



KURULUŐ: OCAK - 1975, YIL: 21, SIRA SAYI: 84

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 21

EKİM - 1995

SAYI : 4

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan **Müfit UTKU**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **Ali Rıza GENİŞ**

YAYIN KURULU

Başkan : Gönen **ERİŞ** (11. Hukuk Dairesi Başkanı)
Üyeler : Ahmet Cemal **GÖĞÜŞ** (5. Hukuk Dairesi Üyesi)
Şener **GÜNGÖR** (10. Ceza Dairesi Üyesi)
Hakkı **DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Dr. Ş. Ekrem **SERİM** (9. Hukuk Dairesi Üyesi)

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüze bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
 - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayınlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Caddesi No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 32 - 425 16 49
 - **Faks :** (0-312) 419 41 11
 - **Abone Servisi :** 417 44 60 / 3505, 3506
 - **Santral (ek bina) :** (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
 - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1995 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 242.400.- liradır.**
 - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304230/110-4** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktararak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Kapak düzeni : Ertekin KAYA
-

ISSN 1300 - 0195

İÇİNDEKİLER

Sayfa

1- GENEL KONULAR

- a) Müfit UTKU : 1995-1996 Adalet Yılı'nı Açış Konuşması 357-366
- b) Avukat Önder SAV : 1995-1996 Adalet Yılı'nın Açılışında Yaptığı Konuşma 367-380
- c) Dr. Mustafa T. YÜCEL : Türkiye'de Hukukun Etkinliği 381-394

2- USUL HUKUKU

- a) Yrd. Doç. Dr. Ömer ULUKAPI : Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları 395-445

3- CEZA HUKUKU

- a) Dr. İlhan AKBULUT : Türk Hukukunda Af 446-465

4- BORÇLAR HUKUKU

- a) Yrd. Doç. Dr. Adem SÖZÜER : Hukuki Hata 466-490

5- İCRA VE İFLAS HUKUKU

- a) Yrd. Doç. Dr. Süha TANRIVER : Konkordato Mühletinin Kaldırılması 491-499

6- ÖZEL HUKUK

a) **Mustafa OSKAY** : Tebligat Hukuku İle İlgili Sorunlar.. **500-511**

**7- AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE**

a) **Doç. Dr. Şeref ÜNAL** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yağcı ve Sargın-Türkiye Davasına İlişkin 8 Haziran 1995 Tarihli Kararı **512-520**

**8- FEDERAL MAHKEME
İÇTİHATLARI**

a) **Doç. Dr.
Kemal DAYINLARLI** : Anonim Şirketin Bir Organı Tarafından İka Edilen Haksız Fil Ne-
deniyle Sorumluluğu **521-527**

—oOo—

DÜZELTME : 1995 yılı Yargıtay Dergisi'nin 197-204. sayfalarında yayımlanan Doç. Dr. Sami SELÇUK'un, HUKUK DEVLETİ başlıklı yazısının 202. sayfasının sondan 3. satırındaki "adalet" sözcüğü, "**atalet**" olacaktır. Düzeltiriz (YD).

Yargıtay Birinci Başkanı
Sayın **Müfit UTKU**'nun, 1995-1996 Adalet
Yılına Açış Konuşması. 6.9.1995

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Yasama ve Yürütme ile birlikte üç temel organından biri olan Yargının, 1995-1996 yılı çalışma döneminin başlaması münasebetiyle düzenlenen töreni yüksek huzurlarıyla onurlandıran siz seçkin konuklarımızı ve değerli meslektaşlarımı saygıyla selamlıyor, teşekkürlerinizden dolayı hepimize en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Yaşamlarının büyük bölümünü Türk Yargısı'na adanarak, özverili hizmetlerde bulunduktan sonra emekliye ayrılan; değerli Yargıtay Başkanı İsmet Ocakçıoğlu, Onbirinci Hukuk Dairesi Başkanı Nejat Özkan, Yedinci Ceza Dairesi Başkanı Cahit Karakoç, Birinci Hukuk Dairesi Başkanı Yavuz İsmet Dimici, Beşinci Ceza Dairesi Başkanı Halit Koçulu, Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Başkanı Mehmet Cengiz Kostakoğlu; Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi Saim Dinçaslan, Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi Çetin Aşçıoğlu, Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi Macit Başesen, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi Ahmet Tacettin Seçkin, Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi Turgut Uğur'a; Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile diğer yargı görevlilerine, hukuka ve adalete sağladıkları unutulmaz katkılarından dolayı şükranlarımı, bundan sonraki yaşamları içinde sağlık, esenlik ve mutluluk dileklerimi sunuyorum. Ebediyete geçen Yargıtay Onursal Daire Başkanları Abdülcabbar Şenel ile Mesut Akan ve Yargıtay Üyeleri Hüsnü Yargucu, Ekmel Erben ve İdris Gürsoy ile aynı dönem içerisinde vefat eden Hâkim, Cumhuriyet Savcısı ve diğer meslektaşlarımı, minnet ve tazimle anıyor, aziz ruhlarına Ulu Tanrı'dan rahmet niyaz ediyorum.

Sayın Konuklar,

Anayasa'nın 2. ve 3. maddelerinde belirtildiği gibi, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olan Türkiye Cumhuriyeti; insan haklarına saygılı, Atatürk

Milliyetçiliğine bağlı, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir. Bu temel ilkelerin başlıca güvencesi, egemenliğin üç temel unsurundan biri olan ve yargı yetkisini Millet adına kullanan her tür ve derecedeki bağımsız mahkemelerdir.

Çağımızda demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları, demokratik rejimlerin temelini oluşturan esas değerlerdir. Demokrasinin temelinde "Hukuk Devleti" vardır. Gerçek anlamda "Hukuk Devleti", "Hukukun Üstünlüğü" ilkesinin kabulü ile mümkün olabilir. Toplum yaşamında; düzenin, barışın ve huzurun sağlanmasında, hukuk düzeninin tartışılmaz bir yeri vardır. İnsanın mutluluk ve refahı, asırlardan beri toplumun gündeminden hiçbir zaman çıkmayan bir konu olmuştur. Bu olgu, aynı zamanda devletin de varlık nedenidir. Adaletin sağlanması, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, hukukun üstünlüğü ilkesinin tam anlamıyla gerçekleşmesi, demokratik hukuk devletinin en temel öğelerinden birisidir.

Uluslararası planda, özellikle 1980'li yıllardan başlayarak insan hakları ve demokrasi alanında önemli atılımlar gerçekleştirilmiştir. Bunda, elli yıldır savaş görmeyen birer refah toplumu haline gelen Avrupa ülkelerinin, özgürlükleri de güvence altına alan Avrupa Topluluğu çatısı altında birleşmeleri, sosyalist blokun çözülüp marksist rejimlerin hızla Batı demokrasilerine dönüşme yolunda ilerlemeleri, ekonomik alandaki liberalizmin siyasal alandaki liberalizmle tamamlanmasına duyulan gereksinim büyük rol oynamıştır.

Günümüzde; temel hak ve özgürlüklerin ayırıcı özelliği, bunların ihlallerinin yalnızca ulusal planda değil, uluslararası planda da yaptırıma bağlanmış olmasında aranmalıdır. Bu olgu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleri, birer ideal, birer temenni kuralı olma niteliğinden çıkarmış, gerçek olarak uygulama aşamasına erişme yoluna sokmuştur. Herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlükleri, kaynağını; ulusal anayasa ve yasalar yanında, uluslararası belgelerde, güvencesini; ulusal planda öngörülen yaptırımlar yanında, uluslararası zeminde alınan önlemlerde bulmaktadır.

Adaletin sağlanması, kişi hak ve özgürlüklerin korunarak "Hukukun Üstünlüğü" ilkesinin gerçekleştirilmesi, demokratik devletin en temel görevlerinden birisidir. Gerçek anlamda hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesinin kabulüyle olanaklıdır. Böyle bir düzeni gerçekleştirmek, yasama, yürütme ve yargı organı olarak hepimiz için bir görev olmalıdır.

Günümüzde; devletten beklenen en önemli görevlerden birisi, adalet hizmetlerini; çağdaş, demokratik bir hukuk devletine yakışır bir düzeyde yerine getirmesidir. Adaletin bağımsızlığı, adaletin tarafsızlığı demokrasi için önemlidir. Bir ülkenin barış ve güven içinde yaşayabilmesi; herşeyden önce, yargının, hak ve adaletin gerçekleşmesinde göstereceği etkinliğe, isabetli, güvenli ve zamanında karar verebilmesine bağlıdır. Yargının, insan hak ve özgürlüklerinin güvencesi olabilmesi, hızlı ve adil bir şekilde işlemesiyle mümkündür. Türk Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları, her yıl artan nüfusa, çığ gibi büyüyen sosyal, ekonomik ve cezai ihtilâflara, kadro eksikliğine, olumsuz fiziki şartlara, parasal sorunlara rağmen büyük bir özveriyle adaletin gerçekleşmesi için çaba harcamaktadırlar.

Davaların kısa sürede sonuçlanamamasında, adaletin geç tecellisinde, hâkim ve savcılarımızın hiçbir kusuru bulunmamaktadır. Adalet Bakanlığı bütçesinin, genel bütçe içerisindeki payı % 1,09'dur. Bu durum, yürütme organınca bütçe ve planlama organlarıncaya, yargının yalnızca tüketici bir hizmet sektörü olarak görülüp değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Yargı; hizmet sektörü olmasının yanında, gelir getirici bir sistemin de önemli bir unsurudur. Yargı harçları, noter harçları, para cezaları ve adalet teşkilâtını güçlendirme fonu gibi gelirler, gayrisafi millî hasılda önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu itibarla, adalet hizmetlerinin iyileştirilmesi çabalarına gereken önemi vererek yeterli düzeyde kaynak yaratılıp yargının hizmetine verilmelidir. Bugün 79 il, 840 ilçe olmak üzere toplam 918 adli birim bulunmaktadır. 103 ilçede adli teşkilât henüz oluşturulmamıştır. 905 idari, 8503 adli yargıda olmak üzere 9408 Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı kadrosu bulunmaktadır. Adli yargıda % 25, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde % 21 eksik kadroyla hizmet verilmektedir. 1994 yılı itibarıyla adli yargıda 10.914.000 davaya bakılmıştır. Bu hizmet, 71'i müstakil olmak üzere büyük bölümü kira olan apartman dairelerinden, iş hanlarından oluşan 815 binada yürütülmektedir. Bu olumsuz koşullara rağmen hâkimlerimiz; gece-gündüz, tatil demeden özveri ile çalışmalarını sürdürmektedirler.

Sayın Konuklar,

Yargı erkinin, kendisinden beklenen görevi tam anlamıyla yerine getirebilmesinin temel koşulu; hiçbir makam, kurum ve kişinin etkisinde kalmamasıdır. Bu, ancak yargının bağımsız olmasıyla mümkündür. Yargı bağımsızlığı, adaletin bağımsızlığı demektir. Bağımsız yargı, bir devletin, hukuk devleti olabilmesinin temel koşuludur. Yargıç güvencesi de bağımsızlığın en önemli ögesidir.

Adalet, ancak bağımsız yargı ve teminatlı yargıçlarla sağlanabilir. Temel hak ve özgürlüklerin, Anayasada yer alan birer soyut metin olmaktan çıkarılıp, hayata geçirilmesi herkesin güven içinde hak ve özgürlüklerinden tam olarak yararlanabilmesi, bu alana vaki haksız müdahalelere karşı, yurttaşlara bağımsız yargı güvencesinin sağlanmasıyla mümkündür. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı gibi ilkeler, tüm yurttaşları hukukun koruması altında bulundurmak, onlara; yargının hiçbir etki altında kalmadan, herkesin hakkının teslim edileceği inancını vermek için ihdas edilmiştir. Bu itimadın sarsılması; inançsız, güvensiz ve yüksek değer yargılarından yoksun bir toplum yaratır. Bu bakımdan, demokratikleşmede de, insan hakları konusunda da atılacak en önemli adımlardan biri, 'hâkim teminatı ve yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanmadığı izlenimini verebilecek düzenlemeleri süratle değiştirmek olmalıdır. Bu bağlamda; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yeniden yapılandırılması gereğine işaret etmek istiyorum.

Hızlı, etkin, adil ve geciktirilmemesi gereken adalet; tüm hukukçuların, biz Yargıç ve Cumhuriyet Savcılarının özlemidir, idealidir. Geçen yılki adli yıl açılış konuşmamda, Yargıtay'ın kabarık iş yükünün azaltılması ile ilgili çalışmalarımızdan söz etmiştim. Modern teknoloji ve bilgi sistemleri tümüyle Yargıtay'ımızın hizmetine sunulmuştur. Hukuk ve ceza dairelerinde tüm kararlar, bilgisayarlarda yazılmakta, saklanmakta, daire ve genel kurul emsal kararları, "Emsal Kararlar Bilgi Bankası"nda muhafaza edilmektedir. Tüm kanun ve yönetmelikleri sorma ve arama, Başbakanlık bilgisayarına bağlantı kurulmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Araştırmacılar için, dünyadaki en büyük bilgisayar ağı "İnternet" vasıtasıyla tüm Türkiye ve dünya ile bağlantı kurarak Yargıtay kararlarına ulaşma ve benzeri araştırmalar yapma imkânı sağlanmıştır.

Yargıtay'ımızda, vatandaşların ve avukatların buldukları illerden Ankara'ya gelerek, temyiz incelemesi yapılmakta olan dava dosyalarının akibe-tini sorma, izleme uygulaması sona ermiştir. Kurduğumuz telekomünikasyon ve bilgisayar ağıyla, istenen bilgiler, Türkiye'nin en uzak yerleşim biriminden anında öğrenilmektedir. Esasen Yargıtay'a gelen dava dosyalarının incelenmesinin izlenmesine de gerek kalmamıştır. Yargıtay Başkanlığı'na seçildiğimde, Yargıtay'ımız, kabarık iş yükü altında bulunmaktaydı. Arkadaşlarımızla gönül birliği, sevgi ve dayanışmayı esas alan bir çalışma sonunda, 1992 yılından 1993 yılına devreden 122.303 dava sayısını, 1994'te 90.444'e; 1995'te ise 48.772'ye indirdik. 1994 ve 1995 yıllarında gelen 900.000 dosyaya ilave-ten, 1992 ve 1993 yıllarından kalan dosyalardan 74.000 adedi de incelenip

sonuçlandırılmıştır. Yargıtay'ımızın üç dairesi dışında, hiçbir dairesinde inceleme için sıra bekleyen dava dosyası yoktur. Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerine gelen davalar, takip eden ay içerisinde karara bağlanıp, mahkemesine iade edilmektedir. Bugünkü tablonun ortaya çıkmasında, özverili çalışmalarlarıyla Yargıtay'ın değerli Daire Başkanı ve Üyesi arkadaşlarımla, Tetkik Hâkimi ve Cumhuriyet Savcısı meslektaşlarımla ve diğer çalışanların katkısı büyüktür. Huzurlarınızda kendilerine teşekkür etmeyi, yerine getirilmesi gereken onurlu bir görev sayıyorum.

Yargıtay'da sağladığımız güvenli, isabetli ve gecikmesiz adalet dağıtımının, yerel mahkemelerde de gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır. Bu konuda, Adalet Bakanlığı'nca yapılan çalışmalar, Bakanlar Kurulu'nda kabul görüp, TBMM'nin komisyonlarından da geçip, Genel Kurul'un gündemine girmiştir. Bu tasarıların yasalaşmasıyla; yargının işleyişi basitleştirilecek, çeşitli yargılama usullerinden kaynaklanan karmaşaya son verilecek, mahkeme teşkilâtları yeniden yapılandırılacak, yargı; herkesin anlayabileceği açık ve bilinen bir sisteme kavuşacaktır. Böylece, makûl sürede bitirilemeyen, toplumun huzur ve barışını zedeleyen, özellikle toprak ve sınır ihtilâfları, ticari davalar, ceza davaları ve diğer uyuşmazlıklar, kısa sürede yargı kararı ile çözüme kavuşturulacaktır. Toplumun, "adaletin gecikmesi, en büyük adaletsizliktir" özdeyişinde ifadesini bulan sıkıntısı da ortadan kalkmış olacaktır. TBMM'nin bu konuda başlattığı çalışmasını bir an önce tamamlamasını, sözkonusu yasaları çıkarmasını beklemekteyiz.

İddia-savunma ve karar üçgeninde; savunma, özgür ve bağımsız yargının tamamlayıcısı ve hukuk diyalektiğinin önemli ve zorunlu unsurudur. Adaletin; hızlı, etkin ve adil bir şekilde gerçekleşmesi için bu unsurlar arasında, ideal düzeyde dayanışma olmalıdır. Avukatların ve baroların; demokratik, lâik hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinden ödün vermeden, yargıya olumlu bir şekilde katkı yaptıklarını memnuniyetle müşahade etmekteyim.

Sayın Konuklar,

Konuşmamın bu bölümünde, önemli gördüğüm bazı konulardaki düşüncelerimi belirtmek istiyorum:

Yakın tarihimizin en büyük vahşeti, Bosna-Hersek'te yaşanmaktadır. Batı Dünyası ve bazı bölge ülkeleri, trajedinin içinden çıkılamaz hale gelmesi için adeta yarış halinde bulunmaktadır. Sorunun çözümü için; başta, Sayın

Cumhurbaşkanımız olmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Hükümetimiz, büyük bir uğraş vermektedirler. Temel politikamız; Bosna-Hersek'in bağımsızlığının, egemenliğinin, toprak bütünlüğünün, birliğinin; ülkenin gerçeklerine uygun çok uluslu, çok dinli, değişik kültür yapısı içinde korunması ve güvence altına alınması olmuştur. İnsan hakları ve hürriyetlerinin sözümlerine ona öncülüğünü yapan ülkeler ve uluslararası kuruluşlar, Sırp Barbarlığına seyirci kalmakta, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere tüm kuruluşlar itibar ve güven yitirmektedirler. Uluslararası toplum, akan bu kanın durması ve Sırp'ların barışa zorlanması için etkili önlemler almalıdır. Birleşmiş Milletler ve Nato tarafından, 30 Ağustos'ta başlatılan yaptırımların, kesin sonuç alınıncaya kadar devamını diliyoruz.

Sayın Konuklar,

Anlatım özgürlüğünün yansız ve yüksek düzeyde kullanılması, kamuoyunun aydınlatılmasında temel ilkedir. Bu konuda başta medya olmak üzere, tüm kitle iletişim araçlarına önemli görevler düşmektedir. Adaletin, etkiden yoksun bir ortamda gerçekleşmesi ilkesini zedelemeyen, toplumdaki olayları, yargıya intikâl eden konuları, mahkemelerde görülmekte olan davaları kamuoyuna sunması, kitle iletişim araçları için bir görev, demokratik bir işlevdir. Ancak; bu özgürlüğün, yasal bir zemin üzerinde kullanılması gerekmektedir.

Anayasanın 28. maddesinde ifade edilen basın özgürlüğü; basının, kamuoyunu ilgilendiren sorunlar hakkında halka bilgi verilmesinde ve bunların tartışılmasındaki genel menfaat esasına dayanır. Basın, kişilerin amme hayatını ilgilendiren eylemlerine ilişkin haberleri; gerçeklik, kamu yararı, toplumsal bilgi, güncellik ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kurallarına uygun olarak vermek durumundadır. Doğruluğu veya yanlışlığı hakkında, halin özelliklerine uygun araştırma yapmadan gerçeğe aykırı haber yayınlaması, haksız bir tecavüz oluşturur.

Haber verme hakkının sözkonusu olabilmesi için, öncelikle, basın ve yayın organının faaliyetinin dışında meydana gelmiş bir "olay"ın bulunması; bu olayın, güncellik, gerçeklik ve kamu yararına uygunluk şartlarını ihtiva etmesi, özetle; bir "haber" niteliğini taşıması gerekir. Bu haberin duyurulması; düşünce ile ifade arasında denge ve objektif davranma, bundan bir takım değerlendirmeler çıkarmama şartlarına riayet edilmesi koşuluyla sözkonusu olabilir. Aksi halde "mevcut haber" duyurulmuş olmaz, "haber" yaratılmış olur. Haber verme hakkı; medyaya, haber yaratma hakkı vermez. Kişinin

hayatının gizli tuttuğu alanlarına girmek, bunun için hile kullanmak, hukuka bağlı bir devlette hiç kimseye tanınmış bir hak değildir.

Anayasamız, bir kimsenin kesin olarak mahkûm edilinceye kadar maaş sayılacağı ilkesini getirmiştir. Yargı fonksiyonu da, Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan tarafsız ve bağımsız mahkemelere tanınmıştır. Hiçbir kişi, merci, makam, kitle iletişim araçları, medya, yargı organına tanınmış bu hakkın bir nebzesini bile onun adına kullanamaz. Toplum bilgilendirmekle onun öğrenme hakkını kullanmasına da hizmet gibi fevkalâde önemli görevler üstlenen medyanın bir teki bile, hak ve hukuku aşarak, salt kazanç, iş ve duygu sömürüsü gibi etkenlerle yansız olma özelliğini yitirmemeli, birey ile kurumların onurunda yaralar açmamalı, onların, mahkemelerde kendilerini savunup aklanma haklarını kullanmalarını engelleyecek, onları hâkim kararı olmadan mahkûm edecek beyan ve davranışlarda bulunmamalıdır. Kimi yazılı ve sözlü basın organlarının yazı ve programları, özgürlük kullanılmamasından çok, özgürlüğün kötüye kullanılması olarak tezahür edebilmektedir. Düşünce, basın ve haber alma özgürlükleri kadar, insan onuru, özel hayatın gizliliği ve adil yargılama hakkı da, Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin güvencesi altındadır. Bu dengenin, sorumluluğunun bilincinde basın organlarıncı iyi gözetilmesi gerekir. Anayasanın 138. maddesine göre, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi'nde bile "yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz"ken, özellikle sözlü basın organlarında bu konularda her türlü spekülasyonun mübah sayılması kabul edilemez. Keza, yargılama ve sonuçlarını, sınırlamalara rağmen, kamu oyununda tartışılır hale getirmek, kamu vicdanının yanlış yönlendirilmesi ve adalete karşı duyulan güvenin sarsılması gibi bir sonucu doğurur ki, hukuk devletinde, herkes bu davranışlardan kaçınmalıdır.

Sayın Konuklar,

Anayasa'mızın 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti; toplum huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içerisinde insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliği'ne bağlı, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir" kuralına yer verilerek, devletin lâik niteliği vurgulanmıştır. Yine Anayasamız; hak ve hürriyetlerin hiçbirinin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yoketmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın, diğer sosyal sınıflar üzerinde egemen-

liğini sağlamak veya dil, ırk ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılmayacağını, devletin temel düzeninin, din kurallarına dayandırılmayacağını, dinin, dinî duyguların veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilemeyeceğini öngörmüştür. Bu nedenle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası; devlet işlerini, açık ve kesin biçimde din işlerinden ayırmıştır. Devlet, vatandaşlar arasında din ve mezhep ayrımı yapmaz. Lâiklik anlayışı içinde anayasa; din ve vicdan hürriyetini vatandaşlar için temel bir hak olarak güvence altına almıştır. Her temel hak gibi, din ve vicdan hürriyeti de sınırsız değildir. Hiç bir gerçek kişi veya kuruluşun, İslâmiyet'in devlet idaresi ile ilgili kurallarına göre ülkenin yönetilmesi yada hukuk sisteminin İslâmi esaslar uyarınca değiştirilmesi yolunda eylem veya faaliyette bulunması olanağı yoktur.

Ülkemizde, devlet işleri din işlerinden tamamen ayrılmış ise de, devletin, din üzerinde denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu amaçla Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur. Devlet yapısı içerisinde yer alan bu Başkanlık, lâiklik ilkesi doğrultusunda bütün siyasi görüş ve düşüncelerin dışında kalarak, milletçe dayanışmayı ve bütünleşmeyi gerçekleştirmek için fevkalade yararlı hizmetler vermektedir. Cumhuriyetin kurulmasından sonraki inkılâp hareketlerinin doğurduğu siyasi zorunluluk sonucu, "Genel İdare" içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın mevcut statüsünü sürdürmesinde, bugün için de yarar ve zorunluluk bulunduğu düşüncesindeyim.

Son zamanlarda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin vazgeçilmez temel niteliklerinden biri olan lâikliğe karşı, bireysel yada örgütlü hareketler vuku bulmaktadır. Lâiklik ve dinsel inanç karşı karşıya getirilmek istenmekte, toplum; lâik-anti lâik, inanan-inanmayan, alevi-sünni diye bölünerek, lâik ve demokratik Cumhuriyetin yıkılmasına çalışılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti, kendisine ve temel niteliklerine yönelecek saldırıları önleyecek güçtedir. Lâikliğin en büyük bekçisi; Cumhuriyetin Savcısı, Hâkimi, tüm aydınları ve onları bağrından çıkaran Türk Halkı'dır. Lâik düzen düşmanları; lâikliğin topluma açtığı uygar, çağdaş, insana ve dine saygılı kapılarını kapatamayacaklardır. Türk Ulusu'nu; ortaçağ karanlığına çekmeye, çağdaşıktan koparmaya, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni yıkmaya güçleri yetmeyecektir.

Sayın Konuklar,

Türkiye Cumhuriyeti, insan hakları ve temel özgürlüklere saygılı, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir. Devletin bu nitelikleri, anayasa ile güvence altına alınmıştır. Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar

ise; ülkenin yaşadığı tarihi tecrübelerin ışığında, temel tehdit olarak görülen ayrılıkçılık, kominizm ve diktatörlük ile dil, din ve mezhep ayrımcılığına ve bu kavram ve görüşlere dayanan anti demokratik devlet düzeni kurulmasına karşı, demokrasiyi ve ülke bütünlüğünü korumak amacıyla getirilmiştir.

1984 sonrasında, ülkeyi bölerek, bir kesiminde ırkçı bir devlet kurma amacıyla ortaya çıkan ve yaygın silahlı şiddete dayanan PKK hareketi; devleti, hukuk içerisinde kalarak koruyucu tedbirler almaya zorlamıştır. Zaman içinde uyuşturucu ticareti, haraç ve zorla para toplayarak son derece iyi silahlanmış bir terör örgütü niteliği kazanan PKK ile mücadelede, kolluk kuvvetlerine ek olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nin de desteğine ihtiyaç göstermiştir. Sürdürülen mücadelede, halkın etkilenmemesi ve zarar görmemesi için azami gayret gösterilmişse de, meydana gelen bazı olaylar PKK ve yandaşları tarafından abartılarak ve çarpıtılarak demokratik ülkeler, hükümet dışı uluslararası kuruluşlar ve dost ülke kamuoylarında Türkiye aleyhine propaganda dönüştürülmüştür. 369 okul, 36 cami yakan; 117 öğretmen, 38 din görevlisini şehit eden, genç-ihiyar-kadın-çocuk-bebek demeden savunmasız 4111 sivil vatandaşı hunharca öldüren PKK, bazı çevrelerin çabaları ile insan hakları savunucusu olarak gösterilmeye çalışılmaktadır. PKK'nın amacının, kültürel haklar elde etmek olduğu ileri sürülmüş; asıl niyetinin, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını bölerek ırkçı sisteme dayalı, ayrı bir devlet kurmak olduğu ustalıklarla perdelenmiştir. Tek yönlü propagandaya kanan ve aldanan Batı Kamuoyu; olayın gerçek yüzünü tesbit edememiş, PKK gerçeğini kavrayamamış; olayı, "Kürt Kimliği" sorunu olarak algılamıştır.

Demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye'de; silahlı bir örgüt halinde dağa çıkıp, köy basmak, masum insanları öldürmek, yol kesmek, okul ve camileri yakmakla; hiçbir zaman, hiçbir sonuca varılamayacağı bilinmelidir. Gerçekleri saptırarak, dost ülkeleri propaganda ile aldatıp, Türkiye üzerinde siyasi baskı yaratmak suretiyle çözüm sağlanacağını sanan zavallılar, büyük bir yanlışta içinde bulduklarını zaman içinde anlayacaklardır.

Terör örgütü ve onun arkasındaki dış güçler, sadece terör yoluyla hedeflerine ulaşmanın mümkün olmadığını bilmektedirler. Terörle yıkılmış hiçbir devlet yoktur. Asıl amaç; devlete olan güveni ortadan kaldırmak, propaganda, tehdit ve sindirme yoluyla millî birlik ve bütünlüğü bozmaktır. Bölücü terörle mücadele, devletin vazgeçilmez görevidir. Bölücü teröristler hiçbir kurala, hiçbir ahlâki, insani değere bağlı olmaksızın eylemlerde bulunurken, bunlarla, hukuk devleti olmanın onur ve sorumluluğunu taşımanın bağlayıcı

koşulları içerisinde mücadele edilmektedir. Bütün kurum ve kişiler; bu mücadelede, devletin yanında ve terörün karşısında yer almak zorundadır.

Güvenlik güçlerimiz; vatani canlarından aziz bilerek, teröre karşı büyük bir fedakârlıkla mücadele vermektedirler. Bu mücadele sırasında; şehit olan subaylarımızı, astsubaylarımızı, askerlerimizi, polislerimizi, öğretmenlerimizi, din görevlilerimizi ve bütün diğer vatandaşlarımızı rahmetle anıyor; onları, bu Ulus'a hizmet için yetiştirenlere şükranlarımı sunuyorum. Yüce Ulusumuz, kendilerini asla unutmayacaktır.

Toplumun huzurunu ve ulusal dayanışmayı bozup, vatan ve millet bütünlüğüne kasteden bölücüler, kişileri; yurttaş olmanın onur ve bilincine erişmiş, özgür, katılımcı, saygın birer varlık olmaktan çıkartmayı amaçlayan diktatörlük heveslileri, çağdaş Atatürk Türkiyesi'ni, insan haklarına saygılı, demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devleti olma özelliklerinden uzaklaştırmak çabasında olanlar, karşılarında hukuk devleti yargıcı olmanın sorumluluğunu taşıyan ve hukuk kuralları içinde kalarak bu görevi başarıya ulaştırmaya azimli, inançlı, yargı mensuplarını bulacaklardır.

Bu beyanım; Türk Ulusu'na taahhüdümüzdür, andımızdır.

Sayın Konuklar,

Dört tarafı sorunlu ülkelerle çevrili olan Türkiye, huzur ve güven içinde bulunan ender ülkelerden biridir. İşlemeyi bekleyen tarım arazilerimiz, ağaçlandırılması gereken dağlarımız, dizginlenmek isteyen akarsularımız, işletilmeye hazır yeraltı ve yerüstü zenginliklerimiz, Büyük Türk Toplumundan; huzur, kardeşlik, sevgi, saygı ve hoşgörülü ortam içinde çalışma beklemektedir. Bu duygu ve inançla yolumuza devam ettiğimiz takdirde, Türk Milleti'nin istikbali çok parlak olacaktır. Bundan kimsenin kuşkusu olmasın.

Hepinize sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Sayın **Önder SAV**'ın, 1995-1996 Adalet
Yılı'nın Açılışında Yaptığı Konuşma. 6.9.1995

1995-1996 Adalet Yılı'nın Açılışı Töreni'ne onur veren sayın konukları, yüce yargıç ve savcılar, değerli meslekdaşlarımı, basın ve televizyonların temsilcilerini en iyi dileklerimle ve saygılarımla selamlıyorum.

Yeni bir çalışma dönemine girerken yargımızın, hukukumuzun, toplumumuzun ve ülkemizin sorunlarını böyle güzel bir toplantıda dile getirme olanağını tanıdıkları için Yargıtay Başkanı Sayın Müfit Utku'ya ve diğer sayın yetkililere teşekkür ediyorum.

1994-1995 yılı, yargımız ve "Sav-Savunma-Karar" üçlüsünde görev yapan hukukçularımız yönünden oldukça yüklü, sorunlu ve yorucu oldu. Geçen yıl burada dile getirdiğimiz sorunların bir kısmı, çözümlendi ama kalanlara yeni sorunlar eklendi.

Demokratik hukuk devletinin, olmazsa olmaz koşulu yargı bağımsızlığı, yargıçlarımızın, savcılarımızın, avukatlarımızın, mahalli mahkemelerin ve yüksek yargı organlarının olağanüstü çabaları ile sağlanmaya çalışıldı.

Buna rağmen vatandaşlarımız, her kademedede yargının yavaş işlediği, adaletin geciktiği, davaların sürüncemede kaldığı yolundaki yakınmalarını sürdürdüler.

Yargı, çağdaş teknolojiden yararlanmaya başladı, ama itiraf etmek gerekir henüz beklenen düzeyin çok gerisindeyiz. Adliyelerdeki yığılmayı, vatandaşın mahkeme kapılarında uzun süre beklemesini, kimi zaman haklarını almak için hukuk dışı yollara başvurmasını önleyebilmiş, yargıyı istenen hıza kavuşturabilmiş değiliz. Adalet hizmetine, yargıya üvey evlat muamelesi yapılma alışkanlığı artık terkedilmeli "Yargı"ya yatırım hızlandırılmalı, çağdaş uygar devletlerdeki gibi ön plana alınmalıdır. Yargı için yapılması düşünülen

değişiklik ve yeniliklerde hizmetin labaratuvarında olan yargı mensuplarının öncelikle görüşleri alınmalıdır. Siyasal iktidarlar, "Sav-Savunma-Karar" mekanizmasındaki tikanıklıkların aşılmasında yardımını esirgememelidir.

Geride bıraktığımız dönemde başta Sayın Başbakan ve Sayın Adalet Bakanı olmak üzere siyaset adamları, savunma mesleğinin sorunlarına ilgi göstermişlerdir. Sorunlarımızı biraraya gelip konuşma olanağı bulduk, düzenlediğimiz toplantılara katılıp görüşlerini belirttiler; kendilerine bir kez daha teşekkür ediyoruz.

Siyasal iktidarın kimi vaadleri, TBMM'nin çalışma süresi yetmediği ve gündemi yüklü olduğu için gerçekleşemedi.

TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin ortak isteği ile Avukatlık Yasası Değişikliği Tasarısı, gündemin görüşülebilecek sırasına alındı fakat kimi daha öncelikli yasa tasarıları ve Anayasa değişikliği görüşmeleri nedeniyle görüşülüp yasalaşamadı. Kısa bir süre önce TBMM'nin önümüzdeki çalışma döneminde görüşülecek ilk tasarılarından biri olduğunun bize söylenmesini, önemli bir güvence sayıyoruz.

Hayat Standardının, yargıç ve savcı gibi yargının ayrılmaz parçası olan avukatlar yönünden kaldırılmasına ilişkin vaadlerin de yerine getirilmesini bekliyoruz. Devlet, kamu hizmeti gören avukatları, birinci sınıf tüccarla eş tutmamalı, avukatları kazanmadıkları hayali gelir üzerinden vergilendirmekten vazgeçmelidir.

Maliye Bakanlığı, önceden iki kez uyardırmamıza karşın yasaya aykırı bir Genel Tebliğ çıkartarak avukatlarla, Serbest Muhasebeci veya Serbest Muhasebeci Mali Müşavirleri karşı karşıya getirmiştir. Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararı vermesi ile avukatların Serbest Muhasebeci veya Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerle yıllık sözleşme imzalaması mecburiyeti durdurulmuştur. Bu meslek grubuna avukatların yıllık gelir vergisi beyannamelerini imzalatması zorunluğu 1996 yılının Mart ayında yeni bir sıkıntı, yeni bir tartışma ve karmaşa yaratacaktır. Sayın Başbakanın, genelgedeki yanlışlığı düzeltip bu haksız ve ayıplı uygulamayı durdurması için Maliye Bakanlığı'na gerekli talimatı vermesini beklemekteyiz.

Doğrusu Maliye Bakanlığı ile ilgili sorunların çözümünde fazla ümitli olmuyoruz. Maliye Bakanlığı, işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığına aldırmış etmeden "Ben yaptım oldu" diyerek hukuku çiğnemektedir. Devlet içinde

ayrı bir devlet gibi davranan Maliye Bakanlığı'nın işlemlerini düzeltip düzeltmeyeceğini hep birlikte izleyip göreceğiz.

Serbest çalışan meslektaşlarımızın sorunlarının yanında kamu görevlisi olarak hizmet veren meslektaşlarımızın da sorunları çözüm beklemektedir.

Kamu Avukatları, çağdaş demokratik hukuk devletinde rastlanmayacak statüde ve gelir düzeyinde çalıştırılmaktadır. Kamu avukatlığı sınıfı, diğer hizmet sınıflarına göre özlük hakları, mali ve sosyal haklar yönünden çok geride bırakılmıştır.

Özellikle 1988 yılından bu yana kamu avukatlarının mali durumu, sürekli olarak "Denetim Elemanları", "Sağlık Hizmetleri Sınıfı" ve "Teknik Hizmetler Sınıfı" karşısında bile Ek Göstergeler-Özel Hizmet Tazminatları ve yan ödemeler göstergeleri yönünden büyük ölçüde geriletilmişlerdir.

Devlet, kendisinin vekillerine üvey evlat muamelesi yapmamalı, kendisine fazla mali yük getirmeyecek olan Kamu Avukatlarının sorunlarını vakit geçirmeden çözmelidir; aksi takdirde mali yönü cazip olmayan Kamu Avukatlığına elemanı zor bulan devlet, elindeki yetişmiş deneyimli avukatları da kaybedecektir.

Mesleğimizin, yasal düzenlemeleri aşan, anayasa değişikliğini gerektiren sorunları da vardır.

Anayasa Mahkemesinde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda, Türkiye Barolar Birliği'ne temsilen üye bulunmalıdır. Türkiye Barolar Birliği'ne Anayasa Mahkemesi'nde dava açma hakkı tanınmalıdır. Bu değişiklikler doğrultusunda Türkiye Barolar Birliği, Anayasa'nın YÜRÜTME bölümünde değil YARGI bölümünde yer almalıdır.

Kısa bir süre önce gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinde genel olarak yargı ve savunma ile ilgili hiç bir madde ele alınmamıştır.

TBMM, geride kalan çalışma döneminde nihayet kısmi bir anayasa değişikliğini gerçekleştirebildi. 1991 yılı genel seçimlerinden önce ve sonra TBMM'de grubu olan ve olmayan bütün siyasi partiler Anayasanın değiştirilmesi gerektiğini belirtmişlerdi; kimileri 4 yıla yakın bir süre sonra başlangıç bölümü dahil 15 maddede değişiklik yapılabilmiş olmasını büyük başarı olarak nitelemektedirler. Anayasa değişikliği çalışmalarındaki iyiniyetli ve çözüm bulmaya yönelik çabalar sonucu umutların sönmek üzere olduğu bir anda değişiklik yapılabilmesini takdirle karşılıyoruz.

Çağdaş demokratik hukuk devleti anayasasına yakışmayan, hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayan, askeri darbeleri meşru sayan ve benzerlerine yol açıcı nitelikteki BAŞLANGIÇ bölümünün değiştirilmesi sevindiricidir.

Derneklerin, Sendikaların, Vakıfların ve Kooperatiflerin, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları ile bunların üst kuruluşlarının siyasi partilerle ilişkilerini ve işbirliğini yasaklayan maddelerin kaldırılması, yüksek öğretim elemanlarının ve öğrencilerinin siyasi partilere üye olabilmeleri olumlu değişikliklerdir.

Bir hukuk garabeti olan ve geçmiş dönemlerde pek çok tartışmaya neden olan milletvekilliğinin düşmesine ilişkin 84. maddenin değiştirilmesi de yararlı olmuştur.

Yukarıda sayılanlar ve benzeri değişikliklerle yetinilmesi, bu parlamentonun oluşumunun, daha içerikli ve gerekli değişikliklere yatkın ve uygun olmamasından kaynaklanmaktadır. Değişiklik paketi içinde olduğu halde Memurların Sendika Kurma Hakkı'na Grev ve Lokavt'a 25 yaşında TBMM'ye seçilebilmeye, TBMM Üyeliği ile bağdaşmayan işlere ve Geçici 15. maddeye ilişkin değişiklikler, TBMM'den olur alamamıştır. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları ile ilgili düzenleme ise yeterli değildir.

Bütün iddialı sözlere karşın bu anayasada 12 Eylül hukuksuzluğunu simgeleyen kimi maddeler kaldırılamamış, insan hak ve özgürlüklerine "ama-ancak-fakat" sözcükleriyle getirilmiş sınırlamalar aşılamamış, demokratik hukuk devletine, çağdaş uygar yapılaşmaya yakışır biçime sokulamamıştır.

Adındaki "GEÇİCİ" sıfatına karşın pek çok asıl maddeden KALICI olan Geçici 15. maddenin kaldırılamayışı, bir hukuk ayıbıdır. Aslında Geçici 6. madde hariç diğer bütün geçici maddelerin de kaldırılması gerekirdi.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun siyasal iktidarın güdümünden çıkarılmayışını, Kurul üyelerinin Genel Kurullarından seçim yerine atama ile belirlenmesini, Kurulda Adalet Bakanı ve müsteşarının bulunmasını, Yargı bağımsızlığı anlayışı ile bağdaştıramıyorum. Demokratik hukuk devleti anlayışı ile çelişen bir maddeyi bile değiştiremeyen TBMM'nin, Cumhurbaşkanının özellikle yargı ile ilgili ve hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı görev ve yetkilerini değiştirilebileceğini hiç sanmıyorum.

Atatürk'e, miras kurumuna, Atatürk'ün vasiyetine saygısızlığı simgeleyen 134. maddenin anayasada varlığını sürdürmesi, bol Atatürk edebiyatı yapanların, içtenliklerinin ölçüsüdür. Bırakalım artık sözde, göstermelik yapmacık Atatürkçülüğü; özde, düşüncede, yaptırımında, kurumlaşmada, eylemde ve uygulamada Atatürkçü olalım.

Geride bıraktığımız dönemde TBMM Bizce Anayasa değişikliği kadar önemli bir sorunu, yeni üniversiteler açmak sorununu da ele aldı.

Ülkemizde ilköğretim ve ortaöğretimde başta Tevhidi Tedrisat Kanunu olmak üzere önemli temel yasalarda ülke gerçekleri çiğnenerek pek çok yanlışlık yapıldı, halen de yapılıyor. Bu yanlışlıklar zincirine yüksek öğretimde yeni halkalar eklenmekte olduğunu görüyoruz.

1992 yılında kurulan 23 Üniversitede hala 60 fakülte açılmamıştır. Bırakalım bunları İstanbul, Ankara ve 9 Eylül Üniversitelerinde bile öğretim üyesi, dersane ve malzeme sıkıntısı çekilmektedir. Bu köklü kuruluşlar bile tam anlamı ile üniversite olamamış iken 27 yeni üniversite açılmasının gündeme getirilmesi, fevkalade düşündürücüdür.

1992 yılındaki üniversite açılması furyasına destek veren ve alkış tutanlar, bugün feveran etmektedirler. YÖK Başkanı, kendilerine danışılmadan plan hedeflerine aykırı biçimde üniversite açılmaya çalışıldığını 2012 yılına kadar üniversite açılmasına gerek olmadığını belirtiyor.

Başta 1992 yılında kurulanlar olmak üzere bütün üniversitelerin rektörleri feryad ediyor: "Çoğunun binaları, öğretim üyeleri yok. Hiç hazırlık yapılmadan alt yapısı oluşturulmadan her ile üniversite açmak, Türkiye'yi intihara sürüklemekten farksız olur. 1992 yılında açılanlar, henüz bir çadır bile kuramadı.... 1992 yılında 23 Üniversite açıldığında, eski üniversitelerin zaten yetersiz olan kaynağını paylaştık. Şimdi, açılması kararlaştırılan yeni üniversiteler, mevcut kaynağı biraz daha küçülecek... Altyapısı hazırlanmadan gecekondular gibi üniversite kurulmaktadır. Yeni üniversiteler imkansızlıklarla mücadele edecekleri gibi, mevcut üniversitelerin kalkınmasını da engelleyecektir... Bu kadar saçmalık olmaz... Yeni Üniversite açılması, bir cinayettir, skandaldır."

3 yıllık yeni üniversite deneyimi yaşamış rektörlerin bu sözlerine kulak verelim. Parlamentomuz ve siyasal iktidar, bir rektörümüzün söylediği gibi "Artık seçim bölgelerine fabrika götüremeyen milletvekilleri, üniversite götür-

mektedir. Üniversite açmak, süpermarket açmaktan daha kolay oldu" sözlerine haklılık kazandırmamalı, bu pervasız gidişe, yüksek öğretimdeki bu tehlikeli yozlaşmaya dur demelidir.

Bu yapılmazsa başka meslek dallarını bilemeyiz ama hukuk mesleğinde olacakları şimdiden görüyoruz.

Binası olmayan, öğretim üyesi bulunmayan araç-gereci olmayan yardımcı personeli eksik, lise öğretmenleri ya da her derde deva piyasa hukukçularının ders verdiği hukuk fakültelerinden bilgisiz, çapsız, muhakeme gücünden yoksun öğrenciler, mezun olacaklardır. Buralardan çağdaş kafalı savcı-yargıç-avukatlar yetişmez; olsa olsa bağınaz kafalı mollalar, müstankiler, kadılar, arzuhalciler yetişir.

Hukukumuzun mesleğimizin sorunları yanında ülkemizin iç ve dış sorunları da çok önemli boyutlardadır.

Bosna Hersek'te insan haklarını, Balkanlar'ı ülkemizi ve dünyayı çok yakından ilgilendiren olaylar yaşanıyor. Bosna-Hersek Cumhuriyeti, bağımsızlığını ilan ettiği 1992 yılından buyana insanlık tarihinin ender rastladığı vahşete ve soykırıma sahne olmaya devam ediyor.

Birleşmiş Milletler, Kuruluşunun 50. yılında amaçlarını gerçekleştiremeyen göstermelik bir örgüt durumuna düşmüştür. Birleşmiş Milletlerin denetimindeki güvenli bölgelerden Srebrenica'nın Sırp tarafından işgali, uluslararası bir skandaldır. Birleşmiş Millet Barış gücünü, Kızıl Haç'ı İnsani Yardım Örgütü'nün yardım konvoyunu kente sokmayan Sırp, 1992 yılından buyana acımasızca uyguladıkları etnik arındırmayı sürdürüyorlar. Silah ambargosu ile çaresizliğe itilen Boşnaklar, elleri kolları bağlı biçimde kaderleriyle başbaşa vahşetin kucağında inliyorlar.

Barışçı çözüm için görüşmeler yapılması gündemde iken Saraybosna'nın Pazar yerine atılan ve 43 sivili öldüren, çok sayıda insanı da yaralayan bomba, saldırgan Sırp'ların Bosna'nın çok kültürlü, çok dinli etnik yapısına son vermek konusundaki inat, ısrar ve iradelerinin sürdüğünü gösteriyor.

Saldırgan Sırp'ların bu vahşet gösterisine ve uluslararası insani prensipleri hiçe sayan saygısızlığına karşı artık Bosna-Hersek'teki duruma en seri şekilde müdahale edilmesi kaçınılmaz hale gelmişti. Nihayet Nato'ya bağlı askeri birlikler, Sırp mevzilerine müdahale edebilmiştir; bu sevindiricidir. Kesin ve kalıcı barışçı çözüm alınana kadar askeri tedbirler sürdürülmelidir.

Birleşmiş Milletlerin bağımsız bir üyesi olan Bosna–Hersek Cumhuriyeti'nde Birleşmiş Milletler Anlaşmasının 42. maddesinin tanıdığı yetkiler kullanılarak uluslararası barış ve güvenliği korumak veya yeniden sağlamak için hava ya da kara güçleriyle gerekli görülecek her türlü girişime başvurulması, abluka yapılıp müdahale edilmesi için bu kadar vahşeti, insanlara tecavüzleri, göçleri, ölümleri beklemeye gerek var mıydı?

Kuzey Irak'ta, Türkiye'de insan hakları ihlallerini tesbite gelen kuruluşlar, insan hakları havarileri neredesiniz? Önce burnunuzun dibindeki vahşeti görünüz, acımasız soyküruma DUR! deyiniz.

Körfez Savaşı'na gözünü kırpmadan müdahale edenleri, Bosna–Hersek'te, Çeçenistan'da çifte standart kullandıkları, insanların vahşice öldürülmesine seyirci kaldıkları için kınıyoruz, ayıplıyoruz.

Bir diğer sorunumuz, Suudi Arabistan'daki vatandaşlarımıza verilmiş olan ölüm cezalarının infazına başlanmış olmasıdır.

Suudi Arabistan'a uyuşturucu soktukları savıyla suçlanıp şeriat kuralları gereği kafaları kılıçla kesilip öldürülen vatandaşlarımızın sorunu gündeme gelince ülkemizde bilir–bilmez ahkâm kesen şeriat yanlıları bile şaşırды. Büyükelçiliğimizin verdiği bilgilere göre sırada daha (71) Türk'ün bulunduğu gerçeği, tüyler ürperti.

"Cellat, kadının çıplak ensesini görerek günaha girer" mantığıyla kadının, kılıçla öldürülmemesi, şeriatın işi nerelere vardırđının kanıtıdır.

Suudi Arabistan'ın Ankara Büyükelçisi'nin "Suudi Arabistan, bazı tarafların istekleri yüzünden bir dini cezayı değiştirmeyi amaçlayan baskılara boyun eğmeyecektir" sözleri umut kırıcıdır.

Ülkemizde kimilerinin, kafa kesmenin "ibret-i müessire" olması için yapıldığını söyleyebilmeleri de ilginçtir. Bunun devletin bir iç işi olduğunu söyleyip sukûtu tercih etmek isteyenler de var.

Kur'an ve Sünnette belirlenmemiş suçların cezalarının siyasi otoritenin takdirine bırakıldığı ifade edilerek cezaların dolaylı olarak şeriata uygunluğu savunulmaktadır.

İsimlerinin başında akademik ünvanlar olan kimileri de "İdamlar, İslam Hukuku'na aykırıdır, sekiz yıllık tutukluluk süresi de İslam'a aykırıdır. Suudi Arabistan'daki yönetim tam bir şeriat yönetim değildir" gibi çaresiz yorumlar yapmaktadırlar.

Aylardır yazılı ve görüntülü basın ve yayın organlarında şeriat'ı sevdirmeye, şeriatın insan haklarının ta kendisi olduğunu savunmaya çalışanların içine düştükleri hazin çelişkilere bakınız.

Bizim ulemalar, "Şeriat'ta kelle kesme yok diyorlar." Suudiler de "Bu Allah'ın emridir" diyorlar. Buna rağmen kimileri, Suudi Arabistan'daki idamlar bahane edilerek İslam ve Şeriat hukukunu karalama kampanyası açıldığı suçlamasında bulunuyorlar.

Suudi yönetiminin İngilizce yayın organı "Krallığın şeriat yasalarını değiştireceğini, yahut yumuşatacağını sananlar, salaklar cennetinde yaşayanlardır!" diye yazıyor; Kral Fahd ise Allah adına hareket ettiğini söylüyor, doğru davrandığını belirtiyor.

Hükümetimizin bir üyesi de "Bu gayri insani tutumunuza son veriniz, yaptıklarınız artık yeter, hiç olmazsa geride kalan vatandaşlarımızı bağışlayın!" diye sesleniyor. Hükümet, çaresizlik içinde yalvarma ve şikayet yeri değildir, çözüm bulma yeridir.

Yasalarımızdan ölüm cezasını kaldıramadığımız için Suudi Arabistan'da ölüm cezalarına değil, cezanın suça uygun düşmediğine ve vahşi infaz biçimine itiraz edebilmekteyiz.

28 Nisan 1983'teki İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Sözleşmeye Ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin (6) No.lu Protokole Türkiye çekince koymuştur. 1 Mart 1985'te yürürlüğe giren protokolün 1. maddesinde "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez" 2. maddede "Bir devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir" yazılıdır.

Bu protokol uyarınca Avrupa Konseyi üyesi devletlerde ölüm cezası kaldırılmıştır. Ölüm cezasının lehinde ve aleyhinde pek çok görüş vardır. Bir yumuşama dönemi yaşıyoruz. Ölüm cezası, yasalarımızdan kaldırılmamış ama 10 yılı aşkın bir süredir uygulanmamaktadır.

Yazılan ve söylenenler doğru ise 1989 yılında bir Türk'ün kafasının keşilmesinden sonra iki ülke arasında gündeme getirilen "Suçluların iadesi ve Adli Yardımlaşma" anlaşmasının hala imzalanamamış olması, bu sürede iktidar sorumluluğu yüklenen tüm siyasi partileri töhmet altında bırakmaktadır. Hukuk sistemleri uymuyor deyip geçiştirilemez, karşılıklı anlayış ve çözüm arayışı olursa hukuk, buna mutlaka çare bulur.

S.Arabistan'daki uygulama, şeriatın nasıl işlediğini, acımasızlığını, gerçek yüzünü ortaya serdi, laik devlet düzeninin neler kazandırdığını, insanlarımızın daha somut görmelerini sağladı.

Şeriat'taki çeşitli suçlara verilen parmak, el, ayak, kol ve hatta KAFA kesilmesi, ZİNA suçunu işleyenin taşlanarak öldürülmesi cezalarını günümüz çağdaş toplumunda uygulayabilir misiniz?

Şeriat öyle emrediyor diye kadınlarımız için "Aklen ve dinen eksik yaratılmıştır, kötüdür, yarım insandır, yaratıktır. Kocasının izni olmadan hiç bir kadın cennete giremez. Kadını kapatmak erkeklerden uzak tutmak gerekir. Çok karılı evlilik, kadınlar için hayırlı ve yararlıdır. Kocalar kendilerine itaat etmeyen karılarını dövme hakkına sahiptirler. Kadın, kendi yararına düşünemez, o nedenle İslam'da kadının boşanma hakkı yoktur" kuralını, karşılıklı sevgi-saygının, dayanışmanın, eşitliğin egemen olduğu modern aile düzeyiyle, insan hak ve özgürlükleri ile bağdaştırabilir miyiz?

Ülkemizin hem dış, hem önemli iç sorunu olan Doğu ve Güneydoğu olayları sürüyor.

Ülkemizin Doğu ve Güneydoğusunda ayrılıkçı terör örgütünün eylemleri geriletmiş gibi görülmekle beraber durdurulamamıştır. İnsanlarımız hergün yeni olaylar, yeni ölümler, duymaktan, üzülmekten bitap düştüler. "Bu kan bu terör bu ölümler dursun" diyorlar.

Yöre insanını potansiyel suçlu olarak görmeyen kamu görevlilerine, halka güven veren yöneticilere, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı ve sorunlara demokrasi içinde çare arayan çağdaş bir yönetim anlayışına, göçe zorlayan sakıncalı kolaycılığa değil, sağlıklı ekonomik çözümlerle göçü engelleyen, insanları yurtlarında barındıran bir sevecen yaklaşıma gereksinim vardır.

Doğu ve Güneydoğu sorunu, sadece siyasal iktidarın ve güvenlik güçlerinin sorunu değildir. Hepimizin, tüm ulusun, tüm kurumların, tüm siyasi partilerin sorunudur. Hiç bir siyasi parti, yörede etnik ve dinsel duyguları okşayıp kaşıyarak el altından terör örgütüne göz kırpmamalıdır; hiç bir siyasi parti hangi nedenle olursa olsun terör örgütüne sempati duyduğu kuşkusunu yaratmamalıdır.

Her iyiniyetli kişi ya da kurumun soruna çözüm araması doğaldır; ancak ülkemizin, Doğu ve Güneydoğunun istem ve özelliklerine ve bilimsel verilere ve gerçeklere ters düşen önerilerle Güneydoğu sorunu çözümlenemez. Ay-

rılıkçılığı kaşımak kolaydır. Birlikteliği, ulus birliğini, ülke bütünlüğünü bozmayı, Misak-ı Millî sınırlarını değiştirmeyi hedefleyen hiç bir çözüm gerçekçi, geçerli değildir. Federasyon yutturmacalarının ülkemizi nereye götüreceğini görmemek, başını kuma sokmaktır. Kimse gördüğü rüyaları gerçek sanmasın, kendi yanlışlarını doğru diye sunmaya kalkışmasın. Dünyanın en zengin etnik oluşum mozağine sahip ülkemizde feredasyonu savunmak, tarihi inkar etmektir; ülkenin bölünmesine davetiye çıkartmaktadır. Açıkça söyleyelim biz, dostça barış içinde kardeşçe yaşayan, kültürel zenginliklere saygı duyan, bütünleşmiş ulustan, tek ülkeden, tek Millî Marş'tan yanayız. Misak-ı Millî Sınırları içinde Türk Ulusu'ndan ayrı bir ulus, TBMM'den ayrı bir meclis ayrı bir bayrak özleyenler, ulusumuzun kararlılığı karşısında hüsrana uğrayacaklardır.

Bir önemli iç sorunumuz da "Din ile devlet ve toplum" ilişkisidir. Ülkemizde devlet ve toplum işlerinde hukukun üstünlüğünün mü dinin üstünlüğünün mü egemen olması gerektiği, alabildiğine tartışılıyor.

Laiklik, müslümanlığın tam zıddı imiş gibi tanımlanmak isteniliyor; dindarlıkla bağnazlık ve yobazlık karıştırılıyor.

Şeriat isteriz diye kışkırtılan insanların vahim sonuçlar yaratan eylemlerini, nerelere kadar vardıklarının en somut örneği Sivas Olayları'dır.

İki yıl önce bu kürsüde, Sivas Olayları ile ilgili olarak şu değerlendirmeleri yapmıştık: "Laikliğe karşı son başkaldırı, 2 Temmuz 1993'te Sivas'ta yaşandı; 37 vatandaşımız yanarak can verdi... Davaların iddiamelerinde Sivas sokaklarında 7,5 saat süre ile Yaşasın Hizbullah – Laiklik gidecek, şeriat gelecek – Laikliğe son, laik düzen yıkılacak' şeklinde bağırıldığı belirtilmektedir. Kurban keserken kasabın getirdiği tekbir getirilerek otel yakılmış, insanlar boğulmuştur. Olayların temelinde, değişik nedenler, bahaneler, tahrikler aramak yanıltır, boşunadır. Olaylar, Cumhuriyetin 70. yılında, onun en temel ilkesi olan LAİKLİĞİN kimi çevrelerce ve kişilerce hala özünsenemediğini kanıtlamaktadır. Sokaklara dökülenler, "Şeriat isteriz" diye bağırınlar ve onları kışkırtınlar, Laiklik ilkesini geriletip dışlamayı, ulusumuzu ortaçağ karanlığına çekmeyi, ümmet yapmayı düşlemekte, demokratik hukuk devletini yıkıp teokratik devlet kurmayı amaçlamaktadırlar."

Cumhuriyetin temel niteliklerinin örselenip yıkılmak istendiği örgütlü, planlı bir toplu katliam olayının faillerinin yargılanması sonunda, yangın çıkararak insanları öldürme gibi sıradan ve adi bir suç teşhisi konulması ve Aziz Ne-

sin'in tahriki nedeniyle insanların öldüğü gibi ceza hukukuna ters gerekçeler, görülüyor ki DGM savcılarını da tatmin etmemiştir.

DGM. savcılarının temyiz dilekçesindeki "Ulu Önder Atatürk ile binlerce şehidimizin canları pahasına kurulmuş bulunan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni Atatürk İlke ve İnkılâplarından ayıracak ve ortaçağ zihniyetine sürükleyecek bir zihniyet içinde bilhassa, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Laik Devlet düzenini yıkacak nitelikte olan Sivas Olayı'nın en önemli hatlarıyla Türk Cumhuriyeti Devleti içinde meydana getirdiği harabiyeti vurgulamak gerekirse" değerlendirmesi, doğrudur.

Anılan temyiz dilekçesindeki "Buradaki yürüyüş, fanatik düşüncelerin ateşlediği ve onbinlere varan halkın "şeriat isteriz – şeriat gelecek – laik düzen yıkılacak sloganlarıyla perçinleşen Devlete karşı bir kitle hareketidir" şeklindeki vurgulama gerçeği yansıtmaktadır.

DGM Savcıları Esas Hakkındaki Düşüncelerinde "...olayın seyri içinde olayların tahrikçisi olduğu anlaşılan AZİZ NESİN için mahalli C. Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulması" görüşlerindeki yanlışlıktan dönmüşler, "Bu olay, Aziz Nesin'e yönelik bir olay olarak basite indirgenemez... olayımızda tahrik, suçun işlenme nedeni olarak kabul edilemez... Aksi düşünce ve kabulün, gelecekte aynı tarz tahriki bahane ederek yobaz tabir olunan ideolojik fikir sahiplerine eylemlerini yenileme cesaretini vereceği açıktır" değerlendirmesini yapmışlardır.

Sivas olaylarından iki gün sonra 5.7.1993 tarihli kamuoyu duyurumuzda aynen şu değerlendirmeyi yapmıştık: "Olayların temelinde, değişik nedenler aramak yanlış ve boşunadır. Olaylar, Atatürk'ün kurduğu Cumhuriyetin 70. yılında Cumhuriyetin ve en temel ilke olan laikliğin hala özümsemediğinin somut göstergesidir.

Kimse kendisini aldatmasın ve avutmasın, bahane aramasın; hedef, laik Türkiye Cumhuriyeti'dir. Dün Kubilay'ı kesenler, bugün Sivas'ta 37 kişiyi yakanlar gereken tepkiyi ve cezayı görmedikçe, yarın kitle katliamına geçeceklerinin işaretini bir kez daha vermişlerdir.

Siyasal hesaplarla hareket edenler, laikliğin zedelenmesine, gerici hareketlere "Masum dini inanç patlamalarıdır" diye göz yumdukça laiklik düşmanları, şeriat özlemcileri ve teokratik devlet yanlıları yurt içinde de, yurt dışında da cesaretleneceklerdir."

Bu sözleri, 5 Temmuz 1993'te söyledik aradan çok geçmedi, İstanbul'da Taksim'de Cumhuriyet tarihinde ilk kez şeriat özlemcileri, sarıklı, takkeli, fesli, cüppeli kılıklarıyla "Kahrolsun laik diktatörlük, laik devlet yıkılacak elbet" diye bağırdılar; üzerinde Arapça harfler yazılı, şeriatın simgesi olan yeşil bayrak dalgalandırdılar; emniyet güçleri bunları sadece seyretti; C. Savcılarını sustu. Bir şeriat yanlısı Anıtkabir'de Cumhurbaşkanı'nın önüne Kuran'ı fırlattı. 25 Temmuz'da bir şeriatçının kurşunları, ciğerimizi parçaladı; sevgili arkadaşımız Gümüşhane Baro Başkanımız alçakça ve hunharca öldürüldü. İlginç bir rastlantı, bugün yargılamanın ilk duruşması yapılıyor. Baro Başkanlarımızın pek çoğu müdahil vekili olarak duruşmaya katılıyorlar.

Neydi suçtu Ali Günday'ın? Yasaları, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kararlarını, Türkiye Barolar Birliği'nin Genel Kurulunda yasa gereği kabul edilen meslek kurallarını ödünsüz uygulamak hanım meslektaşlarımızın, duruşmalara başörtülü girmesini önlemek! Demokratik laik Cumhuriyet'e Atatürk ilkelerine bağlı, çağdaş bir Baro Başkanı olmak!

Kökten dinciliği benimsemiş bir siyasi partinin mensuplarının Başkanımız aleyhinde açıkça kampanya yürüttükleri bilinmekte iken güvenlik güçlerinin kendisini koruyamamış olmaları düşündürücüdür. Ayrıca bir gazetenin sistemli şekilde Ali Günday'ı şeriatçılara hedef gösterip adres ve telefonlarını bildirmesi, ürperticidir, tiksindiricidir.

Baro Başkanımızı öldürenin ve onu azmettirenlerin siyasal hesaplarla şeriate yeşil ışık yakanlardan, laiklikten ödün verenlerden hukukun üstünlüğünü bir kenara itip devlet işlerinde dini üstün kılmaya çalışanlardan cesaret aldıkları meydandadır.

Din kurallarının devlete ve siyasete yön vermesini, bunların toplum hayatını, Avukatlık gibi çağdaş meslekleri yönlendirmesini benimseyen örümcek kafalılar, Türkiye Barolar Birliği, 68 Baromuzu ve 32 bin meslektaşımızı yıldıramayacak, geriletemeyecektir.

Ali Günday, ülkemizi ortaçağ karanlığına çekmek, ulusu ümmet yapmak isteyen teokratik devlet özlemcisi şeriatçıların mesleğimizden kopardığı ilk şehit değildir; bu aymazlık, bu vurdumduymazlık sürerse korkarız ki son şehit de olmayacaktır.

Katillerin kişileri öldürmeye güçleri yetmiştir, ama düşünceyi öldürebilen katiller daha anasından doğmamıştır.

Gericiliği kışkırtan bir avuç yobaz zorba, yüzünü çağdaşlığa, aydınlığa, özgür düşünceye bilime ve akıla döndürmüş kurumları ve kişileri teslim alamayacaktır.

Ali Günday gibi dava adamlarını öldürüp bizi sindireceklerini sanıyorlarsa aldaniyorlar. Bir Ali Günday'ı veririz ama karşılarına binlerce Ali Günday olarak dikiliriz.

Yeri gelmişken kimi yerlerde Avukatlık Yasasının, yargı kararlarının ve meslek kurallarının uygulanmasında Barolarımızı yalnız bırakan türbanla duruşmalara girmek isteyenlere ses çıkarmayan savcı ve yargıçlarımızı kınıyorum.

Bir yıl önce C. Savcılarımız, "Laiklik karşıtı eylemler karşısında Cumhuriyetin temel ilkelerine her zamankinden daha çok sahip çıkılması ve bu konuda gerekli duyarlılığın gösterilmesini" kamuoyuna duyurmuşlardı. Kimi savcılarımızın ve yargıçlarımızın, devletin ve cumhuriyetin temel nitelikleri konusunda kayıtsız kaldıklarını, herkesten önce yapmaları gereken girişimleri yapmayıp sorunların büyümesine neden olduklarını görmek bizi üzüyor, umutsuzluğa itiyor. Devletin en yüksek makamındaki yöneticiler dahil yasama, yürütme ve yargıda görev alan hiç kimse, hiç bir kurum, Cumhuriyetin, demokratik laik hukuk devletin temel niteliklerinden, özünden, ruhundan ödün veremez. Ödün verenler belki bu günü kurtaracaklar ama gelecek kuşaklara karşı ağır bir vebal altında kalacaklardır.

"Sav-Savunma-Karar" bütünlüğü içinde işe, savunmadan başlanmıştır. Türbanı siyasal amaçlarına alet ederek şeriat simgesi olarak benimseyip savunmada, avukatlıkta sorunu çözebildikleri zaman hiç kuşku duymuyorum sıra hanım yargıçlara ve savcılara gelecektir. Başını örtmeyen hanım yargıç ve savcılar kınanacak, örtenlere engel olanlar ise ölümle tehdit edilecektir. Tehlikeye karşı avukat-yargıç-savcı ayırımı yapmadan topyekün karşı çıkılmalıdır, yoksa Anayasa Mahkemesi kararlarına uymayan kimi üniversitelerde yaşanmakta olan kaos, yargıya da yansımak üzeredir.

Toplumu, ümmetçilik temelleri üzerine kurmak isteyen, "Atatürk devrimleri, dine aykırıdır. Bunlara muhalefet etmek lazımdır. Kemalistler, seviyesiz ve anarşisttir. "Laiklik devlet düzeni, şeriata aykırıdır. laiklik ile dinsizlik arasında bir fark yoktur" diyen Said-i Nursi için bu yüce kurumda, bu çatı altında verilen çok önemli ve tarihi bir kararı unutmayalım.

1965 yılında Yargıtay'da verilen onur belgesi karar ile "Bizim vazifemiz, Türkiye'yi din ve şeriat oyunlarına sahne olmaktan korumak, gericiliği önlemek, devrimleri canlılıkla ayakta tutmak, yalnız müsbet ilim metodları üze-

rinde yürümektir" denilerek gericiliğe, bağnazlığa, yobazlığa aymazlığa anlamlı bir şamar indirilmiştir.

Yüce Yargıtayımızda bugün görev yapmakta olan yargıçlarımızın, en az 1965 yılındaki kararlılık, inanç ve yüreklilikle laiklikten ödün vermeden yürü-meleri, ülkemizin, demokratik laik hukuk devletinin en önemli güvencesidir.

Bütün yükü yargının omuzlarına yıkmamak, siyaset adamlarının da görevlerini zamanında, eksiksiz yapmalarını istemek hakkımızdır.

Ülkemizde, devlet işlerinde HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ'nü bir kenara itip "Devlet işlerinde dini üstün kılma" uğraşları alabildiğince sürüyor, sürdürülüyor ve maalesef siyasi hesaplarla bunlara gözyumuluyor.

Kimileri, demokrasinin ve demokratik hukuk devletinin yerleşmiş, benimsenmiş bilimsel tanımlarını reddedip herkesin kendi hukuk ve adalet düzenini kurmasından söz ediyor devletin, dinin emrinde olmasını savunuyorlar.

Bu savunmaların, kapalı kapılar arkasından çıkıp, TBMM çatısının altında, kürsüsünde "Egemenlik kayıtsız şartsız ulusundur" yazan bir çatıda yapılmasını, bunların ciddi hiç bir demokratik karşılık görmemesini, şeriat ve teokratik devlet özlemciliği yapılmasını kaygı ve endişe ile izliyoruz. Bunların toplumu ve ülkemizi bir tehlikeli maceranın eşiğine getireceğinden ciddi şekilde endişe ediyoruz.

Biz endişe ediyoruz ama kimi siyaset adamları bilerek ya da bilmeyerek tehlikeli bir oyunu sürdürüyorlar.

Kimi siyaset adamları, bir tiyatro oyuncusundan daha usta, istediği her an ağlayıp, gülebilen bir tarikat şeyhiyle görüşmek için kuyruğa giriyorlar. Üzerine yemin ettikleri Atatürk'ün "Efendiler ve ey millet biliniz ki, Türkiye Cumhuriyeti şeyhler, dervişler, müritler, mensuplar, tarikatlar ülkesi olamaz. En doğru en gerçek TARİKAT, uygarlık tarikatıdır" sözlerini ne çabuk unuttular.

Ülkemizde yaşanan yüzlerce acı ve uyarıcı olaya karşın, çağdaş laik Türkiye'de hala teokratik devlet özlemine, şeriata prim veren, tarikatlardan yardım uman, tarikat şeyhlerinden İCAZET isteyen tüm siyaset adamlarını kınıyorum, ayıplıyorum.

Beni sabırla dinlediniz, teşekkür ediyorum. Sağlıklı ve başarılı bir yargı yılı diliyorum, hepinizi saygılarımla selamlıyorum.

TÜRKİYE'DE HUKUKUN ETKİNLİĞİ

Dr. Mustafa T. YÜCEL (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : *Mega Kent Bağlamında Çevre Hukukunun Etkinliği. Yargı Pratiğinde Hukukun Etkinliği. Etkinlik Kavramı. Yargılama Sisteminde Etkinliği Azaltıcı Etmenler. 1- İş Yükü ve Adliyede Stres. 2- Yapay Davalar. 3- Talikler. 4- İşlevsel Organizasyon ve Çağdaş Yönetim Eksikliği. 5- Gıyabi Tutuklu Dosyalar. 6- Makul Süre ve Sapmalar. 7- Ağır Ceza Mahkemeleri arasında Süre Farklılığı. S o n ö z.*

Konunun Türkiye boyutunu bütüncü altına tutma öncesi Almanya'da hukukun etkinliğine özet olarak değinmek istiyorum. Yargı Almanya'da en güçlü olan kuvvet ve Anayasal bağlamda da oldukça bağımsızdır. Ne varki, Yargı Weimer Anayasası'nda üçüncü kuvvet olarak zayıf bir konumda idi.

Mevcut Anayasa, Nazi döneminde bir tepki anayasası olarak ortaya çıkmıştır. Nazi döneminde varlıktan yoksun bilinçsiz bir durumda olan yargı şimdi üç kuvvet arasında aşırı yetkiye sahiptir—Anayasa Mahkemesinin yetkilerinde de Anayasanın ötesinde bir artış gözlenmektedir.

Kötü hazırlanmış kanunlar (yasama) veya genel hükümlerin varlığı karşısında yargı yasaların denetimi yanında siyasi eylemlerde bulunmakta; ekonomiyi yönetmekte; aids, atom ve kürtaj konusu gündeme gelmektedir. Diğer bir anlatımla, ekonomik, siyasi ve sosyal sorunlara eğinilmektedir. Bu yaklaşım bazılarınca eleştirilmekte ise de, işlerliğini kimse yadsımamaktadır. Bugün için Almanya'da adalet, sulh ve sükun varsa, bunun yargıdan kaynaklandığını herkes teslim etmektedir. Yargı miknatıs gibi tüm işleri kendisine çekmektedir. Nitekim, hâkim sayısı 12.000'den 17.000'e yükselmiş bulunmaktadır. Herhalde Almanya bu hali ile Dünya'da en fazla hâkim sayısına sahip ülke konumundadır.

(*) Hâkim-Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürü.

Gerçekte vatandaşın soluğunu adliyede alması sonucu Alman adliyelerindeki iş yükü de artış kaydetmiş; hukukun etkinliği açısından adliye dışı çözümler yanında mahkemelerin örgütlenmesi açısından yeni arayışlara yönelmiştir. Bu amaçla Fransa örneğinde olduğu gibi toplumda var olan arabulucu ve hakemlere fazlaca başvurulması için çaba gösterilmektedir (1).

Yeni arayışlar bağlamında tek hâkimle üçlü mahkeme heyeti arasındaki fark olduğu araştırma konusu edildiğinde Almanya'da saptanan tabloda; yargılama süresi, temyize gidenlerin sonuçları bakımından büyük bir fark olmadığıdır—heyet kararının tek tek hâkimlerin kararlarından iyi olması için heyet üyelerinin bilgisinin eşit düzeyde olması gerektiği; aksi takdirde, bir kişinin bilgisinin heyete hakim olacağıdır.

Hukukun üstünlüğü bağlamında Alman hâkim ve savcılarında norm konformitesi; kanunların bağlayıcılığı üstün bir değer olarak belirlemektedir. Sözkonusu olan bu sadakat, güce karşı yargının üstünlüğü ve kanunların bağlayıcılığının ötesinde bir nesne görünümündedir.

Reel hukuk devleti, normatif hukuk devleti, hiç kuşkusuz, demokratik ülkelere özgü bir sentezdir. Hukuk devletindeki ortak ilkelerin neler olması gerektiği —referans ölçüt saptaması— güncelliğini korumakta ve bu konuda ortak bir bilinç oluşturulması için neler yapılması gerektiği birinci sorun olarak belirlemektedir. Asgari müsterekler niteliğindeki bu ilkeler sırasıyla şunlardır:

- Kuvvetler ayrılığı,
- Hukukun üstünlüğü (2),
- Devlet tasarruflarının vatandaşça önceden bilinebilirliği,
- Kanunların Anayasa'ya uygunluğu.

Demokratik toplumlarda önemli olan hukuk devletinin etiket olarak kendisi olmayıp; anılan ilkelerin tartışılması ve aşama aşama bu ilkelerin yaşama intikal ettirilmesidir. Bu amaçla, hangi ilkenin ne ölçüde gerçekleştirildiği; her ilkenin gerçekleştirilmesinde karşılaşılan güçlüklerin neler olduğu saptanmalıdır. Bu saptamalar sonrası, eldeki olanaklar çerçevesinde ilkelerin gerçekleştirilmesi için bir eylem paketi hazırlamak; yürürlüğe koymak ve arkasından ne dereceye kadar gerçekleştirildiğini yeniden saptamak gerek-

(1) E. Ergül: "Geciken Adalet Fransız Çözümü" Yeni Adalet (Hukuk Dergisi), Ocak-Şubat-Mart 1995, s. 9.

(2) M. Moğultay: "Yargıç ve Savcılara Sesleniş" Balıkesir Barosu, Sayı: 53 (Mart 1995) ss. 2-5.

mektedir. Ne varki, kaydedilen gelişmenin dogmatik mahmurluğuna kapılmamalı; diğer bir anlatımla, geriye dönüş riski gözardı edilmemelidir—yakın geçmişimizdeki anayasal limbolar bunun en belirgin kanıtını oluşturmaktadır. Dünyadaki ülkelere bakıldığında kendisini hukuk devleti olarak görmeyen bir ülke hemen hemen yok gibi ise de, önemli olan bu etiketin arkasındaki **de-facto** Devlet mutfağındaki görüntüdür. İşte bu bağlamda, hukukun etkinliğini özelde irdelemek üzere *Kelsen*'ün deyimiyile **temel norm** olarak korunması gereken çevre hukuku ele alınmıştır.

MEGA KENT BAĞLAMINDA ÇEVRE HUKUKUNUN ETKİNLİĞİ

Yalnızca bir milyon insanın yaşadığı bir kentte insanlar günde ortalama 2.000 ton yiyecek; 625.000 ton su; 9.500 ton yakıt tüketmekte ve 950 ton havayı kirleten zehirli madde ile 500.000 ton atık madde üretmektedirler. Bu değerleri on'la çarptığınızda İstanbul metropolündeki çevre sorunsalını algılamak hiç te zor olmayacaktır. Bu bulgular karşısında **çevre hukukunun etkinliği** gündeme gelmektedir. 2872 sayılı Çevre Kanununun 12. maddesine muhalefetten (kullandıkları yakıt ve çıkardıkları atık ve artıkları düzenli olarak belgelemek yükümlülüğü) son beş yılda açılan kamu davası toplamı 36'yı bulmakta ise de; idari para cezasını gerektiren suçların niceliğine ilişkin ulusal bir saptamaya tanık olunamamıştır. Özel olarak bazı illere ait sağlanan 1994 yılına ait aşağıdaki veriler ise yalnızca saptanan çevre suçlarına ait bilgi ötesinde bir anlam taşımamaktadır. Çevre suçu kriminolojisini belirlemek üzere **kayıt dışı kalan** suçlara özgü bir saptamanın yapılmasına ihtiyaç vardır (3).

İller	Miktar (TL)
Balıkesir	68.000.000
Bursa	12.316.500.000
Çanakkale	240.330.000
Edirne	598.800.000
Erzurum	50.000.000
İçel	3.640.000.000
İzmir	901.500.000
Kocaeli	2.008.200.000
Tekirdağ	3.168.900.000
Trabzon	1.450.800.000

(3) M.T. Yücel: Kriminoloji. Ank., 1986, ss. 373-376.

İşte gerçeği yansıtmayan bu istatistiki tablo karşısında çevre hukuku (çevre korunması, ekolojik denge ve çevre kirliliği) etkinliği nasıl sağlanabilir sorusu yaşamsal nitelikte bir soruna işaret etmektedir.

Sosyo-psikolojik bir gerçek şudur ki, sosyal sistemler, gruplar ve devletler normatif sistemleriyle karakterize edilmektedir. Kuşkusuz, birey/bireyler grup normlarını benimsediği ölçüde bir değer kazanmakta; normun kabullenilmesi süreci toplumsal tesanüdü tesis etmektedir. Birey grubu ile özdeşleşmek istediğinde, normun gerçek amacı kendisine muğlak olsa bile normu kabullendiği görülecektir. Şu kadarı bilinmelidir ki, zorluk yaratmadığı veya bedeli yüksek olmadığı takdirde norma uyum keyfiyeti insanın kendini uygar bir yaratık olarak hissetmesinin ön şartıdır.

Çevre bilinci ile gerçek davranış arasındaki korelasyonun yalnızca 0.35 olması, bu ilişkinin hemen hemen yok olduğunu göstermektedir. Bu yalın önerme bizleri şu katı gerçeğe götürmektedir: insanlar, normalde, birşeyin iyi veya kötü oluşunu kendi tecrübesiyle (direkt feedback'le) öğrenmektedir. İşte bu bağlamda, çevre suçu işleyen kişi/kuruluşların etkin bir biçimde cezalandırılmaması, davranış ve çevre ilişkilendirilmesi hakkında birşeyler öğrenmemize en büyük engel oluşturmaktadır.

Çevre hukukunu metropol kentlerde negatif olarak etkileyen unsurlar arasında çözümlenemeyen gecekondulaşma birinci sorun olarak yer almaktadır. Kuşkusuz, gecekondu alanları bazı insanlar için en karlı yatırımların başında gelmektedir. Son 45 yılda 11 kez çıkan imar aflarıyla da başkalarına ait rantlar hukuk dışı hareket eden kişilere aktarılmış olmaktadır (4). Hiç kuşkusuz, sosyal bir devletin bu türden bir görevi bulunmamaktadır. Konuya hukukun üstünlüğünü egemen yapmak üzere imar affı çıktığı zaman gecekondu sahiplerine mülkiyet hakkı verilmek yerine irtifak hakkı tesisi ile yetinilmesi ve kentin gelişme sürecinde bu gecekonduların sosyal konutlarla değiştirilmesi yöntemi benimsenmelidir.

Özet olarak, biz insanlar günlük yaşamımızda şu gerçeği pek algılayamayız: Gelişmeler genelde oldukça yavaş bir süreci takip ederken aniden ivme kazanmakta ve dönüşü olmayacak felaketselere insanları sürüklemektedir. Bizlerin sezgileri erozyon simgesi *H. Karaca'nın* çölleşme sinyallerini, kentlerde hukuk dışılığı gözardı ettiğimizi söylemektedir. Nitekim, aşağıda

(4) "Yasaya Uyan Cezalanıyor" Yeni Yüzyıl, (11.4.1995) s.2.

işletmelerdeki arıtma tesis sayı ve oranını gösteren tablo bu önermenin en çarpıcı göstergesidir (5).

25 kişi ve daha fazla işçi çalıştıran imalat sanayi
işyerlerindeki arıtma tesisleri sayısı

	İşyeri sayısı	Aritma tesisi	Aritma tesis (%)
Devlete ait	422	85	20.1
Özel	2126	417	19.6
Toplam	2548	502	19.7

Norm Bilincinden Davranışa Yöneltili Dinamikler

Ahlâki Yaklaşım : İlik akla gelen insanlarda ahlâk bilinci ve sorumluluk duygusu yaratılmasıdır. Ne var ki, bu yaklaşım bireylerin davranışlarını değiştirmekte pek başarılı olmadı. Amprik çalışmalar, ahlaki duyguların davranış üzerindeki etkisinin genelde yalnızca **geçici** olduğunu göstermiştir. Bu yaklaşımın devamlı etki sağlaması için bireylerin sözkonusu normun amaç ve gerekliliğini anlaması gerekmektedir.

Pazar ekonomisi yaklaşımı : Bu yaklaşım bağlamındaki tedbirlerin başında **istenilmeyen** çevresel **davranış** bedelini yükseltmektir. Benzinin fiyatı yükselttilirken otobüs ücreti sıfırlanır. İkinci ve üçüncü araba sahibi olma vergisi kademeli olarak yükseltilir. Fazla elektrik ve su kullananlar için farklı ödeme yapması istenir. Bu tür ekonomik yaklaşım çevresel doğru davranışta bulunanları –ve hatta bu davranışın çevreye olumlu katkısını bilmeden– ödüllendirmektedir. Yalnız, bu tür düzenlemelerin ahlaki desteğe mazhar olmadıklarında ciddi sakıncalar doğuracağı da unutulmamalıdır. Bu durumda, kişinin yaşamsal önemi olan unsurlardan karşılığında eline birşey geçmeksiz mahrum edildiği hissine kapılması hiçte zor olmayacaktır. Daha ötesi, bu türden baskı uygulayan bir sistemden kişinin kendisini soyutlaması da söz konusu olabilecektir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, çevre hukukunun etkinliği için ahlaki duyguların mobilize edilmesi yanında ekonomik tedbirlerin gündeme getirilmesi; herhalikârda, her iki yaklaşımında "anlama" ile destek görmesi gerekli ön koşul niteliğindedir. Şimdi bunu realize etmenin pratiğine değinmek istiyorum. Kişinin anlaması ve öğrenmesindeki en etkili yöntemin kendi kendine

(5) T.C. Başbakanlık DİE. Çevre İstatistikleri, 1991, Ankara (Nisan 1995).

davranışının sonuçlarını görmesi ve ona göre şartlanmasıdır— çocuk için ateşin yakmasını algılaması ve cızla ikaz edildiğinde bağlantı kurması örneğinde olduğu gibi. Çevresel konulara ilişkin bilgilendirme ise genelde soyut nitelikte, pasif ve sözlü vasıta ile yapılmaktadır. Bunu aktif hale getirmek; eğitimde aktif katılım yöntemine yer vermek üzere **çok ortamlı bilgisayar sisteminden** yararlanmak en rasyonel bir seçim olacaktır. Bu ortamda, ekonomik faaliyet ile ekoloji arasındaki ilişkiyi vurgulamak üzere somut göstergelerle oldukça girift ve uzun dönemli süreçleri temsili olarak bilgisayarda göstermek ve eylem olarak yeniden belirlemesini gözlemek mümkün olacaktır. Bunun ülkemizdeki en çarpıcı örneğine Anadolu Üniversitesi Havacılık Okulu'nda tanık olunmaktadır. Kokpitlerdeki simülasyon programları ile gerçek bir uçuş ortamı yaratılmakta; artı ve eksi davranışlar sonuçlarıyla anında değerlendirilmektedir.

Sağduyu, zeka ve anlayış üzerine dayalı olan bu eğitsel yöntem çevre bilinci ve idraki için tercih edilmelidir. Özet olarak, sözde ekonomik davranış tekniği kısa dönemde etkili gözükürse de, kişiden hiç bir sorumluluk beklenmemesi handicap olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konumdaki kişi sanki labratuvardaki labirentte bir parça peynir kokusu ile kobay farenin yönlendirilmesi gibi çevresel doğru davranışa motive edilmektedir. Öteyandan, ahlâki duygularla desteklemek suretiyle devamlı bir etki yaratmak üzere normların kuvvetli bir yaptırım sistemi ile desteklenmesi de etkili gibi gözükürse de istenileni verebilecek **yeterliliği** kuşkulu görülmektedir. Bu konuda en etkili yöntem ise sorunu kaynağında çözümlenmek üzere, sağduyu temeline dayalı davranış normlarını vurgulamak üzere eğitsel nitelikli bilgisayar ortamında gerçekleştirilen simülasyon programları ile kişilerin sonuçları şahsen tecrübe etmelerinin sağlanmasıdır.

YARGI PRATIĞİNDE HUKUKUN ETKİNLİĞİ

Etkinlik Kavramı

Yapılan hizmet veya mal üretiminde verimli sonuç elde etmeye yarayan yöntemlerin tamamı etkinlik olarak ele alındığında, etkinliğin bir kabiliyeti, bir tutum tarzını, olumlu netice almayı amaçlayan bilinçli davranışı, kısaca **akla dayalı** tüm insan davranış ve çabalarını ifade ettiği sonucuna varılır. Etkinlik, bu manâda verimliliğe ulaşmada bir ifade, tutum, geleceğe yönelik bir davranış ve entellektüel bir çaba olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda **verimlilik** amaç, **etkinlik** ise bu amaca ulaşmadaki hareket ve düşünce tarzıdır.

Hukukun etkinliğini ölçümlemede gösterge olarak verimlilik parametrelerinin ele alınması, hukukun etkinliğini sağlamada önemli bir **bakış açısıdır**. Verimliliğin sağlanamadığı bir sistemde etkinliğin söz konusu olamayacağı gerçeğinden hareketle, hukuk sistem ve uygulamasında mevcut yada olası sorunların ortaya konularak bunları giderici tedbirlerin alınmasıyla hukukun etkinliğini sağlamak mümkün olabilecektir.

YARGILAMA SİSTEMİNDE ETKİNLİĞİ AZALTICI ETMENLER (6)

1- İş Yükü ve Adliyede Stres

Mahkemelerde verimliliği azaltıcı faktörlerin en önemlilerinden birisi olarak sisteme giren iş yükü çokluğu gösterilmektedir. Bu bağlamda 1993 yılında ceza mahkemelerinde 1.654.030, hukuk mahkemelerinde ise 1.631.759 olmak üzere toplam 3.285.789 dosya bulunması bu durumun öneminin kavranması açısından oldukça önemlidir. Bu dosya sayısı personel, mekan ve adalet dağıtımı bakımından özellikle metropol adliyeler için **kapasite üstü** iş yükü olarak adlandırılmaktadır.

Bu olumsuz durumu belgelemek üzere İstanbul ceza mahkemelerinde mahkeme başına düşen iş yükünün (1993) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenen standart iş yüküne göre sapmasını gösteren aşağıdaki tablo oldukça çarpıcıdır.

<u>Mahkeme Türü</u>	<u>Kurul Standardı</u>	<u>Mevcut İş Yükü</u>	<u>Sapma</u>
Ağır Ceza	300 - 350	496	+ 171
Asliye Ceza	700 - 800	3619	+ 2896
Sulh Ceza	1000 - 1200	3925	+ 2825

Tabloda görüldüğü gibi her bir mahkemede kurul standardından 171-2825 dosya arasında değişen bir fazlalık görülmektedir. Sulh ceza mahkemesinde en fazla 1200 davanın görülmesi kurulca öngörülürken 3925 davanın varlığına tanık olunmaktadır. Böyle stresli bir ortamda davanın makul bir süre içinde hakkaniyete uygun surette dinlenmesi uğraşı veren hâkimlerin özverisi her türlü takdirin ötesindedir.

(6) M.T. Yücel: "Ceza Adaleti Yönetiminde Değişim Anatomisi" Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 84 (15.12.1994) ss. 29-47 M.T. Yücel: Adalet Psikolojisi, Ank., 1995, ss. 106-117.

2- Yapay Davalar

Her hukuk sistemi için olağan olan yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme, düşme ve ortadan kaldırma kararlarının ülkemiz mahkemelerinde oldukça yüksek orandaki varlığı insan hakları, ekonomik yargılama ve kapasite üstü iş yükü yaratma açılarından verimsizlik yaratırken hukuk sisteminin etkinliğini azaltmaktadır. **Yapay dava** niteliğindeki bu tür davalar yüksek oranda iş yükü ile bunalan sisteme gereksiz dosyaların girmesini sağlayarak ortalama yargılama süresi ve verimlilik oranını olumsuz yönde etkilemektedir.

Mevcut verimlilik oranları ve ortalama yargılama süreleri hesaplanırken bu yapay davaların varlığından dolayı hiç te hoş olmayan sonuçlarla karşılaşmaktadır. Bu bağlamda yapay davaların sisteme girişi engellendiğinde ortalama yargılama süresi ve verimlilik oranlarının ne kadar etkileneceği sorusunu irdelemek üzere yapılan bir araştırmada aşağıdaki bulgulara ulaşılmıştır.

<u>Mahkeme Türü</u>	<u>.M.</u>	<u>.M*</u>	<u>Fark</u>	<u>.V.</u>	<u>.V*</u>	<u>Fark</u>
D.G.M.	203	115	88	0.55	0.79	0.24
Ağır Ceza	233	185	48	0.61	0.71	0.10
Asliye Ceza	282	190	92	0.56	0.75	0.19
Sulh Ceza	140	37	103	0.73	1.00	0.27

M : Ortalama Yargılama Süresi (Gün)

M* : Yapay Davalardan Arındırılmış O.Y.S. (Gün)

V : Verimlilik Oranı (Çıkan Dava / Gelen Dava)

V* : Yapay Davalardan Arındırılmış Verimlilik Oranı

Tabloda da görüleceği üzere, sisteme giren yapay davaların önlenmesi sonucu genel olarak ortalama yargılama süresinde 48-103 gün, verimlilik oranında ise % 10-27 arasında bir iyileşmenin sağlanabileceği hesaplanmıştır. Ancak, yapay davaların tamamıyla ortadan kaldırılması teknik olarak mümkün olmamakla birlikte en aza indirgenmesi sağlanabilir. Bunu sağlamak için davaların mahkemeye gelmeden önce bir süzgeçleme sürecine tabi tutulması gerekmektedir.

3- Talikler

Her talik davanın işlem süresini uzattığı ve iş yükü birikimine neden olduğu için taliklere işlevsel amaçlı olması halinde başvurulması temel usul

ilkesidir. Sistemin etkinliğini artırıcı bir tedbir olarak talik sayısının minimuma indirilmesiyle iş yükü ve yargılama süresinde olumlu bir gelişme sağlanabilecektir.

Bu amaçla, tensipte yer alan iş ve işlemlerin daha gerçekçi bir takvimi yapılarak taraflara hazırlık için gerekli süre sağlanmalı ve bu konuda ödünsüz bir uygulama kurularak yalnızca esaslı bir nedenin bulunması halinde talik yapılabileceği bilinci yerleştirilmelidir.

Yapay celselerin etkisini saptamak üzere Ankara Adliyesi Asliye Ceza Mahkemelerinde istatistik teknikleri kullanılarak 998 dosyalık bir yığın üzerinde yapılan araştırmada;

Karar Türü	Dava Sayısı	Celse Sayısı	Dava Başına Celse Sayısı
Mahkumiyet	464	560	2.4
Beraat	297	395	1.9
Diğer	237	267	2.3
Genel	998	2.215	2.2

Tabloda da görüldüğü gibi celse sayıları karar türlerine göre değişim göstermektedir. Genel olarak bir dava için ortalama celse sayısı 2.2 iken, mahkumiyet ve diğer kararlar için yükselme eğilimine, beraat kararlarında ise azalma eğilimine tanık olunmaktadır.

Yine aynı araştırmada; 13 adet talik nedeni saptanmış olup, bunlardan "tarafların duruşmaya gelmemesi" ve "yazı cevaplarının gelmemesi" % 61.4 oranındadır. Bu bağlamda tesbit edilen talik nedenlerinin en aza indirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

4- İşlevsel Organizasyon ve Çağdaş Yönetim Eksikliği

İşlevsel organizasyon eksikliği bakımından, tebligat sisteminin istenilen etkinliğe kavuşmaması, hükümlü ve tutukluların disiplin nedeniyle yargılama mahalli dışındaki ceza ve tutukevlerine nakilleri, yılbaşı nedeniyle devir işlemleri için verilen aralar ile adli tatil davanın işlem süresini uzatan faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, ceza mahkemelerinin adliye dışı haberleşmesinin savcılık aracılığı ile yapılması kırtasiyecilik ötesinde bir işlev görmediğinden mahkemelerde doğrudan yapılması verimliliği artırıcı bir işlem olacak ve bu suretle işlem süresi 16 günden 4 güne inebilecektir. Bu

sürenin, nitekim, ileri teknoloji vasıtalarının (faks, bilgisayar vb.) kullanımı ile 2 güne kadar indiği görülmüştür.

Yargılama sisteminin etkinlik ve verim açısından istenilen seviyeye ulaşmamasının altında yatan faktörler arasında çağdaş yönetim espirisinin olmaması gösterilebilir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Dairelerinden yıllar itibarıyla çıkan iş yüküne bakıldığında "geri çevirme" ve aidiyeti cihetiyle ilgili daireye gönderme" oranlarına ilişkin aşağıdaki verilerin yüksek olması bunun en belirgin kanıtı olarak karşımıza çıkmaktadır.

<u>Yıllar</u>	<u>Geri Çevirme</u>	<u>%</u>	<u>İlgili Daireye</u>	<u>%</u>
1992	15.667	5.3	56.488	19.1
1993	15.862	5.4	34.972	11.8
1994	17.174	5.8	30.489	10.3

Bu durumun bir düzenleme eksikliğinden gelmesi nedeniyle Hukuk Daireleri Görev Klavuzu hazırlanarak 1994 yılında teşkilâta gönderilme sonucu belirli bir azalma görülmüş ve daha önemlisi Daireye gelen her dosyanın aidiyet değerlendirilmesi anında yapılarak gecikme önlenmiştir. Bu görünümü ile Yargıtay verimlilik açısından optimum seviyeye ulaşmış bulunmaktadır. Tüm bu gelişmelerde Yargıtay'daki iş akışı değerlendirilmesinin her daire bazında yapılarak mukayeseli bilgilerin tüm Dairelere gönderilmesinin önemli bir payı olduğu; bu yöntemin ihtisas mahkemeleri (örneğin, DGM) içinde uygulandığına ve sorunsalın Türkiye boyutunda rahatlıkla görüldüğüne tanık olunmaktadır.

5- Gıyabi Tutuklu Dosyalar

Gıyabi tutuklu dosya oranının yüksek orandaki varlığı görünürdeki iş artışına, yargılama süresine ve devreden iş yükünün kabarmasına neden olmaktadır. Bu tür davaların sisteme girmesiyle mahkemelerde kronik bir iş yükü sürekli olarak bir sonraki yıla devretmekte ve ortalama süresi yapay olarak uzamaktadır.

İstanbul ve Ankara ceza mahkemeleri türüne göre gıyabi tutuklu dosya oranları şöyledir:

Gıyabi Tutuklu Dosya Oranı

<u>Mahkeme Türü</u>	<u>Ankara</u>	<u>İstanbul</u>
Ağır Ceza	20.3	20.4
Asliye Ceza	16.0	16.3
Sulh Ceza	12.9	17.9

6- Makul Süre ve Sapmalar

Hukuk ve ceza mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 1993 yılında sırasıyla 181 gün ve 200 gündür. Ancak, bu ortalama süreden yüksek derecedeki sapmalar sistemin verimlilik ve etkinliğini azaltıcı niteliktedir.

Ankara Adliyesi'nde derdest davaların sayısı, oranı ve tensip tarihi ile yıl sonu (31.12.1992) arasında geçen sürenin tesbit edilmesi amacıyla; küme örnekleme uygulanarak yedi adet Asliye Ceza Mahkemesinden 5.156, altı adet Asliye Hukuk Mahkemesinden 3.776, bir adet Asliye Ticaret Mahkemesinden 646 ve bir adet İş Mahkemesinden 436 dosya olmak üzere **toplam 10.014** dava dosyası incelenerek aşağıdaki özet tablo oluşturulmuştur.

<u>Mahkeme Türü</u>	<u>Derdest Kalma Süresi (Gün)</u>
Ceza Mahkemeleri	180 - 568
Hukuk Mahkemeleri	195 - 324

Ceza Mahkemeleri için 181 gün olan Türkiye ortalamasından yüksek oranda sapmalara rastlanırken, aynı durumun hukuk mahkemeleri için de geçerli olduğu görülmektedir.

7- Ağır Ceza Mahkemeleri Arasında Süre Farklılığı

Yargılama süresi açısından, ağır ceza merkezleri bakımından farklı süreler görüldüğü gibi aynı ağır ceza merkezinde bulunan mahkemeler arasında da süreler açısından önemli farklılığa tanık olunmaktadır. Nitekim, bazı ağır ceza merkezlerine ilişkin aşağıdaki tablo anılan farklılığı belgelemektedir.

<u>Ağır Ceza Mahkemesi</u>	<u>M</u>	<u>D .</u>
Ankara 1.	220	- 23
Ankara 3.	316	+ 73
Ankara 4.	141	- 102
Ankara 8.	100	- 143
Mersin 1.	356	+ 113
Mersin 2.	298	+ 55
Mardin 1.	346	+ 103
Rize	426	+ 183
Muş	415	+ 172
Siirt	705	+ 462
İzmir 1.	205	- 38
İzmir 3.	161	- 82
TÜRKİYE	243	0

M : Ortalama yargılama süresi (gün)

D : Türkiye ortalamasına göre fark (gün)

Özellikle metropol adliyelerde bulunan aynı tür mahkemeler arasındaki farklı yargılama sürelerinin, mahkemelere gelen iş türü bakımından farklılıklardan ve nöbetçi mahkeme tarafından dava sayısı esasına göre yapılan tevziden kaynaklandığı ilgili hâkimlerce dile getirilmektedir. Her davanın yargılama süresinin eşit olmadığı açıktır, kimi davalar daha kısa sürede karara bağlanırken, kimi davalar içeriği ve sanık sayısından dolayı daha uzun sürede karara bağlanmaktadır. Mahkemeler arasında dengeli iş gücü dağılımını sağlamak üzere sanık sayılarını da gözönünde bulunduran otomatik tevzii projesi 1994 yılında Ankara Adliyesi'nde uygulamaya konulmuştur.

SONSÖZ

Bilgi toplumu olma ve küresel dünyada aktif olarak yer alma sürecinde en önemli hedef bilginin herkes tarafından paylaşılması olmazsa olmaz (**sine qua non**) türünden bir ön şarttır. Bu bağlamda, hukukun bilinmesi ve vatandaşlarda norm bilincinin oluşması için yasaların vatandaşın göz ve kulağına hitap etmesi gerektiğinden Bşbakanlık Mevzuatı Geliştirme Genel Müdürlüğüne bilgisayar ortamında kurulan mevzuat bilgi bankasının (dili ağır olan yasaların halkın anlayacağı dile çevrilmesi şartıyla) halka açılması önemli bir atılımdır.

Hukukun etkinliğinde adli ve idari yargı içtihatlarındaki insicam oldukça önemli bir işlev görmektedir. Ne var ki, zaman zaman içtihadın bir kavram tanımı üzerinde olacağı gözardı edilerek olaylar üzerine içtihad çıkarılmaktadır (zikzak kararlar). İşte, içtihad etme gerçeğinin yakalanarak hukuk tüketicilerinin verilecek kararları doğru tahmin edebilmeleri sağlanmalıdır (7).

Hukukun etkinliğini bir bütün olarak ele almak; hukuk sistematığında yer alan bir norm grubunun etkisizliğinin potansiyel ihlalleri cesaretlendirmesi (gecekondu-gayrimenkul hukuku) yanında diğer norm ihlallerine de sebebiyet vermesi gerçeği gözardı edilmemelidir.

Hiç kuşkusuz, insanlar, bir soruna egemen olan değişkenleri, tüm durumu belirleyen merkezi bir değişkene indirgeyerek sorunun griftliğini azaltmaya yeltenirlerse de, yaşam gerçeğinin birbirine bağlı değişkenlerin grift nitelikteki ilişkiler açısından ibaret olduğu yadsınamaz. İşte bu bağlamda hukukun etkinliği de multi-disipliner açıdan ele alınması gereken girift bir sorun olduğu kadar bu soruna yönelik çözümlerinde girift bir niteliği olacağı unutulmamalıdır.

Etkinlik ancak ve ancak **verimlilik** ölçüsünde anlam kazanabilecektir. Bu amaçla yargı pratiğinde Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile içtihatlarının çerçevelediği hakkaniyete uygun tretman (fair treatment/due process of law) kavramına zarar vermediği oranda çağdaş işletmecilik tekniklerine işlerlik kazandırılmalıdır. Hiç kuşkusuz, **zaman** israf etmek için değil, onu en değerli kaynak olarak kullanmak üzere, sistemin esaslı bir amacı olmalı ve tüm işlemlerde zamanı kısaltmak için çalışılmalıdır. Bu amaçla Adalet Bakanlığı'nca yargılama pratiğinde iş akışı ciddi olarak takip edilmekte, zaman ölçümlenmesi ile verimlilik analizleri yapılmaktadır (8).

—oOo—

(7) S. Taşpınar: Çağdaş Yargı Reformu, İst., 1993; N. Güreli: "Hukukumuz Hakkımız Adliyemiz", Milliyet (8.2.1992) Dizi Yazısı.

(8) Ceza/hukuk mahkemelerinde onbine indirgenen iş akışları.

CEZA MAHKEMELERİNDE ONBİNE İNDİRGENEN İŞ DAĞILIMI

(1993)

	TOPLAM İŞ	Ç I K A N İ Ş				KALAN İŞ
		BERAAT	MAHKUMİYET	DİĞER	TOPLAM	
D.G.M.	47	11	7	5	23	24
AĞIR CEZA	325	57	103	29	189	136
ASLİYE CEZA	3.951	608	1.011	438	2.057	1.894
SULH CEZA	3.058	202	1.222	867	2.291	767
İCRA CEZA	2.486	56	858	953	1.867	619
ÇOCUK	45	4	12	5	21	24
TRAFİK	88	0	0	87	87	1

HUKUK MAHKEMELERİNDE ONBİNE İNDİRGENEN İŞ DAĞILIMI

(1993)

	TOPLAM İŞ	Ç I K A N İ Ş				KALAN İŞ
		RED	KABUL	DİĞER	TOPLAM	
ASLİYE	4.613	466	1.649	524	2.638	1.974
A. TİCARET	333	41	114	43	198	135
SULH HUKUK	2.961	172	2.058	239	2.469	492
İCRA HUKUK	689	167	270	113	550	140
KADASTRO	795	135	95	43	273	522
İŞ	609	49	202	71	321	287

MEDENİ USUL HUKUKUNDA DERDESTLİK VE SONUÇLARI

Yrd. Doç. Dr.
Ömer ULUKAPI (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : A- Derdestlik Kavramı. B- Derdestliğin Başlaması. C- Derdestlik İtirazının Amacı. 1- Usul Ekonomisi Amacı. 2- Davacının Dürüst Olmayan Davranışlarını Önleme Amacı. 3- Çelişkili Kararları Önleme Amacı. D- Derdestlik İtirazının Hukuki Niteliği ve Kesin Hüküm İtirazı İle Karşılaştırılması. 1- Derdestlik İtirazının Hukuki Niteliği. 2- Derdestlik İtirazının Kesin Hüküm İtirazı İle Karşılaştırılması. E- Derdestlik İtirazının Şartları. 1- Davanın Daha Önce Aynı Veya Başka Bir Mahkemede Açılmış Olması. 2- Davanın Derdest (Görülmede) Olması. 3- Her İki Davanın Aynı Olması. a- Tarafların Aynı Olması. b- Dava Konularının Aynı Olması. c- Dava Sebeplerinin Aynı Olması. F- Derdestlik İtirazının Sonuçları. 1- Genel Olarak. 2- Derdestlik İtirazının İleri Sürülme Zamanı ve Usulü. 3- Derdestlik İtirazının İncelenmesi ve Karara Bağlanması. a- Geçerli Bir Derdestlik İtirazının Bulunması Halinde. b- Geçerli Bir Derdestlik İtirazının Bulunmaması Halinde. G- Derdestliğin Sona Ermesi. H- S o n u ç.

A. DERDESTLİK KAVRAMI

Bir hakkı ihlâlâle uğrayan veya tehlikeye sokulan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimse, bu hakkını kanunlarda belirtilen istisnalar (1) dışında devlet mahkemelerine (2) dava açarak elde eder. Bu hakkın mah-

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

- (1) Devlet kuvvetinin zamanında yetişemeyeceği bazı istisnai hallerde kişinin bizzat ihkaki hakta (kendiliğinden hak alma) bulunması kabul edilmiştir. Bu ancak, kanunların uygun gördüğü hallerde mümkün olabilir. Örneğin, MK. m. 664, MK. m. 677, MK. m. 894, BK. m. 52, BK. m. 57 gibi.
- (2) Kişinin hakkını korumak amacıyla devlet'in mahkemelerine başvurabileceğine ilişkin zorunluluğun tek istisnası tahkim müessesesidir.

kemeler vasıtasıyla ileri sürülmesine dava hakkı denir. Dava hakkı, Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Bu husus Anayasa m. 36'da "hak arama hürriyeti" başlığı altında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" şeklinde ifade edilmiştir. Bu dava hakkı hukuki menfaat (3) ile sınırlandırıldığı gibi, dava hakkının bir başkasına zarar verecek şekilde kötüye kullanılması da yasaklanmıştır (4).

Dava hakkının kullanılmasının, başka bir deyişle, dava açılmasının hem usul hukuku hem de maddi hukuk bakımından önemli hüküm ve sonuçları (5) bulunmaktadır (6). Dava açılmasının usul hukuku bakımından doğurduğu

-
- (3) Hukuki menfaat hakkında bkz. Rosenberg, L./Schwab, K.H., Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 1986, s. 548-550; Lent, F./Jauernig, O., Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 1972, s. 104-108; Strauli, H./Messmer, G., Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976, s. 92-94; Habscheid, W.J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1986, s. 4-5; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, B. 5, İstanbul 1990, s. 884 vd.; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, B. 6, Ankara 1994, s. 254-257; Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, B. 5, İstanbul 1992, s. 304; Bilge, N./Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s. 406-410; Postacıoğlu, İ.E., Medeni Usul Hukuku, B. 6, İstanbul 1975, s. 195 vd.; Ansay, S.Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, B. 7, Ankara 1960, s. 223 vd.
- (4) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Arslan, R., Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kurah, Ankara 1989, s. 49 vd.
- (5) Dava açılmasının usul hukuku ve maddi hukuk bakımından doğurduğu sonuçları şu şekilde belirtmek mümkündür. Usul hukuku bakımından; mahkemenin davayı inceleme zorunluluğunun doğması, dava şartlarının davanın açıldığı tarihe duruma göre karara bağlanması, derdestlik durumunun doğmasına göre belirlenmesi, davanın açıldığı tarihteki (HUMK. m. 187/4), davayı geri alma yasağı (HUMK. m. 185/1) ile davayı genişletme ve değiştirme yasağının başlamasıdır. Maddi hukuk bakımından; zamanaşımının kesilmesi (BK. m. 133/2; MK. m. 640; TK. m. 662), hak düşürücü sürenin korunması, iyiniyetin kötü niyete dönüşmesi, bazı şahıs varlığı haklarının malvarlığı hakkına dönüşmesi, davanın mütemerrit olmasıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, B. 5, İstanbul 1990, s. 1134 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 292 vd.; Bilge/Önen, s. 444 vd.; Postacıoğlu, s. 396 vd.; Ansay, s. 216. Türk hukuk öğretisinde Üstündağ, diğer yazarlardan farklı olarak bu sonuçları derdestliğin tesirleri başlığı altında ele alarak incelemiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Üstündağ, s. 472 vd.; Alman ve İsviçre hukuk düzenlerinde ise, bu sonuçlar derdestliğin tesirleri başlığı altında düzenleme konusu yapılmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Stein/Jonas, s. 169-170; Rosenberg/Schwab, s. 606-610; Lüke/Walchshaefer, s. 1507 vd.; Kummer, M., Grundriss des Zivilprozessrecht nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978, s. 110-111; Strauli/Messmer, s. 183; Guldener, M., Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Bd. I, Zürich 1947, s. 202-206.
- (6) Dava bir hukuki muamele değildir. Nitekim, bunun doğurduğu sonuçlar tarafların iradesine bağlı kalmaksızın kendiliğinden meydana gelir. Bkz. Üstündağ, s. 472.

sonuçlardan birisi de derdestlik (7) tir (8). Bir davanın derdest olması, davanın görülmekte olması demektir (9). Başka bir deyişle derdestlik, tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan bir davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olmasıdır. Derdestliğin usul hukukuna yönelik doğurduğu usulî tesir (sonuç) "derdestlik itirazı"dır (10).

Derdestlik aynı yargı yoluna tâbi davalar ile aynı yargı yollarına tâbi davalarda sözkonusu olabilir. Bunun gibi, yabancı ülke yargı organlarında açılan davalar bakımından da derdestlik sözkonusudur (11).

Derdest olan dava tekrar açılmaz. Çünkü davacının aynı davayı tekrar açmakta korunmaya değer bir hukuki menfaati yoktur (12). Derdest olan dava

-
- (7) Derdestlik Türk hukukunda bazı yabancı hukuklardan farklı olarak, davanın açılmasıyla aynı anda ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla derdestlik kavramıyla ifade edilen, bir davaya mahkeme tarafından bakılmasının ortaya çıkardığı usulî bir sonuçtur. Buna karşılık yabancı hukuklarda derdestlik, davanın açılmasından farklı olarak düzenleme konusu yapılmıştır. Nitekim, Alman hukukunda derdestlik (Rechtshaengigkeit), dava dilekçesinin davalıya tebliği ile oluşan usulî bir durum şeklinde kabul edilmiştir. Davanın açılması (Anhaengigkeit) ise, mahkemece dava konusunun ele alınarak görülmesi biçiminde ifade edilmektedir. Bkz. Lüke, G./Walchshöfer, A., Münchener Kommentar zur zivilprozessordnung, Bd. I, München 1992, s. 1491; Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., Bd. II, Tübingen 1984, s. 159-160; Schilken, E., Zur Bedeutung der "Anhaengigkeit" im Zivilprozess, JR 1984, Heft 11, s. 446; Bruns, R., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1979, s. 195, dn. 1; Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartmann, P., Zivilprozessordnung, München 1992, s. 797; Zöllner, R./Schmidt, O., Zivilprozessordnung, 17. Aufl., Köln 1991, s. 714; Blomeyer, A., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1985, s. 259; Rimmelspacher, B., Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, Göttingen 1970, s. 309; Ksoll, E., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Düsseldorf 1971, s. 95; Baur, F., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Frankfurt 1978, s. 92; Grunsky, W., Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1979, s. 312; Rosenberg/Schwab, s. 604; Lent/Jauernig, s. 126.
- (8) Berkin, N.M., tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 377.
- (9) Berkin, s. 377.
- (10) Derdestlik itirazı hakkında bkz. a.ş.a. D.
- (11) Milletlerarası alanda yabancı derdestliğin genellikle kabul edildiği hakkında geniş bilgi için bkz. Schütze, R. A., Die Berücksichtigung der rechtshaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens nach dem EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, Recht der Internationalen Wirtschaft, Februar 1975, Heft 2, s. 78-80; Habscheid, W.J., Bemerkungen zur Rechtshaengigkeitsproblematik im Verhaeltnis der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz einerseits und den USA andererseits, Festschrift für Zweigert, 1981, s. 109-125; Stein/Jonas, s. 162-167; Nomer, E., Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı, İHFM, 1968, C.XXXIV, S. 1-4, s. 343-374.
- (12) Lüke/Walchshöfer, s. 1492; Bilge/Önen, s. 418; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 5, İstanbul 1991, s. 3004.

yeniden açılırsa, davalı bu yeni davaya karşı derdestlik itirazında bulunabilir (HUMK. m. 187/4) (13). Bunun üzerine daha sonra açılan davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HUMK. m. 194).

Buna göre, medeni usul hukukunda derdestlik itirazı ile yeni açılmış bir davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olduğu ileri sürülür. Bunun üzerine yeni davanın açıldığı hukuk mahkemesi, aynı davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olduğunu tespit ederse, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 194'e göre, ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verir (14).

B. DERDESTLİĞİN BAŞLAMASI

Derdestliğin ne zaman başlayacağı konusunda hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bir hüküm bulunmamasına karşın, bazı yabancı hukuk sistemlerinde açık hükümlere yer verilmiştir.

Nitekim, Alman Medeni Usul Kanunu'na göre derdestlik, şekli olarak davanın açılmasıyla meydana geleceği (DZPO § 261/1) belirtilmişse (15), gerçekte dava dilekçesinin davalıya tebliği ile başlamaktadır (16, 17). Bu çerçevede, dava dilekçesinin tebliği (18) ya da sözlü müzakerede yeni talebin ileri sürüldüğü noktadan itibaren derdestliğin maddi ve usulî tesirleri oluşmaktadır (19). İsviçre hukukunda derdestliğin meydana gelmesi konusunda kantonların usul kanunlarında bir birlik mevcut değildir. Nitekim, Bern Kantonu Usul Kanunu'na göre derdestliğin meydana gelmesi, Alman hukukundan

(13) Derdestlik itirazı ve hukuki niteliği hakkında bkz. aşa. D.

(14) Bkz. aşa. F., 3 a.

(15) Grunsky, s. 311.

(16) Bkz. Lüke/Walchshöfer, s. 1492; Stein/Jonas, s. 160; Rosenberg/Schwab, s. 604-605; Blomeyer, s. 259; Zöllner/Schmidt, s. 714; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 797; Lent/Jauernig, s. 126; Ksoll, s. 95; Baur, s. 92; Grunsky, s. 311; Arens, P./Lüke, W., Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 1992, s. 120; Zeiss, W., Zivilprozessrecht, 3. Aufl, Tübingen 1978, s. 126.

(17) Buna karşı Alman hukukunda diğer yargılama kanunlarında derdestlik, mahkemede davanın açılması ile başlamaktadır; örneğin, VwGD 90 Abs. 1, SGG 94 Abs. 1, FGO 66 Abs. 1 gibi. Bkz. Grunsky, s. 311.

(18) Mamafih, davacı dava dilekçesinin tebliğinden önce davayı geri alırsa derdestlik oluşmaz (KG MDR, 1982, 941).

(19) Lüke/Walchshöfer, s. 1496; Heintzmann, W., Zivilprozessrecht I, Heidelberg 1985, s. 40-41; Arens/Lüke, s. 120).

farklı olarak dava dilekçesinin davalıya tebliği ile değil, bilâkis dava dilekçesinin mahkeme hakimi tarafından havale edilmesi ve tebliğ masraflarının yatırıldığı andır (Bern ZPO Art. 160) (20). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kaynağını teşkil eden İsviçre Neuchâtel Kantonu Usul Kanunu m. 151'e göre de, "dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydedildiği tarihte dava açılmış sayılacağından" derdestlik davanın açıldığı anda meydana gelmektedir. Zürich Kantonu Usul Kanunu'na göre ise, derdestlik, Kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla dava dilekçesinin mahkeme tarafından kabulü ile meydana gelmektedir (21). Aynı hüküm, karşılık davada davacı açısından da geçerlidir (Zürich ZPO § 102/2). Zürich Kantonundaki bu hüküm, en azından diğer Kantonların düzenlemelerinde de yer almaktadır (22). Buna karşılık, çok az sayıda da olsa bazı Kantonlarda (23) dava dilekçesinin davalıya tebliği ile birlikte derdestliğin başladığı kabul edilmiştir.

Derdestliğin başlaması konusunda bazı yabancı hukuklardaki bu açık düzenleme karşısında, Türk hukukunda da davanın açıldığı tarihte derdestliğin başladığını kabul etmek gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 178'e göre, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydedildiği tarihten itibaren dava açılmış sayılacağından derdestliğin de bu andan itibaren başladığını kabul etmek gerekir (24). Uygulamada, Yargıtay'ın davanın açılmış sayılmasına ilişkin verdiği bir içtihadı birleştirme kararındaki vardığı sonucun derdestliğin meydana gelmesi zamanı (ânı) için de geçerlidir. Sözkonusu Yargıtay içtihadı birleştirme kararında (25), "Harca tâbi olmayan davalarda, hakimin dava dilekçesini havale tarihinde; harca tâbi davalarda ise, harcın ödendiği tarihte davanın açılmış sayılacağına; ancak, dava dilekçesinin ilgilisi tarafından daha sonraki bir tarihte mahkeme kalemine verildiğinin kalemce belgelendirilmiş olması halinde, davanın o tarihte açıldığının kabulü gerekir..." ifadesini bulan bu görüşün derdestliğin başlaması açısından da geçerli olduğu şüphesizdir.

(20) Bkz. Lecuh, s. 175.

(21) Habscheid, Zivilprozessrecht, s. 152; Straeuli/Messmer, s. 182; Guldener, s. 200-201.

(22) Bkz. Schwyz ZPO § 91; Appenzell-Ausserrhoden ZPO Art 137/1; Uni ZPO Art. 134; Nidwalden ZPO § 70; Graubünden Art. 82; Zug ZPO § 81; açık olmamakla beraber Solothurn ZPO § 122/III gibi.

(23) Aargau ZPO § 113; Glarus ZPO Art. 51; Obwalden ZPO Art. 53.

(24) Bilge/Önen, s. 419.

(25) İBK., 6.2.1984, 7/3 (RG., 19.3.1984, S. 18346).

C. DERDESTLİK İTİRAZININ AMACI

Derdestlik itirazının düzenleme amacını üç noktada toplamak mümkündür. Bunlar: "usul ekonomisi", "davacının dürüst olmayan davranışlarını önleme" ve "çelişkili kararları önleme" amaçlarıdır. Bunların herbirini ayrı ayrı inceleyecek olursak:

1) Usul Ekonomisi Amacı

Derdestlik itirazının amaçlarından birisi de usul ekonomisidir (26). Usul ekonomisi ile ifade edilen bir davada zaman, emek ve masraftan tasarruf imkânı sağlamaktır (27). Bu itibarla, günümüz modern usul kanunlarında ve bu arada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda usul ekonomisi ilkesine (28) yer verilmiştir.

Derdestlik itirazı ile aynı davanın tekrar açılması önlenmeye çalışılır. Böylece, yargı mercilerinin aynı dava ile tekrar meşgul olması ve buna bağlı olarak hem tarafların, hem de devletin daha fazla masraf yapması, emek harcaması önlenerek usul ekonomisi (29) ilkesine uygun hareket edilmiş olur (30). Bu itibarla, derdestlik itirazının kanunda düzenleniş nedeni aynı davanın yeniden açılıp görülmesinde davacı veya davacıların hiçbir hukuki menfaatleri bulunmamaktadır (31).

(26) Rimmelspacher, s. 312 ve 316; Blomeyer, s. 273; Lüke/Walchshöfer, s. 1491-1492; Stein/Jonas, s. 160; Rosenberg/Schwab, s. 606; Lent/Jauernig, s. 127; Üstündağ, s. 484; Berkin, s. 581; Şekerci, E., Medeni Usul Hukukunda ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik, YD., 1986, S. 3, s. 208; yabancı derdestlik bakımından da aynı hususun geçerli olduğu noktasında bkz. Nomer, s. 355.

(27) Mettenheim, C., Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1969, s. 15; Schumann E., Die Prozessökonomie als Rechtsethisches Prinzip, Festschrift für Lorenz K., München 1973, s. 278; Stein/Jonas, s. 160.

(28) Bkz. HUMK. m. 77.

(29) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 800; Zeiss, s. 127; Grunsky, s. 311; Habscheid, Rechtshaengigkeit Deutschland-Schweiz-USA, S. 120; Üstündağ, s. 484; Berkin, s. 581; Şekerci, s. 208.

(30) Ancak, yalnız usul ekonomisi ilkesine aykırı olarak aynı davanın tekrar açılması, tek başına bu davanın usulden reddini gerektirmez. Bu itibarla, usul ekonomisi ilkesinin sadece derdestlik itirazının usul kanunlarında düzenlenme amacını oluşturduğu söylenebilir.

(31) Bkz. yuk. A.

2) Davacının Dürüst Olmayan Davranışlarını Önleme Amacı

Derdestlik itirazının başka bir amacı, davacının dürüst olmayan davranışlarını önlemektir. Davacı yalnız davalıyı uğraştırmak, taciz etmek için daha önce açtığı davayı tekrar açmak isteyebilir (32). Bunun gibi, davasını açtığı yer mahkemesinde arzu ettiği sonucu alamayacağını tahmin ettiği hallerde ikinci bir yer mahkemesinde yeniden dava açmak arzusunda bulunabilir. Bu durumda dava hakkının (33) ve usulî yetkilerin kötüye kullanılmasında dürüstlük kuralının ağır bir ihlâline yol açmaktadır (34). Nitekim, davacının aynı davayı tekrar açmakta hukuki menfaati bulunmadığı gibi, karşı tarafı (davalıyı) kötü niyetle veya ahlâka aykırı olarak zorluk çıkarma amacını da taşıyabilir.

Öğretide, bu gibi durumlarda davacının hukuki korunma ihtiyacının bulunmadığından bahisle dürüstlük kuralının dayanak noktası yapılabileceği ileri sürülmüştür (35). Ancak, bazı hallerde hukuki korunma ihtiyacının davanın dinlenmesi veya usul işleminin geçerliliği için, kanunun öngördüğü şartların bulunmaması sebebine dayanarak yalnızca hukuki korunma ihtiyacının yokluğu nedeniyle davanın reddedilebileceği belirtilmektedir (36). Bu durumda davada dürüstlük kuralına her zaman başvuru olarak davanın reddedilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Kanımca derdestlik itirazının kullanılması, mevcut düzenleme karşısında davanın dinlenmesi için kanunun öngördüğü şartları (37) taşıyamaması nedenine dayandırmak yerinde olur.

Sonuç olarak, derdestlik itirazının bir amacının da yukarıda belirtilen bu çeşit kötü niyetli davacılar karşı davalıyı korumak olduğu söylenebilir.

3) Çelişkili Kararları Önleme Amacı

Derdestlik itirazına ilişkin düzenlemenin en önemli amacı ise, aynı dava hakkında değişik mahkemelerin çelişkili kararlar vermesini engelleyerek (38),

(32) Lüke/Walchshöfer, s. 1491; Stein/Jonas, s. 160; Rosenberg/Schwab, s. 606; Üstündağ, s. 484; Şekerci, s. 208.

(33) Bkz. yuk. A.

(34) Arslan, Dürüstlük, s. 70; aynı gerekçenin yabancı derdestlik açısından da geçerli olduğu konusunda bkz. Nomer, s. 356.

(35) Arslan, Dürüstlük, s. 70.

(36) Arslan, Dürüstlük, s. 70-71.

(37) Bu husus, derdestlik itirazının hukuki niteliği ile doğrudan ilgilidir. Derdestlik itirazının hukuki niteliği konusunda bkz. aşa. D, 1.

(38) Derdestlik itirazının diğer taraftan aynı dava konusu üzerinde birden fazla husumete de engel olma amacını da taşıdığı söylenebilir. Bkz. Rimmelspacher, s. 312.

hukuki güvenliğin sağlanmasıdır (39). Uygulamada Yargıtay'ın verdiği bir kararda bu husus açıkça vurgulanmıştır (40). Gerçekten aynı dava ile ilgili birden fazla ve değişik mahkeme kararlarının bulunması bu kararlardan hangisinin uygulanacağı sorununu ortaya çıkartarak hukuki güvenliğin bozulmasına neden olabilir (41). Bu nedenle, derdestlikte baskın bir biçimde kamu menfaatinin bulunduğu kabul edilebilir (42).

Ancak öğretide, derdestlik itirazının ileri sürülmemesi durumunda her zaman için bir başka mahkemeden istenen kararın çelişki oluşturacağı tehlikesinin bütün hallerde geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür (43). Kanımca, bu biçimde bir ihtimâl sözkonusu olsa bile, hukuki güvenlik ve kamu menfaati açısından derdestlik itirazının çelişik kararları önleme amacı taşıdığı bir gerçektir.

D. DERDESTLİK İTİRAZININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KESİN HÜKÜM İTİRAZI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1) Derdestlik İtirazının Hukuki Niteliği

Derdestlik itirazının hukuki niteliğinin ortaya konulmasında, bunun savunma vasıtaları (44) arasında ve hukuk sistemlerindeki düzenleme yerini

(39) Rimmelspacher, s. 312-313; Zöllner, s. 714; Blomeyer, s. 273; Stein/Jonas, s. 160; Rosenberg/Schwab, s. 606; Lent/Jauernig, s. 127; Ksoll, s. 96; Zeiss, s. 128; Grunsky, s. 312; Berkin, s. 581.

(40) 2.HD., 7.5.1974, 2017/2830: "NK) tarafından karısı (BK) aleyhine açılan boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda... Usulün 187/4. maddesinin amacı, iki ayrı davanın görülmesi suretiyle çelişik ve telâfisi güç kararların verilmesini önlemektir. Çağdaş hukukta sözüne göre (lâfzi) yorum terk edilmiş, onun yerine öze (amaca) yönelik yorum almıştır. Doğru ve hakka uygun olan da budur. Az önce açıklandığı gibi, davacı taraf bakımından hüküm 15.12.1972 gününde kesinleşmiş olup davalının sırf yargılama giderine münhasır temyiz hakkının henüz dolmamış olması halini davayı derdest saymak için gerekçe olarak kabul etmek Usulün 187/4. maddesine aykırı düşer. Öyle ise uyuşmazlığın esasının incelenmesi lâzım gelirken, yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirir. Gerçekten derdest dava söz konusu olsa idi yapılacak iş, Usulün 194. maddesi gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar vermekten ibaret iken, davanın reddedilmesi kabul şekli bakımından usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., Haziran 1975, S. 6, s. 56-57).

(41) Kuru, Usul, C. II, s. 885; Üstündağ, s. 484; Şekerci, s. 208-209.

(42) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 800; Habscheid, Zivilprozessrecht, s. 164.

(43) Stein/Jonas., s. 194.

(44) Savunma vasıtaları, "esasa ilişkin savunma vasıtaları" ve "usule ilişkin savunma vasıtaları" olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bunlardan esasa ilişkin savunma vasıtaları davanın esasına, dava ile istenen hakka ilişkin olan savunma vasıtalarıdır (bkz. Ansay, s. 246;

dikkate alarak belirlemek gerekir. Çeşitli hukuk sistemlerindeki düzenlemelere bakıldığında, derdestlik itirazının farklı tarzlardaki savunma vasıtaları arasında düzenlendiğini görmekteyiz.

Derdestlik itirazı, yabancı hukuk sistemlerinin genelinde Türk hukukundan farklı olarak bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Nitekim, Alman, İsviçre ve Avusturya hukuk sistemlerinde derdestlik itirazı bir olumsuz dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

Alman hukukunda, tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir davanın açılmayacağı, açıldığı takdirde derdestliğin re'sen (kendiliğinden) dikkate alınacağı (DZPO § 261) ifade edilmiştir (45). Alman Medeni Usul Kanunu'nda da derdestlik, dava konusuna yönelik bir olumsuz dava şartı olarak kabul edilmiştir (46). Bu itibarla, derdestlik itirazı savunma vasıtalarından biri olup (47), usule ilişkin bir dava engeli niteliğinde değildir (48). olumsuz bir dava şartı olarak derdestlik, mahkeme tarafından re'sen (kendiliğinden) dikkate alınabileceği gibi (49), davanın tarafları (kural olarak davalı taraf) da her zaman ileri sürebilir (50, 51). Hatta, derdest bir davanın tekrar

Üstündağ, s. 332; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 304 vd.; Postacıoğlu, Usul, s. 274; Şekerci, s. 209). Usule ilişkin savunma vasıtaları ise, davanın mesmu olması için gerekli usulî şartları ve yargılama usulü kurallarını içeren vasıtalarlardır. Bu çeşit itirazlara, maddi hukuktaki itirazlardan ayırmak için usulî itirazlar denilebilir. Usulî itirazları, ilk itirazlar ve diğer usule ilişkin itirazlar şeklinde belirtmek mümkündür.

(45) Bkz. Rosenberg/Schwab, s. 606; Heintzmann, s. 42; Arens/Lüke, s. 120; Grunsky, s. 312.

(46) Baumgaertel, G., Der Zivilprozessrechtsfall, 3. Aufl. Köln, s. 91; Lüke/Walchshöfer, s. 1497; Stein/Jonas, s. 170; Rosenberg/Schwab, s. 572; Blomeyer, s. 276; Zöllner, s. 716; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 800; Baur, s. 94; Zeiss, s. 127.

(47) Lüke/Walchshöfer, s. 1495.

(48) Alman öğretisinde derdestlik itirazının bir savunma vasıtası olduğu konusunda bir ihtilâf bulunmamasına karşılık, Federal Yüksek Mahkeme (BGH), derdestlik için "dava engeli (Prozesshindernis)" kavramı kullanmakta ve böylece gerçek dava engelleri (den echten Prozesshindernissen) kavramından ayırdığı görülmektedir. Bu konudaki kararlar hakkında bkz. NJW 1986, 2195; 1989-2064.

(49) Derdestlik ilk derece mahkemeleri yanında temyiz (üst derece) mahkemesinde de re'sen dikkate alınmaktadır Bkz. BGH NJW 1986, 662.

(50) Derdestlik itirazını tarafın ileri sürmesi zorunlu olmayıp, mahkeme bunu re'sen dikkate almak zorundadır. Tarafın bundan feragat etmesi de mümkün değildir. Uygulamada genellikle davalının itirazda bulunması halinde dikkate alındığı, az da olsa mahkemenin diğer bir mahkemede açılan davanın varlığını tespit ettiği durumlarda derdestlik nedeniyle daha sonra açılan davanın usulden reddine karar vermektedir. Bkz. Lent/Jauernig, s. 127; Heintzmann, s. 42.

(51) Ancak, Alman hukukunda öğretilerde baskın görüş, derdestliğin re'sen dikkate alınması gerektiği ve bu nedenle davalının itiraz ileri sürmesine gerek bulunmadığı yönündedir, bkz. Grunsky, s. 312.

açılmasının şüphe uyandırdığı her durumda mahkeme tarafından incelenerek usulden reddedilip reddedilmeyeceği karara bağlanmalıdır (52).

İsviçre hukukunda derdestlik itirazının ileri sürülmesi konusunda kantonların usul kanunlarında bir birlik bulunmamaktadır. Kantonların büyük bir çoğunluğunda aynı dava konusu üzerinde birden fazla davanın görülmesine engel olmak amacıyla derdestlik itirazı bir olumsuz dava şartı olarak ele alınmıştır (53). Nitekim, Federal Medeni Usul Kanunu (BZP art. 22) (54), Bern (Bern ZPO Art. 192), Solothurn (Solothurn ZPO § 55/II), Obwalden (Obwalden ZPO Art. 51/II), St. Gallen (St. Gallen ZPO Art. 281) kantonları usul kanunları bunlara örnek olarak gösterilebilir (55). Bu çerçevede, adı geçen kantonlarda tarafın da derdestlik itirazını her zaman için ileri sürme imkânı mevcuttur (56). Buna karşılık, İsviçre Züriç Kantonu Medeni Usul Kanunu'nda farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Nitekim, Züriç Kantonundaki (Züriç ZPO § 107/2) mevcut hükme göre, derdestlik itirazı sadece davalının bir itiraz biçiminde ileri sürmesi halinde mahkeme tarafından dikkate alınacağı kabul edilmiştir. (57). Yoksa, mahkemenin bunu re'sen dikkate alması sözkonusu değildir. Züriç Kantonundaki bu düzenleme derdestlik itirazını olumsuz dava şartı olarak değil, bilâkis bir dava engeli olarak telâkki etmiştir (58).

Avusturya hukukunda, Alman hukukundaki düzenlemeye paralel bir şekilde derdestlik itirazı, olumsuz bir dava şartı olarak kabul edilmiştir (59).

Fransız hukukunda derdestlik itirazı, bir dava engeli olarak kabul edilmiştir. Buna göre derdestlik itirazı, kamu düzenine ilişkin davalarda bile, davanın başında esasa girmeden önce ileri sürülmediği takdirde, bu itirazdan vazgeçilmiş sayılarak bir daha ileri sürülemez (60). Derdestlik itirazının

(52) Rosenberg/Schwab, s. 606.

(53) Leuch, s. 205.

(54) Bu husus, Federal Medeni Usul Kanunu Art. 22'de "Şayet talep (dava konusu) diğer mahkemede derdestse, dava mesmu değildir" şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Habscheid, Zivilprozessrecht, s. 176.

(56) Bkz. Leuch, s. 176 ve 206.

(57) Bkz. Straeuli/Messmer, s. 184; Habscheid, Zivilprozessrecht, s. 177.

(58) Derdestlik itirazının bir dava engeli şeklinde Züriç Kantonu Medeni Usul Kanununda yer alması tarihi oluşum nedenine dayandırılmış ve bunun "bir gerçek dava engeli itirazı (eine echte prozesshindernde Einrede)" biçiminde karşı tarafça ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. Habscheid, Zivilprozessrecht, s. 177.

(59) Bkz. Holzhammer, R., Österreichisches Zivilprozessrecht, Wien 1970, s. 132.

(60) Herzog, P., Civil Procedure in France, Hague 1967, s. 271.

mahkemece kabulü üzerine, diğer hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden farklı olarak ikinci davanın açılmamış sayılmasına kararı yerine, ikinci davanın birinci dava ile birleştirilmesine karar vermektedir.

Amerika Birleşik Devletleri Usul Hukuku'nda da derdestlik kabul edilmektedir (61, 62). Alman ve İsviçre Hukuklarında derdestlik itirazı bir dava şartı olarak mahkemece re'sen gözönüne alınma şeklindeki düzenleme, Amerika Usul Hukuku'nda daha karmaşık bir biçimde düzenlenmiştir. Bu özellikle derdestliğin farklı düzenleme ve sonuçlarına yol açmıştır. Buna göre, derdestlik, tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan (63) davaların aynı federal devlet içindeki mahkemelerde açılması halinde gözönüne alınabilir (64). Buna karşılık, diğer federal devletler ile yabancı devletlerdeki derdestlik itirazı dikkate alınmamaktadır (65). Bu hukuk sisteminde de derdestlik, hem mahkeme tarafından re'sen (kendiliğinden), hem de tarafın başvurusu üzerine dikkate alınabilmektedir (66).

Türk hukukunda derdestlik itirazı, bazı yabancı hukuk sistemlerindeki (67) düzenlemenin aksine bir dava engeli (68) olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, derdestlik itirazı, davanın esastan görülebilmesine engel olan usul hukukuna yönelik ilk itirazlardandır. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "itirazatı iptidaiye" başlığını taşıyan m. 187/4'de, "davanın diğer bir mahkemede derdesti rüyet olan diğer dava ile irtibatı bulunduğu iddiası" biçiminde ifade edilmiştir. Söz konusu maddede ilk itiraz halleri tahdidi olarak sayılmıştır.

(61) Bkz. Habscheid, *Rechtshaengigkeit Deutschland-Schweiz-USA*, s. 117-121; Schack, H., *Einführung in das US-amerikanische zivilprozessrecht*, München 1988, s. 36-37; Schurzman, W./Walter, O.L., *Der Amerikanische Zivilprozess*, Frankfurt 1978, s. 42-43.

(62) Bu hukuk sisteminde derdestliğin oluşması açısından dava konularının aynı olması şart olarak gösterilmekte, dava konularının aynı olmasından sözedebilmek için vakıalar ile talep sonucu kapsamalıdır, bkz. Habscheid, *Rechtshaengigkeit Deutschland-Schweiz-USA*, s. 118.

(63) Bu bağlamda, mal varlığına ilişkin açılan bir davaya karşı daha sonra açılan şahıs varlığına ilişkin dava derdestlik itirazını oluşturmayacağı kabul edilmektedir. Zira, her iki davada vakıa ve talep konusu bakımından farklılık bulunmaktadır, bkz. Hascheid, *Rechtshaengigkeit Deutschland-Schweiz-USA*, s. 119.

(64) Schack, s. 37, dn. 247.

(65) Schack, s. 37.

(66) Bkz. Hascheid, *Rechtshaengigkeit Deutschland-Schweiz-USA*, s. 119.

(67) Bkz. yuk. D, 1.

(68) Kuru, *Usul*, C. III, s. 3002; Bilge/Önen, s. 414; Ansay, s. 204; Şekerci, s. 209.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 187/4 gereğince, derdestlik itirazının da diğer ilk itirazlar gibi davanın başında taraflarca ileri sürülmesi gerekir. Derdestlik itirazı, davanın başında esasa girilmeden önce taraflarca ileri sürülmüşse, bir daha ileri sürülemeyeceği gibi, mahkeme tarafından da re'sen (kendiliğinden) dikkate alınamaz (HUMK. m. 188).

Buna göre, derdestlik itirazı ile, yeni açılmış bir davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olduğu ileri sürülür. Bunun üzerine, yeni davanın açıldığı hukuk mahkemesi, aynı davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede görülmekte olduğunu belirlerse, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 194'e göre ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanundaki bu mevcut hüküm, bazı yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin (69) aksine, kanun koyucunun benimsediği itirazların konuluş amacına uygun olduğu söylenemez. Yukarıda ifade edildiği gibi (70), derdestlik itirazının amacı, daha önce açılmış davanın tekrar açılmasına engel olunarak, aynı dava için tekrar emek, zaman, para harcanmasını ve aynı uyuşmazlık hakkında değişik mahkemelerce çelişkili hükümlerin verilmesini engellemektir. Ayrıca, aynı davanın tekrar görülmesinde davacının korunmaya değer hiç bir hukuki menfaati de bulunmamaktadır (71).

Bu nedenle, bazı yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemeye paralel olarak, Türk hukukunda olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından derdestlik itirazının bir dava şartı olarak kabul edilmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur (72). Böylece derdestlik, davanın her aşamasında ileri sürülebilen ve mahkemece re'sen (kendiliğinden) dikkate alınabilen dava konusuna yönelik olumsuz bir dava şartı haline gelecektir (73).

(69) Bkz. yuk. D, 1.

(70) Bkz. yuk. C.

(71) Kuru, Usul, C. II, s. 885.

(72) Üstündağ, s. 484; Ansay, s. 210; Kuru, Usul C. II, s. 886; Bilge/Önen, s. 421; Şekerci, s. 210-211; Kuru, B., Tespit Davaları, B. 2, İstanbul 1988, s. 95-96; Gürdoğan, B., Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 95-96; Domaniç, H., Hukukta Kaziyei Muhakeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964, s. 28-29.

(73) Bu gerçekten hareketle, 1993 yılında hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündeminde bulunan "Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısında", 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda büyük çapta değişiklikler öngörülmektedir. Bu arada

2) Derdestlik İtirazının Kesin Hüküm İtirazı İle Karşılaştırılması

Kişilerin maddi hukuktan doğan haklarını belirlemek ve korumak, bunun yanında toplumda hukuki istikrarı sağlamak şeklinde belirtilebilecek birbirini tamamlayan iki amacın gerçekleştirilmesi için kesin hüküm müessesesi kabul edilmiştir (74). Buna göre kesin hüküm, yargı organları tarafından verilen kararlara belirli şartlar dairesinde tanınan bir kanuni hakikat vasfıdır (75).

inceleme konumuza yönelik "derdestlik itirazı" konusunda da yukarıda önerilen tarzda bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısında, derdestlik itirazı ve bunun incelemesine yönelik üç maddede düzenleme getirilmiştir. "Derdestlik itirazı" başlığını taşıyan Tasarının 156. maddesinde, "Davanın aynı veya başka bir mahkemede daha önce açılmış olup halen görülmemekte olduğu itirazı, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınır. Bu itirazın kabulü halinde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir" hükmüne yer verilmiştir. Tasarıyla getirilen bu hükümlerle derdestlik itirazı, dava konusuna yönelik bir olumsuz dava şartı olarak öngörülmüş, yargılamanın her aşamasında gerek mahkemece kendiliğinden, gerek taraflardan birinin istemi üzerine dikkate alınabilecektir. Hatta, bu derdestlik itirazı Üst Mahkemede de (Yargıtay) dikkate alınarak bir bozma (temyiz) nedeni teşkil edebilmektedir (bkz. Tasarı m. 333/37. Söz konusu Tasarıda derdestlik itirazının incelenmesi ve bu inceleme neticesinde verilecek kararlara ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Nitekim, Tasarı'nın Beşinci Bölümünde "Ön İnceleme" ana başlığı altındaki 160 ve 161. maddelerinde bu hususlara ayrı ayrı değinmiştir. Buna göre, ön inceleme'nin "Kapsamı" başlığını oluşturan 160. maddenin (f) bendinde "derdestlik iddiası"nın bu maddede belirtilen diğer itiraz ve iddialarla birlikte, mahkeme tarafından ön incelemeğe tâbi tutularak bunların (derdestlik itirazı bakımından aynı davanın başka bir mahkemede daha önce açılıp açılmadığının) tespitinin sağlanması ve ön incelemenin en çok üç ay içinde sonuçlandırılması gerektiği, bu hususların ön incelemeden sonra tespit edilmesi halinde davanın her aşamasında dikkate alınacağı hükmü getirilmiştir. Kanımca, Tasarının 156 ve 160. maddeleri arasında hükmün düzenleniş niteliği açısından bir çelişkinin bulunduğu söylenebilir. Şöyle ki, Tasarının 156. maddesinde "derdestlik itirazı" olumsuz bir dava şartı olarak öngörülmüş olmasına rağmen, 160. maddesinin (c) bendinde, "Yargı hakkı, yargı yolu, görev, kamu düzenine ilişkin yetki, taraf ve dava ehliyeti, takip yetkisi, kesin hüküm, hukuki yarar ve özel dava koşulları gibi koşulların bulunup bulunmadığını" biçimindeki düzenlemede yargılama (dava) şartları arasında yer verilmeyerek, aynı maddenin (f) bendinde "derdestlik iddiası" (kanımca "derdestlik itirazı" olmalı) olarak düzenlenmiştir. Oysa, derdestlik itirazı da, Tasarı'nın 160. maddesinin (c) bendinde düzenlenmeli idi. Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı'nın "ön incelemede verilecek karar" başlığını taşıyan 161. maddenin (ı) bendinde, "Derdestlik iddiasının kabulü durumunda davanın açılmamış sayılmasına" karar verileceği hükmü yer almıştır. Bu düzenleme ile de derdestliğin ortaya çıkardığı sonucun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Sonuç olarak, Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı'nda "derdestlik itirazı" konusunda getirilmek istenen yeni düzenlemenin yukarıda belirttiğimiz eleştiriler doğrultusunda ele alınarak incelenmesi bu usulî düzenlemeden beklenen amaca uygun düşecektir.

- (74) Arslan, R., Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, ABD., 1988, S. 5-6, s. 722-723; Arslan, R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 4-7; Çenberci, M., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965, s. 18; Gürdoğan, s. 9.
- (75) Kesin hükmün olumlu ve olumsuz olmak üzere iki fonksiyonu bulunmaktadır. Kesin hükmün olumsuz fonksiyonu ile karar verilmiş bir uyuşmazlık hakkında yeni bir dava açıl-

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda kesin hüküm "kaziyei muhkeme" kavramı (HUMK. m. 237) ile ifade edilmektedir (76).

Bir hüküm kesinleştikten sonra tekrar yargı organları önüne getirilmesi durumunda "kesin hüküm itirazı" ile karşılaşır. Kesin hüküm itirazı ile, aynı taraflar arasında aynı konu ve dava sebebine dayanarak daha önce verilmiş olan birhükümün varlığı ileri sürülür (77).

Kesin hüküm itirazı ile derdestlik itirazının amacı aynıdır (78); yoksa, her iki müessese arasında tamamiyle bir paralellik bulunmamaktadır (79). Nitekim, her iki itirazın da amacı, tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan bir uyumsuzluk hakkında çelişkili hükümlerin ortaya çıkmasını önlemektir. Ancak, her iki müessese arasında önemli farklılık bulunmaktadır. Söz konusu farklılıklar şu şekilde belirtilebilir:

Derdestlik itirazının konusu, henüz sona ermemiş görülmekte olan bir dava olduğu halde, kesin hükmün konusu, şekli anlamda kesinleşmiş ve kesin hükme müsait bir yargı organı hükmüdür (80).

Derdestlik itirazı bazı yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin (81) aksine, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki mevcut düzenlemeye göre,

ması ve hüküm verilmesini engelmektir. Bu itibarla, kesin hükmün olumsuz fonksiyonuna maddi anlamda kesin hükmün tesiri de denilmektedir. Kesin hükmün olumlu fonksiyonu ise, hükmün içeriğinin yürürlükte tutulmasını ifade eder. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Üstündağ, s. 676; Çenberci, s. 19-25.

(76) Öğreti ve uygulamada kabul edildiği şekilde kesin hükmün başlıca iki anlamı bulunmaktadır. Birinci anlama göre, yargı organlarının kararlarına karşı belli bir noktadan sonra kanun yollarına başvurulamamasıdır (şekli anlamda kesin hüküm). İkinci anlama göre, yargı organlarının vermiş oldukları kararlardaki adli hakikatın, taraflar arasındaki hukuki ilişkide bütün bir gelecek için kesin olarak tespit edilmesidir (maddi anlamda kesin hüküm).

(77) Gürdoğan, s. 55 vd.

(78) Alman hukuk öğretisinde, derdestlik müessesesinin esaslarına yönelik yapılan araştırmalarda derdestlik ile kesin hüküm arasında amaç ve fikir bakımından tabii ve iç bağlantı bulunduğu şeklinde bir yoruma da ulaşıldığı görülmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Rimmelpacher, s. 311; Ancak belirtmek gerekir ki, kesin hüküm tesiri fonksiyon olarak derdestlik itirazında da görülmektedir. Burada maddi anlamda kesin hüküm olumsuz tesiri rol oynamaktadır. Türk hukukundaki yaklaşım tarzı hakkında bkz. Domaniç, s. 28.

(79) Rimmelpacher, s. 311.

(80) Blomeyer, s. 276; Stein/Jonas, s. 170-171; Lüke/Walchshöfer, s. 1497-1498; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 800; Lent/Jauernig, s. 127; Şekerci, s. 213.

(81) Bkz. yuk. D. 1.

bir ilk itirazdır (HUMK. m. 187/4). Bu nedenle, davanın başında esasa girilmeden önce davanın taraflarınca ileri sürülmesi gerekir. Buna karşılık, kesin hüküm itirazı dava konusuna ilişkin olumsuz bir dava şartıdır (82). Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebildiği gibi, mahkeme tarafından da re'sen (kendiliğinden) dikkate alınmaktadır.

Derdestlik itirazı ile kesin hüküm itirazı arasındaki diğer bir farklılıkta ortaya çıkan sonuçlar açınsındandır. Nitekim, derdestlik itirazı mahkeme tarafından yerinde görülürse davanın açılmamış sayılmasına (HUMK. m. 194) karar verilir (83). Buna karşılık, kesin hüküm itirazı kabul edilirse, davanın reddine karar verilir (84).

E. DERDESTLİK İTİRAZININ ŞARTLARI

Bir davanın derdestlik itirazı üzerine açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, şu üç şartın birlikte bulunması gerekir. Bunlar: 1) Davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış olması, 2) Davanın derdest (görölmekte) olması, 3) Her iki davanın da aynı olmasıdır. Şimdi bu üç şartı sırasıyla incelemeye geçebiliriz.

1) Davanın Daha Önce Aynı Veya Başka Bir Mahkemede Açılmış Olması

Derdestlik itirazının geçerli olabilmesi için ilk şart, iki davanın aynı (85)

(82) Kesin hüküm itirazı konusunda geniş bilgi için bkz. Gürdoğan, s. 59 vd.; Domaniç, s. 40 vd.; Çenberci, s. 19 vd.

(83) Lücke/Walchshöfer, s. 1497-1497; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 545; Uyanık, G., İlk İtirazlar, İzBD., 1967, S. 26, s. 22; ayrıca bkz. aşa. F, 3a.

(84) Gürdoğan, s. 91 vd.; Çenberci, s. 19 vd.; Domaniç, s. 4 vd.; Şekerci, s. 213.

(85) Aynı mahkeme kavramına bir yargı çevresi içinde bulunan aynı düzeydeki birden çok mahkemenin dahil edilip edilmeyeceği öğretisi ve uygulamada ihtilâflıdır. Öğretide ve bizim de katıldığımız hâkim görüş, bir yargı çevresi içinde bulunan aynı düzeydeki birden çok mahkemenin aynı mahkeme olmayıp, tek bir mahkemenin dairesi şeklinde telâkki etmektedir, (bkz. Kuru, Usul, C. I, s. 45; Bilge/Önen, s. 34; Postacıoğlu, Usul, s. 90). Uygulamada Yargıtay'da "aynı yargı çevresi içinde iş çokluğu sebebiyle aynı düzeyde kurulan birden çok mahkemenin, davaların birleştirilmesi yönünden aynı mahkeme sayılıp sayılmayacağı konusunda" verdiği içtihadı birleştirme kararında, "... T.C. Anayasası'nın 142. maddesine göre, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. İçtihadı birleştirmenin konusu esas itibarıyla mahkemelerin kuruluşu ile ilgili bulunmaktadır. Mahkemelerin kuruluşu ise, esas itibarıyla halen 1924 tarihli ve 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlğasına ve Mehakim Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanuna dayanmaktadır... bu Kanun ile gereken yerlerde aynı düzeyde, aynı sıfat ve görevle birden fazla mahkeme kurulacağına cevaz veren bir düzenleme getirilmiştir.

veya başka bir mahkemede açılmış olmasıdır. Bu mahkemeler, aynı veya ayrı yargı yoluna tâbi mahkemeler olabilir (86).

Derdestlik konusunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 187/4'de, "İkame olunan davanın diğer bir mahkemede derdesti rüyet bulunduğu", m. 194'de, "aynı davanın diğer mahkemede derdesti rüyet olduğu" biçimindeki düzenlemeye yer vermiştir. Sözkonusu hükümlerin lafzî anlamından derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için, her iki davanın aynı mahkemede açılmamış olması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılabilir. Ancak, sözkonusu hükmün düzenlenmesindeki amaç dikkate alındığında, aynı davanın daha önce aynı mahkemede açılmış ve görülmekte olması halinde de (87), derdestlik itirazının ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir (88, 89). Uygulamada Yargıtay'ın görüşü de (90) bu doğrultudadır.

Gerçekten nüfus arttıkça bir yargı çevresinde kurulan bir sulh mahkemesi, asliye hukuk ve asliye ticaret veya iş mahkemesi yeterli olmamakta; ihtiyaca yetecek kadar aynı düzeyde mahkeme kurulmakta ve asliye birinci, ikinci, üçüncü hukuk mahkemesi gibi adlarla adlandırılmaktadır. Bunlar tamamen aynı nitelikte mahkemeler olup, hiçbir zaman asliye birinci veya ikinci hukuk mahkemesine hitaben dava açılmamaktadır. Dava doğrudan doğruya "asliye hukuk mahkemesi"ne hitaben açılmakta ancak iş bölümü esasına göre dosyalar bu mahkemelere dağıtılmaktadır. Bu mahkemelerin hepsi görevli oldukları davaların tümüne bakmaya yetkilidirler. Ne varki iş çokluğu, görevli oldukları davalar açısından iş bölümünü doğurmuştur. Aralarında hiçbir zaman bir görev ilişkisi mevcut değildir. Gene bu şekilde kurulan mahkemelerden bir veya birkaçı kaldırılırsa baktıkları işler aynı sıfat ve görevle kurulan diğer mahkemelere devredilmektedir. Kanun ile sağlanan bu imkân tamamen işlerin sür'atle çıkmasını kolaylaştırma amacına yönelik bulunmaktadır. Kanun koyucunun amacı mevcut olandan farklı ayrı bir mahkeme kurmak olmayıp mevcudun sayısını artırmaktır. Bu sebeplerle bir yargı çevresinde aynı düzeyde aynı sıfat ve görevle kurulmuş bulunan mahkemeler davaların birleştirilmesi açısından aynı mahkeme sayılmalıdır..." şeklinde bu doğrultudaki görüşü benimsemiş bulunmaktadır (İBK., 14.2.1992, 3/2: RG., 1.5.1992, S. 21215, s. 5-10). Sözkonusu içtihatı birleştirme kararındaki karşı oy yazılarında ifadesini bulan "bir yerde iş çokluğu nedeniyle kurulan aynı derecedeki mahkemeler, davaların birleştirilmesi yönünden aynı mahkemenin dairesi olmayıp ayrı mahkemeler olduğuna ilişkin" azınlıktaki görüş hakkında bkz., RG., 1.5.1992, S. 21215, s 7-10.

(86) Lent/Jauernig, s. 128; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 545; Berkin, s. 581.

(87) Ancak, belirtmek gerekir ki, derdestlik itirazında bulunulabilmesi için, ikinci davanın bir hukuk mahkemesinde açılmış olması gerekir.

(88) Karafakih, İ.H., Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s. 148; Tiryaki F., Derdestliğin Şartları, ABD., 1979, S. 2, s. 34; Kuru, Usul C. III, s. 3005, Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 545; Bilge/Önen, s. 418; Şekerci, s. 214; aksi görüş için bkz. Ansay, s. 210.

(89) Alman hukukunda derdestlik itirazının sözkonusu olabilmesi için, aynı davanın aynı veya farklı mahkemelerde açılmış olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bkz. Lücke/Walchshöfer, s. 1498; Stein/Jonas, s. 161; Rosenberg/Schwab, s. 604-605; Lent/Jauernig, s. 126.

(90) 10. HD., 17.4.1979, 2333/3398 : "Bir davanın derdest sayılabilmesi için aynı davanın

Derdestlik itirazının mesmu olabilmesi için, aynı davanın birden fazla ayrı ayrı açılmış olması gerekir (91). Fakat, ikinci davanın konusu olan uyumsuzluk, daha önce açılmış birinci davada hadise olarak ileri sürülmüş ve incelenmekte ise, birinci davadaki hadiseden dolayı, ikinci davaya karşı derdestlik itirazı ileri sürülebilir (92). Buna karşılık, ikinci dava, ayrı açılmış bağımsız bir dava olmayıp, ikinci davanın devamı niteliğinde ise, ikinci davaya karşı derdestlik itirazında bulunulamaz. Örneğin, görevsizlik kararı henüz kesinleşmeden önce, davacı görevli mahkemeye başvurarak görevsiz mahkemede açmış olduğu davasına devam edilmesini isterse, davalı davanın görevsiz mahkemede görülmekte olduğundan bahisle derdestlik itirazında bulunamaz (93, 94).

Derdestlik itirazının geçerli olabilmesi için, derdestlik konusu yapılan itirazın teknik anlamda bir dava niteliğinde olması gerekir (95). Buna karşılık, dava niteliği taşımayan ihtiyati tedbir (96), delillerin tespiti talebi veya bir alacağın icra takibine konu yapılması hallerinde derdestlik itirazı geçerli değildir (97). Aynı şekilde, icra tetkik merciinin şikâyet (İİK. m. 16 vd.) (98) ve itirazın kaldırılması (İİK. m. 68 vd.) talepleri bir dava olmadığından ve tetkik merciinin bu talepleri hakkında verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden (99), bir alacak hakkında icra tetkik merciinde inceleme

daha önce o mahkemede veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte bulunması ve ayrıca görülmekte olan bu dava ile ikinci dava arasında aynılık bulunması gerekir" (Kuru, Usul, C. III, s. 3006).

(91) Belgesay, M.R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1939, s. 425.

(92) Kuru, Usul, C. III, s. 3005.

(93) Kuru, Usul, C. III, s. 3005.

(94) Bu konuda uygulamada Yargıtay'ın kararları çelişkilidir. Yargıtay önceleri, davalının bu durumda derdestlik itirazında bulunabileceğini belirtirken (bkz. 3. HD., 22.4.1966, 3330/2622: Kuru, Usul, C. I, s. 231), daha sonra bu kararını değiştirerek böyle bir durumda davalının derdestlik ilk itirazında bulunamayacağına karar vermiştir (bkz. 3. HD., 3.10.1988, 2966/8204: Kuru, Usul, C. III, s. 3275).

(95) Tiryaki, s. 34; Berkin, s. 582.

(96) İhtiyati tedbir taleplerinin bir dava niteliğinde bulunmadığı ve dava açılmasının sonuçlarını doğurmayaacağı hakkında bkz. Yılmaz, O., İhtiyati Tedbirler, B.2, Konya, s. 86 vd.

(97) Ansay, s. 210; Bilge/Önen, s. 419; Berkin, s. 582; Şekerci, s. 215; Tiryaki, s. 36; Uyanık, s. 22. Alman hukukunda Türk hukukundan farklı şekilde, bu hallerde derdestliğin oluşacağı kabul edilmiştir. Bkz. Stein/Jonas, s. 160-161; Lücke/Walchshöfer, s. 1493; Zeiss, s. 127.

(98) Şikâyetin teknik (gerçek) anlamda bir dava olmadığı hakkında bkz. Pekcantez, H., İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 20 vd.

(99) İcra tetkik merciinin verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi de-

yapılmakta olması, aynı alacak için hukuk mahkemesinde açılan alacak davasına karşı derdestlik itirazında bulunmaya yetki vermez (100, 101).

Derdestlik itirazının sözkonusu olabilmesi için ikinci davanın görüldüğü mahkemenin mutlaka bir hukuk mahkemesi olması gerekirken, birinci davanın açılmış ve görülmekte olduğu mahkemenin bir hukuk mahkemesi olması şart değildir. Buna göre, birinci davanın açılmış ve görülmekte olduğu mahkeme bir hukuk mahkemesi olabileceği gibi (102, 103), başka bir mahkemede olabilir (104). Nitekim, bir suçtan zarar gören kişi, bu zararını ceza mahkemesinde şahsi hak (105) (tazminat) olarak talep etmiş ve bu dava ceza mahkemesinde görülürken, aynı davayı (diğer şartları gerçekleşmek kaydıyla) hukuk mahkemesinde açarsa, davalı derdestlik itirazında bulunulabilir (106). Aynı şekilde, borçlu, daha önce ceza mahkemesinde açılmış olan

mek, bu kararların sonuçlandırdığı uyuşmazlıkların yeni bir davanın konusunu oluşturabileceğini ifade etmektedir, (bkz. Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, B. 5, İstanbul 1990, s. 22). Yoksa, icra tetkik merciinin takip hukukuna ilişkin kararları, sadece takip hukuku bakımından kesin hüküm teşkil eder, (bkz. Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 5, C. IV, İstanbul 1991, s. 3559).

- (100) Kuru, Usul C. III, s. 3008; Berkin, s. 582; Şekerci, s. 214; aksi doğrultuda karar için bkz. 6. HD., 9.5.1974, 2294/2292 (İKİD., 1975/170, s. 3288).
- (101) 6. HD., 6.4.1990, 5032/5277: Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan tahliye davasında... Tahliye taahhüdüne istinaden hak sahibi İİK'nun 272. maddesi ile ardından gelen maddelerine göre icra dairesine başvurup itiraz halinde merciiden tahliye isteyebileceği gibi İİK'nun 272. maddesindeki bir aylık süreye uymak şartıyla mahkemeden de tahliye isteyebilir. Dar yetkili tetkik merciine başvurulması derdestliğe konu edilemez. Bir davanın derdestliğe konu edilebilmesi için davanın esası çözülebilecek bir mahkemede tarafları ve maddi olayları aynı davanın derdest olması icap eder. Tetkik merciiden verilen bir karar, mahkemede açılan davayı ancak hukuki çıkarın mevcut olup olmadığı yönünden etkiler. Bunun dışında mercii kararının mahkemenin kararını ve yargılama-sını etkilediği söylenemez..." (Yasa, Ocak 1991, C. XIV, S. 1, s. 71-72).
- (102) Bu hukuk mahkemesi genel mahkeme (örneğin; sulh hukuk mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi) veya özel mahkeme (örneğin; kadastro mahkemesi, iş mahkemesi, tüketici mahkemesi) olabilir.
- (103) Alman hukukunda öğretide, derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için, önceki mahkemenin sadece genel mahkeme olmayıp, bunun dışında özellikle iş mahkemeleri açısından da geçerli olabileceği açıkça vurgulanmıştır. Bkz. Stein/Jonas, s. 161; Ksoll, s. 96.
- (104) Stein/Jonas, s. 161; Lent/Jauernig, s. 128; Blomeyer, s. 274; Rosenberg/Schwab, s. 605; Zeiss, s. 127; Grunsky, s. 312; Straeuli/Messmer, s. 184; Leuch, s. 177; Kuru, Usul, C. III, s. 3006; Bilge/Önen, s. 418; Şekerci, s. 214; Tiryaki, s. 35; Uyanık, s. 22.
- (105) Şahsi dava ve şahsi hak davası hakkında bkz. Kunter, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9., İstanbul 1989, s. 213 vd.
- (106) Stein/Jonas, s. 161; Leuch, s. 177; Bilge/Önen, s. 418; Kuru, Usul, C. III, s. 3006; Berkin, s. 581-582; Şekerci, s. 214; Tiryaki, s. 35.

sahtecilik davasına şahsi hak bakımından müdahale ederek, sahte senedin sahteliğine ilişkin tespit davasında davalı derdestlik itirazında bulunabilir (107, 108). Buna karşılık, savcılık veya müfettiş soruşturması, derdestlik itirazının ileri sürülmesini sağlamaz (109).

Hukuk mahkemesinde asıl davaya karşı açılan karşılık davalar da derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için yeterlidir (110).

Derdestlik itirazının geçerli olabilmesi için, iki davanın aynı veya ayrı yargı yoluna tâbi mahkemelerde açılmasının yeterli olacağını yukarıda belirtmiştik (111). Bu itibarla, bir dava, idari yargı alanındaki bir mahkemede açıldıktan sonra, hukuk mahkemesinde (tekrar) açıldığı takdirde, hukuk mahkemesinde derdestlik itirazında bulunulabilir (112, 113). Nitekim, öğreti-

(107) Kuru, Usul, C. III, s. 3006.

(108) Uygulamada Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır. HGK., 1.7.1953, 3/89-88: "Davalı savunmasında dava konusu (çalınmış) tay hakkında davacının ceza davasına müdahale ederek teslimini talep ettiğini ve bu davanın ceza mahkemesinde rüyet edilmekte bulunduğunu ileri sürmesine ve Usulün 194. maddesi mucibince aynı davanın diğer mahkemede derdest olduğuna dair itirazın kabulü halinde davanın ikame edilmemiş addine karar verilmesi icabetmesine binaen bu itiraz usulen incelenerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekli iken bu cihetten zühul edilerek aynı davanın ceza mahkemesinde görülmekte olması vazifeli olan hukuk mahkemesinde görülmesine mâni olmayacağından bahsile işbu savunmanın tetkik edilmemesi yolsuz olduğundan bozulmasına (3. HD'nce) karar verilmiştir. HGK. kararı: Davalı, davacının şahsi hakkını ceza mahkemesinde de talep ettiğini ileri sürmüş ve aynı davanın diğer bir mahkemede dahi rüyet olduğuna dair itirazın HUMK.nun 194. maddesi hükmü bakımından tahkiki icabeylemiş ve bu maddedeki mahkeme tabirinin yalnız hukuk mahkemelerine hasredilmesi caiz bulunmamış olmasına göre özel daire ilâmında belirtilen bozma sebepleri vârit ve bu ilâm hükmüne uyulmaz lâzım iken aksine yazılı bazı düşüncelerle evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuzdur" (Kuru, Usul C. III, s. 3006-3007); aynı doğrultuda benzer karar için bkz. 4. HD., 26.9.1979, 6060/10416 (Yasa, 1979, S. 11, s. 1707).

(109) Bilge/Önen, s. 418.

(110) Stein/Jonas, s. 169; Rosenberg/Schwab, s. 605; Berkin, s. 582.

(111) Bkz. yuk. E, 1.

(112) Grunsky, s. 311; Stein/Jonas, s. 161; Lent/Jauernig, s. 128.

(113) Buna karşılık, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiş olan derdestlik, İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almamıştır. Türk hukukunda, idari yargı alanında derdestlik itirazının geçerli olup olmadığı; yani, ikinci davanın idari yargı alanındaki mahkemelerde açılması halinde ileri sürülecek derdestlik itirazının dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüş, derdestlik durumunun idari yargıda da kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir. Buna gerekçe olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfda bulunulmayan durumlarda (ve bu arada derdestlik konusunda) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanmasının için niteliğine uygun düşeceği; ayrıca derdestlik konusuna uy-

de, bir davanın Danıştay'da, İdare Mahkemesinde veya Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nde açıldıktan sonra, hukuk mahkemesinde de (tekrar) açılırsa, davalı idarenin hukuk mahkemesinde derdestlik itirazında bulunabileceği açıkça vurgulanmıştır (114).

Hakemlerde açılan davalarda derdestlik itirazının ileri sürülmesi de kabul edilmektedir (115). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda her ne kadar mahkeme ifadesi kullanılmakta ise de, hakemlerde görülmekte olan davalar bakımından da derdestlik itirazında bulunulabileceğini kabul etmek uygun olur (116). Buna göre, birinci davanın hakemlerde açılmış ve görülmekte olması halinde, davalı hukuk mahkemesinde açılan ikinci davada derdestlik itirazında bulunabilir (117). Uygulamada Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır (118).

Keza bir dava mahkemede görülmekte iken daha sonraki davanın hakemlerde açılmış olması durumunda da derdestlik itirazında bulunulabilmesi gerekir (119). Hakemlerde derdestlik itirazında bulunulması üzerine bu uyuş-

gulamada gereken önem verilmediğinden bahisle gereksiz yere hüküm uyuşmazlıklarının çıkmasına böylece engel olunacağı ileri sürülmüştür. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Gözübüyük, A.Ş., Yönetmelik Yargısı, B. 7, Ankara 1990, s. 401-402; Şekerci, E., Medeni Usul Hukukunda ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik (II), YD., 1986, S. 4, s. 396-409.

(114) Kuru, Usul, C. III, s. 3007; Şekerci, s. 216.

(115) Alman hukukunda derdestlik, kural olarak mahkemelerce re'sen (kendiliğinden) dikkate alındığından baskın görüş, hakemler önünde açılan davalarda derdestliğin dikkate alınmayacağıdır. Ancak, taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunmak ve yalnız her iki dava da hakemler önünde açılmak kaydıyla derdestlik itirazı dikkate alınabilecektir. Bkz. Schwab, K.H./Walter, G., Schiedsgerichtsbarkeit, 4.Aufl., München 1990, s. 133; Bosch, W., Rechtskraft und Rechtsaengigkeit im Schiedsverfahren, Diss., Konstanz 1989, s. 182; Rosenberg/Schwab, s. 1178; Stein/Jonas, s. 161; Lüke/Walchshöfer, s. 1493 ve Bd. 3, s. 938; Zeiss, s. 126. Buna karşılık, İsviçre hukukunda tahkim sözleşmesi geçerli olmak kaydıyla derdestlik hakemler önünde de dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Leuch, s. 177.

(116) Ansay, s. 210; Bilge/Önen, s. 418; Kuru, Usul, C. III, s. 3007; Tiryaki, s. 35; Şekerci, s. 215.

(117) Kuru, Usul, C. III, s. 3007; Berkin, s. 582.

(118) 4. HD., 2.2.1968, 11442/780: "Davalı esasa (cevap) süresinde verdiği karşılık dilekçesinde bu dava konusunun başka uyuşmazlıklar ile birlikte hakem önünde bir dava konusu olarak incelenmekte olduğunu bildirmiştir. Bu itiraz nitelikçe Usulün 187. maddesinde gösterilen ilk itirazlardan olduğu cihetle bu yön incelenmeden (esas hakkında) karar verilmiş olması bozmayı gerektirir" (ABD., 4. HD/2, s. 23).

(119) Şekerci, s. 215.

mazlığın mahkemece çözümlenmesi gerekir (120). Bunun için hakemlerin, davalıya mahkemede tespit davası açması amacıyla bir süre vermesi ve mahkemenin bu konudaki kararını bekletici sorun yapması gerekir. Davalı verilen süre içerisinde tespit davası açarsa, mahkemenin vereceği karara göre, hakemlerin kararları da değişecektir. Birinci ihtimâlde, mahkeme derdestliğin varlığını kabul ederse; hakemler de derdestlik itirazını kabul ederek, kendilerinde açılmış olan davanın açılmamış sayılmasına karar vermeleri gerekir. İkinci ihtimâlde ise, mahkeme derdestliğin bulunmadığına karar verirse, hakemler de derdestlik itirazını reddederek davayı esastan karara bağlamalıdır (121).

Bir yabancı devlet mahkemesinde açılmış ve görülmekte olan bir davanın tekrar Türk (hukuk) mahkemesinde açılması halinde, davalının Türk mahkemesinde derdestlik itirazında bulunup bulunmayacağı tartışmalıdır (122).

Bir görüşe göre, bu durumda, davalının derdestlik itirazında bulunabilmesi mümkün değildir (123). Başka bir görüşe göre, derdestlik itirazının dikkate alınabilmesi için yabancı mahkeme tarafından verilecek kararın Türkiye'de tenfizinin mümkün olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer yabancı mahkeme tarafından verilecek kararın Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (124) hükümlerine göre Türkiye'de tenfiz edilmesi mümkün ise, davalı, Türk mahkemesinde derdestlik itirazında bulunabilir (125). Buna karşılık, yabancı mahkeme tarafından verilecek kararın Türkiye'de tenfizi mümkün değilse, davalı Türk mahkemesinde derdestlik (ilk) itirazında bulunamaz (126, 127).

(120) Hakemler tespit davası açması için davalıya süre vermeden derdestlik itirazını kendileri inceleyerek karara bağlayamazlar. Buna rağmen karar vermişler ve bu kararlar doğru ise, bir bozma nedeni teşkil etmemesi gerekir. Bkz. Şekerci, s. 215.

(121) Şekerci, s. 215.

(122) Ancak, milletlerarası alanda yabancı derdestliğin genellikle kabul edildiğini yukarıda belirtmiştik, bkz. yuk. A, dn. 11.

(123) Nomer, s. 368.

(124) Bkz. MÖHUK. m. 34-41.)

(125) Uygulamada Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. 2. HD., 2.7.1973, 4413/4363: "Dava devam ederken davalı kadının Almanya'da mahkemeye başvurarak çocuklarının velâyetini hükmen almış olması da işbu davanın Türk mahkemelerinde görülmesine engel değildir. Kaldı ki, Alman mahkemesinden verilen kararın Türkiye'de tenfizi mümkün olmadığına göre (HUMK. m. 540/4) velâyetin tevdi bakımından açılan işbu davanın sonuçlandırılması zorunludur" (Kuru, Usul, C. III, s. 3008).

(126) Üstündağ, s. 486; Kuru, Usul, C. III, s. 3007-3008; Şekerci, s. 216; Tiryaki, s. 37.

(127) Yabancı hukuk öğretilerinde de, yabancı derdestliğin iç hukukta gözönüne alınabilmesi

2) Davanın Derdest (Görülmede) Olması

Bir davanın derdestlik itirazı üzerine açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, ikinci şart birinci davanın derdest görülmede) olmasıdır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu derdest olma kavramını tanımlamış değildir. Bununla birlikte, davanın açılması anından (128) hükmün verilmesine ve bu hükmün kesinleşmesine kadar dava derdest sayılır (129). Başka bir deyişle, bir davanın derdest sayılabilmesi için, davanın henüz karara bağlanmamış olması veya karara bağlanmış olmakla birlikte verilen kararın henüz şekli anlamda kesinleşmemiş olması gerekir (130, 131).

Dosyanın işleminden kaldırılması (HUMK. m. 409) ile dava açılmamış sayılmaz. Bilâkis, dava derdest kalmaya devam eder (132, 133). Dava dos-

çin, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin mümkün olabilmesi gerektiği görüşü ağır basmaktadır. Özellikle, o devletin diğer devletlerle yapacağı anlaşmalar da bu hususta önem taşımaktadır. Bkz. Habscheid, *Rechtshaengigkeit Deutschland-Schweiz-USA*, s. 110 vd.; Stein/Jonas, s. 162-167; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 800; Lent/Jauernig, s. 128; Rosenberg/Schwab, s. 605; Lücke/Walchshöfer, s. 1503-1504; Arens/Lücke, s. 120-121; Zeiss, s. 126; Straeuli/Messmer, s. 184; Leuch, s. 177.

(128) Derdestliğin meydana gelişi hakkında bkz. B.

(129) Stein/Jonas, s. 171; Rosenberg/Schwab, s. 607; Bilge/Önen, s. 418; Berkin, s. 580.

(130) Kuru, *Usul*, C. III, s. 3009; Kuru/Arsalan/Yılmaz, s. 545; Bilge/Önen, s. 418; Şekerci, s. 217; Tiryaki, s. 37.

(131) 13. HD., 8.4.1986, 1644/2104: "Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda... Davalı, Karaman Asliye Hukuk Mahkemesinin baktığı, tarafları ve konusu aynı olan 1984/857 esas sayılı dosyada verilen görevsizlik kararının henüz kesinleşmediğini belirterek derdestlik itirazında bulunmuştur. Mahkemeye derdestlik itirazının kabulüyle davanın reddine karar verilmiştir. HUMK.nun 187. maddesinin 5. bendi hükmü uyarınca derdestli rüyetlik itirazının kabul edilebilmesi için önceki davanın henüz kesinleşmemiş olması zorunludur. Derdestlik itirazına konu olan Karaman Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.12.1984 gün ve 1984/857-851 sayılı gönderme kararı tarafların yüzüne karşı verilmiş bulunduğundan 11.10.1976 gün ve 1976/5-5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında açıklandığı gibi kesindir. Bu nedenle derdestlik itirazının kabul edilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır. Ne varki HUMK.nun 193. maddesi hükmü ile 11.10.1976 gün ve 1976/5-5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca yüze karşı verilen kararlarda kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde görevli mahkemeye başvurulmuş olmasına rağmen davacı on günlük süre geçtikten sonra 24.1.1985 gününde görevli mahkemeye başvurmuştur. Bu durumda mahkemeye bu yönden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirir..." (Yasa, Mart 1987, C. 10, S. 3, s. 444-445).

(132) Ulukapı, Ö., *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi ve Bundan Doğan Sonuçlar*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1986, s. 165; Üstündağ, s. 596.

(133) 2. HD., 29.1.1973, 293/363: "Tarafların müracaatına kadar dosyanın muameleden kal-

yasının işlemden kaldırılmasından itibaren üç ay derdest kalmaya devam eder. İşlemden kaldırılmış bulunan dava, derdest olmakta devam ettiğinden davacının aynı davayı tekrar açması halinde, davalı derdestlik ilk itirazında bulunabilir. Mahkeme, derdestlik ilk itirazı üzerine ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verir (HUMK. m. 194). Dosya işlemden kaldırıldıktan sonra bir ay geçse bile, dava iki ay süreyle daha derdest kalmakta devam eder.

Dosyanın işlemden kaldırılması ile devam eden derdestlik süresi sonsuz değildir. Bu üç ay süre ile sınırlanmıştır (HUMK. m. 409/III, V). Üç ay içerisinde yenilenmeyen davalar, bu sürenin sonunda (dava) açılmamış sayılır (134). Bu husus, mahkeme tarafından kendiliğinden karar verilerek dosya (dava) kapatılır (HUMK. m. 409/V). Davanın açılmamış sayılması ile birlikte davada derdestlik durumu ortadan kalkar (135).

dırılmış olması, davanın derdestliğine tesir etmez" (RKD. 1973, S. 4-5, s. 169). Buna karşılık, Yargıtay'ın verdiği bir kararda aksi görüşü benimsemiştir. 7. HD., 13.6.1974, 4367/3461: "Taraflar arasında tapulama tesbitinden doğan dava sonucunda... 766 sayılı Tapulama Kanununun 50. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için genel mahkemedeki davanın derdest yani görülmekte olan dava olması gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409. maddesi hükmünce işlemde kaldırılmış olan davalar derdest dava olarak kabul edilemez ve bu nedenle de Tapulama Mahkemesine devredilemez ve böyle bir durumda Tapulama Kanununun 50. maddesi uygulanamaz..." (YKD., Mayıs 1975, S. 5, s. 72-73).

(134) Üstündağ, s. 592-597; Kuru, Usul, C. III, s. 2928; Postacıoğlu, Usul, s. 521; Bilge/Önen, s. 166.

(135) 13. HD., 28.2.1992, 1489/1792: "Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilâmda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü: Davalı, derdestlik itirazında bulunmuştur. Mahkemece aynı davanın daha önce Gaziantep Birinci Asliye Hukuk Mahkemesinin 1989/608 esasına kayden açılmış olduğu müracata kaldıktan sonra üç ay içerisinde yenilenmediğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği tebliğe, verilip kesinleştirilmemesi nedeni ile derdest kalmakta devam ettiği kabul edilmiş derdestlik nedeni ile davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Derdestliğe esas tutulan dava taraflarca takip edilmemesi nedeniyle HUMK.nun 409. maddesi gereğince işlemde kaldırılmış ve üç ay içinde yenilenmediğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş, henüz tebliğe de çıkarılmamıştır. İşte mahkeme bu kararın kesinleşmemesi nedeni ile yani bu yüzden derdesti rüyet olacağını benimsemektedir. Gerçekten de, Usul Kanununun 409. maddesine ilişkin hususlarda temyiz yoluna başvurulabilir mümkündür. Fakat, derdestlik yönünden kararın temyiz edilmeyerek veya temyiz aşamasından geçerek kesinleşmesini aramaya gerek yoktur. Şöyle ki, burada yasa koyucu davaların takipsiz bırakılmasını engellemek amacını gütmektedir. Hatta bunlada yetinmeyerek HUMK.nun m. 409/son fıkra hükmünü getirmiştir. Bu nedenle, davanın taraflarca takip edilmemesi nedeni ile dosyanın işlemde kaldırılması tarihinden itibaren üç ay içinde dava yenilenmediği takdirde "davanın açılmamış sayılmasına" ilişkin meydana gelen tüm yasal

İkinci davanın açıldığı tarihte birinci dava henüz hüküm mahkemesinde görülmekte ise derdest demektir (136). Birinci davada dava şartlarından herhangi birisi bulunmasa bile, dava, dava şartı yokluğundan dolayı reddedilip bu ret kararı kesinleşinceye kadar derdest sayılır (137, 138).

Bu itibarla, daha önce görev ve kesin yetki kurallarına aykırı bir biçimde görevsiz ve yetkisiz mahkemede açılmış bulunan dava, bu durumda derdest sayılacaktır? Bu husus öğretiler tartışmalıdır. Bir görüşe göre, görev ve

hüküm ve neticeler başkaca bir işleme bağlı olmadan doğrudan doğruya yürürlük kazanır. O nedenle, işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren üç ay geçtikten sonra ve fakat hüküm iş çokluğu nedeni ile henüz açılmamış sayılması hakkında bir karar veremediği bir dava dahi açılmamış sayılır ve üç ay geçtikten sonra yapılan yenileme talebi geçersizdir. Açıklanan nedenlerle, konu şöyle özetlenebilir. Dosyanın işlemden kaldırılması ile dava işlemden kaldırılması tarihinden itibaren üç ay süre ile derdest kalmakta devam eder. Bu nedenle, davacı aynı davayı yeniden açarsa davalı derdestlik ilk itirazında bulunabilir. Bu üç aylık süre hak düşürücü niteliktedir. Ne var ki, bu hükümler davanın açılmamış sayılmasını gerektiren şartların salt doğumu ile artık kendiliğinden ortadan kalkar. Diğer bir ifadeyle, dava derdest olmaktan çıkar. Dahası davanın zamanaşımını kesme etkisi dahi sona erer. Bu nedenlerle, mahkemece yasa maddelerinin yorumunda yanlışlığa düşülerek davanın derdestlik nedeni ile reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. İşin esasına girilmelidir..." (YKD., Nisan 1992, C. 18, S. 4, s. 559-560).

(136) Kuru, Usul, C. III, s. 3009.

(137) Grunsky, s. 311; Lüke/Walchshöfer, s. 1493; Rosenberg/Schwab, s. 605-606; Kuru, Usul, C. III, s. 3009.

(138) Uygulamada Yargıtay verdiği bir kararda bizim de katıldığımız görüşün aksi doğrultuda karar vermiştir. 6. HD., 8.2.1991, 1178/1652: "Dava işyeri ihtiyacı nedeniyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkeme derdestlik nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar vermiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı 20.4.1990 tarihinde süresinde işbu dava ile, oğlu ile birlikte dava konusu yerde demir doğrama işi yapacağını ifade ederek taşınmazın tahliyesini istemiştir. davalı ise süresinde derdestlik itirazında bulunmuş ve davacının aynı sebeple 8.1.1990 tarihinde açtığı tahliye davasının bulunduğunu, dava açıldığı tarihte halen bu davanın derdest olduğunu ileri sürmüştür. Gerçekten davacı halen askerde olup yakın tarihte terhis olacak oğlu ile birlikte aynı işi yapacağından bahisle 8.1.1990 tarihinde dava açtığı, bu davanın yargılaması sırasında 9.4.1990 tarihli oturumda davalının sözleşme ibraz ederek kira başlangıcının 1.1.1988 olmayıp, 1.4.1981 başlangıç tarihli ve iki yıl süreli olduğunu, bu nedenle 1.1.1990 tarihinde açılan davanın, davacının davanın süresinde açılmadığını ileri sürmesi üzerine davacı bu itiraza karşı çıkmamış, ondan sonra da davayı takip etmemiş, ancak bu arada 20.4.1990 tarihinde davalının kabul ettiği başlangıç tarihine göre işbu davayı açmıştır. İlk açılan dava 9.4.1990 tarihli oturumdan sonra davacı tarafından takip edilmemekle beraber davalı tarafından takip edilmiş, gerçekten bu dava 20.6.1990 tarihinde reddedilmiştir. İlk dava, esası incelenebilecek geçerli bir dava niteliği taşımadığına ve ilk davanın devamı sayılacağına göre hiç bir zaman derdestliğe esas alınmaz. Nitekim davalı tarafından takip edilen dava, dava şartlarının yokluğundan reddedilmiştir. Bu nedenle mahkemenin derdestlikten bahisle red kararı isabetli görülmemiş, hüküm bozulmayı gerektirmiştir" (Yasa, Mart 1991, C. XIV, S. 3, s. 418-419).

kesin yetki kurallarına aykırı bir biçimde açılan dava derdest sayılmaz (139). Başka bir görüşe göre, birinci davada dava şartlarından birisi bulunmasa bile, dava, dava şartı yokluğundan dolayı reddedilip bu ret kararı kesinleşinceye kadar dava derdest sayılır (140, 141). Kanımızca da, görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermeyen mahkeme, henüz davayı görmekte devam ettiğinden görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilinceye kadar derdestlik itirazında bulunulabilir.

Bir dava hakkında mahkemece hüküm verilmiş olup da, henüz bu hüküm taraflara tebliğe çıkarılmadığı için kesinleşmemişse, aynı davanın yeniden açılması halinde derdest bir davadan sözedilir (142).

Birinci davada verilen karara karşı kanun yoluna (temyiz ve karar düzeltme) başvurulmuş olup da, bu inceleme devam ederken, aynı davanın yeniden açılması halinde derdestlik itirazının ileri sürülmesini sağlar. Buna karşılık, birinci davada usule müteallik verilen nihai karar kesinleştikten sonra aynı davanın tekrar açılması halinde derdestlik itirazında bulunulamaz (143, 144).

(139) Ansay, s. 210; Stein/Jonas, s. 169.

(140) Lüke/Walchshöfer, s. 1493; rosenberg/Schwab, s. 605-606; Arens/Lüke, s. 121; Straeu-li/Messmer, s. 178; Üstündağ, s. 485, dn. 1c; Bilge/Önen, s. 419; Belgesay, s. 426; Tiryaki, s. 38.

(141) Bu husus, yanlış yargı yolunda dava açılması, dava ehliyetinin bulunmaması, dava takip yetkisinin bulunmaması gibi dava (yargılama) şartlarının bulunmadığı haller ile usule ilişkin nihai kararların hepsi için geçerlidir. Bkz. Lüke/Walchshöfer, s. 1493; Rosenberg/Schwab, s. 605-606; Kuru, Usul, C. III, s. 3010.

(142) 6. HD., 4.3.1988, 15311/3277: "Mahkemece hüküm verilen tahliye davasında... Dava, esaslı tadilat sebebiyle kiralananın tahliyesi isteğine ilişkindir. Mahkeme davayı kabul etmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz olunmuştur. Davacının iddiası üzerine davalı aynı konuda yine davacı tarafından davalılar aleyhine açılmış ve kesinleşmemiş dava bulunduğunu ileri sürerek derdestlik itirazında bulunulmuş ve bu sebeple davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi istenmiştir. Gerçekten yine aynı mahkemenin 1985/545 esasında kayıtlı dava aynı kişiler arasında ve aynı sebebe dayanarak, aynı kiralananın hakkında açılmıştır. O dava sonunda verilen 21.10.1985 tarihli karar taraflara tebliğ olunmamış ve dolayısıyla kesinleşmemiştir. Bu haliyle derdest bulunmaktadır. O davada verilen kararın red veya kabul şeklinde olması ya da red gerekçesi derdest durumunu etkilemez. Bu durum nazara alınıp derdestlik sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olmakla hükmün bozulması..." (YKD., Şubat 1989, C. XV, S. 2).

(143) Kuru, Usul, C. III, s. 3011.

(144) 11. HD., 6.3.1989, 730/1369: "taraflar arasındaki alacağın tahsiline ilişkin davada... Davalı vekili cevabında, derdestlik itirazında bulunarak davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, Gaziantep 4. Asliye Hukuk Mahkemesindeki dava ile bu davanın konusunun aynı olduğu ve halen derdest bulunduğu kabul edilerek, davanın derdestlik nedeniyle

Davacının davasından feragat etmesi halinde (145), derdestliğin sözkonusu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre (146), feragat nedeniyle davanın reddine ilişkin kararlar birlikte dava sona erse de, bu ret kararı kesinleşinceye kadar dava derdest kalmaya devam eder. Aksi halde, mahkemenin davanın reddine ilişkin kararın temyiz sonucunda bozulması halinde, davanın yeniden derdest hale gelmesi sözkonusudur. Uygulamada Yargıtay'ın görüşüne göre ise (147), feragat ile dava son bulur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 95/l'deki "kat'i bir hükmün" ifadesini, şekli anlamda kesin hüküm halini alan bir durum olduğundan, derdestlikten sözedilemeyeceğini vurgulamaktadır (148). Kanımca, feragat, her ne kadar kesin hüküm sonucunu doğursa da yapılan feragatin geçerli olabilmesi için, Kanunda öngörüldüğü şekilde usulüne uygun bu taraf işleminin gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde, feragat ile sonuçlandırılan davada verilen hüküm nihai bir karar olduğundan temyize konu olabilecektir. Bu aşamada feragat nedeniyle sona eren davanın bozulması halinde, dava sona ermemiş olacağından derdestlik durumu sürmekte devam edecektir. Bu nedenle, davanın feragat sebebiyle reddine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar feragata konu olan davanın derdest olduğunu kabul etmek hukukî güvenlik açısından uygun düşecektir (149).

açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Hükmü davacı vekili temyiz etmiştir. HUMK.nun 193. maddesi hükmüne göre evvelki davanın yetkisizlikle red edildiği tarih ile o kararın davacıya tebliğ edildiği tarih ve tebliğ tarihinden itibaren hesap edilen temyiz süresi gözönüne alındığında, sonkaki bu davaya bakılmak gerekirken, derdestlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün davacı yararına bozulması gerekmektedir..." (Yasa, Nisan 1989, C. XII, S. 4, s. 547).

(145) Davada feragatin derdestliğin bir sona erme hali olduğu konusunda bkz. aşa. G.

(146) Kuru, Usul, C. III, s. 2592-2593.

(147) 2. HD., 3.7.1986, 6505/6797: "(MT) ile (NT) arasındaki boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda... Feragat, kat'i bir hükmün hukuki neticelerini doğurur. Önceki boşanma davasından 20.11.1985 tarihinde feragat edilmiş ve dava feragat sebebiyle reddedilmiş bulunduğu göre hükmün ayrıca tebliğine ve bu yolda kesinleşmesine ihtiyaç yoktur. Onun için davanın vazgeçmeye dayalı olarak reddine ilişkin hüküm feragat tarihi olan 20.11.1985 tarihinde kesinleşmiştir. O halde temyize konu davanın açıldığı 2.12.1985 tarihinde derdest bir dava bulunmamaktadır..." (Yasa, Eylül 1987, C. 10, S. 9, s. 1329); aynı doğrultuda benzer karar için bkz. 3. HD., 24.4.1979, 2757/2821 (YKD., 1979, S. 10, s. 1415).

(148) Öğretide aynı doğrultudaki görüş hakkında bkz. Tiryaki, s. 38.

(149) Aynı gerekçelerle, davayı sona erdiren diğer taraf işlemleri olan davanın kabulü ve davada sulh açısından da belirtmek mümkündür. Örneğin; davayı kabulde, davalının davacının talep sonucuna muvafakat etmesi (HUMK. m. 92) sözkonusu olduğundan, davayı kabul üzerine verilecek hüküm kesin hüküm sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir taraf işlemine dayanarak davanın kabulüne karar verilse bile, bu karar şekli anlamda kesinleşinceye kadar dava derdest kalmaya devam eder.

3) Her İki Davanın Aynı Olması

Bir davanın derdestliğinden bahsedebilmek için her iki davanın aynı olması; yani, tarafları, konuları ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir (150). Bu itibarla, derdestlik itirazının kabul edilebilmesi için, davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış olması ve davanın derdest (görül-mekte) olması yanında diğer bir üçüncü şart da her iki davanın aynı olmasıdır.

Derdestlik itirazının ileri sürülmesi bakımından her iki davanın aynı olmasına ilişkin aranan unsurlar maddi anlamda kesin hükümlerle özdeştir (151, 152).

(150) Ansay, s. 211; Postacıoğlu, Usul, s. 410.

(151) HGK., 24.6.1992, 1-347/394: "Taraflar arasındaki men'i müdahale davasında... (Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yetkili olduğu belirlendikten sonra derdestlik itirazının kabulüyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. HUMK.nun 187. maddesinde ifadesini bulan derdestlik ile kesin hüküm arasında ayniyet bulunmaktadır. Aralarındaki tek fark, derdestlikte davanın devam etmesine karşın kesin hükümde, davanın sonuçlanmış olmasıdır. Her ikisinde de unsurlar tarafların hukuki sebebin ve müddeabihin aynı olmasıdır. Ancak, Koyulhisar Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki dava ile temyize konu davanın taraflarında aynı olmadığı gibi, hukuki sebebide değişiktir. Bu durumda, derdestlik itirazının reddiyle işin esasına bakılması gerekirken, mahkemece, yanlışlıklarla değerlendirme sonucu davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru değildir...) gerekçesiyle bozulan ve direnme kararının temyizi sonucu işin gereği HGK'ce incelendi: Mahkeme ile Yargıtay Özel Dairesi arasındaki uyumsuzluğun, tarafların karşılıklı olarak açtıkları davalardan ötürü derdestlik itirazı koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği; diğer bir deyişle derdestlik yönünden süresinde yapılan itirazın, eldeki davalar için hukuki sonuç doğurup doğuramayacağı noktasında toplandığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, davacı yada davacıların davahaklarına sahip olmaları yeterli değildir. Bundan başka davanın açılmasında hukuki bir yararın bulunması da gerekir. Buna hukuki korunma ihtiyacı da denir. Mahkemelerden hukuki himaye istenmesinde, himayeye değer bir yarar olmalıdır. Derdestlik itirazının yasaya konuluş nedeni (kesin hükümde olduğu gibi) aynı davanın yeniden açılıp görülmesinde davacı veya davacıların hiçbir hukuki yararlarının bulunmamasıdır. Gerçekten HUMK.nun 187. maddesinde ifade edilen derdestlik ile kesin hüküm arasında ayniyet bulunmaktadır. Aralarındaki tek fark, derdestlikte davanın devam etmesine karşın, kesin hükümde davanın sonuçlanmış olmasıdır. Öğretide bazı yazarlar, yabancı hukuk sistemlerinin Yasal düzenlemelerine değinerek, HUMK.muzda ilk itiraz niteliğiyle yer alan derdestliğin, kesin hükümde olduğu gibi olumsuz dava şartı olarak kabul edilmesinde kaçınılmaz bir zorunluluk bulunduğunu bildirmektedirler... Somut olayda davalardan ilki Gökdere Köyü Tüzel Kişiliğince davalı gerçek kişilerin yayınlının bir kısmına sürüp ekerek tecavüzde buldukları iddiası ile açılmıştır. İlk davaya tapu kaydı ile karşı koyan ve davanın reddini savunan davalı kişiler sonradan açtıkları ikinci davada, tapulu taşınmazlarına önceki davayı açan köyün müdahalesinin önlenmesini istemiştir. Her ne kadar, Özel Daire bozma kararında taraflar yönünden de ayniyet bulunmadığı şeklindeki bir ibareye yer verilmiş ise de, her iki davanın taraflarının aynı olduğu sonucuna varılmaktadır. Esasen HGK.nda yapılan gö-

Ancak, her iki müessesenin tesir sahası (etki alanı) daima aynı olmayıp (153), kesin hüküm itirazında aynı davanın daha önce kesin olarak karara bağlandığı ileri sürüldüğü halde, derdestlik itirazında aynı davanın görül-
mekte olduğu ileri sürülür (154). Şimdi her iki davanın aynı olmasına ilişkin unsurları ayrı ayrı incelemeye geçebiliriz.

a) Tarafların Aynı Olması

Birinci dava ile ikinci davanın aynı dava olması için aranan unsurlardan birincisi, her iki davanın taraflarının (155, 156) aynı olmasıdır (157). Bir da-

rüşmeler sırasında bu konu (taraflarda ayniyet) bakımından farklı bir görüş ifade edilmiş de değildir. Ancak, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında görülmekte olan davalardan ilkinde verilebilecek kararın, ikinci davada verilebilecek kararı gereksiz hale getireceği yada ikinci davada verilebilecek kararlar aynı sonuçları sağlayabileceği söylenemez. Kuşkusuz ilk davadan dolayı verilebilecek karar, çekişmeli yerin davalılara ait tapu kaydının kapsamında olduğunu belli edebilecektir. Nevarki, sonuç olarak davanın reddi ile yetinilecektir. Oysa ikinci davadan ötürü verilebilecek karar, davayı açan davalıların yerine getirilmesini isteyebilmelerine imkân sağlayacak ve mülkiyet hakkı ile zilyetlik üzerinde yaratılan yararlanmayı engelleyici davranışı "muarazayı" önleyecek nitelikte bir hüküm sonucunu da taşıyacaktır. Bu itibarla, ikinci davanın yasal dayanağı bulunduğu gibi, açılmasını haklı kılan hukuki yarar da vardır. Var olan dava hakkı ve hukuki yarara karşın, derdestlik itirazı koşullarının gerçekleştiğini kabul etmek mümkün değildir..." (YKD., Ekim 1993, C. 19, S. 10, s. 1471-1474.).

(152) Lüke/Walchshöfer, s. 1499; Stein/Jonas, s. 171.

(153) Üstündağ, s. 485.

(154) HGK., 24.6.1988, 6-286/642: "Derdestlik açısından aynı dava olma koşulları maddi anlamda kesin hüküm olma koşulları ile birlik gösterir. Fark olarak sadece kesin hükümde önceki davanın kesinleştiği, derdestlik itirazında ise önceki davanın bakılmakta olduğu ileri sürülür" (YKD., 1989, S. 1, s. 12).

(155) Davada taraflar, kendi adına, lehine veya aleyhine devletten hukuki himaye (korunma) isteyen kişilerdir. Bir davada, davacı ve davalı olmak üzere sadece iki taraf bulunmaktadır. Bunlardan, mahkemeden hukuki himaye (korunma) isteyen kişiye davacı, kendisine karşı hukuki himaye (korunma) istenilen kişiye de davalı adı verilir. Bkz. Lent/Jauernig, s. 243; Kummer, s. 98-99; Ansay, s. 106.

(156) Medeni usul hukuku anlamında tarafın kim olduğu konusunda belli başlı üç görüş bulunmaktadır. Bunlar: 1- Maddi taraf kavramı, 2- Şekli taraf kavramı, 3- Fonksiyonel taraf kavramı'dır. Taraf kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Henckel, W., Partei-lehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961, s. 15 vd.; Liedtke, K. W., Der Partei- und Streitgegenstandsbezogene inhalt des Vermögensrechtsstreits, Darmstadt 1971, s. 19 vd.; Yılmaz, E., Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s. 184 vd.; Alangoya, Y., Yargılama Sırasında Taraf (Yanda) İradisi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, MHAD., 1969, S. 5, s. 125 vd.; Ulukapı, Ö., Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 6-12.

(157) Lüke/Walchshöfer, s. 1499; Rosenber/Schwab, s. 607.

vada tarafın kim olduğu dava dilekçesine göre belirlenir (158, 159). Dolayısıyla derdestlik itirazının ileri sürülmesinde esas olan, dava dilekçesinde gösterilen kişiler olmasıdır (160).

Kural olarak, her iki davada tarafların aynı sayılmasından sözedebilmek için, tarafların her iki davada da aynı sıfatla hareket etmeleri sözkonusudur. Ancak, öğretide genel kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre (161), her iki davanın taraflarının aynı sayılması için, tarafların her iki davada da aynı sıfatla hareket etmiş olmalarına gerek yoktur. Derdestliğin oluşması açısından tarafların her iki davada farklı konumda olmaları (davaların konusu ve dava sebepleri aynı olmak kaydıyla) derdestlik itirazının kabulü açısından yeterlidir. Buna karşılık uygulamada Yargıtay'a göre, derdestlikten sözedebilmek için her iki davanın dava konusu ve sebebinin aynı olması yanında tarafların aynı sıfatla hareket etmeleri zorunludur (162). Aksi takdirde, diğer unsurlar gerçekleşse bile derdestlik itirazı geçerli olamaz.

- (158) Bu husus, taraf kavramı öğretisinde şekli taraf kavramının görüşünü yansıtmaktadır. Uygulamada Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır, bkz. 14. HD., 19.8.1975, 3410/3460: "Mahkemededen, hakkının korunmasını isteyen davacı, bu hakkı inkâr ya da ona tecavüz ettiği ileri sürülen de davalı diye nitelenir. Bir davanın taraflarının kimler olduğu, dava dilekçesinde belirtilir..." (Karahasan, M.R., Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C. I, Ankara 1977, s. 24).
- (159) Davada kanuni ve iradi temsilcilerin taraf niteliği bulunmamaktadır, bkz. HGK., 18.11.1970, 3-454/626: "Davanın tarafı vekil değil, temsil olunandır. Vekilin davada taraf olarak gösterilmesi doğru değildir" (TİK., 1971, C. I, s. 275). Asli müdahil taraf olarak kabul edilmesine karşılık, fer'i müdahilin taraf niteliği dahi bulunmamaktadır, bkz. Pekcanitez, H., Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 40-42.
- (160) Tiryaki, s. 38.
- (161) Lüke/Walchshöfer, s. 1499; Stein/Jonas, s. 171; Rosenberg/Schwab, s. 607; Blomeyer, s. 274; Heintzmann, s. 42; Zeiss, s. 127; Lent/Jauernig, s. 127; Grunsky, s. 313; Leuch, s. 176 ve 213; Straeuli/Messmer, s. 185; Üstündağ, s. 484, dn. 1b; Kuru., Usul, C. III, s. 3013; Bilge/Önen, s. 419; Ansay, s. 211; Şekerci, s. 218; Uyanık, s. 22; Gürdoğan, s. 86-87; Domaniç, s. 45-46.
- (162) 2. HD., 3.7.1986, 6505/6797: "(M) ile (N) arasındaki boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda... Feragat, kati bir hükmün hukuki neticelerini doğurur. Önceki boşanma davasından 20.11.1985 tarihinde feragat edilmiş ve dava feragat sebebiyle reddedilmiş bulunduğu göre, hükmün ayrıca tebliğine ve bu yolda kesinleşmesine ihtiyaç yoktur. Onun için davanın vazgeçmeye dayalı olarak reddine ilişkin hüküm feragat tarihi olan 20.11.1985 tarihinde kesinleşmiştir. O halde temyize konu davanın açıldığı 2.12.1985 tarihinde derdest bir dava bulunmamaktadır. Kaldığı derdestlikten söz edilebilmesi için her iki davanın konusunun ve taraflarının aynı olmasının yanı sıra davanın her iki davada da davacı durumunda bulunması zorunludur. Oysa bu davada davacı olan koca, önceki davada davalı sıfatını taşımaktadır. Hal böyle olunca yargılamaya devam edilip işin esasının incelenmesi gerekirken derdestlikten sözedilerek davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., Mart 1987, C. XIII, S. 3, s. 385);

Derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için davada taraf sıfatlarının değişmesinin önemi bulunmasa da, tarafların her iki davada da karşılıklı olmaları gerekir (163). Başka bir deyişle, aynı tarafta taraf sayısının da değişmemesi gerekir (164, 165). Yoksa, örneğin ikinci davada dava arkadaşı olarak bir tarafı teşkil eder ya da birinci davada dava arkadaşı ikinci davada ise tek başına taraf sıfatıyla hareket ederek açılan davada derdestlik itirazı kabul edilmez. Tarafın mecburi veya ihtiyari dava arkadaşı olması, derdestlik itirazının ileri sürülmesi açısından farklılık yaratmaktadır. Nitekim, mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarının usul işlemlerini hep birlikte yapmaları zorunlu olduğundan (166) derdestlik itirazında hep birlikte bulunmaları gerekmektedir (167). İhtiyari dava arkadaşlığında, taraf sayısı kadar dava

2. HD., 18.11.1985, 9236/9504: "(S) ile (İ) arasındaki boşanma davasında... Bir davada derdestlikten söz edilebilmesi için; davanın taraflarının, davadaki sıfatlarının ve davanın konusunun aynı olması gerekir. Oysa davacı önceki davada davalı olduğu gibi, son davada şiddetli geçimsizliğe dayalı iken, önceki dava zina sebebiyle boşanma isteğini kapsamaktadır. Bu durumda derdestlikten söz edilemeyeceği gözönünde tutulmadan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., Mayıs 1986, C. 12, S. 5, s. 650).

(163) Tiryaki, s. 39

(164) Davaya iki taraf sistemine göre kurulmuştur. Davacı ve davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması mümkün ise de, bir davada ikiden fazla taraf bulunmaz. Bir davanın aynı tarafında birden fazla kişinin bulunması halinde dava arkadaşlığından (sübjektif dava yığılması) söz edilir. Dava arkadaşlığı mecburi ve ihtiyari dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dava arkadaşlığı hakkında geniş bilgi için bkz. Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 24 vd.

(165) 1. HD., 8.6.1981, 7449/7673: "Taraflar arasında görülen davada... Davacı, derdest olduğu anlaşılan önceki davasında, dava konusu taşınmazları bazı koşullarla davalı Ziya ve Nihat'a temlik ettiğini, koşulların yerine getirilmediğini ileri sürerek iptal isteğinde bulunmuştur. Bu davada ise, adı geçen davalıların taşınmazları üçüncü davalı Halil İbrahim'e muvazaa yolu ile temlik ettiklerini öğrendiğini açıklayarak iptal isteğini yenilemiştir. Gerçekten taşınmazların önceki davanın açılmasından bir gün önce Halil İbrahim'e temlik edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, davanın derdestlik nedeniyle açılmamış sayılmasına karar verilmişse de kurulan hükümde isabet yoktur. Şöyle ki: 1- Halil İbrahim, önceki davada taraf olmadığı için onun hakkında derdest dava bulunduğu sözkonusu olamaz. 2- İlk davada davacı temlik koşullarının yerine getirilmemesi nedenine dayandığı halde, bu davada her üç davalının muvazaasını ileri sürmüştür. Her ne kadar davalı, Ziya ve Nihat'ın temlik koşullarına aykırı hareket ettiklerini tekrarlamakta ise de, her üç davalıyı muvazaa davasında davalı olarak göstermiştir. 3- Uyuşmazlığın niteliğine göre, davalı Ziya ve Nihat'ı kayıt maliki olan Halil İbrahim'den ayırmaya ve onları dava dışında bırakmaya olanak yoktur. Ziya ve Nihat hasım olmadan, savunmaları alınmadan ve delil gösterdikleri takdirde dinlenilmeden haklarında hüküm kurulamaz. Her üçü arasında "zorunlu dava arkadaşlığı" mevcuttur. O halde her iki davada (taraf ve sebep birliği) bulunduğu ve HUMK'nun 187/4. maddesinde yazılı öğelerin olduğu kabul edilemez. Davanın esasına bakılması gerekirken yazılı düşüncelerle (açılmamış sayılmasına) karar verilmesi doğru değildir..." (YKD., Şubat 1982, C. VIII, S. 2, s. 173-174).

(166) Bkz. Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 159.

(167) Bkz. a.ş.a. F, 1.

bulunmaktadır. Usulî işlemlerin ileri sürülmesinde dava arkadaşlarının herbirinin diğerinden bağımsız olarak hareket etmeleri sözkonusu olduğundan (168) bunlardan birinin ileri sürdüğü derdestlik itirazından diğeri yararlanamaz (169).

Bir davada tarafların aynı olması, verilecek hükmün o taraflar adına olmasını da gerektirir. Bu itibarla, aynı dava konusu ve sebebine dayanarak bir kimsenin kendi adına ve temsilci veya vekil sıfatıyla bir başkası adına (170) açtığı davalarda tarafların aynı olduğu kabul edilemez (171).

b) Dava Konularının Aynı Olması

Dava konusu (172), dava ile elde edilmek istenen sonuçtur (173). Birinci dava ile ikinci davanın aynı dava olması için aranan unsurlardan ikincisi, her iki dava konusunun (müddeabihin) aynı olmasıdır (174).

Dava konularının aynı olması açısından öğretilerde, derdestliğe konu olacak her iki davanın (talebin) aynı hukuki ilişkiden çıkması veya birbirlerini örtmelerinin yetmeyeceği, bunun yanında hukuki himaye amacının (175) ve

(168) Bkz. Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 209 vd.

(169) Bkz. aşa. F, 1.

(170) Alman hukukunda şahıs ortaklığının bir üyesi olarak hareket edilen hallerde de geçerlidir, bkz. Lüke/Walchshöfer, s. 1499.

(171) Lüke/Walchshöfer, s. 1499; Bruns, s. 196; Ansay, s. 211; Bilge/Önen, s. 419; Şekerci, s. 218; Tiryaki, s. 38; Domaniç, s. 46-49; Çenberci, s. 45.

(172) Dava konusu ya da talep kavramı konusunda bugün için çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlar: 1- Eski maddi hukuk görüşleri, 2- Usul hukuku görüşleri; a) Tek unsurlu usulî talep kavramı görüşü, b) Çift unsurlu usulî talep kavramı görüşü, aa) Netice-i taleple vakıalar karışımının eş değerli olduğu görüşür, bb) Netice-i talebe vakıalar karışımı karşısında üstünlük tanıyan görüş, 3- Yeni maddi hukuk görüşü'dür kavramı'dır. Dava konusu kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwab, K.H., Der Stand der Lehre von Streitgegenstand im Zivilprozess, JuS, 1965, s. 81-86 (Çev: Alangoya, Y., İhtilâf konusu hakkındaki Doktrinin Durumu, İÜHF, 1968, C. XXXII, S. 3-4, s. 288-303); Schwab, K.H., Der Streitgegenstand im Zivilprozess, München und Berlin 1954, s. 28 vd.; Habscheid W.J., Der Streitgegenstand im Zivilprozessrecht und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956, s. 21 vd.; Rimmelspacher, B., Materielle rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, Göttingen 1970, s. 337 vd.; Yılmaz, İslah, s. 145-154; Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 15-20.

(173) Postacıoğlu, Usul, s. 232; Üstündağ, s. 698 vd.; Bilge/Önen, s. 692; Gürdoğan, s. 75.

(174) Grunsky, s. 313.

(175) Hukuki himaye amacı ile, açılan davanın niteliğine göre elde edilmek istenen hukuki sonucun hüküm altına alınması sağlanır. Örneğin; eda davalarında, bir şeyin verilmesi, yapılması ya da yapılmaması; tespit davalarında bir hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespiti, inşai davalarla ise, yeni bir durumun yaratılması, değiştirilmesi yada ortadan kaldırılması sağlanır.

neticei talebin de aynı olması gerektiği ileri sürülmüştür (176). Dava konularının aynı olmasına karşılık, elde edilmek istenen hukuki himaye amacının farklı bulunduğu durumlarda derdestlik sözkonusu değildir (177).

Bunu belirlemek için, öncelikle her iki davanın talep sonuçlarına (178) bakmak gerekir. Bu çerçevede, her iki talep sonucunda da aynı hukuki menfaatin istenmesi durumunda, konularının aynı olduğu tesbit edilirse, (diğer unsurlarda her iki davada aynı olmak kaydıyla) derdestliğin varlığı kabul edilir (179). Örneğin, bir davada öncelikle dava konusu malın aynen teslimi istenmiş, daha sonra açılan davada o malın bedeli talep edilmişse, bu iki davanın talep sonucu aynıdır. Aynı sonuç, inşai davalar (180) ile tespit davası açısından da geçerlidir (181, 182).

Aynı olumlu veya olumsuz tespit davasının tekrar açılması durumunda derdestlik itirazı öncelikle mümkündür (183, 184). Bir olumlu tespit davası derdest iken, davalının bu olumlu tespit davasına konu olan hukuki ilişkinin bulunmadığının tespiti için bir olumsuz tespit davası açması durumunda da, olumsuz tespit davasının davalısı derdestlik itirazında bulunabilir (185). Bir uyuşmazlık hakkında eda davası açıldıktan sonra, tespit davasının açılması mümkün değildir. Aksi takdirde, derdestlik itirazının ileri sürülmesine yol açar (186).

(176) Stein/Jonas, s. 172; Lüke/Walchshöfer, s. 1501; Lent/Jauernig, s. 127; Üstündağ, s. 485.

(177) Stein/Jonas, s. 172.

(178) Talep sonucu, öğretide "dava konusunu oluşturan ve talep halinde mahkemenin kararında hüküm altına alınması gereken şey" biçiminde ifade edilmiştir. Bkz. Kuru, Usul, C. II, s. 1097; Üstündağ, s. 235-239; Bilge/Önen, s. 440; Postacıoğlu, Usul, s. 232-233.

(179) Tiryaki, s. 40.

(180) Örneğin, daha önce açılmış nafaka davası devam ederken, evlilik dışı çocuğun açtığı nafaka talebine ilişkin davada dava konuları aynı olduğundan derdestlik itirazına yol açar, bkz. Celle FamRZ 1971, 47 (LS).

(181) Kuru, Tespit, s. 94; Üstündağ, s. 485; Ansay, s. 225; Bilge/Önen, s. 420; Şekerci, s. 220.

(182) Bu konuda Alman hukukundaki çeşitli örnekler için bkz. Stein/Jonas, s. 172.

(183) Stein/Jonas, s. 173; Lüke/Walchshöfer, s. 1502; Rosenberg/Schwab, s. 607; Kuru, Tespit, s. 94; Üstündağ, s. 485.

(184) 3.HD., 15.6.1972, 331/2222: "Tespiti istenen kira bedelleri ayrı ayrı dönemlere ilişkin ise, derdestlik itirazı söz konusu olamaz..." (İBD., 1975, S. 1-2, s. 103.

(185) Kuru, Tespit, s. 94; Bilge/Önen, s. 421; Şekerci, s. 220.

(186) Stein/Jonas, s. 173; Lüke/Walchshöfer, s. 1501; Leuch, s. 177; Kuru, Tespit, s. 94; Ansay, s. 211; Bilge/Önen, s. 420.

Ancak, açılmış bir olumlu tespit davası, aynı hukuki ilişkiye dayanarak aynı taraflar arasında sonradan açılan eda davasına karşı derdestlik itirazında bulunma hakkı (187). Burada eda davası ile olumlu tespit davasının tarafları ve dava sebebi aynı ise de, konuları farklıdır. Tespit davasının konusu, hukuki ilişkinin tespiti olduğu halde, eda davasının konusu, hem hukuki ilişkinin tespiti hem de davalının bir edime mahkûm edilmesidir (188).

Bir talebin dava içerisinde çözümlenmesi mümkün iken, bunun ayrı bir dava olarak ileri sürülmesinde tarafın hukuki menfaati olmadığı gibi, derdestlik itirazının da ileri sürülmesi mümkündür. Örneğin, bir davada delil olarak ileri sürülen senedin sahteliği aynı davada davayı hadise olarak incelenirken, daha sonra ayrı bir dava altında davayı asliye olarak açılırsa, bu ikinci davada derdestlik itirazı ile karşılaşılabilir (189). Kanımca, burada derdestlikten önce, tarafın bu şekilde dava açmasında hukuki menfaatinin bulunmadığından davanın usulden reddine gidilmesi uygun olur. Zira, hukuki menfaat dava konusuna ilişkin bir yargılama (dava) şartıdır.

Bir alacak davasında önce alacağın tamamı dava edilmiş olup, daha sonra açılan ikinci bir dava ile bir kısmı talep edildiği takdirde, derdestliğin varlığı kabul edilir (190). Bir alacağın çeşitli kısımları itibariyle aynı zamanda birden fazla davaya konu yapılması halinde de derdestlikten söz edilir (191). Buna karşılık, önceki dava ile borcun bir kısmı talep edilmiş, henüz bu dava sona ermeden ikinci bir dava ile borcun kalan kısmı dava konusu yapılmışsa, bu ikinci dava derdestlik itirazına konu yapılamaz (192). Zira, dava konuları her iki davada kapsam itibariyle farklılık arz etmektedir. Aynı vakıalara dayanarak, aynı kişi aleyhine ayrı ayrı maddi ve manevi tazminat davası açmak da mümkündür. Her ne kadar, bu iki dava aynı vakıalara dayanmakta ise de, dava konuları farklıdır.

(187) Stein/Jonas, s. 173; Lent/Jauernig, s. 127; Rosenberg/Schwab, s. 607; Habscheid, Zivilprozessrecht, s. 178; Kuru, Tespit, s. 94-95; Üstündağ, s. 485; Ansay, s. 211; Bilge/Önen, s. 421; Şekerci, s. 220; Tiryaki, s. 40.

(188) Stein/Jonas, s. 173; Kuru, Tespit, s. 95.

(189) Tiryaki, s. 40.

(190) Tiryaki, s. 40.

(191) Lüke/Walchshöfer, s. 1501; Stein/Jonas, s. 172.

(192) Stein/Jonas, s. 172; Rosenberg/Schwab, s. 607; Leuch, s. 177; Straeuli/Messmer, s. 184; Bilge/Önen, s. 420; Şekerci, s. 220.

Karşılık davanın yeniden ayrı bir dava olarak açıldığı takdirde (193), bu davada davalı olan önceki davanın davacısı derdestlik itirazında bulunabilir. Ancak, bir davada davalı tarafından takas iddiasına karşı davacı, bu alacağın ayrıca dava konusu yapıldığından bahisle derdestlik iddiasında bulunamaz. Çünkü takas def'i ile davalı davacının alacağının sona erdiğini iddia etmektedir. Karşılık alacağın ayrıca dava edilmiş olması onun takas def'ine konu yapılmasına engel olmaz (194).

Terditli davanın açılması (195) ile, dava konusuna ilişkin asıl talep gibi yardımcı talep de derdest hale gelir. Bu sonuç taraf iradesine bağlı olmaksızın meydana gelmektedir. Buradaki yardımcı talebin derdestliği bozucu şartlı olup (196), bozucu şartın gerçekleşmesi halinde yardımcı talebin derdestliğinin geçmişe etkili olarak sona ereceği öğretinin çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir (197). Bu açıdan, kanımca daha önce açılmış bir terditli dava mahkemede görülmekte iken, asıl veya (özellikle) yardımcı talep hakkında ikinci bir dava açıldığı takdirde derdestlik itirazının ileri sürülebilmesine neden olabilecektir.

c) Dava Sebeplerinin Aynı Olması

Birinci dava ile ikinci davanın aynı dava olması için aranan unsurlardan üçüncüsü ise, her iki davanın dava sebeplerinin aynı olmasıdır.

Derdestliğin oluşması açısından "dava sebebi" kavramının ne anlam ifade ettiği üzerinde öncelikle durmak gerekir. Dava sebebi hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, dava sebebi, davacının talebinde haklı kılacak maddi olayların da dahil bulunduğu hukuki kategoriler (sebepler)

(193) Karşılık davanın mesmu olabilmesi için, Kanunda belirtilen diğer şartlar yanında (karşılık dava açmak isteyen) davalının hukuki menfaati bulunmalıdır. Buna göre, davalının takas etmek istediği karşılık alacağın miktarı asıl davada istenen alacaktan daha fazla olup, davalı da bunu hüküm altına aldırarak istiyorsa, karşılık dava açmada hukuki menfaati bulunmaktadır. Aksi takdirde, asıl davada takas def'i ile ileri sürülebilecek bir iddianın ayrıca bir (karşılık) davaya konu yapılmasında tarafın hukuki menfaati bulunmamaktadır.

(194) Ansay, s. 211.

(195) Türk hukukunda terditli davanın kabul edildiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Muşul, T., Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984, s. 13 vd.

(196) Muşul, s. 194.

(197) Lent/Jauernig, s. 257-258; Rosenberg/Schwab, s. 384-386 ve 600-601; Blomeyer, s. 216.

ler) şeklinde ifade edilmektedir (198). Bu görüş çerçevesinde davanın sebebi hukuki sebepler olması gerektiğidir. Öğretide bu görüşte olanların bir bölümü (199) hukuki sebebi, soyut olarak ele almamakta bunu vakıalarla birlikte değerlendirerek, aynı hukuki sebep içerisinde bulunan bütün vakıaları davanın sebebi olarak görmektedir. Bu görüş içerisinde yer alanların diğer bölümü ise (200), dava sebebini hukuki sebep olarak ele almakta ve bunu tarafların dava konusu hakkında iddia ve savunmalarını dayandırdıkları hukuki hadiseler şeklinde ifade etmektedirler.

İkinci görüşe göre, dava sebebi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun m. 179/3. bendinden hareketle dava dilekçesindeki talep sonucunun temelini oluşturan ve bu talebi haklı göstermeye elverişli bulunan vakıalar biçiminde ifade edilmektedir (201).

Buna göre, dava sebebini hukuki sebep değil, bilâkis davanın dayanağını teşkil eden vakıalar olarak ele almak gerekir. Zira hukuki sebep, davacının kendisini talep sonucunu haklı göstermek üzere dava dilekçesinde (davalı açısından cevap dilekçesinde) ileri sürmüş olduğu vakıaların hukuki mahiyetidir (nitelemesidir). Taraflar, mahkemeye talep sonucunda kendisini haklı gösterdiği bu vakıaları bildirmek zorundadır. Aynı şekilde mahkeme, incelemesini bu vakıalar üzerinde gerçekleştirir. Buna karşılık, tarafların bildirdiği vakıalara uygulanacak hukuki sebepleri bulup uygulamak mahkemeye aittir (HUMK. m. 76).

Derdestliğin oluşması açısından dava sebebinden de, hukuki sebepler değil, davanın dayanağını oluşturan maddi vakılar anlaşılması gerekir (202). Uygulamada Yargıtay da, dava sebebinden davanın dayanağı olan maddi vakıaların anlaşılması gerektiği görüşündedir. Nitekim, Yargıtay verdiği bir

(198) Postacıoğlu, İ.E., Davanın Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, Recai Seçkin Armağanı, Ankara 1974, s. 500-501; Postacıoğlu, Usul, s. 685; Domaniç, s. 83.

(199) Postacıoğlu, Usul, s. 687; Postacıoğlu, Hukuki Sebep, s. 517.

(200) Domaniç, s. 83.

(201) Kuru, B., Hukuk Usulünde Dava Sebebi, AD., 1967, S. 4, s. 256-257 ve 267; Kuru, Usul C. IV, s. 3535-3544; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 281-282; Üstündağ, s. 686-697; Alangoya, Y., Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 95 vd.; Ansay, s. 365-366; Bilge/Önen, s. 494-496; Arslan, Kesin Hüküm İhtiyacı, s. 731; Gürdoğan, s. 79-82; Çenberci, s. 55.

(202) Straeuli/Messmer, s. 185; Kuru, Usul, C. III., s. 3014; Üstündağ, s. 485; Ansay, s. 211; Bilge/Önen, s. 420; Şekerci, s. 219.

kararda (203), "...boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda...Bu davada da, daha önce açılan davanın HUMK.nun 187/4. maddesince gösterilen (derdestliğe) ilişkin ilk itiraz sebebi kabul edilebileceği için aynı Kanunun 237. maddesinde açıklandığı biçimde tarafların, müddeabihin ve istinat olunan hukuki sebebin aynı olması gerekir. Tarafların beyanlarından Mersin'de açılan davanın terk sebebine dayandığı, bu davanın ise 3444 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde gösterilen fiili ayrılık sebebi ile boşanmaya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Böyle olunca, sebep birliği olmadan derdestlik itirazının kabulü doğru görülmemiştir" demekle bu görüşünü teyit etmiştir (204). Oysa Yargıtay verdiği diğer bir kararında ise (205), "...boşanma davasında... Derdestlikten söz edilebilmesi için, iki davayı da aynı kişinin açması gerekir. temyize konu dava koca, derdest olduğu ileri sürülen davayı ise kadın açmıştır. Öte yandan derdestlik itirazının kabul olunabilmesi için davaların dayandığı maddi olaylar ve hukuki sebebin aynı olması gerekir. Oysa kocanın davası terk'e (MK. m. 132) kadının ki ise zinaya (MK. m. 129) dayanmaktadır. Bu bakımdan derdestlik itirazı yerinde değildir..." biçimindeki görüşünde, derdestlik itirazının kabul edilebilmesi için "davaların dayandığı maddi vakıalar ve hukuki sebebin aynı olması" ifadesini kullanmıştır. Kanımca, bu ifadeden derdestliğin unsurlarından dava sebebinin "hukuki sebep" olduğu çıkarılamaz. Bundan amaç, maddi vakıalar her iki davada aynı olmak kaydıyla, tarafların aynı ya da değişik hukuki sebeplere dayanarak açtıkları davalar da derdestlik itirazının ileri sürülmesi mümkün olabilmektedir.

F. DERDESTLİK İTİRAZININ SONUÇLARI

1) Genel Olarak

Derdestlik itirazının sonuçları altında derdestlik itirazının ileri sürülme zamanı ve usulü ile derdestlik itirazı üzerine mahkemenin bu incelemeyi

(203) 2. HD., 12.2.1990, 10473/1730 (Yasa, Haziran 1990, XIII, S. 6, s. 826).

(204) Yargıtay'ın verdiği diğer kararlar da bu görüşü desteklemektedir. 2. HD., 8.1.1990, 9481/23: "(M) ile (H) arasındaki boşanma davasında... Dava, 3444 sayılı Kanunun geçici ek 1. maddesine dayalıdır. Bu durum davacı vekilinin beyanı ile doğrulanmaktadır. Derdest davadan sözedilebilmesi için, her iki davanın; tarafları, konusu ve sebeplerinin aynı olması gerekmektedir. Sebep ten amacın hukuki sebep değil, dayanılan maddi vakıalar olduğu tartışmasızdır..." (YKD., Nisan 1990, C. XVI, S. 4, s. 529-530); ayrıca bkz. 2. HD., 11.7.1977, 4502/5664 (İKİD., 1978, S. 209, s. 6125); 2. HD., 21.3.1974, 874/1666 (İKİD., 1975, S. 169, s. 3240-3242); 6. HD., 11.6.1965, 276/2824 (Erdoğan, s. 40, No: 71).

(205) 2. HD., 30.1.1978, 492/602 (YKD., Eylül 1980, C. VI, S. 9, s. 1203-1204).

nasıl sonuçlandıracağına ilişkin hükümler üzerinde duracağız. Bu hükümleri incelemeye geçmeden önce, derdestlik itirazında bulunacak taraflara ilişkin hususlar üzerinde duracağız.

Derdestlik itirazı yalnız davanın taraflarınca ileri sürülebilir (206). Dava ile ilgili olsalar bile üçüncü kişilerin, taraf bulunmadıkları bir davada derdestlik itirazı ileri sürmeleri mümkün değildir. Bu itibarla, davanın tarafları dışında kalan fer'i müdahilin davada taraf konumunda bulunmayıp, sadece tarafın yardımcısı durumunda bulunduğundan tek başına derdestlik itirazında bulunamaz. Fer'i müdahil asıl tarafla birlikte derdestlik itirazında bulunabilir (207). Ancak öğretide, fer'i müdahilin katıldığı davada asıl tarafın yapabileceği bütün usul işlemlerini yapması mümkün olduğundan asıl taraf lehine iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebileceği ileri sürülmüştür (208). Karşı tarafça iddia edilen hakkın sona erdiğini ileri sürebilir (209). Bu görüşten hareketle, usulî bir itiraz olan "derdestlik itirazı"nın fer'i müdahil tarafından da ileri sürülebilmesi mümkün olmalıdır. Ancak, Kanundaki mevcut düzenlemenin lafzî anlamından bu sonuca ulaşmak pek mümkün görülmediği vurgulanabilir. Buna karşılık, asli müdahil davada taraf konumuna (210, 211) sahip bulunduğundan, müdahalede bulunduğu davada derdestlik itirazında bulunabilir.

Dava davalının gerçek kanuni temsilcisi olmayan birisine karşı açıldığı durumda, davalının gerçek kanuni temsilcisi olmayan bu kişinin yapmış olduğu derdestlik itirazı da dikkate alınmaz (212).

Dava arkadaşlarının derdestlik itirazını ileri sürme konusunda, dava arkadaşlığı çeşitlerini dikkate alarak belirtmekte yarar vardır. Ancak, öncelikle

(206) Üstündağ, s. 489.

(207) 2. HD., 7.10.1971, 4821/5625: "Derdestlik itirazı iptidai itirazlardan olup, ancak davalı hasım tarafından ileri sürülebilir. Dava dışındaki kimselerin ihbarının geçerli bir iptidai itiraz dilekçesi şeklinde kabulü ile davanın reddedilmiş (açılmamış sayılmasına karar verilmiş) olması bozmayı gerektirir" (AD., 1973, S. 2-3, s. 205).

(208) Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 142.

(209) Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 143.

(210) Postacıoğlu, Usul, s. 306; Bilge/Önen, s. 265-267.

(211) Asli müdahil, görülmekte olan ilk davanın taraflarından ayrı ve bağımsız taraf konumundadır, bkz. 2. HD., 27.11.1975, 8849/9044: "Bir davada asli müdahil tarafların yanında yer almaz. Onları karşısına alır. Kendisi bir bakımdan onların davacısı durumuna girer ve dava harcını da öder, böylece taraf sıfatını kazanmış olur" (YKD., 1976, S. 3, s. 307).

(212) Kuru, Usul C. III, s. 3934.

ifade etmek gerekir ki, burada da tarafların her iki davada karşılıklı olmaları gerekir (213). Aksi takdirde her iki davada, dava konusu ve sebebi aynı olsa bile taraflar yönünden bir ayniyet söz konusu olmayacağından derdestlik de bulunmaz (214).

Mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarının usul işlemlerini hep birlikte yapmaları gerekir. Buna göre, dava arkadaşlarının hep birlikte derdestlik itirazında bulunmaları gerekir (215). Bu, dava arkadaşlarının ancak birlikte dava konusu üzerinde tasarrufta bulunmalarının zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır (216). Aksi takdirde, dava arkadaşlarından bir ya da birkaçının yapacağı derdestlik itirazı sonuç doğurmaz.

Ancak Yargıtay, bazı kararlarında mecburi dava arkadaşlarından bir kısmının ileri sürdüğü derdestlik itirazının yeterli olacağı ve bunun sonucundan diğer dava arkadaşlarının da yararlanabileceğini belirtmektedir (217). Kanımca, bu şekildeki bir görüşün kabulü maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlarının usulî işlemleri ile sürme konusunda hep birliktelik hareket etme zorunluluğunun esasına ters düşer.

İhtiyari dava arkadaşlığında, davaların bağımsızlığının sonucu olarak, dava arkadaşlarından herbiri kendisi için usule müteallik işlemlerde bulunabilir. Buna göre, ihtiyari dava arkadaşları yalnız kendi davası için derdestlik itirazında bulunabilir (218, 219). İleri sürülen bu itirazdan (ileri sürmeyen)

(213) Bkz. yuk. E, 3 a.

(214) 6. HD., 24.11.1989, 16221/18194: "Tahliye davasına dair karar... Davacılar vekili davalıların murisi (Ş.E.) ile yapılan sözleşmeye dayanarak kiralanana üç davalının kiracı sıfatıyla kullanmaya devam etmekte oldukları ve bu yere ihtiyacı bulduklarını ileri sürerek bu davayı açmıştır. Davalının derdestlik savunmasına delil olarak gösterdiği 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1987/1051 esas sayılı davası yine aynı iddia ile davalılardan sadece (S.E.) aleyhine açılmıştır. Bu durumda her iki davada dava konusu ve dava sebebi nedeniyle birlikte mevcut ise de taraflar yönünden bir ayniyet sözkonusu değildir. Bu itibarla derdestlik savunması varit değildir..." (Yasa, Mart 1990, C. XIII, S. 3, s. 402-403).

(215) Brückner, K., Das Verhalten der Streitgenossen im Prozess, Frankfurt 1972, s. 139; Kuru, Usul, C. III, s. 2416; Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 159.

(216) Brückner, s. 140; Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 159.

(217) 2. HD., 11.12.1973, 7578/7131: "Davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığı sözkonusu olsa idi, Usulün 47. maddesinde yer alan emredici kural karşısında bir kısım davalıların derdestlik itirazı süreyi geçiren diğer davalıya da tesir ederdi" (İBD., 1974, S. 1-4, s. 214-216).

(218) Kuru, Usul, C. III, s. 2439; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 457; Bilge/Önen, s. 252; Berkin, s. 407; Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 217.

diğer dava arkadaşları yararlanamaz. Dava arkadaşlarından birinin ileri sürdüğü derdestlik itirazının kabulü halinde, mahkeme, bu dava arkadaşının davasının ayrılmasına karar vererek, diğerlerinin davalarına devam eder (220).

2) Derdestlik İtirazının İleri Sürülme Zamanı ve Usulü

Derdestlik itirazının ileri sürülmesi, her yargılama usulüne göre değişiklik gösterir (221). Bu açıdan her yargılama usulündeki derdestlik itirazını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Buna göre;

Yazılı yargılama usulünde derdestlik itirazı, diğer ilk itirazlarla birlikte davanın esasına girilmeden önce ileri sürülmelidir (HUMK. m. 188). Derdestlik itirazı, kural olarak davalı tarafından ileri sürülebilir. Ancak bazı hal-lerde davacı da derdestlik itirazında bulunabilir. Nitekim, davacı karşılık davada, davanın derdest bulunduğu itirazını ileri sürebilir (222).

Derdestlik itirazı, ancak esasa cevap süresi içinde ileri sürülebilir (HUMK. m. 189/1, c. 1). Esasa cevap süresi kural olarak on gündür (HUMK. m. 195/1). Ancak, davacı davalıya on günden fazla bir cevap süresi verip, mahkeme de bu doğrultuda on günden fazla bir süre belirlemiş veya cevap süresi davalının talebi üzerine uzatılmışsa, davalı bu on günden fazla olan cevap süresi içinde de derdestlik itirazında bulunabilir (HUMK. m. 195/1).

Bu on günlük cevap süresi, derdestlik itirazının ileri sürülmesi bakımından hak düşürücü niteliktedir (223). Bu itibarla, derdestlik itirazı, davacının

(219) İhtiyari dava arkadaşlığı için belirtilen bu husus, şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı açısından da geçerlidir, bkz. Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 102-107 ve 142.

(220) 2. HD., 11.12.1973, 7578/7131: "Davalılardan hepsi derdestlik itirazında bulunmuştur. Yalnız davalılardan (A) on günlük cevap süresi geçtikten sonra derdestlik itirazında bulunmuştur. Diğer davalıların derdestlik itirazları ise süresindedir. Yapılacak iş, derdestlik itirazı süresini kaçıran (A)'nın davasının diğer davalıların davasından ayırmak, onun hakkındaki davanın duruşmasına devam edilmek, diğer davalıların gerçekten yerinde bulunan derdestlik itirazları kabul edilerek onlar hakkındaki davanın açılmaması sayılmasına karar vermektir" (İBD., 1974, S. 1-4, s. 214-216).

(221) Alman hukukunda derdestlik bir olumsuz dava şartı kabul edildiğinden, bu mahkemece her zaman dikkate alınmaktadır, bkz. Blomeyer, s. 227.

(222) Kuru, Usul, C. III, s. 3040; Üstündağ, s. 490; Bilge/Önen, s. 425; Berkin, s. 586.

(223) 1. HD., 15.3.1990, 4101/3671: "Taraflar arasında görülen elatmanın önlenmesi davası sonunda... Dava, elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece, derdestlik itirazının kabulüne ve davanın açılmaması sayılmasına karar verilmiştir. Ne var ki, der-

muvafakatı ile olsa bile, cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülemez (224). Mahkeme de derdestlik ilk itirazının süresi içinde yapılıp yapılmadığını re'sen (kendiliğinden) araştırmak zorundadır (225). Ancak, öğretilerdeki azınlıkta kalan görüşe göre (226), davada esasa cevap verilmiş olmadıkça ilk itirazların dolayısıyla derdestlik itirazının ilk duruşmada yapılabileceği ileri sürülmüştür.

Yazılı yargılama usulünde davalı, esasa cevap süresi içerisinde vereceği cevap dilekçesiyle derdestlik itirazını (ve varsa diğer ilk itirazlarını) bildirmek zorundadır (HUMK. m. 195/1). Sözlü yapılan itirazlar geçersiz olduğu gibi, hatta esasa cevap süresi içerisinde bile olsa, cevap dilekçesinden ayrı bir dilekçe ile ileri sürülen derdestlik (ilk) itirazı geçerli olmaz (227). Bu konuda öğretilerde (228), derdestlik itirazının ayrı bir dilekçe ile bildirebileceği, mahkemece bu konuda bir karar verilinceye kadar, davalının esasa cevap verme zorunluluğunun bulunmadığı ileri sürülmüştür (229). Kanımca, der-

destlik itirazı HUMK.nun 187. maddesine göre ilk itirazlardandır. Oysa, temyize konu davada bu itiraz son oturumda yapılmıştır. Bu yön doğrudan (re'sen) gözönünde tutulmaz. Bu durumda yanların delilleri toplandıktan sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken..." (Yasa, Eylül 1990, C. XIII, S. 9, s. 1267); 2. HD., 8.1.1990, 9481/23: "(M) ile (H) arasındaki boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda... Dava 3444 sayılı Yasa'nın geçici Ek/1 maddesine dayalıdır. Bu durum davacı vekilinin 14.6.1989 günlü oturumdaki beyanı ile de doğrulanmaktadır. Derdest davadan sözedilebilmesi için her iki davanın tarafları, konusu ve sebeplerinin aynı olması gerekmektedir. Sebep ten amacın hukuki sebep değil, dayanılan maddi vakıalar olduğu tartışmasıdır. İzmir 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde bulunan ve bozmadan sonra 1989/179 esas numarasını alan dava, Medeni Kanununun 134. maddesinde ifadesini bulan geçimsizliğe dayalı boşanma isteğinden ibarettir. Bu davanın yukarıda belirtilen niteliği karşısında derdestlikten söz edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, derdestlik itirazı HUMK. 187/4. maddesi gereğince ilk itirazlardandır. Yasanın 195. maddesinde öngörülen on günlük cevap süresi geçirildikten sonra 9.1.1989 tarihli layiha ile ileri sürülmüştür. 3444 sayılı Yasanın Ek/1. maddesi çerçevesinde işin esası incelenip bir karar verilmesi gerekirken..." (Yasa, Temmuz 1990, C. XIII, S. 7).

- (224) Bunun gibi, süresinde ilk itirazda bulunmamış olan davalı, ıslah yoluyla vereceği cevap dilekçesinde derdestlik itirazında bulunamaz, bkz. Yılmaz, Islah, s. 221; Üstündağ, s. 489.
- (225) Kuru, Usul, C. III, s. 3034; Üstündağ, s. 490; Bilge/Önen, s. 425; Berkin, s. 587; Postacıoğlu, Usul, s. 421.
- (226) Ansay, s. 204.
- (227) Kuru, Usul, C. III, s. 3038; Berkin, s. 588.
- (228) Şekerci, s. 221.
- (229) Ayrıca bkz. 4. HD., 27.3.1981, 996/4000: "...Usulün 187. maddesinde öngörülen ilk itirazlar 188. madde hükmünce 10 günlük esasa cevap süresi içinde ve hep birlikte ileri sürülmek gerekir. Davalı dava dilekçesinin düzenlenmesinde kanuni noksanlıklar bu-

destlik (ilk) itirazı diğer ilk itirazlarla birlikte, esasa cevap süresi içinde ileri sürülmek kaydıyla cevap dilekçesinden ayrı ve fakat ondan önce düzenlenecek bir dilekçe ile ileri sürülebilir. Buna karşılık, davalının esasa cevap süresi dolmadan vereceği cevap dilekçesi ile davanın esasına girilmiş olduğundan ikinci bir dilekçe ile derdestlik (ilk) itirazında bulunamaz.

Basit yargılama usulünde, davalı, dava dilekçesine on gün içinde cevap vermek zorunda değildir (230). Davalı, esasa ilişkin cevaplarını ilk oturumda yazılı veya sözlü olarak mahkemeye bildirebilir (231). Bu itibarla, derdestlik itirazının da esasa ilişkin cevaplarla birlikte en geç ilk oturumda yazılı veya sözlü olarak bildirilmelidir.

Sözlü yargılama usulünde, iki taraf da derdestlik itirazını diğer ilk itirazlarla birlikte ilk oturumda sözlü olarak bildirmek zorundadır (HUMK. m. 478). Davalı ilk oturumdan önce (gerekmediği halde) bir cevap dilekçesi vermiş olsa bile, ilk oturumda derdestlik (ilk) itirazında bulunabilir ya da daha önce ileri sürdüğü ilk itirazını tamamlayabilir (232).

Seri yargılama usulünde ise, davalı, derdestlik itirazını ancak esasa cevap süresi olan yedi gün içinde esasa ilişkin cevaplar ile birlikte ileri sürebilir (HUMK. m. 503).

İldeğundan bahisle 12.6.1979 gününde bu ilk itirazı ileri sürmüştür. Dava dilekçesinin davalıya 6.6.1979 gününde tebliğ edildiği dikkat nazara alınırsa bu itirazın süresi içinde bulunduğru görülecektir. Ancak davalı 12.6.1979 günlü ilk itiraz dilekçesinde sadece ilk itiraz sebeplerini ileri sürmekle yetinip ayrıca esasa cevap vermemiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş şudur: Mahkeme ilk itirazı hadiseler gibi inceleyip karara bağlayacaktır. Eğer davalı tarafından ileri sürülen ilk itiraz reddedilirse mahkeme davaya devam edecek, ancak yarıca bu red kararını davalıya bildirecek ve özellikle de esas hakkında cevap vermesi için Usulün 196. maddesi gereğince bir cevap süresi tayin edecektir. Çünkü davalı ilk itiraz dilekçesi ile birlikte esasa cevap vermek zorunda olmadığı gibi, duruşmaya gelme zorunluğunda da değildir. O halde, anılan şekilde bir usul işlemi yapılmadığı ve davalıya cevap için süre verilmediği müddetçe davalı her zaman esasa cevap layihası verebilecektir. Bunu engelleyen bir yasa hükmü olmadığı bir yana, Usulün anılan maddesi bu yoruma özellikle imkân vermektedir. O halde davalının 14.12.1979 gününde esasa ilişkin olarak verdiği cevap dilekçesinin süresinde olduğunu kabul zorunlu hale gelmektedir" (Yasa, Haziran 1981, C. IV, S. 6, s. 813-814).

(230) Kuru, Usul, C. IV, s. 3834 vd.; Bilge/Önen, s. 739 vd.; Postacioğlu, Usul, s. 658.

(231) Kuru, Usul, C. III, s. 3042; Şekerci, s. 222.

(232) Şekerci, s. 222.

3) Derdestlik İtirazının İncelenmesi ve Karara Bağlanması

a) Geçerli Bir Derdestlik İtirazının Bulunması Halinde

Mahkemenin derdestlik itirazı hakkında inceleme yapabilmesi için usulüne uygun bir derdestlik (ilk) itirazı ileri sürülmesi yanında daha önceden bütün dava şartlarının varlığının tespit edilmiş olması gerekir (233). Aksi takdirde mahkeme, yaptığı incelemede dava şartlarından birinin bulunmadığını belirlerse, davayı mesmu olmadığından (usulden) reddetmek zorundadır. Bu durumda, mahkemenin derdestlik itirazını dikkate alması mümkün değildir. Bunun gibi, dava şartlarının varlığının tespitine rağmen, dava diğer bir ilk itirazın karara bağlanması sonucunda başka bir mahkemede bakılmasını gerektiriyorsa derdestlik itirazı hakkında da bir karar verilmesi mümkün değildir. Örneğin, davalı, kamu düzenine ilişkin olmayan yetki konusunda yetki (ilk) itirazı ile birlikte derdestlik (ilk) itirazı ileri sürmüş, mahkeme, yaptığı incelemede yetki (ilk) itirazını kabul ederek yetkisizlik kararı vermişse, derdestlik itirazını inceleme konusu yapamaz; derdestlik itirazı yetkili mahkeme tarafından incelenir.

Mahkeme, yaptığı incelemede dava şartlarının varlığını tespit ederse, derdestlik itirazını hadiseler gibi inceleyip karara bağlar (HUMK. m. 191). Bu çerçevede, davalının derdestlik itirazında bulunması üzerine, mahkeme, bunu davacıya tebliğ eder (HUMK. m. 189/1). Davalı cevap dilekçesi ile hem esasa cevap vermiş hem de derdestlik itirazında bulunmuş ise, öncelikle derdestlik itirazının incelenip karara bağlanması gerekir (234).

Bu incelemede derdestliğin varlığını tespit edebilmek için mahkemenin her iki dava (derdestliğin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği) hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu itibarla, her iki davanın aynı mahkemede açılmış olması halinde, mahkeme, iki davayı birlikte inceleyerek derdestliğin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. Eğer, her iki dava ayrı ayrı mahkemelerde açılmış ise, ikinci davanın açıldığı (235) ve

(233) Kuru, Usul, C. III, s. 3042; Üstündağ, s. 491.

(234) Berkin, s. 590.

(235) 5. HD., 21.11.1979, 8379/8654: "Taraflar arasındaki kamulaştırma bedelinin artırılması davasında... Bu dava 1.11.1973 tarihinde açılmıştır. Bilâhare dava konusu 363 parsel ile birlikte diğer bir parselden dolayı 21.12.1973 tarihinde yeniden bedel artırma davası açılmış bulunmaktadır. Sonradan açılan davada İstimlâk Kanununun 14. maddesindeki hak düşürücü süre bakımından reddolunmuştur. HUMK.nun 187/5. maddesi gereğince derdestlik iddiasının sonradan açılan ikinci davada ileri sürülebileceği düşünülmeden..." (YKD., Aralık 1979, C. V, S. 12, s. 1716).

kendisine derdestlik itirazı yapılan mahkeme, diğer mahkemeden bakmakta olduğu davanın tarafları, dava konusu ve sebebi hakkında bilgi ister. Mahkemeden gelecek cevaba göre derdestlik itirazı hakkında karar verir (236).

Mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda, ya derdestlik itirazının kabulü ya da derdestlik itirazının reddine karar verir (237). Nitekim, mahkeme, derdestlik şartlarının gerçekleştiğini tespit ederse, derdestlik itirazının kabulüne ve ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verir (HUMK. m. 194). Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda, "davanın açılmamış sayılması" kararı yerine davanın reddi kararı veremez (238, 239).

Mahkemenin vereceği ikinci davanın açılmamış sayılması kararı usule müteâllik nihai bir karar olup (240), bu karar mamelek hukukundan doğan davalarda dava konusunun miktar veya değeri dörtyüzbin lirayı geçmek şartıyla temyiz edilebilir (HUMK. m. 427/I, II). Ancak, davanın açılmamış kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz (HUMK. m. 440/III, 2). Mahkeme, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararında, davacıyı yargılama giderlerine vekâlet ücretine mahkûm eder (241).

Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda derdestliğin şartlarının gerçekleşmediğini tespit ederse, derdestlik itirazının reddine karar vererek, bakmakta olduğu davayı esastan incelemeye başlar. Derdestlik itirazının reddine ilişkin karar, bir ara kararı olup tek başına temyizi kâbil değildir. Ancak, esas hükümle birlikte temyiz edilebilir (242).

(236) Kuru, Usul, C. III, s. 3016; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 546; Şekerci, s. 223.

(237) Mahkemenin, derdestlik itirazı konusunda olumlu ya da olumsuz hiç bir karar vermemiş olması bir bozma sebebi teşkil eder, bkz. 1. HD., 27.3.1979, 1542/3907 (Yasa, 1980, S. 3, s. 395-396).

(238) Kuru, Usul, C. III, s. 3017; Üstündağ, s. 490; Bilge/Önen, s. 421; Ansay, s. 212; Şekerci, s. 223.

(239) Mahkemenin davanın reddine karar vermiş olması halinde, dava yalnız bu nedenle bozulmaz. Bu durumda, karar düzelterek onanır (HUMK. m. 438/VII).

(240) Bilge/Önen, s. 431; Berkin, s. 590.

(241) Kuru, Usul, C. III, s. 3017; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 546; Bilge/Önen, s. 421; Şekerci, s. 223; Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. 2. HD., 5.3.1973, 1340/1354 (İBD., 1973, S. 3-4, S. 444); 5. HD., 17.11.1964, 4608/4823 (abd., 1964, S. 6, S. 730).

(242) Kuru, Usul, C. III, s. 3018; Postacıoğlu, Usul, s. 414-415; Berkin, s. 590; Şekerci, s. 224.

b) Geçerli Bir Derdestlik İtirazının Bulunmaması Halinde

Davalı süresinde, yani davanın esasına girilmeden önce derdestlik ilk itirazında bulunmadığı takdirde, bu ilk itirazı sürme hakkını kaybeder (243). Böylece, tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan iki dava ayrı ayrı incelenir. Kanun koyucunun, böyle bir düzenleme karşısında en azından çelişkili bir kararın ortaya çıkmasını önlemek amacı ile ikinci davanın açıldığı mahkeme, birinci davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapmalıdır (244). Bunun üzerine, birinci davada verilen hükmün kesinleşmesi üzerine ikinci davanın açıldığı mahkeme, ikinci davayı kesin hükümden dolayı reddeder (245).

Keza, tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan iki dava da aynı mahkemede açılmış ve davalı ikinci davaya karşı süresinde derdestlik itirazında bulunmamış ise, mahkemenin davaların birleştirilmesine (246) (HUMK. m. 45) karar vererek, her iki davayı birlikte inceleyip sonuçlandırmalıdır (247, 248). Davalının süresinde derdestlik itirazında bulunmaması sebebiyle ayrı bakılıp, karara bağlanan davada verilen hükümlerin çelişkili olması bir bozma sebebi'dir (HUMK. m. 428/3). Bu nedenle, iki hükmün de temyiz edildiği durumda, Yargıtay bu hükümlerden doğru olanı onar, diğerini bozar. Hükümlerden biri daha önce kesinleşmişse, diğer ikinci hükmün kesin hükümden dolayı bozulması gerekmektedir (249).

Birinci davanın sonuçlanmasının bekletici sorun yapılmamış ve aynı mahkemede davaların birleştirilmesine karar verilmemiş olması nedeni ile her iki davaya ayrı ayrı devam edilmesi halinde, birinci davada hükmün kesinleşmesi üzerine ikinci davanın kesin hükümden dolayı reddine karar ver-

(243) Buna karşılık, bazı yabancı hukuk sistemlerinde derdestlik, olumsuz bir dava şartı olarak görüldüğünden mahkemece her zaman dikkate alınabilmektedir, bkz. yuk. D., 1.

(244) İsviçre öğretisinde de aynı doğrultuda görüş ileri sürülmektedir, bkz. Leuch, s. 177.

(245) Kuru, Usul, C. III, s. 3019; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 547.

(246) Davaların birleştirilmesinin amacı, aralarında kanun koyucunun aradığı anlamda çok sıkı bağlantı bulunan davalar birlikte görülerek, hem usul ekonomisine hizmet etmek hem de aynı dava hakkında çelişkili kararın ortaya çıkmasını önlemektir. Türk hukukunda kanun koyucu davaların birleştirilmesi sebepleri olarak, davaların aynı sebepten doğmuş bulunması (HUMK. m. 43/2), davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması (HUMK. m. 45/III) hali gösterilmiştir. Bkz. Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 137-141.

(247) Kuru, Usul, C. III, s. 3019; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 547; Şekerci, s. 224.

(248) Nitekim, Fransız hukukunda davalının derdestlik itirazı üzerine ikinci davanın birinci dava ile aynı olduğu tespit edilirse, her iki dava birleştirilir, bkz. Şekerci, s. 224.

(249) Kuru, Usul, C. III, s. 3021.

mek zorundadır (250). Zira, bir davada kesin hüküm bulunmaması dava konusuna ilişkin olumsuz bir dava şartıdır ve mahkemenin bunu re'sen (kendiliğinden) dikkate alması gerekmektedir.

Ancak, hükmün kesinleştiği bilinmeden ikinci davada da esas hakkında hüküm verilmiş ve bu hüküm de kesinleşmiş olmasına rağmen, her iki hüküm birbiri ile çelişmekte ise, ikinci hükmün iptali için yargılamanın iadesi yoluna (251) başvurulabilir (HUMK. m. 445/10; m. 450/II) (252).

G. DERDESTLİĞİN SONA ERMESİ

Davada derdestlik, usule müteâllik işlemlerle veya davanın esası hakkında karar verilmesi ya da davayı sona erdiren taraf işlemleriyle sona erebilir. Buna göre;

Derdestliğin usule müteâllik işlemlerle sona ermesi hallerine davanın geri alınması (253), davayı takipsiz bırakma veya davacının teminat yatırması gereken hallerde teminatın yatırılmaması sonucunda dosyanın işleminden kaldırılması ve süresinde davanın yenilenmemesi sebebiyle davanın açılmamış sayılması hallerinde sözkonusu olabilir (254). Bunun gibi, bir davanın mesmu olabilmesi için bulunması ya da bulunmaması gereken dava şartlarını taşımaması durumunda, davanın mahkemece usulden reddedilmesi sonucu derdestlikte sona erer (255).

Yine, davanın kesin hükümle sonuçlanması durumunda derdestlik sona erer (256). Şekli anlamda kesinleşmiş olan bir davanın aynı taraflar arasında aynı dava konusu ve sebebine dayanarak tekrar uyumsuzluk konusu yapılması mümkün değildir. Aksi takdirde, kesin hüküm itirazı ile karşılaşılır. Ke-

(250) Postacıoğlu, Usul, s. 410; Alman hukuku için bkz. Stein/Jonas, s. 171.

(251) Alman hukukunda da aynı taraflar, aynı dava konusu ve sebebine dayanarak açılan her iki davanın kesinleşmiş olması halinde, bu bir yargılamanın iadesi sebebidir (DZPO § 580 Nr. 7a), bkz. Stein/Jonas, s. 171.

(252) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 118-125.

(253) Rosenberg/Schwab, s. 606; Stein/Jonas, s. 179; Blomeyer, s. 260; Leuch, s. 176; Straeu-li/ Messmer, s. 178; Grunsky, s. 311.

(254) Lüke/Walchshöfer, s. 1496. Bu konuda 7. HD'nin 13.6.1974, 4367/3461 sayılı kararı hakkında bkz. yuk. s. 17, dn. 123.

(255) Leuch, s. 176.

(256) Stein/Jonas, s. 179; Lüke/Walchshöfer, s. 1496; Blomeyer, s. 260; Rosenberg/Schwab, s. 606; Leuch, s. 176; Guldener, s. 208; Staegli/Messmer, s. 178; Grunsky, s. 311.

sin hükmün bulunmaması yukarıda belirttiğimiz şekilde (257) dava konusuna ilişkin olumsuz bir dava şartıdır.

Keza, davayı sona erdiren taraf işlemlerinden feragat, kabul (258) ve sulh (259) işlemleriyle de derdestlik sona erer. Zira, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 95/1'e göre "feragat ve kabul kat'i bir hükmün hukuki neticelerini hasil eder" hükmü çerçevesinde, davadan feragat ve davayı kabul ile o uyumsuzluk konusunda maddi anlamda kesin hükmün sonucunu doğurur. Bunun gibi, şarta bağlı olmayan taraflar arasında bir sulh ve böyle bir sulh üzerine verilen mahkeme kararı da maddi anlamda kesin hüküm sonucunu oluşturduğundan (260) derdestlik de sona erer (261).

Bir dava görülmekte iken, daha sonra açılan aynı davada henüz derdestlik itirazı dikkate alınmaksızın, bu ikinci açılan davanın ıslah ile değiştirilmesi durumunda derdestlik sona erer (262). Çünkü, ıslah edilen dava ortadan kalkmıştır (263). Terditli davada, davacı yardımcı talebi asıl talebin reddi şartı ile ileri sürmüştü ve asıl talep hakkındaki kabul kararı verilmiş ise yardımcı talebin derdestliği sona erer (264). Aynı şekilde, davacı yardımcı talebi asıl talebin kabulü şartı ile ileri sürmüştü, asıl talep hakkındaki red kararının kesinleşmesi halinde de yardımcı talebin derdestliği ortadan kalkmaktadır. Her iki durumda da yardımcı talebin derdestliği geriye etkili olarak sona ermektedir.

H. SONUÇ

Dava açılmasının usul hukuku bakımından doğurduğu sonuçlardan birisi de "derdestlik"tir. Bir davanın derdest olması, davanın yargı organları önünde görülmekte olmasıdır. Başka bir deyişle, derdestlik, tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan bir davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olmasıdır.

(257) Bkz., yuk. D, 2.

(258) Grunsky, s. 311.

(259) Sulh, "mahkeme içi sulh" ve "mahkeme dışı sulh" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Burada kastedilen mahkeme içi sulhtur.

(260) Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 489.

(261) Lüke/Walchshöfer, s. 1497; Stein/Jonas, s. 179; Blomeyer, s. 260; Rosenberg/Schwab, s. 606; Leuch, s. 176; Guldener, s. 208; Grunsky, s. 311.

(262) Ansay, s. 212.

(263) Yılmaz, Islah, s. 157 vd.

(264) Lüke/Walchshöfer, s. 1497; Stein/Jonas, s. 179; Muşul, s. 196.

Derdestliğin başlama zamanı konusunda bazı yabancı hukuk sistemlerinde açık düzenlemeye yer verilmesine karşın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir hükme yer verilmiş değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 178'e göre, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydedildiği tarihten itibaren dava açılmış sayılacağından derdestliğin de bu tarihten itibaren başladığı kabul etmek gerekir.

Derdestliğin usul hukukuna yönelik doğurduğu usulî tesir (sonuç) "derdestlik itirazı"dır. Derdestlik itirazının usul kanunlarında yer almasının amacı, aynı davanın yargı mercileri önünde tekrar açılmasını önlemek, bu sayede daha fazla zaman, emek ve masraf kaybına engel olmaktır. Bunun gibi, davacının tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan bir davayı tekrar açmasında hukuki menfaati bulunmadığı gibi, aynı dava hakkında değişik mahkemelerin gelişkili kararlar vermesini engelleyerek hukuki güvenliği de sağlamaktır.

Derdestlik itirazından beklenen bu amacın gerçekleşmesi için hukuk sistemindeki düzenleme tarzını dikkate almak gerekir. Hukukumuzda derdestlik itirazı bir ilk itirazdır. Bu nedenle, derdestlik itirazının da diğer ilk itirazlar gibi, davanın başında esasa girilmeden önce taraflarca ileri sürülmesi gerekir. Derdestlik itirazı, davanın başında, esasa girilmeden önce taraflarca ileri sürülmezse, bir daha ileri sürülemeyeceği gibi, mahkeme tarafından da re'sen (kendiliğinden) dikkate alınamaz. Hukukumuzdaki mevcut bu düzenleme, derdestlik itirazından beklenen yukarıda belirttiğimiz amacı tam anlamıyla gerçekleştirdiği söylenemez. Bu nedenle, incelememizde değindiğimiz bazı yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemeye paralel olarak, olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından derdestlik itirazının bir dava şartı olarak kabul edilmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. Böylece derdestlik, davanın her aşamasında ileri sürülebilen ve mahkemece re'sen (kendiliğinden) dikkate alınabilen dava konusuna yönelik olumsuz bir dava şartı haline gelecektir.

Bu gerçekten hareketle, 1993 yılında hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündeminde bulunan "Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı"nın 156. maddesindeki, "Davanın aynı veya başka bir mahkemede daha önce açılmış olup halen görülmekte olduğu itirazı, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınır. Bu itirazın kabulü halinde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir" hükmünün getirdiğimiz eleştiriler doğrultusunda ele alınarak kanunlaşması temenni edilir. Bu sayede, derdestlik itirazından beklenen amaç tam anlamıyla gerçekleşebilir.

Mevcut hukuki düzenleme karşısında, derdestlikten beklenen amacın asgari düzeyde gerçekleştirilebilmesi için, mahkemelerin aşağıdaki yöntemleri uygulama konusunda dikkatli olmaları yerinde olacaktır.

Buna göre, tarafları, dava konuu ve sebebi aynı olan iki davanın ayrı mahkemelerde açılması ve süresinde derdestlik itirazında bulunulmaması halinde, en son davanın açıldığı mahkeme, önceki davanın sonuçlanmasını bakmakta olduğu dava açısından bekletici sorun yapmalıdır. Bekletici sorun yapıldığı durumda, önceki davada verilen hükmün kesinleşmesi üzerine, bekletici sorun yaptığı davayı kesin hüküm bulunması nedeni ile reddetmelidir.

Keza, tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan iki dava da aynı mahkemede açılmış ve davalı ikinci davaya karşı süresinde derdestlik itirazında bulunmamış ise, mahkemenin davaların birleştirilmesine karar vererek, her iki davayı birlikte inceleyip sonuçlandırmalıdır. Davalının süresinde derdestlik itirazında bulunmaması sebebiyle ayrı bakılıp, karara bağlanan davada verilen hükümlerin çelişkili olması bir bozma sebebi teşkil eder. Bu nedenle, iki hükmün de temyiz edildiği durumda, Yargıtay bu hükümlerden doğru olanı onaması, diğerini bozması zorunludur. Hükümlerden biri daha önce kesinleşmişse, diğer ikinci hükmün kesin hükümden dolayı bozulması gerekmektedir.

Birinci davanın sonuçlanmasının bekletici sorun yapılmamış veya aynı mahkemede davaların birleştirilmesine karar verilmemiş olması nedeni ile her iki davaya ayrı ayrı devam edilmesi halinde, birinci davada hükmün kesinleşmesi üzerine ikinci davanın kesin hükümden dolayı reddine karar vermek zorunludur. Zira, bir davada kesin hüküm bulunmaması dava konusuna ilişkin olumsuz bir dava şartıdır ve mahkemenin de bunu re'sen (kendiliğinden) dikkate alması gerekmektedir.

Hükmün kesinleştiği bilinmeden ikinci davada da esas hakkında hüküm verilmiş ve bu hüküm de kesinleşmiş olmasına rağmen, her iki hüküm birbiri ile çelişmekte ise, ikinci hükmün iptali için yargılamanın iadesi yoluna başvurmak hukuki güvenlik açısından kaçınılmaz bir zorunluluktur.

BİBLİYOGRAFYA (*)

Alangoya, Y., Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, MHAD., 1969, S. 5, s. 125-194.

Alangoya, Y., Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Ansay, S.Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, B. 7, Ankara 1960.

Arens, P./Lüke, W., Zivilprozessrecht, 5. Aufl, München 1992.

Arslan, R., Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989. (**Arslan, Dürüstlük**).

Arslan, R., Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, ABD., 1988, S. 5-6, s. 722-737. (**Arslan, Kesin Hüküm İhtiyacı**).

Arslan, R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977. (**Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi**).

Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartman, P., Zivilprozessordnung, München 1992.

Baumgaertel, G., Der Zivilprozessrechtsfall, 3. Aufl. Köln.

Baur, F., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Frankfurt 1978.

Belgesay, M. R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1939.

Berkin, N.M., Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.

Bilge, N./Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku, B. 3, Ankara 1978.

Blomeyer, A., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1985.

Bosch, W., Rechtskraft und Rechtshaengigkeit im Schiedsverfahren, Diss., Konstanz 1989.

Bruns, R., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1979.

Brückner, K., Das Verhalten der Streitgenossen im Prozess, Frankfurt 1972.

Çenberci, M., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965.

Domaniç, H., Hukukta Kaziyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964.

Gözübüyük, A.Ş., Yönetmelik Yargı, B. 7, Ankara 1990.

Grunsky, W., Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1979.

Guldener, M., Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Bd. I, Zürich 1947.

Gürdoğan, B., Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.

Habscheid, W. J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1986 (**Habscheid, Zivilprozessrecht**).

(*) Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Habscheid, W.J.**, Bemerkungen zur rechtshaengigkeitsproblematik im Verhaeltnis der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz einerseits und den USA andererseits, Festschrift für Zweigert, 1981, s. 109-125. (**Habscheid**, Rechtshaengigkeit Deutschland–Schweiz–USA).
- Habscheid, W.J.**, Der Streitgegenstand im Zivilprozessrecht und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.
- Heintzmann, W.**, Zivilprozessrecht, I, Heidelberg 1985.
- Henckel, W.**, Parteilehre und Streitgegenstand Zivilprozess, Heidelberg 1961.
- Herzog, P.**, Civil Procedure in France, Hague 1967.
- Holzhammer, R.**, Österreichisches Zivilprozessrecht, Wien 1970.
- Karafakih, İ.H.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.
- Karahasan, M.R.**, Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C. I, Ankara 1977.
- Ksoll, E.**, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Düsseldorf 1971.
- Kummer, M.**, Grundriss des Zivilprozessrecht nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978.
- Kunter, N.**, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, İstanbul 1989.
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, B. 5, İstanbul 1990. (**Kuru**, Usul, C. I).
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, B. 5, İstanbul 1990. (**Kuru**, Usul, C. II).
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 5, İstanbul 1991. (**Kuru**, Usul, C. III).
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, B. 5, İstanbul 1991. (**Kuru**, Usul, C. IV).
- Kuru, B.**, Tespit Davaları, B. 2, İstanbul 1988. (**Kuru**, Tespit).
- Kuru, B.**, Hukuk Usulünde Dava Sebebi, AD., 1967, S. 4, s. 256-257.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**, Medeni Usul Hukuku, B. 6, Ankara 1994.
- Lent, F./Jauernig, O.**, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 1972.
- Liedtke, K.W.**, Der Partei- und Streitgegenstandsbezogene inhalt des Vermögensrechtsstreits, Darmstadt 1971.
- Lüke, G./Walchshöfer, A.**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I, München 1992.
- Mettenheim, C.**, Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1969.
- Muşul, T.**, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984.
- Nomer, E.**, Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı, İHFM, 1968, C. XXXIV, S. 1-4, s. 343-374.
- Pekcanitez, H.**, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- Pekcanitez, H.**, Medeni Usul Hukukunda Ferî Müdahale, Ankara 1992. (**Pekcanitez**, Ferî Müdahale).

Postacioğlu, İ.E., Davanın Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, Recai Seçkin Armağanı, Ankara 1974. (**Postacioğlu**, Hukuki Sebep).

Postacioğlu, İ.E., Medeni Usul Hukuku, B. 6, İstanbul 1975. (**Postacioğlu**, Usul).

Rimmelspacher, B., Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, Göttingen 1970.

Rosenberg, L./Schwab, K.H., Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 1986.

Schak, H., Einführung in das US- amerikanische Zivilprozessrecht, München 1988.

Schwab, K.H., Der Streitgegenstand im Zivilprozess, München und Berlin 1954.

Schwab, K.H., Der Stand der Lehre von Streitgegenstand im Zivilprozess, JuS, 1965, s. 81-86 (Çev: **Alangoya, Y.**, İhtilâf Konusu Hakkındaki Doktrinin Durumu, İÜHFİM, 1968, C. XXXII, S. 3-4, s. 288-303).

Schwab, K.H./Walter, G., Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., München 1990.

Schilken, E., Zur Bedeutung der "Anhaengigkeit" im Zivilprozess, JR 1984, Heft 11, s. 446-450.

Schurtman, W./Walter, O.L., Der Amerikanische Zivilprozess, Frankfurt 1978.

Schütze, R. A., Die Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens nach dem EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zustaendigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, Recht der Internationalen Wirtschaft, Februar 1975, Heft 2, s. 78-80.

Stein/Jonas., Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., Bd. II, Teilband 1, Tübingen 1984.

Straeuli, H./Messmer, G., Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976.

Şekerci, E., Medeni Usul Hukukunda ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik, YD., 1986, (I), S. 3, s. 208; (II), S. 4, s. 396-409.

Tiryaki, F., Derdestliğin Şartları, ABD., 1979, S. 2, s. 34-40.

Ulukapı, Ö., Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi ve Bundan Doğan Sonuçlar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1986.

Uyanık, G., İlik İtirazlar, İzBD., 1967, S. 26, s. 9-29.

Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, B. 5, İstanbul 1990.

Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, B. 5, İstanbul 1992.

Yılmaz, E., Medeni Yargılama Hukukunda İslah, Ankara 1982. (**Yılmaz**, İslah).

Yılmaz, O., İhtiyati Tedbirler, B. 2, Konya.

Zeiss, W. Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Tübingen 1978.

Zöllner, R./Schmidt, O., Zivilprozessordnung, 17. Aufl. Köln 1991.

TÜRK HUKUKUNDA AF

Dr. İlhan AKBULUT (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. I- Affın Hukuk Sistemindeki Yeri ve Hukuki Mahiyeti-Benzer Müesseseler İle Karşılaştırılması-Leh ve Aleyhindeki Görüşler. 1- Affın Hukuk Sistemindeki Yeri ve Hukuki Mahiyeti. a- Affın Anayasa Hukukundaki Yeri ve Hukuki Mahiyeti. b- Affın Ceza Hukukundaki Yeri ve Hukuki Mahiyeti. 2- Affın Benzer Müesseseler İle Karşılaştırılması. a- Affın Tecil İle Karşılaştırılması. b- Affın Memnu Hakların İadesi İle Karşılaştırılması. c- Affın Şikayetten Vazgeçme İle Karşılaştırılması. 3- Affın Leh ve Aleyhindeki Görüşler. a- Affın Lehindeki Görüşler. b- Affın Aleyhindeki Görüşler. c- Görüşlerde Çıkan Sonuçlar ve Türk Hukukundaki Durum. II- Affın Çeşitleri ve Özellikleri. 1- Genel Af. a- Genel Affın Ayırıcı Vasıfları. b- Genel Affın Neticeleri. c- Genel Affın Çeşitleri. 2- Özel Af. a- Özel Affın Ayırıcı Vasıfları. b- Özel Affın Neticeleri. c- Özel Affın Çeşitleri. III- Affın Hüküm ve Neticeleri. 1- Genel Affın Hüküm ve Neticeleri. 2- Özel Affın Hüküm ve Neticeleri. S o n u ç .

GİRİŞ

Suçu bağışlamak anlamına gelen af, hukuk terimi olarak kesinleşmiş veya kesinleşecek cezaların yetkili devlet organınca azaltılması veya kaldırılmasıdır. Meşruluğu konusunda hayli tartışmalar yapılmış bulunan af, umumiyetle siyasi tercihlerin egemen bulunduğu bir tasarruftur. Af bir bakıma, suç işlenmesi sebebiyle suç faili ve devlet arasında doğan cezai münasebeti sona erdiren yahut sadece devletin cezalandırma hakkını yokeden bir bağışlama işlemidir. Devletlerin çoğunda af, yasama ve yürütme kudretinin bir yetkisini ifade eder. Devlet, saniğe karşı yapılması gereken takipten, verilen cezanın uygulanmasından, cemiyet, genel adalet veya menfaat düşün-

(*) Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Hâkimi.

cesi ile tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir. Bu maksatla bazı defa takibi kaldırır veya durdurur, bazı kerere hükümlülüğü kaldırır, cezayı erteler, yahut hafifletir. Görüldüğü gibi af yetkisinin kullanılması, netice itibariyle devletin cezalandırmak hakkından sarfınazar etmesi anlamına gelmektedir. Devletin böyle esaslı bir hakkından vazgeçmesi ancak çok önemli hâllerde meşru görülebilir. Çıkarılan her af kanununa ait gerekçede, bunun hangi sebeplerle çıkarıldığını gösteren ifadeler rastlanmaktadır. Hukukumuzda, af kanunlarının tatbiki bakımından hiçbir kanun kaidesine rastlanamaması, bu konuda genel usul kaidelerinin tatbik edilmesini gerektirmektedir.

I- AFFIN HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ
 – BENZER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI
 – LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER

1- Affın Hukuk Sistemindeki Yeri ve Hukuki Mahiyeti

Kaynağını Anayasalardan alan af müessesesi, başta Anayasa ve Ceza Hukuku olmak üzere çeşitli hukuk dallarını ilgilendirmektedir. Esas olarak Ceza ve Anayasa Hukuku tarafından düzenlenmiş bulunan, ancak aynı zamanda hüküm ve sonuçları bakımından İdare Hukuku, Borçlar Hukuku ve Usul Hukuku sahalarında da etkileri bulunan çok yönlü bir müessesedir.

a- Affın Anayasa Hukukundaki Yeri ve Hukuki Mahiyeti

Anayasamızın 87. maddesinde af konusuna yer verilmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bu konudaki görev ve yetkileri şu şekilde belirtilmiştir: "Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilânına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir".

Anayasa Mahkemesi, kanunkoyucunun çıkaracağı af kanunları ile değişik türde suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların aftan değişik ölçülerde yararlanmalarını, üstelik haklı nedenler varsa, bir kesiminin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkili olduğuna karar vermiştir (1).

Af yetkisi konusunda, bu yetkinin hangi organ tarafından kullanılacağı tartışılmıştır. Af yetkisini kullanacak organ bakımından Anayasaları üçe aa-

(1) Anayasa Mahkemesi'nin 13.3.1979 gün ve 1978/67 E., 1979/14 K., Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 17, s. 111.

ayırmak mümkündür: İsviçre ve kısmen de Türkiye Anayasaları, af yetkisini yasama organına vermişlerdir. Ancak ülkemizde özel af yetkisi, sebebinde sınırlı olmak şartıyla, Parlamentodan başka Devlet Başkanına da tanınmış bulunmaktadır. Çekoslovakya, İzlanda, Yunanistan, Danimarka, Belçika ve Amerika Anayasaları ise, gerek genel ve gerek özel af yetkilerini yürütme organına tanımışlardır. Buna karşılık Almanya, Bulgaristan, Fransa, Macaristan gibi Devletlerin Anayasalarında af yetkisi yasama organlarına bırakılmıştır (2).

Af tasarrufunun hukuki mahiyetine gelince; Zaman zaman aralarında bazı benzerlikler sebebiyle affın bir yargı tasarrufu olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak yargı tasarrufunun en iyi misalinin mahkeme kararları olduğunda tereddüt yoktur. Bir mahkeme kararından bahsedebilmek için yargılama usullerine uyularak mahkemelerce yapılan yargılama sonunda verilen hükümler anlaşılır. Kazaî tasarruflarda özellikle işin mahiyeti incelenir, karar ferdileştirilir. Halbuki bütün bu hususlar nazara alındığında, genel affın bir yargı tasarrufu olmadığı kolayca anlaşılır. Bir kere, genel affa yetkili olan yasama organı, yargı faaliyetinde bulunmak bakımından yetkisizdir. Ayrıca Büyük Millet Meclisi affı ilân ederken, hukukî sebeplere değil, ahlâki, siyasî, içtimaî ve insanî sebeplere dayanmaktadır. Umumî afdaki sadelik ve herkesi kapsamaması, mahkeme kararlarındaki şahsılık ile tezat oluşturmaktadır. Hakim daima belirlenmiş bir hal üzerinde karar verir; halbuki umumî af ilânında, muayyen bir vasfı haiz, adedi belirlenmemiş fiiller bahis konusu olmaktadır (3).

Genel ve Özel af, yargı tasarrufu olmadıklarına göre, ya yasama ya da yürütme tasarrufu sayılacaklardır. Affı çıkaran organa ve affın çıkarılmasında güdülen amaca bakmak suretiyle, af tasarrufunun hukuki mahiyetini tespit etmek mümkündür. Bu itibarla, meclisin çıkardığı aflar ki bunlar; genel af, ferdi ve ferdi olmayan özel af birer yasama tasarrufu; devlet başkanı tarafından çıkarılan aflar da yürütme tasarrufu sayılacaklardır.

b- Affın Ceza Hukukundaki Yeri ve Hukuki Mahiyeti

Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabının Dokuzuncu Babı "Dava ve Cezanın Sûkûtu" başlığını taşımaktadır. İşlenmiş bir suçtan dolayı cezalandır-

(2) DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: III, 9. Bası, İstanbul 1983, s. 277; ÖZEK, Çetin, Umumi Af, İHFM., C. XXIV, Sayı: 1-4, İstanbul 1959, s. 131-132.

(3) ADAM, Tahsin, Af Salahiyeti, Adliye Ceridesi, No: 11, Ankara 1941, s. 861.

ma hakkını kullanma vasıtası olan Kamu davasının veya bu dava üzerine hükmedilen cezanın düşmesini gerektiren sebepler şunlardır: Sanığın ölümü, af, zamanaşımı, mağdurun şikâyet hakkının kalkması veya şikâyetinden vazgeçmesi. Bu arada davayı ve cezayı düşüren hallere mahiyetleri itibariyle değil, ancak neticeleri bakımından benzeyen, ön ödeme, erteleme, şartla salıverme ve akıl hastalığını da saymak yerinde olacaktır. Bu şekilde tespit ettiğimiz düşme sebeplerini ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Birinci gruba dahil olanlara "umumi", ikinci gruba dahil olanlara "hususî" düşme sebepleri adı verilmektedir. Bunlardan hususî düşme sebeplerinin sadece kanunda gösterilen suçlar bakımından uygulanmasına mukabil, umumî sebepler bütün suçlara uygulanabilirler. Af da bu itibarla, ölüm, zamanaşımı, şikâyetten vazgeçme ve ön ödeme ile birlikte, umumi düşme sebeplerinden birisini oluşturmaktadır. Af, genel veya özel olur. Genel af, TCK.nun 97. maddesinde de belirtildiği üzere, "hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır". Özel af ise, TCK.nun 98. maddesinde düzenlenmiştir. Bu tür af, "havi olduğu sarahate göre, cezayı tamamen ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir. Hatta, daha ağır bir cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilave edilmemiş bulunmak şartıyla, mahkûmun kanuni mecburiyetini de ref' eder".

2- Affın Benzer Müesseseler İle Karşılaştırılması

a- Affın Tecil İle Karşılaştırılması

Tecil, suçlunun mahkûmiyeti cihetine gidildikten sonra tayin olunan cezanın infazının geri bırakılmasıdır. Başka bir deyişle tecil, esasta hafif ve nasılsa bir suç işlemiş kimse hakkında verilen bir cezanın belli bir müddet geri bırakılmasına hakimın karar vermesidir. Af ise, suç işlenmesi sebebiyle suç faili ve devlet arasında doğan cezai münasebeti sona erdiren yahut sadece devletin cezalandırma hakkını yok eden bir atıfet tedbiri, bir unutmaya ve bağışlama muamelesidir. Af ile tecil arasındaki farkları şöyle sıralayabiliriz: İlk fark, tecile hâkimin karar verebilmesine karşılık, af yetkisi ancak Anayasanın belirtmiş olduğu organlar tarafından kullanılabilir. Anayasamıza göre af yetkisi esasta yasama organı tarafından, belirli sebeplere dayanan özel af ise, yasama organı ve ayrıca Devlet Başkanı tarafından kullanılmaktadır. Af ile tecil arasında diğer bir fark, bunlardan yararlanmanın kapsamında kendisini gösterir. Af edilen suçlu hakkında bir daha tatbikat yapılamaz. Buna karşılık tecilde verilmiş bir mahkûmiyet vardır ve deneme müddeti içinde ikinci defa suç işlendiği takdirde, evvelki ceza da suçluya çektilir. Bir başka

fark da, Affın mutlak bir takdire dayanması ve bunun sonucu olarak, affeden organın niçin affettiğini söylemek zorunda olmamasıdır. Halbuki cezayı tecil eden hakim, tecil hususunda gerekçe göstermek zorundadır. Ayrıca tecile karar vermeden önce tecil şartlarının mevcut olup olmadığı araştırılır. Halbuki affedecek organın hangi şartların varlığı halinde bu yetkisini kullanabileceği evvelden tayin edilmemiştir (4). Aslında sözünü ettiğimiz bu fark, af ile tecil arasındaki amaç ayrılığının bir sonucudur. Ceza hukukunda istisnai bir yol olan af, daha ziyade siyasi amaçlara hizmet eden bir vasıta (5). Tecil ise, daha ziyade kısa süreli cezaların sakıncalarını yoketmeğe yarayan bir müessesedir.

b- Affın Memnu Hakların İadesi İle Karşılaştırılması

Memnu hakların iadesi, ceza mahkumiyetinden doğan müebbet yasakların ve ehliyetsizliklerin ortadan kaldırılmasını sağlayan ve bu suretle bahsi geçen yasak ve ehliyetsizliklerden kurtulmak isteyen kimseyi namuslu bir şekilde yaşamaya yöneltten bir müessesedir (6). Eskiden, yürütme organının hiç bir adli soruşturmaya gerek duymaksızın tamamen keyfi bir şekilde memnu hakları iade edebilmesi, neticeleri ehliyetsizliklere kadar uzanan bir af yetkisi olarak kabul ediliyordu (7). Ancak bugünkü manâda memnu hakların iadesi müessesesi aftan tamamen ayrıdır. Bu farklılıkları şu şekilde özetleyebiliriz:

Birinci ve önemli fark, kişi iradesine tanınan değerde göze çarpar. Memnu hakların iadesinin talebe bağlı olmasına karşılık, afta kural olarak kişi iradesi her hangi bir rol oynamaz (8). Talep mevcut olsun veya olmasın yetkili organ af yoluna gidebilir.

İkinci fark, yetkili organda kendini gösterir. Af, yasama ve yürütme organı tarafından çıkarılabildiği halde, memnu hakların iadesine karar verecek olan merci mahkemelerdir. Nitekim Ceza Kanunumuzun 124. maddesine göre: "Memnu haklar; Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun tayin ettiği

(4) KEYMAN, Selahattin, Türk Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1965, s. 9.

(5) ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul, 1963, s. 67.

(6) DÖNMEZER, S. – ERMAN, S., age., s. 409.

(7) GÜNAL, Yılmaz, Adli Yollarla Memnu Hakların İadesi, Ankara 1961, s. 6.

(8) EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: 1, Genel Hükümler, 8. Bası, 1091; KEYMAN, Selahattin, age., s. 10.

suretlerle iade olunur. Memnu hakların iadesine alâkadarların talebi üzerine usulü dairesinde karar verilmesi mahkemeye aittir". Kanunumuz, memnu hakların iadesine karar verip vermemek yetkisini yargı organlarına bırakmakla, bu müessesenin ferdi özel af gibi bir atıfet müessesesi olmayıp, bir yargı müessesesi olduğunu belirtmiş bulunmaktadır.

Üçüncü bir fark da, iki müessesenin hizmet ettiği amaçlarda kendini gösterir. Afda genellikle siyasi bir amaç vardır. Memnu Hakların İadesine ise, cezasını tamamlayan mahkûmun bundan sonraki iyi hareketlerini mükafatlandırmak ve kendisine yardım etmek amacı göze çarpar.

c- Affin Şikâyetten Vazgeçme İle Karşılaştırılması

Ceza Kanununun 99. maddesinin birinci fıkrasında yazılı olduğu üzere, takibat yapılabilmesi dava veya şikâyete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören kimsenin vazgeçmesi kamu davasını ortadan kaldırır. Genel af ve şikâyetten vazgeçmenin kamu davasını düşürebilmesi, her iki müessesenin ortak taraflarını oluşturur. Ancak bu iki müessesenin bu benzeyen yönlerine mukabil her iki müessese de tamamen birbirlerinden farklıdır. Şöyleki; Af, ancak Anayasanın belirttiği organlar tarafından bahşedilebilir. Şikâyetten vazgeçme ise suçun mağduruna tanınmış bir yetkidir. Bunun yanında, vazgeçme yoluna sadece takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından gidilebilmesine karşılık, af'da bütün suçlar affa dahil edilebilir. Sanıklardan biri hakkında şikâyetten vazgeçme diğerlerine de tesir eder. Bu itibarla şikâyet eden kimse vazgeçmeyi müştereken işlenmiş bir suçun müeaddit sanıklarından yalnız bazısına hasredemez, böyle bir hâlde hiç biri hakkında şikâyetten vazgeçilmemiş sayılmak lâzımdır (9). Af'da ise, affeden organ, aynı fiili işleyenlerden bir kısmını affın dışında bırakabilir. Af, kaide olarak mecburidir. Halbuki vazgeçmenin kamu davasını düşürebilmesi için, sanık tarafından kabul edilmesi de gerekir. Şikâyet ancak kesin hüküm verilinceye kadar geri alınabilir. Af ise, kesin hükümden önce veya sonra olabilir. Şikâyetten vazgeçme teklifi herhangi bir şarta bağlanamamasına mukabil, yetkili organın af kanununa uygun gördüğü şartları ilave edebilmesi her zaman mümkündür.

3- Affin Leh ve Aleyhindeki Görüşler

Merhamet duygusuna yer veren ve özü bakımından bir "ahlak" konusu olan "af yetkisi" ceza hukukunda bilhassa "kamu davasını ve cezayı düşüren

(9) TANER, Tahir, Ceza Hukuku, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1949, s. 695; KEYMAN, Selâhattin, age., s. 13.

sebepe" olarak incelenir. Bu yetkinin meşru olup olmadığı üzerinde durulmaktadır.

Af, Umumî veya Hususî olmak üzere iki türlü olur. Umumi Af, Devletin ceza vermek hakkını kullanmaktan vazgeçmesi demek olduğundan, hem kamu davasını hem de cezayı düşüren bir sebeptir. Hususi Af ise, yalnız cezayı düşüren veya değiştiren yahut hafifleten bir sebeptir.

Af yetkisi hakkında doktrin alanında süregelen tartışmaları, bu yetkinin lehinde ve aleyhinde olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür:

a- Affın Lehindeki Görüşler

Ceza kanunları kuvvetlerini belirli kişiler için değil, genel olarak yapıldıkları için kazanmışlardır. Belli bir kişi veya belli bir olay için ceza kanunu yapılamaz. Kanun genel olabilmek için, mücerret olmalıdır. Mücerret, umumî kaideler kanun koyucunun önceden göremediği bir takım ağır sonuçlar doğurabilir. İşte af, ağır sonuçların doğurduğu haksızlığı giderebilmek için kullanılacaktır (10). Belirli bir mahkûmiyet, görünüşte kusursuz olmakla beraber, maddeten adaletsiz veya maksada aykırı görünebilir. Böyle olunca ceza kurallarının uygulanmasından doğan sakıncaları yokedebilmek için, af yetkisini kullanmak gerekli olur. Zaman zaman ne kadar dikkatli çalışılırsa çalışılırsa adli hataların olduğu muhakkaktır. Bir çok hallerde yargılamanın yenilenmesi gibi yargı yolları ile bu yanlışlıkların giderilmesi mümkünse de, bazen buna imkân bulunmaz ve af yetkisinin kullanılması zorunlu olur. Bunun yanında Siyasi düşünceler de, affı gerekli kılabilir. Birtakım huzursuzlukların, tartışmaların unutulması gayesiyle af çıkarılabilir.

b- Affın Aleyhindeki Görüşler

Af müessesesinin lehindeki fikirlere karşılık bu müessesenin aleyhinde olanların da ileri sürdükleri bir takım düşünceler mevcuttur. Birinci olarak, cezanın muhakkak oluşu esastır. Suçların işlenmesine mâni olan, cezaların şiddeti değil, muhakkak oluşlarıdır. Muhakkak olan acılar, hafif olsa bile, insanları korkutur. Halbuki af, cezanın muhakkak olmak intibasını vermesine engel olmaktadır. Aslında insani bir düşünce olan umumi af, insanlığın menfaatine zıttır, cezanın muhakkak olduğu intibasını ortadan kaldırabilir (11).

(10) ÖZEK, Çetin, agm., s. 137; DÖNMEZER-ERMAN, age., s. 273; EREM, Faruk, age., s. 984.

(11) EREM, Faruk, age., s. 984; BECCARİA: Suçlar ve Cezalar (Tercüme: Muhittin GÖKLÜ), İstanbul 1950, s. 270.

Bentham da cezanın zaruriliği üzerinde durmaktadır. Kanunlar iyi yapılmalıdır. Eğer ceza zaruri ise affetmemeli, zaruri değilse verilmemelidir (12). Kanunların çok şiddetli hükümlerini, af yoluyla yumuşatıp suça karşılık cezanın zaruri olduğu inancını toplum düşünüşünde zedelemektense, kanunların ilk yapılışında gereğinden ağır cezaların konulmamasına dikkat etmek daha doğru olur. Pozitivistler de affa karşı bir tavır takınmışlardır. Af yetkisi ya gerçekten adalet fikrini gerçekleştirmek maksadıyla kullanılır ya da baskı, kayırma, seçimlerde oy kazanmak gibi amaçlara hizmet için kullanılır. Bu ikinci durumda af yetkisinin tanınması hiç yerinde olmaz. Birinci hâlde ise, af gibi keyfi bir davranışa gidilecek yerde, herkes için bahis konusu, emin, eşit bir kanunla gerçekleştirilmelidir. Yine bir görüşe göre, Af cezasız kalmak ümidini artırır, yeni suçların işlenmesine sebep olur (13).

c- Görüşlerden Çıkan Sonuçlar ve Türk Hukukundaki Durum

Toplum birlik içinde yaşayan, inançları örf ve gelenekleri birbirine benzeyen sosyal bir olgudur. Yine toplum, önemli bir neden veya sebep olmadıkça sürece bireyini toplumun yaşamından dışarıya atamaz ve atmamalıdır.

Toplumla uyum hâlinde olmayan bireylerin, toplumla ilişkisi tam anlamıyla kesilmemeli, topluma uyacak şekilde eğitilmelidir. Yine toplum olgun ve hoşgörü sahibi olmalı, affedici olgunluğunu her zaman ve her yerde göstermelidir. İşte bu görüş ve düşünceler toplumun bireylerini, toplumun kanunlarına ve kurallarına karşı aykırı hareket edenleri eğitmek –affetmek– hoşgörmek şeklinde belirlenen erdemlere götürmektedir. Bölünmemek –parçalanmamak– bir ve beraber olmak toplumun temel unsurudur. Aynı zamanda bu erdemler toplum bireylerini bir arada tutan, tuğla harçları gibidirler. Ceza Kanunları, yapılmaması lâzım gelen hareketleri bir bir somut şekilde belirler. Bireylere düşen ödev, kanunun bu kurallarına uymak ve diğer bireyleri rahatsız etmemektir. Birey diğer bireyi rahatsız ederse, elbette yargı önünde bunun hesabını verip, sonucu almış olabilir. Ancak, uzun süre özgürlüğü kısıtlanacak bireyin toplumdan dışlanması topluma bir yarar değil, çoğu zaman zarar getirir. Zira, toplumdan uzak kalan kusurlu, diğer bir deyişle cezalı birey antisosyal bir karektere sahip olur ve özgürlüğüne kavuştuktan sonra tekrar toplumun kuralları ile daha yoğun çatışma haline girebilir. Bu nedenlerle birey gerek toplum içinde, gerekse özgürlüğünün kısıtlanması süresi içinde kurallara uyum sağlayacak şekilde eğitilmeli ve sık sık değilse bile bilinmeyen aralıklarla affa lâyık görülmelidir.

(12) ÖZEK, Çetin, age., s. 136; EREM, Faruk, age., s. 985.

(13) LOMBROSO: L'Uomo delinquente, Cilt: III, s. 404.

Toplumun veya bireyin huzurunu kaçıran, onlara maddî veya manevî zarar veren veya verecek olan kusurlu birey, sağlam bir bünyeye yapışmış öldürücü bir mikrop olup, bünyeden temizlenmelidir görüşü ile hareket edildiğinde, katı bir tutum içine girilmiş olur. İşte bu görüşten hareket edilmesi halinde kusurlu birey, sosyal yaşamın dışına atılmalı, bir daha toplum içine dönmemeli, gerekirse yaşamı elinden alınmalı veya toplumla tamamen uyum içinde olacak hale geldikten sonra toplum içine salıverilmeli görüşü affın aleyhinde bir görüştür.

Kanaatimizce, affın gerek lehinde ve gerekse aleyhinde ileri sürülen görüşlerin tutarlı ve haklı olduğu noktalar vardır. Ancak, affın kapsamını ve derecesini de iyi tayin ve tertip etmek gerekir ve bu halde af topluma zararlı değil, çoğu zaman yararlıdır. O halde: 1- Yaşamında bir defa suç işleyen kişi affedilmeli, 2- Küçük suçlular affedilmeli, 3- Aynı suçu müteaddit defa işleyenler ile, 4- Devlet güvenliğine karşı suç işleyenler ise affedilmemelidir.

Hukukumuzda Genel ve Özel af yetkisi yasama meclisine aittir. Ayrıca Cumhurbaşkanı da hükümetin önerisi üzerine özel af kararı alabilir. Yasama Meclisi hem kişiye özgü, hem de toplu özel af yetkisine sahip olduğu halde, Cumhurbaşkanı yalnızca kişiye özgü özel affa yetkilidir.

II – AFFIN ÇEŞİTLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Af, hukukta bir haktan vazgeçmek anlamına gelir. Anayasa ve TCK. hükümlerine göre mevzuatımızda af yetkisi iki şekilde kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi genel af, ikincisi de özel aftr.

1- Genel Af

Genel af, her müessese gibi muhtelif şekillerde tanımlanmıştır. Yapılan tanımların sayıları tespit edilmeyecek kadar fazladır. Yapılan bu tanımlardan birkaç tanesini nakletmekte fayda görmekteyiz. Özek'in bir tanımına göre; "Af, suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır. Umumi af ise, amme davasını hükmolunmuş ise cezanın infazını ve bütün cezai neticeleri, düşüren teşri bir tasarruftur. Umumi af devletin ceza vermek hakkından feragatini ifade eder" (14). *Dönmezer-Erman*'ın verdiği bir tanıma göre de; "Genel af, sosyal fayda düşün-

(14) ÖZEK, Çetin, agm., s. 119.

celeri ile, bütün veya belirli bazı suçları ve hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleri ile birlikte düşüren bir yasama işlemidir" (15). *Majno*'ya göre de genel af; "Muayyen nevi fiiller hakkında ceza davasını ve mahkûmiyet ile onun bütün cezai neticelerini ve mahkeme masraflarının tahsili davasını ortadan kaldıran bir tasarruftur" (16). Nihayet Ceza Kanunumuz da, "Umumi af, hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün nevileri ile birlikte ortadan kaldırır" demek suretiyle, müessese hakkında teknik bir kanuni tanım vermiş bulunmaktadır (TCK. m. 97).

Genel af, cemiyetin yüksek menfaatleri düşüncelerine dayanır. Nasilki ceza vermek hakkı bilhassa sosyal fayda düşüncesine dayanmakta ise, genel af da aynı düşünceye dayanılarak ilân edilir. Şöyleki, affın kapsadığı suçların takibinde ve faillerinin cezalandırılmasında artık sosyal bir fayda kalmadığı, hatta bunların unutulmasında sosyal bir fayda sözkonusu olduğu taktirde genel affın çıkarılması düşünülür (17). Genel af işlenmiş olan fiili ortadan kaldırmaz, onun suç olmak vasfını kaldırır. Hiç bir zaman da bu fiillerin tasvip edildiği anlamına gelmez. Genel af esasında, bazı suçların bağışlanmasını veya mazur görülmesini değil, bunların unutulmasını ifade eder. Demekki, her hangi bir fail tarafından işlenmiş bulunan bir fiil, genel af vasıtasıyla yok edilemez. Fiil bir kere işlenmiştir ve bu husus her zaman için bir vakia olarak mevcudiyetini muhafaza edecektir (18).

a- Genel Affın Ayırıcı Vasıfları

Genel af fiile yöneliktir. İşlenmiş olan fiili değil, onun suç olma vasfını ortadan kaldırır. Bu bakımdan özel aftan farklıdır. Özel af şahsa yöneliktir. Fiilin suç oluşturma vasfını ortadan kaldırmayıp sadece verilmiş olan mahkûmiyeti ilgilendirir.

Genel af mutlaka bir kanun ile çıkarılır. Genel affın amacı, belirli bir zaman içinde işlenmiş olan ve kanunen suç sayılan fiillerin bu karakterini kaldırmaktan ibaret olmasına göre, bunun ancak yine bir kanun ile yapılabilmesi tabiidir.

(15) DÖNMEZER, S. – ERMAN, S. age., s. 284.

(16) MAJNO: Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, I. Cilt, 1927, s. 470.

(17) TANER, Tahir, age., s. 653.

(18) WILLISTON, Samuel. Does a pardon blot out guilt? Harvard Law Review, May, 1955. n. 7, s. 667.

Genel af, esas itibariyle objektif ve gayri şahsidir. Bu itibarla Genel af tatbik edildiği fertler için değildir; devlet menfaatinedir. Fertler bundan faydalanırlar.

Genel af geniş neticeler doğurur. Fail hakkında dava açılmamışsa davaya engel olur. Açılmışsa düşürür. İnfaza geçilmişse infazı durdurur. Fer'i ve mütemmim cezaları ortadan kaldırır. Hükümler kesinleşmeden de, genel af kanunları hüküm ifade eder.

b- Genel Affın Neticeleri

Fiilin suç mahiyetini geriye doğru siler ve onun suç vasfını kaldırır. Af tasarrufu suç teşkil eden fiili değil fakat bu fiilin suç vasfını ortadan kaldırdığı cihetle fiilden mütevellit diğer neticelere tesir etmez. Ezcümle, tasarruf metninde aksine bir açıklama bulunmadıkça af muamelesi disiplin suç ve cezalarına, üçüncü şahısların şahsî haklarına tesirde bulunmaz (19). Bu itibarla; Kamu davası kanununun yayımı tarihinde ortadan kalkacağından her türlü usuli muameleler olduğu yerde durur. Kamu davasının ortadan kalkması amme nizamı mahiyetinde olduğundan affa dahil suçların faillerini de kapsar. Bunlar suçsuz olduklarını ispat sadedinde afdan faydalanmayı reddedemezler. Hüküm hiçbir zaman verilmemiş gibi sayılacağından bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Adlî Sicilden silinir. Tecilden istifadeye engel olmayacağı gibi tekerrüre de esas olmaz. Üçüncü şahısların kazanılmış haklarına engel olmamak şartıyla ortaya çıkan bütün ehliyetsizlikler geriye icra suretiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Hangi suçların affedildiğini tayin konusunda genel Af Kanunu'nun metnini esas tutmak lâzımdır. Eğer affedilen suçlar kanunda hukuki adları gösterilmek suretiyle tâyin edilmişlerse suç vasfını değiştirmemiş olmak şartıyla cezayı arttırıcı halleri kapsayan suç şekilleri de affa dahil sayılmalıdır. Muayyen suçlar için çıkarılmış bir genel af (meselâ, hırsızlık suçu için), eğer af kanununda açıklık yoksa, özel kanunlarda (meselâ, As. C. K. m. 131, 132) yazılı benzer suçları kapsamına alacak şekilde genişletilemez.

Affın kapsamına giren suçları işlemiş olan ancak cezai ehliyet ve mesuliyetleri bulunmaması sebebiyle mahkûm edilmeyip kanunun 53, 54, 57 ve 58. maddeleri gereğince bir terbiye ve ıslah müessesesine konmasına karar verilen küçüklerle sağır ve dilsizler hakkında alınan bu tedbirlerin uygulan-

(19) DEVRİN, Şinasi, Ceza Hukuku, Ankara 1946, s. 566-567; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Af (Ceza Hukukunda), Türk Hukuk Ansiklopedisi, Cilt: I, Ankara 1962, s. 307.

masına devam olunur, bunlar ceza olmayıp emniyet tedbiri olduğundan af kanununun kapsamı dışında kalır. Yine 46. madde konusuna giren akıl hastaları hakkında alınan tedbirler af kanunu ile ortadan kalkmaz.

c- Genel Affin Çeşitleri

Genel affı, vasıfları bakımından ve bu aftan faydalananlar bakımından olmak üzere iki ayrı tasnife tâbi tutabiliriz.

1- *Vasıfları Bakımından Genel Affın Tasnifi:* Genel af bu bakımdan tam genel af ve Nakıs genel af şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

a- *Tam Genel Af:* Gerek ceza takibatı, gerekse cezanın infazını durduran veya ortadan kaldıran aftır. Diğer bir deyişle; muhakemeden veya kesin hükümden önce müdahale eden genel aflara tam genel af denir. Bu af, kesin olarak sonuçlandırılmamış kamu davalarını da ortadan kaldırır (20).

b- *Nakıs Genel Af:* Kesin hükümden sonra ortaya çıkan genel aftır. Bir ceza ile mahkûm olmuş ve bu cezası kesinleşmiş olan bir kişi, genel aftan faydalanırsa, bu durumda, genel af bu kişi için daha sınırlı sonuçlar doğurur. Genel af bu kişinin sadece cezasını ortadan kaldırır. Hattâ ceza çekilmiş bile olabilir. Bu durumda ise genel affın tesiri sadece fer'i cezalara olur, yani sahası daralır.

2- *Genel Affın Faydalananlar Bakımından Tasnifi:* Bu bakımdan da genel affı dört kısma ayırabiliriz. Bunlar: Kısmi Genel Af, Mutlak Genel Af, Şarta Bağlı Genel Af ve Umumî Genel Af'tır.

a- *Kısmi Genel Af:* Af kanunları bazen affa lâayık görmediği kimseleri af sınırları dışında bırakabilir (21). Esas itibarıyla affın dışında tutulan suçlular da, affedilen suçu işlemişlerdir, fakat kanunkoyucu çeşitli kriterleri gözönünde tutarak bu kişileri affın dışında bırakmıştır. Bu durumda, kısmen de olsa genel af sübjektifleştirilmiş olmaktadır. Af dışında bırakılan kimseler bunların ismen belirtilmesi suretiyle tespit edilebileceği gibi, mükerrirler, itiyadi veya mesleki suçlular tarzında belirli bir özelliğe sahip grupların aftan faydalanamayacaklarının belirtilmesi yoluyla da tâyin olunabilir.

b- *Mutlak Genel Af:* Hiçbir ayırım yapmaksızın bütün suç ve suçluları içine alacak şekilde çıkarılan bir genel aftır. Bu tür genel af mutlak bir ma-

(20) ÖZEK, Çetin, agm. s. 148; KEYMAN, Selahattin, age., s. 58.

(21) MERAY, Seha, L., Ceza Hukukunda Af, Ankara 1944, s. 18.

hiyet taşır. Ne affettiği suçlar bakımından ne de aftan istifade edecek suçlular bakımından bir ayırma yapmaz.

c- Şarta Bağlı Genel Af: Aftan istifadenin şarta bağlanması da mümkündür. Genel aftan yararlanan kimselere hiç bir mükellefiyet yüklenmemiş ise, şartsız genel aftan bahsolunur. Buna karşılık, affedilen kimseler muayyer bir mükellefiyeti yerine getirmeye mecbur tutulmuşlar ise, şartlı genel af bahis konusu demektir. Suçtan doğan şahsi hakların ödenmesi yahut belirli bir süre içinde yeniden suç işlemek şartı gibi.

d- Umumî Genel Af: Hiç bir sınırlayıcı hüküm koymaksızın bir veya daha fazla suç sınıfını affeden kanun, umumî bir genel af bahşediyor demektir.

2- Özel Af

Özel Af, kesin bir hüküm ile verilmiş olan cezayı ortadan kaldıran veya azaltan yahut daha hafif bir cezaya çeviren bir müessesedir. *Dönmezer-Erman*'ın verdiği tanıma göre Özel Af; "Kesinleşmiş bir cezayı büsbütün kaldıran, hafifleten veya daha hafif olmak şartile, başka bir cezaya çeviren bir atıfet müessesesidir" (22). TCK.nun 98. maddesi de özel affı şu şekilde tanımlamaktadır: "Hususî af, havi olduğu sarahate göre, cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir". Görülüyor ki özel af, neticeleri ve tesirleri bakımından genel affa nazaran çok daha dar bir müessesedir. Genel affın takip ettiği politik amaçlara mukabil özel af, tamamen merhamet duygularının sonucu çıkarılan bir atıfet muamelesidir.

a- Özel Affın Ayırıcı Vasıfları

Özel af şahsa yöneliktir. İşlenmiş olan fiilin suç oluşturma vasfını ve hükmü ortadan kaldırmayıp sadece cezaya etkili olur. Bu nedenle fiile yönelik olan, onun suç olma vasfını kaldıran genel affdan ayrılır.

Özel af, ancak hükmedilmiş ve kesinleşmiş olan cezalarda söz konusu olur. Bu özelliğine binaen, kesin hükümden önce çıkarılmış olan özel af ceza davasının devamına engel olmaz. Mahkûmiyetin ceza ile birlikte bütün cezai neticelerini değil ancak aslî cezayı ortadan kaldırır. Ehliyetsizlikler devam eder. Cezası bu yoldan kaldırılan suç tekerrüre esas olur.

(22) DÖNMEZER, S. - ERMAN, S., age., s. 301.

Anayasamızın kabul ettiği rejime göre, özel af, kanunla yapılabileceği gibi, kişisel sebeplere dayanılarak Cumhurbaşkanı tarafından da ve bir kararname şeklinde yapılabildiği halde, genel af sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ve kanunla yapılabilir.

Özel af, normal olarak isim üzerine yapılır. Diğer bir deyişle, şahsen belli kimseler hakkında çıkartılır. Bununla beraber, bazı kanunlarda isim belirtilmeksizin birçok şahısları içine alacak surette genel bir tabir kullanıldığı da görülmektedir. Meselâ Cumhuriyetin Onuncu Yıldönümü münasebetiyle yayınlanan 2330 sayılı Kanunun birçok maddeleri hükmedilmiş cezaların belirli miktarlarda indirileceğini isim belirtmeksizin açıklamıştır.

b- Özel Affın Neticeleri

Özel affın ceza hukuku dışında kalan hiç bir etkisi yoktur. Bu nedenle Medeni Hukuk alanındaki ilişkilere tesir etmez. Aynı zamanda mahkumiyete bağlı olsalar da özel affın disiplin cezalarına etkisi yoktur. Özel af, ceza mahkumiyetine tesir etmez. Ancak cezanın kaldırılmasını, azaltılmasını veya değiştirilmesini mümkün kılar. Dolayısıyla, kamu davasını da ortadan kaldırmaz.

Özel affa tâbi olan bir mahkûmiyet, cezanın tamamının affedildiği halde bile tekerrüre esas olur. Özel affın mahkûmiyeti ortadan kaldırmaması sebebiyle, hüküm Adli Sicile geçecektir. Asli ceza tamamile ortadan kaldırılmışsa, cezanın infazına ya hiç başlanmaz veya başlanmış ise, infaz hemen durdurulur. Asli ceza hafifletildiği takdirde, hafifletme miktar veya oranı, yine özel af tasarrufunda belirtilir. Özel affın mahkûmiyetin cezai neticelerine tesir etmemesi nedeniyle, kamu hizmetlerinden memnuniyet cezası, özel af vuku bulmamış gibi tatbik olunur. Özel affın faydalanan kimse, genel affının aksine olarak, muhakeme masraflarını da öder. Bu itibarla, özel af halinde hükümlüden masrafları istenir. Özel affın emniyet tedbirlerine etkisi hakkında kanunumuzda bir açıklık yoktur. Kanunumuzda bu konuda bir hüküm bulunmadığına göre, özel affın emniyet tedbirlerine etkisi olmadığını kabul etmek gerekir (23).

c- Özel Affın Çeşitleri

Özel affı; Cezaya Tesir Bakımından, Faydalanan Kimseler Bakımından ve nihayet Genel Af gibi şartlı ve şartsız olması bakımından olmak üzere tasniflere tâbi tutabiliriz.

1- *Özel Affın Cezaya Tesir Bakımından Tasnifleri*: Bunlar cezanın kaldırılması, azaltılması ve değiştirilmesinden ibarettir.

a- *Cezayı Tamamen Kaldıran Özel Af*: Buna tam özel af da denir. Tam Özel Affın bahis konusu olduğu hallerde, özel af kanun veya kararnamesi çıktığı tarihten itibaren cezanın infazı imkânsız hale gelir. Hapis cezasının bahis konusu olduğu hallerde, eğer infaza başlanmamışsa, bundan sonra da başlanamaz. Şayet infaza önceden başlanmışsa hükümlü hemen serbest bırakılır.

b- *Cezayı Azaltan Özel Af*: Her zaman özel af cezayı tamamen ortadan kaldırmaz. Belli bir ölçüde azaltır. Buna cezanın kısmen kaldırılması da denir. Sadece infaza etkili olur.

c- *Cezayı Değiştiren Özel Af*: Bazen de özel af hükmedilmiş bulunan ceza yerine daha hafif bir cezanın verilmesini sağlar. Uygulanacak cezanın kanuni olması, yani kanunda gösterilen cezalardan birisi olması gerekmektedir.

2- *Özel Affın Bundan Faydalanacak Kimseler Bakımından Tasnifleri*: Özel Af, bundan yararlanacak kimseler bakımından ferdi ve ferdi olmayan olmak üzere ikiye ayrılır.

a- *Ferdi Özel Af*: Özel Af, af işlemiinde adları belirtilen bir veya birkaç mahkûma mahsus çıkarılmış olabilir. Ferdi özel afda, afdan yararlanan kimse veya kimseler kanun veya kararnamede açıkça gösterilmiş oldukları gibi, bunların hangi suçlarından dolayı hükmedilmiş hangi nevi miktardaki cezalarının affedildiği de belirtilir. Ferdi özel af yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisi kullanabileceği gibi, Anayasa'nın 104. maddesinin (b) bendinin 13. fıkrasında Cumhurbaşkanına da "Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak" yetkisi tanınmıştır.

b- *Ferdi Olmayan Özel Af*: Özel Af, belirli bir cezaya mahkûm edilmiş olan veya yine belli bir durumda bulunan tüm mahkûmları kapsayabilir. Bu durumda Toplu Özel af veya diğer bir deyişle fiili af sözkonusu olmaktadır. Bu konuda sadece TBMM. yetkilidir. Bu tür af, ancak benzer suçları işlemiş muhtelif kişilere tatbik olunduğu için genel afa benzerlik gösterir. Ancak ferdi olmayan özel af sadece cezaya etkili olur ve kamu davasının düşmesine sebep olmaz. Ferdi olmayan özel afdan sonra da kamu davasına devam edilir, ancak hükmün verilmesinden sonra affın uygulanmasına geçilir. Bu nedenle, ferdi olmayan özel af genel afa ayrı bir müessesedir.

3- *Şartlı Özel Af*: Aftan yararlanacak kimseye bir mükellefiyet yükleyen özel af şartlı, buna karşılık herhangi bir mükellefiyet yüklemeksizin, dahi te-sirlerini icra edebilen aflar ise şartsız sayılırlar. *Erem*, affın şarta bağlanma-sının gerekli olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: "Affın koşula (şarta) bağlanması yerinde olur, sanık ya da hükümlü serbest bırakılır. Belli bir süre (örneğin beş ya da on yıl) içinde kasıtlı bir suç işlenmesi durumunda affe-dilmiş cezanın geri geleceği, yeni suç ile eski suçun cezasının birlikte çektiri-leceği hükmünün koşul olarak kabulü yerinde olur. Böyle bir koşul, serbest bırakılan, affedilen suçlunun yeniden suç işlemesini önleyici bir önlem olmuş olur" (24).

III – AFFIN HÜKÜM VE NETİCELERİ

Affın ceza hukuku yönünden hüküm ve neticeleri muhtelifdir. Aynı za-manda tasarrufun nev'ine göre önemli derecede değişiklik göstermektedir. Bu itibarla genel ve özel affın neticelerini ayrı ayrı incelemek gerekme-ktedir.

1- *Genel Affın Hüküm ve Neticeleri*: Genel affın hüküm ve neticelerini çeşitli açılardan inceleyebiliriz:

a- *Genel Affın Kamu Davası ve Ceza Mahkûmiyetine Etkisi*: Mahkûmi-yetten önce çıkan genel af, fail hakkında kamu davasının açılmasına veya açılmış bulunan kamu davasının devamına engel olur. Kamu davası açıl-dıktan sonra ise, mahkeme "düşme kararı" verecektir. Muhakeme bitmiş ve hüküm verilmiş ise, savcı infazı durduracaktır. Hüküm hürriyeti bağlayıcı bir cezayı içeriyorsa, maznun derhal salıverilir.

b- *Genel Affın Mahkûmiyeti Ortadan Kaldırmasının Sonuçları*: Genel affa uğrayan bir suçun bu vasfının ortadan kalkması üzerine ortada suç oluşturmayan bir fiil kaldığı cihetle, bu suça ait her türlü evrak ve işaretin resmi kayıtlardan yok edilmesi gerekmektedir. Ancak bu kayıtların yok edil-mesinin cezaların ferdileştirilmesi prensibine aykırı olduğu, zira tecil ve benzeri müesseselerin gayelerine uygun bir şekilde uygulanabilmeleri için sanığın geçmişi hakkında lüzumlu bilgilerin elde edilmesine bağlı olduğu belirtilmektedir (25).

(24) EREM, Faruk, Koşullu Af, Cumhuriyet Gazetesi, 12.3.1991, sayı: 23907.

(25) KEYMAN, Selahattin, age., s. 100; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Af (Ceza Hukukunda), Türk Hukuk Ansiklopedisi, Ankara 1962, s. 310.

Genel aftan faydalanmış bulunan bir kimse hakkında sonradan işlediği bir suçtan dolayı tecil hükümlerinin uygulanması mümkündür. Zira genel af, mahkûmiyeti bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır. Geçmişini tamamen ortadan kaldıran bir kanun hükmüne rağmen affedilmiş mahkûmiyeti, tecile engel saymaya imkân yoktur (26).

Genel affın mahkûmiyetten önce gerçekleşmesi halinde, esasen mahkûmiyet hükmünün verilmesine imkân kalmayacağından tekerrür meselesi de zaten bahis konusu olmayacaktır. Buna mukabil, genel aftan istifade eden bir suç faili, bundan sonra yeni bir suç işleyecek olursa, bu ikinci suçun cezası tekerrür sebebiyle arttırılmaz. Ancak, Af Kanununun yürürlüğe girmesinden önce infazı tamamlanıp da, genel afdan istifade edemeyen bir suçta ait mahkûmiyet hükmü, afdan sonra işlenen ve aynı cinsten olmayan diğer bir suç bakımından tekerrüre esas olur.

c- Genel Affın Cezaya Tesiri: Genel af, kamu davasını, hükmolünmüş cezaları ve mahkûmiyetin bütün cezai netilecelerini ortadan kaldırır. Ceza Kanununun 97. maddesi "Umumi af hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile ortadan kaldırır" hükmünü taşımaktadır. Bu demektir ki, genel af, tarihi vakıa ortadan kalkmış olmamakla birlikte, suçun failini sanki hiç suçu işlememiş saydırır, yani bir suçun işlenmesiyle ortaya çıkan hukuki her çeşit kısıtlama ve yoksunlukları giderir (27). Çıkan genel af cezanın infazına mani olur. Eğer genel aftan önce ceza infaz edilmeye başlanmış ise, bundan sonra artık infaza devam edilemez. Fer'i ve mütemmim cezaların infazına geçilebilmesi veya başlanmış bulunan infaza devam edilebilmesi, genel af kanununda açıklık olmasına bağlıdır. Genel af para cezalarının ödenmesini de engeller. Genel aftan sonra, hükümlülüğe bağlı ehliyetsizlikler de ortadan kalkar. Genel aftan sonra; emniyeti umumiye nezareti ister bir ceza, ister bir emniyet tedbiri olarak kabul edilsin, ortadan kalkar.

2- Özel Affın Hüküm ve Neticeleri: Özel affın hüküm ve neticelerini de çeşitli açılardan inceleyebiliriz:

a- Özel Affın Kamu Davası ve Ceza Mahkûmiyetine Etkili Olmaması: Özel af, suçu, mahkûmiyeti ve mahkûmiyetin neticelerini, prensip itibarıyla,

(26) KEYMAN, Selahattin, age., s. 101; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963, s. 122.

(27) HAFIZOĞULLARI, Zeki, Davası ve Cezanın Sukûtu, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 496.

ortadan kaldırmaz; ancak cezayı tamamen veya kısmen ortadan kaldırır veya daha hafif cezaya çevirir. Ceza tamamen affedilmiş olsa bile, kamu davası sürecektir. Bu itibarla, özel affa rağmen, mahkûmiyeti ortadan kaldıracı tesiri olan müesseselerden faydalanılabilir. Özel af hükümden önce çıkmış ise, buna rağmen tecil kararı verilebilir. Özel af tecilli mahkûmiyetten sonra çıkmış ise, bu karar devam eder. Özel af hükümden önce çıkmış ise, buna rağmen tecil kararı verilebilir. Özel affa uğramış mahkûmiyeti takiben ikinci bir suç işlenirse, ilk cezanın tamamen ortadan kalkmasına rağmen tecil kararı verilemez (28). Özel affa tâbi olan bir mahkûmiyet, cezanın tamamının affedildiği hallerde bile tekerrüre esas teşkil eder. Özel af, mahkûmiyeti ortadan kaldırmadığı için hüküm Adli Sicile geçecektir.

b- Özel Affın Asli, Fer'i Cezaya ve Mahkûmiyetin Cezai Neticelerine Tesiri: Bilindiği gibi özel af asli cezaya tesir ederek bunu kaldırır, azaltır veya değiştirir. Acaba Anayasanın 104. maddesinde belirtilen ve Cumhurbaşkanına tanınan "sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak" yetkileri af niteliğinde midir? Bu soruya Erem şu cevabı vermektedir: "Eğer Devlet Başkanına af yetkisi tanınmak istenmiş ise bunu üç hâle inhisar ettirmek anlamsızdır. Sayılan bu üç hâl cezanın infazına imkân bırakmadığı için Anayasa'da tasrih edilmiş ise neden yetkinin kullanılması ihtiyaridir. Üç hale münhasır yetkiye af denemez. Nitekim Anayasa'da af terimi kullanılmamış ve Cumhurbaşkanı sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir deyimi tercih edilmiştir. Halbuki TBMM'nin görev ve yetkileri gösterilirken genel ve özel af ilânı açıkça ifade edilmiştir" (29). *Arıkan*'da: "Devlet Başkanının af yetkisi yoktur. Anayasanın Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini gösteren 97. maddesi bu makama, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile cezaları hafifletebilmek veya kaldırmak yetkilerini tanımaktadır" demektedir (30). Devlet başkanının yetkisi üç hâle münhasır olduğuna göre, bu sebepler dışında kalan bir sebeple Devlet Başkanından talepte bulunulamaz. Ancak Devlet Başkanının bu sebepler mevcut bulunmasına rağmen yetkisini kullanması zorunlu değildir. Yani takdiridir (31).

(28) KEYMAN, Selâhattin, age., s. 114.

(29) EREM, Faruk, age., s. 1000.

(30) ARIKAN, Baha, Affın Çeşitleri, Cumhuriyet Gazetesi, 8.10.1964.

(31) EREM, Faruk, age., S. 1003; ARIKAN ise, aksi görüşü savunmakta ve şöyle demektedir: "Cumhurbaşkanı raporların sınırı içerisinde kalmak şartıyla, cezayı hafifletmeye,

Özel af, seçimlik cezalardan birisini affetmiş diğerini af dışında bırakmış olabilir. Bu durumda failin aftan yararlanıp yararlanamayacağı hususunu tespit etmek için, hâkimin bu cezalardan hangisine hükmettiğine bakmak lâzımdır. Yargıcın hükmettiği ceza, affa tabi cezalardan birisi ise suçlu aftan faydalanır. Aksi halde, af kanunu hükümleri uygulanmaz. Bunun yanında aksine bir açıklama yoksa, fer'i ve mütemmim cezalar olduğu gibi kalır. Özel af, mahkûmiyetin cezai neticelerine de tesir etmez.

S O N U Ç

Merhamet duygularının bir sonucu olan af, kaynağını Anayasa'dan alan bir müessesedir. Af müessesesi; mahiyetleri icabı genel kaideler düzenlemiş bulunan ceza kanunlarının, değişen zaman ve şartlara göre oluşan ihtiyaçlarına cevap vermek amacı güder. Ceza kanunları genel olmak zorundadır. Genel kanun ise, her olayda "uygun kanun" anlamına gelmez. Genel olan, olayların bazılarında haksız görülebilir. Bu itibarla af yetkisi bir bakıma "hukukun emniyet subapı"dır. Her toplumda buhranlı günler geçmiş olabilir. Geçmişin sürdürülmesi toplum için faydadan çok zarar getirebilir. Geçmişin silinmesi, unutulması gerekli olabilir. İşte bu durumlarda af "sosyal bir ihtiyaç" haline dönüşebilmektedir. Bu halde af topluma zararlı değil, çoğu zaman yararlıdır. O halde; yaşamında talihsizlikler nedeniyle bir defa suç işleyen kişi ile küçük suçlular affedilmeli, buna mukabil aynı suçu müteaddit defa işleyenler ile Devlet güvenliğine karşı suç işleyenler affedilmemelidir.

—oOo—

kısmen veya tamamen af etmeye mecburdur", "Cumhurbaşkanının buradaki rolü, herhangi bir hükümet kararnamesini kabul edip etmemekteki rolü kadardır. Bk. ARIKAN, Baha, agm.

KAYNAKÇA

- ADAM, Tahsin** : Af Salâhiyeti, Adliye Ceridesi, No: 11, 1941.
- ARIKAN, Baha** : Affın Çeşitleri, Cumhuriyet Gazetesi, 8.10.1964.
- DEVİRİN, Şinasi** : Ceza Hukuku, Ankara 1946.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir** : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt : III, 9. Bası, İstanbul 1983.
- EREM, Faruk** : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt : I, Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- EREM, Faruk** : Koşullu Af, Cumhuriyet Gazetesi, 12.3.1991, Sayı: 23907.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz** : Af (Ceza Hukukunda) Türk Hukuk Ansiklopedisi, Cilt: I, Ankara 1962.
- GÜNAL, Yılmaz** : Adli Yollarla Memnu Hakların İadesi, Ankara 1961.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : Dava ve Cezanın Sukutu, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.
- KEYMAN, Selahattin** : Türk Hukukunda Af (Genel Af – Özel Af) Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965.
- MAJNO** : Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, I. Cilt, 1927.
- MERAY, Seha L.** : Ceza Hukukunda Af, Ankara 1944.
- ÖNDER, Ayhan** : Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963.
- ÖZEK, Çetin** : Umumi Af, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt : XXIV, Sayı : 1-4, İstanbul 1959.
- TANER, Tahir** : Ceza Hukuku (Umumi Kısım) İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, No: 95, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1949.

HUKUKİ HATA (*)

Yrd. Doç. Dr.
Adem SÖZÜER (**)

• **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. I- Genel Olarak Ceza Sorumluluğu ve Kusur. A- Ceza Hukukunda Kusuru İzah Eden Görüşler. 1- Psikolojik Teoriler. 2- Normatif Teoriler. B- Değerlendirme. II- Kusur ve Hukuka Aykırılık Bilinci. A- Hukuka Aykırılık Bilincinin Suç Sistemindeki Yeri ve Hukuka Aykırılık Konusundaki Hataya İlişkin Görüşler. 1- Kast Teorisi. 2- Kusur Teorisi. 3- Değerlendirme. B- Hukuka Aykırılık Bilincinin Anlamı ve Kapsamı. C- Hukuki Hatanın Türleri. D- Hukuki Hatanın Kusuru Ortadan Kaldırabilmesinin Koşulları. III- Karşılaştırmalı Hukukta Durum ve Tarihsel Gelişim. A- Tarihsel Gelişim. 1- Avrupa Ülkeleri. 2- İslam Hukuku. B- Günümüzde Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum. 1- Hukuki Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi Olmadığının Kabul Edildiği Ülkeler. 2- Hukuki Hatanın Ceza Sorumluluğunun Kaldırıcı Etkisinin Kabul Edildiği Ülkeler. IV- Türk Hukuku.

GİRİŞ

Ceza kanunlarının temelinde yatan normlar, iradi olan insan davranışına yönelik olup, bir emir veya yasağı içermektedirler. Bu açıdan normlar kişilerden belirli bir davranışı talep edici bir fonksiyon görmekte ve olması gereken örnek insan davranışı için ortaya bir standart koymaktadırlar. İşte bu yönü itibarıyla normların yasak ya da emirlerinin, belirleyici bir niteliğinin olduğu kabul edilmektedir. Emredici normlar, belli bir şekilde davranma, yasaklayıcı normlar ise belli şekilde davranmama, yükümlülüğünün dayanağını oluştur-

(*) Bu çalışmamız 22 Mart 1994 tarihinde gerçekleştirilmiş olan, "Prof. Dr. Sahir Erman'a saygı günü"nde "Normun varlığında hata" başlığı altında bir tebliğ olarak sunulmuştur.

(**) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

rurlar. Memurluk statüsünün gereği yapılması gereken görevler birinci, bir başkasını haksız yere öldürmeme ikinci duruma örnek olarak verilebilir (1).

Diğer yandan bir davranışın hukuki açıdan doğruluğunun veya yanlışlığının tespit edilebilmesi için bir değer yargısına ihtiyaç vardır. Çünkü ancak böyle bir değer yargısı açısından, bir davranışın hukuken kabul görülüp görülmediği hakkında bir karar verilebilir. İşte bu durum normun değerlendirici niteliği olarak adlandırılmaktadır. Bu nedenle hukuken tasvip edilmeme biçiminde, bir değerlendirmeyi içeren ve yasak davranışı ifade eden değerlendirici norm (Bewertungsnorm) belirleyici normun (Bestimmungsnorm) koşulu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hukuk normları; değerlendirici normların buyruk (imperatif) biçimine sokulmasıyla oluşturulan belirleyici normlardır. Hukuki buyruklarla ise, kişiler bir yandan hukuka uygun davranmaları için yönlendirilmek, diğer yandan belirli değer yargılarının toplumda yerleştirilmesi, istenmektedir. İşte hukuk normlarının bu nitelikteki talep ve çağrısına karşı çıkışı ifade eden iradi davranış ile normdaki emir ya da yasak ihlal edilmektedir (2). Böylece kişinin hukuka itaatsizliğin bir açıklaması olan iradi davranış ile, buyruk karakterindeki davranış normu arasında bir aykırılık ortaya çıkmakta ve bu da cezalandırılabilir haksızlığın gerçekleşmesinde temel faktörlerden birini oluşturmaktadır (3).

Hemen belirtmeliyiz ki hukuki değerlere yönelik ancak belirli nitelikteki davranışlar, ceza hukukunun konusunu oluştururlar. Diğer bir deyişle norm ile bir davranış arasındaki herhangi bir aykırılık ceza hukukunun yaptırımlarıyla karşılanmamakta, bir davranış ancak ceza kanununda tarif edilmiş belirli bir suç tipine uygun olması koşuluyla, failini ceza hukuku çerçevesinde sorumlu tutabilmekteyiz. Bu nedenle tipik olmamakla birlikte norma aykırı olan davranış, bir haksızlık oluşturmasına rağmen, ceza hukukunun değil, diğer hukuk dallarının (Medeni Hukuk, İdare Hukuku vs.) yaptırımlarına konu teşkil edecektir (4).

(1) Günther Stratenwerth: Handlung und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr. 79, 1963, s. 245 vd. Wilhelm Gallas: Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriff, in: Festschrift für Backellmann, München 1979, s. 158.

(2) Claus Roxin: Strafrecht Allgemeiner teil Band I, München 1992, s. 200 Hans-Heinrich Jescheck. Lehrbuch des Strafrechts 4. Auflage, Berlin 1988, s. 212. Baumann-Werber: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Bielefeld 1985-s. 259.

(3) Jescheck: lehrbuch s. 213.

(4) Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Auflage, München 1988, s. 131-135.

Bu açıklamalarımız sonucunda, bir suç işleyen insanın belirli bir davranışı emreden veya yasaklayan normu ihlal ettiğini söyleyebiliriz. Ancak, o kişinin böyle bir emir ya da yasağı ortaya koyan normun varlığında hataya düşerek onu bilmeden hareket etmesi durumunda, bu hata veya bilgisizliğin ceza sorumluluğuna etkisi ne olacaktır? Diğer bir deyişle bir kimse hataen fiilinin hukuk normlarıyla çelişmediğini zannederse, kişideki bu subjektif durum onun kusurunu nasıl etkileyecektir.

İşte biz bu çalışmamızda bu sorunun çözümünde ileri sürülen görüşleri ve bu konudaki diğer ülkeler ceza kanunlarındaki düzenlemeleri de aktararak incelemek istiyoruz.

I. GENEL OLARAK CEZA SORUMLULUĞU VE KUSUR

Ceza sorumluluğunun doğabilmesi için bir fiilin hukuka aykırı olduğunun belirlenmesinden sonra, cezalandırılabilirliğin ortaya çıkabilmesi bakımından suç yapısı çerçevesinde ilaveten yapılacak başka değerlendirmelere de ihtiyaç vardır (5). Nitekim bir davranışın hukuk düzeniyle çatışmasını, diğer bir deyişle fiilin olması gerekeni belirten hukuk normlarıyla çelişkisi, hukuka aykırılık olarak nitelendirilirken; sorumluluk, failin ceza hukukunca sorumlu yapılması açısından bir değerlendirmeyi anlatır (6). Ceza sorumluluğu ise, tipik bir haksızlığın dışında, failin kusurlu olması ile cezanın önleme etkisi zorunluluğunun varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Nitekim hukuka aykırı, kusurlu bir fiilin gerçekleştirilmesine rağmen, kanun koyucu cezanın önleme etkisi zorunluluğunun bulunmadığı durumlarda, failin cezalandırılmamasını öngörmektedir (7). Objektif cezalandırılabilirlik şartının bulunduğu veya şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu suçlarda durum böyledir. Örneğin, yakın akrabalar arasında yapılan hırsızlık durumunda; tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilin varlığına rağmen fail cezalandırılmamaktadır.

Diğer yandan tipik bir haksızlık, failin kusuru olmadan ortaya çıkarsa (örneğin bir mazeret sebebi varsa) bu durumlarda da onun ceza sorumluluğu yoktur. Çünkü "kusursuz ceza olmaz" kuralı ceza hukukunun evrensel, temel ilkelerinden biridir. Ancak, failin kusursuzluğuna rağmen onun davranışı bir

(5) Roxin: Strafrecht, s. 536.

(6) Rinhard Maurach, Strafrecht, Karlsruhe 1965, s. 315 vd.

(7) Johannes Wessels: Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Auflage, Heidelberg 1986, s. 136-137.

haksızlık olma (=hukuka aykırı olma) niteliğini devam ettirdiğinden, faile ceza verilmesi mümkün değilse de, onun hakkında bazı emniyet tedbirleri uygulanabilecektir (8). Örneğin, çocuklar ve akıl hastalarının işlediği haksızlıklarda durum böyledir.

Nihayet, kişi davranışının hukuk normlarıyla aykırılık içinde olduğunun bilincinden olmaması da onun kusurlu sayılmasını önleyebilir (9). Ancak bu durumda, öncelikle hukuka aykırılık (haksızlık) bilinci (Unrechtsbewusstsein) kavramı ile kusur arasındaki bağlantının açıklanması ve daha sonra fiilin hukuka aykırılığı konusundaki hata veya bilgisizliğinin kusura olan etkisinin açıklanması gerekir.

A. Ceza Hukukunda Kusuru İzah Eden Görüşler

1. Psikolojik teoriler

Kusurun tek başına suçun bir unsuru olarak ele alınması, 19. yy.'dan itibaren hukuka aykırılık ile kusuru birbirinden ayırarak inceleyen klasik ceza hukuku sistemi taraftarlarınca gerçekleştirilmiştir. Buna göre fiilin dış alemdeki görünümü ve etkileriyle ilgili bütün objektif hususlar suçun maddi unsurunu oluşturmakta, failin bu objektif yapıdaki fiille ilgili psikolojik nitelikteki bağlantısı ise suçun kusur (manevi) unsurunda incelenmektedir (10). Diğer bir deyişle failin kanuni tipte tarif edilen hareket ile bunun neticesini, bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi, onun kusurlu sayılması için gerekli ve yeterlidir. Fail ile fiili arasındaki bu psikolojik ilişki her türlü değerden bağımsızdır. Bu anlayışa göre isnad yeteneği kusurun ön şartı olarak kabul edilirken, kast ve taksir iki farklı kusur türü olarak görülmektedir (11). İşlenen fiilin hukuka aykırı olduğu konusundaki bilince, failin salip olup olmaması bakımından ise, bu teoriyi benimseyen yazarlar arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazar hukuka aykırılık bilincini kastın bir unsuru olarak görürken,

(8) Roxin: Strafrecht, S. s. 87; Wessels: Strafrecht, s. 207.

(9) Hermann Blei: Strafrecht, I. Allgemeiner teil 17. Auflage München 1977, s. 177.

(10) Klauss Otter: Funktion des Handlungsbegriff im Verbrechenaufbau, Bonn 1973, s. 134. Heinrich Schweikert, Die Wandlungen der tatbestandlehre seit Beling, Karlsruhe 1957, s. 16 vd.

(11) Psikolojik kusur teorisi özellikle, v. Buri, v. Liszt, Löffler ve Radbruch tarafından savunulmuştur. Maximilan von Buri: Ueber Causalität und deren Verantwortung 1873. Martin Löffler: Die Schuldformen des Strafrechts, Berlin 1985. Franz von Liszt: Strafrechtliche Aufsätze und Vortage Bd. 2 Berlin 1905. Türk Hukuk Doktrininde ise; Ayhan Önder: Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III., s. 261. Dönmezer-Erman: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. II, 9. Bası, İst. 1986, no. 917.

diğer bazıları böyle bir bilincin kusur içindeki varlığını kabul etmemektedirler (12).

Psikolojik kusur teorisi özellikle taksirli suçlarda kusurun izahında, failin neticeyle psikolojik bağlantısının yokluğu nedeniyle, yalnızca sübjektif değil aynı zamanda normatif verileri de esas almak zorunda kalmaktadır. Böylece kastlı suçlarda yalnızca psikolojik-sübjektif temele dayanan kusur anlayışı, taksirli suçlarda kısmen terkedilmekte ve normatif ölçülere başvurulmaktadır. İşte bu durum aynı zamanda sözkonusu teoriye yapılan ilk önemli eleştiriyi oluşturmaktadır (13). Yine bu teoriyi benimseyen bazı yazarların, hukuka aykırılık bilinci gibi normatif bir değerlendirmeyi, psikolojik nitelikteki kasta dahil etmelerinin tutarsız olduğu ileri sürülmüştür (14). Aynı şekilde kişinin fiilinden dolayı kınanabilirliği biçimindeki kusur yargısının psikolojik kusur kavramıyla bağdaşmayacağı, bu teoriye yapılan eleştirilerin diğer bir yönünü oluşturmaktadır (15).

Diğer yandan psikolojik kusur teorisiyle, kusuru ortadan kaldıran sebeplerin tutarlı bir şekilde açıklanamayacağı söylenmiştir. Örneğin, tehdit altında kişinin bir suç işlemeye zorlanması durumunda, kişi suç tipini gerçekleştirilmeyi istemekte ve böylece kendisinin maruz bırakıldığı zor durumdan kurtulmayı amaçlamaktadır. Bu halde fail ne yaptığını bilmekte olduğuna göre ve fiille psikolojik ilişkisinin varlığına rağmen, onun kasten davranmadığı, kusurunun kalktığını söylemek mantıksız olacaktır (16). Yine isnad yeteneğinin kast ve taksirin ön koşulu olduğu da yanlış bir varsayımdır. Çünkü akıl hastaları dahi suçun unsuru olan hareketi isteyebilir, bunu tasavvur edebilir durumda olabilir (17).

İşte bu eleştiriler nedeniyle kusurun izahı bakımından psikolojik teoriye karşılık normatif temele dayalı başka görüşler ileri sürülmüştür.

(12) Nitekim v. Liszt hukuku aykırılık bilincinin varlığına hiç değinmemiştir. Bkz. Lehrbuch des Deutschen Strafrecht 20. Auflage Berlin 1914. Buna karşılık Ernst Beling (die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906, s. 180 vd.) Sözkonusu bilincin varlığını kusur açısından zorunlu görmektedir.

(13) Reinhard Frank: Über den Aufbau des Schuldbegriffs: Festschrift der Juristische Fakultät Gießen 1907, s. 3-5.

(14) Frank: a.g.e., s. 6-8.

(15) Roxin: Strafrecht, s. 538.

(16) Jescheck: Lehrbuch, s. 378.

(17) Roxin: Strafrecht, s. 538. Bauman-Weber: Strafrecht, s. 369.

2. Normatif Teoriler

Normatif kusur teorileri çerçevesinde ileri sürülen görüşlerin ortak yanı, kusurun failin hukuka aykırı fiilinden dolayı kınanmasını ifade eden bir değer yargısı olduğudur (18).

Normatif teorilerin, kusuru bu şekilde tanımlamasında bir fikir birliğinde olmalarına karşılık, kusuru meydana getiren unsurların ne olduğu hususunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlara göre failin hukuka aykırı fiiliyle olan psikolojik ilişkisi yine kusurun bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Ancak hukuka aykırı fiilin, bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi demek olan kast, artık bir kusur türü değil, kusurun içinde yer alan bir unsur olmaktadır (19). Diğer yandan, tipik neticenin bilinmesi imkanına rağmen bilinmemesi, yani failin davranışıyla psişik ilişkisinin varolabilmesi imkanı ise, taksir olarak kusurun bir unsurunu oluşturmaktadır (20). Kusur yeteneği ve hukuka aykırılık bilinci ise kusurun diğer unsurlarını oluşturmaktadır. İşte bu şekilde psikolojik ve normatif unsurlardan meydana gelen kusur, failin fiiliyle olan ilişkisinden dolayı kişisel olarak kınanmasını ifade etmektedir (21) (Kompleks Kusur Kavramı).

Buna karşılık final hareket teorisi taraftarları ise, kusurda bu şekilde psişik-normatif unsurların bir arada bulunamayacağını ileri sürerek, sadece psikolojik nitelikte bir kavram olan kastın kusur kavramından bütünüyle çıkarılması gerektiğini söylemişlerdir (22). Çünkü bu görüşe göre kast hareketin bir unsuru olup, haksızlığı oluşturan sübjektif bir unsurdur. Kusur ise normatif yapıda bir değer yargısını ifade etmekte ve kusur yeteneği ile hukuka aykırılık bilinci unsurlarını içermektedir (23) (Mutlak Normatif Kusur Kavramı). Bu anlayışın sonucunda kast ve taksir kusurun türleri değil, objektif ve sübjektif unsurlardan oluşan bir haksızlığın gerçekleşme biçimleri olarak kabul edilmektedir (24).

(18) Frank: a.g.e, s. 14, Wessels:H Strafrecht, s. 110; Maurach; Strafrecht, s. 345.

(19) Frank: a.g.e, s. 12.

(20) Roxin: Strafrecht, s. 539.

(21) Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht Berlin 1930, s. 276-278.

(22) Hans Welzel: das Deutsche Strafrecht, Berlin 1969, s. 139-141.

(23) Maurach Reinhart-Karl Heinz Zipf: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 7. Auflage, Heidelberg 1989, 30/23.

(24) Jescheck: Lehrbuch, s. 379.

Nihayet Roxin kusurun, suç politikası itibarıyla ceza ile güdülen amaçların da gözönünde tutularak belirlenmesi gerektiğini ileri sürerek, yukarıdaki görüşlere yeni bir boyut daha katmaktadır. Buna göre özellikle kusuru kaldıran nedenler, sadece cebir veya tehdit gibi hukukun gerekleri uyarınca bir davranışın beklenemediği durumlarla sınırlanmayıp, genel ve özel önleme düşünceleriyle cezaya başvurma gereksiz olduğu durumları da kapsamaktadır. Böylece yazar kusur ile cezanın önleme etkisi arasında bir ilişki kurmakta ve kusuru bununla tamamlayarak, bu iki durumu sorumluluk kavramı altında biraraya getirmektedir (25) (Fonksiyonel Kusur Kavramı).

B. Değerlendirme

Yukarıda psikolojik kusur teorisine karşı yapılan eleştirileri doğru bulduğumuzdan, kusuru, bir insan tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı fiili dolayısıyla onun kınanabilirliği olarak tanımlayan görüşlere biz de katılmaktayız. Çünkü fail hukuk normlarının gereklerine uygun davranmak, haklı hareket etmek imkan ve yeteneğine sahip olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunmayı yeğlemektedir. Dolayısıyla kusur, belirli bir suç tipine uygun bir haksızlıkla ilgili olarak fail hakkında yapılan bir kınamadır. Bu normatif değer yargısı hem kastlı hem de taksirli bir haksızlık için söznokusudur. Böylece kusur yargısının konusunu, kasti veya taksirli bir haksızlık oluşturmakta ve kusur yargısı ile haksızlık arasındaki zorunlu bağlantının varlığı bu noktada ortaya çıkmaktadır (26).

Diğer bir deyişle, failin kusurlu davranıp davranmadığı konusunda bir yargıya varabilmek için, ortada bu yargıya temel teşkil edecek bir fiilin bulunması gerekir. Fiil ise, failce iradi olarak belirli bir neticeyi gerçekleştirmek için dış alemde yönlendirdiği bir insan hareketidir. İşte ceza hukukunu ilgilendiren bir davranışın iradi biçimde ortaya çıkması gereği nedeniyledir ki, irade fiilin bir unsuru olarak görülmektedir (27).

Böyle bir irade ise, hareketin nedensellik süreci içerisinde nasıl gerçekleşeceğine ilişkin bilgi ve istemi içermektedir. Diğer bir deyişle fail, hareketinin

(25) Roxin: Strafrecht, s. 540.

(26) İzzet Özgenç: Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İst. 1993, s. 252-3 "Türk Ceza Hukuku Doktrininde Normatif Kusur Teorisi" için ayrıca bkz.: Turhan Tufan Yüce: Ceza Hukuku Dersleri C. I, Manisa 1982, s. 301-306.

(27) Jescheck; Lehrbuch, s. 260 Roxin: Strafrecht, s. 266 vd.

ve bunun etkilerinin ne olduğunu bilmekte ve istemektedir. İşte bu nedenle irade suçun fiil unsuruna dahil sübjektif bir element olmaktadır (28). Ancak bu aşamada irade henüz bir değer taşımamakta, sadece suçun maddi unsuruna ilişkin bilme ve istemeyi içermektedir. Daha sonra kişinin hukuk normlarının emir veya yasaklarının varlığını bilmesine ve fiilinin bunlarla çatışacağı değerlendirilmesini yapmasına rağmen, seçimini o yönde ortaya koyması durumunda iradenin bir değer taşımasından söz etmekte ve bu açıdan iradeyi kusurun kapsamına dahil etmekteyiz (29).

Sonuç olarak, sübjektif ve objektif unsurlardan meydana gelen ve hukuk normlarına karşı yönlendirilen iradi fiile "haksızlık" ismi verilmekte, fiilin hukuk düzeninin olması gerekeni belirten normlarıyla çelişkisi ise hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır. Kusur ise belirli bir suç tipine uygun bir haksızlıktan dolayı fail hakkında yapılan kişisel bir kınama yargısı olmaktadır (30).

Böylece haksızlık ve kusur arasındaki bağlantı ile ayırımı ortaya koyduktan sonra, failin hukuk normlarının emir veya yasaklarının bilincinde olup-olmamasının onun kusurunu nasıl etkileyebileceğini inceleyebiliriz.

II. KUSUR VE HUKUKA AYKIRILIK BİLİNCİ

Failin gerçekleştirdiği bir haksızlık dolayısıyla kınanmasını, onun hukuk normlarına uygun davranabilme imkan ve yeteneğine rağmen, hukuka aykırı davranışı tercih etmesine dayandırmıştık. Ancak böyle bir yargıya varabilmek için kişi, fiilinin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olması gerekir. Aksi takdirde, hareketinin hukuka aykırı olduğunu, hukuken bu davranışına izin verilmediğini bilmeyen faili, haklı bir davranış yerine haksızlığı yeğlediğinden dolayı kınayabilmek mümkün olmayacaktır (31). Çünkü irade özgürlüğünü esas olan bir ceza hukuku sistemi çerçevesinde, kişinin önünde hukuka aykırı davranıp davranmama bakımından gerçek bir seçme imkanı bulunmalıdır. Halbuki, fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincine sahip olmayan kişinin önünde böyle bir seçenek bulunmamaktadır. Öyleyse kişinin hukuka aykırılık bilinci-

(28) Wessels: Strafrecht, s. 60-61.

(29) Özgenç: age., s. 255-256.

(30) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Auflage Tübingen 1984., s. 58-59.

(31) Hans-Joachim Rudolph: Unrechtsbewusstsein, Verbotsintum und vermeidbarkeit des Verbotssirrtums, Göttingen 1969, s. 12 vd.

ne sahip olmasını, kusurun bir unsuru olarak kabul etmemiz gerekir (32). Bu nedenle, nasıl ki tehdide maruz bırakılarak bir suç işlemeye zorlanan kişiyi, kusursuz sayıyor ve cezalandıramıyorsak; ya da kusur yeteneğine sahip olmayan bir akıl hastası veya küçük yaştaki çocuğu işlediği haksızlık nedeniyle kınayamıyorsak, aynı şekilde kusurun diğer bir unsuru olan, hukuka aykırılık bilincinde olmayan kişiyi de kusursuz saymamız gerekecektir (33).

A. Hukuka Aykırılık Bilincinin Suç Sistemindeki Yeri ve Hukuka aykırılık Konusundaki Hataya İlişkin Görüşler

Hukuka aykırılık bilincinin yokluğu durumunun, kusuru etkileyeceği konusunda doktrinde genel bir fikir birliği olmakla birlikte, bu bilincin kusur içinde ve fakat kasttan ayrı bir unsur mu olduğu, yoksa kastın bir unsurumu olduğu hususu tartışmalıdır. Söz konusu görüşler doktrinde kast ve kusur teorisi biçiminde adlandırılmaktadır.

1. Kast Teorisi

Bu görüşe göre suçun maddi unsurlarının bilinmesi ve istenmesinden ayrıca, failin hukuka aykırı davrandığının bilincinde olması da kastın temelini ve özünü oluşturmaktadır (34). Böylece failin davranışıyla hukuki yasağa karşı çıktığını bilmesi biçimindeki pozitif koşul, kastın niteliksel ve kurucu bir elementi olmaktadır. Dolayısıyla kast yalnızca fiilin ontolojik özelliklerini değil, aynı zamanda onun anlamını da içermektedir (34). Bu nedenle failin kınanması demek olan kusur; onun sadece fiilin ne olduğu veya ne olacağı hakkındaki manevi-sübjektif tutumuyla ilgili olarak değil, daha ziyade hukukun olması gerekeni belirten buyruklarına karşı gelmesini ifade eden içsel tavrına ilişkin olarak, ortaya çıkmaktadır (35).

Buna göre fail bilerek ve isteyerek bir suç tipinin maddi unsurlarını gerçekleştirilmesine karşılık, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa, bu durum kastın yokluğuna yol açacaktır. Bu görüşler bakımından suçun maddi unsurlarına ilişkin hata ile (fiili hata) fiilin hukuka aykırılığı konusundaki hatanın

(32) Arthur Kaufman: Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, s. 102 vd.

(33) Jescheck: Lehrbuch, s. 407.

(34) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 14. Auflage, München 1969, § 59, Rdn 76. Karl Binding, Die Normen Und Ihre Ubertretung, Band III, Leipzig, 1918, s. 327 vd. Blei, Strafrecht, s. 178.

(35) Jürgen Baumann: Strafrecht Allgemeiner Teil Bielfeld 1960, s. 333.

(hukuki hata) kast üzerindeki etkisi ve sonuçları itibarıyla eşit bir uygulama sözkonusu olmaktadır (36). Nitekim, nasilki fiili hatanın kaçınılmaz olduğu durumlarda, kastın ortaya çıkmadığı kabul ediliyor ve fail hatanın ilişkin olduğu suç tipinden dolayı cezalandırılmıyor; buna karşılık fiili hatanın kaçınılabilir olması durumunda suçun taksirle işlenebilen bir suç olması koşuluyla fail ancak bu taksirli suç nedeniyle cezalandırılabilirse, aynı durum hukuki hata içinde geçerlidir (37). Dolayısıyla, hukuki hatanın kaçınılabilir olması halinde ve bu hatayla ilgili suç taksirle işlenebilen bir suç ise, fail bundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Eğer fiilin hukuka aykırılığı konusundaki bilincin yokluğu kaçınılmaz nitelikte bir hataya dayanıyorsa veya bu hata kaçınılabilir olmakla birlikte hatanın ilişkin olduğu suç taksirle işlenebilen bir suç değilse, fail cezalandırılmayacaktır (38).

Yine bu teori bakımından, hukuka aykırılık bilincinin yokluğu, ister davranışın hukuk normunca yasaklandığı konusundaki hataya, ister fiilin hukuka aykırılığının bilinmesine rağmen, buna ilişkin olarak hataen bir hukuka uygunluk sebebinin varsayılmasına, ya da hukuka uygunluk sebebinin şartlarında veya sınırlarındaki hataya dayansın, bütün bu durumların kastın ortaya çıkışını engellediği kabul edilmektedir (39).

Böylece fiili ve hukuki hatanın ceza hukukundaki sonuçları arasında bir farklılık görülmemekte, her iki durumda kastın yokluğunu sonuçlamaktadır. Ancak failin hatası taksire dayanıyor ve bu hata ile işlenen fiil taksirle cezalandırılabilen bir suçsa, faili ancak bundan dolayı cezalandırmak mümkün olacaktır (40).

Bu görüş özellikle suç politikası yönünden eleştirilmiştir. Buna göre, hukuki hatanın mazur görülmeyecek hallerde dahi, kastı ve cezalandırmayı ortadan kaldırmasının, hukuka karşı kayıtsız, keyfi ve hatalı bir tutum takınan kişilerin haksız biçimde mükafatlandırılmasını sonuçlayacağı söylenmiştir. Ayrıca, hukuka aykırılık bilincinin taksir nedeniyle failde bulunmaması durumunda, fiil eğer taksir ile cezalandırılabilen bir suç oluşturuyorsa, failin ancak bundan dolayı cezalandırılabilmesi, birçok suçun taksirle işleme bi-

(36) Schönke-Schröder, 14. Auflage, § 59, Rdn. 82.

(37) Baumann: Strafrecht, s. 334.

(38) Maurach: Strafrecht, s. 390.

(39) O.A. Germann: Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942, s. 45-53.

(40) Schönke-Schröder: 14. Auflage, § 59 Rdn. 100-107.

çimlerinin cezalandırılmaması nedeniyle, fiilin hukuka aykırı olduğunu kaçınılmaz bir hata ile bilmeyen her failin cezalandırılmamasına yol açacaktır (41). Örneğin, malikin rehin verdiği eşyayı, rehin alanın rızası olmadan faydalanmak amacıyla alması durumunda, fail bu davranışının taksirli bir hata sonucunda hırsızlık suçunu oluşturacağını bilmiyorsa, hırsızlık taksirle işlenebilen bir suç olmadığı için bu görüş gereği onu cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Gerçekten, kişi hürriyeti, genel adap aleyhine işlenen cürümler gibi, genel ceza kanunlarında yer alan çok sayıdaki suçlarla, özel ceza kanunlarında düzenlenen çoğu suçların, taksirle işlenebilmesi mümkün olmadığı gözönüne alınırsa bu eleştirinin haklı olduğu kanaatindeyiz (42).

Söz konusu teori çerçevesinde hukuka aykırılık bilincinin, fiilin işlendiği anda gerçekten-aktüel olarak mı sahip olunması gerektiği, yoksa hukuka aykırılık bilincine sahip olabilme imkanının yeterli mi sayılması gerektiği konusunda görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, fail, fiili işlediği anda gerçekten, aktüel biçimde hukuka aykırı davrandığını bilmiyorsa, kasten hareket ettiğini kabul etmemek gerekir (43) (Mutlak Kast Teorisi). Bu görüş, özellikle ani heyecan veya öfke altında işlenen suçlarda, failin hukuka aykırılık konusunda fiilin işlenmesi anında gerçek-aktüel bir bilgiye sahip olmayabileceği, bunun da suç politikası yönünden sakıncalı olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir (44). Nitekim, diğer görüş bakımından hukuka aykırılık bilincinin, fiilin işlendiği anda aktüel olarak bulunmasının zorunlu olmadığı, fiilin hukuka aykırı olduğunun potansiyel olarak bilincinde olunmasının yeterli sayılması gerektiği ifade edilmektedir (45). Diğer bir deyişle fail, suçun işlendiği anda aktüel olarak hukuka aykırılık bilincine sahip olmamasına rağmen, bu bilince sahip olabilme imkanı vardı denebiliyorsa, bu durumda kastın varlığı kabul edilmelidir (Sınırlı Kast Teorisi). Çünkü fail hukuka düşman hayat tarzı ile hak ve haksızlık konusunda doğru yargıda bulunmamışsa, hukuka aykırılık konusundaki bilgisizliğine, hatasına önem verilmemelidir (46). Bu durumda failin kastı "hak ve haksızlık konusunda sağlıklı bir anlayış ile bağdaşmayacak bir zihniyetin varlığına" dayandırılmaktadır. Bu görüş ise, kusur yargısının

(41) Eleştiriler için bkz. Maurach: Strafrecht, s. 391.

(42) Roxin: Strafrecht, s. 585-586.

(43) Baumann: Strafrecht, s. 334-336.

(44) Wessels: Strafrecht, s. 124.

(45) Edmund Mezger: Moderne Wege der Strafrechtsgematik, 3. Auflage Berlin-München 1949, s. 35-38.

(46) Mezger: age., s. 45.

failin somut fiiline dayandığı ve kişinin sürdürdüğü hayat tarzı itibarıyla kusurlu sayılmayacağı gerekçesiyle, yerinde olarak eleştirilmiştir (47).

2. Kusur Teorisi

Özellikle finalist suç teorisi taraftarları kastı, suç oluşturan bir haksızlığın maddi unsurlarının bilinmesi ve istenmesi olarak kabul etmekte, böyle bir haksızlığın hukuka aykırılık oluşturduğuna ilişkin bilginin ise, kasttan ayrı olarak kusurun bir unsuru olduğunu ileri sürmektedirler (48). Bu nedenle failin suçun objektif unsurlarındaki hatası kastı ortadan kaldırmakta, ancak koşulları varsa taksiri nedeniyle cezalandırılabilir (49). Buna karşılık, failin suçun maddi unsurları konusunda doğru bilgiye sahip olmasına ve fakat fiilin hukuka aykırılığı bakımından bir hatası sözkonusu ise, bu durum kastın varlığı üzerinde bir etkide bulunmamaktadır (50). Eğer failin hukuka aykırılık konusundaki bilgisizliği veya hatası kaçınılmaz nitelikteyse, o yine kastlı fiilden dolayı cezalandırılmakta, ancak bu hatanın kusuru azalttığı kabul edilip, cezanın hafifletilmesi mümkün olabilmektedir. Buna karşılık bu konudaki hata kaçınılmaz nitelikteyse, kusur bütünüyle ortadan kalkmakta ve fail cezalandırılmamaktadır (51).

Kusur teorisi çerçevesinde hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin hata bakımından iki farklı görüş sözkonusudur:

Bu konudaki ilk görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı, sınırları ve koşulları hakkındaki hata da, hukuki hata kapsamında kabul edilmekte ve bu konulardaki hatanın failin kusurunu etkileyen bir "yasak hatası" olduğu kabul edilmektedir (52) (Katı Kusur teorisi).

Buna karşılık diğer görüş bakımından, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarındaki hata, suçun maddi unsurlarında düşülen hata biçiminde değerlendirilmekte ve bu durumda fiili hatanın varlığı nedeniyle kastın ortadan kalktığı ileri sürülmektedir (53). Buna karşılık hukuk düzeninde gerçekte varolmayan bir hukuka uygunluk sebebinin hataen varsayılması ya da hu-

(47) Maurach: Strafrecht, s. 391-393.

(48) Welzel: Strafrecht, s. 164 vd.

(49) Welzel: Strafrecht, s. 576 vd. 166. vd.

(50) Baumann-Weber: Strafrecht, s. 47.

(51) Roxin: Strafrecht, s. 585.

(52) Jecheck: Strafrecht, s. 415 vd.

(53) Baumann-Weber: Strafrecht, s. 418-419.

kuken kabul edilen bir hukuka uygunluk sebebinin hukuki sınırları konusunda hataya düşülmesinin ise, kusuru ortadan kaldıran veya azaltan bir "yasak hatası" olduğu ifade edilmektedir (54) (Sınırlı Kusur Teorisi).

Örneğin gece vakti parkta gezinti yapan (A)'nın arkasından gelen iri yapılı (B) aniden onun omuzuna dokunarak "bir dakika dururmusun" der. (A) yağmaya uğrayacağını zannederek savunma amacıyla cebinde taşıdığı zehirli spreyi B'nin yüzüne sıkır. Gerçekte (B) sigarasını yakmak için (A)'dan ateş isteyecekti. İşte böyle bir olayda ik görüş bakımından bir yasak hatası sözkonusu olup, eğer bu hata kaçınılabilir nitelikteyse fail kasten müessir fiil suçundan dolayı cezalandırılacak, ancak hatası nedeniyle bu cezadan bir indirim yapmak mümkün olabilecektir. Eğer hata kaçınılmaz nitelikteyse fail kusursuz sayılıp cezalandırılmayacaktır (55). İkinci görüş ise bu olayda meşru müdafanın, "haksız bir saldırının varlığı" koşulundaki hatayı, suçun maddi unsurundaki hata gibi kabul ederek, eğer A'nın hatası taksire dayanıyorsa, müessir fiilde taksirle işlenebilen bir suç olduğundan, fail taksirle müessir fiil suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Eğer hata kaçınılmaz nitelikteyse bu durum A'nın kastını ortadan kaldıracığından, fail cezalandırılmayacaktır (56).

3. Değerlendirme

Kanaatimizce hukuka aykırılık bilinci kasta dahil bir husus olmayıp kusurun içinde bağımsız bir unsurdur. Çünkü kast suçun maddi unsurlarını gerçekleştirmeye yönelik bilgi ve istemi içermektedir. Böyle bir fiilin hukuk-normlarıyla bağdaşmadığı konusundaki bilgisi ise, kasttan ayrı olarak kusurun diğer bir unsurunu oluşturur. Örneğin, 18 yaşından küçük bir kimseyle onun rızasıyla cinsel münasebette bulunan kişi, mağdurun 18 yaşından küçük bir kimse olduğunu bilmekte ve onunla cinsel münasebette bulunmayı istemekte olması, failin kastını oluşturmaktadır. Buna karşılık böyle bir fiilin hukuka aykırı olduğu konusundaki bilinç ise, kastın dışında kalmakta ve kusurun unsurlarından birini oluşturmaktadır.

(54) Wessels: Strafrecht, s. 127.

(55) Maurach: Strafrecht, s. 393-397.

(56) Walo Früh: Die irrümliche Annahme eines Rechtfertigungsrundes, Winterthur 1962, s. 89 vd.

B. Hukuka Aykırılık Bilincinin Anlamı ve Kapsamı

Hukuka aykırılık bilinci, bir davranışın sosyal bakımdan zararlı olduğu veya ahlaka aykırı olduğu hakkındaki bir bilinç olarak anlaşılmalıdır. Çünkü her toplumsal ya da ahlaki değerlere aykırı davranış hukuk normlarının yasak veya emirlerinin konusu olmamaktadır. Örneğin yetişkinler arasındaki rızai homoseksüel ilişki, ahlaki değerlere aykırı sayılabilesine karşılık, bu tür fiiller hakkında hukuki yaptırımlar öngörülmeyebilir (57).

Buna karşılık toplumsal ve etkiel değerlere aykırı davranma bilinci, hukuka aykırılık bilgisine sahip olunmasının bir aracı olabilir. Ancak bizatihi hukuki yasak ve emirlere ilişkin bilginin kendisi olmamalıdır. Çünkü çoğulculuk sistemini benimsemiş toplumlarda sosyal ve moral değerlendirmeler değişkenlik gösterdiğinden, hukuk normlarıyla kişilerin bu değerlere mutlak olarak yönelmesi talep edilmemektedir (58). Bu nedenle kusur kınaması kural olarak ancak failin hukukun yasak veya emirlerini bilinçli biçimde tanımaması durumunda sözkonusu olur. Ancak, davranışının ahlaka aykırı olduğunu bilen fail, eğer bu davranış aynı zamanda bir suç oluşturuyorsa, ahlaka aykırılık hususu, onu fiilin hukuka da aykırı olup olmadığı konusunda bir muhakeme yapmaya sevk edebilir (59). Bu durum ise aşağıda değineceğimiz, hukuki hatanın kaçınılabilir olduğu konusunda bir emare oluşturabilir.

Diğer yandan bir kimsenin kendi ahlak veya diğer inançlarına göre bir davranışı doğru kabul edip, hukuk düzeninin bu konudaki buyruklarına önem vermemesi, hukuka aykırılık bilincinin varlığına halel getirmez. Çünkü bu durumda davranışın hukuka aykırı olduğu bilinmesine rağmen, ideolojik, ahlâki vb. gibi inançlar nedeniyle, hukuk normlarının emir ve yasaklarına uyulmamaktadır (60). Örneğin, bir kişinin dünya görüşü nedeniyle askerlik görevinden kaçması durumunda veya vergi yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, o kişi hukuka aykırılık bilincine sahip olup, sözkonusu davranışlar Askeri Ceza Kanunu ve Vergi Ceza Kanununda belirtilen yaptırımlarla karşılaşacaktır.

Hukuka aykırılık bilincinin, belirli bir kanun maddesinin bilinmesi veya fiilin hukuki sonuçlarının ya da cezalandırılabilirliğine ilişkin bir bilgiyi kap-

(57) Roxin: Strafrecht, s. 588.

(58) Roxin: Strafrecht, s. 599.

(59) Baumann-Weber: Strafrecht, s. 420.

(60) Jescheck: Lehrbuch, s. 408; Schönke-Schröder: 23. Auflage, s. 266.

samasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, fiilin pozitif hukuka göre cezalandırılabilir bir suç olduğu hususundaki bilgi, hukuka aykırılık bilincinin varlığı için gerekli değildir (61). Örneğin, başkasının malını kullanıp geri vermek üzere alan veya bir lokantada yemek yedikten sonra para vermeden çıkıp giden kişi bu davranışlarının birinci durumda kullanma hırsızlığı ikinci durumda karşılıksız yararlanmak suçunu oluşturması dolayısıyla cezalandırıldığını bilmeyip, yalnızca Medeni Kanunun ilgili hükümlerine aykırı davranış olduğunu zannetse dahi, hukuka aykırılık bilincine sahiptir. Çünkü bu durumlarda fiilin bir haksızlık oluşturduğu bilinmektedir (62).

Diğer yandan hukuka aykırılık, bilinci genel ve soyut biçimde değil, somut olayda sözkonusu olan belirli bir suç tipiyle ilişkili olmalı ve hukuka aykırılık konusundaki hata da ancak belirli bir fiil ile ilgili olarak ortaya çıkmalıdır (63). Yani kişi ancak gerçekleştirdiği belirli bir fiilin hukuk normlarına aykırılık oluşturduğu bilincine sahip olmayabilir. Bu nedenle bir fiil ile birden fazla suç tipinin gerçekleştirilmesi durumunda, fail bu tiplerinden biriyle ilgili olarak hukuka aykırılık bilincine sahip olmasına karşılık diğer bir suç tipine ilişkin olarak hukuka aykırılık bilincine sahip olmayabilir ve bu ikinci durumda kaçınılmaz bir hukuki hata sözkonusu olabilir (64). İşte bu bakımdan, hukuka aykırılık bilincinin bölünebilirliğinden bahsedilir. Örneğin; Federal Alman Yargıtayı, Yugoslav asıllı göçmen babanın üvey kızı ile cinsel münasebette bulunması olayında, ırza geçme ve zina suçları bakımından hukuka aykırılık bilincine sahip olduğunu, buna karşılık fücür suçunun Yugoslav hukukuna göre suç teşkil etmemesi sebebiyle, bu suç bakımından failin yasak hatasına düştüğünü kabul etmiştir (65) (Bu karar 1973 yılında fücür suçunun ilgasından önce verilmiştir).

Bu açıklamalarımız sonucunda hukuka aykırılık bilincini; fiilin toplumsal düzeninin gereklerine aykırı ve bundan dolayı da hukuk düzenince yasaklanmış olduğunun, diğer bir deyişle fiilin maddi hukuka aykırılığının bilinmesi biçiminde tarif edebiliriz (66). İşlenen fiilin hukuk normlarının emir veya yasaklarıyla bağdaşmadığı konusunda sahip olunması gereken bilgi bakı-

(61) Baumann-Weber: Strafrecht, s. 419 Wessels: Strafrecht, s.116.

(62) Roxin: Strafrecht, s. 589.

(63) Rudolphi: Unrechtsbewusstsein, s. 77 vd.

(64) Özgenç: a.g.e., s. 254, Baumann-Weber: Strafrecht, s. 421.

(65) Jescheck: Lehrbuch, s. 410.

(66) A. Kaufmann: Unrechtsbewusstsein, s. 21-37.

mından, ortalama, vasat bir kişinin durumu esas alınacaktır (67). Çünkü bu bakımdan, her kişiden bir hukukçunun sahip olduğu bilgiyle davranmasını beklemek mümkün değildir.

Bir davranışın hukuka aykırılık oluşturduğu bilincine fail mutlaka fiilin işlendiği anda aktüel biçimde sahip olması gerekli olmayıp, fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesi imkanının varlığını, bu bakımdan yeterli saymak gerekir. Bu durum özellikle ani heyecan veya öfke ile işlenen suçlar yönünden sözkonusu olup, belirli bir hazırlık devresi süreci sonucunda işlenen suçlarda ise fail davranışının hukuka aykırılık bilincine fiil anında aktüel olarak sahiptir (68).

C. Hukuki Hatanın Türleri

İşlenen fiilin hukuka aykırılığı konusundaki bilgisizlik veya hata çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir.

Hukuki hatanın tipik biçimi, bir davranışın hukuk normlarıncı emredildiğinin veya yasaklandığının bilinmemesidir. Diğer bir deyişle kişi gerçekleştirdiği fiilin ne olduğunu bilmekte, ancak bu fiilin yasaklandığı konusunda varolan normu yok zannetmektedir. Normun varlığından düşülen bu hata türüne doğrudan hukuki hata denilmektedir (69). Örneğin, bir kimse komşusuna gönderilmiş olan bir mektubu onun rızası olmadan açarsa, fiilin konusunun bir mektup olduğunu, bunun başkasına ait olduğunu ve onu açtığını bilmekte, ancak bu hareketini yasaklayan bir normun bulunmadığını, diğer bir deyişle davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa, bu durumda doğrudan bir hukuki hata sözkonusudur (direkter Verbotsirrtum).

Buna karşılık işlenen fiilin hukuki normlarıyla bağdaşmadığı, hukuka aykırı olduğu bilinip, hataen gerçete varolmayan bir hukuka uygunluk sebebinin varsayılması nedeniyle, böyle bir fiile izin verildiğinin zannedilmesi ise, dolaylı hukuki hata olarak adlandırılmaktadır (70) (İndirekter Verbotsirrtum). Hukuk düzenince tanınmayan ve suç teşkil eden bir davranışa izin veren bir normun varolduğunun zannedilmesi veya gerçekte varolan bir hukuka uygunluk sebebinin sınırları hakkındaki hata, hukuki hata kuralları

(67) Jescheck: Lehrbuch, s. 408.

(68) Özgenç: age., s. 255.

(69) Wessels: Strafrecht, s. 128.

(70) Jescheck: Lehrbuch, s. 415.

çerçevesinde kabul edilirken; hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarındaki hata ise, suçun maddi unsurlarına ilişkin olan fiili hata kapsamında görülmektedir (71).

Örneğin; başkalarının çocuklarına karşı da tedip ve terbiye hakkını varolduğunun zannedilmesi durumunda, hukuka uygunluk sebebinin varlığında hataya düşülmektedir. Buna karşılık bir babanın, sözkonusu hakkın çocuğun sağlığına zarar verecek biçimde dövülmesini de içerdiğini zannetmesi ise, hukuka uygunluk sebebinin sınırdaki bir hatadır. Her iki durumda da fail kasten hareket etmekte, ancak düşülen hata nedeniyle varsayılan bir hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla fiil işlenmektedir. Eğer bu hata, kaçınılmaz nitelikte ise kişi kusursuz sayılıp cezalandırılmayacak, kaçınılabılır nitelikteyse fail kasti davranışından dolayı sorumlu tutulacaktır (72). Buna karşılık hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında düşülen hata, eğer kaçınılmaz nitelikteyse kişi kastlı bir hareketi olmadığı için cezalandırılmayacak eğer hata kaçınılabılır nitelikte ve fiilde taksirle işlenebiliyorsa, fail bu taksirli suç nedeniyle cezalandırılacaktır (73).

Failin suç tipinin unsurlarının, toplumsal anlamı konusundaki hatası ise, nitelendirme hatası olarak adlandırılmaktadır (74) (Subsumtionsirrtum). Örneğin, failin otomobil plakasını, ceza kanunu anlamında bir belge olarak görmemesi olayında durum böyledir. Yine başkasına ait otomobilin lastiklerindeki havanın indirilmesi olayında, failin sadece bir malın kırılması, yırtılması gibi hareketleri, mala zarar verme olarak anladığını ileri sürmesi de bir nitelendirme hatasıdır. Bu tür bir hatanın ise kasti ortadan kaldırmayacağı kabul edilmeli ve böyle nitelendirme hataları, fiili hata konusu çerçevesinde incelenmelidir (75). Ancak, bazen bir nitelendirme hatası, hukuki hatayla da sonuçlanabilir. Örneğin; başkasına ait bir hayvanı zehirleyen fail, hayvanın bir eşya olduğunu bilir, fakat bunun bir suç olduğunu bilmiyorsa bu halde bir hukuki hata sözkonusudur. Böyle bir hukuki hata ise kaçınılabılır nitelikte olup, kusuru ortadan kaldıracı bir etkisi yoktur (76).

(71) Früh: age., s. 51 vd.

(72) Jescheck: Lehrbuch, s. 416 vd.

(73) Baumann-Weber: Strafrecht, s. 415.

(74) Roxin: Strafrecht, s. 592-593.

(75) Jescheck: Lehrbuch, s. 282, 481.

(76) Roxin: Strafrecht, s. 593.

D. Hukuki Hatanın Kusuru Ortadan Kaldırabilmesinin Koşulları

Suç oluşturan bir fiilin hukuka aykırı olmadığı kanısında olan kimsenin, bu konudaki hatasının kusuru ortadan kaldırabilmesi için, sözkonusu hatanın kaçınılmaz nitelikte olması gerekir. Eğer fiilin hukuka aykırılığı konusundaki hata kaçınılabılır nitelikteyse, o zaman failin kasten işlediği suçtan dolayı ceza sorumluluğu aynen devam edecektir. Ancak, bu hata kusuru azaltan bir durum olarak kabul edilip, hakime cezada zorunlu olmayan bir indirim yetkisi tanınabilir (77).

Bu noktada ise karşımıza, hukuki hatanın kaçınılabılır olup olmamasının hangi ölçüte göre tespit edileceği sorunu çıkmaktadır. Şu anda, hukuki hatanın kaçınılabılır olup olmaması bakımından, taksirli suçlardaki gibi "failin sübjektif öngörebilme ölçütünün" esas alınması, yabancı doktrinde ve mahkeme uygulamalarında kabul görmektedir (78).

Buna göre olayın somut özellikleri ile, failin yaşam ve mesleki çevresindeki koşullar gözönünde tutularak, hukuki hatanın kaçınılabılır olup olmadığı tespit edilmelidir (79).

Bu konuda Federal Alman Yargıtay'ının ortaya koyduğu ölçütü aynen aktarmak istiyoruz. "Hukuki hatanın kaçınılabılırlığını tespit bakımından, somut olayın özelliklerine, failin meslek ve yaşam çevresine göre değişen bir vicdani denetim yapıp yapmadığına bakmak gerekir. Eğer fail kendisinden beklenen vicdani denetime rağmen fiilin hukuka aykırılığını öngöremediye, bu hatası kaçınılmaz nitelikte olup, bu halde fail kusurlu sayılmayacaktır. Buna karşılık fail dürüst bir vicdani denetim ile fiilin hukuka aykırılığını bilebilecek durumdaysa, bu hatası kaçınılabılır nitelikte olup, kusuru kaldırmaz" (80).

Belirttiğimiz bu ölçütler dışında, hatanın kaçınılabılırlığı bakımından birbirine bağlı olarak şu hususların gözönünde tutulması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre ilk olarak, faili davranışının olası hukuka aykırılığı üzerinde kendisini düşünmeye veya gerektiğinde onu hukuki bilgilendirmeye sev-

(77) Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eckhard Horn: Vebotsirrtum und Vorverfbarkeit, Berlin 1969, Rudolphi: Unrechts bewusstein, s. 193 vd.

(78) Jescheck: Lehrbuch, s. 412.

(79) Özgenç, age., 255.

(80) Karar için bkz. Turhan Tufan Yüce: Umanizma Görüşü ile Hukuki Bilmeme ve Yanılma, Ankara 1971, s. 17.

kedecek, bir vesilenin ortaya çıkmış olması, ikinci olarak böyle bir vesilenin varlığına rağmen, failin davranışı hakkında hukuki kanı oluşturabilecek hiçbir teşebbüse geçmemesi veya bu gayretlerin çok yetersiz olması durumunda, failin hatası kaçınılabılır niteliktedir (81). Yine eğer fail davranışının hukuka aykırı olduğunu herhangi bir nedenle ihtimal dahilinde görüyor, ama bu kuşkusunu ciddiye almıyor ise, bu durumda da kaçınılabılır bir hata vardır (82).

Bir kimse faaliyet gösterdiği belirli bir alanda, özel kuralların yürürlükte olduğunu bilmesi gerekir. Bu özellikle mesleki faaliyet alanları için sözkonusu olup, böyle bir faaliyete başlamak, kişinin kendisini hukuken bilgilendirmesi için yeterli bir vesile sayılmaktadır. Kişi buna rağmen kayıtsız davranmış ise, hukuki hatasının kaçınılabılır olduğu sonucuna varmak gerekir. Buna karşılık hukuki hata, yetkili makamların veya hukukçuların açıklama veya kararlarına dayanıyorsa, bu durumda hatanın kaçınılamaz olduğu kabul edilmektedir (83).

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM VE TARİHSEL GELİŞİM

A. Tarihsel Gelişim

1. Avrupa Ülkeleri

Modern Ceza Hukuku dönemine kadar çeşitli hukuk düzenlerinde hukuki bilmeme ve hata konusunda bazı düzenlemelere rastlamaktayız. Roma Hukukunda kanunu bilmemenin sorumluluğu kaldırmayacağı genel olarak kabul edilmekle birlikte bazı durumlarda aksine bir uygulamanın olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin, intifa hakkındaki kuralları bilmeyerek, üzerinde intifa hakkına sahip bulunduğu esir bir kadının doğurduğu çocukların kendisine ait olduğunu zanneden kimse, hırsızlık suçundan dolayı sorumlu tutulmamaktaydı. Aynı şekilde, belediye suçları hakkında tertip olunan cezalar, bu suçlara ilişkin düzenlemeleri bilmeyenler hakkında uygulanmamaktaydı. Yine kadınların küçüklerin ve acemilerin bilgisizlikleri nedeniyle bağışlanmaları mümkündü (84).

14. yüzyılın sonlarına kadar kilise hukukunda da "ignoranta iuris non excusat" hukuku bilmemek mazeret sayılmaz kuralı geçerli idi. Ancak bu

(81) Horn: Verbotsirrtum, s. 84. Roxin: Strafrecht, s. 597 vd.

(82) Rudolphi: Unrechtsbewusstsein, s. 217 vd.

(83) Roxin: Strafrecht, s. 603.

(84) Sahir Erman: Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma, İHFM, C. XII 54-2-3, s. 511.

zamandan sonra hukuki hatanın kusuru ortadan kaldırıcı etkisi kabul edilmeye başlanmıştır. Buna göre kişi bir ceza kuralını bilmiyor (ignorantia legis) veya belirli bir kuralı ihlal etmediğini zannediyorsa (Error iuris) ve bu hatası ağır bir ihmale dayanmıyorsa, sorumluluk sözkonusu olmuyordu (85).

19. yüzyıl Avrupası'nın çeşitli ülkelerindeki ceza kanunlarında genellikle kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi kabul edilmişti. Örneğin 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanununun 71. maddesindeki hüküm bu yoldaydı. Ancak aynı maddede, failin kasıtlı suç işlemiş sayılması için, suç işleme kararının hukuka aykırılığını ve cezayı gerektireceğinin bilinmesi gerektiği öngörülmüştü. TCK.nun mehazı olan 1889 İCK.nın 44. maddesinde de "kimse ceza kanununu bilmediğini kendini mazur göstermek nedeniyle ileri süremez" hükmü yer almaktaydı (86).

2. İslam Hukuku

İslam hukukunun temel kurallarından birisi, failin ancak yasaklanan fiilin yasak olduğunu bilmesi durumunda sorumlu tutulabileceğidir. Eğer fail bir fiilin yasak olduğunu bilme imkanına sahipse, yasak fiili bilmiş olduğu kabul edilir. Yasağı bilme imkanına rağmen, kişi fiilen bunu bilmiyorsa bu durumda hata bir mazeret olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle İslam hukukçuları "Dar'ül İslamda İslamı bilmemek özür değildir" demişlerdir. İslam hukukunda bilmeme (cehil) dört biçimde ortaya çıkmaktadır: a) Özür oluşturmeyen cehil. Bu duruma örnek olarak, Allah'ın inkar edilmesi gösterilmektedir. b) Özre elverişli olmamakla birlikte, önceki bilmemeye göre daha hafif sayılan cehil, Allah'ın sıfatlarını bilmemek gibi. c) Özre salih cehile ilişkin ilk grubu ise, hak ve kısas cezalarını ortadan kaldırıcı etki gösteren cehiller oluşturmaktadır. Örneğin, kısas hakkı olan iki kişiden biri, bir katili affettiği halde, diğeri kısas hakkını varsayarak kısas etse, bu kimse hakkında kısas uygulanmaz. d) Özre salih cehilin diğer bir biçiminde ise, dar-ı harpte (İslam devletine tabi olmayan yer) bulunan müslümanların namaz, oruç gibi ibadetler hakkındaki cehilleri yer almaktadır. Aynı şekilde İslam ülkelerine yeni gelen veya İslamı yeni kabul etmiş kimseler yasak olduğunu bilmeyerek, şarap içmeleri gibi fiillerinden dolayı cezalandırılmazlardı (87).

(85) Erman: age., s. 512-513.

(86) Yüce: Hukuki Bilmeme ve Yanılma, s. 21.

(87) Abdülkadir Udeh: İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk (Tercüme: Akif Nuri), C I, İst. 1976, s. 736 vd. Erman: age., s. 516-517.

B. Günümüzde Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

1. *Hukuki Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi Olmadığının Kabul Edildiği Ülkeler*

Hukuki hatanın ilke olarak failin kusurunu kaldırmadığının kabul edildiği ülke ceza kanunlarına örnek olarak, Portekiz (md. 29/1), Romanya (md. 135), İtalya (m. 5) ve İngiliz–Amerikan mevzuatını gösterebiliriz. Romanya Ceza Kanununa göre "Hiç kimse kanunu bilmediği veya yanlış yorumladığı iddiasında bulunamaz". Portekiz Ceza Kanununda da "Kanunu bilmemek ceza sorumluluğundan kurtarmaz" hükmü yer almaktadır (88). İtalyan Ceza Kanununda ise "Hiç kimse haklılığı için Ceza Kanununu bilmediğini iddia edemez" biçiminde bir düzenleme olmakla birlikte, İtalyan mahkemeleri yeni kararlarında bu kuralı yumuşatıcı içtihatla bulunmaktadır. Nitekim İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 23.3.1988 tarihli kararında, İCK.nun 5. maddesinin uygulanma alanı, İtalyan Anayasası'nın 27/1. maddesindeki kusur ilkesi açısından sınırlanmış ve kaçınılmaz hukuki hatanın kusuru kaldırıcı etkisi kabul edilmiştir (89).

2. *Hukuki Hatanın Ceza Sorumluluğunu Kaldırıcı Etkisinin Kabul Edildiği Ülkeler*

Günümüzde çok sayıdaki ülkeler ceza kanunlarında hukuki hatanın kusuru kaldırıcı veya azaltıcı etkisi, bu konuda açık hükümler sevk edilerek kabul edilmiştir.

Alman hukukunda 1871 tarihli Alman Ceza Kanununun yürürlükte olduğu yıllarda, bu Kanunun 59. maddesi yalnızca fiili hataya ilişkin bir düzenlemeyi içermekte idi. Alman İmparatorluk Mahkemesi ise İkinci Dünya Savaşı yıllarına kadar verdiği bütün kararlarında, hukuki hatanın ceza sorumluluğuna bir etkisinin olmadığını kabul etmekteydi. Ancak özellikle Alman Ceza Hukuku doktrininde, hukuka aykırılık bilincinin kusurun temel unsurlarından biri olarak görülmesi ve kaçınılmaz bir hata sonucunda bu bilincin yokluğu durumunda failin cezalandırılmayacağı görüşü, Alman mahkemelerince de benimsenmeye başlamıştır. Nitekim, Tübingen Mahkemesi 21.6.1949 tarihinde şöyle bir karar vermiştir: "Kasdın esaslı bir unsuru failin hukuka aykırılık şuurudur. Bu görüşten şu sonuç çıkar: Failde hareketinin hukuken tasvip

(88) Önder: Genel Hükümler, C. II-III, s. 331.

(89) Jescheck: Lehrbuch. s. 421.

edilmeyebileceği şuuru yoksa kasdı yoktur. Bununla birlikte bu şuur yokluğu, amme nizamına karşı fedakarlıkla kabil-i telif olmayan kötü zihniyete dayanamaz. Failin hatası ve binnetice hukuka aykırılık şuurunun yokluğu, böyle bir yanlış ve antisosyal (gemeinschaftwidrig) bir zihniyete dayanmayıp da ihtimam ve dikkat bakımından mükellefiyete aykırı bir eksiğe dayanıyor ve bahis konusu olan olayda fiilin taksirle işlenmesi de ceza tehdidi altında bulunuyorsa o zaman taksir yüzün cezalandırılması düşünülür" (90). Almanya Federal Mahkemesi de 18.3.1952 tarihli bir kararıyla bu konudaki uygulamayı müstakar hale getirici adımı atmıştır (91).

Doktrin ve uygulamadaki bu gelişmeler Alman Ceza Kanunu reformuyla da sonuç doğurmuş ve 1975 yılındaki değişiklikle Alman Ceza Kanununun 17. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "Yasak hatası: Şayet fail, fiilin icrası sırasında hukuka aykırı hareket etme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınıbiliyorsa, kusurlu hareket etmiş olmaz. Fail hatasından kaçınılabilecek idiye, ceza § 49 fıkra 1'e göre hafifletilebilir" (92).

Alman Hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı konusunda düşünülen hata konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bu konuda yukarıda açıkladığımız sınırlı kusur teorisi doktrin ve uygulamada hakim görüş durumundadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarındaki fiili hata durumu da kanunen düzenlenmemiştir. Doktrindeki hakim görüş ve mahkemeler, hukuken kabul edilmiş bir hukuka uygunluk sebebinin şartları konusunda düşünülen kaçınılabilecek nitelikteki hatayı, fiili hata olarak kabul etmemekle birlikte, fiili hata ile olan benzerlik dolayısıyla, kıyas yoluyla fiili hataya ilişkin Alman Ceza Kanununun 16. maddesi uygulanmaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarındaki hata kaçınılamaz nitelikteyse, faile ceza verilmemekte; kaçınılabilecek hata durumunda ise, eğer fiil taksirle işlenebilen bir suçsa, fail bu taksirli suçtan dolayı sorumlu tutulmaktadır (93).

Fransa'da, 1810 tarihli Ceza Kanununda hukuki hataya ilişkin bir hüküm bulunmamakta ve gerek doktrin gerekse mahkeme içtihatlarında hukuki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırıcı bir etkisi kabul edilmemekteydi (94). An-

(90) Karar için bkz. Yüce: Hukuki Bilmeme ve Yanılma, s. 24.

(91) Jescheck: Lehrbuch, s. 406.

(92) İçel-Yenisey: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İst. 1994, s. 932.

(93) Jescheck: Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi. Sözkonusu İnceleme Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in 75. doğum yıldönümü nedeniyle kaleme alınmış olup henüz basılmamıştır.

(94) İbid.

cak, 1994 yılında yürürlüğe giren yeni Code Penal'in 122/3. maddesinde, hukuki hatanın kusuru kaldıracı bir neden olduğu öngörülmüş ve hukuki hata konusundaki Fransız geleneği böylece değiştirilmiş olmaktadır. Yeni düzenlemeye göre, fail hukuka uygun sanısıyla hareket ettiğini ve hatasının kaçınılmazlığını inanılır bir biçimde ortaya koymak zorundadır. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucunun resmi makamlar tarafından yapılan hatalı açıklamalar ve ilgi kanun veya yönetmelik metninin hatalı bir biçimde yayınlandığı durumları özellikle öngördüğü ileri sürülmektedir.

İsviçre Ceza Kanununun hukuki hata başlığını taşıyan 20. maddesi ise şöyledir: "Yeterli nedenlerin varlığı kanaati ile fiilin haklı olduğunu zanneden fail hakkında, hakim cezayı serbest takdirine göre hafifletebilir veya cezanın verilmesinden bütünüyle vazgeçebilir". Maddenin uygulanması için gereken koşullar bakımından İsviçre Mahkeme içtihatlarında ve doktrininde çeşitli tartışmalar almakla birlikte, İsviçre Federal mahkemesi hukuka aykırılık bilincinin kusurun bir unsuru olduğu yolunda içtihatla bulunmakta ve hukuki hatanın kaçınılmazlığı konusunda katı koşulların varlığını aramaktadır (95).

Avusturya Ceza Kanununun 9. maddesinde, hukuki hata Alman Ceza Kanununa paralel bir biçimde düzenlenmiş olup, 9. maddenin 2. fıkrasında ise hukuki hatanın kaçınılmazlığı bakımından bir ölçü ortaya konmuştur. Avusturya Ceza Kanununun 8. maddesinde ayrıca hukuka uygunluk sebeplerindeki hata konusunda da bir düzenleme mevcuttur (96).

Aynı şekilde İspanyol Ceza Kanununun 1/II, Brezilya Ceza Kanununun 21. maddelerinde ve Hollanda Hukukunda, kaçınılmaz hukuki hatanın kusuru kaldıracağı, kaçınılmaz hukuki hata durumunda ise failin cezasının hafifletilebileceği öngörülmüştür (97).

IV. TÜRK HUKUKU

Türk Ceza Kanununun 44. maddesinde "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı yer almaktadır. Bu düzenleme nedeniyle fail, davranışıyla ilgili olan kanuni bir hükmü bilmediğini ileri sürerek, ceza sorumluluğundan kurtulması mümkün olmayacaktır. Böylece Türk Ceza Kanununda sadece, kişinin pozitif hukuk düzenlemelerine ilişkin hatası öngörülmüş olmaktadır (98).

(95) Germann: Schweizerisches Strafgesetzbuch 9. Auflage, Zürich 1972, s. 37-38. Vital Schvander: das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage Zürich 1964, s. 98-101.

(97) Jescheck: Lehrbuch, s. 421.

(98) "Kanunu Bilmemek mazeret sayılmaz kuralı hakkında Türk hukukunda yapılan diğer

Buna karşılık, bir kimsenin pozitif hukuk kurallarının temelinde yatan hukuk normları, diğer bir deyişle fiilin maddi hukuka aykırılığı hakkındaki hatası bakımından, Türk Ceza Kanununda bir açıklık bulunmamaktadır. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarda, hukuka aykırılık bilincinin, kusurun zorunlu bir unsuru olduğunu ortaya koyarken; bu bilincin varlığı bakımından, failin belirli bir kanun maddesinin veya fiilin cezalandırılabilirliğinin bilinmesinin gerekli olmadığını söylemiştik (99).

Durum böyle olunca, TCK.nun 45. maddesinde belirtilen Kast kuralı açısından, failin hukuka aykırılık bilincine sahip olması gerektiği aranacak mıdır? Diğer bir deyişle 45. maddede kast hakkında bir tarif verilmediğine göre hukuka aykırılık bilinci, kastın bir unsuru olarak kabul edilip, bunun yokluğu halinde, kastın oluşmayacağı kabul edilebilir mi?

Bu soruya olumlu cevap verilmesi durumunda, davranışının hukuka aykırılığı konusunda kaçınılmaz nitelikte bir hataya düşen kişiyi, kastın yokluğu nedeniyle cezalandırmamak gerekecektir.

Kanaatimizce, "kusursuz ceza olmaz" ilkesinin geçerli olduğu Türk Ceza Hukuku sistemi çerçevesinde, TCK.nun 44. maddesindeki kuralı, bu ilkeyle çatışmayacak biçimde yorumlamak bir zorunluluktur. Nitekim, aynı kural İtalyan Ceza Kanununda da (md. 5) yer almasına rağmen, kusur ilkesine dayanılarak, bu maddenin uygulanma alanı sınırlanmış ve kaçınılmaz hukuki hata durumlarında failin kusursuz sayılması gerekeceği kabul edilmiştir (100). Yargıtay İçtihatlarında ise, hukuka aykırılık bilinci ve hukuki hata konusunda belirgin bir görüşü tespit etmemiz mümkün olmamakla birlikte, bazı kararlarda hukuki hatanın kastı kaldırıcı etkisi kabul edilmiştir.

Örneğin: "Türkçe Bilmeyen bir yabancıнын memnuiyetini de bilmediği ve kendisine verilen kömürü başkasına devretmek suçuna iştiraki mevzu bahis olamaz" (CGK. 10.10.1942, 117/106) "Şehir kulübü idare kurulunun isteği üzerine kaymakamlıkça tombala oyununa izin verilmiş bulunmasına nazaran, sanığın meşruiyet düşüncesiyle ve binaenaleyh suç kastı dışında hareket ettiği, anlaşılmasına göre mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır" (2.

açıklamalar için bkz. A. Pulat Gözübüyük: Modern Ceza Hukukunda Hata meselesi, Adliye Ceridesi 1942, sy. 1. Servet Sezgin: Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata, Adalet Dergisi 1951, sy. 1. s. 725-738. Dönmezer-Erman: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. I, 11. Bası, s. 192-199.

(99) Yukarıda bkz. II, B.

(100) Yukarıda bkz.: III, B. 1.

CD. 2.5.1966, 2551/2783). "Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiği öne sürüldüğüne göre, bu müdafaa hilafında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesi yolsuzdur" (3. CD., 18.1.1951, 10370/234) (101).

Söz konusu kararlarda hukuka aykırılık bilincinin kast içindeki yeri ve işlevi hakkında bir açıklama yapılmamakla birlikte, Yargıtay bu kararlarında TCK.nun 44. maddesindeki hükmü tartışmaksızın, sadece kast kuralından hareketle, davranışının hukuk normlarıyla bağdaşmadığı hakkında hataya düşen kişilerin cezalandırılmamasına, karar vermiştir.

Biz bu kararlarda varılan sonuca katılmaktayız. Ancak, hukuka aykırılık bilincinin kusurun temel bir unsuru olduğu ve bilincin yokluğu durumunda failin cezalandırılmayacağı görüşü açıkça benimsenmiş olsaydı, kusursuz ceza olmaz ilkesine daha uygun bir tutum olurdu. Kanımızca böyle bir uygulama, TCK.nun 45. maddesindeki kast kuralının, hukuka aykırılık bilincinin kastı kapsadığı biçiminde yorumlanmasıyla mümkün olabilir.

—oOo—

KONKORDATO MÜHLETİNİN KALDIRILMASI

Yrd. Doç. Dr.
Süha TANRIVER (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : A- Konkordato Mühletinin Uzatılmasını Gerektiren Nedenler. I- Borçlunun, İcra ve İflas Kanununun 290. Maddesinin 1. Fıkrasında Öngörülen Yasak Tasarruflardan Birini Yapmış Olması. II- Borçlunun, Konkordato Komiserinin Talimatlarına Aykırı Davranmış Olması. III- Borçlunun, İyiniyetinden Şüphe Edilmesini Gerekçendirir Tutum ve Davranışlar İçerisinde Bulunması. B- Konkordato Mühletinin Kaldırılmasının Kimin Tarafından İstenebileceği. C- Konkordato Mühletinin Kaldırılması Talebini İncelemeye Yetkili Mercii ve Yargılama Usulü. D- Konkordato Mühletinin Kaldırılması Talebinin İncelenmesi Üzerine Verilebilecek Olan Kararlar. I- Konkordato Mühletinin Kaldırılması Kararı. II- Konkordato Mühletinin Kaldırılması Talebinin Reddi Kararı.

A- KONKORDATO MÜHLETİNİN UZATILMASINI GEREKTİREN NEDENLER

Konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektiren nedenlerin neler olduğu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesinin 2. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, konkordato mühletinin kaldırılmasının konkordato komiseri tarafından istenebileceği haller, üç grupta toplanabilir:

a) Borçlunun, konkordato mühletinin ilânından sonra İcra ve İflâs Kanununun 290. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen yasak tasarruflardan birini yapmış olması,

(*) Ankara Üniversitesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

- b) Borçlunun, konkordato komiserinin talimatlarına aykırı davranmış olması,
- c) Borçlunun, iyiniyetinden şüphe edilmesini gerektirir tutum ve davranışlar içerisinde bulunması.

I- Borçlunun İcra ve İflâs Kanununun 290. Maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen Yasak Tasarruflardan Birini Yapmış Olması

Borçlunun konkordato mühletinin ilânından itibaren hiç yapamayacağı tasarrufların (hukuki işlemlerin) neler olduğu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesinin 1. fıkrasında sayılmıştır. Buna göre, borçlu, konkordato mühletinin ilânından itibaren menkul mallarını rehnedemez, gayrimenkullerini devredemez ve gayrimenkulleri üzerinde mülkiyetten başka bir aynî hak tesis edemez (1), kefil olamaz ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Kanunda yasak işlemlere ilişkin yapılmış olan bu sayma sınırlıdır (2) ve borçlunun konkordato mühleti içerisinde bu yasak işlemlerden birisini yapmış olmasına bağlanan yaptırım ise, mutlak butlandır (3). Bu geçersizliği, borçlu ve alacaklılar

-
- (1) **Tanrıver, S. :** Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 73-74.
- (2) **Keller, G.:** Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs, Diss. Zürich 1891, s. 67; **Blumenstein, E.:** Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Zürich 1911, s. 435; **Amonn, K.:** Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 4. Aufl. Bern 1988, s. 441; **Stahelin, A.:** Nachlassstundung und Nachlassvertrag (BlschK., 46, 1982/6, s. 201-212), s. 211; **Kuhn, W.:** Der Nachlassvertrag nach schweizerischem und englischem Recht, Diss., Zürich 1948, s. 69; **Jucker, R.:** Die Pfaendgläubiger im Nachlassvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung und der Kriegsgesetzgebung, Diss., Basel 1932, s. 6; **Favre, A.:** Schuldbetreibung und Konkurs (Çev. E. Steiner), Freiburg-Schweiz 1956, s. 364; **Üstündağ, S.:** İflâs Hukuku, 4. B., İstanbul 1991, s. 212; **Gürdoğan, B.:** İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s. 175 dn. 493; **Postacıoğlu, İ.:** Konkordato, 2.B., İstanbul 1965, s. 65; **Buruloğlu, E./Yuda, R.:** Konkordato Hukuku ve Tatbikat, İstanbul 1968, s. 36; **Kuru, B.:** İflâs ve Konkordato Hukuku, 2. B., İstanbul 1988, s. 435; **Berkin, N.:** İflâs Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 541.
- (3) **Weber, L./Brüstlein, A.:** Das Bundesgesetz für Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1892, s. 404; **Lanz, W.:** Die Stellung des Schuldners im Nachlassverfahren, Diss., Basel (Tarihsiz), s. 75; **Jaeger, s. 435;** **Coradi, A.:** Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art 293 ff. SchKG, Diss., Zürich 1973, s. 30-31; **Keller, s. 67;** **Leimgruber, O.:** Der Nachlassvertrag nach Schweizer. Recht, Zürich (Tarihsiz), s. 57; **Blumenstein s. 906;** **Glarner, H.:** Das Nachlassvertrag nach schweizerischem Recht, Zürich 1967, s. 19; **Favre, s. 364;** **Kuhn, s. 69;** **Amonn, s. 441;** **Fritzsche, H.:** Schuldbetreibung und Konkurs. Band II, Zürich 1968, s. 318; **Üstündağ, s. 213;** **Gürdoğan, s. 175;** **Postacıoğlu, s. 58-59;** **Kuru, s. 434, dn. 91.**

ileri sürebileceği gibi, üçüncü şahıslar da ileri sürebilir (4). Konkordato komiseri, yapılan yasak tasarrufa icazet vermiş olsa bile, tasarruf yine geçersiz kalır (5). Aynı durum, alacaklıların, yapılan yasak tasarrufa rıza göstermiş olmaları halinde de, işlerlik kazanır (6). Söz konusu butlan iptale gerek olmadan kendiliğinden hüküm ifade eder (7) ve tespiti için ayrı bir dava açılmasına gerek yoktur (8).

Ayrıca, konkordato mühletinin ilânından sonra, konkordato borçlusu tarafından bu yasak işlemlerden birisinin yapılmış olduğunu tespit eden konkordato komiseri, durumu rapor ederek icra tetkik merciinden konkordato mühletinin kaldırılmasını isteyecektir. Ancak, konkordato mühleti içerisinde yapılan yasak işlem ile (Örneğin, işletme kredisi temini amacıyla rehin tesisi gibi) önce bütün alacaklıların ve aynı zamanda borçlunun son derece yararına olan bir statü yaratılmış ve konkordato komiseri de, bu durumu gözeterek yapılan yasak işleme icazet vermişse; artık hem alacaklılar hem de borçlu yapılan işlemin İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülen yasak işlemler arasında yer aldığını ve bu nedenle de mutlak butlan ile sakat olduğunu ileri sürememeli; sürmüşseler böyle bir tutum hakkın kötüye kullanımını olarak nitelendirilip, butlan iddiası dikkate alınmamalı (9); konkordato komiseri de, artık böyle bir durumda, konkordato mühletinin kaldırılmasını talep edememelidir.

Öte yandan, İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesinin metninden açıkça anlaşılacağı üzere, borçlunun konkordato mühleti verilmesinden önce doğmuş olan borçlarını ödemesi, yasak tasarruflar arasında sayılmamıştır. Bu nedenle, borçlunun, kendisine konkordato mühleti verilmesinden önce doğmuş olan borçlarını mühlet içerisinde esas itibarıyla ödemesi mümkündür; yapılan bu ödemeler de hukuken geçerlilik taşır ve konkordato komiseri de, böyle bir durumda yapılan tasarruf, yasa gereği yasak tasarruflar arasında yer almadığından konkordato mühletinin kaldırılmasını isteyemez. Konkordato alacaklıları arasında eşitliği bozan bu durumu önlemek için, ka-

(4) Jaeger, s. 435; Lanz, s. 74-75; Coradi, s. 31; Blumenstein, s. 906; Kuhn, s. 70; Leimgruber, s. 57; Postacıoğlu, s. 58; Berkin, s. 540.

(5) Keller, s. 67; Jucker, s. 6; Coradi, s. 31; Favre, s. 364; Leimgruber, s. 57; Fritzsche, s. 318.

(6) Postacıoğlu, s. 58.

(7) Jucker, s. 6; Keller, s. 67; Weber/Brüstlein, s. 404.

(8) Kuru, s. 434, dn. 91.

(9) Tanriver, s. 77-78.

nunda sınırlı bir biçimde sayılan yasak tasarruflar dışında, borçlunun konkordato mühleti içerisindeki tasarruf yetkisinin düzenlenmesinde yegâne egemen kişi olan konkordato komiseri, mühlet verilmesinden önce doğmuş olan borçların, konkordato mühleti içerisinde ödenmesini, konkordatoda tam olarak ödenmesi zorunluluğu bulunan borçlardan değilse, vereceği talimatlar aracılığıyla engellemeli; bu yasaklamaya uyulmaması halinde de, talimatlarına aykırı davranılması nedeniyle, mühletin kaldırılması prosedürüne işlerlik kazandırmalıdır (10). Aynı durum, borçlunun menkul mallarının tümünü veya önemli bir kısmını ya da büyük meblağlara ulaşanlarını, devretmeye kalkışması halinde de, geçerli olmalıdır (11).

II- Borçlunun Konkordato Komiserinin Talimatlarına Aykırı Davranmış Olması

Konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektiren nedenlerden birisini de, borçlunun, konkordato komiserince verilen talimatlara aykırı davranmış olması teşkil eder. Söz konusu talimatlar, borçlunun belli işleri ve işlemleri yapmasını ya da yapmaktan kaçınmasını konu olarak alır. Bu bağlamda, konkordato komiseri tarafından yöneltilecek olan talimatların büyük çoğunluğu, borçlunun konkordato mühleti içerisindeki tasarruf yetkisi ile ilgili olacaktır. Zira, konkordato komiseri, kanunda sınırlı bir biçimde sayılmış olan yasak tasarruflar dışında, borçlunun tasarruf yetkisine getirilecek olan sınırlamanın kapsamını belirleme ve dolayısıyla borçlunun malvarlığı ilişkilerini yönlendirme görevini, talimatlar vermek suretiyle yerine getirmektedir (12). Bu durumda, konkordato komiseri, borçlunun, konkordato mühleti içerisinde kanunla belirlenenler dışında emir ve yasaklamalarını konu alan talimatları aracılığıyla yerine getirdiği tasarruf yetkisi kısıtlamalarına uymadığını tespit ederse, konkordato mühletinin kaldırılmasını isteyebilir. Konkordato komiserinin talimatlarına aykırı bir biçimde yapılmış olan hukukî işlemlerin, İcra ve İflâs Kanununun 290. maddesinde sınırlı bir biçimde sayılmış olan yasak işlemler arasında yer almamış olması kaydıyla, hukuken geçerliliğini koruduğu (13) gözetildiğinde, talimatlara aykırı davranılmasının konkordato

(10) Postacıoğlu, s. 65; Gürdoğan, s. 175 dn. 493.

(11) Tanriver, s. 75 dn. 73.

(12) Tanriver, s. 257; Coradi, s. 26; Keller, s. 65; Jaeger, s. 434; Hürlimann, G.C.: Die Nachlasswürdigkeit gemaess Art. 306. SchKG, Diss., Zürich 1969, s. 159.

(13) Lanz, s. 76; Keller, s. 68; Coradi, s. 29; Weber/Brüstlein, s. 404; Jaeger, s. 434; Amonn, s. 441; Favre, s. 364; Fritzsche, s. 318; Hotz, O.: Der Nachlassvertrag des Sch-

mühletinin kaldırılması nedenlerinden biri olarak öngörülmesinin, borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırılması evresinde, en etkili işlev gören bir yaptırım türü olduğu kendiliğinden ortaya çıkar.

Öte yandan, konkordato komiseri, borçlunun malvarlığının durumunu tespit görevini ifa ederken de, borçluya yoğun biçimde talimatlar verecektir. Bu bağlamda, borçlu, müstahdemleri ve borçlu ile ilişki içerisinde bulunan diğer kimseler, borçlunun malvarlığı ve iş ilişkilerinin açıklığa kavuşturulmasına yönelik olarak komiserce verilmiş olan talimatların gereklerini yerine getirmese; bu durumda, konkordato komiseri, konkordato mühletinin kaldırılmasını icra tetkik merciinden isteyebilecektir.

Konkordato komiserinin talimatlarına aykırı davranışın, konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektirir bir neden teşkil edebilmesi, verilmiş olan bu talimatların makûl ve amaca uygun olmasına bağlıdır. Zira, borçlu, konkordato komiserinin sadece makûl ve indilikten uzak talimatlarına uymak zorundadır (14); dolayısıyla ancak bu tür talimatların gereklerinin borçlu tarafından yerine getirilmemesi, konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektirir. Verilen talimatların makûllüğünün takdiri ise, bütünüyle konkordato mühletinin kaldırılması talebini incelemeye yetkili olan merciye aittir.

III- Borçlunun İyiniyetinden Şüphe Edilmesini Gerektirir Tutum ve Davranışlar İçerisinde Bulunması

Konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektiren nedenlerden bir diğeri de, borçlunun konkordato mühleti içerisinde iyiniyetinden şüphe edilmesini gerektirir tutum ve davranışlar içerisinde bulunmasıdır. Borçlunun, konkordato mühletinin verilmesinden sonra ve fakat ilânından önce kanunda sayılan yasak tasarruflardan birisini yapması, kendisinden bilgi istenen konularda komisere eksik ve yanlış bilgi vermesi, mallarını saklaması, kendisinden yardım talep edilen konularda bu yardımdan kaçınması, iyiniyetinden şüphe edilmesini gerektiren tutum ve davranışlarına örnek olarak gösterilebilir (15). Burada sözü edilen borçlunun iyiniyetinden şüphe edilmesini gerektiren tutum ve davranışları ibaresi, soyut bir ibaredir; konkordato komiseri, bu ibareyi

weiz. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1893, s. 19; **Kuru**, s. 435; **Postacıoğlu**, s. 65; **Arar, K.**: İcra ve İflâs Hukuku Hükümleri, C. II, İflâs Ankara 1945, s. 272; **Üstündağ**, s. 213.

(14) **Tanriver**, s. 257.

(15) **Tanriver**, s. 256 dn. 42.

somut olayın koşullarını ve özelliklerini gözetip, bunları doğruluk ve güven kuralını esas almak suretiyle değerlendirip somutlaştıracaktır.

B- KONKORDATO MÜHLETİNİN KALDIRILMASININ KİMİN TARAFINDAN İSTENE BİLECEĞİ

Konkordato mühletinin kaldırılmasını talep yetkisi, münhasıran konkordato komiserine aittir (16). Sadece komiserine ait bir yetki olması nedeniyle, alacaklılar doğrudan doğruya icra tetkik merciiine başvurarak konkordato mühletinin kaldırılmasını talep edemezler (17). Ancak, alacaklıların, İcra ve İflâs Kanununun 290. maddesinde öngörülen durumlardan birinin varlığı halinde, konkordato komiserine başvurarak ondan konkordato mühletinin kaldırılması için, tetkik mercii nezdinde girişimde bulunmasını istemelerine de, hukukî açıdan herhangi bir engel yoktur (18). Keza, alacaklıların konkordato mühleti kararına süresi içerisinde itirazda bulunmak suretiyle konkordato mühletinin kaldırılmasını sağlamaları da mümkündür (İİK. m. 288, III). Konkordato komiseri alacaklıların bu talebini reddederse (19); alacaklılar, bu ret işlemi aleyhine komiserin tutum ve davranışının somut olayını özellikleri ile bağdaşmamasına yani hadiseye uygunsuzluk nedenine dayalı olarak şikayet yoluna başvuru suretiyle konkordato komiserini harekete geçmeye zorlamak suretiyle, konkordato mühletinin kaldırılmasına karar verilmesini sağlayabilirler (20).

Öte yandan, konkordato mühletinin kaldırılmasını isteme yetkisi, sadece konkordato komiserine ait bir yetki olduğundan; tetkik mercii de, komiserin bu konuda herhangi bir talebi olmadan kendiliğinden konkordato mühletinin kaldırılmasına karar veremez (21).

Konkordato komiseri, konkordato mühletinin kaldırılmasını, icra tetkik merciiine sunacağı bir raporla talep edecektir. Bu raporda, hangi nedenle

(16) **Tanrıver**, s. 256.

(17) **Berkin**, s. 542; **Kuru**, s. 436 dn. 100; **Postacıoğlu**, s. 66; **Gürdoğan**, s. 172; **Altay, S.:** Teorik ve Pratik Konkordato Hukuku, İstanbul 1993, s. 218.

(18) **Postacıoğlu**, s. 66; **Kuru**, s. 436 dn. 100; **Berkin**, s. 542; **Altay**, s. 219.

(19) Konkordato komiseri, öngörülen süre içerisinde bu konuda hiç cevap vermez ve harekete geçmezse, bu da ret sayılmalıdır. (**Kuru**, s. 436, dn. 100; **Tanrıver**, s. 256 dn. 45).

(20) **Tanrıver**, s. 256; **Kuru**, s. 436 dn. 100; **Berkin**, s. 542; **Postacıoğlu**, s. 66; **Gürdoğan**, s. 172; **Altay**, s. 219.

(21) **Leimgruber**, s. 54; **Tanrıver**, s. 256 dn. 43.

konkordato mühletinin kaldırılmasının istendiği ve bunu ortaya koyan somut deliller açıkça gösterilmeli, varsa yazılı belgeler de rapora eklenmelidir.

C- KONKORDATO MÜHLETİNİN KALDIRILMASI TALEBİNİ İNCELEMAYA YETKİLİ MERCİİ VE YARGILAMA USULÜ

Konkordato mühletinin kaldırılması talebini inceleme ve karara bağlama yetkisi, icra tetkik merciine aittir. Burada sözü edilen icra tetkik merciinden maksat, borçluya konkordato mühleti verilmesini öngören kararı alan tetkik merciidir.

Tetkik mercii, konkordato mühletinin kaldırılması talebini, basit yargılama usulüne göre inceler. Konkordato mühletinin kaldırılmasına ilişkin talebin, duruşmalı olarak incelenip incelenemeyeceği konusunda kanunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiş; sadece merciin mümkün ise, borçluyu dinleyebileceği ifade edilmiştir. Konkordato mühletinin kaldırılması kararının sonuçlarının ağırlığı gözetilecek olursa; tetkik merciinin, bu kararı duruşmalı bir inceleme sonucunda vermesinin, daha doğru ve gerçekçe olacağı söylenebilir. Bu bağlamda, tetkik merciinin konkordato mühletinin kaldırılması talebi konusunda sağlıklı bir karar verebilmesi için, öncelikle borçluyu (22), daha sonra konkordato mühletinin kaldırılmasını isteyen konkordato komiserini ve hatta gerekli gördüğü takdirde, alacaklıları dinlemesi uygun olur (23). Ancak, konkordato prosedürüne yüzlerce alacaklının katıldığı geniş kapsamlı konkordatolarda, alacaklıların tamamının dinlenilmesindeki güçlük nedeniyle, tetkik mercii hâkiminin, inceleme konusunu teşkil eden somut olayın açıklığa kavuşturulması bakımından dinlenilmesini zorunlu bulduğu alacaklıların, ifadesine başvurmakla yetinmesi gerekir (24). Bununla birlikte, konkordato komiserliğine başvurusunun reddedilmesi üzerine, alacaklı tarafından şikayet yoluna müracaat suretiyle konkordato komiserinin konkordato mühletinin kaldırılmasını istemeye zorlandığı durumlarda, şikayette bulunan alacaklının dinlenilmesi ve sunacağı delillerin dikkate alınması zorunludur (25).

(22) Tetkik mercii, borçluya dinlenilmesini temin amacıyla ihtarlı bir davetiye çıkarmalı; bu davetiyede, duruşmaya gelmemesi halinde yokluğunda karar verileceği borçluya bildirilmelidir (Altay, s. 219).

(23) **Kuru**, s. 437 dn. 102; **Tanriver**, s. 256 ve o sayfadaki dn. 48; **Altay**, s. 219.

(24) **Altay**, s. 219.

(25) **Altay**, s. 219.

D- KONKORDATO MÜHLETİNİN KALDIRILMASI TALEBİNİN İNCELENMESİ ÜZERİNE VERİLEBİLECEK OLAN KARARLAR

I- Konkordato Mühletinin Kaldırılması Kararı

Tetkik mercii, borçluyu, konkordato komiserini ve gerekli gördüğü takdirde alacaklıları dinlemek suretiyle yapacağı inceleme ve değerlendirmeler sonucunda, İcra ve İflâs Kanununun 290. maddesinde öngörülen hallerden birinin gerçekleştiği kanısına varırsa, konkordato mühletinin kaldırılmasına karar verir (İİK. m. 290, II). Bu karar temyiz edilebilir (İİK. m. 290, III; m. 299; m. 363/2). Konkordato mühletinin kaldırılması kararı kesinleşince, ilân edilir ve konkordato mühleti verildiği hususunun bildirildiği yerlere bildirilir (İİK. m. 290, II). Konkordato mühletinin hükümleri, kesinleşen mühletin kaldırılması kararının ilânı ile son bulur (İİK. m. 290, III; m. 300, II).

Konkordato mühletinin kaldırılması kararının kesinleşip ilân edilmesinden itibaren (26) yedi gün içinde, konkordato borçlusunun tacir olması kaydıyla, alacaklılardan her biri doğrudan doğruya iflâsını isteyebilir (İİK. m. 301, I; m. 177/3).

Borçlu, konkordato mühletinin kaldırılması kararının kesinleşmesinden itibaren bir sene içerisinde, takibe uğradığı takdirde, tetkik merciiine sunduğu mufassal bilânçosunda yazılı mal ve kıymetleri, İcra ve İflâs Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca göstermeye mecburdur (İİK. m. 285, III, c. 2). Öte yandan, konkordato mühletinin kaldırılması ile konkordatonun tasdik edilmemesinin sonuçları aynı olduğundan, konkordato mühletini kaldıran icra tetkik mercii, aynı zamanda teminat aranmadan borçlunun bütün haczi caiz mallarının ihtiyâten haczedilmesine de karar vermelidir (İİK. m. 301, II kıyasen) (27).

II- Konkordato Mühletinin Kaldırılması Talebinin Reddi Kararı

İcra tetkik mercii, yapacağı incelemeler ve değerlendirmeler sonucunda, konkordato komiserince ileri sürülen nedenleri, konkordato mühletinin kaldırılması bakımından yeterli görmezse, konkordato mühletinin kaldırılması talebinin reddine karar verir. Bu konudaki icra tetkik mercii kararı, konkordatonun tasdiki şartlarının somut durumda gerçekleşip gerçekleşmediğini

(26) **Kuru**, s. 437; **Altay**, s. 223; **Postacıoğlu**, s. 66; **Tanrıver**, s. 256; **Berkin**, s. 177.

(27) **Postacıoğlu**, s. 67-68; **Kuru**, s. 437; **Altay**, s. 226-227.

re'sen araştırıp tespit etmekle görevli olan tasdik mercii açısından herhangi bir bağlayıcılık taşımaz (28).

İcra tetkik merciinin konkordato mühletinin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararlarına karşı, temyiz yolu kapalıdır. Çünkü, söz konusu kararlar, temyizi kabil icra tetkik mercii kararları arasında sayılmamıştır.

—oOo—

TEBLİGAT HUKUKU İLE İLGİLİ SORUNLAR

Mustafa OSKAY (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : A- Tebligat Kanununun 21. Maddesiyle İlgili Düşünceler. a- Tebellüğden "İmtina Edilmesi (Kaçınılması)". b- Adreste bulunulmaması. B- Gecikmiş İtiraz ve Usulsüz Tebligat. C- Tebligat Parçasının Niteliği ve Gerçeğe Aykırı Olduğunun Savunulması. S o n u ç.

Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılama gününden haberdar edilmesi ile mümkündür. Kişinin hangi yargı merciinde duruşmasının bulunduğu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilebilmesi, usulüne uygun olarak tebligat yapılabilmesi ile sağlanabilir. Tebligat, davada taraf olan hakiki yada hükmi şahıslarla, taraf olmakla birlikte (tanık, bilirkişi gibi..) yargılamaya çağrılmalarına, görgü ve bilgilerine müracaat edilmesine gerek görülenlerin davadan haberdar edildiklerinin belgelenmesi işlemi olarak da tarif edilebilir.

Asıl olan tarafların huzurunda yargılamanın yürütülmesi olmakla birlikte hukuk mahkemelerinde, taraflar, yargılamaya katılmasalar bile mutlaka duruşmadan haberdar edilmelidirler. Duruşmaya gelinmese dahi ilgilinin yokluğunda davaya devam edilip karar verilmesine Usulün olanak tanıdığı hallerde, açıklanan biçimdeki uyarıyı taşıyan davetiyenin tebliğ edilmesinden ve yasaya uygun biçimde taraf teşkilinin tamamlanmasından sonra işin esasına girilmesi, deliller toplanarak bir sonuca ulaşılması gereklidir.

7201 sayılı Kanunun 1. maddesi gereğince tebligat, kural olarak PTT İdaresi tarafından yapılır. Tebligatın yapılmasında uygulanacak usul ise Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğünde (1) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

(*) **Yargıtay 12. HD. Üyesi.**

(1) Bakanlar Kurulunun 20.8.1959 tarihli ve 4/12059 sayılı kararı ile yürürlüğe konan Tebli-

Tebliğ işlemlerinin sağlıklı olarak sürdürülüp tamamlanması, davaların süratle sonuçlandırılmasında etkisi olan bir meseledir. Bildirilen adreste muhatabın bulunamaması, adres araştırmalarının sonuçsuz kalması ve nihayet ilan edilen tebligat yoluna gidilerek taraf teşkilinin sağlanabilmesinin zaman aldığı ve davanın esasına girilmesinin bu yasal zorunluluk nedeniyle geciktiğine şis sık rastlanılmaktadır.

Tebliğat Kanununun 10. maddesinde, tebliğ işleminin "şahsın bilinen en son adresinde"; 11. maddesinde, "vekil vasıtası ile takip edilen işlerde vekile"; 12. maddesinde, "hükmî şahıslarda selahiyetli mümessillerine, bunlar birden ziyade ise, yalnız birine"; 13. maddesinde, "hükmî şahıslar adına kendilerine tebligat yapılacak kimselerin mutad iş saatlerinde bulunamamaları veya o sırada evraki bizzat alamayacak bir durumda oldukları takdirde "orada hazır bulunan memur veya müstahdemlerinden birine"; 16. maddesinde, muhatabın ikametgâh adresinde bulunmadığı hal için "kendisiyle birlikte oturan ailesi efradından veya hizmetçilerinden birine"; 17. maddesinde, belli bir yerde devamlı olarak meslek veya sanatını icra edenlerin o yerde bulunmadıkları takdirde aynı yerdeki "daimi memur veya müstahdemlerinden birine, meslek veya sanatını evinde icra edenlerin memur veya müstahdemlerinden biri bulunmadığı takdirde birlikte oturan ailesi efradından veya hizmetçilerinden birine"; 18. maddesinde, otel, hastane, fabrika ve mektep gibi içine serbestçe girilemeyen veya arananın kolayca bulunması mümkün olmayan yerdekiler için "o yeri idare eden veya muhatabın bulunduğu kısmın âmirine"; 19. maddesinde, mevkuf veya mahkumlar için "buldukları müessesese müdür veya memuruna" yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

A- TEBLİGAT KANUNUNUN 21. MADDESİYLE İLGİLİ DÜŞÜNCELER

Tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina başlıklı 21. madde, tatbikatta yakınmalara en fazla neden olacak tarzda düzenlenmiş ve uygulayıcılar yönünden tereddütlere sebebiyet vermiştir.

Sözü edilen maddede, kendisine tebligat yapılacak kimse veya muhatap namına kendisine tebligat yapılabilecek kimselerden hiç birisinin gösterilen adreste bulunmamaları veya tebellüğden imtina etmeleri durumunda yapıla-

gat Nizamnamesinin adı, Bakanlar Kurulunun 5.10.1987 tarihli kararı ile "Tebliğat Tüzüğü" olarak değiştirilmiştir.

cak işlemler açıklanmıştır. Madde dikkatlice incelendiğinde burada iki ayrı halin birlikte düzenlendiği görülecektir. Bunlardan birincisi, kendisine tebligat yapılacak kimse veya muhatap adına tebligatı kabul edebilecek olanlardan (muhatapla birlikte oturan ailesi efradı, daimi memur veya müstahdemi... vs.) hiçbirisinin "gösterilen adreste bulunmaması"; diğeri ise, adı geçenlerin "tebellüğden imtina etmeleri" hususlarıdır.

a) Tebellüğden "imtina edilmesi (kaçınılması)"

Muhatap veya onun adına tebligatı alabileceği yasa da belirlenenlerin tebliğ evrakını almaktan imtina etmeleri halinde ne şekilde işlem yapılacağı 21. maddeye paralel olarak Tüzüğün 30. maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre ilgilinin adreste bulunmasına rağmen tebliğ evrakını almak istememesi, işi sürüncemede bırakıp keyfiliğe yol açacağından, bir başka deyişle, tebliğ işlemi muhatapın rızasına terk edilmiş olacağından bu gibi hallerde Tüzüğün 30. maddesi hükmüne göre: ...tebliğ memuru, tebliğ olacak evrakı o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti veya meclisi azasından birine veyahut zabıta âmir veya memuruna imza mukabilinde teslim eder. Tebliğ memuru Tüzüğe ekli iki numaralı örneğe uygun olarak düzenlenen ihbarnamayı gösterilen adresteki kapıya yapıştırır. Durumu muhataba duyurmasını, mümkünse en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirir.

Görüldüğü üzere tebellüğden çekinme halinde muhatap veya onun adına tebliğ yapılabilecek kimselerin tebligat adresinde bulunmaları sebebiyle, yapılacak işlem Tüzüğün 30. maddesinde belirlenenen ibarettir. Tebligat parçasının incelenmesinde, tebellüğden imtina edildiğinin açıklanmış olması halinde, maddede yazılı olanlara tebliğ evrakının bırakılıp bırakılmadığının, iki numaralı fişin kapıya yapıştırılıp yapıştırılmadığının ve en yakın komşuya veya yöneticiye yada kapıcıya haber verilip verilmediğinin denetlenmesi sonucunda hâkim, tebligatın geçerli olup olmadığını tesbit edecektir.

b) Adreste bulunulmaması

Muhatapın adreste bulunmaması halinde PTT memurunun ne şekilde davranacağı Tüzüğün 28. maddesinde yazılıdır. Buna göre; muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilecek olanlardan hiç biri gösterilen adreste bulunmazsa, tebliğ memurunun, adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar kurulu ve meclisi üyeleri, zabıta

âmir ve memurlarından tahkik ederek beyanlarını tebliğ tutanağına yazıp altını imzalatması, imzadan çekinmeleri halinde de bu durumu yazarak kendisinin imzalaması gerekir. Muhatap ölmüşse veya gösterilen adresten devamlı olarak ayrılmış ve yeni adresi de tebliğ memurunca tesbit edilememişse, tebliğ evrakı, çıkaran mercie geri gönderilir.

Görüldüğü üzere Tüzüğün 28/2. maddesinde muhatabın ölmüş olması veya gösterilen adresten devamlı olarak ayrılmış ve yeni adresinin tebliğ memurunca tesbit edilememiş olması halinde tebliğ evrakının iade edileceği yazılıdır.

Tebliğat görevlisinin,tebliğat adresinde hiç kimseyi bulamaması ve kendilerine tebliğat yapılabilecek kimselerin de o adresi terketmeleri durumunda yaptığı araştırma sonucunda yeni adresi tesbit etmesi durumunda, bu adres tebliğ mazbatasındaki mahsus yerine ve tebliğ evrakındaki adresin bulunduğu tarafa yazılır. Eski adresin üzeri çaprazvari bir biçimde çizilir. Yeni adresin tebliğ memurunun tevzi bölgesi içerisinde olması halinde tebliğat bu adrese yapılır, yeni adresin aynı PTT merkezinin diğer bir dağıtım bölgesinde veya başka bir PTT merkezinin mıntıkası içinde bulunması durumunda ise tebliğ evrakı yeni adrese tebliğ sağlanması için tebliğ memuru tarafından bağlı olduğu merkeze geri verilir (2).

Muhatabın veya onun adına kendisine tebliğat yapılabilecek olanların adreste bulunmamaları halinde, tebliğ memuru "adreste neden bulunmadığını" bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar kurulu veya meclisi üyeleri, zabıta âmir ve memurlarından tahkik ederek, beyanlarını tebliğ tutanağına yazıp altını imzalatması, imzadan çekinmeleri halinde de bu durumu yazarak tevsik etmesi gerekir.

Burada Tüzüğün 28. maddesi, PTT memuruna ilgilinin neden adreste bulunmadığını "tahkik etme" görevini yüklemiştir. PTT memuru bu tahkikatın sonucunu tebliğ evrakına yazacak ve maddede açıkça belirtildiği için ilgisine imzalatacaktır. Ancak bu suretle yapılan işlemin usulüne uygun olup olmadığı, hâkim tarafından denetlenebilir. Muhatabın adreste bulunmamakla beraber, orada ikâmet ettiği, fakat tevziat saatlerinden sonra adrese geldiği beyan edilirse, bu takdirde iki numaralı fişin kapıya yapıştırılması, komşuya haber verilmesi ve tebliğ evrakının zabıtaya veya muhtara bırakılması iş-

(2) Prof. Dr. Ejder Yılmaz/Av. Tacar Çağlar, Tebliğat Hukuku, 1991 Baskı, Sf. 253 vd.

lemlerine geçilebilecektir. Aksi halde, yani, muhatabın devamlı olarak adresi terkettiğinin belirlenmesi halinde evrak, tebliği çıkaran merciye iade edilecektir.

İşte, Tüzüğün 28. maddesinde yazılı olan ve maddede belirtilen kişilere sorularak imzaları da alınmak suretiyle muhatabın (yada muhatap namına tebligatı alabilecek olanların) bu adreste bulunduğu "tevsik edilmeden" Tebligat Kanununun 21. maddesine göre yapılan tebliği işlemi geçersizdir.

Bu ilkeler HGK.nun 13.10.1965 gün ve 2/793 esas ve 360 karar; HGK.nun 16.9.1981 gün ve 7/2371 esas ve 604 karar; CGK.nun 22.11.1982 gün ve 7/367 esas ve 436 karar; HGK.nun 29.12.1993 gün ve 18/876 esas ve 778 karar ve 12. Hukuk Dairesi'nin 29.12.1994 gün ve 16738/17096 sayılı kararlarında açıklanmış olup, yerleşen uygulama bu yönde sürdürülmektedir.

Özetlenecek olursa, Tebligat Kanununun 21. maddesine göre yapılacak tebliğ işleminin geçerliliği, PTT memurunun yapacağı tahkikata göre muhatabın bu adreste bulunduğu tesbitine ve bu işlemi tebligat parçasına yazarak maddede belirtilen kişilere imzalatmasına bağlıdır. Gerekli tevsik işlemi hâkimin denetimini sağlayacak ve muamelenin doğru olup olmadığına karar verilmesi yönünden yardımcı olacaktır.

21. maddeye göre yapılan tebligatlarda tebliğ tarihi 2 numaralı fişin (ihbarnamenin) kapiya yapıştırıldığı tarihtir (madde: 21/son cümle). Tebliğ tarihinin bu şekilde belirlenmesi ve geçerli sayılabilmesi, PTT memurunun yukarıda yazılı araştırmayı mutlaka yapmasına ve muhatabın o anda adreste olmamakla birlikte tevziat saatlerinden sonra geldiğinin tevsik edilmesine bağlıdır. Eğer açıklanan durumu beyan eden ilgililer imzadan çekinirlerse, PTT memuru çekinme nedeni ile araştırma sonucunu kendisi imzalamakla yetinecektir.

Üzülerek belirtmek gerekir ki, uygulamada Tebligat Kanununun 21. maddesine göre yapılan tebliğ işlemlerinin hemen tamamında Tüzüğün 28. maddesine uygun biçimde tevsik işlemine yer verilmediğinden tebligatlar geçerli kabul edilmemektedir.

Muhatabın şu yada bu şekilde işlemiden haberdar olarak yargılamaya katılması halinde mesele yoktur. Zira, Tebligat Kanununun 32. maddesinde, tebliğin usulüne aykırı olarak yapılması halinde muhatabın tebliğden haberdar olması durumunda tebliğ işleminin geçerli sayılacağı ve muhatabın be-

yan ettiği tarihin, tebliğ tarihi olarak kabul edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece geçersiz tebligata rağmen, bundan haberdar olunması halinde işlemin muteberiyet kazanacağı belirlenmiştir. Burada önemli olan Tebligat Kanununun 32. maddesinin nasıl uygulanacağıdır. Özellikle takip hukukunda vesair süreli işlemlerde, bu madde hükmünden yararlanan kişi, yasa ile belirlenen işlemi de "beyan edilen" ve "tebliğ tarihi" olarak kabul edileceği 32/2. maddede yazılı tarihten itibaren yerine getirmelidir. Aksi halde sürenin kaçırılması, bir başka deyişle, süreye bağlı olarak kullanılması mümkün olan haktan yararlanma imkanının kaybedilmesi sözkonusu olur.

Bu nedenle, tebligat işleminin geçersizliğini ileri süren kişi, en geç bu tarihte işlemden haberdar olduğuna göre; 32. maddeden yararlanmakla beraber, haberdar olduğu tarih, tebliğ tarihi sayıldığı için gerekli başvurusunu, süre başlangıcının ittila tarihi olduğunu unutmadan zamanında yapmalıdır.

HUMK.nun 187/7. maddesinde, tebliğin usulüne uygun olmadığı iddiasının ilk itirazlardan olduğu belirtilmiş ise de; Tebligat Kanununun yukarıda açıklanan 32 ve Tebligat Tüzüğü'nün 51. maddelerine nazaran, taraflar tebliğin usulsüzlüğünü davanın her safhasında ileri sürebilirler. Mahkemece de tebliğ işleminin usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığı her zaman kendiliğinden gözetilir (3).

Tebligat Kanununun 21. maddesi ile ilgili olarak tebliği çıkaran merciin başlangıçta alacağı bir önlem yoktur. Zira, normal biçimde çıkartılan tebligatın ne şekilde işlem göreceğini önceden tahmin etmek mümkün değildir. Bu durumda, 21. maddeye göre tebligat yapıldığı belirlenen işlerde hâkim, tebligatın geçersiz olduğunu yukarıdan beri açıkladığımız ilkelere göre tespit etmiş ise; yapılacak iş, yeniden tebligata karar verilmesi halinde davetiye parçasına, "...Tüzüğü'nün 28. maddesine göre ve eksiksiz işlem yapılması gerektiğini..." şerh verip PTT memurunu uyarmaktan ibarettir.

Sözü edilen görevin öncelikle PTT İdaresine ait olduğunu vurgulamak durumundayız. Muhatabın neden adreste bulunmadığı hususunda Tüzüğü'nün 28. maddesinde yazılı kişilerden yapılacak tahkikatın ve bunun ilgisine imza ettirilerek tevsiki gerektiğinin, idarece, PTT memurlarına hatırlatılması veya yeniden yaptırılacak amaca uygun kaşelerle sağlıklı bir uygulamaya yönelmesi, geçersiz tebligatları azaltıcı bir önlem olacaktır.

(3) Prof. Dr. Baki Kuru, Usul, 3. cilt, sf. 3029.

B- GECİKMİŞ İTİRAZ VE USULSÜZ TEBLİGAT

7201 sayılı Tebligat Kanununun 32. maddesinde, (tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur) hükmüne yer verilmiştir.

Asıl olan muhatap, ya da muhatap gibi kendilerine tebligat yapılabilecek kimselere tebliğ evrakının "bizzat" ulaştırılmasıdır. Yasa koyucunun amacı budur. Demekki tebligatın muhataba ulaştırılması, bizzat kendisine imzası karşılığında verilecek evrakla, ilgili olduğu mercideki hukuki işlemde haberdar edilmesi, ona göre yasal haklarını kullanma imkan ve zamanının tanınması tebliğ işleminin amacıdır. Tebligat usule aykırı olarak yapılmışsa, yahut ortada usulsüz bir tebligat varsa ne olacaktır? Yukarıda da kısmen değinildiği üzere bu soruların cevabı Tebligat Kanununun 32. maddesinde yazılıdır. Madde metninde de açıklandığı gibi, usulsüz yapılan tebliğ mutlaka batıl olmayıp, muhatap tarafından öğrenildiği tarihte geçerli olur. Muhatabın beyan ettiği öğrenme tarihi, tebliğ tarihi olarak kabul edilir. Tebligat Kanununun 32. maddesinin en önemli özelliği, yeni bir tebliğ tarihi belirlemesidir. Usulsüz tebligatın geçersiz olması, tebliğ işleminin muhatabı tarafından öğrenilmesiyle bir anlamda ortadan kaldırılmakta, ancak; tebliğ tarihi öğrenme tarihine getirilerek yeni bir tebliğe gerek görülmemekte, böylece, işleme sürat kazandırılmakta, bunun yanında, geçersiz tebliğ tarihi yerine "öğrenme tarihi" ikâme edilerek muhatabın mağdur duruma düşmesi engellenmektedir.

Tebligat yapılırken 7201 sayılı Kanunda ve Tebligat Tüzüğünde belirtilen bu usullere uyulmak gerekir. Tebligata ilişkin hükümler, oldukça ayrıntılı ve biçimsel hükümler olmaları yüzünden bazı hallerde bunlar şu veya bu nedenle savsanmakta ve savsanan kural ne kadar ayrıntılı olursa olsun, bu, yapılan tebligatın usulsüzlüğüne yol açabilmekte ve böylece tebligat amacına ulaşmamaktadır. Tebligatın yapılamadığı durumda ise, süreler işlemeye başlamayacak, hakların yerine getirilmesi gecikecek, ayrıca yeniden zaman harcanarak ve gider yapılarak tebliğ işlemi tekrarlanmak zorunda kalınacaktır (4).

Tebligatın süratle sonuçlandırılması öncelikle tebligatla ilgili sorunların sağlıklı bir biçimde halline bağlıdır. Örneğin, taraf teşkilinin tamamlanması, tanıkların celbi, bilirkişi raporlarının ve sair belgelerin karşılıklı tebliği, özellikle hükümlerin kesinleşmesinin tebliğe bağlı olduğu hallerde bu işlemin ta-

(4) Tebligat Hukuku, E. Yılmaz/T. Çağlar, 1991 Baskı, Sf. 373 vd.

mamlanmasının hep usulüne uygun tebligata bağlı olduğu unutulmamalıdır. İşte bu nedenledir ki, usulsüz tebligatın mutlaka batıl sayılmamasını, muhatabı tarafından öğrenilmesiyle geçerlilik kazanacağını ve öğrenme tarihinin tebliğ tarihi olarak kabul edileceğini öngören 32. madde, uygulamada son derece önemli bir eksikliği gidermektedir. Tebligat Kanununun 32. maddesinin uygulanabilmesi, tebligatın usulsüz olarak yapılması halinde sözkonusudur. Yoksa, tebligat işlemi hiç yapılmamış ise, bunun öğrenilmesi ve usulsüzlüğü kesinlikle sözkonusu olamaz.

Genellikle İİK.nun 65. maddesine dayanan gecikmiş itiraz ile, 7201 sayılı Tebligat Kanununun 32. maddesi hükmünce usulsüz tebliğ nedenine dayalı şikayetler karıştırılmaktadır. Gecikmiş itirazda tebligat usulüne uygun olarak yapılmış olup, muhatabı, bir engel nedeniyle süresi içinde itiraz edememiştir. Bu durumda, gecikmiş itirazda bulunacak kişi, mazeretini gösterir delillerle birlikte, esasla ilgili itirazlarını ve dayanaklarını da engelin kalktığı günden itibaren üç gün içinde tetkik merciine bildirmek zorundadır. Mercii hakimi gecikmiş itiraz nedenlerini ve belgelerini inceleyerek, sonucuna göre bir karar verecektir. İİK.nun 65. maddesine göre hakim, "gecikme sebebinin mahiyetine" ve "hadisenin özelliklerine" göre, takibin tatilini tensip edebilir. Mazeretin kabulü halinde icra takibi durur. Aynı celsede alacaklı, itirazın kaldırılmasını sözlü olarak da isteyebilir. Bu takdirde tetkikata devam olunarak mercii hakimliğince gerekli karar verilir.

Usulsüz tebligatla ilgili 7201 sayılı Kanunun 32. maddesinin tatbikinde ise İİK.nun 65.maddesinden farklı olarak tebligat usulüne uygun olarak yapılmamıştır. Usulsüz tebliğ işlemi öğrenen muhatabın, bu tebliği öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde şikayet yolu ile tebligatın usulsüzlüğünü tetkik mercii önüne getirmesi gereklidir. Ayrıca, işin önemli yönü yine öğrenme tarihinden itibaren kanuni süresi içinde, alacaklının seçtiği takip şekline göre, borçlu ait olduğu mercie itirazlarını da bildirmek zorundadır. Aksi halde takip kesinleşir. Bir başka deyişle tebligatın usulsüzlüğünün şikayet edilmesi itiraz süresinin işlemesini durdurmaz.

Yukarıdaki ilkeler HGK.nun 5.6.1991 günlü ve 1991/12-258 esas ve 1991/344 sayılı kararında da benimsenmiş olup uygulamada anılan kurallara göre hareket edilmesi gereği açıkça ortaya konulmuştur.

C- TEBLİGAT PARÇASININ NİTELİĞİ VE GERÇEĞE AYKIRI OLDUĞUNUN SAVUNULMASI

Tebliğ mazbatası, tebliğin kime, nerede, ne zaman ve hangi koşullarda yapıldığını gösteren bir belgedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında yerinde olarak belirtildiği gibi (...tebliğ ile ilgili 7201 sayılı Kanun ve Tüzük hükümleri tamamen şeklidir. Tebliğ işlemi ve tarihi, Kanun ve Tüzükte emredilen şekillerle ispat olunabilir. Anılan Kanunun ve Tüzükün bu konuda etkili önlemler almasının tek amacı, tebliğin muhataba ulaşmasını ve onun tarafından kabul edilmesini sağlamaktır. Zira yazılı tebligat, bir davayla ilgili işlemleri o dava ile ilgili kişilere bildirmek için mahkemelerce kanuna uygun biçimde yapılan bir belgelendirme işlemidir. O halde Kanun ve Tüzük hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur. Mahkemelerce yapılan yargılamaya ilişkin işlemlerin geçerliliği, bunların Kanun ve Tüzük hükümlerinin ön gördüğü şekilde bildirilmesiyle sağlanacaktır...) (5).

İşte tebligatın nasıl yapıldığını belgeleyen şey tebliğ mazbatasıdır. Tebliğ mazbatasının hiç düzenlenmemiş olması durumunda, tebligatın yapılmamış olduğu varsayımı vardır. Yani, tebligatın yapılmasına karşın, tebliğ mazbatası düzenlenmemiş ise, kendisine tebligat yapılan kimse de tebligat yapılmadığını ileri sürüyorsa, tebligatı çıkaran merci tebligatı yaptığını ispat edemez. Tebliğin yapıldığına ilişkin tanık da dinlenemez (6).

Muhatap, tebligatın usulsüz olduğunun tesbiti için ayrı bir tesbit davası da açamaz; yani böyle bir tesbit davası açmakta hukuki yarar yoktur. Çünkü muhatap aynı güvenle ve fakat tesbit davasından daha basit bir yolla, usulsüz tebliği yeni öğrendiğini beyan ederek (7201 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan 32. maddesinden yararlanarak) tesbit davası ile erişmek istediği amacı gerçekleştirebilecek durumdadır (7).

Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili 10.12.1984 günlü ve 12183/12664 sayılı kararında, (...PTT tarafından yapılan ve tanzim edilen tebliğ belgeleri resmî evrak niteliğindedir. Bu tebellüğ belgesinin sahteliği hakkında ilgili makamlardan verilmiş kesin hüküm bulunmadıkça bu belge ile işlem yapılması zorunludur. Ayrıca tebliğ belgesindeki imzanın (veya başka bir hususun) inkarı başlı başına tesbit davası-

(5) CGK.nun 22.11.1982 gün ve 7-367/436 sayılı kararından.

(6) Tebligat Hukuku, E. Yılmaz/T. Çağlar, 1991 Baskı, Sf. 283.

(7) Prof. Dr. Baki Kuru, Usul, 4. Cilt, Sf. 3824.

nın konusu olamaz. Çünkü, tesbit davasında hukuksal bir ilişkinin varlığı veya yokluğu iddia edilir. Oysa tebliğ mazbatasındaki imzanın inkarı bir vakıadır. Maddi olgular ise tek başlarına tesbit davasına konu olamazlar. Buna rağmen tebliğ mazbatasındaki imzanın davacı vekiline ait olmadığı kabul edilse dahi, 7201 sayılı Tebligat Yasasının 32. maddesine göre, tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatapı tebliğe muttali olmuş ise muteberdir. Davacı vekili tebliğ mazbatasındaki imzanın kendisine ait bulunmadığını ileri sürerek eski hale getirme taleplerine esas olmak üzere bu hususun tesbiti istenmiştir. Öğrenme tarihi, tebliğ tarihi olarak kabul edileceğine göre, ayrıca tebliğin usulsüz yapıldığına ilişkin bir iddia, eski hale getirme talebine de konu yapılamaz. Çünkü eski hale getirme talebi, belli bir sürenin elde olmayan sebeplerle geçirilmiş olması yüzünden düşmüş olan hakkın iadesi amacına yönelik bir yoldur...).

HGK.nun 1.4.1983 günlü ve 8/100-321 sayılı kararında ise, (...doktrin ve uygulamada kabul edilen görüşe göre, maddi vakıalar yalnız başlarına hiçbir zaman tesbit davasının konusunu teşkil edemezler. Maddi vakıalar, ancak bir hukuki ilişki ile birlikte tesbit davasına konu olabilirler. Bu itibarla, bir maddi olgu niteliğinde bulunan "tebligatın geçersiz olduğunun tesbiti" amacıyla dava açılmasına Usul hükümleri imkan vermez.

Bundan başka, tebliğ işleminin usulsüz olduğu iddiasından farklı olarak, tebliğ belgesinin "sahte olarak tanzim edildiği" iddiası ile de tesbit davası açılmaz. Zira bu istek, nitelikçe maddi bir vakianın (sahtelik olgusunun) tesbitine ilişkindir. Maddi olgular ise tek başlarına tesbit davasına konu edilemezler (HGK.nun 3.6.1982 gün ve 13/1612-748 s.k.).

Muhatabın, tebligat parçasındaki imzanın kendisine ait olmadığı ya da, muhatap adına tebligatı alanın şahsına, imzasına, (böyle bir işçinin bulunmadığı, aynı çatı altında muhatapla birlikte ikamet eden şerhi ile imzası alınan kişinin mevcut olmadığı... vs.) yönelik başvurularının sabit görülmesi halinde, 7201 sayılı Kanunun 32. maddesinin olaya uygulanması mümkün olabilecektir. Böylece öğrenme tarihine göre muhatapın ilgili mercie vaki başvurusunun süresinde olup olmadığı incelenip sonucuna göre işlem yapılabilecektir. Kanımızca gerek icra tetkik merci hâkimliğinde ve gerekse diğer hukuk hâkimliklerinde sözü edilen başvurular öncekilke tetkik edilip, iddia hakkında olumlu olumsuz bir sonuca varılmalı, sonrasında esasla ilgili yargılama sürdürülüp sonuçlandırılmalıdır.

HGK.nun 7.4.1982 günlü ve 1979/10-1377 esas, 1982/337 sayılı kararında, tebligat parçasındaki imzanın inkâr edilmesi halinde, gerektiğinde bi-

lirkişi incelemesi yapılarak öncelikle bu sorunun halledilmesi gerektiği ayrıntılı biçimde açıklanmıştır.

(..... 7201 sayılı Tebligat Kanunu; tebliğ konusunda yeni bir düzen getirmiş ve bundan böyle yargı mercileri, genel ve katma bütçeli daireler, belediyeler, köy tüzel kişileri, barolar ve noterler tarafından yapılacak bütün tebligatların anılan yasaya göre yapılacağını öngörmüştür. Öte yandan yine aynı yasa "Tebliğat Esaslarını" tek tek düzenlemiş ve özellikle "Usulsüz Tebligat"ın hukuksal sonuçlarını hükme bağlamıştır. Ne varki, Tebligat Yasası ve Tebligat Nizamnamesinde, tebliğ belgesindeki imzanın inkârı halinde, bu iddianın tahkik şekli ve yöntemi konusunda bir hüküm mevcut değildir. Hal böyle olunca davaya bakan hâkimin, her olayın somut özelliğini, cereyan şeklini, gerçekleşen maddi olguları en ufak ayrıntılara kadar gözönünde bulundurup, iddiayı tahkik etmesi zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Özellikle somut olayda, tebliğ belgesinde mevcut olan bir meşruhatın aksi iddia edildiğine ve böyle bir iddianın gerçekleşmesi durumunda, tebliğ memurunun cezai sorumluluğu dahi sözkonusu olduğuna (madde 52) göre, incelemenin çok daha titizlikle yürütülmesi zorunluluğu, kendisini tartışmasız kabul ettirmektedir... uyuşmazlık, tebliğ belgesindeki imzanın inkârı şeklinde gerçekleştiğine göre, Usulün 308 ve 309. maddeleri hükümlerinden yararlanmak suretiyle bir araştırma ve incelemeye girişilmesi de mümkündür).

Yargıtay İcra İflâs Dairesi'nin 6.10.1948 günlü ve 2339/8579 sayılı kararında, (... ödeme emrinin kendisine tebliğ edilmediğini iddia, tebliğ mazbatasındaki imzayı inkâr eden borçlu ile tebliği yapan memur muvacehe suretiyle tebliğin kime yapıldığı araştırılarak kendisine yazdırılacak yazı ve imza ile münker imza (tebliğ parçasındaki) tetkik ve tatbik olunarak sonucuna göre bir karar verilmek lazımdır...)

Denilmektedir. Yine 12. Hukuk Dairesi'nin 18.11.1986 günlü ve 1436/12510 sayılı kararında da, tebligat parçasındaki imzanın inkârı halinde, bunun doğruluğunun araştırılması gerektiği ve bu araştırma sırasında bilirkişi incelemesi yaptırılmasının da sonucuna ulaşmada yararlı olacağı yukarıda yazılan Hukuk Genel Kurulu'nun kararına ve bu karardaki ilkelere paralel olarak aşağıdaki şekilde açıklanmıştır.

(Tebliğat Kanunu ve Nizamnamesi tebliğ belgesindeki imzanın inkârında tahkik şeklini ve yöntemini göstermemiştir. O halde hâkim; her somut olayın özelliğini, cereyan şeklini, gerçekleşen maddi olguları en ufak ayrıntılarına kadar gözönünde bulundurup iddiayı tahkik etmelidir. Tebligattaki imza inkâr edildiğine...göre taraflardan örnek imzaları istenip HUMK.nun 308 ve 309. maddeleri de nazara alınarak tebligatın usulüne uygun olup olmadığı tesbit edilip, iddia sabit olduğu takdirde işin esası hakkında bir karar vermek gerekirken noksan inceleme ile davanın süre yönünden reddi isabetsizdir).

İcra tetkik merciinde yapılacak incelemelerde bilirkişi tetkikatı ile ilgili İİK. nun 68 a/4 maddesinde yazılı olan (imza tatbikinde HUMK.nun bilirkişiye ait hükümleri ile 309. maddesinin 2, 3, 4. fıkraları ve 310, 311, 312. maddeleri hükümleri uygulanır) şeklindeki ibareler gözden uzak tutulmalıdır. Bu maddede HUMK.nun 309/1. fıkrası ayırık tutularak tanık dinlenmesine olanak bulunmadığı vurgulanmıştır.

Tebliğat parçasındaki kayıtların gerçeğe uygun bulunmadığının belirlenmesi için tesbit davası açılmadığına göre, 7201 sayılı Kanununun 32. maddesi hükmü de gözönüne alınarak, bu iddianın ihtilafın esasına bakan hâkimlikçe incelenmesi ve meselenin yukarıdaki esaslara göre araştırılması, yargılamanın süratle sonuçlanmasını sağlayacak ve Yargıtay'ın kararlılık kazanan yukarıdaki içtihadlarına da uygun olacaktır.

SONUÇ

Yargılamaya hız kazandırılması amaç olduğuna göre, öncelikle yargı mercileriyle ilgili tebligatlarda modern yöntemlerden ve çağdaş iletişim araçlarından yararlanılmalıdır. 7201 sayılı Tebligat Kanunu; faks, teleks ve bilgisayar gibi araçların süratle yönelik imkânlarından istifade edilmesini sağlayacak biçimde yenilenmelidir.

Taraf vekillerine tebligat yapma yetkisi tanıyan yasal düzenleme en kısa zamanda gerçekleştirilerek, duruşma hazırlığına sürat sağlanmalı ve ilk oturuma kadar esasla ilgili olmayan bu konularda zaman kaybı önlenmelidir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN
YAĞCI VE SARGIN-TÜRKİYE DAVASINA İLİŞKİN
8 HAZİRAN 1995 TARİHLİ KARARI (*)

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (**)

• **ANLATIM DÜZENİ** : I- Giriş. II- Davanın Konusu. A- Olay. B- Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvuru. III- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararının Özeti. A- Türk Hükümeti'nin İlk İtirazları. 1- Yetkisizlik İtirazı. 2- İç Hukuk Yollarının Tüketilmemiş Olduğu İtirazı. 3- Mağduriyet Durumunun Ortadan Kalktığı İtirazı. IV- Sözleşmenin 5 (3) Maddesine Göre Değerlendirme. A- Gözönüne Alınması Gereken Süre. B- Tutukluluk Süresinin Makul Olup Olmadığı. V- Sözleşmenin 6 (1) Maddesine Göre Değerlendirme. A- Gözönüne Alınan Süre. B- Dava Süresinin Makul Olup Olmadığı. 1- Davanın Karmaşıklığı. 2- Şikayetçilerin Tutumu. 3- Adli Makamların Tutumu. VI- Sözleşmenin 50. Maddesine Göre Değerlendirme. A- Tazminat. B- Masraflar. C- Diğer Talepler. VII- S o n u ç.

I – GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti, 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve 1990'da da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul etmiş ve böylece ülkesindeki insan hakları uygulamaları konusunda uluslararası denetim mekanizmasına açılmıştır.

Geçen sürede Komisyon ve Mahkemeye Türkiye aleyhinde bir çok başvuru yapılmış ve bunların bir kısmı ciddi bulunarak kabul edilmiştir. Ko-

(*) Council of Europe, European Court of Human Rights, Press releases (Strasbourg 5 May–8 June 1995), S. 43.

(**) Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.

misyon ve Mahkeme incelemelerinin ancak 5-6 yılda sonuçlandırılılabildiği düşünülürse, Türkiye hakkındaki kararların bu yıldan itibaren birbirini izleyeceğinde kuşku yoktur.

Nitekim Mahkeme, Kıbrıs Rum Yönetimi Vatandaşı Loizidou'nun şikayeti dolayısıyla Türkiye hakkındaki ilk kararını vermiş ve Türkiye'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin sadece Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki (ratione loci) ihlâl olaylarına uygulanacağına ilişkin beyanını reddetmiştir. Sözleşmenin uygulama alanını genişleten bu şekli kararı, 8 Haziran 1995 tarihli, esasa ilişkin iki karar izlemiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk mahkemeleri uygulamalarını Sözleşmeye uygunluk açısından değerlendirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her iki davada da, Türk mahkemeleri uygulamalarının Sözleşmenin 5 (3) ve 6 (1) maddelerini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Sözleşmenin sözkonusu hükümleri, bir suç ithamı altında yakalanan kişilerin **derhal** hâkim önüne çıkarılması ve yargılama sürecinin **makûl süre**'de yapılmasına ilişkindir.

Her ikisi de, Türk ceza yargı sisteminin işlemesine ilişkin olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhindeki ilk kararlarını oluşturması bakımından büyük önem arzeden bu kararlardan, Yağcı ve Sargın davasına ilişkin olan Mahkeme kararı özetle aşağıdaki gibidir:

II – DAVANIN KONUSU

A– Olay

Gazeteci olan (N.Y.), Türk İşçi Partisi, doktor olan (N.S.) de Türkiye Komünist Partisi Genel Sekreterleridir.

Avrupa'dan yurda dönen şikayetçiler, 16 Kasım 1987'de hava alanında uçaktan indiklerinde yakalanmışlar ve 5 Aralık 1987 tarihine kadar polis tarafından gözaltında tutulmuşlardır. Kendileri daha sonra iki yıl beş buçuk ay süreyle tutuklu olarak yargılanmışlardır.

Yargılamalar Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yapılmış ve haklarında 229 sayfalık bir iddianame hazırlanmıştır. Aynı iddianameyle 14 kişi daha yargılanmıştır. Kendileri, örgüt lideri olarak, bir sosyal sınıfın hakimiyetini sağlamak, bu amaçla propaganda yapmak, Anayasada öngörülen temel hakları ortadan kaldırmak, devletin itibarını zedeleyici bildirimler yaymak,

sosyal sınıflar arasında kin ve nefret duyguları uyandırmak ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ve onun devlet başkanı ve hükümetinin şöhretini zedelemek gibi suçlarla itham edilmişlerdir. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde 48 duruşma yapılmıştır.

Dava sırasında şikayetçilerin salıverilmeleri konusundaki talepleri; suçun niteliği, dava ve delillerin durumu gibi gerekçelerle sürekli olarak reddedilmiştir. Şikayetçiler, 4 Mayıs 1990'da Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından geçici olarak salıverilmiştir. Mahkeme daha sonra, itham edildikleri suçların dayanağı olan bazı kanun hükümlerinin yürürlükten kaldırılması dolayısıyla 9 Ekim 1991'de beraet kararı vermiş ve devlet makamlarına hakaretten dolayı kovuşturma yapmak üzere dosyayı Ankara Altıncı Ağır Ceza Mahkemesi'ne havale etmiştir. Dosya daha sonra, basın yoluyla işlenen davalara bakmakla görevli İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiş ve bu mahkeme 9 Temmuz 1992'de Yağcı ve Sargin hakkında beraet kararı vermiştir.

B- Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvuru

Şikayetçiler Yağcı ve Sargin, 10 Temmuz 1991 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuşlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 (3) ve 6 (1) maddelerine dayanarak, yargılamaları sırasında tutuklu kaldıkları sürenin uzun olması ve davanın makûl sürede sonuçlandırılmamasının Sözleşmeye aykırı olduğundan yakınmışlardır. Komisyon aynı tarihte başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve incelemeye almıştır.

Komisyon, dostça çözüm girişimlerinin başarısız kalması üzerine, 30 Kasım 1993 tarihinde raporunu hazırlamış ve şikayetçilere yapılan uygulamanın, Sözleşmenin anılan hükümlerine aykırı olduğunu, oybirliğiyle kararlaştırmıştır.

III - AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ

A- Türk Hükümetinin İlk İtirazları

1- Yetkisizlik İtirazı

Türk Hükümeti, Sözleşmenin 46. maddesi çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisinin kabulüne ilişkin beyanının 22 Ocak 1990'da yapıldığına işaretlerle, somut olayın bu tarihten önce cereyan ettiğini iddiayla, Mahkemenin yetkisiz olduğu (ratione temporis) itirazında bulunmuştur. Ne var ki, Mahkeme, şikayetlerin sözkonusu beyanın yapılmasından

sonraki dava sürecini de kapsadığından bahisle, Türk Hükümeti'nin bu itirazını reddetmiştir. Mahkemeye göre, yetkinin kabul edilmesinden sonraki sürede, akit devletlerin uygulamalarının Sözleşmeye uygun olması zorunlu olup Sözleşme organları bunu denetlemeye yetkilidir.

2- İç Hukuk Yollarının Tüketilmemiş Olduğu İtirazı

Türk Hükümeti ayrıca, şikayetçilerin, başvurunun ön şartı olan, iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda, CMUK.nun tutuklama kararlarının iptali hakkındaki 299. maddesinin, tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar hakkında uygulanamayacağına dair Yargıtay'ın 1958 tarihli iki kararına işaretlerle başvurulabilecek iç hukuk yolu bulunmadığı sonucuna varmıştır. Türk Hükümeti de bunun aksine herhangi bir delil gösterememiştir.

Türk Hükümeti ayrıca, haksız tutuklamalara tazminat ödenmesine ilişkin 466 sayılı Kanuna atıf yaparak şikayetçilerin tazminat talebine hakları olduğu itirazında bulunmuştur. Mahkemeye göre bu itiraz yerinde değildir. Çünkü şikayetçiler haksız yere tutuklandıkları sebebiyle değil, tutukluluk süresinin uzunluğu nedeniyle başvurmuşlardır. Ayrıca, makûl sürede yargılanma ve duruma göre salıverilme hakkı ile haksız tutuklanma dolayısıyla tazminat hakkı ayrı şeylerdir.

3- Mağduriyet Durumunun Ortadan Kalktığı İtirazı

Türk Hükümeti şikayetçilerin 4 Mayıs 1990'da salıverildiklerine işaretlerle mağduriyetlerine son verildiği ve dolayısıyla bu tarihten sonra Sözleşmenin ihlâl keyfiyetinin sözkonusu olamayacağı itirazında bulunmuştur. Ancak Mahkeme, bu itirazın daha önce Komisyon önünde yapılması gerektiğini belirterek bu yapılmadığı için gözönüne alınamayacağını kararlaştırmıştır.

IV – SÖZLEŞMENİN 5 (3) MADDESİNE GÖRE DEĞERLENDİRME

A- Gözönüne Alınması Gereken Süre

Mahkeme; Türkiye'nin, Mahkemenin zorunlu yetkisini kabul ettiği 22 Ocak 1990 ve şikayetçilerin geçici olarak salıverildikleri 4 Mayıs 1990 tarihleri arasında geçen 3 ay 13 günlük süreyi gözönüne almıştır. Bununla beraber, şikayetçilerin toplam 2 yıl 2 ay tutuklu buldukları ve bu sürenin Sözleşmenin 5 (3) maddesi anlamında haklı olup olmadığı konusu üzerinde de durulmuştur.

B- Tutukluluk Süresinin Makûl Olup Olmadığı

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, 8 Ocak – 9 Mart 1990 tarihlerinde kendi insiyatifiyle, 6 Nisan 1990'da da şikayetçilerin başvurusu üzerine tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği konusunu incelemiştir. Mahkeme her seferinde, suçun vahameti, kaçma tehlikesi, delillerin durumu ve tutuklama tarihi gibi nedenlerle salıverilme talebini reddetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sanığın kaçma tehlikesi ve suçun vahameti gibi unsurlar önemli olmakla beraber tek başına yeterli değildir. Diğer bir takım yan etkenlerle bu tür endişelerin haklılığı, ortaya konulmalıdır. Yoksa, soyut olarak kaçma tehlikesi, tutukluluk halinin sürdürülmesinin makûl bir gerekçesi olamaz. Şikayetçiler Türkiye'ye, Türkiye Birleşik Komünist Partisi kurmak gibi özel bir amaçla ve kendi iradeleriyle dönmüş olup, kendileri bu yüzden ceza kovuşturmasına maruz kalabileceklerini bilecek durumdadırlar.

Ne var ki, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin salıverilme talebinin reddine ilişkin bütün kararlarında aynı terimlerde, kaçma tehlikesinden bahsedildiği halde, hangi nedenlerle bu tehlikenin mevcut olduğu hiç bir şekilde belirtilmemiştir. Aynı şekilde soyut olarak "delillerin durumu" ifadesi de hiç bir şekilde suçun mevcudiyeti veya ciddiyeti anlamında anlaşılabilir. Bunlar önemli etkenler olsa da, hiçbir şekilde tutukluluk halinin sürdürülmesini haklı kılamaz. Keza tutukluluk halinin sürdürülmesini haklı göstermek üzere belirtilen "tutuklama tarihi" de, sebepleri belirtilmediği için ciddi bir gerekçe sayılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu görüşlerden hareketle, Türk yargı organlarının davadaki tutum ve davranışlarını inceleme konusu yapmaksızın, şikayetçilerin tutuklu kaldıkları sürenin, Sözleşmenin 5 (3) maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

V – SÖZLEŞMENİN 6 (1) MADDESİNE GÖRE DEĞERLENDİRME

A- Gözönüne Alınan Süre

Şikayetçiler hakkındaki kovuşturma, kendilerinin gözaltına alındığı 16 Kasım 1987'de başlamış ve 16 Temmuz 1992'de, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nin beraet kararının kesinleşmesiyle sonuçlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece, Türkiye'nin, Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği 22 Ocak 1990-16 Temmuz 1992 tarihleri arasındaki, 2 yıl 5 ay 18 günlük süreyi gözönüne almakla beraber kendilerinin bundan önce de iki yılı aşkın süre tutuklu kaldıklarına işaret etmiştir.

B- Dava Süresinin Makûl Olup Olmadığı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sürekli içtihadına göre, davanın süresinin makûl olup olmadığı, somut davanın özelliklerine bağlıdır. Bu içtihadı göre Mahkeme, davanın karmaşıklığı, davacı ve yetkili makamların tutum ve davranışı gibi etkenleri gözönüne almaktadır.

1- Davanın Karmaşıklığı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, 22 Ocak 1990 tarihinden itibaren toplam 20 duruşma yaptığına ve bunlardan 16'sının sadece delillerin okunmasına hasredildiğine dikkati çekmiştir. Mahkemeye göre, belgelerin fazlalığı kabul edilse bile, bu tek başına davanın karmaşıklığına işaret edemez.

2- Şikayetçilerin Tutumu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Sözleşmenin 6. maddesi bir suçla itham edilen kişinin adli makamlarla işbirliği yapmasını gerektirmez. Somut olayda, şikayetçiler veya avukatlarının duruşmalardaki tutum ve davranışları hiç bir şekilde engelleyici olarak nitelendirilemez. Duruşmalara çok sayıda savunma avukatının katılması bir ölçüde davanın seyrini yavaşlatmışsa da, davanın uzamasının tek etkeni bu durum değildir.

3- Adli Makamların Tutumu

Somut davada, Devlet Güvenlik Mahkemesi 22 Ocak 1990 ve 9 Temmuz 1992 tarihleri arasında toplam 20 duruşma yapmış, bunlardan sadece birisi yarım günden fazla sürmüştür. Ayrıca, 12 Nisan 1991 tarihli Anti-Terör Kanununun, Türk Ceza Kanununun 141-143. maddelerini yürürlükten kaldırmasına rağmen, Devlet Güvenlik Mahkemesi, ilga edilen bu hükümlere göre yargılanan sanıkları beraet ettirmek için altı aya yakın bir süre beklemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu gerekçelerle, somut davanın makûl sürede sonuçlandırılmadığı ve bu uygulamanın Sözleşmenin 6 (1) maddesiyle çeliştiği sonucuna varmıştır.

VI - SÖZLEŞMENİN 50. MADDESİNE GÖRE DEĞERLENDİRME

A- Tazminat

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, somut olayın özelliklerini gözönüne alarak şikayetçilere 30 biner Fransız Frangı maddi tazminat ödenmesini ka-

rarlaştırmıştır. Delillerin durumuna göre manevi tazminat belirlenmesine gerek görülmemiştir.

B- Masraflar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendi içtihatlarına ve somut davadaki delillerin durumuna göre; şikayetçilerin avukatlarının her birine 30 biner Fransız Frangı ücret ödenmesini kararlaştırmıştır.

C- Diğer Talepler

Şikayetçiler Mahkemeden ayrıca, Sözleşmeyi onaylayan Türk Hükümeti'nin gerekli düzenlemeleri yapmasının sağlanmasını talep etmişlerdir. Ne var ki, Sözleşme Mahkemeye, bu tür bir yetki vermediğinden, Mahkeme bu talebin gereğini yerine getirmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görüşüne göre, Sözleşme hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanması için gerekli araçların seçimi ve iç hukuk sisteminde gereken düzenlemelerin yapılması, akit devletlerin takdirine bırakılmıştır.

VII - S O N U Ç

Dürüst, adil yargılanma hakkı (fair trial) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temelini oluşturmaktadır. Diğer hükümlere oranla en fazla şikayetin, Sözleşmenin bu konuya ilişkin 5 (3) ve 6 (1) maddelerine dayanılarak yapılmış olması, bu hükümlerin hayati önemini açıklıkla ortaya koymaktadır. Bu nedenle, Sözleşme organlarının Türkiye aleyhindeki ilk kararlarının bu konuya ilişkin olması bir tesadüf değildir.

Sözleşmenin sözkonusu hükümleri, kişi özgürlüğünün taşıdığı hayati önemden hareketle, bir suç ithamı altında yakalanan kişinin yargılanmak veya suçsuzsa salıverilmek üzere **derhal** yargı erki önüne çıkarılmasını, yargılanması halinde de davanın **makûl bir süre içinde** sonuçlandırılmasını emretmektedir.

Bunun nasıl gerçekleştirileceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin somut kararında da işaret edildiği gibi, akit devletlerin kendi tercihlerine bırakılmıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler, iç hukuklarında gereken yasal düzenlemeleri yaparak, yargı teşkilatlarını davaları makûl sonuçlandırarak şekilde örgütlemek yükümlülüğü altındadır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin içtihadından, hangi

sürenin **makûl** olduğu konusunda kesin bir sonuç çıkarmak mümkün olmakla beraber, kararlar bu konuda bazı tutamak noktaları vermektedir.

Sözleşmenin denetim organları bu konuda kesin bir süre vermeyerek durumu somut davanın özelliklerine göre değerlendirmektedir. Bu arada, davanın niteliği ve karmaşıklığı, sanıkların davadaki tutumu ve davranışları ve idari makam ve mahkemelerin davaların görülmesi konusunda gösterdikleri titizlik ve özen gibi etkenler de gözönüne alınarak bir sonuca varılmaktadır.

Ülkemizdeki uygulamada, mevzuatta davaların makûl veya belirli sürelerde sonuçlandırılmasına ilişkin somut hükümler bulunmadığından, özellikle hukuk davalarının (Sözleşmenin sözkonusu hükümleri bütün dava türlerini kapsamaktadır) yıllarca sürdüğü bilinen bir gerçektir. Bu olgu halk arasında dahi "gecikmiş adalet, adalet değildir" deyimiyile ifadesini bulmaktadır. Buna rağmen, şimdiye kadar Usul Kanunlarında yapılan bazı değişiklikler dışında etkin önlemler alınamamıştır.

Aynı şekilde, ceza davalarının da çok uzun sürmesi ve bunun, somut olayda olduğu gibi, sanıkların mağduriyetine sebep olması karşısında, CMUK.nda değişiklik yapan 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı Kanunla, ceza yargılamasının hızlandırılmasına yönelik bir önlem olarak tutukluluk süresine bir tavan getirilmiştir. Sözkonusu Kanunun 7. maddesinde, hazırlık soruşturmasının altı ay içinde bitirilerek dava açılması ve davanın da ilke olarak iki yıl içinde sonuçlandırılması öngörülmüştür. Çeşitli nedenlerle, davanın bu sürede açılmaması veya sonuçlandırılmaması halinde, suçun cezasına göre tutuklu, bihakkin veya kefaletle serbest bırakılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhindeki ilk kararının bu konuya ilişkin olması, kaderin bir cilvesidir. Uygulamadaki sonucu zamanla ortaya çıkacak bu düzenlemenin, ceza davalarının hızlandırılması açısından hâkim ve savcılar üzerinde belirli bir etki yapacağına kuşku yoktur. Ne varki, uzun süre tutuklu olarak yargılanan bir sanığın salıverilme talebinin, somut olayda olduğu gibi, tutuklama tarihi, kaçma tehlikesi, suçun niteliği, delillerin durumu gibi, sudan ve kuru gerekçelerle rutin olarak reddedilmesi şeklindeki uygulama sürdürüldüğü takdirde, bu konudaki yakınlıkların son bulması mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin somut davada belirttiği gibi, salıverilme taleplerinin ciddi bir şekilde incelenerek bu unsurların gerçekliğinin bazı delillerle kanıtlanması gerekir. Örne-

ğın, salıverilme talebi kaçma tehlikesi gerekçesiyle reddedilen bir sanığın, kaçmak üzere uçak bileti temini gibi somut hazırlıklar yaptığı açıklıkla ortaya konmalıdır.

Ayrıca davaların makûl bir sürede sonuçlandırılması açısından gereken yasal düzenlemelerin yapılması hiç kuşkusuz yararlı, ancak tek başına yeterli değildir. Bu tür yasal önlemlerin, mahkemelerin araç, gereç, yeniden yapılanma ve personel ihtiyacını karşılayacak şekilde, diğer önlemlerle de desteklenmesi zorunludur.

**ANONİM ŞİRKETİN BİR ORGANI TARAFINDAN İKA EDİLEN
HAKSIZ FİİL NEDENİYLE SORUMLULUĞU**

Çeviren
Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

**Caves Mövenpick S.A.'ne karşı (S)'nin davasında Federal Mahkeme
Birinci Hukuk Dairesi'nin 21 Mart 1995 tarihinde aldığı karar özeti (Karar
düzeltme müracaatı):**

Anonim Şirketin bir organı tarafından ika edilen haksız fiil nedeniyle so-
rumluluğu (BK. 718 fıkra 3a=BK. 722).

Şarap ticareti yapan bir anonim şirketin organı, nakit para elde etmek için,
tüzel kişi adına bir yatırımcı ile sözleşmeler yapmıştır. Bu sözleşmelerde
müşterek âkidine parasını peşin ödemek kaydıyla daha sonra önemli kâr ile
satması için şarap temin etmek gibi gerçekte ilgisi olmayan bir taahhüt altına
girmiştir.

Burada anonim şirketi sorumluluk altına sokan haksız fiil vardır (gerekçe
4a-c):

MK. m. 2 fıkra 3 anlamında hal ve şartlar dikkate alınarak kötü niyet ha-
ricinde sözleşmeleri imza ederken, gereken dikkati gösterdiğini ispat edeme-
diği için müşterek âkidin müterafik kusuru. Şirketi kandıran organı yeterince
nezaret etmediği için anonim şirketin "faute additionnelle" (ilâve kusur) ile taz-
minata mahkum edilemeyeceği (gerekçe 4d).

Maddi tazminatın hesabı (gerekçe 5).

A- Caves Mövenpick Anonim Şirketi (aşağıda Mövenpick olarak anıla-
caktır) 1975 yılında (X)'i işe aldı. Adı geçen (X), 1982 yılında ikili müşterek

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

KAYNAK : Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse - Recueil Officiel, Volume 121 Partie III,
Droit Commercial et Code des Obligations, 9.08.1995 Page: 176-183.

imza ile yetkili kılınmıştı. 1984 yılında (X) müdür yardımcılığına terfi etti, ancak gene daima bu yetkilerini müşterek iki imza ile kullanmak durumunda idi.

1978 yılında, Mövenpick'in haberi olmadan, (X) buna paralel büyük bir şarap pazarı kurdu. Mövenpick'in resmî fiyatlarından daha düşük fiyatlarla önemli miktarda şarabı toptancılara ve özel kişilere satıyordu. (X) bu işlemleri çift fatura yapma sistemi sayesinde gizli tutuyordu.

Açıkları kapatmak için (X), listeye yazılanlarla rekabet edilemeyecek fiatlarda Bordeaux şarapları teklif etti. Şaraba yazılanlar parasını derhal ödüyorlardı fakat şaraplarını ancak şarabın olması ve şişelenmesi işlemleri dolayısıyla iki yıl sonra alacaklardı. Bu da (X)'e derhal nakit paraya kavuşma imkânı veriyordu. Vadesinde, şarabı teslim etmek gerekiyordu. Bu yeni açıklar doğuruyordu. Bu durumda (X), 1983'den itibaren şaraba yazılanlara vadesi gelince şarap teslim edeceği yerde en az % 40 kâr garanti etmek suretiyle onların namına satmayı taahhüt etmişti. (B) adındaki daha evvel çok iyi tanıdığı bir müşterisinden, bu teklife ilgi duyması muhtemel yatırımcıları takdim etmesini istedi. Böylece (B) diğerleriyle beraber (F) anonim şirketinin bir yöneticisi ile irtibata geçti, bu da bizzat babası (S)'yi haberdar etti.

11 Nisan 1983 tarihli sözleşme ile (S), (X) ve (Y) tarafından temsil edilen Mövenpick için toplam 150.025 İsviçre Frangı tutan 4500 şişe civarında şarap satın aldı. Şaraplar Mövenpick'in depolarında ardiye ücreti alınmadan depolanacaktı. Mövenpick bu şarapları 30 Nisan 1985 tarihine kadar 150.025 İsviçre Frangı + % 40'lık bir bedelle satmayı taahhüt etti. Eğer Mövenpick bu bedelden daha yüksek bir bedelle satarsa, (S) tarafından elde edilen ilâve bedel üzerinden % 5'lik bir komisyon alacaktı. 150.025 İsviçre Franklık bir meblağ Mövenpick emrine düzenlenen ve (S) tarafından (X)'e ulaştırılan bir çekle ödendi.

Birkaç ay sonra (X), (F) anonim şirketine başka tip bir alışveriş önerdi: Restoranın şarap deposunda duran şarapları satınalma ve önemli bir kârla yeniden satma. Bazı yatırımcılar için güvene dayalı bir işlem niteliğinde olduğundan (S) ile (F) anonim şirketi 20 Şubat 1984 tarihli bir sözleşme ile daima (X) ve (Y) tarafından temsil edilen Mövenpick'i (G) restoranının şarap stoklarını kendi adına 778.775 İsviçre Frangı bir bedelle satınalması ve daha sonra bunları 21 Mayıs 1984 tarihine kadar 778.775 İsviçre Frangı + % 10,5 bedelle satması için görevlendirildi. Bordeaux Primeur şaraplarındaki gibi Mövenpick'in (F) anonim şirketi tarafından elde edilen ilâve kârdan % 5 komisyon almaya hakkı vardı. (F) anonim şirketinin bu işlemdeki hissesi 200.000 İsviçre

Frangı'na tekabül ediyordu. 5 Mart 1984 tarihinde (F) anonim şirketi ile Mövenpick ikinci bir sözleşme yaptı. Bu sözleşme 20 Nisan 1984 tarihli sözleşmenin benzeri olup 973.561,60 İsviçre Frangı karşılığında (V) şirketinin şarap mahzeni özellikle bu işe 400.000 İsviçre Frangı yatıran (S) için güvenli işlem niteliğinde satınalmaya dayanıyordu. 778.775 İsviçre Franklık ve 973.561,60 İsviçre Franklık meblağlar Mövenpick emrine düzenlenen çek halinde elden (X)'e verilmiştir.

1983 Nisan yazılımlarında olduğu gibi 1984 kışındaki yazılımlar, Mövenpick'in hiçbir zaman yatırımcılar için elinde şarap olmaması nedeniyle nazariyatta kalmıştı. Gerçekte, bunlar (X)'in kendi ihtiyaçları için para elde etmesi veya şirket kasasında meydana gelen açıkları kapatmak için bir vasıtanın başka bir şey değildi. Mövenpick, Mart 1984 içinde bu müdür muavini tarafından işlenen irtikaptan haberdar oldu. Ona verilen yetkiler 21 Mart 1984 tarihinde ticaret sicilinden silindi. Aralık 1984'de (F) anonim şirketi, 600.000 İsviçre Frangı karşılığında 20 Şubat ve 5 Mart 1984 sözleşmeleri ile elde ettiği hakları (S)'ye devretti.

B- 14 Şubat 1985 tarihinde bir dilekçe ile (S), 900.035 İsviçre Frangı ile buna ilişkin % 6 faizin ödenmesi için Mövenpick'e karşı dava açtı. 11 Şubat 1993'de Cenevre Kantonu ilk derece mahkemesi, davalının haksız fiil sorumluluğu bulunduğunu kabul ederek davalıya 750.025 İsviçre Frangı ile ayrıca % 5 faiz ödemeye mahkum etti. Mövenpick'in müracaatı ve (S)'nin cevap dilekçesi üzerine 15 Nisan 1994 tarihli kararı veren Hukuk Dairesi temyiz edilen kararı iptal etti ve davacının tüm taleplerini reddetti.

C- (S), kararın düzeltilmesi müracaatında bulundu; ilk derece mahkemesinin kabul ettiği ödemelerin yapılmasını yeniden ileri sürdü.

Federal Mahkeme bu müracaatı kısmen kabul etti.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

3- [(X) temsil yetkisini kötüye kullandı. Oysa, ne davacı ne de (F) anonim şirketinin organları, sözleşmelerin yapılması esnasında hal ve şartların gerektirdiği dikkati gösterdiklerini ispat edememiştir. Böyle bir dikkat (X)'in hareketlerini engeleyebilirdi (bakınız bu sorun üzerinde benzeri bir durum ATF 119 II 23'de yayınlanmıştır). MK. m. 2, fıkra 3 hükmüne göre davacı iyiniyetini ileri süremez ve davalı sözleşmelerle bağlı değildir].

4- İkinci olarak, davalının haksız fiilden doğan sorumluluğu üzerine davalı tüm taleplerini reddetmesinin haklı olup olmadığını incelemek gerekir.

a) BK. m. 718/3a (BK. m. 722) hükmüne göre yönetim veya sosyal işlerin idaresinde yetkili bir kimsenin işlediği haksız fiillerden anonim şirket sorumludur. Burada MK. m. 55/2'nin bir uygulaması söz konusudur ki; bu, organlarının haksız fiilleri için tüzel kişinin sorumluluk ilkesini tesis eder (ATF 105 II 289 gerekçe 5, 89 II 239 gerekçe 8, sh. 250).

Anonim şirketin haksız fiil sorumluluğu sadece organların değil – müdürlerin ve yönetim kurulu üyelerinin– aynı zamanda maddî anlamda organlarının da sorumluluğudur, başka bir deyişle, bağımsız olarak karar verme yetkisine sahip olan ve böylece sosyal işlerin yönetimine fiilen katılan kişiler (ATF 101 I 6 422 gerekçe 5a p. 436, 87 II 184 gerekçe 2 p. 187/188; Watter, Commentaire bâlois (ci-après: commentaire), no 7 ad. art. 722 CO; Bürgi, Commentaire zürichoïis, n. 20 ad. art. 718a CO). Şirketin sorumlu olabilmesi için söz konusu organın temsil yetkisinin olması gerekli değildir; işlemin, organın genel görevleri çerçevesine girmesi yeterlidir.

Tüzel kişi, özel nitelikli bir organ tarafından ika edilmiş bir fiilden sorumlu olmaz; hatta sosyal işlerin yönetimi münasebetiyle olsa bile böyledir (ATF 105 II 289 gerekçe 5a et b, 101 I 6 422 gerekçe 5b p. 436/437; Watter, Commentaire n. 9ad. art. 722 CO). Buna karşın, organın şirket menfaati yerine kendi menfaati için hareket etmesinin önemi yoktur (ATF 105 II 289 gerekçe 7, 89 II 239 gerekçe 9).

Bunun haricinde geri kalan hususlar; BK. m. 718/3a'ya dayanan iddia, haksız fiil sorumluluğunun mutad şartlarına tâbi olup belli bir zarar, haksız fiil, bir kusur ve verilen zarar ile haksız fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır (Watter, Commentaire, n. 4 ad. art. 722 CO).

b) Davalının müdür yardımcısı (X), 1984 Şubat/Mart sözleşmelerini imzaladığı zaman organ niteliğini açıkça taşıyordu. Buna karşın, bu niteliğin kendisine 11 Nisan 1983 sözleşmesinin imzası için de yetkili olduğu o dönemde tanınıp tanınmadığını incelemek daha uygun olur.

Kanton makamı tespitlerine göre (X)'in görevi yetkili müdür olarak "Fransızca konuşan İsviçre bölümünün satış müdürü" niteliğini taşımaktadır. (X), Bursins erzak deposunun yönetiminde büyük bir özgürlüğe sahipti. Satışlar ilke olarak peşin para veya otuz günlük vade ile yapılıyordu. Satış müdürü daha uzun bir süre kabulüne ve 20.000 İsviçre Frangı'nı aşan yazılı sözleşmeler akdine yetkiliydi. Sonuçta davalının müdüriyeti, beş yıl içinde cironun on kat büyümesini (X)'e borçluymuştu. Buradan Kanton Mahkemesi tespitlerinden

açıkça anlaşıldığına göre (X)'in müdüriyet yetkisi mevcuttu ve davalının işleminin yönetimine iştirak ediyordu. O halde, onun muhtemel haksız fiilleri şirketin sorumluluğunu gerektirirdi.

Öte yandan, üç sözleşmenin yapılması, (X)'in yetkilerinin genel çerçevesine giriyordu. Burada şahsi menfaat takip etse bile, kişisel nitelikle hareket etmemiştir.

(Y)'ye gelince, Kanton Mahkemesi tespitlerine göre bilgisi olmadan âmiri tarafından takdim edilen belgeleri imzalamıştır; davada yetki belgesinin oynadığı gerçek rol önemli değildir. Gerçekten, (X)'in ihtilâflı sözleşmelerin vazgeçilmez kişisi ve teşvikçisi olduğu inkâr edilemez; yoksa, ancak müşterek imza ile yetkilendirilmiş olması, fiillerinin şirkete yansımalarına engel değildir (ATF 1005 II 289 gerekçe 5b, 89 II 239 gerekçe 8).

c) Normal olmayan sözleşmelerle (X), davacıyı ve (F) anonim şirketini, daha sonra ya kaybolan veya daha önce irtikapların sebep olduğu açıkları kapamaya yarayan çekleri tanzim etmeye sevk etmiştir. Bunu yaparken açıkça haksız bir tarzda hareket etti; üstelik bu suç işleme niyetine karşı çıkmaz.

Müşterek âkitlere gelince, onlar 150.025 İsviçre Frangı'ndan mahrum kaldılar; 1.752.336,60 İsviçre Frangı karşılıksız olduğundan; burada katlandıkları zarar (X)'in hareketleri ile uygun illiyet bağı halindedir. Davalının haksız fiil sorumluluğunun şartları güzelce ve iyi bir şekilde gerçekleşmiştir.

d) Muhakemenin bu safhasında, davacıya ve (F) anonim şirketine yönelilecek tenkidin MK. m. 3/2 anlamında özen kusurunu, haksız fiil noktasından, muhtemel hadise olarak soruşturmak uygun olur.

MK. m. 3 "bir hakkın doğumu veya hükümleri"nin iyi niyete dayandırılmasını kanun varsayım olarak zikreder. Daha açık bir ifadeyle, verilen bazı hal ve şartlarda kanun hukukî sakatlığın onun için zarar vereceği sonuçları ortadan kaldırır veya azaltırken bir şahsın iyiniyetini korumaktadır (Deschenaux, Le Titre préliminaire du Code Civil, in Traité de droit privé suisse, Vol. II, 1 p. 204/205). Böylece, BK. m. 459/1 ve 718/1 ve 2a üçüncü şahsın iyiniyeti, yetkili müdürün veya organın temsil yetkisini aşması veya taşması hallerini düzeltir. Sakatlığa rağmen işlem şirketi ilzam eder.

Halihazır durumda, davacının ve (F) anonim şirketinin iyiniyetinin incelenmesi, 11 Nisan 1983, 20 Şubat 1984 ve 5 Mart 1984 tarihli sözleşmelerin

davalıyı bağlayıp bağlamadığını tayin etmede bir anlam taşır. Buna karşın, mağdurun iyiniyeti tüzel kişinin haksız fiil sorumluluğu için bir şart teşkil etmez. Bu nedenle, üçüncü şahıs iyiniyetini ileri sürmese bile, anonim şirket meydana gelen zararı tazminde kendi organının haksız fiilinin meydana getirdiği zararı tazmin etmeye sevk edilebilir (Zobl, Promleme der Organschafftlichen Vertetungsmacht, in ZBJV/RJB 125/1989, p. 300/301; Watter, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe Speziell bei sog. "Missbrauch der Vertretungsmacht", Thèse Zurich 1985 [ci-après: Thèse] p. 187 ss).

Müterafik kusur niteliğinde, üçüncü şahsın ihmali her halükârda, maddî tazminatın hesabı üzerinde etki yapan bir faktör olacaktır; eğer gerçekten üçüncü şahıs kötü niyetli ise örneğin, anonim şirketin organı ile gizli işbirliği halinde ise tüm maddî tazminat iddialarını ortadan kaldıran, uygun illiyetin kesilmesi durumu doğacaktır (Watter, commentaire, n. 10 ad. art. 722 CO; le mème, thèse, n. 245 et 246, p. 193/194; Zobl, op. cit. p. 301).

Buna karşın, Watter tarafından savunulan düşünceye karşı, (Thèse n. 247, p. 194) tüzel kişinin yeni bir "ilâve kusur" ihtimali –özellikle organın gözetim kusuru– maddî tazminatın tayininde hesaba katılmamalı ve mağdurun müterafik kusuru kısmen dahi olsa tazmin edilemez. Gerçekten, bu müterafik kusur haklı görünse bile tüzel kişi, organları olan gerçek kişiler aracılığı ile münhasıran hareket etmektedir; bu organlar tüzel kişinin kısımlarıdır; bunlar üçüncü şahıs değildirler, o halde medeni sorumlulukları vardır (ATF 111 II 429 gerekçe 2d, p. 439/440 ve ilgidekiler). BK. m. 718/3a sisteminde, anonim şirketi, organının haksız fiil tutumundan kendisinininki imiş gibi sorumludur. Burada, bir nazariye tarafından tüzel kişiye atfedilen bir tavır nedeniyle başkasının işlemleri için sebbe dayanan sorumluluk değil, yasal sorumluluk söz konusudur (Bkz. örneğin, BK. 55; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, II/1 p. 277, note 18). BK. m. 718/3a medenî sorumluluk normu değildir. Bu norm bir mahsup normudur. Şu anlamda ki –organ– doğrudan doğruya herşey anonim şirkete yüklenmiştir (Bkz. Keller, Haftpflicht im Privatrecht, 5e éd. tome I, p. 119). Bu hukukî inşaat, anonim şirketin kanunla organın kusurlu bir tutumundan sorumlu olmasını hariç tutar ve en iyisini yaparak, söz konusu haksız fiili engellemediği için, mağdurun müterafik kusuru halinde, onun sorumluluğunu ağırlaştırır.

5. Davalının bu olayda haksız fiil sorumluluğu söz konusu olduğundan, davacı tarafından katlanılan zararın tayini uygun düşer.

a) Zarar, her halükârda doğrudan doğruya davacı tarafından 11 Nisan 1983 tarihli sözleşmenin icraatı için yaptığı yatırım miktarıdır (150.025 İsviçre Frangı). Bu, (F) anonim şirketinin yatırımlara ilişkin davacıya devrettiği payı ile (600.000 İsviçre Frangı), birlikte toplam 750.025 İsviçre Frangı olur. Bu Sermayeden istifade etme hakkından mahrum kaldığından, davacının ayrıca bundan doğan zararın tazminine hakkı vardır. Bu hususta, talep ettiği % 6'lık faiz oranını hiçbir şekilde ispat etmemiştir. Bu şartlar altında tazmin edilecek faiz için BK. m. 73/1 hükmünde tespit edilmiş olan % 5'lik faiz oranına dayanmaya yer vardır (Deschenaux/Tercier, La Responsabilité civile, 2e éd., n. 38 ss, p. 222). Faiz (X)'e çeklerin teslim edilmiş tarihleri olan 11 Nisan 1983, 20 Şubat 1984 ve 5 Mart 1984 tarihinden itibaren yürütülmelidir.

b) Yukarıda belirtilen gerekçe 3'den anlaşıldığına göre, ne davacı ne de (F) anonim şirketinin organları –ki onun tutumu davacıya yükletilebilir– hal ve şartların istediği dikkati gösterdiklerini kanıtlamamışlardır. Bunlar bir ihmal göstermişlerdir, ağır ihmal olmadan, bu hafiflikte intelendirilemez. Bu koşullarda, davacının tazminatından dörtte birlik bir indirim yapmak haklı olur. Bu takdirde davacının iddiaları aşağıdaki şekilde bölümlere ayrılmaktadır:

–112.518,75 FRS + 11 Nisan 1983'den itibaren yürütülen % 5'lik faizler
 –150.000 FRS + 20 Şubat 1984'den itibaren yürütülen % 5'lik faizler
 –300.000 FRS + 5 Mart 1984'den itibaren yürütülen % 5'lik faizler

Karşılaştırma İçin

<u>Türk Mevzuatı</u>	<u>İsviçre Mevzuatı</u>
MK. m. 3/2	MK.m. 3/2
MK. m. 48	MK. m. 55/2
BK. m. 55	BK. m. 55
BK. m. 37/1	BK. m. 37/1
BK. m. 450	BK. m. 459/1
TTK. m. 321	BK. m. 718/1, 2a ve 3a
TTK. m. 320	BK. m. 722

