıkca ters düşen anlayışa değer vermeleri mümkün değildir.

Sonuç

Hukuk, insanlık dehasının ortak ve görkemli bir şahaseridir. Hiç bir anayasa veya yasa hükmü, bu eseri çirkinleştirecek şekilde yorumlanamaz.

Olayın yukarda açıklanan özelliği dikkate alındığında Davalının kabulü ve hakkının kapsamı, o tarihte yürürlükte bulunan yasa ile sınırlıdır. Davalının sözleri, gelecekte yasalardan doğacak haklarını da yok edecek nitelik ve içerikte bir irade beyanı değildir. O halde 3402 sayılı Yasa yönünden davalı aleyhine oluşmuş bir «kabül» yada bir «kesin hüküm» yoktur.

Temyize konu karar tarihinden sonra yüürlüğe giren 3402 sayılı Yasanın zilyet leyhine getirilen hükümlerden davalının yararlanıp, yararlanmayacağının yada ne oranda yararlanacağının araştırılması ve hasıl olacak sonuca göre bir hüküm kurulması için Yerel Mahkeme kararının belirlenen nedenlerden ötürü HUMK.nun 428. maddesi gereğince (**BOZULMASINA**), alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine 8.2.1988 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Not : Davalı, «ilerde yeni yasaların bana vereceği haklarımdan vazgeçiyorum» demiş olsaydı bile böyle bir yüklenme geçersiz sayılmayacak mıydı?

II — BAĞIŞTAN DÖNÜŞ KOŞULLARININ SINIRI :

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 1987/10026 E. 12868 K. sayılı ve 24.12.1987 tarihli kararıdır).

Maddi Olay

Tüm dosya içeriğine, toplanan delillere göre; Davacı Baba, davalı olan oğlu Kenan'ın Almanya'da işçlik yaptığı dönemde üç katlı, altı daireli bir bina inşa etmiş, birer daireye karşılık 1/4 payını davalıya, 1/4 payını da dava dışı diğer oğluna koşulsuz (kayıtsız, şartsız) bağışlamıştır (16.6.1980 akit tablosu).

Almanya'dan kesin dönüş yapan davalı, babasının hazırlayıp üstelik hibe ettiği dava konusu bu daireye, lise çağındaki iki çocuğu ile yerleşmiştir.

Kısa bir süre sonra bu evini, karısını ve çocuklarını terkederek ilçede «ismi dosyada yazılı» bir kadınla (metres hayatı) yaşamaya başlamış, karısının ve çocuklarının her türlü bakım ve gözetimini davacı olan babasına bırakmıştır.

Yapılan uyarıların, öğütlerin sonuçsuz kalması bir yana, davalı, babasına yolladığı dosyaya eklenen mektubunda, çekişmeli daireyi metresine satacağını bildirmiş, çirkin sözlerle babasını ve tüm ailesni tehdit etmiştir. Metresi bayandan, karısına gelen mektupta ise, davalının bir başka kadınla daha ilişkisi olduğu açıklanmıştır.

T. Ceza Yasasına göre «tehdit» suçunu oluşturacak nitelikteki bu mektuplara, davalı tarafından karşı çıkılmamış, yukarda belirlenen olgular çok sayıdaki davacı tanıklarınca, duraksamaya yer bırakmıyacak biçimde, ittifakla ve kesinlikle doğrulanmıştır.

Davalı 26.3.1986 günlü oturumda, tanık dinletmeyeceğini söyleyip tutanağı imzalamış, davaya verdiği yazılı cevapta da, salt karısına ge-

çinmesi için banka hesabı açtığını, ona para verdiğini savunmuş, bunun dışındaki tüm iddialara karşı, davanın başından sonuna kadar suskunluğunu sürdürmüştür.

Alınan tedbir kararı ile dairenin üçüncü kişilere satışı önlenmiştir.

Davanın Hukuksal Nedeni

Davacı Vekili, dava dilekçesinde ve layihalarında, Borçlar Yasasının 244/2. Maddesine dayanmış, davalının babasına ve ailesine karşı yasal yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve yasa dışı ilişkilerle üzüntü yarattığını ileri sürerek, «hibeden rücu» nedeniyle davalı üzerindeki 1/4 pay kaydının iptalini ve müvekkili adına tesçilini istemiştir.

Hüküm

Mahkemece (1 — Davalının babasına karşı kötü bir davranışı bulunmadığı, 2 — Davalı karısına ve çocuklarına bakmıyorsa, haklarını yasal yollardan alabilecekleri) gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Hukuksal Tartışma

Bu davada saptanan olguların, BK. nun 244/2. maddesinde yazılı «bağıştan dönüş» koşulunu oluşturup oluşturmadığını belirlemek suretiyle uyuşmazlığın çözüleceği kuşkusuzdur.

Anılan yasa maddesinde «yararına bağış yapılan kişi,

a) Bağışlayana veya

b) Ailesi için yasaya göre yükümlü olduğu ödevlere karşı, önemli bir suretle aykırı davranmış ise» bağışa konu şeyin geri alınabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Davalının eylemleri bu hükmün perspektifi altında incelendiğinde;

1 — Davalının özel yaşantısının öncelikle «zina suçunu» oluşturması bakımından yasaya aykırı olduğu, toplumun dinî, ahlâkî inançlarına, örf ve âdetlerine ters düştüğü, bu halin çevrede çeşitli yorumlara, dedikodulara yol açtığı, davalı dışında, ailenin tüm bireylerini üzüntüye sürükleyip utanç içinde bıraktığı hususu yadsınamaz bir gerçektir.

2 — Karısını ve çocuklarını babasına terkedip, ayrı bir şehirde, metres hayatı sürdüren, aylarca yıllarca babasını, anasını, karısını, çocuklarını arayıp sormayan, ziyaret etmeyen, adres dahi bırakmayan, izini kaybettirmeye çalışan, üstelik babasının, kendisine bağışladığı evi satıp metresine para yedirmeye yeltenen ve mektubunda bunu açıkca ifade et-

mekten çekinmeyen, tüm bunlar yetmiyormuş gibi, büyüğe saygı ilkelerini çiğneyerek, babasını «mektupla tehdit» suçunu işleyen bir oğul, babasına ve ailesine karşı yükümlü olduğu görevlerini yerine getirmiş mi sayılır?

Türk Toplumunun yeryüzünde takdirle anılan «aileye bağlılık» kuralı, ahlak anlayışı manevi değerleri biran için unutulsa bile, davalının suç oluşturan eylemlerini yasal ve doğal kabul etmeye, onu görevlerini yapan bir kişi saymaya olanak var mıdır?

Babasını derin üzüntülere, büyük bir mahcubiyete, maddi ve manevi sıkıntılara düşüren, çoluğu ve çocuğuna baktırmak zorunluğunda bırakan davalının bağışlayana karşı «kanunen mükellef olduğu vazifelere ehemmiyetli surette riayet etmediği» tüm açıklığı ile ortadadır.

3 — Davanın dayanağı olan yasa hükmündeki «veya ailesi için» ögesinin incelenmesine gelince;

Bu konuda Hukuk Otoritelerinin düşüncelerini aktarmakta yarar vardır.

a) Prof. Dr. Halûk Tandoğan - Borçlar Hukuku, Cilt: 1/1, 1985 baskı, sahife 376.

«BK. md. 244/2'deki -yakın- deyimi, aile deyiminden daha geniştir. Bağışlayanın hanımlarından başka sosyal bağlarla ve sevgi ile bağlı olduğu kimseler örneğin, samimi bir arkadaşı da yakınlarından sayılır».

b) Prof. Dr. H. Veldet Velidedeoğlu - Refet Özdemir - Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1987, Yargıtay Yayını No: 19, sahife 455 ve 244.

«Aile, yakın kişileri içerir. Bağışlanan açısından saygısız bir eylem ve bağışlayanın onaylamadığı bir evlenme veya düşüncesiz bir davranış, göreve riayetsizlik olarak anlaşılmalıdır.»

«Yakınlarından biri veya yakından bağlı bulunduğu şahıs teriminden neyin anlaşılacağı konusu önemlidir. Kaide olarak ve fakat istisnasız olmayarak ferilen, ana, baba, kardeşler, karı, koca bu meyanda sayılabilir. Daha uzak akrabalarla olan mevcut şahsi münasebetler kıstas olurlar. Dostlar gibi akraba olmayan üçüncü şahıslar da bağışlayana yakından bağlı olabilirler».

c) Senai Olgaç - T. Borçlar Kanunu, Cilt: 2, sahife 340.

«Aile deyiminin yorumlanmasında hısımlığın kanuni derecesi önem taşımaz. Asıl önem taşıyan husus gerçek aile bağları, aile sevgileridir. Şair Goethe'nin sözünü ettiği sevgi ve samimiyetin kuvvetlendirdiği hısımlık, çok defa kanunun belli ettiği yakınlıktan daha sıkıdır. Senelerden beri birlikte yaşıyan biri erkek diğeri kız iki kardeşten birinin ölümü, diğerine o kadar derin bir acı verirki, birbirinden ayrı yaşayan baba oğuldan birinin ölümü halinde bu kadar büyük acı duymadıkları görülür.»

Bu eserlerin dip notlarında, yabancı hukuk profesörlerinin dahi «yakınlık» «saygısızlık» konularında aynı görüşleri paylaştıkları yazılıdır. Ayrıca bu kitaplarda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ve özel Dairelerin çok sayıda içtihatlarına yer verilmiş, hem doktrinde hem de yargısal uygulamalarda görüşlerin birleştiği vurgulanmıştır.

O halde, bağışlayanın «ailesi» deyimi ve anlamı içerisine «torunların ve gelinin» de gireceğini kesinlikle kabul etmek gerekir.

Mahkemenin Davalı karısına ve çocuklarına karşı görevini yapmıyorsa yasal yoldan haklarını alabilirler biçimindeki ikinci gerekçesinin olayın hukuki yönü ile ilgisi yoktur. Kaldı ki, geri alma davası da yasal yoldur. Bu itibarla anılan gerekçe tartışılmaya değer görülmemiştir.

Örnek Karar

Bilimsel kitaplara aktarılan, basında ve kamu oyunda yankılanan şu kararın dahi çözüme giden yolu aydınlattığı şüphesizdir.

> «Türk Toplumunun sosyal yapısı gereği geleneksel aile anlayışında anne ve babanın saygın bir yeri ve yadsınamayacak bir değeri vardır. Her halükârda anne ve baba, çocuklarınca el kaldırılmayacak, üzerlerine toz kondurulmayacak kutsal kişilerdir. O halde, hangi koşullar içerisinde olursa olsun, oğulun babayı döğmesi, babanın oğula söğmesinden daha ayıp ve daha kınanacak bir davranıştır.» **(1. Hukuk Dairesi 2.7.1981 tarih, 8566-8841, YKD. Cilt: 8-1982)**

Sonuç

İddia kanıtlanmış, BK. nun 244/2. maddesindeki koşullar oluşup gerçekleşmiştir. Bu durumda, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken tutarsız subjektif gerekçelere ve yanılgılı değerlendirmelere dayanılarak reddedilmesi doğru değildir.

Davacı Vekilnin tüm temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK. nun 428. maddesi gereğince (**BOZULMASINA**) ve peşin alınan harcın temyiz edene geri verilmesine, 24.12.1987 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

III — VELÂYET GÖREVİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI KONUSUNDA İLGİNÇ BİR OLAY

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 22.12.1987 Tarih, 1987/8183 E.1277 K. sayılı kararıdır).

Hakka, adalete ulaşan çözümler, yanlar arasında ceryan eden maddi olayların ve taraflara ait içten iradelerin saptanması, hayatın gerçekleri ve hukuk kuralları içinde değerlendirilmesi, uyuşmazlık konusu olan ve olmayan yönlerin ayrılması, kanıtlama yükümlülüğünün hangi yana

düşeceğinin belirlenmesi yoluyla bulunur. Bu yol, özenli, dikkatli, bilgili çalışmaları, olayların ve hakkın özüne inmeyi zorunlu kılar. Kurulacak hüküm, gerekçe ve hukuk açısından, hem tarafları hemde, adalete karşı daima duyarlılığını koruyan kamuyu doyurucu olmalıdır.

Temyize konu bu tapu iptali davasına ait yargılama sonunda verilen karar ise, yukarda çizilen çerçeve içinde yerini bulamamıştır. Bu yargı, dosyaya yansıyan somut olayların birkez daha ortaya konmasını, yakın perspektif altında, kanıtlarıyla birlikte analizlere ve sentezlere tâbi tutulmasını gerektirmiştir.

Maddi Olay

Samsun İli Teknepınar Köyünde bulunan 153 m2. den ibaret ev, altında dükkan ve arsa (498) parsel sayısı ile 1912 (1328) doğumlu Fehmi'nin kayden malıdır. Bu evde Fehmi, 1934 doğumlu genç karısı (Davacı) Nesibe ve ortak çocukları 2.1.1967 doğumlu (Küçük) Mehmet ile ikamet etmekte iken karısı Nesibe'nin âşığı tarafından 4.2.1972 günü, bir tertip sonucu, sokak ortasında acımasızca öldürülmüştür. Samsun Ağır Ceza Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonunda, Nesibe dahi «azmettirmek» suçundan diğer sanıklarla birlikte 24 yıldan başlayan ağır hapis cezasına çarptırılmış, 31.10.1975 günü kesinleşen ilamda, Nesibe'nin Fehmi'den evvelki kocasını da zehirleyerek öldürdüğü, Fehmi'nin öldürülmesindeki amaç ve yararları, irdelenerek, kanıtlara dayandırılarak açıklanmış, dava konusu evin yasa dışı ilişkiler içinde bulunduğu kişiye aktarılacağının planlandığı belirlenmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi ilamında gözden kaçırılmadan saptanan bir husus da öldürülen Fehmi'ye hiç bir kusurun yüklenmemiş olmasıdır. Fehmi, köyünde bakkallık yapan, kimseye zarar vermeyen, kendi halinde bir kişidir. Olay sırasında, küfe ile sırtında dükkanına ekmek taşır iken, suçlulardan biri tarafından çarpılarak yere düşürülmüş, diğerinin de tabanca ile ateşine maruz kalmıştır. Olayın, engellenemeyen seks arzuları ve yasa dışı ilişkilerin sürdürülmesi uğruna gerçekleştirildiği açıkca anlaşılmıştır.

Davacı Nesibe 2.7.1972 günü tutuklanırken beş yaşındaki oğlu Mehmet'i öldürdüğü kocasının akrabası olan davalı Hacer'in korumacılığına bırakmış, 22.3.1972 tarihinde nedense tahliye edildiği zaman Hacer'in evine gelmiştir. Cezaevinde iken Hacer ve yakınları tarafından sürekli ziyaret edildiği iddiasına Hacer karşı koymamıştır. Nesibe 23.1.1975 tarihinde yeniden tutuklanmış 10.12.1977 günü şartla salıverilmiştir.

Bu tarihler, Ceza ilâmında ve «Müddetnamede» yazılı olduğu gibi, taraflar arasında da tartışmalı değildir.

Tapu iptali davasını doğrudan etkileyen bu olgular zinciri böylece açıklandıktan sonra temyize konu davanın incelenmesine sıra gelmiştir.

Davacı Nesibe, 17.12.1981 tarihli dava dilekçesinde öldürdüğü kocası Fehmi'ye ait dava konusu evin kendisine ve velâyeti altındaki ortak çocukları Mehmet'e intikal ettiğini, oysa davalı Hacer tarafından Tapu Dairesine başka bir kadının götürüldüğünü, fotoğrafının ve nüfus cüzdanının sağlanıp sahte işlemlerle davalı Hacer'e satışının gerçekleştirilmiş olduğunu çok sonra öğrendiğini, geçici olarak tahliye edildiği tarihte Hacer'in (seni öldürecekler, yetimin hakkını da alacaklar, evi bana senetle ver kurtaralım) mealinde telkinlerine kapılarak ona senet verdiğini, sonra da Hacer tarafından senedin geri alındığını ileri şürmüş, ibraz ettiği veraset ilamına göre kaydın iptalini ve adlarına tesçilini istemiş, tanık deliline, yapılacak bilirkişi incelemesine dayanmıştır.

Mahkûmiyet ilâmının dava tarihinden çok önce (31.10.1975) kesinleştiği anlaşılınca, Nesibe'nin 2.6.1974 günü evlendiği İsmet, Nesibe'ye «vasi» küçük Mehmet'e de «kayyum» tayin edilerek yargılama sürdürülmüş, gerek bu İsmet, gerekse duruşma aşamasında «reşit» hale gelen Mehmet, Nesibe'nin iddialarına katılmışlardır.

Soruşturmalar yürürken Nesibe, öldürdüğü kocasından miras payı alamayacağını, taşınmazın tümünün oğlu Mehmet'e geçmesi gerektiğini nihayet söylemek ihtiyacını duymuştur.

Davalı ise, sahtecilik ve senet alış-verişi iddialarına karşı çıkarak temlikin gerçek satış olduğunu, Nesibe tutuklandığı zaman üzerinden 18.500 TL. çıktığını savunmuştur. Mahkemece «temlikin gerçek satış olduğundan ve Nesibe'nin Cezaevinde bulunmadığı bir sırada bu aktin yapıldığından, sahtecilik iddiasının kanıtlanamadığından» sözedilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Hukuksal Tartışma

1 — Davaya konu temlikin, Nesibe'nin cezaevinde bulunmadığı bir tarihte yapıldığı, akit tablosuna yönelen sahtecilik iddiasının kanıtlanamadığı konularında, (kabule göre bazı soruşturmalar noksan bırakılmış olmakla beraber) Mahkemenin saptamaları isabetsiz değildir.

2 — Davacı Nesibe, Medeni Kanunun 521/1. maddesi gereğince, kocasının mirasçısı olamayacağına, mirastan yoksunluk hali, mahkûmiyet ilamının kesinleşmesi tarihinden geriye doğru, öldürme tarihine kadar işleyeceğine ve bu iptal davası da mahkûmiyet ilâmının kesinleşmesinden çok sonra açıldığına göre, Nesibe'nin kendisine intikalini istediği, sonra da miras payının geçmeyeceğini kabul ettiği 1/4 pay yönünden davanın reddedilmesi, bu gerekçelerle sonucu bakımından doğrudur. Bu pay olduğu gibi, diğer davacı ve murisin oğlu Mehmet'e intikal etmiştir.

3 — Uyuşmazlık konusu dışına çıkarılan bu olguların belirtilmesinden sonra, tartışmalar süzülerek diğer davacı Mehmet'in miras payı üzerinde toplanmıştır.

Soruna Nesibe'nin velayet hakkını kullanması yönünden yaklaşmak gerekir.

Bilindiği gibi, HUMK. nun 74. maddesine göre «olayları açıklamak taraflara, hukuksal nitelemeleri yapmak, uyuşmazlığı çözecek yasal kuralı saptamak Hâkime ait bir görevdir.

Davacı Mehmet'in gerek kayyumu, gerekse reşit olduktan sonra kendisi tarafından ileriye sürülen hususlar ve tüm dosya içeriği ile de aydınlığa kavuşan iddiaların annesi Nesibe tarafından «velayet görevinin kötüye kullanıldığı» biçiminde nitelendirilmeyi gerektirmektedir.

Hemen belirtilmeldir ki, «velayet hakkı» yasanın deyimi ile «nez» edilinceye kadar sürer (BMM. 27.1.1929 Tarih 542 sayılı tefsir kararı, MK. nun 268, 269. maddeleri). Temlik tarihinde bu hak «hükmen nez edilmediğine» göre, Nesibe'nin oğlu Mehmet'e velayeten tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Ne varki, bu hakkın kullanılması suretiyle yapılacak tasarrufun velayet altındaki küçüğün haklarına zarar vermemesi, amacına uygun olması zorunludur. Anılan hak «mutlak anlamda» değildir. Veli ile küçük arasında yarar çatışması varsa, bu hususun aynı zamanda «vesayet makamı, mercii» olan Mahkemece doğrudan (resen) gözönünde bulundurulması, «Velayetin nez'i» yoluna gidilmesi, görevini kötüye kullanan Velinin yaptığı tasarrufun, gerekli olup olmadığının, hukuksal sonuç doğurup doğurmadığının saptanması zorunludur.

4 — O halde, küçüğe ait taşınmazın satışında Veli Nesibe ile (küçük) oğlu Mehmet arasında «yarar çatışması var mıdır» sorusunun yanıtı çözümün son anahtarıdır.

Bu sorunun olumlu yanıtı dosya içeriğinde açık ve seçik bir biçimde vardır. Şöyleki;

a) Nesibe'nin bu cinayeti dava konusu evi âşığına intikal ettirmek için işlediği, çocuğunun hakkını korumayı değil, korkunç ve vahşi emellerini gerçekleştirmeyi düşündüğü kesinleşmiş mahkûmiyet ilâmı ile sabittir. Ceza Mahkemesinde saptanan bu olgu BK. nun 53. maddesine göre hukuk hâkimini bağlar.

b) Bencil, maddi, şehevi arzularını yenemeyen, bu yönde kendisinden yaşlı hocasının vücudunu engel sayıp ortadan kaldıran, o tarihte beş yaşında bile bulunmayan oğlu Mehmet'in baba şefkatinden yoksun, yetim

kalacağını düşünmeyen ilk kocasını dahi zehirleyerek yokettiği bilinen bir kadının, küçük oğlu ile yarar çatışması içinde bulunmadığını savunmak, saptanan acı gerçekler karşısında kabulüne olanak bulunmayan bir aldatmacadan öteye gidemez. Yavrusunu kendi eliyle «babasız» bırakan bir kadının, analık duygusunu ve vasilik şuuru taşıdığını kabule insanlık yapısı, manevi değerler, sosyal inançlar elverişli değildir.

Şonuç şudur ki, Nesibe ile oğlu Mehmet arasında, vesayet görevi yönünden yarar çatışmasının bulunduğu duraksamaya yer bırakmıyacak kadar belirgin bir gerçektir.

Velâyeti altındaki çocuğun malını, onun zararına ve kendisinin ahlâk ve yasa dışı amacı uğruna satması, velâyet görevini kötüye kullanmaktan öte, çocuğuna karşı işlenmiş, tipik bir (haksız fiildir) Medeni Yasanın 2 nci maddesine göre «herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada iyi niyet kurallarına uymakla zorunludur. Bir hakkın, başkalarına zarar verecek biçimde kötüye kullanılmasını yasa korumaz» Nesibe, velâyet hakkını ve görevini, velâyeti altındaki çocuğunun zararına ve kötü yolda kullanmıştır. O halde yaptığı işlem yasanın koruyuculuğundan yoksundur ve yasa yönünden geçersizdir. Bir başka anlatımla yaptığı temlikin temelinde (haksız fiil) yatmaktadır

c) Bu davanın bir de «iyiniyetle iktisap» savunmasına ilişkin yönü vardır.

Davalı Hacer'in öldürülen Fehmi ile akraba olduğu davalının kabulünde, tartışmasız bir olgudur. Davalı Hacer, başından sonuna kadar bu acı olayların içinde yaşamış davacı Nesibe cezaevine düştükten sonra oğlu Mehmet'i bakıp gözetmiş, dava konusu, taşınmazın yazgısını tüm detayları ile düzenlemiş, önce «taraf muvazaasını» düşünüp, hatta bu yolda Nesibe'ye senet imzalatmış, öldürülen akrabasının kinini gizlice yüreğinde taşırken, kişisel çıkarını da önde tutmuş, 37 bin liraya bahçeli, dükkânlı bir eve sahip olmayı başarmış bir kişidir. Nesibe'yi cezaevlerinde ziyaret, oğlunu himaye, Köye gelişinde Nesibe'yi barındırma işlemlerini ödülsüz bırakmamıştır. İçtensizliğini bizzat kendisi delillendirmiştir. Olayın kahramanlarından olan Hacer'in durumu itibariyle Nesibe'nin mirastan yoksun bulunduğunu, velâyet görevini kötüye, küçüğün zararına kullandığını, haksız eyleme kalkıştığını bilmemesine imkân yoktur. Onu MK. nun 931. maddesi değil, hiç bir yasa maddesi koruyuculuğu altına almaz. Göz göre göre, kendisi bile bile yetimin hakkını ele geçirmeyi başarmıştır.

Sonuç

Hal böyle olunca, davanın haksız eylem yolu ile «velâyet görevini kötüye kullanmak» biçiminde nitelendirilip ele alınması gerekir.

Davacının, yarar çatışması içinde bulunan oğlu Mehmet hakkında velâyet görevini kötüye kullandığı, böylece haksız fiilde bulunduğu davalının iktisabında iyi niyetli olmadığı kesinlikle saptanmıştır. O halde Nesibe'nin veli sıfatıyla yaptığı temlik yasaya aykırıdır. Hukuksal sonuç doğurmayan geçersiz bir işlemdir.

Bu nedenle salt davacı Mehmet yönünden davanın bu gerekçelerle kabul edilmesi, tapu kaydının iptali ile taşınmazın tümünün davacı Mehmet adına tesçiline karar verilmesi gerekirken, olayların ve delillerin yanılgılı değerlendirilmesi ve biçimselliğe bağlı kalınması sonucu yazılı olduğu üzere davacı Mehmet'in davasının reddedilmesi isabetsizdir.

Davacı Mehmet vekilinin temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK. nun 428. maddesi gereğinde (**BOZULMASINA**) ve peşin alınan harcın temyiz edene geri verilmesine, 22.12.1987 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Tarafımızdan kaleme alınan bu kararları özetleyip size verebilirdik. O zaman da, eleştirmenlerin, gerekçelerimizi öğrenme fırsatını bulmadan, tartışmalara girebilecekleri endişesi ile hareket ettik ve hukuku güzelleştirme savaşında bu cesur kararlarımız için kapılarımızı eleştiricilere ardına kadar açtık.

Yasa koyucunun ruhu ile dimağı arasında fısıldanan kutsal adalet sırlarını çözebilenlere ne mutlu.

●

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN CANAVARCA HİS SEVKİYLE ADAM ÖLDÜRME

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

● **ANLATIM DÜZENİ : I — Terim. II — Kavramın anlamı. III — Fransız Ceza Yasasının benimsediği dizge. IV — Yeni İtalyan Ceza Yasası'nın benimsediği dizge. V — Yargısal görüşler VI — Sonuç ve görüşümüz.**

I — TERİM

Türk Ceza Yasasının 450. maddesinin 3. bendine göre adam öldürme cürmü, «canavarca his sevkiyle» işlenirse suç öznesinin cezası arttırılacaktır.

Bu anlatım, 1889 tarihli kaynak İtalyan Ceza Yasasının 366. maddesinin 3. bendindeki «per solo impulso di brutale malvagità» sözcüklerinin bir eksiğiyle çevirisidir. Eksik sözcük yalnızca (münhasıran, sadece) anlamına gelen «solo» sözcüğüdür. Hiç kuşkusuz anlatımda en önemli sözcükleri «impulso di brutale malvagità» deyişi oluşturmaktadır. Yasamızı çevirenler, sözcük çevirisinden çok anlam çevirisine önem vererek ve oldukça başarılı bir karşılık bularak, «burtale malvagità» sözcüklerini «canavarca» sözcüğüyle karşılamışlardır.

Bu son sözcükler üzerinde biraz durmak yerinde olacaktır. Bizi buna iten neden, Ceza Genel Kurulunun 1.2.1988 günlü oturumunda, «canavarca» sözcüğünün mecazî anlamından çok, gerçek anlamına dayanılarak madde metnini yorumlama girişimidir.

İtalyanca «malvagità» sözcüğü, Fransızca'da (mechanceté) ve İspanyolca'da (maldad) da benzeri biçimlerde bulunmakta ve kötülük ve kötü yüreklilik anlamlarına gelmektedir. İtalyanca «brutale» sözcüğü ise, Almanca, Fransızca, İngilizce ve İspanyolca'da da «brutal» biçiminde bulunmakta ve «yabanıl, vahşî, hayvanımsı, kaba, hoyrat, sert, acımasız» anlamlarına gelmekte ve araştırdığımız anlatımın en önemli sözcüğünü oluşturmaktadır. Sıfat (nitem) olarak kullanılan bu sözcükten, XIII. yüzyılda Fransızca'ya geçen «brut», 1327'de ilk kez J. de Vignay tarafından aynı dilde ve XVII. yüzyıla değin «hayvanî, bestial» anlamında kullanılan, daha sonra ve şimdilerde ise «bayağı, kaba, âdi» anlamlarıa gelen «brutal» sözcüğü türemiştir. Her iki sözcüğün ise ortak köklerinin «brutus» oldu-

---

(*) Yargıtay 6.CD. Üyesi.

ğu ve Latince'de, kaba, ağır, anlamsız, anlamlarına geldiği anlaşılmaktadır (1).

Bütün bunları gözeterek bir çeviri yaparsak, kaynak yasadaki anlatımı şöyle karşılayabiliriz : «yalnızca yabanıl (hayvanca) kötü yüreklilik itkisi (içtepisi) ile». İşte, sözcük sözcük yapılan bu çeviri, yasamızda «canavarca his sevkiyle» diye karşılanmıştır.

Görüldüğü üzere, bu anlatımın, masallardaki kurt, domuz gibi cana kıyıcı, yabanıl ve yırtıcı hayvanı anlatan canavar sözcünün gerçek anlamıyla hiç ilgisi yoktur. Canavar sözcüğünün mecazî anlamının haşarı çocuk, acımasız, kötü ruhlu kimse anlamlarına da geldiği muhakkaktır. «Canavarca» ise biçim bildiren bir zarftır. Türkçe'de yabanıl ve acımasızca davranış için kullanılmaktadır. Nitekim kaynak yasa, yukarıdaki anlatımlardan biriyle de Türkçeleştirilebilirdi. O zaman hiç kimse yorum yaparken «canavar» sözcüğüne başvurmak gereğini duymayacaktı.

II — KAVRAMIN ANLAMI

Yasa kavramı tanımlamamıştır. Tanımı, kuşkusuz genel çizgileri içinde mahkemeler ve özellikle Yargıtay yapacaktır. Tanımdan amaç, «canavarca his sevki»nin ne anlama geldiği, genel çerçevesinin ne olduğudur. Bu çerçeve çizilmezse, ülke boyutunda tekdüze yorum ve uygulama ve mahkemelerin gerekçelerinde disiplin sağlanamaz. Her iki görev de, Yargıtay'a verilmiştir. Zira Yargıtay yorumda birliği sağlayarak hukuksal ve gerekçe denetiminde disipline ilişkin işlevini yerine getirmekle yükümlüdür (2).

Kaynak yasanın 1887 tarihli gerekçesinde, çok az da görülse bu ağırlaştırıcı nedenin var olduğunu denemelerin gösterdiği, insanı ürküten bu yabanıl kötü yürekliliğin, kazanç hırsıyla değil, daha çok kan şehvetiyle suç işleyenlerde bulunduğu belirtilmiştir (3).

Failin eyleminin doğurduğu adam öldürme (ya da yaralama, T.C. Yasası md. 457/2) ile onu bu eyleme iten neden arasındaki ölçüsüzlük, oran-

---

(1) Dauzat - Dubois - Mitterand, Nouveau dictionnaire étymologique et historique, 1971. Sözlükler, bu sözcüğün Sezar'ı öldüren Brutus adından geldiğini belirtmemektedirler. Ancak, sözcüğün bu nankör ve acımasız kişiden önce de bulunduğu gözetilirse bunu doğal karşılamak gerekir. Ancak, Brutus'un Sezar'ı öldürmesinin, yalnız o dönemin değil, bugünün toplum vicdanında ve bilincinde de hâlâ bağışlanamayan bir canavarlık örneği olarak görüldüğü gerçeği unutulmadığı takdirde, sözcük daha da somutlaşmaktadır.

(2) Marty, La distinction du fait et du droit, Toulouse, 1929, s. 364 vd.

(3) Manzini, Trattato di diritto penale, Torino, 1922, VII, n. 2382/III. (s. 30)

sızlık bizce eylemin canavarsa işlendiğini ortaya koyan en nesnel ölçüttür (4). Çoğu zaman bu neden açıklanamamaktadır. Öldürmek için öldürmek, bir İtalyan Yargıtay kararında belirtildiği gibi, kan dökmek, kan gördükçe öldürmeye eğilim göstermek (20.3.1902), baş olmak, suç işleme kabadayılığı, antipati, başkasına zarar verme zevki, silâh denemek, belli toplumsal sınıflara ya da gruplara duyduğu hınç için öldürme, «canavarca his sevkiyle» öldürmedir (5).

Manzini'ye göre, terimlerden biri insansı bir öğeyi, öbürü ise duygusuzluğu anlatmakla birlikte, ikisi birden aslında duygusuzluktan çok anlayışsızlığı dile getirmektedirler. O yüzden, neden yokluğu her zaman bu kavramı açıklamaya yetmez ve «eylemi başka türlü açıklamak olanaksızdır» gerekçesiyle bu kavrama başvurulamaz (İtalyan Yargıtay'ı, 5.12.1901). Bir başka deyişle, insan eylemi gerekçeden yoksun olamayacağından, nedenlerin bilinmemesi «canavarsa hissin» kanıtı olamaz. Neden yokluğu, başka kanıtlar bulunduğu takdirde bu kavramın göstergesi olabilir (6). Olağan nedenler dışlanınca failin kavgacı ve zorba oluşu belki bu hisle açıklanabilir. Neden eksikliğinin yanısıra failin geçmişi vb. de elbette inceleme konusu yapılabilir (failin apache olması gibi) (7).

Toplum bilincinin kötü ve iğrenç bulduğu bir içtepi de olsa, her kötü ve iğrenç içtepi bu kavramla açıklanamaz. Özel yabanıllık, nedenle sonuç arasındaki oransızlık büyük de olsa, yasanın eylemin yapıldığı anda istediği bir oransızlıktan ortaya çıkarılıp sergilenemez. Çünkü, İtalyan Ceza Yasası, yalnızca bu hisle adam öldürmeyi ağırlaştırıcı neden olarak benimsemiştir. Pek az bir ayrılık nedeniyle öldürmek, elbette «yalnızca» bu nedenle öldürmek değildir. Babasının öcünü almak için öldürmek de böyledir. Bu örnekleri vererek İtalyan Ceza Yasasındaki bu «yalnızca» sözcüğünü eleştiren Manzini, kimi eylemler için ağır ceza eğilimini doğal bulmakla birlikte, yasanın öngörmediği durumlarda bu sonuca katlanmak gerektiğini ve yasayı yetkinleştirme görevinin uygulamacıya ait olmadığını belirtmektedir (8).

Türk Ceza Yasasına tekelciliği anlatan «yalnızca» sözcüğü girmemiştir.

«Canavarca his sevkiyle» suç işleyen failin ahlakî düşüklüğü, kuş-

---

(4) Manzini, loc. cit.
(5) Manzini, loc. cit.
(6) İtalyan Yargıtayının 24.8.1908 günlü kararı (Manzini, op. cit. s. 31); Majno, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1980. IV, n. 1588.
(7) İtalyan Yargıtayının 9.12.1907 ve 17.2.1706 günlü kararı (Manzini, op cit. s. 31).
(8) Manzini, loc. cit..

kusuz aşırı orandadır. Ancak, aklının sakat olduğu ileri sürülemez ve bu «moral cinnet: folia morale» olarak görülemez. Çünkü bu kavrama gerçek suçluluğu örtmek için başvurulmaktadır. Esasen, acımasız suçlular, zorunlu olarak ahlakî cinnet içindedirler ve «canavarca his sevkiyle» işlenen suçlar çoğu zaman aşırı alkol alanlarca yapılmaktadır (9). O nedenle her zaman psikiyatrik incelemeye başvurmak gerekmemektedir. Bu düşünce yerindedir. O yüzden de, «yalnızca canavarca his» deyişinin «nedensiz adam öldürme» anlamına geleceği, böyle bir olayda ise failin yalnızca aklen sakat olması gerekeceği, öyleyse bunun artırıcı neden olarak yasada yer almamasının doğru bulunduğu ileri sürülmüş ve Carrara'nın bu kavramı salt ahlak açısından ele alıp düşünce açısından ele almamasının yerinde olmadığı, zira «ahlâkî cinnetin» akıl sakatlığından daha çok cezalandırılmasının mantıksız olduğu belirtilmişse de (10), bu düşünce yukarıdaki açıklamalar karşısında bilimsel temelden yoksundur. Ancak, bu içtepinin insanda var olduğunu varsaymak, gerçekten abartmalıdır ve bir tür «doğuştan suçlu» kavramının bu yüzyılda yeniden üretilmesi demektir (11). Nitekim aşağıda değineceğimiz gibi, 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasasında daha genel bir deyim kullanılmıştır.

Esasen «canavarca hisle» yarı akıl sakatlığı kaynak yasaya göre yanyana gelemez. Zira, «yalnızca» bu hisle suç işlenmemiştir (12).

Ancak sarhoşlukla bu his yanyana gelebilir. İtalyan Yargıtayı, yarı akıl sakatlığıyla sarhoşluğu karıştırmıştır (13). Öte yandan, bu hisle tam sarhoşluğun yan yana gelmesi olanaksızdır. Zira tam sarhoşlukta failin aklı, alkolün etkisiyle durmuştur. Fail, hareketlerini denetleyememektedir, bilinçsizdir, özgür değildir. Oysa, «canavarsa histe» yabanıl içtepi ve içgüdüyle birlikte zekânın riskli irade kullanımı vardır. Buna karşılık, yarı sarhoşlukta akıl ve bilinç bütünüyle silinmemiştir. Yalnızca alt üst olmuştur. Fail, kana susamışlık ya da yabanıl bir tutkuyla hareket edebilir (14). Gerçekten yarı sarhoşluk, akıl sakatlığı olmayıp enerjinin ruhsal kışkırtılmasıdır, tam sarhoşlukla eşdeğerde değildir.

Halkın coşkusu sırasında bu hisle suç işlenebilir ve canavarca his suç ortaklarına bulaşmaz (15). Çünkü, «Canavarca his sevki» kişiye

---

(9) İmpallomeni, ileten : Erem, Ümanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, IV, Ankara, 1985, s. 355; Manzini, loc. cit.
(10) Parpapliolo, ileten : Erem, loc. cit.
(11) Erem, op. cit., s. 356.
(12) İtalyan Yargıtayı karşı görüşte, 9.12.1907 (Manzini, loc. cit.)
(13) İtalyan Yargıtayı, 24.11.1910. (Manzini, loc. cit.)
(14) İtalyan Yargıtayı, 2.4.1907 ve 16.9.1908 (Manzini, loc. cit.)
(15) Manzini, loc. cit.

özgü psikolojik bir kavramdır. Ceza Yasası, hareketi değil, içtepiyi, güdüyü ağırlaştırıcı neden olarak benimsemiştir. O yüzden, hareketin biçimini benimseyen Fransız dizgesini irdeledikten sonra, 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasasının dizgelerini incelemek, kavramın boyutlarını çizmekte yararlı olacaktır.

III — FRANSIZ CEZA YASASININ BENİMSEDİĞİ DİZGE

Fransız Ceza Yasasının 303. maddesi, bir suç işlenmesi sırasında «işkence kullanılması» ya da «barbarca/yabanıl davranışlarda» bulunulmasını, yani bunların sonucu olarak adam öldürmeyi, «tasarlayarak» ya da «pusu kurarak adam öldürme» (assassinat) (md. 296) saymıştır.

Görülüyor ki, bu yasa, Türk Ceza Yasası gibi failin içtepisini/güdüsünü değil, kullanılan araçları, davranışı, ağırlaştırıcı neden saymaktadır. Türk Ceza Yasasının 450/3. madde ve bendinde «işkence ve tâzip ile» adam öldürme de ağırlaştırıcı nedendir ve bu Fransız Ceza Yasasındaki işkenceyle özdeştir. «Canavarca his sevkiyle adam öldürme» barbarca davranışlara benzemekte ise de, yukarıda belirttiğimiz gibi, bizim yasamız, psikolojik içtepiyi/güdüyü; Fransız Ceza Yasası ise davranışın biçimini ağırlaştırıcı neden olarak benimsemiştir. Ancak, canavarca hissin dışa yansıması barbarca bir görünüş sergileyebilir. Bu nedenle Fransız dizgesi üzerinde biraz durmakta yarar vardır.

Fransız Ceza Yasasının düzenlendiği Büyük Devrim sırasında, mağdurları konuşturmak için soyarken ayaklarını yakan (chauffeur) ya da onları bağlayıp boğan (garotteur) caniler, bu eylemlerle paraların saklanıldığı yerleri öğreniyorlardı. O yüzden yasa koyucu, bu eylemleri ağır suç saymıştır. Raportör Faure'un gerekçesi ve Monseignat'nın raporundan bunu öğreniyoruz. Nitekim, savaş sırasında, 1940 - 1945 işgal yıllarında, Hindiçini ve Cezayir olayları sırasında bu hüküm uygulama alanı bulmuştur. Barış yıllarında çok az uygulanmış olan bu hükmün nasıl işlediği konusunda Fouquier davası kaynak gösterilmektedir (16).

Yazarlar, failin aşağılığının, sapıklığının, değerlere kayıtsızlığının ve nefretinin, topluma hıncının barbarca suç işlemesine yol açacağında, böylece suçlunun tehlikeliliğinin ağırlaştırıcı nedenin gerekçesini oluşturduğunda birleşmektedirler (17) ve bu nedeni yerinde bulmaktadırlar (18).

---

(16) Garçon, Code pénal annoté; Paris, 1952, II, art. 303. n. 1; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, Paris, 1937, V, n. 1899; Hélie, Pratique crimminelle des cours et tribunaux, Paris, 1948, n. 397; Vouin, Droit pénal spécial, Paris, 1968, n. 146/b; Véron, Droit pénal spécial, Paris, 1982, s. 98.

(17) Garraud, op. cit. n. 1900; Merle-Vitu, Traité du droit criminel, partie spéciale, par Vitu, Paris, 1982, n. 1724.

(18) Garçon, op. cit, art. 303. n. 2.

Maddede suçlular diye çoğul terim kullanılmışsa da, eylem tek kişi tarafından da işlenebilir (19). Garraud, paranın yerini söyletmek için Lyon'da vücudu yer yer yakılan bir kız çocuğunun öldürülmesini buna örnek göstermektedir (20). Esasen, bu ağırlaştırıcı neden, yalnızca adam öldürmede değil, yasa metni genel olduğundan, kamu güvenine, mülkiyete ve kişilere karşı, yani başka suçlarda özellikle en çok görülen biçimiyle hırsızlıkta da uygulanmaktadır. Yeter ki suç cinayet türüne girsin (21) ve barbarca davranışlar, mağdurun ölümünden önce olsun. Ceset üzerinde yapılanlar bu maddeye girmezler (22).

Ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için barbarca davranışların varlığı ve bunların adam öldürme kastıyla yapıldığı saptanılmalıdır. Ayrıca, failin bir başka cinayeti işlemek istemesi zorunludur (23).

Yasa koyucu barbarca eylemin ne olduğunu tanımlamamıştır. Yasanın amacı doğrultusunda, bunların varlığını ve derecesini mahkemeler (ve jüriler) özgürce saptayacaklardır. Onların özgür vicdanlarına ve zekâlarına bırakılan bu eylemli sorun, Yargıtayın denetimi dışındadır. Zira bu özgürce (souverainement) yapılan bir değerlendirmedir (24).

Belçikalı yazarlardan Hauss, barbarca davranışların gerçek anlamını saptamanın zorluğu nedeniyle bu kapalı anlamı jüriye bırakmanın, yasayı jüriye düzelttirme çağrısı olduğunu, kentlilerden oluşan jürinin başka, köylülerden oluşan jürinin başka değerlendirme yapacağını belirterek «bu nasıl yasa ki Tanrım, kimsenin tanımlayamadığı bir olayda insanlara ölüm cezası verilmektedir!» diye yakınmakta ise de, bunun yersiz olduğu belirtilmiştir (25).

Görülüyor ki, Fransız Ceza Yasası, bizim yasa gibi psişik öğeye, içtepiye değil, mağdurun vücudu üzerinde yapılan maddi şiddete önem vermiştir (26).

IV — YENİ İTALYAN CEZA YASASININ BENİMSEDİĞİ DİZGE

Yeni İtalyan Ceza Yasası, 577. maddesinin 4. bendinde, 61. maddesinin

---

(19) Vitu, loc. cit. (Fr. Yargıtayı 15.5.1950).
(20) Garraud, op. cit., n. 1900.
(21) Garçon, op. cit., art. 303 n. 26; Garraud, loc. cit., Vitu, loc. cit. (Fransız Yargıtayının 2.12.1913, 5.8.1972, 4.4.1975, 13.11.1975, 9.6.1977 günlü kararları).
(22) Garçon, op. cit., art. 303, n, 5; Garraud, loc. cit; Vitu, loc. cit.
(23) Garçon, op. cit. art. 303, n. 6
(24) Garçon, op. cit. art. 303, n. 4; Hélie, op. cit. n. 388; Vitu, loc. cit.; Garraud, loc. cit. (Fransız Yargıtayının 2.12.1913, 9.2.1916 ve 5.8.1972 günlü kararları da böyledir.)
(25) Garraud, loc. cit.
(26) Hélie, loc. cit.

1. bendine gönderme yaparak, alçakça ya da değersiz/yararsız nedenlerle adam öldürmeyi ağırlaştırıcı neden saymıştır.

Esasen İtalyan Ceza Yasası, faili harekete geçiren amacı, cezanın (md. 131) ve kusurun ölçüsünü saptayımda gözetmiş, 1921 Ferri Tasarısından ve olgucu (pozitivist) okuldan esinlenerek, tehlikeliliğin ölçütleri arasında amaç ve güdüye yer vermiştir. Gerçekten bir fail, bir başkasını ya da yurdunu baskıdan kurtarmak, bir devrimin öcünü almak yahut da kıskançlık, sadizm, onur kurtarmak için, iyi ya da kötü güdülerle suç isleyebilmektedir. Bu güdüleri, sonsuz ve çeşitli olduklarından, sınıflandırmak güçtür ve de çoğu kez uygulamada açısından gereksizdir. Ancak, ahlâksal ve toplumsal açıdan güdülerin iyi ya da kötü ayırımı suçun oluşmasını engellemezse de, alt ve üst sınırlar arasında cezanın bireyselleştirilmesinde ve çektirilmesi (infaz) rejiminin belirlenmesinde gözetilebilir. Öğretide inanç suçları ve suçluları kavramlarıyla Heinitz, Bockelmann, Bareta vb. cezacılar buna dikkati çekmişlerdir. Gerçekten siyasal güdüyle ya da yoksullara yardım için hırsızlık suçunu işlemekle kendi çıkarı için hırsızlık suçunu işlemek çok farklı tutumlardır (27).

İşte, bu çağdaş anlayıştan esinlenen 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası, moral ya da sosyal özel değeri olan güdülerle suç işlemeyi, genel indirici (md. 62/1) ve tersi güdülerle işlemeyi de genel ağırlaştırıcı neden (md. 61/1) olarak benimsenmiş ve cezanın belirlenmesinde bunların gözetileceğini (md. 133) belirtmiştir.

Aynı Yasanın 576/2. maddesinin 4. bendinde usul ya da füru ve yine aynı Yasanın 61. maddesinin ilk fıkrasında sözü edilen alçaltıcı ya da gereksiz (değersiz, havaî) bir güdüyle öldürme suçu işlenirse fail ölüm cezasıyla (28), 577. maddenin 4. bendine göre bu güdüllerden biriyle sıradan biri öldürülürse fail ömür boyu ağır hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

a) İnsan psikolojisiyle ve iradenin belirlenmesiyle ilgili olan bu güdülerden (28a) birincisi, alçaltıcı, tiksinti verici, bayağı olanıdır. Ruhun özel bir bozukluğunu, kişinin ahlâkî sapıklığını ve kötülüğünü anlatır ve belli bir dönemde belli bir toplumun ya da halkın ortak ahlâk duygusuy-

---

(27) G. Bettiol - L.P. Mantovani, Diritto Penale, Padova, 1986, s.582 - 584. Hemen belirtelim ki, öznel ceza hukukunu savunan toplumsal savunma okulu yandaşları, failin kişiliğini ön plana aldıklarından, onun psikolojisini sergileyen güdüyü esas almaktadırlar (Ancel, La défense sociale nouvelle, Paris, 1981, s. 208, 209, 247, 250, Gramatica, (Türkçesi, S. Selçuk), Toplum sal savunma ilkeleri, Ankara, 1988, s. 103 vd.).

(28) İtalya'da ölüm cezası, 10.8.1944'te kaldırılmıştır.

(28a) Manzini, (Nuvolone-Pisapia), Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1981, II s. 190.

la ve bilinciyle çatışır. İtalyan Yargıtayının 19.1.1939, 28.4.1939, 30.6.1939, 22.6.1945, 6.12.1950, 20.1.1953, 26.10.1964, 2.6.1961 ve 11.3.1974 günlü karlarında belirtildiği üzere halk bu güdüyü benimsemez, tersine ondan tiksinir. Nitekim Yasanın gerekçesinde, bunun özel bir ruh sapıklığı olduğu belirtilmiştir. İster iğrenç ve tiksindirici (Manzini, Pagliora Pannain) bir ruh sapıklığı türü (Saltelli-di Falco, Brasiello, Manosser, Antolisei, Bettiol, Maggiore, Muscolo, Ranieri, İtalyan Yargıtayının 7.5.1952 günlü kararı), ister alçaklık (İtalyan Yargıtayının 7.1.1952 günlü kararı), ister tehlikelilik (İtalyan Yargıtayının 1.2.1935 günlü kararı ve Yasanın hazırlık çalışmaları), ister ahlaksızlık, bencillik, açgözlülük, sağlıksız tutku (Sabatini) densin, son çözümlemede, böyle bir güdünün, içtepinin yalnızca toplum tarafından değil, hukuk tarafından da olumsuz karşılanacağı muhakkaktır. Zira burada yasa koyucunun geçerli ahlâk değerleri karşısında özel bir yargısı söz konusudur. Psikolojik açıdan, fail, kendi bencil ve ahlâka ters düşen duygularına başkalarını kurban edebilecek biridir (29).

Yazarlar ve İtalyan Yargıtayı, bu güdüyü anlatabilmek için şu somut örnekleri vermektedirler : Eşinin başkasıyla ilişkisine izin verdikten sonra onu öldürmek, kendi sevgilisiyle aşk yaşantısını sürdürmek için eşini öldürmek (30), babasıyla cinsel ilişkiyi sürdürmek için kocasını öldürmek (31), birçok kez ilişkide bulunduğu nişanlısını evlenmemek için öldürmek (32), cinsel ilişkiyi reddeden babayı oğlunun öldürmesi (33), adam öldürmeyi bir hastaya yüklemek için işlemek (34), karısını özgür kılmak için kocasını (29.3.1938, 28.4.1959), başkasını almak için karısını (12.1.1956), evlenmemek için nişanlısını (22.5.1953), ana - babadan yoksun kılmak için kocayı (7.6.1965) öldürmek (35 a).

---

(29) Antolisei, Manuale di diritto penale, p. generale, Milano, 1975, s. 353; Battaglini, Diritto penale, p. generale, Padova, 1948, s. 390; Bettiol - Mantovani, op. cit., s. 585; Malinverni, Scopo e movente nel diritto penale, Torino, 1955, n. 71; Mantovani, Diritto Penale, p. generale, Padova, 1980, s. 348; Manzini op. cit., 1981 s. 180; Muscolo, L'omicidio volontario, Latina, 1978, s. 154; Nuvolone, II sistema del diritto penale, Padova, 1975, s. 406; Delitti contro il patrimonio e contro la persona, Milano, 1981, s. 230; Pagliaro, Principi di diritto penale, p. generale, Milano, s. 461, 462; Pannain, Manuale di diritto penale, p. generale, Torino, 1950, n. 223; Ranieri, Manuale di diritto penale, Padova, 1968, s. 363.

(30) Antolisei; op. cit., s. 353; İtalyan Yargıtayı kararı. 16.3.1938, 28.2.1957, 13.5.1966, 17.5.1971.

(31) Bettiol, loc. cit.

(32) Muscolo, op. cit., İtalyan Yargıtayının 22.6.1953 günlü kararı.

(33) Ranieri, op. cit., s. 363, İtalyan Yargıtayının 13.5.1966 günlü kararı.

(34) Pannain, loc. cit.

(35a) Manzini, op. cit., II, s. 190.

Malinverni'nin kitabına aktardığı (35) Yargıtay kararlarına göre, evlenme yükümlülüğünden kurtulmak için gebe sevgilisini (22.6.1945), umduğunu elde edemediği için yağmaladığı kişiyi (21.1.1951), önerilen edebe aykırı davranışı öfkelenip reddeden kız kardeşini annesine söylememesi için (27.2.1934), evlenmek amacıyla evleneceği kızın annesini öldürmek (17.6.1940), Pannain'in andığı 18.10.1948 günü Yargıtay kararına göre ahlâk düzeninin onaylamadığı tutku suçlarını işlemek, belli bir tarihsel dönemde bir topluluğun ahlâkına (18.1.1939) ve etik bilincine (6.12.1950, 20.1.1953), elseverlik (diğergâmlık) duygusuna (12.11.1951, 14.11.1951, 13.3.1933, 16.10.1933), hukuk düzenini koruyan ve yararlı olan (9.7.1952) ve bu nedenle bu düzenin içinde bulunup (9.7.1952) onun çıkarlarına uyan (27.2.1933, 16.3.1938, 28.2.1957, 13.5.1966, 17.5.1971), duygu ve güdülere ters düştükleri için, bu sağlıksız ve bayağı ruh sapıklığının içinde kalırlar. Zaten bu sonuncu örneklerin tersi olanlar, cezanın indirilmesine yol açan soylu güdülerdir. Ancak, öç (13.3.1953, 5.5.1949, 1.2.1939, 17.5.1937), hınç (13.5.1951, 3.11.1938, 30.1.1951, 27.1.1936), kıskançlık (21.1.1949, 19.3.1940, 4.12.1933, hatta 21.12.1944 tarihli karar akılcı bir haklılığa dayanıyorsa kıskançlık indirici neden olabilir demiştir. Ranieri, 28.2.1949 tarihli kararı örnek göstermektedir), siyasal tutku (13.6.1949), tiksinti uyandırmayan kazanç hırsı (27.11.1949, 9.11.1939), karşılıksız kalan sevgi (10.10.1949), haksızlık (21.12.1944), kalleşlik ya da karşı zarar (7.12.1938), acıma (15.7.1933), aşk tutkusu (12.5.1946, 22.1.1945 (ki, Ondei buna karşıdır), işlenen suçun sonuçlarından kurtulmak isteği (24.1.1939), iş sahibi olma isteği (13.2.1933), evlenme isteği (12.4.1933), yurduna bir koloniden dönme isteği (3.4.1939), borç ödeme isteği (29.3.1933, 13.1.1938), nişanlısına armağan verme isteği (14.6.1940), evlenmek için zina ilişkisine son verme amacı (26.1.1946), bir yargısal önlemin uygulanmasından kurtulma isteği (29.4.1952), ailesinin kaçınılmaz gereksinmesine ya da yoksulluğa yardım gereksinimi (9.7.1952), nişanlısı tarafından bırakılma isteği (27.12.1952), evlenme vaadinden kaçınma isteği (13.1.1952) ve Ranieri'nin andığı bir Yargıtay kararına göre, politik yalandan tiksinme duygusu (13.6.1949), ne indirici ne de ağırlaştırıcı neden olabilirler. Zira bunlar yasaya aykırıdırlar (9.1.1948, 15.4.1945) ve toplumsal ya da ahlâksal değere sahip olsalar bile, suç işlemeden gerçekleştirilebilecek amaçlardır (26.1.1945). O nedenle indirici neden olamazlar. Ayrıca üzerinde durduğumuz bayağı güdünün de dışında kaldıklarından tam ağırlaştırıcı neden de olamazlar.

Buna karşılık, aşağıdaki durumlar, ağırlaştırıcı neden olmak şöyle dursun, İtalyan Yargıtayınca toplumsal ya da ahlâksal değeri haiz görüldüklerinden indirici neden sayılmışlardır: analık duygusu (9.7.1952,

(35) Malinverni, loc. cit.

6.3.1939), ekonomik çıkarı koruma (9.7.1952, 6.3.1939), aile bireylerinin açlığını giderme (16.1.1939), yoksulluktan doğan gereksinmeleri karşılama (6.7.1938), öğrenim yapma (Milano Üst Mahkemesi, 30.9.1940), aile onurunu kurtarma (9.7.1952), gerçeği kanıtlama (Battaglini), yeni doğan çocuğa yasallık kazandırma (15.6.1946), kız kardeşiyle yasa dışı ilişkiye son verme (20.1.1947), birlikte yaşadığı ve kendisinden çocukları olan bir kadının kendisini bırakması nedeniyle öç alma istek ve duyguları (13.11.1944).

b) İnsan psikolojisiyle ilgili ve İtalyan Ceza Yasasının 576. ve 577. maddelerinde sözü geçen güdülerden ikincisi ise, değersiz, yararsız, havaî ve gereksiz olanıdır.

Öğretiye göre, her suç bir amacı gerçekleştirmek için işlenir.

Hareketin ruhsal öncülü olduğu zaman, eylemin ağırlığıyla faili bu eyleme iten güdünün nitelik ya da yoğunluğu arasında (çarpıcı) bir oransızlık olduğu zaman bu değersizlik/gereksizlik (futilità) var demektir. Örneğin, bir haydudun tanımadığı birini sesini yükseltti ya da ufak bir anlaşmazlık için yumrukla öldürmesi, sigara vermediği, kendisini hızla geçtiği, bir bahis, küçük bir sövmenin öcünü almak, kumar oynamak, silâhın çalıştığını kanıtlamak, birine kötülük ya da çalım yapmak yahut da bundan gururlanmak için öldürmek gibi eylemler buna girerler (36).

Görülüyor ki, olağan durumlarda failin suça yönelmesinde ciddi bir neden olduğu halde, bunlar yok denecek boyuttadır ve bu yüzden de failin büyük ölçekte tehlikeliliğini, suç işleme eğilimini ve kötücüllüğünü sergilerler. Yasanın gerekçesinde de bu güdü benzer anlatımlarla betimlenmiştir (37). O nedenle de, De Marsico'nun belirttiği gibi, birincisi nitel olduğu halde, bu nicel boyuta sahiptir ve aralarındaki ayrım da bundan kaynaklanmaktadır (38).

Yararsız, değersiz ve gereksiz güdü, çatışmayı anlatır. Çünkü davranışın nedenini açıklamak olanaksızdır, olağandışı bir durumdur. Zira olağan olarak neden, hareketi açıklamakta yetersizdir. İtalyan Yargıtayının 6.12.1963 ve 25.10.1974 günlü ve çeşitli kararlarında buna değinilmiştir. Bu kararların ışığında toplum bilincine göre, insanlığın ve birlikte yaşamanın gerekleri uyarınca, suçu açıklayan neden yetersizse (1.3.1940), ha-

---

(36) Antolisei op. cit., p. generale, s. 353; Bettiol... op. cit., s. 585; Mantovani, op. cit., s. 348; Ranieri, op. cit., s. 363; Pagliaro, op. cit., s. 462; Muscolo, op. cit., s. 154; Pannain, op. cit., n. 223, Manzini, op. cit., 1981. II. s. 192.

(37) Malinverni, op. cit., n. 124, İtalyan Yargıtayının 13.7.1934, 12.12.1934, 3.2.1936 günlü kararları,

(38) Malinverni, loc. cit., İtalyan Yargıtayının 24.2.1947 günlü kararı.

vai, haksız ve oransızsa (28.4.1939) eylemle, suçun özüyle güdü özüyle güdü arasında çarpıcı oransızlık varsa (29.5.1940) ve hukuk ve psikolojik açıdan özür sayılamayacak bir nedene (16.6.1940), ortak duygulara göre sonucu belirlenen güdü açıklamaya yetmiyorsa (20.12.1935) bu güdü söz konusu olacaktır (39), O nedenle, bir davranışın bu kavram içinde kalıp kalmadığını saptamak için, ilkin olağanüstü ve olağan durumlardaki başatlığı araştırılmalı, geneldeki etkisi saptanılmalı, nicelik açısından değerlendirme yapılmalı ve bir yargıya varılmalıdır (40).

c) 1889 ve 1930 tarihli yasalar arasındaki benzerlik

İtalyan yazarlarından Manzini, 1930 tarihli yasada belirtilen her iki güdünün de, 1889 tarihli yasadaki «yabanıl kötü yüreklilik itkisiyle», yani Türk Ceza Yasasındaki, «canavarca his sevkiyle» terimini karşıladığını yazmaktadır (41). Yazara göre 1889 tarihli Yasa uyarınca yalnızca adam öldürme ve etkili eylem suçlarında uygulanan bu hüküm, yeni yasada genel hükümler arasına alınmıştır. Eski yasadaki «yabanıl kötü yüreklilik (içtepisi) itkisi», çılgınca ve akıl dışı bir sapıklık olup, failin salt zarar verme isteği, başkasına zarardan zevk alma, akıl dışı antipati, üstünlük, suç işleme övünmesi, belli sınıflara ya da kişilere kin güdüleri, bayağı, alçaltıcı, tiksindirici (abietto) güdülerdir. İtalyan Yargıtayının 7.6.1956, 12.1.1956, 9.12.1954, 13.6.1949, 20.3.1963, 25.10.1974, 15.3.1979 tarihli kararlarında her iki güdünün çeşitli örneklerine değinilmiştir. Buna karşılık, «yabanıl kötü yüreklilik içtepisi», toplum bilinci tarafından oransız görülüyorsa, artık yararsız ve değersiz bir güdüdür. İtalyan Yargıtayının 31.3.1959 tarihli kararında, ilk güdünün suçlunun biyolojik yapısına yabancı olduğu belirtilmiştir. Suçlunun davranışının yabanıllığında bayağılığı arayan görüş yerinde değildir. İtalyan Yargıtayının 12.1.1979, 11.1.1954, 15.12.1956, 19.1.1956, 11.3.1974, 4.12.1974, 25.10.1974, 11.3.1974 ve 17.4.1979 günlü kararları bu konuda örnektirler (41a).

Buna karşılık Antolisei, Altavilla, Cocurrollo, Bettiol, Pannain, Ranieri, Paola, Malinverni ise, eski yasadaki terimlere daha çok değersiz/yararsız/gereksiz güdü kavramının yanıt verdiği kanısındadırlar (42). Bu kanıyı biz de paylaşmaktayız. Ancak, ilk güdünün de, yerine göre bütünüyle bir yana itilmeyeceği inancındayız. Özellikle Manzini'nin düşüncelerini ve örneklerini göz önünde tutmak, inancımıza göre, yerinde olacaktır.

---

(39) Pagliaro, op. cit., s. 462; Malinverni. op. cit. n. 124; Manzini, op. cit. 1981. II, s. 191.

(40) Benzer görüş : Malinverni, loc. cit.

(41) Manzini, 1981, II, s. 192; 1985, VIII, s. 57.

(41a) Manzini, op. cit., 1981, II., s. 191.

(42) Antolisei, op. cit., p. speciale, I, s. 44; Bettiol, op. cit., s. 585; Pannain, loc. cit., Raneri, loc. cit.,; Malinverni, op. cit., n. 124.

«Yabanıl kötülük içtepisi» gibi, yeni Yasadaki güdüler de özneldir, Suçun işlenmesini kolaylaştırmaz, ağır bir kastı gerektirirler; bu nedenle de suç ortaklarına bulaşmazlar. Failin normal bir kişi olması gerekir. Akıl sakatlığı ve küçüklükle bağdaşmaz. Ancak, kışkırtma (tahrik) ile bağdaşabilir (43a).

V — YARGISAL GÖRÜŞLER

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, ölenin anüsüne sokulan sert cismin ölüme yol açıp açmadığının saptanılmasından sonra «canavarca his sevkinin» değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (43).

Ceza Genelkuruluna göre «Ne gibi duyguların canavarca olduğunu tanımlamak olanaksızdır. Sadece öldürmüş olmak için öldürmek, acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek, silâhını denemek için öldürmek gibi durumlarda canavarca his sevkiyle öldürmek vardır. Kaynak İtalyan Ceza Yasasının bu hükme karşılık olan bendi «münhasıran» sözüyle başladığından, orada öldürmenin ancak ve ancak canavarca duygu ile işlenmesi aranmamaktadır ve başka bir öldürme nedeninin de bulunması halinde bu hüküm uygulanmamaktadır. Yasamıza «münhasıran» sözü alınmış değildir. Yasamızda «münhasıran» sözü kullanılmadığından, olayın özelliklerine göre başka bir nedenin dahi varlığı, canavarca his altında öldürmenin gerçekleşmesine engel olamayacaktır. Bu nedenle, öldürmenin yalnızca canavarca duyguların istemiyle meydana gelmesi halinde, canavarca his sevkiyle öldürmenin kabul olunabileceği yolundaki görüş yasaya uygun sayılamaz. Öldürülenin birden daha çok yaralanmış bulunması, canavarca hissin kabulü için yeterli sayılamazsa da, buradaki yaraların sadece birden fazla olması değil, fakat meydana gelme şeklinin de göz önünde tutularak canavarca duygunun kabulü yasaya aykırı sayılamaz» (44).

Burada bir ayraç açarak belirtelim ki, Yüksek Mahkemenin geliştirdiği bu düşüncenin her zaman tutarlı olduğu elbette ileri sürülemez. Profesör Erem'in de belirtiği gibi, belli bir sonuç belli bir nedene bağlanmamışsa, artırıcı neden, sonucun ancak o nedenden kaynaklanması halinde uygulanabilir. Nitekim ,böyle bir kayıt olmadığı halde, kan gütmede, «münhasıran kan gütme saiki» aranmaktadır (45).

Yüce Genelkurul, yukarıdaki düşüncelerden yola çıkarak, geceleyin karısı ile ilişki kurmak isteyen mağduru, keser sapı ile başından yaralayarak direnme gücünü kırdıktan sonra, hemen öldürmeyip yarım saat

---

(43a) Manzini, op. cit., 1981, II, s. 190.
(43) 1.CD., 21.6.1983, 1737/2171.
(44) C.Gk., 15.4.1963, 17/17.
(45) Erem, op. cit., s. 355.

süre ile kol ve bacaklarına keser sapı ile vuran, onları kıran, yaralayan, pantalonunu ve donunu indirerek bıçakla penisini kesen, şercine bıçak sokan failin eylemini «işkence ve tazip» ile adam öldürme olarak değerlendirmekle kalmamış, «sanığın büyük bir ahlâk düşüklüğüne sahip ve öç almak için her türlü hayvanca davranışlarda bulunabilecek bir kimse olduğu gerçeğini» ortaya koyduğunu da belirtmiştir (46). Ancak bu kararda canavarca duyguyu anımsatan «hayvanca davranışlardan» ve bu niteliği haiz kişiden söz edilmekle birlikte «canavarca his sevki» söz konusu yapılmamıştır.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında, mağdurun dövülerek öldürüldüğüne, anüse rakı şişesi sokulduğuna ve dolayısıyla eylemin «işkence ve tazip ya da canavarca his sevkiyle» işlendiğine ilişkin kanıt bulunmadığı için T.C. Yasasının 450/3. madde ve bendine giremeyeceğine değgin 1. Ceza Dairesinin kararına karşı yapılan itiraz üzerine, öğreti ve Yargıtayın görüşlerine göre, sırf öldürmek ya da ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmenin canavarca his sevkiyle adam öldürme olduğunu; olay günü ölenin içkinin etkisiyle sanığa «ayı» demesi üzerine tartıştıklarını, sanığın rakı şişesini mağdura vurmaya başladığını, pantalonunu indirerek kalçasını yaraladığını, bundan başka anüsüne zorla şişe soktuğunun tanık anlatımı ve raporla saptandığını belirtmiş ve şu sonuca varmıştır : «Özellikle yere düşürdüğü maktülü ters çevirerek pantolunu ve külodunu sıyırarak kabalarda 20 santimetreye değin uzayan pek çok yaralar husüle getirmesi ve anüsünü parçalayacak biçimde şişe sokması, sırf öldürmüş olmak için öldürmek ve ölenin acı çekmesinden zevk duymak için yapılan ve zorunlu olmayan vahşî karakter olarak kabul edilmiştir» ve bu gerekçeyle itiraz benimsenmiştir (47). Bu gerekçeden, Genelkurulun eylemi canavarca his sevkiyle adam öldürme olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Bir başka olay ve karar da şöyledir : Sürekli kendisine cinsel ilişki öneren maktulün üzerine benzin dökerek öldüren sanığın hareketini «vahşiyane» ve «işkence ile» öldürme olarak değerlendirip bozan 1. Ceza Dairesinin kararına karşı, yerel mahkemenin ağırlaştırıcı nedenin bulunmadığı gerekçesiyle direnmesi üzerine Ceza Genelkurulu, olayda öldürmenin önce vahşi davranışlarda bulunma olmadığından «işkence ve tazibin» ve yukarıda anılan 15.4.1963 gün ve 17/17 sayılı kararda belirtilen çerçeveye giren «canavarca his sevkinin» bulunmadığına karar vermiştir (48).

Yerel mahkeme; sanığın para sorunu nedeniyle tartıştığı kardeşini yumrukla dövmesini, bıçakla karnından yaralayıp yere düşürdükten sonra birçok kez yaralamasını, maktulenin yerden kalkmadığını görünce, cese-

(46) C.Gk., 15.4.1964, 17/17.
(47) C.Gk., 24.4.1948, 67/147.
(48) C.Gk., 29.6.1981, 168/288.

dini de ortadan kaldırmak için boynunu kesip gövdesinden ayırdıktan ve onu öldürüp torbaya koyduktan sonra ilerdeki arka atmasını canavarca his sevki ve işkence ve taziple adam öldürme olarak değerlendirmiş; özel Dairenin tersi görüşü nedeniyle kararın bozulması üzerine direnmiştir. Ceza Genelkurulu ise, 15.4.1963 gün ve 17/17 sayılı kararına gönderme yaparak, bu kararı bozmuştur (49).

Son bir karar da şöyledir : Maktülün ön dişlerinin kırık, yüzün sol yerinde ökçe izi, sağ şakak, çene, göbek ve boyunda ekimozlar, hyoit kemiğinin kırık olması ve öldürme nedeninin bulunmaması karşısında yerel mahkeme, olayda «canavarca his sevki» ve «işkence ve tazip» görerek uygulama yapmış; Ceza Genelkurulu ise, yine 15.4.1963 günlü karardaki deyişleri yineleyerek kararı yerinde bulmamıştır (50).

Askeri Yargıtay 3. Dairesi de şu kararı vermiştir : «T. Ceza Yasasının 450/3. maddesinde «canavarca bir his sevki ile» öldürmeden söz edilip bu deyimin tanımı yapılmadığına göre, öldürmenin canavarca hisse işlenip işlenmediğini yargıcın, olayın mahiyetini ve eylemin işleniş biçimini göz önünde bulundurarak takdir edeceği kuşkusuzdur. Sanıkların maktulleri hiç tanımadıkları halde sırf kendi görüşlerinde olmamalarından dolayı ve müştereken onları bayıltıncaya kadar dövmeleri ve daha sonra da bu kişileri bağlayarak çuvala koymaları, işlemiş oldukları bu suçun delil ve emarelerini ortadan kaldırmak, daha doğrusu kendilerini ele vermek korkusuna yönelik olup, bu hali kanunun amaçladığı anlamda «canavarca his» biçiminde kabul etmek olanaksızdır» (51).

VI — SONUÇ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıdaki veri ve yargısal görüşlerden çıkan sonuçlar şunlardır :

Türk Yargıtayı, «canavarca his sevkini» bugüne değin tanımlamamıştır. Yasa koyucunun kimi terimleri somut olayların ışığında tanımlanmasını istemesi ve bunu uygulamaya bırakması yerindedir. Esasen, her terim ve kavram tanımlansaydı, yasalar, baştan sona tanımlarla dolardı. Bu ise yasa tekniğine aykırıdır. O nedenle, yasanın tanımlamadığı bir terim ve kavramı tanımlamak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ülke çapında tekdüze uygulamayı ve karar gerekçelerinde disiplini sağlamak Yargıtayın görevi olduğundan, «canavarca his sevkini» tanımlamak da elbette Yüksek Mahkemeye düşmektedir. Yasanın tanımdan kaçınması, bundan kaçınmanın gerekçesi değil, kaçınamazlığın gerekçesi olmak gerekir. Tanımın zor

(49) C.Gk., 7.6.1982, 110/266.
(50) C.Gk., 1.2.1988, 520/9.
(51) Askeri Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 29.12.1981 gün ve 450/507 sayılı kararı, İleten : Erem, op. cit., s. 355.

olması ise, olanaksız olması demek değildir. Bütün bu nedenlerle bu kavram tanımlanmalı, onun boyutları belirlenmeli ve çerçevesi çizilmeli; ilk mahkemeler tarafından somut olayda bu içtepinin olup olmadığı, belirtilen çerçeve içinde tartışmalıdır. Yargıtayın denetimi işte bu tartışmanın tutarlı ve yeterli olup olmadığıyla ilgili olacaktır. Çünkü, bu içtepi, psikolojiktir ve var olup olmadığını saptamak ise mahkemeye ait fiilî bir sorundur.

Bu saptayımdan sonra kavramın tanımını yapabilir ve çerçevesini çizebiliriz. Bizim önerimiz şudur :

a) Yabanıl kötülük içtepisi, Yasanın anlatımıyla «canavarca his sevki» psikolojik bir olgudur.

b) Bu psikolojik olgu her tür bulgu ve kanıtla sergilenebilir. Özellikle failin davranışları bu konuda dikkate alınmalıdır. Kaba, hoyrat, tiksindirici davranışlar ve faili adam öldürmeye ya da yaralamaya iten nedenle sonuçlar arasındaki oransızlık, bu konuda başlıca ölçütlerden biridir. Ancak, hiç bir nedenin olmaması, her zaman bu içtepinin kanıtı olamaz.

c) Yasamız, kullanılan aracı değil, içtepiyi ağırlaştırıcı neden olarak benimsemiştir. Kullanılan araç, belki bu içtepinin kanıtlanmasında yardımcı olabilir, ancak zorunlu değildir.

ç) Yeni İtalyan Ceza Yasasındaki düzenlemelerden de bu konuda yararlanılmalıdır. Gerçekten T. Ceza Yasasında öngörülen «canavarca his sevkinin», İtalyan Ceza Yasasının 61. maddesindeki gibi moral açıdan her zaman bayağı olamasa da, toplumun ortak bilincinin, duygusunun ve vicdanının onaylamadığı bir içtepi, güdü olduğu gerçeği gözden uzak tutulamaz.

Öte yandan, söz konusu Yasanın aynı madde ve bendinde geçen yararsızlık, değersizlik, gereksizlik güdüsüyle, «canavarca his sevkinin» bire bir çakıştığını ileri süren yazarlara hak vermek yerinde olur. Zira, burada da, eylemin ağırlığıyla eyleme iten neden arasında nicel bir oransızlık bulunmaktadır. Failin tehlikeli ve kötülüğe eğilimli olduğunu sergileyen nesnel bir ölçüttür bu. Yargıç, bu hususu saptamalı ve değerlendirmelidir.

d) Yargıtayımızın özetlediğimiz kararları konuya ve kavrama, özsü değil, marjinal bir yaklaşımı sergilemektedir. Yüksek Mahkememiz, canavarca bir his sevkinin tanımını yapmamış, örnekler vererek açıklamalarda bulunmakla yetinmiştir. Kavramsal bir görüş üretmek yerine, olaysal görüşle yetinmenin yerinde olmadığı inancındayız.

e) Yukarıda sergilediğimiz Türk ve kaynak İtalyan Yasalarında kullanılan deyimler, yeni İtalyan Ceza Yasası, İtalyan Yargıtayı ve Yargıtayı-

mızın kararlarının ışığı altında biz «canavarca his sevki» kavramının çerçevesini şöyle çizmekte ve şu tanıma ulaşmaktayız : Canavarca his sevki; toplum bilincinin ve ahlâkının tepkisini çeken, amaçladığı nedenle yol açtığı sonuç arasında nicel açıdan belirgin bir oransızlık sergileyen, her tür bulgu ve kanıtla tanıtlanabilen ve özünde hoyrat ve yabanıl kötülük eğilimi bulunan psikolojik bir içtepidir.

●

KULLANMA HIRSIZLIĞI

Hikmet GÖKÇE (*)

● **ANLATIM DÜZENİ : I — Giriş. II — Karşılaştırmalı hukukta düzenleme : 1 — Fransa'da. 2 — İsviçre'de. 3 — Almanya'da. 4 — İtalya'da. III — Kullanma hırsızlığının hukukumuzdaki gelişimi. 1 — Uygulama. 2 — Adalet Bakanlığı'nın 1950 yılında hazırladığı «Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı'nda düzenleme. 3 — 1987 yılında hazırlanan «Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nda düzenleme. 4 — Kullanma hırsızlığı suçunun unsurları. IV — S o n u ç.**

I. GİRİŞ

Hırsızlık, başkasına ait taşınabilir bir malı sahibinin rızası olmaksızın faydalanmak kastı ile bulunduğu yerden almaktır (1).

Kullanma hırsızlığı ise, başkasının malını bulunduğu yerden almaksızın hakkı olmadan kullanmak veya bir malın kullanıldıktan sonra iadesi maksadıyla sahibinin rızası olmaksızın alınması şeklinde gerçekleşebilir.

Birinci halde, yani başkasının malını bulunduğu yerden almaksızın hakkı olmadan kullanmak halinde, karşılaştırmalı hukukta hırsızlık fiilinin unsurlarından olan «almak» veya «temellük etmek» veyahut «alıp zilyedliğine geçirmek» şartı gerçekleşmediğinden hırsızlık suçu oluşmamaktadır. Manzini'ye göre, sahibinin rızası hilafına bir tabloyu yerinden almaksızın kopye eden veya fotoğrafını çeken faili hırsızlık suçundan cezalandırmak mümkün değildir; çünkü olayda, hırsızlık suçunun maddi unsuru olan «almak» hareketi esasen yoktur. Failin malı almadan sözü geçen faydayı sağlayıncaya kadar yapmış olduğu hareketler müstakil ve ayrı bir suç oluşturmazsa, fail cezalandırılamaz; böyle bir halde mağdurun hukuk mahkemesinde haksız fiilden dolayı tazminat davası açması düşünülebilir (2).

İkinci halde, yani bir malın kullanıldıktan sonra iadesi maksadıyla sahibinin rızası olmaksızın alınması halinde ise burada inceleyeceğimiz kullanma hırsızlığı suçu oluşur. Kullanma hırsızlığı nasıl bir suçtur, unsurları ve hırsızlıktan farkları nelerdir? Tüm bu soruları yanıtlamak için

---

(*) **Hâkim Adayı.**

(1) **Dönmezer**, S., Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, S. 279.

(2) **Şensoy**, N., Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, Nazir Aksaban Matbaası, İstanbul 1963, S. 69.

önce karşılaştırmalı hukuk, daha sonra hukukumuzda mevcut uygulama ve geliştirme çabaları, son olarak da bu bilgilerin ışığında kullanma hırsızlığı suçunun unsurları incelenecektir.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DÜZENLEME

1. Fransa'da

Fransız hukukunda yazarların çoğunun taraftar oldukları bir görüşe göre, malı kullandıktan sonra iade maksadıyla alan kişi hukukî zilyedlik değil, fakat geçici bir zilyedlik kazanmaktadır. Fransız hukukuna göre hırsızlık cürmünün oluşması için failde mala sahip olma kastı bulunmak gerektiğinden ve kullanıldıktan sonra iade için alma hallerinde ise, böyle bir maksat bulunmadığından fiil hırsızlık cürmünü oluşturmaz, denilmektedir. Bu görüş, meselâ kullanılmak üzere alınan bir otomobilin deposunda bulunup harcanan benzini çalınmış sayar; hatta bir yazar bu gibi hallerde lastiklerdeki aşınma dolayısıyla hırsızlığın var olduğunu ileri sürmüştür (3).

Fransa'da çok liberal gözüken bu çözüm yolu özellikle otomobil hırsızlıklarının çoğalması dolayısıyla dikkati çekmiş ve bazı ayırımlar yapılarak bu tür fiillerin hırsızlık çerçevesine sokulmasına çalışılmıştır. 1930 yılında Nantes asliye ceza mahkemesi, çalınan otomobilin alındığı veya getirilip bırakılmaması ve başka bir yerde terkedilmiş olmasının, failindeki mala sahip olma kastını gösterdiği gerekçesi ile hırsızlıktan dolayı mahkûmiyete karar vermiştir (4).

1938 tarihli Fransız projesi, başkasının malını tesahüp kasdı olmaksızın haksız yere kullanan kimseyi adi hırsızdan çok daha hafif bir şekilde cezalandırmaktadır (M. 445). Adi hırsızlığın cezası bir ilâ beş sene hapis cezasıdır. Hâkimin 100 franktan az ve 10.000 franktan da fazla olmamak üzere para cezası hükmetmek selâhiyeti vardır. Halbuki başkasının malını tesahüp etmek maksadı olmadan sadece kullanan kimsenin cezası on günden altı aya kadar hapis ilâ 100 franktan 1000 franga kadar para cezasıdır (5).

2. İsviçre'de

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanununda (M. 137) umumi hırsızlık şöyle tarif edilmiştir : «Kendisine veya başkasına haksız bir iktisap sağlamak için, başkasına ait taşınabilir bir malı bulunduğu yerden almak». Bundan

---

(3) **Dönmezer**, S., age., S. 304.
(4) Ibid.
(5) **Kunter**, N., Kullanmak İçin Hırsızlık, İstanbul Baro Dergisi, sayı 9, yıl XXII, Eylül 1948, S. 452.

başka İCK'da haksız iktisap temini maksadı mevcut olmayan halleri de (meselâ kıskançlık, iade etmek, intikam almak, tahrip etmek için taşınabilir bir malı almak) - neticede bir zarar husule gelmiş olmak şartı ile suç saymıştır (M. 143). İktisap maksadı dışındaki bu çeşit hırsızlıkların cezası, umumi hırsızlığın cezasından çok daha azdır. İCK'nun aynı maddesinde şöyle bir hüküm de vardır : Hafif hallerde (veya az vahim hallerde) yalnız para cezası verilir. Yine bu hükme göre hafif hallerde bu suç «cürüm» olmaktan çıkmakta ve «kabahat» haline dönüşmektedir (m. 101). Bütün bu hükümlere rağmen İCK. kullanma hırsızlığını kısmen öngörmüştür. Çünkü 134. madde fiilin suç sayılabilmesi için «bir zararın doğmuş olması»nı şart koşmaktadır. Bu sebeple zarar husule gelmemiş ise bu madde tatbik edilemeyecek demektir. Ceza Kanununun bu boşluğu 1932 tarihli Federal Seyrüsefer Kanunu ile kısmen telafi edilmiş sayılabilir. Bu kanunun 62. maddesine göre motorlu bir nakil aracının sadece kullanmak için çalınması suçtur. Fakat motorsuz bir nakil aracı (örneğin bisiklet) çalınırsa ve bir zarar da doğmazsa, Federal Mevzuata göre ceza vermek mümkün olamayacaktır. Bununla beraber bazı Kanton hükümleri bu boşluğu da doldurmuş bulunmaktadır (6).

3. Almanya'da

4.8.1953 tarihinde yapılan tadil ile Alman Ceza Kanunu 248 b maddesi şöyledir «Her kim sahibinin izni olmaksızın, motorlu vasıtasını veya bisikletini kullanmak için alırsa, fiil ağır bir cezayı müstelzim olmadığı takdirde, faile 3 yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs cezayı müstelzimdir. Takibat şikâyete bağlıdır. Şikâyet eden şikâyetinden vazgeçebilir. Fiil karı, koca veya furu hısımları arasında işlenmişse, faile ceza verilmez. Bu nizamnameye göre motorlu vasıtalardan kasıt, makine ile işleyen vasıtalardır; belediyeye ait ve bir hat üzerinde çalışmayan vasıtalar da bu mefhuma dahildir» (7).

Sırf kullanmak için almanın müstakil bir suç sayıldığı ikinci hal Roma Hukukunun tesiriyle Alman Hukukuna geçen ve bugünkü ACK 290. maddesinde ifadesini bulan haldir. Buna göre umuma açık olan bir rehin müessesesine verilen şeylerin sahibinden habersiz olarak kullanılması sırf kullanıldığı için ceza tertibi altına konmuş ve fail hakkında bir yıla kadar hapis ve aynı zamanda para cezası ile tecziyesi öngörülmüştür. Ancak bu suç tipinin emniyeti suistimal suçuna benzemesi, uygulamada çok az gö-

---

(6) **Erem**, F., Kullanma Hırsızlığı (Karar İncelemesi), AHFD, sayı 3-4, Yıl VIII, 1951, S. 721-722.

(7) **Önder**, A., Alman Ceza Hukukunda Başkasının Malını Kullanmak İçin Almak Suçu, Ankara Baro Dergisi, 1956, n. 5, S. 313.

rülmesi ve ceza siyaseti düşüncesi ile bugüne kadar yapılan kanun tasarılarına alınmamıştır (8).

4. İtalya'da

Mehazımız olan 1889 tarihli İtalyan Kanununun sistemi ile bizimki arasında meselemiz bakımından fark yoktur. Başkasının taşınabilir malını faydalanmak maksadıyla bulunduğu yerden almak hırsızlık sayılmıştır (M.402). Kullanma için hırsızlığın suç olup olmadığı meselesi İtalya'da da ortaya çıkmıştır. Doktrinin büyük ekseriyeti, bu arada Carrara, Impallamoni, Manzini, Majno ve Civoli kullanmak için hırsızlığın adi hırsızlık olduğu fikrinde idiler. Bunların tezi faydalanmak mefhumuna dayanmakta idi. Kanunun mala tesahüp etmek maksadını değil, fakat sadece faydalanmak maksadını aradığı belirtilmekte ve kullanmanın da bir nevi faydalanmak olduğu söylenmekte idi. Suç olmadığını iddia edenler ise, kullanma için hırsızlığın iki bakımdan yani hem subjektif unsur bakımından, hem de meydana gelen zarar bakımından adi hırsızlık suçundan farklı olduğunu, bu itibarla tecziye için kanunda bir sarahat olması gerektiğini söylüyorlardı (9).

1930 kanunu ile sorun çözümlenmiş, yeni kanunun 626. maddesi birinci bendine göre «eğer suçlu, sadece çaldığı malı az bir zaman için kullanmak maksadiyle hareket etmiş ise ve çalınan mal da az bir zaman kullanmadan sonra derhal iade edilmiş ise, suçtan zarar gören şahsın şikâyeti üzerine bir seneye kadar ağır hapis yahut 2000 lirete kadar ağır para cezası verilir». Böylelikle İtalyan kanun koyucusu, kullanma hırsızlığını, adi hırsızlığa göre ceza ve suçun takibi açısından daha yumuşak bir rejime tabi tutmuştur.

III. KULLANMA HIRSIZLIĞININ HUKUKUMUZDAKİ GELİŞİMİ

1. Uygulama

Amerikan Ateşemiliterinin otomobilini kullanıp iade etmek maksadı ile alan dört genç, kullandıktan sonra otomobili iade etmişler, Ankara İkinci Sulh Ceza Mahkemesi de TCK. 491/1 ile ceza vermiş ve Mahkeme zararın derecesini takdir ederken sarfedilen benzini esas almıştır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi hükmü onamıştır. Bu karara Başsavcılık itiraz etmiştir. Başsavcılık itirazında, kullandıktan sonra iade maksadı kabul edildiğine göre, hırsızlık kasdı olmadığı halde fiilin hırsızlık olarak tavsifinin yolsuz olduğu ve ayrıca sanıkların otomobilin tanıdıkları bir kimseye ait olduğunu sandıklarını söylemelerine rağmen, bunun araştırılmadığı belirtilmiş-

---

(8) **Önder**, A., agm., s. 313-314.
(9) **Kunter**, N., agm., s. 454-455.

tir. Ceza Genel Kurulu 15.7.1946 tarih ve 10 - 115 sayılı kararında «hırsızlık kasdının bulunmadığına matuf itirazname münderecatı yerinde olmakla» aleyhine itiraz olunan onama kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

Diğer bir olayda üç kişi, bir gece balığa çıkmak ve dönüşte iade etmek üzere sahiplerinin rızası olmaksızın sahile çekilmiş bir sandalı denize indiriyorlar. Sandaldaki suyu boşalttıkları sırada yakalanan sanıkların, çalmak kasıtları olmadığından beraatlerine karar veriliyor. Savcılığın temyizi üzerine Yargıtay 2. Ceza Dairesi, Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda belirtilen 107 - 115 sayılı kararındaki düşünceyi yerinde görmeyerek hırsızlık suçunun oluştuğuna karar veriyor. Kararın gerekçesinde :

«Hırsızlığı başkasına ait taşınabilen herhangi bir malı sahibinin malumatı olmaksızın faydalanmak maksadiyle, bulunduğu yerden almak suretinde tarif etmiş olan Ceza Kanununun 491. maddesinin sarih hükmünden de anlaşılacağı veçhile, hırsızlığın farik vasfı failine nazaran faydalanmak kasdında ve malı aşırılana göre de tasarruf hakkından mahrumiyete temerkuz etmektedir. Aşırılan malda faydalanma keyfiyeti, yemek, içmek, giymek, kullanmak, satmak ve bir kelime ile istihlak etmek suretiyle maddi şekillerde tezahür edebileceği gibi faydalanmanın bilkuvve yani mânen iktisap ve istihsal olunması da mümkün ve vaki olduğuna göre bunun muhtelif şekilleri arasında mesuliyetin tayini bakımından tefrik yapmaya suçun mahiyeti müsait olmadığı ve hırsızlığın yukarıda işaret olunan mümeyyiz vasfına göre failin aşırdığı bir maldan herhangi bir suretle faydalandıktan sonra sahibine iade maksadını taşımış olmasının veyahut suçtan mutazarrır olan kimsenin aşırılan mal üzerinde tasarruf hakkını kullanmaktan mahrumiyetinin daimi veya muvakkat bulunmasının da suçun mahiyetini değiştirmeyeceği meydandadır. Bunun aksini iltizamla meselâ bahçede veya herhangi bir yerde bırakılmış olan binek hayvanını veya otomobil ve arabayı diğer bir köy veya kasabadaki işleri görmek veya tenezzüh maksadıyla aşırarak iş ve tenezzüh ihtiyacı temin olunduktan sonra getirilip iade olunması ve yine istikraz veya başka suretlerle para tedarik veya teminine imkân bulamayan birinin komşusunun kıymetli eşyasını aşırıp rehnederek ay başında aldığı maaşla bedelini vermek suretiyle merhunu istirdat edip sahibine vermesi ve müzik zevkini tatmin maksadiyle mağazadan radyo aşırarak bir müddet kullandıktan sonra götürüp mağazasına teslim etmesi gibi hallerde de faillerinin herbiri bir suretle faydalanmış olacakları ve eşya sahiplerinin de iadeye kadar geçen zaman içinde malları üzerinde tasarruf hakkından mahrum kalacakları şüphesiz bulunmasına rağmen mücerret iade etmek hususundaki niyetlerine dayanılarak cezai mesuliyetten vareste tutulmaları lâzım geldiği yolunda mülahaza ve içtihatlara yer vermek, Anayasanın temin ve Ceza Kanununun teyit ettiği tasarruf haklarının masuniyetini ihlale ve yer yer görülmekte olan bu kabil vakaların artmasına sebebiyet vereceği aşikâr bulunmaktadır».

Yargıtay daha sonra da benzeri olaylarda hırsızlık suçunun oluştuğu

görüşünü tekrar etmiş, bu içtihadı istikrar kazanmıştır. Bir kararında Ceza Kanununun hırsızlığa ait hükümlerinde müterakki bir ceza sistemi kabul edilmiş olmasına göre, intifa hırsızlıklarında dahi unsurlar ve şartları mevcut olduğu takdirde 491/ilk fıkra değil, diğer madde ve bentlerinin de uygulanacağını açıklamıştır (10).

Kullanma hırsızlığından doğan zararın hesaplanmasında öncelikle eylemin kullanma hırsızlığı olup olmadığının araştırılacağı, eğer olay kullanma hırsızlığına ilişkin ise gerek benzin sarfı gerek kullanım nedeniyle meydana gelen zararların tesbiti sonucunda TCK. nun 522. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir (11). Bu konuda daha ileri gidilerek - kullanımdan doğan zararların yanında - kullanma eylemi ile nedensellik bağları bulunmaması ve cürmi kastının dışında kalan taksirli eylemin sonucu doğan hasar tutarı da gözetilerek TCK. nun 522. maddesinin buna göre uygulanması bozma nedeni sayılmıştır (12).

Yargıtay çalınan malın iade edilmesi gereken yeri, geniş yorumlamaktadır. Çoban olan sanığın yaylım yerine başıboş bırakılan atı, köyden yiyecek getirmek için alıp bindikten sonra köye yakın bir mesafede bırakması olayında, kararı bozulan Mahkeme, müdahile ait atın köy yakınında terkedilmesine göre rızai ve iradi bir iadeden söz edilemeyeceğini ve bu nedenle TCK. nun 523. maddesinin uygulanmayacağını ileri sürerek eski hükmünde direnmiştir. YCGK, sanığın fiilinin «faydalanma hırsızlığı» suçunu teşkil ettiğini, faydalanma hırsızlığında TCK. nun 523. maddesinin tatbik edilemeyeceği şeklinde ve bozmaya ters düşen bir gerekçe ile eski kararda ısrar edilmesini yasaya aykırı bulmuş ve direnme hükmünün bozulmasına karar vermiştir (13). Olayda atın köye yakın bir mesafede bırakılması iade sayılmaktadır.

Kullanma hırsızlığında TCK. nun 523. maddesinin uygulanması konusunda ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bulunduğu yerden bir otomobili alarak işletip bir süre dolaştıktan sonra yerine getirerek bırakmanın özelliği olan bir çalma olduğu, yararlandıktan sonra o malın geri verilmiş olmasının TCK. nun 523. maddesinin uygulanmasını gerektirmeyeceği görüşünde idi (14). Yargıtay 6. Ceza Dairesi, bu görüşten ayrılarak kullanma hırsızlığında çalınan eşyanın aynının iadesi suçun unsurundan ise de, mağ-

---

(10) İlmi ve Kazai İçtihatlar, Kazancı Yayınları, C. 3, S. 310; Y.6.CD., 29.9.1969, 4962 - 5317.

(11) İl. ve Kaz. İçt., age., C. 3, S. 313; YCGK., 6.4.1970, 6/36 - 149.

(12) **Esin**, Kemal; Devlet ve Şahıs Mallarına Karşı İşlenen suçlar, S. 644; Y.6.CD., 12.6.1986, 5788 - 6497.

(13) İl. ve Kaz. İçt. age., C. 5,S. 315; YCGK., 8.4.1974, 6/71 - 203.

(14) Adalet Dergisi, 1961, Sayı 5, S. 516; YCGK, 30.1.1961, itiraz 8-6.

durun, çalışmadan husule gelen (sarfedilen benzin, işten kalma, çarpmadan husule gelen zarar gibi) zararının tamamen tazmini halinde TCK. nun 523. maddesi uygulanması gerekeceğini açıklamıştır (15). Düşüncemize göre de doğru olan ve dayanaklarını bu suçun unsurlarını incelediğimiz bölümde açıklayacağımız bu görüş, ilgili Dairenin bir başka kararında da yer almıştır (16). Söz konusu kararda :

> **«Faydalanma hırsızlığında, kastedilen yararlanma sağlandıktan sonra malın geri getirilmiş olması takdirinde TCK. nun 523. maddesinin uygulanması gerekmeyeceği kuşkusuz ise de otonun kullanılmış olmasından doğan yakıt, amortisman ve aşınma bedelleri karşılığının veya otoya iras edilen herhangi bir zararın ödenmiş olması halinde sözü edilen maddenin uygulama olanağı bulunmasına ve incelenen dosyada bütün bu bedellerin sanık tarafından müştekiye dava açılmadan önce ödenmiş olduğunun... anlaşılmış olmasına göre, tebliğnamedeki 1 nolu bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir».**

2. Adalet Bakanlığı'nın 1950 yılında hazırladığı «Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı»nda düzenleme

1950 yılında Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan bir tadil tasarısında şu hüküm teklif olunmuştu : «Hırsızlık çalınan maldan geçici olarak faydalanmak maksadı ile işlenir ve çalınan mal az zaman sonra iade olunursa 491, 492, 493. maddelere göre hükmolunacak ceza» azaltılır ve «bu takdirde takibat yapılması suçtan zarar görenin şikâyetine bağlıdır». Görülüyor ki bu tasarı, kullanma hırsızlığını, bir çeşit kanuni tahfif sebebi olarak kabul etmiştir. Bu sebeple evvela kullanma hırsızlığında, hırsızlığın umumi unsurları aranacak, yani fiil hırsızlık sayılacak, bundan sonra mevcut cezalar azaltılacaktır. Erem, kullanma hırsızlığına teşebbüs cezayı müstelzim olacak mıdır sorusuna ise «Eğer tasarı kullanma hırsızlığını müstakil suç saymış olsa idi, bu suça teşebbüsü cezalandırmak imkânı bulunamayacaktı. Çünkü bu suçta iade şartı arandığına göre hadisede «şarta bağlı suç» vasfı görülecekti» şeklinde cevap veriyor (17). Ancak kullanma hırsızlığının umumi hırsızlık ile birlikte düzenlenmesi bu suçun niteliğini değiştirmez. İleride değineceğimiz gibi bu suça teşebbüs, suçun hukuki yapısı nedeniyle, mümkün değildir. Umumi hükümlerde düzenlenmesi veya müstakil olarak düzenlenmesi bu sonucu değiştirmez.

3. 1987 yılında hazırlanan «Türk Ceza Kanunu Öntasarısı»nda düzenleme

---

(15) Yargıtay Kararları Dergisi, 1980, Sayı 4, S. 607; Y.6.CD., 12.10.1978, 5946-5839.

(16) Esin, K., age., S. 654; Y.6.CD., 18.1.1980, 199-150.

(17) Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, C. IV, S. 761.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nda, kullanma hırsızlığı, hafif hırsızlık başlığı altında 159. madde birinci bendinde düzenlenmiştir.

Madde 159 : «Hırsızlık

1. Geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan ve ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmemiş özel bir ulaşım aracı,

2. .....

hakkında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün takibi şikâyete bağlıdır»

Maddenin gerekçesinde ise :

«Maddede hafif hırsızlık halleri düzenlenmiş ve bu hallerde kovuşturma yapılması mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur, re'sen yapılacak takibatın yaratabileceği sakıncaların bertaraf edilmesi istenmiştir.

Hafif hırsızlık hallerinden birincisi kullanma hırsızlığıdır. Suçun oluşması bazı şartlara tabi tutulmuştur. Demiryolları ile hava nakil vasıtaları madde kapsamına alınmamıştır. Kara ve deniz ulaşım araçlarının ise yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmemiş olması gerekmektedir. Bu sebeple ücret karşılığında yük ve yolcu taşımaya tahsis edilen tekne, gemi, otobüs, minibüs, kamyon ve taksilerin kullanılıp iadesi maksadıyla çalınmaları halinde belirli bir süre için dahi olsa, zilyedin ticaret serbestisinin engellendiği geçim kaynağından yoksun bırakıldığı gözönüne alınarak hırsızlığın hafif halini oluşturmayacağı sonucuna varılmıştır. Maddenin 1. bendinin tatbiki için failin belirtilen maksatla hareket etmesi yeterli olup, alınan şeyin bilfiil iade edilmiş olması gerekmemektedir.

2. bentte...

Bu haller dışında, failin çaldığı malı iade veya tazmin etmesi esasen faal pişmanlık halini oluşturacağından 20. madde uygulanacaktır.

Maddenin son fıkrası, hafif hırsızlığın bütün şekillerini takibini şikâyete bağlı tutmuştur.»

Öntasarıya göre hafif hırsızlığın birinci bendinde düzenlenen kullanma hırsızlığının oluşması için :

a. Geçici bir süre kullanma,

b. Kullanımdan sonra zilyedine iade edilme veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakma,

c. Ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmemiş olan öezl bir ulaşım aracı hakkında işlenmesi unsurlarının

bulunması gerekir.

Öntasarıda kullanma hırsızlığı takibinin şikâyete bağlı olması, diğer hırsızlık suçlarına nazaran daha hafif bir ceza rejimine tabi tutulması ve gerekçesinde failin iade amacıyla hareket etmesini yeterli sayıp, alınan şeyin bilfiil iadesini aramaması olumlu yönde bir gelişme sayılır. Ancak söz konusu bentte sadece özel ulaşım araçları hakkında işlenirse kullanma hırsızlığının oluşacağı belirtilmiş, bu da hükmün uygulama alanını hayli daraltmıştır. Ayrıca «ulaşım aracı» kavramının da açıklanması gerekir; hayvan, bisiklet, sandal... ulaşım aracı sayılacak mıdır? Böyle bir sınırlamaya gitmeden, kullanma hırsızlığı suçunun mahiyetine uyan tüm taşınabilir mallar için bu suçun oluşacağını kabul etmek, daha uygun olurdu.

4. Kullanma hırsızlığı suçunun unsurları

Ceza Kanunumuzun 491. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun unsurları :

a. Taşınabilir mal olması,
b. Mal sahibinin rızasının olmaması,
c. Faydalanmak kasdı,
d. Bulunduğu yerden almaktır.

Ceza Kanunumuzda olduğu gibi ayrı bir madde olarak düzenlenmediği hallerde, kullanma hırsızlığı fiilinin, tüm unsurları oluştuğundan hırsızlık sayılacağı doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir (18).

Hırsızlık suçunda korunan yararın zilyedlik olduğunu belirten Dönmezer'e göre; Yargıtay kararlarımızda tekrarlanan ve sahibinin rızası olmadan kullanma maksadı ile alma ve iade hallerinde hırsızlık suçunu kabul eden görüş isabetlidir. Gerçekten kullanma maksadı ile de olsa bir şeyin alınması, gerçek zilyedin o şey üzerindeki tasarruf imkân ve egemenliğini kaldırır, hiç olmazsa tatil eder; artık gerçek malik o anda, zilyedliğin verdiği yetkiyi kullanamaz hale girmiş olur (19).

Kullanma hırsızlığının, hırsızlıktan fazla iki unsuru vardır :

A. Failin kısa bir süre için kullanma amacı : Failin, fiili işlerken, çaldığı malı kısa bir süre kullanma amacıyla hareket etmesi gereklidir. Suçu işlerken böyle bir amaçla hareket etmeyen, ancak daha sonra malı iade eden fail hakkında şartları varsa TCK 523. madde uygulanmak gerekir.

---

(18) **Kunter**, N., agm.; **Dönmezer**, S., age.; **Erem**, F., agm.; **Şensoy**, N., age.; **Önder**, A., agm.; **Kıyak**, F., Umumi ve Hususi Kanunlarda Hırsızlık Cürümleri; **Özek**, Ç., Kullanma Hırsızlığı, İHFM, c. XXVIII, sayı 2.

(19) **Dönmezer**; S., age., S. 308.

B. Derhal iade : İkinci farklı unsur, çalınan malın kullanıldıktan sonra derhal iadesidir. Metzger'e göre birkaç saat binmek için sandalın sahibinden alınması hırsızlık suçunu meydana getirmez. Fakat ilkbaharda alınan ve bütün yaz mevsimi boyunca kullanılıp kışın iade edilen sandal sahibine temin edeceği menfaatten bütün yaz mevsimi boyunca onu mahrum bırakması bakımından hırsızlıktır (20).

Kullanma hırsızlığı, yapı olarak da hırsızlıktan farklıdır. Hırsızlık suçunda almak unsuru, malın bulunduğu yerden kaldırılması suretiyle zilyedin egemenlik alanından çıkarılması ve failin veya bir üçüncü kişinin egemenlik alanına sokulması ile tamam olur. Bu görüş malın bulunduğu yerden alınmasıyla hırsızlık fiilinin tamamlanmış olmasını belirler. Fakat eşya yerinden alınmakla beraber, failin üzerinde tasarruf edebilecek şekilde bu malı onun üzerinde iktidara sahip bulunan kişinin alanından çıkararak, kendi nüfuz ve egemenlik alanına sokmuş bulunması gerekir (21). Kullanma hırsızlığında ise netice malın belli bir süre kullanılması ve daha sonra iadesidir. Bir başka deyişle, netice belirli bir süre - kullanma süresince - devam etmektedir. Netice belirli bir süre devam etse bile bu suçu mütemadi sayamayız. Mütemadi suç, temadinin başlaması ile bitmesi arasında geçen süre içinde, yani mütemadi suçun hukuki konusunu teşkil eden hak ve menfaatin ihlâline devam edildiği müddetçe icra edilmiş olur. Kullanma hırsızlığında da netice, çalınan malın kısa bir süre kullanılması ve daha sonra iadesidir. Ancak kullanma hırsızlığı, mütemadi suç sayılamaz. Zira çalınan malın kullanımı sürecinde, kullanma hırsızlığı suçu icra edilmemektedir; ancak çalınan mal iade edildiğinde kullanma hırsızlığı suçu oluşacaktır. Fail, kısa bir süre kullandıktan sonra iade etmek amacı ile çaldığı malı, kendi iradesiyle iade etmeden önce harici bir neden buna engel olursa kullanma hırsızlığı değil, hırsızlık suçu oluşur. A, B'nin otomobilini kullanmak amacı ile çalsa ve çaldıktan sonra iade edemeden yakalansa hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü faildeki kullanma amacı, kendi iradesiyle çalınanı iade edinceye kadar geçen sürede değişebilecektir. İade ile faildeki kullanma amacı belirlenir ve kullanma hırsızlığı suçunun işlendiği kabul edilir.

Kendine özgü yapısı nedeniyle mütemadi suç sayılamayan kullanma hırsızlığı, öğretide «şarta bağlı suç» olarak nitelendirilmektedir (22). Yine bu farklı yapı, kullanma hırsızlığının bazı kavramlarının ayrıca incelemesini gerektirmektedir.

A. Taşınabilir mal : Kullanma hırsızlığında çalınan ve iade olan malın, failin kullanarak yararlanmasına uygun nitelikte olması gerekir.

---

(20) **Önder**, A., «Metzger'den», S. 312.
(21) **Dönmezer**, S., age., S. 280.
(22) **Erem**, F., agm., S. 724.

Tüketim malları kullanıma konu olamayacağı ve ancak tüketilmekle faile bir yarar sağlayacağından bu suçun maddi konusu olamazlar. Kunter'e göre bu konuda mutlak bir hüküm koymamak yerinde olur. Çalınan para ve yiyecek eşyası gibi mallar, tüketilmeden de - örneğin teşhir sureti ile - kullanılabilirler (23).

B. İade : Kullanma hırsızlığının en önemli unsuru iadedir. İadenin iradi olması gerekir. Benzini bittiği ve benzin sağlamak mümkün olmadığı için otomobilin terkedilmesini İtalyan Yargıtay'ı iade saymamıştır (24).

Çalınan malın alındığı yere veya sahibinin kolayca bulabileceği bir yere bırakılması halinde, iade gerçekleşir. İade ile amaçlanan, sahibinin malına yeniden zilyed olmasıdır. Yargıtayımız, yukarıda gördüğümüz gibi, yaylım yerinden alınan başıboş atın köyün yakınında bırakılmasını haklı olarak iade saymıştır (25).

Kullanma hırsızlığında, kullanım nedeniyle malda meydana gelen eksiklikler iadeyi engellemez. Aksi takdirde kullanma hırsızlığı suçunun bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü her kullanım az veya çok, çalınan malda yıpranma veya eksilmeye neden olacaktır. Bu nedenle uygulama ve öğretide, normal kullanımdan doğan eksikliklerin iadeyi engellemeyeceği kabul edilmektedir.

Kunter'e göre iade, suçun esaslı bir şartıdır. Beklenmeyen haller veya mücbir sebeplerle dahi olsa iade gerçekleşmemişse bu suç oluşmaz. Örneğin, kullanma amacı ile alınan otomobilin uçuruma yuvarlanması iadeye engel olacağından kullanma hırsızlığı değil, hırsızlık suçu oluşacaktır (26). Kullanma hırsızlığında iade kadar önemli bir diğer unsur, failin geçici bir süre kullandıktan sonra iade etmek amacı ile hareket etmesidir. Failin fiili ile beklenmeyen hal veya mücbir sebep birleşerek çalınanın büyük bir hasara uğraması veya tamamen kullanılamaz hale gelmesinden fail sorumludur. Ancak fail, kullanılmaz hale getirdiği malın nakdi karşılığını iradi olarak malın sahibine verirse iade mümkün olabilmelidir. Çünkü hırsızlık suçu ile korunan yarar zilyedliktir. Mal sahibi de malına, bu mümkün değilse nakdi karşılığına kavuşmaktadır. Kaldı ki, TCK. nun 523. maddesi «aldığını iade eylerse yahut işlenen fiilin mahiyetine ve sair ahvale nazaran red ve iade kabil olmadığı takdirde mutazarrırın zararını tamamen tazmin ederse» hükmünü öngörmektedir. Hırsızlığa uygulanan bu hüküm, ayrıca düzenlenmediğinden kullanma hırsızlığına da uygulanmalı ve iadenin mümkün olmadığı hallerde tazmin, iade yerine geçerli olmalıdır. Bu uygulama Ceza Kanunumuzun sistemine de uygun düşecektir.

---

(23) **Kunter**, N. agm., S. 456.
(24) İbid.
(25) Karar için (15) nolu diptona bakınız.
(26) **Kunter**, N., agm., «İtalyan Yargıtayı : 30.11.1938, Maggıore'den», S. 456.

Kullanma hırsızlığı suçunda, çalınan iadesini düzenleyen TCK. 523. madde uygulanacak mıdır? Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.1.1961 tarih ve İtiraz/8 - 6 sayılı kararında «Dosyaya göre sanıklara yükletilen eylem bir benzin pompası yanında parkedilmiş bulunan şikâyetçinin otomobilini buradan alıp işleterek üç saat kadar dolaştıktan sonra yerine getirmektir ki, bu dahi kısa bir süre yararlanmak için başkasının taşınabilir malını çalmaktır. Yani özelliği olan bir çalmadır. Kasdedilen yararlanma sağlandıktan sonra bu malın geri getirilmiş olması TCK. nun 523. maddesinin uygulanmasını gerektirmez.» denilmektedir. Bu kararı inceleyen Özek, kararda belirtilen görüşe katılmayarak, kullanma hırsızlığında çalınanın iadesinde dahi TCK. 523. maddesinin uygulanması gerekeceği sonucuna varmış, düşüncesinin dayanaklarını şu şekilde belirtmiştir : a) Kanunumuzun hırsızlık suçu hakkındaki hükümleri bakımından, kullanma hırsızlığı ile hırsızlık arasında fark gözetilmemiştir. b) İktisap kararı ile hareket edip sonra malı iade eden kimsede iade kararı, bir karar değişimi şeklinde ortaya çıktığı halde; kullanma hırsızlığında bu karar failin suçu işlediği sırada mevcuttur. 523. maddenin tatbiki için gerekli olan malın iade veya tazmin edilmiş olması olduğuna göre, iade kararının başta veya sonda olmasının hiçbir önemi yoktur. c) Bilindiği gibi 523. maddenin sevk sebebi bakımından iki görüş mevcuttur. Bunlardan biri, 523. maddeyi, failin pişmanlığına dayandırmakta ve bir çeşit faal nadamet hali olarak kabul etmektedir. Diğer bir görüş ise malın iadesi, zararın tazmini esasını kabul etmek sureti ile maddeyi izah etmektedir. Bu iki görüşten hangisi kabul edilirse edilsin kullanma hırsızlığı hallerinde 523. maddenin tatbikine engel teşkil edecek bir durum yoktur (27).

Ancak kullanma hırsızlığındaki iade ile hırsızlıktaki iade arasında çok önemli bir fark vardır. Kullanma hırsızlığında failin kasdı, çaldığı malın kullanımına yöneliktir, malın aynına ilişkin bir kasdı yoktur. Kullanma hırsızlığında çalınanın sahibine iadesi, suçun bir unsurudur ve bu nedenle çalınanın iadesi ile TCK. nun 523. maddesinin uygulanması gerekmez. Bu maddenin uygulanabilmesi için çalınanın kullanım değerinin sahibine ödenmesi gerekir. Zira iade ile kullanma hırsızlığı oluşmuştur ve kullanma hırsızlığında çalınan, malın kullanım değeridir. Örneğin, iktisap amacı ile çalınan bir otomobilin iade edilmesi halinde; çalınanın ederi 522. maddeye göre değerlendirilirken, otomobilin değeri esas alınır ve iade nedeni ile 523. madde uygulanır. Kullanma amacı ile başkasının taşınabilir malının alınmasında ise çalınanın kısa bir süre sonra iadesi ile kullanma hırsızlığı oluşur. İade kullanma hırsızlığı suçunun esaslı bir unsurudur. Kullanma hırsızlığında malın kıymetinin pek fahiş, hafif veya pek hafif olmasına ilişkin 522. maddenin uygulanmasında kullanımdan

(27) **Özek**, Ç., agm., S. 493 - 503.

doğan -benzin ve yağ sarfı, amortisman, işten kalma gibi- zararlar esas alınır. Hırsızlıktaki otomobilin değerinden çok daha hafif olan bu zararların, çalınanın değerinde esas alınmasının nedeni, iadedir. Ancak iade ile birlikte kullanımdan doğan zararların da tazmini halinde TCK. nun 523. maddesi uygulanır. Çalınan, malın kullanım değeri olduğuna ve çalınanın kıymeti kullanım değeri esas alınarak belirlendiğine göre, kullanım değerinin sahibine ödenmesi halinde TCK. nun 523. maddesinin uygulanacağını kabul etmek uygun olacaktır. Aksine bir uygulama ile kullanma hırsızlığında çalınanın kıymetini otomobilin kullanım değeri olarak almak, iade de ise otomobilin iadesini yeterli saymak, müşterek hükümler olan TCK. 522 ve 523. maddeler arasındaki uyumu bozar.

C. **Zarar :** Kullanma hırsızlığında TCK. nun 522. maddesinin uygulanması için çalınan malın değeri değil, bu malın kullanım değeri esas alınacaktır. Örneğin, bir otomobilin kullanmak için çalınmış ve iade edilmiş olması halinde, TCK. nun 522. maddesi uygulanırken, otomobilin benzin ve yağ eksilmesi, amortismanı, işten kalma gibi normal kullanımdan doğan zararlar belirlenecektir.

D. **Teşebbüs :** Bu suça teşebbüs mümkün değildir. İster hırsızlık içinde, ister müstakil bir maddede düzenlensin, kullanma hırsızlığının oluşabilmesi için failin belli bir süre malı kullandıktan sonra kendi iradesi ile malı iade etmesi gerekir. Bu süreç failin iradesi dışında bir nedenle kesilirse -örneğin, benzinin bitmesi, yakalanma gibi- bu hallerde artık kullanma hırsızlığından değil, hırsızlıktan sözetmek gerekecektir. İade gerçekleştiği anda suç oluşacağından, bu suça teşebbüs mümkün değildir.

IV. SONUÇ

Kullanma hırsızlığı, çalınanın az bir süre kullanıldıktan sonra iadesini ifade ettiğinden; gerek failin kasdı, gerekse çalınanın kısa bir süre kullanıldıktan sonra iadesi nedeni ile hırsızlıktan, kamu düzeni için daha az tehlikeli olduğu açıktır. Ancak kullanma hırsızlığını suç saymamak şeklinde bir uygulama da -Fransa'da örneğini gördüğümüz gibi- bu tip olayların artmasına neden olmuştur. Bunun bir sonucu olarak karşılaştırmalı hukukta bu suç ayrıca düzenlenmiş, hırsızlıktan daha hafif bir ceza rejimine tabi tutulmuş ve takibi şikayete bağlanmıştır.

Mevcut ceza hukuku sistemimizde ise kullanma hırsızlığı suçunu düzenleyen ayrı bir madde bulunmadığından, hırsızlığa ilişkin hükümler uygulanmakta; bu uygulamadan doğan sakıncalar, TCK. nun 522 ve 523. maddeler ile giderilmeye çalışılmaktadır.

Farklı bir yapıya sahip olan bu suçun hukukumuzda da hırsızlıktan ayrı, müstakil bir maddede düzenlenmesi yerinde olacaktır. Hırsızlıktan daha az bir ceza ve takibi şikayete bağlı bir suç olarak öngörülmesi bu suçun niteliğine uygun düşecektir.

KİRA PARASININ SAPTANMASINA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARINDAKİ GELİŞMENİN SİSTEMATİK AÇIKLAMASI(*)
(III)

Nihat YAVUZ(**)

4) BELEDİYENİN KİRA PARASININ ARTTIRILMASINA YÖNELİK ENCÜMEN KARARININ İPTALİ İSTENİLEMEZ

«Dava konusu taşınmazın 6570 sayılı Yasanın kapsamında kaldığına, davalı idarenin fiili bir müdahalesinin bulunmadığı gibi ittihaz etmiş olduğu encümen kararının kendi iç işleri ile ilgili olup kira parasını asla etkilemeyeceğine, bu durum karşısında muaraza yaratacak şekilde kira parasının tek taraflı olarak arttırılmasına yönelik kararın iptalinde davacının hukuki bir yararının bulunmadığına ve esasen bir idari merci kararının iptali davasına adli yargı yerinde bakılamayacağından ötürü mahkemece davanın reddedilmesinde bu gerekçeler itibariyle bir isabetsizlik görülmemiştir» (8).

5) 2912 SAYILI YASAYA GÖRE İSTENİLEN TAHLİYELERDE GÖREVLİ MAHKEMENİN TAYİNİ DAVANIN DEĞERİNE GÖRE BELİRLENMESİ GEREKİR. HUMK. NUN 8/2. MADDESİNİN BU GİBİ HALLERDE UYGULANMASI MÜMKÜN DEĞİLDİR

«1 — Karşılık davada davalı Darüşşafaka Cemiyeti 3012 sayılı Yasanın geçici maddesi uyarınca tesbit edilen kira parasının ödenmemesi nedeniyle davacı kiracının taşınmazdan tahliyesini istemiştir.

HUMK. nun 8. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre ancak taraflar arasında geçerli bir kira sözleşmesi bulunan hallerde tahliye davalarına miktarına bakılmaksızın sulh hukuk mahkemelerinde bakılabilir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesi ise 2912 sayılı Yasa hükmü uyarınca sona ermiş bulunmaktadır. Davada istenilen kira miktarına göre davaya bakmak Asliye Hukuk Mahkemesine ait bulunmaktadır.

(*) Yargıtay Dergisi Cilt: 14, Sayı: 3, Temmuz-1988, Sayfa: 283-311'den devam.

(**) **Yargıtay 3. HD. Üyesi.**

(8) 3.HD., 12.12.1985; 7526/7918 (NOT: Davada davalı Belediye Encümenin 6.6.1984 gün ve 20 sayılı kararının iptali istenilmiş, dava red edilmiş, hüküm, davacı yanca temyiz edilmiştir).

Mahkemece her iki dava arasında bağlantı bulunmaması nedeniyle tefrikine karar verilip görev yönü üzerinde durulmadan karşılık esası hakkında da hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir» (9).

6) VAKIF MÜTEVELLİSİNE KARŞI AÇILAN DAVALARDA HUSUMET SORUNU

«Dava dilekçesinde (Suat vekili Ercan, Rızvaniye mütevelli vakfı vekili) şeklinde gösterilmiştir. Buna göre davanın vakıf aleyhine açıldığı açıktır.

Davalı vakfı mütevelli temsil eder. Mütevelli vekilinin vakfı temsil yetkisi yoksa dava dilekçesi mütevelliye tebliğ edilerek davaya devam edilmesi gerekir.

Sonradan 18.3.1984 tarihli dilekçeyle davaya davalı olarak dahil edilen Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Vakıflar Kanunun 40. maddesinde yazılı bir dava bulunmadığından, davalının mecburi dava arkadaşı olarak kabulü de söz konusu olamaz.

Mahkemece bu yönler belirtilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi (husumetten reddi) doğru değildir» (10).

7) ARSALAR 2912 SAYILI YASANIN UYGULAMA KAPSAMINA GİRMEZ

«Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesine göre kiralanan yer arsadır.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 1. maddesine göre kanun kapsamına giren yerlerin musakkaf bulunması zorunludur.

Arsaların kiralanması bu kanun kapsamına dahil bulunmamaktadır. 2912 sayılı Kanunun sözü geçen 6570 sayılı Yasaya ek bir geçici madde eklediğine göre bu kanuna dayanılarak itiraz edilemez» (11).

8) DAVACININ, BİLAHARE TAHLİYE ETSE BİLE KİRALANAN YER HAKKINDA 2912 SAYILI YASAYA DAYANARAK DAVA AÇMAKTA HUKUKİ YARARI BULUNMAKTADIR

«Davacı, SSK. tarafından kendisine bildirilen yeni kira parasını 1.5.1984 tarihinden, bu yeri tahliye ettiği 2.8.1984 tarihine kadar ödemiştir. Hâkimin tesbit edeceği kira ile ödenen kira parası arasında davacı le-

---

(9) 3.HD., 6.6.1985; 3821/4153.
(10) 3.HD., 15.5.1985; 3333/3529 (NOT: Mülhak Rızvaniye (Urfa) Vakfı mütevellisi aleyhine açılmış bulunan dava husumetten red edilmiştir).
(11) 3.HD., 4.2.1985; 628/440.

hine bir fark olduğu takdirde bunu alacağından, davacının bu davayı açmasında ve davanın sonuçlanmasında yararı vardır. 2912 sayılı Yasaya göre, önce bu davanın açılarak kiranın tesbiti zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu nedenle davaya bakılması gerekir» (12).

9) MAZBUT VEYA MÜLHAK VAKIF NİTELİĞİNDE BULUNMAYAN CEMAAT VAKIFLARI 2912 ve 3012 SAYILI YASALARIN KAPSAMINDA BULUNMAMAKTADIR

«Davalı Kadıköy Surp Takavor Ermeni Kilisesi, 2762 sayılı Vakıflar Kanununa göre mazbut veya mülhak vakıf niteliğinde olmayıp cemaat vakfı buulnduğundan 2912 ve 3012 sayılı Kanunun kapsamında değildir» (13).

«Dava dilekçesinde davalı vakfın 2912 sayılı Kanunun kapsamına girip girmediğinin ve giriyorsa kira parasının 1.5.1985 gününden başlayarak yıllık 25 bin lira olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece vakfın 2912 sayılı Kanunun kapsamına girmediğinin tesbiti talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

2762 sayılı Vakıflar Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası, mülhak vakıfları tanımlamış olup, son fıkrada sözü edilen cemaat vakıfları bu tanıma dahil olmadığından davalı vakfın mülhak vakıf olarak kabulü doğru değildir.

Davanın bu nedenle reddi gerekirken, davacının isteminin davalının 2912 sayılı Kanunun kapsamında olmadığının tesbitine ilişkin bulunduğundan bahisle reddi doğru değil ise de mahkeme kararındaki gerekçe değiştirilerek sonucu itibariyle doğru olan hükmün onanmasına» (14).

BU KONUDAKİ VAKIFLAR GENEL MÜDÜRLÜĞÜNÜN 20.12.1983 GÜN VE 903 SAYILI CEMAAT VAKIFLARININ 3012 SAYILI YASAYA TABİ OLMADIĞINA DAİR GENELGESİ İLE Prof. Dr. İSMET SUNGURBEY TARAFINDAN VERİLMİŞ BULUNAN 12.4.1984 TARİHLİ İLMİ MÜTALÂANAME ÖNEMİNE NAZARAN AŞAĞIDA SUNULMUŞTUR

«Söz konusu kanunun (2912 sayılı Kanun), mazbut ve mülhak vakıflara, Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait g. menkul kiralarındaki evvelki yıllarda çeşitli iktidarlar devrinde siyasi baskılarla meydana gelen ve rayice uygun olmayan durumu düzeltmek için çıkarılmış bulunmaktadır.

---

(12) 3.HD., 5.2.1985; 6633/678 (NOT: Mahkemece davanın konusu bulunmadığından söz edilerek red edilir).

(13) 3.HD., 7.2.1985; 6243/781.

(14) 3.HD., 15.5.1985; 3056/3519.

Cemaat ve esnafa mahsus 2762 sayılı Vakıflar Kanunun 1. maddesini tadil eden 5404 sayılı kanunla ayrı bir kategori vakıf haline getirildiğinden 2912 sayılı kanunun kapsamına girmemektedir» Vakıflar Genel Müdürlüğü, 20.12.1983 gün ve 903/Tamim: 83.

İLMİ MÜTALÂANÂME

«11.10.1983 tarihli ve 2912 sayılı 18.5.1955 tarihli ve 6570 sayılı Gayrımenkul Kiraları Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanunda'ki **«mülhak vakıflar»** deyiminin kapsamına gayrı müslim cemaat vakıflarının da girip girmediği, böylece bu kanundan gayrımüslim cemaat vakıflarının da yararlanabilip yararlanamayacağı hakkındaki ilmi mütalâamız saygıyla sunulur :

I

Cumhuriyet döneminden önce, memleketimizde mevcud vakıflar, bunların yönetimi ve bunlar üzerindeki devlet denetimi bakımından mazbut, mülhak ve müstesna vakıflar olmak üzere üçe ayrılıyor, gayrı müslim cemaat vakıfları ise bu üç türlü vakıftan hiç birine girmiyor, başka bir deyişle devletin bu vakıflarla hiçbir ilişkisi, özellikle denetim hakkı bulunmuyordu.

İşte, ilk defa Cumhuriyet döneminde çıkarılmış bulunan 5.6.1935 tarihli ve 2762 sayılı «Vakıflar Kanunu» iledir ki, gayrımüslim cemaat vakıfları da «mülhak vakıflar» arasına alınmış, böylece bunların başlıbaşına tüzel kişiliği (hükmi şahsiyyeti) bulunduğu ve kendi mütevellilerince yönetileceği kabul edilmekle birlikte, devletin bunlar üzerinde denetim yetkisi ve görevi olması prensibi de getirilmiştir.

Nitekim, sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, «Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, 1. Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar» adlı büyük eserinde (İstanbul, 1979, sahife 400/401), bu gerçeği tam bir açıklıkla aynen şöyle belirtmektedir :

«...mülhak vakıflar alanında da önemli bir yenilik vardır. İslam Hukuku'nun uygulandığı dönemde, Devlet, müslüman olmayan cemaatler'e mahsus vakıflar ile, bunları 'mazbut' veya 'mülhak' vakıf türünde sayarak bir ilişki kuramaz, bunlar üzerinde çok defa nazari kalan ve egemenlik yetkisinden doğan genel bir denetim imkânından başka bir yetkisi de olamazdı. Yabancı 'himayesi', etkin bir denetimi engelliyordu. Oysa, 1935 Vakıflar Kanunu, 'cemaatlerce idare olunan vakıfları da 'mülhak vakıf' kapsamına alıyordu. 'Mazbut Vakıflar' ile 'Mülhak Vakıflar' arasındaki fark, artık Türk Hukuku'nda kesinlikle yerleşen tüzelkişilik kavramının ve bu kavramın sağladığı ölçütün ışığı altında belirgin bir duruma gelmiş-

tir. Mülhak Vakıfların ayrı ayrı tüzelkişilikleri ve dolayısiyle hak ehliyetleri vardır :

«Mülhak Vakıflar» Vakıflar Umum Müdürlüğünce niyabeten idare olunsa bile, ayrı ayrı birer hükmi şahsiyet sayılırlar. Bunlar kendi taahhütleri ile ilzam olunur ve borçlarını kendi mallarından öderler» (Vakıflar Kanunu, madde 6, fıkra 1).

Buna karşılık, mazbut vakıfların durumu farklıdır :

'Umum Müdürlüğün idare ve temsil ettiği vakıflar da bir kül halinde hükmi şahsiyet sayılır.' (Vakıflar Kanunu, madde 6, fıkra 11.)...»

İdare Hukukumuzun büyük otoritesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR merhum da, «İdare Hukukunun Umumi Esasları» adlı büyük eserinde (11. Cilt, 3. bası, İstanbul 1967, sahife 679 ve sonrası), gene bu gerçeği tam bir açıklıkla aynen şöyle vurgulamaktadır :

«...Halbuki, yeni Vakıflar Kanunu, muhtelif menşelerden gelen bütün mazbut vakıflar arasında tam bir füzyon yapmış, bunların ayrı hükmi şahsiyetlerini bir tek şahsa kalbetmiştir. Bu günkü mazbut vakıflar kategorisine giren muhtelif hükmi şahıslar birbirleriyle meczedilerek, bir tek hükmi şahıs halinde ortaya çıkarılmıştır. Bu tek hükmi şahısta Vakıflar Umum Müdürlüğü tarafından temsil ve idare olunur.

Bu hale göre, mazbut vakıflar, bu gün tek hükmi şahsiyet halindedir.

b) Mülhak Vakıflar : Bu kategori genişlemiştir. Bu gün şu vakıfları içine almaktadır :

aa) Mütevelliliği, vakfedenlerin ferilerine şart edilmiş olan vakıflar,
bb) Cemaatlerce idare olunan vakıflar,
cc) Bazı sanat sahiplerine mahsus vakıflar.

Görülüyor ki, mülhak vakıfların kategorisi de dünküne nazaran çok genişlemiş, eski müstesna vakıflarla, gayrımüslim cemaatlere ait vakıflar da bu kategoriye alınmıştır. Şu suretle eski vakıfların cümlesi üzerinde Devlet murakabesi kurulmuş ve bu murakabenin dışında hiç bir vakıf kalmamıştır.

Bununla beraber, mülhak vakıfların hukuki yapıları, mazbut vakıflardan tamamen farklıdır: Mazbut vakıflar hakkında kabul edilen füzyon, mülhak vakıflar hakkında cari değildir; mülhak vakıfların her biri hükmi şahsiyetini muhafaza eder ve mütevellileri tarafından idare olunur. Hatta herhangi bir sebeple «Vakıflar Umum Müdürlüğünce niyabeten idare olunsa bile, ayrı birer hükmi şahıs sayılır» ve «kendi taahhütleri ile ilzam olunur ve borçlarını kendi mallarından öderler». Yani her mülhak vakıf,

ayrı bir hükmi şahsiyeti haiz ve binaenaleyh bir patrimuana sahiptir. Bunların statüleri de yürürlüktedir ve statülerine göre idare edilirler. Ancak, Vakıflar Umum Müdürlüğünün bunlar üzerinde bir mürakabe hakkı vardır...

Şu izahata göre, bu gün Türkiye'de üç türlü vakıf vardır :

a) **Mazbut Vakıflar** : Bir tek hükmi şahıs teşkil eder ve bir Devlet müessesesi, idare hükmi şahsı olarak idare olunurlar.

b) **Mülhak Vakıflar** : Ayrı ayrı hükmi şahsiyeti haiz olmakla beraber, mütevellileri kanun hükümleri dahilinde tayin ve Vakıflar Umum Müdürlüğü vasıtasiyle mürakabe olunurlar. Bunlar, umumi menfaatlere hâdim müessese sayılabilirler.

c) **Tesisler** : 1926 senesinden sonra Medeni Kanun hükümleri dahilinde vücut bulan vakıflardır...»

Türk İdare Hukukunun ve Medeni Hukukunun en muteber kaynaklarından yukarıya aynen dercolunan bilgilerden tam bir açıklıkla anlaşıldığı üzere, mülhak vakıf demek, Medeni Kanundan önce kurulmuş olup başlı başına tüzel kişiliği bulunan, kendi mütevellilerince yönetilen ve devlet tarafından denetlenen vakıf demektir ki, ilk defa Cumhuriyet döneminde çıkarılan Vakıflar Kanunuyla gayrımüslim cemaat vakıfları da mülhak vakıflar kapsamına alınarak bunlar üzerinde de devletin denetim yetki ve görevi sağlanabilmiştir.

II

Şunu da belirtelim ki, Medeni Kanundan önce kurulmuş olan eski vakıflar hakkındaki kanun tasarısını hazırlamak üzere İsviçreden memleketimize davet edilmiş bulunan Prof. Hans LEEMANN, «mülhak vakıf» türünün kaldırılarak bütün vakıfların Vakıflar Umum Müdürlüğünce yönetilmesini önermiş ise de, özellikle gayrımüslim cemaat vakıflarının mütevellilerinin yönetiminden alınmasını Danıştay doğru bulmamıştır. Nitekim, sayın Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ, yukarıda adı geçen büyük eserinde, sahife 400, no 481'de bu gerçeği aynen şöyle belirtmektedir :

«Hükümet tasarısı'nın gerekçesinden anlaşıldığına göre, Profesör LEEMANN, «mülhak vakıf» türünün kaldırılarak bütün vakıfların Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilmesini istemiş, fakat «...bilhassa akalliyet vakıflarının alelıtlak mütevelliler elinden alınması esasını Şûra-yı Devlet terviç etmemişdir (S. Sayısı 124-2, s. 3) Şûra-yı Devlet Hey'et-i Umumiyesi,...iyi bir mürakabe tesisi ile bir kısım vakıfların mütevellilerce veya an-cemâatin idaresini iltizam etmişlerdir» (s. 4.)»

Görülüyor ki, Vakıflar Kanununda mülhak vakıf türünün varlığını sürdürmesi, öncelikle gayrımüslim cemaat vakıflarının halk deyimiyle «yüzü suyu hürmetine» yani bu vakıflar sayesinde olabilmiştir.

Bu gerçek karşısında, mülhak vakıf türünün varlığını sürdürebilmesini kendisine borçlu olduğu gayrımüslim cemaat vakıflarının, bu türün başta gelen bir örneği niteliğinde bulunduğu meydandadır.

Vakıflar Kanununun Hükümet Gerekçesinde (bkz. TBMM. Tutanak Dergisi, Devre 5, Cilt 4-5, S. Sayısı 124-2), yukarıda belirtilen gerekçeleri ortaya koyan bölümü aşağıya aynen dercediyoruz :

«Vakıfların ve bilhassa ekalliyyet vakıflarının alelıtlak mütevelliler elinden alınması esasını Şûra-yı Devletin terviç etmemiş olması ve bu vakıfların bir kısmı ile bir sınıf ve san'at erbabına mahsus bazı vakıfların müntehab hey'etler tarafından idare edilmekte olması hasebiyle bunların aynı surette devam etmesi zaruri görülerek mezkür maddelerde bu cihetler tasrih edilmiştir... Bu kanunun Mer'iyyete vaz'ı ile beraber şimdiye kadar devlet teşekkülleri ile hiçde alakâdar olmamış bir çok vakıflar ve bu meyanda ekalliyyet vakıflarında da devlet mürakabesi teessüs edecek demektir.

III

Vakıflar Kanunun Hükümet Gerekçesindeki bu ifadelerin doğrultusunda, 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesinde, cemaatlerce idare olunan vakıfların mülhak vakıf olduğu açıklanarak mütevelliler veya seçilmiş hey'etler tarafından idare olunacağı belirtilmiştir. 3513 sayılı ve 29 Haziran 1938 tarihli Kanunla (Düstur, III. Tertip, Cilt 20, s, 15-38), 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesi değiştirilmiş ve «cemaatlerce idare olunan vakıfların mütevellileri tarafından idare olunacağı» kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, gayrımüslim cemaat vakıflarının «seçilmiş hey'etleri» tarafından idare olunacağı yolundaki hüküm, bu safhada kaldırılmıştır. Daha sonra, 31.5.1949 tarihli ve 5404 sayılı Kanunla, Vakıflar Kanununun 1. maddesi yeniden değiştirilmiş ve «cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar, bunlar tarafından seçilen kişi veya hey'etlerce idare edilir. İlgili makamlarla Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından denetlenir» hükmüne yer verilmiştir.

2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesindeki cemaatlerce idare olunan vakıfların mülhak vakıf olduğu yolundaki açık hükme, bu vakıfların kimler tarafından yönetileceğini belirtmek amacıyla sonradan çıkarılan yukarıdaki 5404 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Ne var ki, bu durumun, yukarıda açıklandığı üzere, gayrımüslim cemaat vakıflarının mül-

hak vakıf türünün başta gelen bir örneği niteliğinde olduğu yolundaki tarihsel ve bilimsel gerçeği hiç bir suretle değiştirmediği meydandadır. Gerçekten de, Vakıflar Kanununun 1. maddesinde yapılan değişikliklerin yukarıda açıklanan gelişim sürecinden de anlaşıldığı üzere, 21.5.1949 tarihli ve 5404 sayılı Kanun, mülhak vakıfların mütevellileri tarafından yönetileceğini belirttikten sonra, gene bu vakıfların başta gelen bir çeşidi ve örneği olan gayrımüslim cemaat vakıflarının da kimler tarafından yönetileceğini ayrıca özel olarak düzenlemiş ve bunların cemaatlerce seçilen kişi veya hey'etlerce yönetileceğini belirtmiştir.

Yoksa, bu vakıfların kimler tarafından yönetileceğini belirtmek amacıyla çıkarılmış olan bu kanunla, gayrımüslim cemaat vakıflarının yukarıda belirtildiği üzere «Medeni Kanundan önce kurulmuş olup başlı başına tüzel kişiliği bulunan, kendi mütevellilerince yönetilen ve devlet tarafından denetlenen vakıf» demek olan mülhak vakıf türünün özel bir çeşidi ve örneği olmak yolundaki niteliği, hiç bir suretle değiştirilmiş değildir.

Bunun tersine bir yorum ise, 31.5.1949 tarihli ve 5404 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan amacına aykırı olduğu gibi, gene yukarıda açıklanan tarihsel ve bilimsel gerçeklere de aykırı olacağı meydandadır.

Nitekim, gene yukarıda açıklandığı üzere, 31.5.1949 tarihli ve 5404 sayılı kanunla Vakıflar Kanununun 1. maddesinde yapılan değişiklikten çok daha sonra (biri 18 yıl, öbürü 30 yıl sonra) yayınlanmış bulunan Türk İdare Hukukunun ve Medeni Hukukunun en muteber kaynaklarından olan Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR merhumun ve sayın Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'nin büyük eserlerinden yukarıya aynen dercolunan parçalarda da, gayrımüslim cemaat vakıflarının mülhak vakıf niteliğinde olduğu tam bir açıklıkla vurgulanmış bulunmaktadır.

IV

Bunun gibi, yüksek Yargıtay'ın gene 31.5.1949 tarihli ve 5404 sayılı Kanundan çok daha sonraki tarihli içtihadlarıyla da, gayri müslim cemaat vakıflarının mülhak vakıf niteliğinde bulunduğu gerçeği, tam bir açıklıkla belirtilmiş bulunmaktadır.

Gerçekten de, yüksek Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 27.3.1970 tarihli ve esas 7790, Karar 1834 sayılı içtihadında, bu konuda aynen şöyle denilmektedir :

«2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesini tadil eden 3513 sayılı Kanununun 1. maddesi hükmüne göre cemaatlerce idare olunan vakıflar, mülhak vakıflar arasına alınmış bulunmaktadır. Anılan kanun, 14

Temmuz 1938 gününde yürürlüğe girmiştir. Davacının bu günden sonra yukarıda sözü edilen kanunun öngördüğü üzere usulü dairesinde cemaatlerce idare olunan bir mülhak vakıf haline gelişi, kuruluşu, tüzelkişilik kazanması ve kazanma tarihi, gereği gibi araştırılmalıdır...» (Bkz. KARİNABADİZADE ÖMER HİLMİ/İSMET SUNGURBEY, Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul 1978, sahife 651).

Görülüyor ki, yüksek yargıtay 7. Hukuk Dairesi, bu içtihadiyle, 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesinde 3513 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da «cemaatlerce idare olunan vakıfların mülhak vakıflar arasına alınmış olduğunu» belirtmiş bulunmaktadır.

Yüksek Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 21.12.1964 tarihli ve Esas 5481, Karar 5502 sayılı içtihadında da gene bu konuda aynen şöyle denilmektedir :

«2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesinin 2. bendinin B fıkrası ile, 3513 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. bendinin B fıkrası ve nihayet 5404 sayılı kanunun 1. maddesiyle cemaatlerce idare olunan Vakıflar namı altında gayrımüslim vatandaşlara ait hayri ve içtimai müesseseler, MÜLHAK VAKIFLAR İÇİNDE MÜTALÂA EDİLEREK mevzuatımızda yer almış bulunmaktadırlar. 2762 sayılı Kanunun 6. maddesinde, bu vakıfların hükmi şahsiyeti diğer vakıflar meyanında te'yid edilmiştir...» (Bkz. KARİNABADİZADE ÖMER HİLMİ/İSMET SUNGURBEY, adı geçen eser, sahife 649).

Görülüyor ki, yüksek Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, tarihsel ve bilimsel gerçeklere tümüyle uygun bulunan bu içtihadiyle, 2762 sayılı Vakıflar Kanununda 5404 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra da, «cemaatlerce idare olunan vakıflar nâmı altında MÜLHAK VAKIFLAR İÇİNDE MÜTALÂA EDİLEREK MEVZUATIMIZDA YER ALMIŞ OLDUĞUNU» tam bir açıklık ve kesinlikle ve itirazı mümkün olmayan bir yolda vurgulamış bulunmaktadır.

V

Şunu da belirtelim ki, İstanbul Vakıflar Başmüdürlüğünün Yedikule Surp Pırgıç Ermeni Hastahanesi Vakfı Yönetim Kurulu'na gönderdiği 24 Aralık 1981 tarihli ve 6A/53 7158 sayılı yazıya ilişik olarak «Vakıflar Genel Müdürlüğünün MÜLHAK VAKIFLARIN tamirat ve inşaat işlerinin daha düzenli yürütülmesine ilişkin genelgesini göndermiş olması da, bizzat Vakıflar İdaresinin dahi gayrımüslim cemaat vakıflarının da mülhak vakıf niteliğinde bulunduğu gerçeğini kabul ve ikrar eylemiş bulunduğunu tam bir açıklıkla ortaya koymaktadır.

Bundan başka, İstanbul Vakıflar Başmüdürlüğünden Kadıköydeki Surp Takavor Ermeni Kilisesi Vakfı Yönetim Kurulu'na gönderilen 8.3.1982 tarihli ve 6A/9 1140 sayılı «Kiraların Arttırılması Konusundaki» yazıda da aynen şöyle denilmektedir :

«Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetimindeki (denetimindeki olacak) muhtelif vakıflara ait taşınmazların en verimli biçimde değerlendirilmesi, yönetimde görev alan her personelin asli vazifesidir.

Vakıfların hayati gelir kaynağı, kira gelirleridir. Hayri, sosyal ve kültürel alanda önemli hizmetler ifa eden vakıf müessesesinin, bu hizmetleri günün koşullarına uygun yapabilmeleri için, vakıf kiralarının 1982 mali yılında rayiç değere yükseltilmesi gerekmektedir.

Mütevellilerle CEMAAT ELİYLE YÖNETİLEN VAKIFLARA ait musakkaf ve gayrı musakkaf taşınmazların kira sözleşmelerinin günün ekonomik rayiçlerini yansıtmadığı, hatta vakıflarının emlak vergilerini dahi güçlükle karşıladığı, böylece vakıflardan istenen sosyal ve ekonomik hizmetleri yürütemediği, gerek Konsey Başkanlığı ile Sıkıyönetim komutanlıklarına, gerekse Devlet Başkanlığına yapılan şikayetlerden ve İdaremizin yaptığı kontrollardan anlaşılmaktadır...»

Yazının bundan sonra gelen bölümünde de, vakıf yöneticilerinden vakıf mallarının kira ücretlerinin arttırılması için tesbit davaları açmaları istenmektedir.

VI

Bu konuya son vermeden önce, 11.10.1983 tarihli ve 2912 sayılı Kanundan yalnız müslümün cemaat vakıflarının yararlanabilip, gayrımüslim cemaat vakıflarının ise yararlanamayacakları yolundaki tersine bir yorumun, Anayasamızın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki ırk, dil, din, mezhep v.s. ye bakılmaksızın «KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİ»ne de açıkça ve tümüyle aykırı olacağını belirtmek isteriz.

SONUÇ

Yukarıda arz olunan sebeplerden dolayı, Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğünün 20.12.1983 tarihli ve 6A/9-4956 sayılı yazısıyla Kadıköy' deki Surp Takavor Ermeni Kilisesi Vakfı Yönetim Kurulu'na gönderdiği genelge'de yer verilen :

«Cemaatlere mahsus vakıfların 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesini tadil eden 5404 sayılı Kanun (mülhak vakıflardan) ayrı bir kategori vakıf haline getirildiğinden 2912 sayılı Kanunun kapsamına girmediği» yolundaki görüşün, tarihsel ve bilimsel gerçeklere aykırı olduğu

gibi, Yüksek Yargıtay içtihadlarına da aykırı olduğu, ayrıca bizzat Vakıflar İdaresinin kendi uygulamalarına da ters düşüp, Anayasamızın kanun önünde eşitlik ilkesini de ihlal edici bir nitelik kazandığı sonucuna varılmıştır.

Saygıyla sunulur» (15).

10) 3151 SAYILI YASAYA GÖRE BİRDEN FAZLA YIL KİRASININ TESBİTİ SORUNU

«Bilirkişilerin yaptıkları inceleme ve uyguladıkları yöntem doğru değilse de, bu rapora karşı davalı tarafından incelenmeye değer bir itirazda bulunulmadığından ve tesbit edilen kira parası isteğe de yakın ve aşırı kira parası bulunmaması nedeniyle bu yöne ilişkin temyiz itirazı yerinde görülmemiştir.

Ancak, davalı Belediyenin 3 yıl süreli kira sözleşmesi yapmasına yasal bir engel bulunmamaktadır.

Mahkemece kabul edildiği gibi 1.8.1986 ve 1.8.1987 tarihlerinde başlayan kira dönemlerine ait kira parasının o gün oluşacak rayiçlere göre tesbiti mümkün değil ise de, bu dönemler için taraflar başlangıç kira parasının her yıl %20 oranında arttırılarak tesbitinde ittifak ettiklerinden ve bu şekilde tesbit edilecek kira paraları da aşırı bir kira parası teşkil etmeyeceğinden 1.8.1986 ve 1.8.1987 tarihlerinde başlayan kira dönemlerine ait kira paralarında %20 arttırılmak suretiyle tesbit edilmesi gerekir.

Mahkemece tarafların bu yönde ittifak ettikleri dikkate alınmadan yalnız bir kira yılı için tesbite karar verilmesi doğru görülmemiştir» (16).

11) 3151 SAYILI YASAYA GÖRE DAVANIN AÇILMA ZAMANI

«3151 sayılı Kanunda öngörülen dava açma süresi davanın açılabileceği son tarihi göstermekte olup, anılan yasaya göre davacıya yeni kira parası bildirilmiş olduğuna göre, yasa gereği bu davayı açmasında bir hukuki engel bulunmamaktadır.... Mahkemece davanın önce açıldığından söz edilerek reddi doğru değildir» (17).

12) 2912 ve 3012 SAYILI YASALARA GÖRE KİMLER DAVACI OLABİLİR

---

(15) Yukarıda dipnot (13) te anılan dosya içerisinde rastlanılan sayın Profösörün iş bu «İlmi Mütalâanamesi», diğerleri gibi pek açıklayıcı ve öğretici olması nedeniyle okurların yararlanmasına sunulması özellikle bu yazının amacı da gözetilerek uygun bulunmuştur.

(16) 3.HD., 21.4.1986; 4082/4118.

(17) 3.HD., 25.9.1986; 8071/8831.

«2912 ve onu değiştiren 3012 sayılı Yasalara göre kiracının kira parasının indirilmesini isteyebilmesi için davacının eski kiracı ve 1.5.1984 tarihinde yapılan yeni kira sözleşmesinin 2912 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılmış olması gerekir.

Dosyadaki kira sözleşmelerine göre 2912 sayılı yasa uyarınca sona eren 1.1.1983 tarihli sözleşmenin ..... Çelik Eşya Sanayii ve Ticaret Kollektif Şirketi ile yapılmış olmasına, kira tesbit davasında dayanılan ve 2912 sayılı Yasaya göre düzenlendiği iddia olunan sözleşmenin ise davacı Ali Şükrü tarafından kendi nam ve hesabına imzalanmış bulunmasına, 2912 sayılı Yasaya göre idarece belirlenen yeni kira bedelinin davacıya değilde önceki kiracı Kollektif Şirkete tebliğ edilmiş olmasına göre davacı Ali Şükrü'nün 3012 sayılı Yasaya göre kira bedelinin yeniden tesbitini istemeye hakkı bulunmamaktadır» (18).

13) AVUKATLIK ÜCRETİ VE YARGILAMA GİDERLERİ

a) Sıfat Yokluğundan Davanın Reddi Halinde Karşı Taraf Yararına Vekalet Ücretinin Nisbi Tarifeye Göre Belirlenmesi Gerekir

«...dava şartlarından birinin bulunmaması nedeniyle usulden değilde davacının dava hakkının olmaması bakımından (sıfat yokluğundan) esastan red edilmiş ve davanın konusunun para veya para ile değerlendirilmesi mümkün olan bir şey bulunduğuna göre vekalet ücretinin nisbi tarifeye göre takdir edilmesi gerekirken nedeni gösterilmeksizin davalı taraf yararına maktu tarifeye göre vekalet ücretinin takdiri doğru görülmemiştir» (19).

b) Red Edilen Miktar Üzerinden Davalı Yararına Vekalet Ücreti Takdiri Gerekir

«Ancak, davanın red edilen miktarı üzerinden davalı taraf yararına vekalet ücreti takdir edilmemesi doğru değildir» (20).

c) Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilmesi Halinde Vekalet Ücreti Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 8. Maddesine Göre Belirlenir:

«Davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğine göre, kendisini vekille temsil ettiren davalı leyhine Av. As. Üc. Tar. nin 8. maddesi gözönüne alınarak vekalet ücreti verilmesi gerekir» (21).

d) Türkiye Kızılay Derneği ve Çocuk Esirgeme Kurumu Harçtan Muaftır

---

(18) 3.HD., 4.7.1985; 4561/5011.
(19) 3.HD., 4.7.1985; 4561/5011.
(20) 3.HD., 18.9.1986; 8168/8205.
(21) 3.HD., 11.11.1986; 10786/10344.

«Türkiye Kızılay Derneği harçtan muaf olduğundan yargı harcı ile yükümlü tutulamaz»/«2828 sayılı Yasaya göre Çocuk Esirgeme Kurumu aleyhine açılan kira parasının tenkisi davasında davalı Kurum harçtan muaf olduğundan dolayı Kurumun harçla sorumlu tutulması doğru değildir» (22).

e) Avukatlık Ücretinin Hesaplanması Yöntemi

«Dava dilekçesinde tesbiti istenen kira parası miktarı ile hükmolunan kira parası arasındaki fark için davalı yararına Avukatlık ücretine hükmedilmemesi ve diğer yargılama giderlerinin haklılık oranında taraflara yükletilmemesi de doğru değildir» (23).

14) DAVA AÇMA SÜRESİ

«3151 sayılı Yasa ile 6570 sayılı Yasaya eklenen geçici maddenin 3. fıkrasında teklif edilen yeni bedele ve şartlara kiracılarca Sulh Hukuk Mahkemeleri nezdinde itiraz olunabileceği belirtilmiş olup bu itirazın anılan fıkranın 2. cümlesinde belirtilen 30 günlük süre içerisinde yapılması zorunlu olmayıp kiracı yeni kira bedeli ve şartlarının kendisine tebliği üzerine dava açmaya hakkı vardır. Zira anılan fıkrada belirtilen 30 günlük süre nihai süre olup bu sürenin başlangıcından önce de dava açılmasında yasal engel bulunmamaktadır» (24). 3012 sayılı Yasaya tabi davaların açılma süresi 9.7.1984 tarihinde sona ermiştir (25). Bu süreler hak düşürücü süreler olup Hakimin görevinden ötürü bunu dikkate alması gerekir (26). Burada önemine binaen tekrar etmekte fayda gördüğümüz bir hususa işaret edelim: Eski kiracı olmayıp ihale üzerine kurum ile 10.5.1984 tarihinde kira sözleşmesi yapan davacının 3012 sayılı Yasaya dayanarak dava açmaya hakkı yoktur (27).

15) BU TÜR DAVALARDA GÖREVLİ OLAN ADLİYE (SULH HUKUK) MAHKEMELERİ OLUP DAVAYI KİRACI YA DA KİRALAYAN AÇABİLİR

---

(22) 3.HD., 25.9.1986; 7842/8186/3.HD., 4.11.1986; 10037/10145.

(23) 3.HD., 16.5.1985; 3138/3592.

(24) 3.HD., 4.7.1985; 4617/4981. Başka bir örnek: «Her ne kadar 2828 sayılı Yasanın geçici 2. maddesinde, bu kanun uyarınca, belirlenen kira bedellerine itiraz hakkı verilmemiş ve eldeki bu dava 3204 sayılı Yasa ile ikinci maddedeki değişiklikten önce açılmış ise de, davanın karara bağlanmasından önce 3204 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinden, bu davanın orada öngörülen itiraz davası niteliğinde olduğu ve davanın görülme olanağının doğduğu kabul edilmelidir» 13.HD., 2.7.1986; 3367/3876 (YHD. C. 9, S. 11 Kasım 1986, sh. 1599).

(25) 3.HD., 12.1.1986; 8444/323.

(26) 3.HD., 14.10.1985; 6106/6531.

(27) 3.HD., 4.2.1985; 59/638.

a) «Taraflar arasındaki uyuşmazlık özel hukuk alanına giren kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır/Kira sözleşmesinin yapılmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların idari bir karar sonucu olduğu kabul edilemez/Bu nedenle işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir» (28).

b) «3012 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 2912 sayılı Kanunla eklenen geçici maddenin değiştirilen 3. fıkrası hükmüne göre teklif edilen yeni bedele, kiralayan ve kiracılarca Sulh Hukuk Mahkemeleri nezdinde itiraz olunabilir...» (29).

c) **Bu Tür Davalarda HUMK. 7/3. Uygulanma Olanağı Bulunmamaktadır** : Örnek: «Ne var ki 3204 sayılı Yasada belirlenen kira bedeline itiraz davası yönünden bu yasa özel bir hükümle uyuşmazlığın değerine bakmadan Sulh Hukuk Mahkemelerini görevli kılmıştır. Aynı zamanda mahkemece kira bedelinin tesbiti için uyulması gerekli bazı esaslar göstermiştir. Ayrıca görevlendirilecek bilirkişi kurulunun ne suretle oluşacağını da düzenlemiştir. 3204 sayılı Yasa ile kurumca istenen kira bedellerine itiraz davası için özel olarak görevli mahkeme belirlendiğinden, mahkemenin bu davada 3204 sayılı Yasa gereğince görevsizlik kararı vermesi gerekir/Her ne kadar HUMK. nun 7/3. maddesinde Asliye Hukuk Mahkemesince hükme bağlandıktan sonra davanın Sulh Hukuk Mahkemesi görevi içinde olduğu ileri sürülerek üst mahkemede itirazda bulunulamayacağı öngörülmüş ise de, olayda Sulh Hukuk Mahkemesi özel kanunla görevli kılındığından burada HUMK. nun anılan maddesinin uygulama yeri yoktur» (30).

d) **Bu Tip Davalarda Mecburi Tahkim Yasası Uygulanır** : Örnekler: «Uyuşmazlık Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı ile Belediye arasında olduğuna göre 3533 sayılı yasanın 4. maddesi hükmüne göre davaya hakemde bakılması gerekir» (31).

«Devlet İstatistik Enstitüsü ile Özel İdare Müdürlüğü arasındaki 3151 sayılı yasanın uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar zorunlu tahkime tabidir: 3151 sayılı yasaya göre açılan kira parasının tenkisi davasında «Tarafların 3533 sayılı kanunda yer alan kuruluşlar arasında bulunduğu gö-

---

(28) 3.HD., 18.3.1985; 1362/1751.

(29) 3.HD., 13.3.1985; 1274/1636. NOT: Davacı kira parasının indirilmesini, Vakıflar Genel Müdürlüğü de yükseltilmesini istemiştir.

(30) 13. HD., 2.7.1986; 3367/3876 (YHD., C. 9, S. 11 Kasım 1986, sh. 1599. Dip Not: 24'te zikredilen kararın devamı).

(31) 3.HD., 4.7.1985; 4617/4981.

zönünde tutularak davanın hakem tarafından çözümlenmesi ve dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekir» (32).

e) **3151 Sayılı Yasanın Uygulanma Olanağı Bulunmayan Durumlarda İdarenin Bu Yasaya Dayanarak Kira Parasını Arttırması Muarazadır ve Bunun Giderilmesi İstemlerinde Görevli Mahkeme Kira Parasının Yıllık Tutarına Göre Belirlenir:** Örneğin, davalı kurumun (olayımızda Belediye) dava konusu olan kiralananda davacı ile ortak olması durumlarında -bu ortak taşınmaz hakkında- 3151 sayılı Yasanın uygulanma olanağından söz edilemez. Fakat buna rağmen taşınmazın yarı payının malik ve kiralayanı durumunda olan davalı Belediye tarafından 3151 sayılı Yasa uyarınca yeni kira parası tesbit olunarak bu yarı payın kiracısı ve aynı zamanda diğer yarı payın sahibi olan davacıya gerekli ihbar ve ihtarda bulunulmuş ise ne olacaktır? Öncelikle davacının bu işleme itirazen teklif edilen kira parasının iptali hakkında dava açmakta hukuksal yararının bulunduğunun kabulü gerekir. Lâkin «Bu durumda davacının isteğinin davalının yasaya aykırı olarak ayda 400 bin lira kira parası istemek suretiyle yarattığı çekişmenin önlenmesi şeklinde nitelendirilmesi ve bunun yıllık tutarının da 500 bin lirayı geçtiği dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekir». Yani yıllık kira tutarı 500 bin lirayı geçtiği takdirde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. (33).

f) **2912 ve 3012 Sayılı Yasalar Uyarınca Düzenlenen Kira Sözleşmelerindeki Koşulların Genel Hükümler Uyarınca İptali İstenebilir. İhtiya-**

---

(32) 3.HD., 4.11.1986; 10164/10117.

(33) 3.HD., 10.9.1986; 4664/7969; 3.HD., 25.9.1986; 6795/8781. Aynı görüşte 13. HD., 18.3.1985; 441/1792 (YKD.C: 12, S: 1, Ocak 1986, sh. 84) «Dava, davalıların 2912 sayılı Yasadan kaynaklanan bir hakka sahip olmadıklarının mahkemece tesbiti isteğine ilişkindir... Olayda davalılar daha önce davacıya gönderdikleri ihtarname ve yazı ile söz konusu Yasaya dayanan haklarının varlığını iddia etmiş ve yeni kira sözleşmesi aktedilmediği takdirde, bu Kanunda öngörülen icra yoluna başvuracaklarını bildirmiş olduklarına göre, davacının böyle bir menfi tesbit davasını açmakta hukuki yararının bulunduğu kabul edilmek gerekir. Davacının bu aşamada hakkını korumak için bir eda davası açması da mümkün değildir.» NOT: Yukarıda zikredilen yüksek 3.HD. nin kararlarına konulan karşı oy yazısının özeti şöyledir: Davalı kurumun (olayımızda Belediyenin) yasaya aykırı olarak ayda 400 bin lira kira parası istemek suretiyle yarattığı muarazanın çözümü 3151 sayılı Yasanın geçici maddesinin 3. bendine göre Sulh Hukuk Mahkemesine ait bulunmaktadır. Kaldıki davacı, Belediyenin tesbit ettiği kira parasının iptali ile aylık kiranın 200 bin lira olarak saptanmasını istediğine göre «kira tesbiti ister 3151 sayılı Kanuna, isterse genel hükümlere göre yapılsın, görevli mahkeme HUMK. 8. maddesinin 11/1 bendi uyarınca görevli mahkeme sulh mahkemesidir».

ri Dava Arkadaşlığında Her Bir Davacıdan Ayrı Ayrı Nisbi Harç Alınır: Zira 2912 ve onu değiştiren 3012 sayılı Yasalarda yalnız kira parasına itiraz olunacağından söz edilmesi görevli mahkemelerin genel hükümler içerisinde bu şartları inceleyip bir karar vermesine engel teşkil etmez. Bu itibarla 2912 sayılı Kanun uyarınca düzenlenen sözleşmenin kira bedeli dışındaki hükümlerin iptali istenebilir. Ne var ki davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunan hallerde bunların istemlerinin her birisi ayrı dava niteliği taşıdığından her bir davacıdan ayrı ayrı peşin harç alınmak gerekir. Bu harç ise maktu olmayıp kira parası tutarına göre hesaplanacak nisbi niteliktedir (34).

16) 3012 SAYILI YASA UYARINCA DAVACI KİRACININ SÜRESİNDE YAPTIĞI İTİRAZININ İNCELENEBİLMESİ İÇİN AYRICA TEKLİF EDİLEN KİRA PARASINI ÖDEMESİ ZORUNLU BULUNMAMAKTADIR: «Zira davalı kurum teklif edilen kira parasını ödemeyen davacının tahliyesini icra memurluğundan isteyip tahliye ettirmediğine göre davaya bakılması gerekir» (35).

17) KISA KARARLA GEREKÇELİ KARAR ARASINDA FARK BULUNMAMALIDIR: Örnek: «Ancak, kısa kararda kira parasının 155 bin lira olarak tesbitine karar verildiği halde gerekçeli kararda nedeni gösterilmeksizin 159.300 lira olarak tesbitine karar verilmesi doğru değildir» (36).

18) YETKİ : Bu tür davalar kiralanan taşınmazın aynına ilişkin olmadığından HUMK. 13. maddesi hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Zira 3012 sayılı Kanun uyarınca kira parasının tesbiti davasındaki uyuşmazlık sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Ayrıca davalının yetki itirazında bulunmaması halinde bu husus mahkemece kendiliğinden dikkate alınamaz. Örnek: «Anılan kanun hükmünün uygulanma olanağı bulunmayan böyle bir davada (süresinde ve usulüne uygun olarak vukubulmuş bir yetki itirazı da olmadıkça) yetki yönü mahkemece kendiliğinden dikkate alınamaz. O halde davaya bakılmak gerekirken aksine düşüncelerle yetkisizlik kararı verilmesi doğru değildir» (37).

Vakıflar Genel Müdürlüğünün Şartnameye Koydurduğu (Yetkili mahkeme, Başmüdürlüğün, Bölge Müdürlüğünün, İl Müdürlüğünün bulunduğu mahkemelerdir) **Şeklindeki Yetki Şartı Geçerli midir?** «Kira sözleşmelerinde yetkili mahkeme açık ve seçik olarak belirtilmemiştir/

---

(34) 3.HD., 23.12.1985; 7643/8100.
(35) 3.HD., 11.2.1985; 437/863.
(36) 3.HD., 18.9.1986; 8241/8235.
(37) 3.HD., 8.4.1985; 2387/2405/3.HD., 9.4.1985; 2388/2485.

Yetki sözleşmelerinde veya şartında yetkili mahkemenin açıkça belirtilmesi gerekir/Bu nedenle yetki itirazının reddi gerekirken kabulü doğru değildir» (38).

19) KİRA SÖZLEŞMESİNİN YAPILIP YAPILMAMASI AÇILAN DAVANIN İNCELENMESİNE ENGEL TEŞKİL ETMEZ (39): Ayrıca Cami Yaptırma Derneği Kamu Yararına Çalışan Derneklerden Bulunmadığı Takdirde 2912 Sayılı Yasadan Yararlanamaz (40).

20) KURUMCA TEKLİF EDİLEN YENİ KİRA PARASININ SONA EREN KİRA SÖZLEŞMESİNDEKİ KİRA PARASININ AYNI OLMASI HALİNDE KİRACININ (DAVACININ) İTİRAZLARININ 3012 SAYILI YASAYA GÖRE İNCELENMESİNE ENGEL TEŞKİL EDER Mİ?

Yüksek mahkemenin bazı kararlarında açıkladığı (3.HD., 11.2.1985; 418/887; 3.HD., 13.2.1985; 6602/952) «2912 ve 3012 sayılı Yasalar ile 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanuna eklenen geçici mad-

---

(38) 3.HD., 12.2.1985; 540/941. NOT: Bu görüş HGK.nun 24.10.1986; 532/935 sayılı ilamı ile de benimsenmiş bulunmaktadır. Şu bilgilerin sıralanması uygun ve yararlı görülmüştür: «Kanımca taraflar, yetki sözleşmesi ile, yalnız bir yer mahkemesini yetkili kılabilirler; birden fazla mahkemenin yetkili olduğunu kararlaştıramazlar. Çünkü m. 22'de, mahkemeler (çoğul) değil, mahkeme (tekil) denilmektedir/Fakat uygulamada belli olmak şartı ile birden fazla mahkeme yetki sözleşmesi ile yetkili kılınabilmektedir; misal: «Mukavele ile belli bir yer mahkemesinin selahiyetli kılınmış olması da hukuken mümkün ve böyle bir anlaşma muteberdir» TD. 20.10.1961; 1267/3346 (Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.1, 4. bası, Ank. 1979, sh. 363)/Yetki sözleşmesinin bir taraf (özellikle sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olan taraf) lehine ve diğer taraf (özellikle sosyal ve ekonomik bakımından zayıf olan taraf) aleyhine yapılması ve yalnız bir taraf için hak doğurması mümkün değildir. Çünkü, yetki sözleşmesi iki taraf için de aynı yükümlülük ve hakkı kapsamalıdır (Kuru, C.1. sh. 359)./Yetki sözleşmesi ile kanuna yetkili olan genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisi kaldırılamaz: «Yetki sözleşmesi ile kanunen yetkili olan genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkileri ortadan kaldırılamaz. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da sözleşme ile yetkili kılınan mahkemenin yanında, kanunen yetkili sayılan mahkemelerinde yetkili olarak kalmakta devam edecekleri, yolundadır «HGK., 25.12.1963; 26/40 (Kuru, C.1, sh. 365).

(39) 3.HD., 21.1.1986; 8444/323; 3.HD., 8.1.1985; 22/234.

(40) 3.HD., 11.6.1985; 4034/4275. Eğer Cami Yaptırma ve Yaşatma Derneği 2912 sayılı Kanunun kapsammda olan derneklerden bulunmadığı anlaşıldığı takdirde davacının kira parasının indirilmesini istemesini kira sözleşmesinin kira ile ilgili koşulunun değiştirilmesi olarak kabul edilip mahkemenin görevli olup olmadığı hususu araştırılmalıdır (3.HD., 13.2.1985; 422/961).

de hükmü uyarınca kira sözleşmesi sona erdiğine göre, teklif edilen yeni bedele, kiracılar Sulh Hukuk Mahkemeleri nezdinde itiraz edebilirler» görüşüne HGK. (2.7.1986; 687/735) «Gerçekten tarafların kira bedelinde anlaşmaları 3012 sayılı Yasa uyarınca itiraza engel değildir. Ancak olayda, anlaşma eski kira parası üzerinden olmasına göre usul ve Yasaya uygun bulunan direnme kararı onanmalıdır» gerekçesiyle karşı koymuştur (41).

21) DAVALI VEKİLE YÖNELTİLEN DAVAYA ASIL HASMIN GİRMESİ - TEMSİLCİDE HATA

a) «Dava kira sözleşmesini Rızvaniye Vakfı mütevelli vekili olarak imzalayan Ercan aleyhine açılmıştır. Anılan vakfın mütevellisi Suat Akgün'ü temsilen duruşmaya vekili Av. Celal takip etmiş bulunmaktadır. Asıl hasım duruşmada vekille temsil edildiğine göre onun huzuru ile davaya bakılması gerekirken, davanın Vakıf mütevellisi Suat yerine vekili Ercan'a yöneltilmiş olduğundan söz edilerek husumet yönünden reddine karar verilmesi doğru değildir» (42).

b) «Davada husumet mülhak vakıflara yöneliktir/Davacı bu vakfın temsilcisi mütevelli iken, vakıflar idaresini göstermesi temsilcide yanılmadır/Temsilcide yanılma hallerinde, Yargıtay'ın kökleşen içtihatları uyarınca dava red edilmeyip gerçek temsilciye tebliğ edilip davaya onun huzuru ile devam edilmesi gerekir» (43).

22) KARMA SÖZLEŞMELERDE 3151 SAYILI YASA HÜKÜMLERİ UYGULANMAZ : Uygulamada gözlendiği üzere Belediyelerle özel veya tüzel kişiler arasında yapılan genellikle uzun süreli kira sözleşmelerine, kiracının kiralanan yere bazı tesisler (örneğin bir akaryakıt satış istasyonu ve otopark) inşa ederek sözleşmenin nihayetinde bunları kiralayana devir edebileceği hakkında hükümler konulmaktadır. Yüksek mahkemece sözleşmenin bu hükümlerinin bir eser sözleşmesine ait unsurlar olarak kabul edilmesi gerektiği hususu vurgulandıktan sonra «Bu hali ile taraflar arasındaki kira sözleşmesi eser sözleşmesi unsurlarını içeren karma tipli bir sözleşmedir» denerek hukuksal ilişki böylece nitelendirilmiş ve şu sonuca ulaşılmıştır: «Bu nedenle 6570 sayılı Yasaya 3151 sayılı Yasa ile eklenen geçici madde ile getirilen kira sözleşmesinin sona ermesine dair hü-

---

(41) Krş. «Taraflar önceki kira dönemine ait kira parasını rayice uygun olarak tesbit ederek kira sözleşmesi yaptıklarına ve yeni yapılan kira sözleşmesinde aynı kira parası kabul edildiğine göre tesis edilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiştir» 3.HD., 11.4.1985; 2282/2574. Not: Dava red edilmiştir.

(42) 3.HD., 21.3.1985; 1845/1896.

(43) 3.HD., 19.2.1985; 6541/1099.

kümler davacı ile davalı arasındaki akdi ilişkide uygulanamayacağından davalı Belediye tarafından davacıya bildirilen yeni kira parasının davacı kiracıyı bağlamayacağı gerekçesiyle dava red edilmek gerekirken aksine yazılı düşüncelerle kısmen kabulü doğru görülmemiştir» (44).

23) 2912 ve 3012 SAYILI YASALARA GÖRE KİRA PARASININ TESBİTİNİN KOŞULLARI NELERDİR? BU TÜR DAVALARI KİMLER AÇABİLİR?

«2912 sayılı Kanunla 6570 sayılı Kanuna eklenen geçici madde hükümlerine göre, anılan kanun ile bu kanunu değiştiren 3012 sayılı Kanun hükümleri uyarınca kira parasının tesbit edilebilmesi için kira sözleşmesinin geçici madde gereğince sona ermiş olması ve ilgili kurumca tesbit edilen rayiç ve emsale uygun yeni kira parasının kiracıya bildirilmiş olması gerekir. Davacılar, ihaleye çıkarılan taşınmazı ihale sonucu kiralamış ve davalı kurumla 11.6.1984 tarihinde kira sözleşmesi yapmışlardır. Bu nedenlerle davacılar yukarıda anılan yasa hükümlerine dayanarak kira parasının indirilmesini isteyemezler» (45). Ancak sözleşme 1.1.1984 tarihini taşıdığı ve yeni bir sözleşme yapılmadığı takdirde davacının isteğinin incelenmesi gerekir: «Oysa davacının davalı idare ile yaptığı sözleşme 1.1.1984 tarihini taşımakta olup bu kanuna göre yapılmış bir sözleşmesi olmadığından 30.4.1984 tarihinde yasa gereği sona ermiş bulunmaktadır. Bu nedenle davacının itirazının incelenerek 2912 ve 3012 sayılı Kanun hükümleri dairesinde kira parasının 1.5.1984 tarihinden geçerli olmak üzere tesbiti gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru değildir» (46).

24) 3151 SAYILI YASANIN UYGULANMASINDA BÜFELER VE MK. NUN 654. MADDESİ : Medeni Kanunun 654. maddesi temelli kalmak maksadı olmaksızın başkasının arsası üzerinde yapılan kulübe ve baraka gibi hafif inşaatın, inşa edenin mülkü olacağını hükme bağlamıştır/Tuğla üstüne taştan yapılmış ve büfe olarak kullanılagelen bir yer, sabit inşaat mahiyetinde olup 6570 sayılı Yasanın 1. maddesinde yer alan musak-

---

(44) 3.HD., 10.4.1986; 3809/3707/3.HD., 24.2.1986; 434/1303. Ama taraflar arasında kira sözleşmesi var ve fakat kiralanan yerin musakkaf (üstü örtülü) ve dolayısiyle -3151 sayılı Yasanın uygulanması bakımından- 6570 sayılı Yasanın kapsamında kalıp kalmadığı uyuşmazlık konusu halinde ise mahkemece yerinde keşif yapılarak kiracılar tarafından sözleşme uyarınca gerekli tesisler yapılarak musakkaf hale getirilip getirilmediği tesbit edilmelidir (3.HD., 11.11.1986; 10120/10329). Bu husus kesin olarak anlaşıldıktan ve taşınmazın musakkaf hale geldiği saptandıktan sonra kira parasının arsa olarak değil de -karara konu olan olayın özelliği de dikkate alınarak iş yeri olduğunu söylemek gerekirse- ona göre kira parasının hesaplanması gerekecektir (3.HD., 18.11.1986; 10141/10527).

(45) 3.HD., 28.2.1985; 1149/1349.

(46) 3.HD., 15.5.1985; 1424/3517 (YKD. C: XI. S: 9. Eylül 1985, sh. 1299).

kaf taşınmaz niteliğindedir. «Keşif tutanağında dava konusu büfe olarak kullanılagelen yerin tuğla üstüne yapılmış bir yer olduğu anlaşılmaktadır.

Dava konusu yerin önceki kiracıdan devren kiralayan davacının bu yeri büfe olarak kiraladığı yönünde bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Davalı Belediye'nin kendi yerine büfe inşa edilmiş ve sonradan davacıya kiralanmış bulunan bu yer sabit inşaat sayıldığı gibi arza tebaanda 6570 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan musakkaf gayrimenkul niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

Medeni Kanunun, Gayrimenkul Mükellefiyeti hükümleri faslında yer alan 654. maddesi temelli kalmak maksadı olmaksızın başkasının arsası üzerine yapılan kulübe ve baraka gibi hafif inşaatı inşaa edenin mülkü olacağını ve tapu siciline kaydolunmayacağını belirtmek için sevkedilmiş olup 6570 sayılı Kanunun 1. maddesindeki musakkaf gayrimenkullerin hukuki durumlarının Medeni Kanunun 654. maddesi hükmü ile izahı cihetine gidilemez.

Bu nedenle dava konusu yerin 6570 sayılı Kanuna tabi olduğunun kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm verilmesi yasaya aykırıdır» (47).

25) 3151 SAYILI YASAYA GÖRE AÇILAN DAVALARDA İSTİCVAP/ BİR YASANIN UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI ŞEKLİNDE TESBİT DAVASI AÇILAMAZ

Hâkim, davanın her halinde tarafları (veya vekillerini) davet ederek birbirlerinin huzurunda dava konusu olaylar hakkında kendilerini dinleyebilir. «İsticvap, dava ile ilgili bir vakıa hakkında taraflardan birinin mahkeme tarafından dinlenilmesi, demektir. Bu şekilde, o vakıanın aydınlatılmasına çalışılır» (48). Örneğin bir davada Belediyeden kiralanan taşınmaz üzerindeki enkazın davacı tarafından yapıldığının ve davalı Belediyenin malik sıfatı ile 3151 sayılı Yasaya göre kira parasının tesbit etme hakkının bulunmadığının tesbiti istenilmiş, mahkemece enkaz bedelinin tesbiti cihetine gidilmiş ve hüküm her iki tarafça temyiz edilmiştir.

Bir yasanın uygulanıp uygulanmayacağı şeklinde bir tesbit davası açılamayacağından dolayı mahkemece öncelikle davacı taraf isticvap edilerek asıl istemi belirlenmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Ör-

---

(47) 3.HD., 23.6.1986; 6124/6243 «Yollardaki Belediye büfeleri vergi hukuku bakımından sabit inşaattır. Arza tebaende taşınmaz mal hükmündedir. Haklarında 6570 sayılı Kanunun uygulanması ve neticeten kira parasının tesbiti mümkündür» HGK. 16.10.1968; 207/693.

(48) Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. baskı, Ank. 1974, sh. 354.

nek: «Davacı dava dilekçesinde hakkında 3151 sayılı Kanunun uygulanmayacağının tesbiti ile kiracı olarak kullandığı yeri kendisinin yaptığını ve enkazının kendisine ait olduğunun tesbitini isteyerek bu davayı açmış ve dava dilekçesinde de davalı Belediye ile kira sözleşmesi yaptığını kabul etmiştir.

Bir yasanın uygulanıp uygulanmayacağının tesbiti diye bir tesbit davası açılamaz.

Dava dilekçesinde açıklanan olaylar ve isteğe göre hangi yasanın nasıl uygulanacağını hakim tesbit ederek hüküm tesis eder.

Davacı enkazın kendisine ait olduğunun tesbitini istemişse de taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinde enkazın durumu açıkça belirlendiğinden davacının bu davayı açmaktaki amacının bir enkaz tesbiti davası olduğu da kabul edilemez.

Dava dilekçesinde açıklanan olaylar ve istek hep birlikte incelendiğinde davacının davalı ile yaptığı kira sözleşmesinde belirlenen kira parasından başka bir kira parası ödemek istemediği ve 3151 sayılı Kanunun uygulanmayacağından Belediyenin yeni kira parası teklif edemeyeceğinin tesbiti ile buna göre hüküm tesisini istediği anlaşılmaktadır.

Dilekçedeki bu istek açık olmamakla beraber davalı taraf ilk itiraz olarak ileri sürmediğine göre dava dilekçesindeki yasal eksiklikleri Hakimin, davacı isticvap edilerek tamamlanması gerekir.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş; öncelikle davacı taraf isticvap edilerek davacının asıl isteği belirlenmeli ve taraflar arasında bir kira sözleşmesi yapıldığına göre 3151 sayılı Yasa hükümleri dairesinde açılan davanın süre ve esas yönünden incelenmesi ve bununla ilgili olarak Yargıtay'ın kökleşen içtihatları dikkate alınarak varılacak sonuç dairesinde bir hüküm tesis edilmesi gerekir» (49).

26) KİRA SÖZLEŞMESİ SONA ERDİĞİ HALDE İDARECE YENİ KİRA PARASINI TEKLİF ETMEMESİNİN ANLAMI ESKİ KİRA PARASININ DEVAMINI İSTEDİĞİ ŞEKLİNDE YORUMLANMALIDIR

«3151 sayılı Yasa ile taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.8.1985 tarihinde sona ermiştir. Davalının yeni kira parası teklif etmemesi halinde eski kira parasının devam etmesini istediğinin kabulü gerekir. 1.12.1984 tarihinde nitibaren ihale suretiyle tesbit edilen kira parasının altında bir kira parası tesbit edilmesi de 3151 sayılı Yasanın amacına uygun değildir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 3151 sayılı Yasa ile sona erdiğine gö-

(49) 3.HD., 3.7.1986; 7379/6952.

re, davacının bu sözleşmede ihale ile tesbit edilen kira parasının indirilmesi talebinde de bulunamayacağının kabulü gerekir. 3151 sayılı Yasaya göre, kira ilişkisi sona ermiş olmakla yeni kira parasının ihale ile belirlenen kira parasının altında olamayacağının kabulü gerekir» (50).

27) 3151 SAYILI YASAYA GÖRE BİLİRKİŞİNİN TAKDİR ETTİĞİ ÜCRETE MAKUL BİR ORANDA MAHKEMENİN DE EK ARTTIRMA YAPMASI YARGITAYCA OLUMLU KARŞILANIYORDU. MAHKEMENİN ARTIŞ ORANI YÜKSEK İSE NE YAPILACAKTIR? «Bilirkişilerin takdir ettiği kira parası ile mahkemece arttırılarak takdir edilen kira parası arasında büyük fark bulunmaktadır. Mahkemece bilirkişinin takdir ettiği kira parasının çok düşük olduğunun görülmesi hallerinde nedenleri açıklanarak gerekli talimatta verilmek suretiyle yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmesi gerekir» (51).

● ESAS VE USUL HUKUKU İLE İLGİLİ KARARLAR

D) KİRA TESBİTİ DAVALARINA AİT YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ'NCE VERİLMİŞ BULUNAN YAYIMLANMAMIŞ KARARLARIN KRONİĞİ

Bu son bölümde 1987 yılı sonuna dek ve sadece bu yıla ait olmak üzere konumuzla ilgili kararların özetleri sunulacaktır. Gerçi yazının bazı bölümlerindeki dipnotlara 1987 yılına ait kararlar konulmuş ise de, bu yıla ait 3.HD. nin kira tesbiti davalarının tümüne ilişkin kararlarının yeniden sergilenmesinde yarar görülmüştür. Zira bu şekilde yüksek mahkemenin 1987 yılındaki görüşü de izlenebilecektir. Bu nedenle bazı kararlar yazı içerisindeki diğer yıllara ait kararlarının tıpkısı olarak değil de 3.HD. nin 1987 yılında dahi aynı konudaki görüşünün değişmediği ve giderek kökleştiği biçiminde değerlendirilmelidir.

Toptan eşya fiyat endeksi ve emlak vergisine göre kira parasının saptanması :

Mahkemece son kez arttırılan kira parasının hangi dönemden geçerli olmak üzere arttırıldığı saptanmalı, bu dönemle tesbiti istenilen dönem arasında Ticaret Bakanlığınca yayınlanan endeksin her kira yılına yansıyan bölümleri toplamı oranında bir artış yapılmalı ve bu miktar arsa dahil binanın asgari beyan değerinin %5'den az ise beyan değeri dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır. **3.HD., 28.4.1987 gün ve 2874/4752.»**

---

(50) 3.HD., 11.11.1986; 10792/10346.

(51) 3.HD., 4.11.1986; 10989/10136. Karş. Kira bedelinin tesbiti davalarında, yeni dönem için kendiliğinden yenilenmiş olan kira sözleşmesindeki kira bedeline ilişkin boşluğun «bilirkişice tesbit edilecek olağan rayiç ve bu tesbit edilemez ise ekonomi esasları ve hak ve nasafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak hakim tarafından doldurulması gerekir» (18.11.1964; 2/4 sayılı İç. Bir. Kar). Ayrıca hakimi bilirkişi raporu ile sıkı sıkıya bağlayan uygulamanın eleştirisi için bkz. Kuru, 3. baskı, Ank. 1974, sh. 470 vd.

«1.1.1986 yılında yürürlüğe giren Gelir Vergisi Yasasının değişik 73. maddesi uyarınca arsa dahil binanın asgari beyan değeri %5'dir. Asgari kira parası buna göre hesaplanmalıdır. Bundan evvelki yıllara ait bulunan %7 oranı dikkate alınamaz. **3.HD., 17.3.1987 gün ve 1695/2937»**

«Kira sözleşmesinin koşulları (BK. m. 248) protokolde taşınmazın tahsis edileceği şeklindeki sözcük kira sözleşmesinin vasfına etki yapmaz. **3.HD., 17.3.1987 gün ve 1806/2969»**

«Kira İlişkisi 31.12.1980 tarihinden önce kurulmuştur. Buna göre 1.1.1985 tarihinden itibaren taraflarca kira parasının %25.5 oranında arttırılmış olması yeni dönem olan 1.1.1986'dan itibaren Ticaret Bakanlığınca yayınlanan Top. Eş. Fiat indeksindeki artışın tamamının yansıtılmak suretiyle tesbit edilen kira parasında bir isabetsizlik yoktur. **3.HD., 17.3.1987 gün ve 1782/2960»**

«1985 yılı kira parasının endeksten daha az olarak tesbit edilmesi halinde, 1984 yılı kira parasına 1985 yılı endeksi olan %51.96 oranında artırma yapıldıktan sonra bulunacak rakama 1986 yılının ait olduğu ayın endeksi eklenerek kira parasının saptanması gerekir. **3.HD., 17.3.1987 gün ve 1675/2930»**

«31.12.1980'den önce başlayan kira sözleşmesinde, eğer 1985 yılı endeksi tam olarak yansıtılmamış ise, 1986 yılı endeksi tam olarak yansıtılır. **3.HD., 24.2.1987 gün ve 398/1869»**

«Arsa dahil binanın asgari beyan değerinin dikkate alınarak kira parasının tesbiti için binanın tapuda kayıtlı olması gerekmez/itiraz halinde yerinde keşif yapılmak ve emlak vergisi yasası ile bu husustaki Maliye Bakanlığınca çıkarılan tebliğler dikkate alınarak dava konusu yere düşen gerçek arsa payı ve miktarı hesaplanmalıdır. **3.HD., 26.3.1987 gün ve 2048/3231»**

On yıl süreli ve fakat her üç yılda bir kira parasının saptanacağı hususunun kararlaştırıldığı kira sözleşmelerindeki kira parasının saptanması yöntemi :

a) 10.1.1979 tarihinde başlayan kira sözleşmesinin ilk üç yılı için kira parası 15 bin lira olarak belirlenmiş, 10.1.1982'de başlayan ikinci üç yıl için ise kira parası 33 bin lira olarak tesbit edilmiştir.

b) 10.1.1985 tarihinden başlıyan üçüncü üç yıllık kira parasının tesbiti ise şöyle yapılmalıdır: 1 — 10.1.1982 tarihi ile 10.1.1985 tarihi arasındaki endeks toplamı %91.63 olduğundan 33000.— liralık (1982 yılı kirası) 63.237 liraya yükseldikten sonra 10.1.1986 yılı için %20 endeks uygulanarak 75.884 TL; 10.1.1987 yılı için ise yine %20 endeks uygulanarak 10.1.1988 tarihine kadar geçerli olmak kaydı ile 91.060 TL. kira parasının saptanması zorunludur. **3.HD., 26.3.1987 gün ve 1824/3220»**

1982 Yılında başlayan kira ilişkisinin 1986 yılı kira parasının tesbiti yöntemi :

«1 — 1985 yılı için 1986 yılının arsa dahil asgari beyan değerinin %5'i dikkate alınarak kira parası hesaplanamaz.

2 — Öyle ise 1.1.1982 ila 1.1.1985 yılları arasındaki endeks toplamı oranında yapılan arttırmaya 1986 yılının arsa dahil binanın asgari beyan değerinin %5'i eklenerek sonuca gidilmelidir. **3.HD., 5.5.1987 gün ve 2413/4745»**

«Sözleşmede 1.5.1985 tarihinde «cüz'i bir miktar» arttırılacaktır hükmü yer aldığına göre yöntemince kira parasının tesbiti gerekir. **3.HD., 5.5.1987 gün ve 3345/4765»**

«Kira parasının tesbiti hakkındaki yöntemler hakimi bağlamaz/Bu günkü ekonomik ortamda 5 kira yılı için geçerli olacak şekilde kira parasının tesbiti mümkün değildir. Kira parasının belirlenmesinde ekonomik koşullar yanında hak ve Nasafet kuralları da dikkate alınmalıdır. **3.HD., 4.2.1987 gün ve 3960/5733»**

31.12.1980 tarihinden önceki kira ilişkilerine dayanılarak istenilen kira parasının tesbitindeki yöntem/Taraflarca 1985 yılı kirasının saptanması durumunda 1986 yılı kirası nasıl hesaplanacaktır?

«31.12.1980 tarihinden önceki kira ilişkilerine dayanılarak açılan kira tesbiti davalarında, 1985 yılına ait kira parası tesbit edilirken endeksteki artışın tamamı yansıtılacaktır. Eğer 1985 yılının kirası taraflarca saptanıp ödenmiş ise, 1986 yılının kirasının tesbitinde öncelikle yukarıdaki yönteme göre 1985 yılı kirası hesap edilecek ve buna 1986 yılına ait endeksin kira parasına yansıyan bölümü oranında arttırma yapılarak yeni dönem kirası bulunacaktır. **3.HD., 25.5.1987 gün ve 3867/5721»**

Eski Kira Sözleşmelerine Hangi Halde Endeksin Tamamı Yansıtılamaz:

«Her ne kadar 31.12.1980 tarihinden önce başlayan kira sözleşmelerinde, 1985 yılındaki yeni döneme ait kira parasının saptanması halinde o döneme ait toptan eşya fiat endeksindeki tamamının yansıtılarak uygulanması zorunlu ise de; «Taraflarca daha önce tesbit edilen kira paralarının asgari kira parası olan emlak vergi beyan değerinin üzerinde olması durumunda bu kural uygulanmaz. **3.HD., 25.5.1987 gün ve 4246/5737».**

Kira Sözleşmesinin Kurulması - Şekli - Hakkın Kötüye Kullanılması:

«Davalı kiralanan yeri işgal etmiş ve bir kısım kira paralarını da ödemiş bulunduğuna göre yazılı kira sözleşmesinde kendisinin imzasının bulunmaması kiracılık sıfatını ortadan kaldırmaz. Zira kira sözleşmeleri şekle bağlı olmayan sözleşmelerdir. Ayrıca davalının hem kiralananı işgal ederek bir kısım kira paralarını ödemesi ve hem de sözleşmeye kefil olarak imza koyan dava harici kocasının kiracı olduğunu savunması çelişkili davranış sayılır. **3.HD., 1.6.1987 gün ve 1924/6066.»**

«Taşınmazın arsa dahil asgari beyan değerine göre kira parası saptanırken vaki itiraz sonucu ulaştığı değer dikkate alınmalıdır. **3.HD., 23.6.1987 gün ve 5199/7071»**

Yenilenen Kira Sözleşmesinin Gabin nedeniyle iptali, taraflar arasındaki ilk sözleşmenin de geçersizliğini gerektirmez. Bir başka deyimle taşınmazı işgal etmeye devam eden kişi kiracı olup fuzuli şagil değildir. Bu nedenle açılan kira tesbiti davası usulen incelenmelidir :

«Taraflar arasında yapılan 1.9.1977 başlangıç tarihli kira sözleşmesi, Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dava sonunda verilen ve kesinleşen kararla iptal edilmiştir. Bu durumda, 1.9.1967 başlangıç tarihli ilk kira sözleşmesinin devam ettiğinin kabulü gerekir. O halde, işin esasına girilerek hasıl ola-

cak duruma göre karar verilmek gerekirken, görev yönünden dava dilekçesinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. **HGK., 27.6.1986 gün ve 305/702; 3.HD., 30.6.1987 gün ve 2562/7369»**

«Kira parasının fiyat endeksine göre tesbiti sadece paranın değerinin düşmesi sonucunda kira parasında meydana gelen değişikliği kapsar. Ancak kira ilişkisinin başladığı tarihe nazaran o yörede kira parasına etki yapacak büyük değişiklikler olmuş ise bunlarda karşılaştırılarak ve kira paralarına etki dereceleri de dikkate alınarak yöntemince saptanan kira parasının kaç katı daha arttırılması gerektiği belirlenip aşırı olmayan ve hak ve nasafete uygun bir kira parası bulunmalıdır. **3.HD., 7.7.1987 gün ve 5044/7740»**

«Çok eski tarihli kira sözleşmelerindeki kira parasının saptanmasında hak ve nasafet ilkeleride dikkate alınmalıdır. **3.HD., 30.6.1987 gün ve 4146/7793»**

Kira tesbitinde hak ve nasafet :

Kararın dayanağı: «.....kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun bilirkişilerce tesbit edilecek olağan rayiç ve bu tesbit edilemezse ekonomi esasları ve hak ve nasafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak Hâkim tarafından doldurulması gerektiğine..... **İç. Bir. Kar. 18.11.1964, 2/4; 3.HD., 29.9.1987 gün ve 7658/9223»**

Kira parasının tesbitinde hak ve nasafet ilkesi :

«Yargıtay'ın kökleşen içtihatlarına göre belirlenen yöntemlerle bulunan kira parasının düşük bir kira parası olduğu anlaşılıyorsa hak ve nasafet kurallarına göre makul bir oranda arttırılması gerekir. Ayrıca yörede kira parasını etkiliyecek değişiklikler olmuş ise bunlar da dikkate alınarak bu değişikliklere uygun bir biçimde arttırma yapılabilir. **3.HD., 3.11.1987 gün ve 10552/10582»**

Kira tesbit davalarında ekonomi (endeks) esasının yeterli olmadığı takdirde hak ve nasafet kurallarına göre aşırı olmayan bir oranda arttırma yapılmalıdır :

«Mahkemece sadece ve yalın olarak Ticaret Bakanlığı'nca yayınlanan endeksler oranında artış yapılarak sonuca gidilmiştir. Oysa kira ilişkisi 1.10.1979 tarihinde başladığına göre o yörede kira parasını etkileyecek gelişmeler vuku bulmuş ise bunların dikkate alınması, bu da yetmezse kira parasının hak ve nasafet kurallarına göre mahkemece de aşırı olmayan bir oranda arttırılması gerekir. **3.HD., 1.12.1987 gün ve 6821/11728»**

Kira Sözleşmesi (Daire adına Noter tarafından) yapılacağından ötürü bu kabil sözleşmelerde Noterin şahsı önemli değildir :

«Taşınmaz mal 1.1.1972 başlangıç tarihli kira sözleşmesiyle üç yıl süreyle Noter Dairesi olarak kiralanmıştır.

Davacı, adıgeçen Noterin ölümünden sonra burasının yeni Noter olan davalı tarafından işgal edildiğini ve bu işgalin haksız olduğunu ileri sürerek boşaltma isteminde bulunmuş, mahkemece de istem dairesinde karar verilmiştir.

Kira sözleşmesi 6570 sayılı Kanunun 11. maddesi gereğince aynı şartlarla bir yıl yenilenmiştir. 1512 sayılı Noterlik Kanunun 40. maddesinde, noterlik dairesinin resmi daire sayılacağı ve kira sözleşmesinde (daire adına) noter tarafından yapılacağı açıklanmıştır. Maddenin özünden anlaşılacağı üzere sözleşme şahıs adına değil Noterlik dairesi adına yapılmakta ve sözleşmede Noterin şahsı hedef tutulmamaktadır. Buna göre bu kabil sözleşmelerde Noter'in şahsı önemli değildir. Bu nedenle Noterliğin herhangi bir nedenle boşalması halinde tayin edilen yeni Noteri fuzuli şagil saymaya imkan yoktur. Akdin 5. maddesi bu görüşü değiştirir nitelikte olmayıp ancak kira bedeli ile ilgilidir. Mahkemece hilafının kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.» **8.HD., 12.9.1975, 5276/5470** (TNBHD. 15.8.1987; sayı. 55, sh. 40)

Rayicin altında olduğu anlaşılan kira parası tarafları bir dönem için bağlar ise de ileriki dönemlere esas tutulacak biçimde rayiç olarak kabul edilemez :

«Örneğin 1984 yılı rayici 28.500.— lira olduğu halde taraflarca o yılın aylık kirası 25.000.— lira olarak ödenmiş ise 1984 ila 1986 yılı arasındaki kira parasının tesbitinde 28.500.— liranın baz alınması gerekir. **3.HD., 29.9.1987 gün ve 7529/9204»**

Kısmen tahliye halinde kiracıya bırakılan bölümün tahliye tarihindeki ekonomik koşullar gözönüne alınarak getirebileceği kira parasının tesbiti gerekir :

«Örnek: En son olarak taraflarca 1.10.1984 tarihinde kira parası tesbit edilmiş bulunduğuna göre bu tarihten tahliye tarihi olan 25.9.1985 tarihine kadar taşınmazın tamamının kira parası usulüne göre belirlendikten sonra davacı (kiracıya) bırakılan yerin getirebileceği kira parasının buna göre saptanması gerekir. **3.HD., 6.10.1987 gün ve 7293/9604»**

Kira sözleşmesinin başlangıç tarihinin saptanması ile emlak vergisine göre kira parasının arttırılması yöntemi :

«Kira sözleşmesinin başlangıç tarihi saptanmadan geçerli olacağı tarih belirlenemez. **3.HD., 20.10.1987 gün ve 9724/10142»**

Kira parasının mahkemece sınırlı bir süre için BK.nun 249. maddesine dayanılarak indirilmesi ileriki yıllar için tesbit edilecek kira parasına baz alınamaz :

«Kiracı tarafından BK. nun 249. maddesine dayanılarak açılan dava sonucunda kira parası bir yıllık süre için indirilmiştir. Kiralayan bu süre zarfında eğer ayıpları gidermiş ise endeks uygulamasının taraflarca özgür iradeleri ile kararlaştırdıkları evvelki kira parası üzerinden uygulanması gerekir. **3.HD., 3.11.1987 gün ve 9223/10604»**

6570 Sayılı Yasaya tabi olan taşınmazların kiralarındaki kira parasının altın veya döviz esasına göre belirlenmesi geçerlidir (HGK. 17.6.1987; 734/517).

Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde kira karşılığı altın olarak belirlenmiş olup ilk yıl için kira parası 36 kulpsuz Cumhuriyet Ata altını olarak kabul edilmiştir. Bu sözleşme BK.nun 20. maddesi açısından butlanı gerektirir nitelikte değildir. Kaldı ki, taraflar bu sözleşmeye yıllarca riayet etmişlerdir.

NOT : Kira sözleşmesi 1.6.1978 tarihli olup 5 yıl sürelidir ve 31.5.1983 tarihinde sona ermektedir. Davacı kiracı davalı kiralayana sürenin bitiminden 15 gün önce kira parasının tesbiti konusunda bir ihtarname de göndermemiş ve yeni dönemin başladığı 1.6.1983 gününden davanın açıldığı 21.9.1983 tarihine kadar işlem temelini çökertecek şekilde altın fiatlarında bir artış olduğunu iddia ve isbat etmiş değildir.

KARŞI OY YAZILARININ ÖZETİ : 1 — Kira paralarının serbest olmayıp sınırlandırmaya tabi tutulduğu bilinen bir gerçektir. Tarafların yaptıkları 5 yıllık kira sözleşmesinin başında 45 bin lira olan kira parası 1983 yılında 3 altın esasına göre 883 bin liraya çıkmıştır. Bu durum ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı ile benimsenen ve kamu düzenini koruma amacı ile getirilen esasları açıkça ihlal etmiş sayılır. 2 — Türk Lirası yokmuş gibi (altın, döviz gibi) ögelerle sözleşme yapılması kamu düzenine ve bu yoldaki hükümlere karşı hile niteliğindedir. 3 — Kira sözleşmesinin dışındaki sözleşmelerde borcun altınla ödenmesi olanaklı ise de, kamuyu ilgilendiren kira sözleşmelerinde her gün değişir ve önceden belli olmayan kira miktarının kabulü 6570 sayılı Yasanın amaç ve ilkelerine aykırıdır.

«Taraflar ilk yeni dönem kira parasının dolar üzerinden hesaplanmasını kabul etmiş iseler bu dönem için dolara göre kira parası bulunmalı ve müteakip dönemlerde de Ticaret Bakanlığı'nca Yay. Top. Eşya Fiat Endeksi uygulanarak sonuca gidilmelidir. **3.HD., 30.6.1987 gün ve 4003/7372»**

İŞTİRAK VEYA MÜŞTEREK MÜLKİYETE KONU OLAN TAŞINMAZLARIN MK.nun 624/III ve 630/II. MADDELERİNE AYKIRI OLARAK KİRAYA VERİLMESİNİN SONUÇLARI

a) Bilimsel Öğreti : İştirak halindeki bir taşınmazın kiraya verilebilmesi, ancak bütün mirasçıların onayı ile (MK.nun 630/II) ve müşterek mülkiyet halindeki bir taşınmazın kiraya verilebilmesi de -önemli idari tasarruf sayıldığından- ancak pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması ile (MK.nun 624/III) mümkün olur.

Bu kurala uyulmadan yapılan kira sözleşmeleri geçerli olur mu? Bu konuda başlıca iki görüş savunulmaktadır. Birinci görüşe göre bu çift çoğunluk sağlanmadan yapılan sözleşmeler diğerlerinin icazet vermemesi halinde ne taraflarını ve ne de 3. kişileri bağlar (Akipek, Jale: Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, sh. 31). İkinci görüşe göre ise kural olarak paydaşlardan her birisinin müşterek şeyin tamamı veya kendi hissesi hakkında 3. kişilerle yaptığı kira sözleşmesi tamamen geçerlidir. Zira kira sözleşmesi borç doğurucu bir işlem bulunduğundan başkasının malını da kiraya vermek olanaklıdır. Ancak bu sözleşmeye muvafakat etmeyen diğer paydaşları bağlamaz.

Paydaşın yukarıda açıklanan biçimde yaptığı kira sözleşmesindeki bazı nüansları burada belirtmekte yarar vardır :

a) Kira sözleşmesi paydaşın kendi hissesi üzerinde yapılmış ise kiralayanın diğer paydaşların çoğunluğunun icazet ve muvafakatını zımnen yüklenmiş sayılmalıdır.

b) Sözleşme tüm paydaşların adına yapılmış ise, yetkisiz temsil hükümleri (BK. 39) uygulanmalı ve diğer paydaşlar icazet vermez ise sözleşme de-

ğer ifade etmeyeceğinden dolayı kendileriyle sözleşme yapan kişiye BK. 39 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olur.

c) Müşterek taşınmazın tamamının kullanılması halinde ise, olaya vekaletsiz işgörme hükümlerinin uygulanması gerekir (Bu konularda özlü bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi: Eşya Hukuku, sh. 167, Küley, Muin: Toplu Mülkiyet, sh. 44; Tandoğan, Halûk: Özel Borç İlişkileri, sh. 106; Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi: Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, sh. 479).

b) Uygulama : 1) Taraflar arasında kira sözleşmesi bulunduğuna göre tahliye davası için paydaş ve pay çoğunluğu (MK. 624/III) sözkonusu olmaz. Kiralayan kira sözleşmesine dayanarak mutlak şekilde istemde bulunabilir **(6.HD., 7.11.1968; 3625/4558).**

2 — Müşterek mülkiyete konu olan taşınmaz malın tahliye davasında davayı paydaş çoğunluğunu teşkil eden kişilerin açması veya davanın devamı sırasında bu şartın yerine getirilmesi gerekir **(6.HD., 4.4.1963; 940/1671).**

3 — Müşterek mülkiyet konusu taşınmazın kiraya verilebilmesi için MK. 624/III gereğince pay ve paydaş çoğunluğu gereklidir. (27.11.1946; 28/15 Sayılı İç. Bir. Kar.). Ayrıca bir veya bir kaç müşterek malikin ihtiyacı için müşterek maldaki kiracıya karşı pay ve paydaş çoğunluğuna sahip hissedarlar tarafından tahliye davası açılabilir **(6.7.1955; 12/18 sayılı İç. Bir. Kar.).**

● USUL HUKUKU İLE İLGİLİ KARARLAR

«Taraflar arasında uyuşmazlık başgösterdiğinden ve kendileri tarafından kira parası anlaşma ile belirlenemediğinden ötürü, bunun mahkemece saptanması gerekir. Dava red edilemez. **3.HD., 24.2.1987 gün ve 12231/1857»**

«Kira tesbiti davalarında Toptan Eşya Fiyat Endeksinin uygulanması gerektiği durumlarda bilirkişi incelemesine gerek yoktur. **3.HD., 3.3.1987 gün ve 12356/2324»**

Kiracılarda yeni dönem kira parasının tesbitini isteyebilir-Görevli Mahkeme :

«21.11.1964 gün ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kiracılar da yeni dönem kira parasının tesbitini isteyebilir. Bu nedenlerle mahkemece davanın «kira şartlarının değiştirilmesi» olarak nitelendirilip görevsizlik kararı verilmiş bulunması HUMK. nun 8. maddesine aykırıdır. **3.HD., 20.4.1987 gün ve 2681/4205»**

«Yetki sözleşmeleri ve şartında yetkili mahkeme açık ve seçik olarak belirtilmelidir. Kira sözleşmesinin icra yeri taşınmazın bulunduğu yerdir. **3.HD., 28.4.1987 gün ve 3137/4478»**

«Yeni dönem kira parası taraflarca ya da mahkemece belirlenemediği sürece kiralayanın tek taraflı arttırımı ile kiracıdan tahsili cihetine gidilemez. **3.HD., 25.6.1987 gün ve 2708/7201»**

Kira tesbit davalarında davanın kabulü ve yargılama giderleri (HUMK.94).

«Davanın açılmasına neden olmayan davalı eğer ilk oturumda davayı kabul etmiş ise yargılama giderleri ile sorumlu tutulamaz. **3.HD., 6.10.1987 gün ve 6794/9655»**

Davanın Kabulü ve Yargılama Giderleri :

«Davalı ilk oturumda davayı kabul etmiş ise HUMK.nun 94. maddesine göre yargılama giderleri ile sorumlu tutulamaz. **3.HD., 28.4.1987 gün ve 2998/4463»**

Kira tesbit davalarında 7201 sayılı Tebligat Yasanın 12 ve 13. maddeleri:

«İhtarın tebliğ edildiği kişinin, 7201 sayılı Tebligat Yasasının 12 ve 13. maddesinde sayılan kişilerden olup olmadığının saptanması gerekir. **3.HD., 28.4.1987 gün ve 2867/4520»**

«Taşınmazın musakkaf olup olmadığının bilirkişi aracılığı ile saptanması gerekir. **3.HD., 16.6.1987 gün ve 4138/6743»**

Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı'nın Sermayesi Yasada belirtildiği gibi Devlete, Belediyelere veya Hususi İdarelere ait olmadığından dolayı 3151 sayılı Yasanın uygulanmasından doğan uyuşmazlıkta görevli mahkemenin işin hakem yoluyla çözümleneceğinden sözederek görevsizlik kararı vermesi doğru değildir.

«3533 sayılı Kanunun 1. maddesi hükmüne göre, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlet ve belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflar tahkim usulü ile çözümlenir.

3533 sayılı Kanunun 1. maddesinde sözü edilen Genel Bütçe, muhasebe-i umumiye kanunu hükümlerine göre yürütülen devlet bütçesidir. Bu bütçeye dahil kuruluşlar her yıl bütçe kanunlarında yer alır. Mülhak ve hususi bütçe nitelikleri yine 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 115 ve 119. maddelerinde belirtilmiştir. Mülhak bütçeler de her yıl ayrı ayrı kanunlarla yürürlüğe konulur. Muhasebe-i Umumiye Kanunu çerçevesinde; hususi bütçeler İl Özel İdareleri ile Belediyelerin bütçelerini kapsar.

Davacı Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı yukarıda sözü edilen bütçelere sahip olmayıp, 6623 sayılı Kanunla kurulmuş bir anonim ortaklıktır. Sermayesinin Yasada belirtildiği gibi tamamı devlet, belediye veya hususi idarelere ait değildir.

Bu nedenlerle davaya hakem yoluyla bakılamaz.

Mahkemece davaya bakılması gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir **«3.HD., 30.3.1987; 1940/3380»**

3533 Sayılı Yasa ancak Adli Yargı yerinde uygulanabilir :

Örnek: İdari yargı yerinde görülmesi gereken bir davada (davacı katma bütçeli bir genel müdürlük ve davalı Bakanlık ta olsa) olayda 3533 sayılı Yasa uygulanamaz. Davaya idari yargı yerinde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmelidir **(4.HD., 7.10.1986; 6245/6898; YHD. C. 10, S. 1, sh. 102).**

Kira tesbit davalarında zorunlu tahkim/Maliye Bakanlığının kira artışı ile ilgili genelgesinin bağlayıcılığı :

«Davacının mazbut veya mülhak vakıf olduğu araştırılmadan Toprak ve Tarım Reformu Genel Müdürlüğü ile olan kira tesbit davalarına Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılamaz.

Tarafların sözleşmesi kaydı ile Maliye Bakanlığının o yıl için tesbit ettiği artış miktarı dikkate alınabilir. **3.HD., 24.11.1987 gün ve 10653/11446»**

● ÖZEL YASALARLA İLGİLİ KARARLAR

«Kiralayan İdarenin yeni bedel ve şartları süre geçtikten sonra tebliğ etmiş olması 3151 sayılı Yasaya göre dava açma hakkını engellemez. Yeterki süre geçtikten sonraki tarihte teklif edilen bedel ve şartlara tebliğ tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde itiraz edilip dava açılmış ve de dava konusu taşınmaz 6570 sayılı Yasaya tabi yerlerden bulunsun. **3.HD., 17.3.1987 gün ve 11467/2883»**

«3151 sayılı Yasaya göre idarenin teklif ettiği kira parası kiracı tarafından kabul ve bu hususta taraflar arasında bir sözleşme imzalanmadıkça idarenin teklifi ile bağlı olduğu kabul edilemez. **3.HD., 20.4.1987 gün ve 2395/4199»**

«3151 sayılı Yasa ancak eski kira sözleşmelerine uygulanabilir. **3.HD., 25.5.1987 gün ve 4214/5740»**

(BİTTİ)

●

SANAT ERBABI VE MÜTEAHHİTLERİN İPOTEĞİ ÖNCEKİ SIRADAKİ İPOTEK ALACAKLILARI İLE İLİŞKİ İMK. madde 839 vd.

Çeviren
Kemal DAYINLARLI (*)

İsviçre Medenî Kanununun 839. maddesine göre bir ipotekten istifade eden sanat erbabı ve müteahhitler, teslim ettiği malzeme ve gördüğü işler arsanın değerinin artmasını sağlayan diğer alacaklılara karşı İMK.nun 841/1. maddesindeki rüçhan hakkını ileri süremezler.

İnşaata tahsis edilen ve bir değer artışı sağlayan, sanat erbabı tarafından yerine getirilmeyen edalar için faizler, İMK.nun 841/1. maddesi çerçevesinde hesaplanmalıdır.

Gschwend und Sager AG c. Baugenossenschaft «im Zöpfli», 23 Aralık 1986; RO 112 II 493

Gerekçelerin Özeti

5. İMK. nun 839/1. maddesinde öngörülen sanat erbabı ve müteahhitlerin ipotek hakkı olmayan inşaat (Baugläubiger) dolayısiyle alacaklılarına da yapılan ödemeler için inşaat kredisi kullanılmıştı. Ticaret mahkemesi bu ödemelerin kredi tahsisine uygun olduğuna karar verdi. Mahkemeye göre ödemesi yapılan edaların arsanın değerinin artmasını sağlaması yeterlidir. Sadece mimar ve mühendislerin değil, başka hizmetler gören veya sadece malzeme temini ile sınırlanmış olma da söz konusudur. Kanton yargısı öğretideki baskın görüşten yararlanmaktadır (Zobl, in RDS 1982 II pp. 1 ss, spéc. p. 177 et les réf.; Tuor et Schnyder, Das schweizerische ZGB, 10e éd., p. 754).

Dâvacıya göre, Ticaret Mahkemesi İMK.nun 841/1. maddesini, kanun koyucunun düşüncesine aykırı olarak, kanunî ipotek yararına sanat erbabına öncelik tanıyarak yorumlamaktadır. Bu iddia hatalıdır. Kuşkusuz, RO 53 II 381 (JdT 1928 I 558 c. 7) kararına göre, banka basit malzeme teminleri için ödemede bulunduğu zaman takyitli arsanın değerini artır-

---

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

KAYNAK: Journal des Tribunaux, 1. Droit Fédéral, 15 Mart 1988, No: 5, Sayfa: 152-154.

mayı amaçlayan inşaat ipotek kredisini, tahsise uygun kullanmış olur. Herhalükârda, RO 86 II 153 vd (JdT 1961 I 87) kararıyla Federal Mahkeme yayınlanmamış olan bir kararına ilgide bulunarak içtihadını değiştirmiştir. Değer artışını oluşturan inşaat masraflarının toplamına göre her sanat erbabının payını hesaplamıştır; malzeme teminini de içeren bu masraflar kanunî ipotek tarafından karşılanmış değildir. Doğrusu, son Federal Mahkeme içtihadı, İMK. 841/1 çerçevesinde, hem işi hem de malzemeyi temin edenlere göre sadece malzeme temin eden alacaklılar aleyhine olmayı reddetmiştir. Sadece işi temin edenlerle hem işi ve hem de malzemeyi temin edenler arasındaki ilişkiler nedeniyle farklı hüküm tesis etmek için bir sebep yoktur. Dikkate alınan yegâne şey, arsanın halihazır değerine inşaatla (Bautätigkeit) katılan değer artışının meydana getirilmesidir. Bu meydana getirme tartışmasız inşaata iştirak eden fakat kanunî ipotek hakkı olmayan alacaklılar arasında yarışma meydana getirir. İMK. nun 841/1. maddesi çerçevesinde, inşaat dolayısiyle diğer alacaklılarla yarışma ihtiyacında olan sanat erbabını rüçhanlı kabul etmek pek haklı sayılmaz. İnşaatın genel bir değer artışının temini amacına ulaşması için bu yarışma kaçınılmazdır. Değer artışı oluşmasına yardım eden - inşaat ipoteği kredisi sayesinde elde edilen - edaların inşaat alacaklılarını hesaba katarak, gerçekleşen faydayı paylaştırmasında İMK. 841/1 anlamında sanat erbabı bir zarara katlanmış olmaz. Değer artışı oluşmasına katkıda bulunmayan edaların kanton yargısı tarafından dikkate alınacağına ilişkin hiçbir işaret yoktur. Dâvacı ne derse desin, arsanın halihazır değerinin arttığını ispat etmeye gerek yoktur.

6. Gayrımenkulün meydana getirilmesi, meydana gelen yeni değer artışını - arsanın halihazır değerini düştükten sonra - karşılamaya müsait olmazsa ancak o zaman önem taşır. Bu durumda, önceki sıralı bir ipotekle garanti edilmiş bir inşaat kredisinin düşürülmesi sanat erbabına zarar verirdi. Banka da (başka bir sırada olmasına rağmen) inşaatın maliyetini yapılan iş karşılamadığı takdirde sanat erbabı gibi aynı risklerle karşı karşıya bulunuyordu. Banka inşaat için krediyi kullanmasa ve değer artışının meydana gelmesine yardımcı olmasaydı ancak o zaman İMK. 841/1 anlamında sanat erbabına zarar vermiş olurdu. İpotekli kredinin amacından sapmış olmadıkça, banka önceliğini koruma hakkına sahiptir. Kanton Yargısı inşaat kredisi amacından sapmamış olduğundan, haklı olarak, dâvalının gerçekleşen faydadan hissesini muhafaza etmesine (arsa değerinin düşülmesinden sonra) haklı olarak hükmetmiştir.

7. RO 86 II 152 c. 3 (JdT 1961 I 91) ilgide bulunarak, dâvacı, faizlerin inşaatla ilgili olduğunu sanat erbabı tarafından temin edilmeyen değer artışlı edimlerin fiatına ilâve edilmesini ilke olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte, Ticaret Mahkemesi tarafından kabul edilen faizleri

tartışma konusu yapmaktadır. Çünkü o ancak ödemelerin sanat erbabına ve müteahhitlere İMK. nun 839/1. maddesi anlamında yapıldığı zaman İMK. 841/1 çerçevesinde, eski sıralı ipotek alacaklısına ödeme yapılmasını kabul etmektedir. Bir önceki gerekçeden anlaşıldığına göre kanıt yerinde değildir; gerekçe haklı dayanaktan yoksundur.

8. Gerçekleştirilen değer artışlı edim, inşaat için temin edilen değer artışlı ifayı ödemek için kullanılan inşaat kredisini karşılamamıştır. Görünürde, kredi, inşaat masraflarının tümünü karşılamaya yeterli değildi. Dâvacı buradan kendi lehine bir kanıt çıkaramaz. Esas olan odur ki, önceki sıralı bir ipotekle garanti edilmiş olan kredi, değer artışlı inşaat masrafları için kullanılmış olup inşaattan elde edilen menfaate en azından önceki sıralı ipotek alacaklısının hissesi ile birlikte yarışma halindedir. Sanat erbabı ve müteahhitler İMK. nun 841/1. maddesinden yeterli bir inşaat kredisinin açılması hakkını çıkaramazlar. Kanun, zorunlu edim onların menfaatlerini tamamen kaldırmadıkça muhtelif sıralı ipotek alacaklıları arasındaki ilişkileri çözümlemekle kendini sınırlamaktadır.

O halde karar düzeltme işlemi haksızdır. Bu istem reddedilmelidir.

II. Hukuk Dairesi. — M. Lüchinger, M. Forni, Mme Bigler, M. Hausheer ve M. Scyboz. — Zürih'de Av. Walter Eigenmann ve Baden'de Av. Rainer Schumacher.

Karşılaştırma İçin

İMK.	TMK.
839/1	809/1
841/1	811/1

BOŞANMAYA UYGULANACAK HUKUK

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (*)

I. Konu : Taraflar Türk vatandaşıdırlar. Avusturya Feldkirsch Asliye Mahkemesi'ne başvurarak boşanmalarına karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkeme, eşlerin müşterek ikametgahlarının Avusturya'da Dornbirn şehrinde olduğunu tesbit ettikten sonra davaya bakmaya yetkili olduğuna karar vermiştir.

Söz konusu davada taraflar yabancı, yani Türk vatandaşı oldukları için, mahkeme, 1.1.1977 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 1/1. maddesi çerçevesinde, ilk olarak davaya uygulanacak maddi hukuku tesbit etmiştir. Söz konusu Kanunun 20. maddesine göre boşanma, eşlerin müşterek milli hukukuna, eşler ayrı vatandaşlıkta ise, müşterek ikametgahları hukukuna, bu da mevcut değilse, eşlerden biri tarafından korunmuş olmak şartıyla, beraberce son olarak ikamet ettikleri ülke hukukuna tabidir. Bu konuda 2675 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 13. maddesi de benzer bir kanunlar ihtilafı kuralı sevketmiştir. Bu hükme göre, «boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Eşler ayrı vatandaşlıkta iseler, müşterek ikametgah hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır.»

Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun söz konusu kanunlar ihtilafı kuralı, boşanmaya uygulanacak hukuk açısından, Türk Maddi Hukukuna atıf (renvoi) yapmaktadır. Böylece mahkeme, davada münhasıran Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış ve davayı Türk Medeni Kanununun 134. maddesindeki şiddetli geçimsizlik sebebine dayandırmıştır.

Davada yetkili hukukun uygulanmamış olması, bazı durumlarda verilen mahkeme kararının ilgili ülkede tanınmasına engel teşkil edebilir. Nitekim, 2675 sayılı Kanunun 38. maddesinin (e) bendinde, aleyhine tenfiz talebinde bulunulan davalının, davada Türk Kanunları ihtilafı kuralları

(*) **Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü**

uyarınca yetkili hukukun uygulanmadığından bahisle, tenfize itiraz edebileceği öngörülmüştür. Ancak, yukarıda da işaret edildiği gibi söz konusu davada böyle bir durum söz konusu değildir.

Öte yandan, Türkiye ve Avusturya, Uluslararası Ahvali Şahsiye Komisyonunca hazırlanan, 1967 tarihli «Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması» hakkındaki sözleşmeye taraf bulunmaktadırlar. Nitekim, kararı veren Avusturya mahkemesi de, anılan sözleşme ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu hükümleri muvacehesinde, kararın Türkiye'de tanınmasının mümkün olduğu görüşündedir.

Kanımızca da, aşağıdaki kararın Türkiye'de tanınıp tenfiz edilmesi hususunda herhangi bir engel mevcut bulunmamaktadır.

II. Feldkirch Asliye Mahkemesi'nin 20 Kasım 1987 tarih ve 11 Cg 68/87/23 sayılı kararı

Davacı 6 Mart 1955 Düzce doğumlu işçi (Y.D.) nin, 22 Ekim 1950 Bayındır doğumlu eşi işçi bayan (S.D.) hakkında açmış olduğu boşanma davasında Feldkirch Asliye Mahkemesi, kapalı ve şifahi duruşma sonunda, Asliye Mahkemesi Hâkimlerinden Dr. von der Thannen vasıtasıyla aşağıdaki hükmü vermiştir.

5 Ağustos 1973 tarihinde, Türkiye Bayındır/İzmir Evlendirme Memurluğu'nda evlenerek, evlilikleri 766712 No. seri B altında kaydolunan tarafların, Türk Medeni Kanununun 134/1. maddesi gereğince boşanmalarına, evliliklerinin işbu kararın kesinleştiği tarihten itibaren münfesih olmasına karar verilmiştir.

Gerekçeler

Her ikisi de Türkiye vatandaşı olan tarafların evliliklerinden 13 Ağustos 1974 doğumlu küçük (K.D.) dünyaya gelmiştir.

Tarafların son olarak usûl ittihaz etmiş oldukları müşterek ikamet yeri Dornbirn şehridir.

Bu husus, ihtilâf konusu değildir.

Davacı, yaşam birliğinin 1978 yılından beri çekilmez hal alıp sona erdirildiğinden bahisle, boşanma isteminde bulunmuş, bundan böyle bir araya gelmelerine olanak bulunmadığını beyan etmiştir.

Davalı ise, son zamanlarda artık davacıdan vaki boşanma istemlerine itiraz etmemektedir. Taraflar, aşağıdaki olayların boşanmayı gerektirdiği hususunda fikir birliği içindedirler.

Taraflar 1972 yılında tanışmışlardır. 1978 yılında evlilikte başgöstermeğe başlayan ciddi zorluklar sonucunda davacı müşterek ikametgâhı terketmiştir. Evlilik birliğinin yeniden tesisi gayesiyle davalının çeşitli girişimlerine rağmen, bu doğrultuda bir sonuç alınamamıştır. Tarafların evlilikleri en az 5 yıldan beri şifa bulmaz derecede sarsılmıştır. Yeniden canlandırılmasına olanak görülmemektedir.

Evlilik birliğinin çekilmez hal almasına hangi tarafın sebebiyet verdiği, bunda karşı tarafın kusuru bulunup bulunmadığı ve evliliği çekilmez hale getiren âmilin ne sebeple tamir edilmez olduğu, artık gerekli kesinlikle saptanamamaktadır.

Olayın hukuki değerlenmesi aşağıdaki sonuçları vermiştir :

Uyuşmazlık konusu olayda yabancı unsur bulunduğundan, Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 1/1. maddesi uyarınca, ilk olarak olaya uygulanacak olan maddi hukukun saptanması gerekmektedir. Boşanmanın sebep ve sonuçları, anılan Kanunun 20/1. maddesine göre evlenmenin genel hükümlerini idare eden hukuka tabidir. Bu meyanda evlenmenin genel hükümleri :

1 — Tarafların müşterek ahvali şahsiye statüsüne göre, bu müştereklik kalmadı ise, biri tarafından korunmuş olmak şartı ile, eşlerin en son müşterek ahvali şahsiye statüsüne göre (vatandaşlık esası),

2 — Diğer hallerde eşlerin normal olarak ikamet ettikleri devletin hukukuna göre, bu da söz konusu olmayınca, biri tarafından korunmuş olmak şartıyle, beraberce son olarak ikametgâhları bulunan devletin kanunlarına göre değerlendirilecektir.

Bu hükümden varılacak sonuca göre, söz konusu davada münhasıran Türk evlilik hukukunun uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Türk Medeni Kanununun 134/1. maddesi uyarınca, müşterek hayat çekilmez bir hal alınca, eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Bu hukuk normuna göre boşanma, kusur söz konusu olmadan evlilik birliğinin temelden sarsıldığı esasına dayanmaktadır. Buna göre özellikle aralarında mizaç uyuşmazlığı bulunan eşlerin boşanmaları imkan dahilindedir.

Taraflar arasındaki mizaç ayrılığı, mahkemenin görüşüne göre, evliliğin tamir edilmez surette sarsılmasına sebep olmuştur.

Tarafların ifadelerini alan mahkeme, evliliğin tamir edilmez şekilde sarsılmasında taraflardan hiç birinde kusur fazlalığı bulunmadığına, sadece bu yüzden gittikçe hayat yollarının ayrıldığına kanaat getirmiştir.

Evliliğin tamir edilmez sarsılmasında kusur fazlalığı bulunmadığın-

dan, davacı Türk Medeni Kanununun 134/1. maddesi uyarınca dava açmak hakkına sahiptir.

Taraflar arasında meydana gelmiş bulunan yabancılaşma sebebiyle evlilik müessesinin esas gayesine uygun gelen bir yaşam birliğinin yeniden kurulması taraflardan hiç birinden istenilemeyeceği bakımından söz konusu kanun hükmü anlamınca müşterek hayatın çekilmezliği de varsayılmıştır.

Türkiye ile Avusturya arasında boşanma kararlarının tanınması konusunda çok taraflı bir anlaşma mevcut olduğu ve halen yürürlükte olan 1982 tarihli Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununa göre Avusturya'da verilen kararın Türkiye'de kabul edilmesi mümkündür.

Taraflar masraf istemediklerinden bu hususta karar verilmesi gerekmemiştir.

●

1988 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

Konulara Göre (**)

I — GENEL KONULAR

REİSOĞLU, Dr. Kemal. **Yeni Adli Yıl ve Açış Konuşması Üzerine Düşünceler.** XIV (1-2), 1988, 5-30.

YÜCEL, Dr. Mustafa. **T. Ceza Adaleti Sisteminde Koordinasyon.** XIV (1-2) 1988, 31-41.

COŞAR, Ahmet. **1988-1989 Adalet Yılını Açış Konuşması.** XIV (4) 1988, 377-398.

EVREN, Teoman. **1988-1989 Adalet Yılının Açılışında Yaptığı Konuşma.** XIV (4) 1988, 399-407.

ÖNDER, Ali Rıza. **Bir Yasanın Öyküsü.** XIV (4) 1988, 408-414.

1 — BİBLİYOGRAFYA

GENİŞ, Ali Rıza. **1988 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası.** XIV (4) 1988, 533-535.

2 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

DAYINLARLI, Kemal. **Kat Mülkiyeti - Müteahhit ve Sanatkarların Kanuni İpoteği; Bir Kamusal Ödünç Alma Esnasında Bir Banka Nezdinde Tahvil Kaydedilmesi; Şart.** XIV (1-2) 1988, 184-192.

DAYINLARLI, Kemal. **Bir Gayrımenkulü Satın Alanlar Arasındaki Adi Şirket.** XIV (3) 1988, 347-351.

DAYINLARLI, Kemal. **Sanat Erbabı ve Müteahhitlerin İpoteği, Önceki Sıradaki İpotek Alacaklıları ile İlişki.** XIV (4) 1988, 526-528.

3 — TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref. **Nafaka.** XIV (1-2) 1988, 193-197.

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref. **Evlenmenin Umumi Hükümleri.** XIV (3) 1988, 352-355.

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref. **Boşanmaya Uygulanacak Hukuk.** XIV (4) 1988, 529-532.

4 — YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza. **Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar; Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Yönetmelikler;** XIV (1-2-3,4) 1988, 198-207; 356-372; 536-539.

II — MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

DAYINLARLI, Kemal. **Milletlerarası Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.** XIV (4) 1988, 415-452.

III — USUL HUKUKU

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. **İçtihat Değişmesi Nedeniyle Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu.** XIV (1-2) 1988, 42-64.

(*) **Yargıtay Yayın Müdürü**

(**) Sıralamada, dergi sıra sayısı esas alınmıştır.

ÖZDİL, İ. Zekâi. **Hukuk Aşının Baha Biçilmez Kepçeleri Vardır.** XIV (4) 1988, 453-466.

IV — CEZA HUKUKU

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Bilin Altı (Gayrı Şuur) ve Suçluluk.** XIV (1-2) 1988, 65-90.

SELÇUK, Doç. Dr. Sami. **Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme.** XIV (4) 1988, 467-482.

GÖKÇE, Hikmet. **Kullanma Hırsızlığı.** XIV (4) 1988, 483-495.

V — BORÇLAR HUKUKU

DUMAN, İlker Hasan. **Kamu Görevlisinin Giderim Sorumluluğu.** XIV (1-2) 1988, 91-101.

AKÜNAL, Doç. Dr. Teoman. **Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması.** XIV (3) 1988, 222-237.

VI — TİCARET HUKUKU

GÜVEN, Mustafa. **Kusurlu Karşılıksız Çek ve Karşılıksız Çek Suçu.** XIV (3) 1988, 238-262.

VII — İCRA VE İFLAS HUKUKU

UYAR, Talih. **Kira Süresinin Bitmesi Nedeniyle Yapılan İlamsız Tahliye Takiplerinde İtirazın Tetkik Merciinde İncelenmesi.** XIV (3) 1988, 263-270.

VIII — SİGORTA HUKUKU

KADILAR, B. Cahit. **Bir İçtihadın Düşündürdükleri.** XIV (1-2) 1988, 102-115.

IX — AİLE HUKUKU

ÖZER, Ahmet. **İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler.** XIV (1-2) 1988, 116-133.

X — ÖZEL HUKUK

YAVUZ, Nihat. **Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişmenin Sistematik Açıklaması.** XIV (1-2,3,4) 1988, 134-183; 283-311; 496-525.

OZANALP, A. Nusret. **3402 Sayılı Kadastro Kanununda Yer Alan Hak Düşürücü Süreyle İlgili Düşünceler.** XIV (3) 1988, 271-282.

GEMALMAZ, Mehmet Semih. **Çevre Koruma Sorunu, Çevre Hakkı . Çevre Yasası ve Düşündürdükleri.** XIV (3) 1988, 312-346.

———oOo———

Yazar Soyadlarına Göre

—A—

AKÜNAL, Doç. Dr. Teoman. XIV (3) 1988, 222-237.

Açıklama : XIV (dergi cilt sayısı: 14. cilt), 1-2,3,4 (dergi sayısı), 1988 (dergi yayın yılı), 222-237 (dergi sayfa numarası).

—C—

COŞAR, Ahmet. XIV (4) 1988, 377-398.

—D—

DAYINLARLI, Kemal. XIV (1-2) 1988, 184-192.
XIV (3) 1988, 347-351.
XIV (4) 1988, 415-452.
XIV (4) 1988, 526-528.

DUMAN, İlker Hasan. XIV (1-2) 1988, 91-101.

—E—

EREM, Prof. Dr. Faruk. XIV (1-2) 1988, 65-90.

EVREN, Teoman. XIV (4) 1988, 399-407.

—G—

GEMALMAZ, Mehmet Semih. XIV (3) 1988, 312-346.

GENİŞ, Ali Rıza. XIV (1-2,3,4) 1988, 198-207; 356-372; 536-540.
XIV (4) 1988, 533-535.

GÖKÇE, Hikmet. XIV (4) 1988, 483-495.

GÜVEN, Mustafa. XIV (3) 1988, 238-262.

—K—

KADILAR, B. Cahit. XIV (1-2) 1988, 102-115.

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. XIV (1-2) 1988, 42-64.

—O—

OZANALP, A. Nusret. XIV (3) 1988, 271-282.

—Ö—

ÖNDER, Ali Rıza. XIV (4) 1988, 408-414.

ÖZDİL, İ. Zekâi. XIV (4) 1988, 453-466.

ÖZER, Ahmet. XIV (1-2) 1988, 116-133.

—R—

REİSOĞLU, Kemal. XIV (1-2) 1988, 5-30.

—S—

SELÇUK, Doç. Dr. Sami. XIV (4) 1988, 467-482.

—U—

UYAR, Talih. XIV (3) 1988, 263-270.

—Ü—

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref. XIV (1-2) 1988, 193-197.
XIV (3) 1988, 352-355.
XIV (4) 1988, 529-532.

—Y—

YAVUZ, Nihat. XIV (1-2,3,4) 1988, 134-183; 283-311; 496-525.

●

YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

● ALİ HAYDAR KARAHACIOĞLU

1931 yılında Vakfıkebir'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1956'da bitirdikten sonra, Ünye Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlayan Karahacıoğlu sırasıyla; Tutak, Göle, Aralık ve Ordu Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Yargıtay Genel Sekreter Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1977 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen ve «Tapulama ve Toprak Reformu Yasası», «Kanunlarımızda Müddetler», «Kat Mülkiyeti Kanunu», «Tapulama Kanunu», «Ortaklığın Giderilmesi Davaları», «Tahliye Davaları», «Adli ve İdari Yargıda Kamulaştırma» adlı meslekî kitapları ile şiir kitabı ve çeşitli dergilerde yayımlanmış yazıları bulunan Ali Haydar Karahacıoğlu, Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, aynı dairenin başkanlığına 12.8.1988 günü seçilmiştir.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● ALİ ARCAK

1924 yılında Antakya'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947'de bitirdikten sonra, 1951 yılında Hadim Cumhuriyet Savcısı olarak göreve başlayan Arcak, sırasıyla; Kadınhanı ve Tarsus Cumhuriyet Savcılıkları ile Ceyhan, Çankaya, Ankara Hukuk Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

23.9.1967 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve «Evlat Edinme», «Mer'a, Yayla Davaları İdari Sınır Anlaşmazlıkları», «Kat Mülkiyeti», «Kamulaştırma Yasaları», «Kamulaştırma ve Devletleştirme Kanunları» adlı meslekî kitapları ile şiir kitabı ve çeşitli dergilerde yayımlanmış yazıları bulunan Ali Arcak, 23.10.1980'den beri sürdürdüğü Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'ndan, 17.8.1988 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilen Karahacıoğlu'na yeni görevinde başarılar; emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan Arcak'a da yaşam boyu sağlık ve mutluluklar dileriz.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü

● YASALAR, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER

● YASALAR

Tarihi :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
13.8.1988	19898	1	**Kanun No : 3467 Kabul Tarihi : 6.8.1988** Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 127 nci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Değiştirilmesine ve Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
13.8.1988	19898	2	**Kanun No : 3468 Kabul Tarihi : 7.8.1988** 23.5.1987 Tarih ve 3376 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
13.8.1988	19898	2	**Kanun No : 3469 Kabul Tarihi : 7.8.1988** 2972 Sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
13.8.1988	19898	4	**Kanun No : 3470 Kabul Tarihi : 7.8.1988** 22.4.1983 Tarih ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununa 27.6.1984 Tarih ve 3032 Sayılı Kanunla Eklenen Ek 1 inci Maddesine İki Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun.

● KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Tarihi :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :
15.7.1988	19873	1	**Karar Sayısı : KHK/329** Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası A.Ş.'nin Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.
21.7.1988	19879	1	**Karar Sayısı : KHK/334** 3167 Sayılı Kara Avcılığı Kanununun 12 nci Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.

Tarihi :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :
5.8.1988	19890	1	**Karar Sayısı : KHK/330** 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
5.8.1988	19890	3	**Karar Sayısı : KHK/333** 281 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ve Kamu Kurum ve Kuruluşları ile ilgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.
5.8.1988	19890 Mükerrer	1	**Karar Sayısı : KHK/336** Bazı Kanunların Bakanlar Kuruluna Yetki Veren Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
12.8.1988	19897	1	**Karar Sayısı : KHK/335** 1580 Sayılı Belediye Kanunu ile 3030 Sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
12.9.1988	19927	1	**Karar Sayısı : KHK/342** 926 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile 2377 Sayılı Öğretmenlere Eğitim ve Öğretim Tazminatı Ödenmesi Hakkında Kanun ve Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında 219 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

• TÜZÜKLER

Tarihi :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Tüzüğün Adı :
21.8.1988	19906	53	**Karar Sayısı : 88/13189** Toplu Konut Fonunun Kullanım Şekline İlişkin Tüzük'te Değişiklik Yapılması Hakkında Tüzük.

• YÖNETMELİKLER

Tarihi :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Yönetmeliğin Adı :
9.7.1988	19867	1	Gümrük Yönetmeliğinin 1190 ıncı Maddesi ile ilgili (23) Nolu Eki Oluşturan Zati Eşya Listesinin Yeniden Düzenlenmesine Dair Yönetmelik.
14.7.1988	19872	5	**Karar Sayısı : 88/13020** İlk Defa Devlet Kamu Hizmeti ve Görevlerine Devlet Memuru Olarak Atanacaklar İçin Mecburi Yeterlik ve Yarışma Sınavları Genel Yönetmeliği'nin 18 inci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
28.7.1988	19882	1	1615 Sayılı Gümrük Kanununun Uygulanmasına Dair Gümrük Yönetmeliğinin; 12 nci Maddesinin Değiştirilmesine, 261 inci ve 9,7 nci Maddelerine Birer Hüküm Eklenmesine ve 5 Numaralı Ekinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
5.8.1988	19890	4	Bağ-Kur İsteğe Bağlı Sigortalılık Yönetmeliği.
7.8.1988	19892	3	**Karar Sayısı : 88/13039** Devlet Madalya ve Nişanları Yönetmeliği.
7.8.1988	19892	13	6.9.1961 Tarih ve 10899 Sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
11.8.1988	19896	1	Adalet Teşkilâtını Güçlendirme Fonu Yönetmeliği.
25.8.1988	19910	28	3194 Sayılı İmar Kanununa Göre Düzenlenmiş Bulunan İmar Yönetmeliklerine Sığınaklarla İlgili Ek Yönetmelik.
7.9.1988	19922	1	Gıda Katkı Maddeleri Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Yeni Ek Maddelerin İlave Edilmesi Hakkında Yönetmelik.
11.9.1988	19926	1	Grev Gözcülerinin Zorunlu İhtiyaçlarının Karşılanması Hakkında Yönetmelik.

•