



KURULUŞ: OCAK-1975, YIL: 30 SIRA SAYI: 114



CİLT: 30

EKİM-2004

SAYI: 4

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Eraslan ÖZKAYA**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H. Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : **Hakkı DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : **Nazım KAYNAK** (6. Hukuk Dairesi Üyesi)
Sedat BAKICI (11. Ceza Dairesi Üyesi)
Mustafa KICALIOĞLU (4. Hukuk Dairesi Üyesi)
Sevgi SAKA (7. Ceza Dairesi Üyesi)

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödemez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT gideri 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 kez yayımlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
 - **Abone servisi:** (0.312) 417 44 60/3504, 3505, 3506
 - **Faks:** (0-312) 419 41 11
 - **Santral:** (Ek Bina): (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 50 (5 hat)
 - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2004 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 24.000.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktararak yada **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 30 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
-

ISSN 1300 - 0209

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
1- GENEL KONULAR	
a) Mater KABAN	2004-2005 Adli Yıl Açış Konuşması389-396
b) Av. Özdemir ÖZOK	2004-2005 Adli Yıl Açılışında Yaptığı Konuşma.....397-408
2- BORÇLAR HUKUKU	
a) Dr. Mustafa KILIÇOĞLU	Borçlar Hukukunda Olağan Sebep Sorumluluğu (II. Bölüm) 409-432
b) Av. Ünsal PIROĞLU	Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği433-459
3- MEDENİ HUKUK	
Erol KARAASLAN	Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mal Edinimi (TMY. MD.713)459-532
4- ANAYASA HUKUKU	
Halil YILMAZ	Kentsel ve Bölgesel Gelişmeye İlişkin Anayasa Hükümleri533-554
5- CEZA USUL HUKUKU	
Vehbi Kadri KAMER	Hükümlü ve Tutukluların Dış Dünya ile İlişkileri.....555-590

6- İCRA İFLAS HUKUKU

Ahmet Cahit İYİLİKLİ

Malvarlığının Terki Suretiyle

Konkordatonun Lex Commisoria

Yasağına Aykırılık Teşkil Edip Etmemesi

Üzerine Bir İnceleme 591-600

7- ULUSLARARASI HUKUK

Hilmi ŞEKER

Strazburg Yargı Kararlarında, İç Hukuk

ve Öğretide Doğru, Haklı ve

Yasal Gerekçe Biçimleri 601-640

—oOo—

2004-2005 ADLİ YIL AÇIŞ KONUŞMASI

Mater KABAN ()*

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yeni adli yılı, başarılı geçmesi dileklerimle açıyor, törenimizi onurlandırdığınız için şükranlarımı sunuyorum. Geçen adli yıl içerisinde yitirdiğimiz meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, emekliliğe ayrılanlara ise sağlık ve esenlik diliyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Çağdaş bir hukuk devletinin en belirleyici niteliği, ulusal ve uluslararası belgelerde de yer alan hukuk kurallarıyla sınırlandırılmış olmasıdır.

Hukuk devletinin en sağlam güvencesini ise, toplumunun hukuk bilinci ve demokrasi kültürü oluşturur. Bu kültür ve bilinçten yoksun toplumlarda en iyi yasaların çıkartılması halinde dahi insanların, temel hak ve özgürlüklerden etkili biçimde yararlandıkları söylenemez.

Anayasamızın 1. maddesinde Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu belirtildikten sonra, 2. maddesinde, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olan Devletin niteliklerinin, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır.

Yetkin tanımıyla demokrasi, hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı, çoğulculuğa ve katılımcılığa yer veren hak ve özgürlüklerle donatılmış halkın, yine özgür halk tarafından yönetilmesidir. Demokrasilerde bu nedenle devlet, toplumun çoğulcu yapısını benimser. Çoğulculuk, düşünce ve inançlar karşısında devletin yansızlığını zorunlu kılar.

Türkiye laiklik ilkesini, Yüce Atatürk'ün devrimleri doğrultusunda Anayasasına geçirmiş ender ülkelerden biridir. Laik olmayan bir ülkede demokrasiden, hukukun üstünlüğünden söz etmeye olanak yoktur.

(*) Yargıtay Birinci Başkan Vekili

Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, temel hak ve özgürlükleri koruyarak, adil bir hukuk düzeni oluşturup bunu sürdürmeyi zorunlu sayan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu dahil devletin bütün organları, faaliyetlerinde Anayasa ve hukukun üstün kurallarına göre hareket ederler.

Hukukun üstünlüğü ilkesi uluslararası sözleşmelerde de belirtildiği gibi, bireylerin haklarına kamu makamları tarafından yapılan müdahalelerin etkili bir yargı denetimine tabi tutulmasını ifade eder. Yargı yetkisi ise Anayasamızın 9. maddesinde belirtildiği üzere Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.

Her ne kadar Anayasamızın bazı hükümlerinde, Avrupa Birliği ölçütleri ışığında, çeşitli tarihlerde yararlı ve zorunlu değişiklikler yapılmışsa da, bununla yetinilmemesi, yukarıda değinilen ilkeler doğrultusunda, yöneltilen haklı eleştirileri de dikkate alan, toplumsal uzlaşmaya dayalı, hükümleri bir-biriyle uyumlu yeni bir anayasa yapılmasının daha yararlı olacağına inanmaktayım.

Yargı, demokratik bir hukuk devletinde, hukukun son sözünü söyleyen, soyut yasa kurallarını somutlaştırıp onları yaşama geçiren, böylece hukuku yaratan, devletin üç erkenden biridir. Hukuk devleti olmak, hukukun toplum hayatına uygulanmasıyla mümkün hale gelir. Hukuku uygulayacak ve uygulamayı denetleyecek de yargıdır.

Hukuk devletinin önde gelen niteliklerinden biri ise yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesidir. Yargı bağımsızlığı ilkesi hukuk devletinde kişi hak ve özgürlüklerinin, toplumun temel değerleri ile huzurun da koruyucusudur.

Hukuka bağlı devlet ilkesinin gereği olarak, Anayasamızın 138. maddesinin son fıkrasında; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" buyurucu kuralı ile; yargı kararlarının etkinliğinin sağlanması, keyfiliğin önlenmesi, hukukun üstünlüğü ve adalet duygusunun yaşama geçirilmesi amaçlanmıştır.

Bu hükümler uyarınca, Yasama ve yürütme organları ile idare, yargı kararlarını değiştiremeyeceği gibi, yerine getirilmesini de geciktiremez ve şeklen yerine getirmiş gibi görünerek hukuksal sonuçlarını etkisiz hale getirecek şekilde uygulama yapamaz.

Yargı kararlarını önemsememek, Devleti, hukukun dışına, üstüne çıkarmak anlamına gelir ki, demokratik bir hukuk devletinde bunun kabul edilmesi olanaksızdır.

Diğer yönden, yargı kararlarına uyulmamasının, kişisel hakların çiğnenmesine de yol açacağı, Devlete olan güveni sarsacağı ve adalete olan inancı zayıflatacağı düşüncesiyle bu eylemler TCY.nın 228. maddesinde suç haline getirilerek yaptırıma bağlanmış, bu şekilde etkin bir yargısal denetimin sağlanması amaçlanmıştır.

Bağımsız olmayan, yasama ve yürütme ile kimi güç odaklarının etkisi altında bulunan yargıdan; diğer erklerin sağlıklı denetimi, bireylerin hukuk güvenliklerinin korunması beklenemez.

Anayasamızın 140, 144 ve 159. maddeleri, hakimler ve savcılarının idari görevleri yönünden, yürütme erkinin bir organı bulunan Adalet Bakanlığına bağlı tutulmaları, haklarında soruşturma yapılması için aynı Bakanlığın izninin gerekmesi, özlük işlerinin Bakanın başkanı olduğu ve müsteşarının da katıldığı bir Kurul tarafından yürütülmesi şeklindeki hükümleri itibariyle sistem olarak yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini sağlamaktan uzaktır. Ancak bu konuda ortaya çıkan bütün olumsuzlukların, yalnızca bu sisteme bağlanması da doğru değildir. Zira, bağımsızlık ve güven sağlama da sistemle beraber bu tabloda yer alan kişilerin yapıları, donanımları, değer yargıları ve mesleğin gerekli kıldığı etik değerlere bağlılıklarının da rol oynadığı unutulmamalıdır.

Mahkemelerin-yargıçların bağımsızlığı, başka bir kişi veya kurumdan emir almamaları, yasama ve yürütme erkleri ve organları dahil diğer ekonomik ve sosyal grupların baskı ve etkisi altında kalmamaları, tarafsızlıkları ise, yargılama yaparken yan tutmamaları, taraflara karşı kişilik özelliklerinden sıyrılarak objektif olabilmeleridir.

Yargıda, doğrunun bulunup adaletin gerçekleştirilmesi kadar, yargıya güven ve saygının sağlanması da çok büyük bir önem taşımaktadır. Güven duyulmayan bir yargının adil olduğundan, toplum vicdanını tatmin ettiğinden söz edilemez. Bu saygı ve güveni sağlama görevi en başta yargıya düşer. Hepimizin bildiği gibi güven, kırılğan, kazanılması çok zor, kaybedilmesi ise aynı ölçüde çok kolay bir duygudur.

Ne yazık ki, son zamanlarda yazılı ve görsel basında, yargıya duyulan güvenin azaldığı haber ve yorumları sıkça yer almakta, bunlara bazı kurum ve kuruluşlarca, yanlış veri ve donelere göre yaptırılan, bu nedenle doğruluk

ve yansızlıkları kuşkulu araştırma sonuçlarının eklendiği görülmekte, hatta sorumluluk taşıyan bazı kişiler tarafından, tüm yargıyı kapsayacak şekilde yargıya güvenilmediği basın aracılığıyla kamuoyuna duyurulabilmektedir. Bu durumun, tüm olanaksızlık ve olumsuzluklara göğüs gererek, özveri ve onurla görev yapan yargı mensuplarını derinden üzdüğünü, yargıya yöneltile ve haksızlığına inandığım eleştiriler dayanak alınmak suretiyle yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini zaafa uğratacak yeni düzenlemelere gidilmesinin çok yanlış sonuçlar doğuracağını özellikle belirtmek istiyorum.

Kaldı ki, yargıda her zaman bir kazanan, bir de kaybeden taraf vardır. Bu özellik yargıyı bazı kişi ve kurumların istismarına maruz bırakabilmekte, ayrıca kaybeden veya bu duyguya kapılan kişilerin asılsız ve yersiz suçlamalarına yol açabilmektedir. Bu olgular yargının değişmez kaderidir. Ancak belirtmek gerekir ki, yargının güç koşullar altında çalışması, yargısal faaliyetin yukarıda değinilen özelliği, güven kaybının mazereti olamaz. Yargı hakim ve savcılarıyla, yardımcı personeliyle içinde bulunduğu güç koşulların düzeltilmesini bekler ve isterken kendisine düşen görevi, saygınlığına ve onuruna yakışır şekilde yapmalıdır. Çünkü adalet en küçük lekeyi kaldıramayacak kadar kutsal bir değerdir.

Yargı; sav, savunma ve karar mekanizmasından oluşur. Avukat, Cumhuriyet savcısı ve yargıçların, mesleklerinin etik kurallarına uymaları, görevlerini süresi içerisinde ve doğru olarak yapmalarının yanında özel hayatlarında da düzeyli, saygın ve dengeli davranış içerisinde bulunmaları gerekmektedir. Ancak bu takdirde beklenen güven ve saygı önemli ölçüde sağlanıp korunabilir.

Yargıtay, adli yargı açısından Anayasada değiştirilmesini öngördüğü hükümlere ilişkin önerilerini yetkili katlara bir taslak halinde sunmuştur. Bu taslak ve gerekçeleri üzerinde önemle durulması gerektiğine inanmaktayım. Taslakta yer alan yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine yönelik öneriler yanında yargı birliği ve Yüce Divan'ın oluşturulmasına ilişkin öneriler de ayrı bir önem taşımaktadır.

Yargılama birliği güçlü yargının vazgeçilmez bir ilkesidir. Bu birliğin sağlandığı ülkelerde güçlü yargıya, güçlü devlet ve bireye, güçlü demokrasiye ulaşılmış, hukukun üstünlüğü ilkesi yaşama geçirilebilmiştir. Mevzuatımızda bu ilkedeki sapmanın en önemli örneğini Yüce Divan oluşturmaktadır. Çağımızda ceza hukuku, diğer hukuk dallarından ayrı, hukuk kavramlarını kendi amacına göre tanımlayan özerk bir dal haline gelmiştir.

Yargıtay'ın yıllardan beri baktığı davaların nitelikleri ve sayıları, Yargıtay üyelerinin yetişme biçimleri ile donanımları nazara alındığında Yüce Divan görevinin, yargılama birliğinin bir gereği olarak, yargılanacak kişiler bakımından oluşturacağı hukuksal güvence de dikkate alınmak suretiyle Yargıtay'a verilmesi zorunlu hale gelmiştir.

Yargı birliğinin sağlanması bakımından yüksek mahkemelerin denklığı ilkesinden de kesinlikle ayrılınmaması, Yüksek Seçim Kurulunun yetkileri ve niteliği nazara alınarak anayasal konumunun yeniden değerlendirilmesi gereklidir.

Anayasal ve yasal düzenlemeler yapmak yetkisi, Anayasamızın 87 ve devam eden maddelerinde belirtildiği gibi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Ancak bu yetki kullanılırken toplumdan kaynaklanan bir gereksinim olup olmadığı değerlendirilmeli, insan hak ve özgürlüklerine saygılı hukuk devleti ilkesi gereğince adalet ve nasafete uygunluk ölçütü olarak gözetilmelidir.

Yasama erkimizin son zamanlarda, yoğun bir uğraş vererek çok sayıda yasayı kabul ettiği hepimiz tarafından bilinmektedir. Burada, çağdaş normlara uygun yasal düzenlemelerden duyduğum memnuniyeti belirtirken, olumsuzluklara yol açan, uygulayıcıları zor duruma düşüren bazı hususlara, ayrıntılarına girmeksizin değinmeyi de zorunlu görmekteyim.

Şöyleki; Suçlulara devletin atıfeti niteliğindeki, cezaların affına ilişkin yasaların, anılan niteliğe uygun bulunmayan sıklıkla çıkartılması, basında yenilerinin çıkartılacağı haberlerinin yer alması kamuoyunda haklı olarak olumsuz tepkilere neden olmaktadır. Oysa demokrasilerde alınan kararlar halkın eğilimlerini, titreşimlerini gözetmek zorundadır. Bu nedenle af, toplumsal yarar doğrultusunda başvurulmuş bir kurum olarak algılanmalı ve uygulanmalıdır.

Bazı yasaların yeterli bir araştırma ve inceleme yapılmadan, konuyla ilgili kurum ve kuruluşlara, uygun süreler verilip görüşleri alınmadan çıkartıldıkları görülmektedir. Bu olgunun en önemli kanıtını, bir çok yasada, çıkartılmalarından hemen sonra zorunlu nedenlerle değişikliklere gidilmesi oluşturmaktadır. Kısa bir süre sonra Meclisimizde ele alınacağı öğrenilen ve hukuki müesseseler ile yaptırımlarda temel değişiklikler öngören yeni Türk Ceza Yasa Tasarısının da bu eleştiri kapsamında bulunduğunu belirtmek istiyorum.

Yine Anayasa hükümlerinde değişiklik yapılırken bu hükümleri dayanak alan yasalarda değişiklik yapılmadığı, görülmekte bu durum uygulayıcıları

zor durumda bırakıp, davaların uzamasına neden olmaktadır. Bu konuda son olarak yasaların yalnızca uzman hukukçular için değil sade yurttaşlar için de olduğunu, yasaların kısa, yalın ve kolayca anlaşılabilir olması gerektiğini, herkesin aynı anlamı yüklediği sözcükler kullanılmasının uygulamada kargaşa yaratabileceğini belirtmek istiyorum.

Yolsuzlukların çoğalmasıyla ülkemizde olduğu gibi bütün dünyada güçlü bir yargı isteği öne çıkmıştır. En geniş anlamda, kamu yetkisinin, kamu kaynaklarının özel çıkarlar için kullanılması olarak tanımlanan yolsuzluk, devlet yönetiminde aranan dürüstlük, eşitlik ve hukuka bağlılık değerlerini yıpratmış gibi toplum ahlakını da çürütür.

Yolsuzlukla mücadelede, yeni yasal düzenlemeler ile kamu hizmetlerinin basitleştirilip saydamlaştırılmasının, halkın ve sivil toplum örgütlerinin bilgi almalarının olanaklı kılınmasının yanında, bağımsız ve yansız bir yargının önemi büyüktür. Bu nedenle yolsuzlukla mücadelede yargının önünde hiçbir engel bırakılmamalıdır.

Bu mücadelede en önemli görevlerden biri de basına düşmektedir. Basın çağdaş toplumlarda halkın gözü, kulağı ve dilidir. Bu nedenle basın özgürlüğünün güvenceye kavuşturulması ve bu durumun sürdürülmesi gerekir. Özgürlük, basının tüm güç odaklarına, hatta bizzat kendisine karşı bağımsızlık ve yansızlığını ifade eder. Basın, her konuda kamuoyunu bilgilendirip aydınlatma ve eleştiri görevini yerine getirirken haberi yalın olarak vermeli, yorumla karıştırmamalıdır. Kısaca basın, haberi üreten değil yansıtan olmalıdır. Basın özgürlüğünün sınırlarını yazılı kurallar, meslek ilkeleri, etiği ve kişilik hakları belirler. Oysa uygulamada her zaman böyle olmadığı, bir kısım yazılı ve görsel basın tarafından kişiler hakkında, soruşturma mercilerini etkileyecek, kanıt ve vicdanlara göre karar verilmesini önleyecek derecede, kısmen veya tamamen yanlış, kişilik haklarını ağır şekilde zedeleyen yayınlar yapıldığı, en önemlisi de iddiaların kurum ve kuruluşlarla özdeşleştirilip genelleştirilerek o kurum ve kuruluş bakımından kamuoyunda onarılması güç güvensizlikler yaratıldığı görülmektedir. Bu durumun herkes gibi sağduyulu basın mensuplarınca da hoş karşılanmadığı inancındayım.

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Hukuk sistemi ve yargının sorunları hukuk fakültelerinden başlamak-
tadır. Bu fakülteler üstün hukuk bilgisi ve eğitimi verecek şekilde donatılmalı,
araştırma, bilgiye ulaşma, düşünme, muhakeme edip sonuca varma becerisi

sağlayan bir eğitim sistemi benimsenmeli, lisan öğrenimi yaygınlaştırılıp kolaylaştırılmalıdır.

Meslek öncesi ve meslek içi eğitimin üst düzeye ulaştırılması sağlanmalı, Adalet Akademisi üstün eğitim ve öğretim verecek duruma getirilmelidir.

Avrupa hukukunun daha iyi takip edilmesi, hukuk sistemimizin Avrupa'ya tanıtılması, hukuki entegrasyonun daha kolay sağlanabilmesi için yeterli sayıda yargıç ve Cumhuriyet savcısına lisan öğrenme ve kendisini yetiştirme, Avrupa hukukunu yakından inceleme olanağı yaratılmalıdır.

Yargıda yetişmiş personel açığı büyük boyutlarda devam etmektedir. Yardımcı personel yetiştiren meslek liseleri ve Adalet Yüksek Okullarının sayısı çoğaltılmalı, yardımcı personelin gelir düzeyi mutlaka insanca yaşayacak bir düzeye ulaştırılmalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Çağımızın, insan hak ve özgürlükleri çağı ilan edilmesine, bu üstün değerlerin çok sayıda uluslararası sözleşmeye yansıtılıp örgütler oluşturulmasına rağmen, hoyratça ezilip yok edildiklerini üzüntüyle görmekteyiz. Bunun en son örneğini ne yazık ki, birkaç gün önce Kuzey Osetya'yada gördük. En temel hak olan yaşama hakkı küçücük çocukların ellerinden alındı, yok olup gittiler. Ne yazık ki dünya devletleri bu vahşeti önleyememekte, bazen aciz bazen de kayıtsız kalmaktadırlar. Her türü ile terör bugün, insan hak ve özgürlükleri, toplumların huzur ve güvenlikleri bakımından başta gelen tehlike ve tehdidi oluşturduğu halde bazı devletler terörle mücadeleye daha çok kendi çıkarları doğrultusunda yaklaşmakta bu nedenle etkin bir mücadele sağlanamamaktadır. Bütün bu ölüm, gözyaşı ve acılar bize halen insan hak ve özgürlüklerinin kutsallığının yeteri kadar özüm-senemediğini göstermektedir.

Oysa rahmetli Sahir Erman hocanın belirttiği gibi; Haritada yerini bulmakta güçlük çektiğimiz bir ülkede, tanımadığımız, hatta mevcudiyetinden habersiz olduğumuz bir kişinin temel hak ve özgürlüğü, insanlık onuru ve haysiyeti saldırıya uğramışsa, o insan biziz. Çünkü onun kişiliğinde gerek birey olarak, gerek toplum olarak hepimizin temel hak ve özgürlüğü, hepimizin insanlık onuru çığnemektedir.

Bu itibardır ki, problemi hakkı çığnenen kişiyle, ona saldıran arasındaki kişisel hesaplaşma olarak basite irca edemeyiz. Bu olayı kamusal

hatta evrensel boyutta ele almadığımız takdirde, zulme seyirci kalmış oluruz. Ve sırf seyirci kalmak, sırf tavrımızı belirtmemek suretiyle zulme biz de katılmış oluruz. ... bu gibi girişimlere 'dur' demek ve kolkola girerek, elele tutuşarak, küremizi çevreleyen bir kardeşlik zinciri kurmak ve halkaya savcısı, hakimi, avukatı, öğretim üyesi ve öğrencisiyle, her ırk ve milletten bütün hukukçuların katılmasını sağlamak zorundayız. Hukukun üstünlüğü ve hukuka bağlı devlet ancak bu sayede kurulur.

Konuşmamı izninizle genç meslektaşlarıma seslenerek sonlandırmak istiyorum. Bir adli yılın açılışında da değinilmişti;

- Zor bir meslek seçtiniz,
- Hukuk bir bilim, hukukçuluk gerilimli bir meslek ama ince bir sanattır.
- Hukuku sizler yapacaksınız.
- Bilim ve demokrasi değişmez referansınız olmalıdır.
- Hukukun onurunu, mesleğimizin, cüppe ve kürsünün saygınlığını özenle koruyun.
- Hiçbir ikbal, hiçbir güç, hiçbir çıkar, özgür ve bağımsız, dürüst ve adil karar vermenizi engellememelidir.

Saygı ve sevgiler sunuyorum.

—oOo—

2004-2005 ADLİ YIL AÇILIŞINDA YAPTIĞI KONUŞMA

Av. Özdemir ÖZOK (*)

Sayın Cumhurbaşkanım,

2004-2005 yargı yılının açılışı dolayısıyla düzenlenen toplantıya katılan değerli konuklar, sayın yargıç, savcı ve avukat meslektaşlarım, yazılı ve görsel basınımızın değerli temsilcileri, Türk yargı sistemine yönelik eleştiri boyutlarını aşan ve doğrudan yargı erkinin varlık ve yetkilerini hedef alan saldırılara maruz kalınan bir süreçte, bu toplantıyı onurlandırmanız çok büyük bir anlam taşımaktadır.

Sizlere, Türkiye Barolar Birliği ve şahsım adına teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

1969 yılından bu yana, kurucu başkanımız Prof. Faruk Erem ve Türkiye Barolar Birliği başkanları Yargıtay'da düzenlenen "Adli yıl" açılış törenlerinde yargımız ve ülkemiz sorunları hakkında, tespit ve değerlendirmelerini içeren konuşmalar yapmışlardır. Göreve geldiğim 2001 yılından bu yana, dördüncü kez sizlere seslenmenin onurunu yaşıyorum. Bu adli yıl açılış konuşmasında, yıllardır dillendirdiğimiz yargı ve meslek sorunları yanında, ağırlıklı olarak birey adına, toplum adına ve devlet adına gözlerden kaçırılmaya çalışılan ya da farklı boyutlarda sunulan temel ilke ve doğrularla, yurt sorunları hakkındaki tespit ve değerlendirmelerimi sizlerle paylaşmak istiyorum. Üzülerek belirtmek isterim ki, yaşanan olumsuzluklar nedeniyle, yeni adli yıla, her adli yıldan daha buruk, daha moralsiz ve daha sıkıntılı girmektediriz.

Geçen yılki konuşmamda belirttiğim gibi, yapacağımız eleştiri ve değerlendirmelerin, yansız, dostça, önyargısız bir özeleştiri olarak kabul edilmesi ve böyle algılanmasını bütün içtenliğimle dilemekteyim. Bunun başka türlü anlaşılması da mümkün değildir. Çünkü, temsil ettiğim ve adına konuşma yaptığım Türkiye Barolar Birliği ve dolayısıyla avukatlar, yargı sistemimizin kurucu unsuru, ayrılmaz parçasıdır. Bu bağlamda, yargıya yönelik her

(*) Türkiye Barolar Birliği Başkanı

olumsuz değerlendirme ve eleştiride açıkça itiraf etmeliyim ki, maalesef bazı avukat meslektaşlarımin da parmak izlerine rastlanmaktadır.

Geride bıraktığımız yılda, Avrupa Birliği'nden "müzakere tarihi" alma gayretiyle, bir dizi yasal düzenleme yapılmış olmasına karşın yargı erki başta olmak üzere, bir çok konuda yakınmalar devam etmektedir. Bu anlamda vatandaşların, yargıçların, savcılarının, avukatların ve hepsinden önemlisi sorunu çözmekle görevli olan yetkililerin yakınmaları da artarak sürmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Toplum yirmi, yirmi beş yıldan beri ilginç bir süreçten geçmekte, bir bakıma yeniden şekillenmektedir.

Genel olarak, sosyal ve moral değerlerdeki çözülme, her alandaki kirlenme, toplumun hak, adalet ve hukuk anlayışı yanında, yargıdan beklentilerinde de büyük değişiklikler yapmıştır.

Siyasal, sosyal ve ekonomik istikrarsızlıklar sonucu bunalım içinde olan yurttaşımız, özünde haklı olup olmadığına bakmaksızın, her iş ve her konuda, ne pahasına olursa olsun, olumlu sonuç almak istemekte, her türlü girişimi doğal kabul etmektedir. Böylesi bir toplumsal yapıda, genelde kamu görevlileri, özelde yargıçlar, ciddi zorluklar ve sıkıntılar içinde görevlerini sürdürmeye çalışmaktadırlar.

İşin en ilginç yanı, yargıyı en çok etkilemek isteyen kişi ve kurumlar, başta siyasi kadrolar olmak üzere, yargıdan yakınmakta, ama yakınma konularının çözümünde kendilerine düşen özen ve görevleri yerine getirmemektedirler.

TÜSIAD tarafından yaptırılan kamu reformu araştırmasının ortaya koyduğu acı gerçek iç karartıcıdır. Bu rapora göre deneklere yöneltilen "*kişisel çıkar elde etmek için yasa ve kurallar çiğnenebilir*" düşüncesinin genel olarak toplumda ve belirli toplum kesimlerinde ne kadar yaygın olduğu konusundaki değerlendirmelerde, bu yöndeki soruya, % 55.1 oranında çok yaygın, % 24.4 oranında yaygın, % 15.7 oranında kısmen yaygın cevabı alınmıştır. Sonuç olarak, Türkiye'de toplumu oluşturan bireylerin büyük çoğunluğu, kendileri dışındaki çoğunluğun, kişisel çıkarları için toplumun ortak kurallarını çiğnemeye hazır olduğu düşüncesindedirler. Yargı başta olmak üzere bir çok sorunun temelini bu çarpık anlayış oluşturmaktadır.

Toplum liderleri, toplumu yönetmeye talip olan kişi ve kurumlar, belirli bir süreç içinde, acı ama gerçek olan bu tablonun oluşmasına etken olmuşlardır. Bu bağlamda halkın ve toplumun önünde yürüme, onlara örnek olma iddiasında ve kararlılığında olan kişi ve kurumlara büyük görev ve sorumluluklar düşmektedir. Yönetenler bu sorumluluk ve duyarlılık anlayışıyla hareket etmek yanında, şaibeden uzak, ilkeli ve örnek davranışlar sunmak zorundadırlar.

Sosyal dokudaki olumsuzluklara karşın, ilkeli, dürüst, idealist yargıçlar, savcılar ve avukatlar, yargıyı ayakta tutabilmek için insan üstü çaba göstermektedirler. Çünkü onlar, bir insanlık onuru olan hak aramanın "*en son ve en etkili yerinin*" yargı olduğuna inanmakta ve yargının hiçbir lekeye, hiçbir istismara yer vermemesi gerektiğini çok iyi bilmektedirler. Bu bağlamda yargılamayı, adalet denen üstün değer belirlenmesinde kendine özgü evrenselleşmiş yöntemlerin kullanıldığı bir sanat olarak ifade edersek; yargıçı da, yargılama sanatının yöntemleriyle adalet denen üstün değeri gerçekleştiren özel bir kişi olarak tanımlayabiliriz. Yargıç ve yargının sorunlarına bu bakış açısı ile yaklaşılmalıdır.

Artık toplumsal sorunlara bilimsel yöntemlerle yaklaşılmadan, yüzeysel ve günü birlik çözümlerle hiçbir yere varılamayacağı gerçeği kabul edilmeli ve devletin çatısı yargı başta olmak üzere, tüm kurumlar bu anlayış ve çağcıl değerlerle yeniden oluşturulmalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Ülkemizin kuruluş felsefesi, üniter devlet şeklini, yönetsel açıdan laik, demokratik, sosyal hukuk devleti yapısını ve siyasal gelecek açısından da tam bağımsızlık esasında, ekonomik, sosyal, kültürel ve sanatsal yönden kalkınmış çağdaş bir Türkiye'yi hedefler. Bu hedefe ulaşmada ve bu ulusal kuruluş felsefesinden sapma olduğunda ulusal düşünceye sahip kişi ve kuruluşların toplumu aydınlatma görevi vardır. Son yıllarda, ülkemizde ekonomik ve siyasal açıdan büyük bir teslimiyet yaşanmakta, buna karşın duyarlı kişi ve kuruluşların göstermiş olduğu ulusal duruş, yapılan olumlu işleri engelleme eleştirilerine neden olmaktadır. Oysa bu ulusal duruşun, karşı koşun, demokratik yol ve yöntemlerle daha etkili ve daha örgütlü yapılması gerekir. Bu konudaki duyarsızlık, bu konudaki gecikme, ülkemizin kuruluş felsefesini yeterince özümsememiş kişilerin yönetiminde onarılması olanaksız tahribatlara yol açmış ve açmaktadır.

Hepimizin “*ebediyete kadar payidar kalacağına*” inandığımız Türkiye Cumhuriyeti’nin temelleri çok iyi atılmış, ancak öngörüsüz ve popülist politikalarla bu temeller sarsılmaya ve çatırdamaya başlamıştır. Çünkü, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ve çağının çağdaşı olma hedefleri Türkiye Cumhuriyeti üzerinde başka hesapları olanların elini kolunu bağlamakta ve onları huzursuz etmektedir. Bu kesim, Türkiye’nin Cumhuriyetçi ve aydınlık hedef ve hayallerinden son derece rahatsız ve tedirgindirler. Bunlar, toprakları üzerinde her alanda yükselen, sorunlarını çözmüş, laik, demokratik güçlü bir Türkiye Cumhuriyeti istememektedirler.

Cumhuriyetin ulaşmak istediği “*demokrasi*”, “*laiklik*” üzerine oturtulmuştur. Laiklik, “*devletin ve diğer bütün toplumların, insanların dinsel tercihleriyle ilgilenir olmaktan uzaklaşmaları, bütün din ve inançlara karşı eşit uzaklıkta durmaları, bunlardan herhangi birini veya birilerini*” desteklememeleri veya engellememeleri anlamına gelmektedir. Devletin dinlere karşı eşit mesafede durması ve ideolojilere karşı yansızlığı demokrasiye ulaşmamızı kolaylaştıracaktır.

Bilim dünyasında bu tanıma ve laiklik uygulamasına iki önemli unsur daha eklenmektedir.

Birincisi “*hangisi olursa, olsun bütün din, inanç, mezhep veya tarikatların kısmi(azınlık) olduklarını kabullenip, kendi varoluşlarını toplumun tümüne dayatmaktan vazgeçmesi*”dir. Bu davranış, yani ötekine yaşama hakkı tanınması aynı zamanda demokrasinin en önemli ögesi “*çoğulculuğun*” da kaynağı olmaktadır.

İkinci koşul da “*dinin dünyayı yönetmekten vazgeçmesi*” ve kişilerin mamevî dünyasını zenginleştirmesinde odaklanmasıdır.

Varlığını ve vazgeçilmezliğini her an savunduğumuz temel insan haklarının başında gelen “*din ve vicdan özgürlüğü*”, bu sınırlar içinde kaldığı sürece, toplumda hiçbir zaman sorun yaratmamıştır.

Cumhuriyeti kuranlar amaçlarına ulaşabilmek için “*skolastik*” düşünce anlayışının egemen olduğu eğitim ve kültürün oluşturduğu geleneksel yapıyı kırmak suretiyle önce “*özgür birey*” yaratmak istemişlerdir. Bunun için de, kişi özgürlüğünü sınırlayan “*tekke ve zaviyeleri*” yasaklamışlar en önemlisi “*özgür birey*”i eğitim birliğiyle Cumhuriyet vatandaşlığına hazırlamaya çalışmışlardır. Onuncu yıl marşında haykırılan “*on yılda on beş milyon genç yarattık her yaştan*” sözlerinin simgesel anlamı budur.

Özgür ve çağdaş birey olmasını engellemek için bunca uğraşa karşın, halkımız Cumhuriyetle kendisine model olarak sunulan “özgür birey” olma konusunda ki inancında kararlıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Ülkemizin kuruluş, felsefe ve hedeflerini yukarıda kısaca sunmaya çalıştım. Bu bağlamda, bize bin bir güçlük, kahramanlık ve özveriyle kurtarılp emanet edilen bu güzel ülkenin insanları olarak, öncelikle kendi ülkemiz ve yanı sıra da üzerinde yaşadığımız dünyamızın geleceği hakkında bir biçimde düşünmek, kendimizi ciddi şekilde sorgulamak ve yeni stratejiler geliştirmek zorundayız.

Dünyanın bir parçası olarak da, çevremizdeki siyasal, sosyal ve ekonomik gelişmeleri yadsıyamamız ya da etkisi altında kalmamamız olanaksızdır. Bunlar, demokrasi, insan hakları ve iyi işleyen bir piyasa ekonomisidir.

Bilindiği gibi Türkiye Cumhuriyeti ilk günden beri bu yolu izlemeyi amaçlamış, ama sürekli olarak aynı ulusal bilinç ve kararlılıkla hareket edemediği için, işleyen gelişmiş bir demokrasi, insan haklarına uyum, iyi işleyen bir piyasa ekonomisini kuramamıştır.. Türkiye kararsızlığının sonucu ulusal çıkarlarını gözetmeyen ve kuruluş ilkelerini dışlayan politikalar nedeniyle, olayları yönlendirememiş, hep dış dinamiklerin etkisiyle hareket etmek durumunda kalmıştır. Türkiye, odağında olamadığı, ulusal çıkarlara aykırı bu yanlış ve teslimiyetçi politikalarla, çok önemli tarihi fırsatları kaçırmış, oluşumların önünde olması gerekirken peşlerine takılmıştır. “Küreselleşme” adı verilen “de facto” durum karşısında neler yapılmalı, bu süreç, bu değişime nasıl uyum sağlamalı ya da bu sürece nasıl karşı durulmalı; bunları düşünmeden, bunları çözmeden, gerekli tedbirleri almadan, gerekirse ve mümkünse kendimize, ülkemize koruma alanları geliştirmeden hiçbir ulusal sorunumuza köklü çözümler üretemeyiz. Öncelikle bu gerçeği kabul etmemiz ve daha sonra buna uygun çözümler üretmemiz gerekmektedir. Aksi taktirde bugüne kadar sürdürülen teslimiyetçi anlayış ve politikalarla varılan noktadan ileriye gitmek mümkün olamayacaktır. Sorunların çözümünde ya da küreselleşmeye karşı korunmanın, uyum sağlamanın yollarını ararken iki önemli unsur göz ardı etmek mümkün değildir. Bunlar doğanın sınırlarını çizdiği dünya ve atalarımızın sınırlarını çizdiği ülkedir. Her ikisinin üzerinde de yaşamak ve ortak değerlerini korumak durumunda olmamıza karşın, kendi korumalı yaşam alanımız olması nedeniyle, üzerinde yaşadığımız toprakların vatan olma gibi önemli bir özelliği ve ayrıcalığı vardır. Uluslararası rekabetin çılgınlığı hızla sürerken, ulusal çıkar çatışmalarının vahşi yarışı henüz sonlanma-

mişken, ortak alanda yaşamanın, ulusal çıkarları savunmanın, ulus devlet kalmanın, ve ulus devlet olarak güçlü olmanın kaçınılmaz, vazgeçilmez gerekleri, mecburiyetleri ve elbette yararları yadsınamaz.

Bugün, çağdaşlaşma yolunda hızla ilerlediği iddia edilen Türkiye'nin çok ciddi ve önemli sorunları vardır. Eğitim ve işsizlik başta olmak üzere, ortaçağ anlayışının uzantısı kan davaları, namus cinayetleri devam etmekte, aşiret reisleri kurulu düzene kafa tutabilmekte, kovboy filmlerini anımsatacak biçimde karakol basılıp adam kaçırılabilenekte, çocuklar işgücü ve sermaye olarak algılanmakta, kent, ilçe ve köylerimizin çoğu çağdaş yaşam koşullarından uzak, hızla potansiyel suçlu yuvaları haline dönüşmekte, bir yıl içinde sadece trafik kazalarında binlerce kişi ölmekte, en küçük yağıştan sonra büyük kentlerimizde doğal göletler oluşmakta, kuşkusuz örneklerini çoğaltabileceğimiz, bu olumsuz ortamda yaşamak durumunda bırakılan insanlarımız da gergin ve sorunlarla yüklü kişiler haline gelmektedirler. Büyük kentlerin ve gelişmekte olan kentlerin toplumsal dokusunu bozan, üyesi olmak için çırpındığımız hiçbir AB ülkesinde konut olarak tanınmayan gecekondu olgusu, idarenin yerel ve merkez yönetimlerini elinde bulunduran politikacıların, özensiz ve ilkesiz yönetim anlayışlarının ürünüdür. Çünkü, çarpık kentleşmenin en önemli göstergesi gecekonduudur. Oy uğruna yasada tanımlanan kaçak yapılanmalara taviz verilip, hazine arazilerinin yağmalanmasına olanak sağlanmıştır. Artan gecekondulaşma ve kent çevresinin kuşatılması karşısında 1966 yılında 775 sayılı Gecekondu Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kanunun 18. maddesine göre *"bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan gece kondular... hiçbir karar alınmasına gerek olmaksızın belediye veya devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır.."* hükmü yer almaktadır. Bu amir hükme karşın, yerel yönetimlerin hoşgörüsü ve desteği sonucu gecekondulaşma hızla sürmüş, oy depoları haline gelen ve yasa dışı oluşan çarpık yerleşim birimlerinin 1983 ve 1984 yıllarında çıkarılan imar aflarıyla yasallaştırılması yönüne gidilmiştir.

Bu kadar fazla sorunlarla yüklü bir toplumsal yapı ise sürekli çekişme ve gerginlikler kaynağı oluşturduğundan, tüm çekişmeler yargıya intikal etmektedir. Sorunlar yumağı haline getirilen toplumun, bu problemlerini çözmek için yargıdan gücünün üstünde bir hizmet ve görev beklenmektedir. Biz her fırsatta, yargının sorunlarını ve aksayan yönlerini ortaya koymakta gerekli uyarı ve eleştirilerimizi açıkça dile getirmekteyiz. Ancak, kötü yönetimlerle rayından çıkmış toplumsal yapının, tekrar rayına konulması için yargıdan gücünün üstünde özveri istemek de haksızlık olmaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Ortaya çıkan tablo umut kırıcıdır. Görülen odur ki, Türkiye Cumhuriyeti'nde hiçbir kurum, kuruluş, yetkili ve temsilci ben görevimi yapıyorum başkası beni ilgilendirmez diyemez. Varılan bu noktada, bireysel, politik ve gruplar arası çekişmeleri bir yana bırakarak, bu toplumsal çöküşe, bu toplumsal çözülmeye *"hep birlikte dur"* demek zamanının gelip de geçtiğini arz etmek istiyorum.

Toplumda adalet duygusunun oluşmasına ve korunmasına neden olan bağımsız yargı, aynı zamanda çağın yönetim biçimi olan *"hukuk devleti"* olgusunun da olmazsa, olmaz koşuludur. Anayasamız Cumhuriyetimizi demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda, hukuk devleti, *"tüm eylem ve işlemleri hukuka ve anayasal kurallara uyan devlet"* demektir. Devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek kurum da bağımsız yargıdır. Yargı bağımsız ve yargıç güvenceli olmalıdır ki, devletin yasama ve yürütme erklerinin hukuk dışı işlemlerini hukuk içine çekebilsin, hukuk içinde tutabilsin.

1961 Anayasası'nın 143-144. maddeleriyle yapılandırılan ve içinde tek bir siyasi üyenin bulunmadığı *"Yüksek Hakimler Kurulu"* yargı erkinin, yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığını sağlamıştır.

Zamanın Yargıtay Başkanı büyük hukukçu Recai Seçkin ilk Yüksek Hakimler Kurulu üyelerinin göreve başlaması dolayısıyla yaptığı konuşmada *"Anayasamız Yüksek Hakimler Kurulu müessesesini hukuk hayatımıza armağan etmiştir. Bu mutlu olaydan dolayı ne kadar sevinsek ne kadar övünsek yeridir. Yüksek Hakimler Kurulu yabancı ülkelerde bile henüz kısa bir tarihe malik bir müessesedir. Gerek oralarda, gerek bizde bu müesseseye karşı olan bir çok kimselerin bulunduğu söylenebilir. Yüksek Hakimler Kurulu'na düşen ilk görev, çalışmalarını gayet sağlam ilkeler ve doğru gelenekler üzerine kurmak, işlemleri üzerinde eşitliğe aykırılık ve adaletsizlik gölgelerinin düşürülmesine meydan vermemektir. Gerçekten hakim teminat zırhına bürünmüştür, fakat o her şeyden önce davranışları ve tutumu ile böyle bir zırha layık olduğunu her an ispat etmek zorundadır. Hakime bu borcunu yerine getirmek Yüksek Hakimler Kurulu'nun ödevlerindedir. Yüksek Hakimler Kurulu'nun görevini gereği gibi titizlikle yapmadığı, mesleği zayıf duruma düşürdüğü düşüncesinin sosyal ortamda yerleşmesi ve genişlemesi, zamanla bu kuruluşa karşı olanların cesaretlerini artırır ve bir anayasa değişikliği ile, kuruluşa, şimdiki bağımsız durumu sona erer ki, bu hal; hakim teminatının sona ermesinden başka bir anlama gelmez. Bana öyle geliyor ki, Yüksek Hakimler*

Kurulu'nun üyeleri böyle bir tehlikenin gerçekleşmesine asla meydan bırakmayacaklar, kuruluşa karşı olanların cesaretlerini kıracaklardır.” Rahmetli Recai Seçkin başkanın endişeleri kısa bir süre sonra gerçekleşti, 1971 yılında kısmi bir değişiklik yapıldı ve 1982 Anayasası'yla da Yüksek Hakimler Kurulu tarih sayfalarındaki yerini aldı.

Yargının görevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi için, öncelikle hiçbir sorununun çözümsüz bırakılmaması, tüm etkilere karşı bağımsızlığı ve tarafsızlığını güvence altına alacak ilke ve kurumların mutlaka oluşturulması ve geliştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi eksiksiz yaşama geçirilmelidir.

Siyasetin gölgesinin yargı üzerine düşmemesi için, Adalet Bakanı ve bakanlık Müsteşarı'nın kuruldan mutlaka ayrılması; Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı bir teftiş kurulunun oluşturulması; bunun doğal sonucu olarak adalet bakanlarının yargıç ve savcılar hakkında re'sen soruşturma başlatma yetkisinin kaldırılması; mesleğe giriş sınavının mutlaka bu Kurul tarafından yapılmasının sağlanması ve hepsinden önemlisi özlük işlerinin tamamen Kurul'a bağlanması gereklidir. Bakanlık tarafından düzenlenen son kararnamede iki bin beş yüz civarında yargıç ve savcının ataması yapıldı, yeri değiştirildi. Kararname taslağı kurulun kısa bir süre için bilgisine sunuldu ve uygulamaya konuldu, kısa süre içinde sayın kurul üyelerinin taslak hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olmaları olanaksızdır. Kuşkusuz tüm atamalara Bakan'a bağlı bakanlık personeli egemen olmuştur. Bu uygulama ciddi yakınlara ve Adalet Bakanlığı'nın eleştirilmesine neden olmaktadır.

Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun kararlarının yargı denetimine tabi kılınması yanında, Yüksek Kurul'a avukatlardan ve hukuk fakültelerinden makul bir oranda üye seçilmesi de “*mesleki dayanışma*” faktörünü ortadan kaldıracaktır.

Anayasa ve yasalarda yargı bağımsızlığından ve yargıç güvencesinden söz edilse dahi, bugün, yargı bağımsız, yargıç güvenceli değildir. Özellikle 1982 Anayasası siyasal iktidarların yargıya müdahalesine olanak sağlayan düzenlemeler içermektedir. 1980'den sonra siyaset-yargı çekişme ve öykülerini burada anımsatmak istemiyorum. Sadece bakanlık müsteşarlarının dahi zaman zaman yargı üzerinde ne denli güçlü ve etkili olduklarını, yargı adına hangi tasarruflarda bulduklarını, Yargıtay üyeliği seçimi başta olmak üzere, atama, terfi, yer değiştirme gibi işlemlerdeki ağırlıklarını çok iyi hatırlamaktayız. Bu gün dahi, çok saygın ve seçkin yargıç ve savcılarımızdan siyasi mülahazalar ve kadrolaşma amaçları doğrultusunda atama, yer değişik-

tirme, görevlendirme işlemleri yapıldığı yoğun yakınmaları alınmakta, bir çoğu meslekten ayrılmayı düşündüklerini ifade etmektedirler.

Atatürk dönemi dışında, geçmişten günümüze siyasi iktidarlar, ülke sorunlarını hukuku egemen kılarak aşmak yerine, kendilerine verilen oyların sağladığı çekicilik ve elde ettikleri yönetim gücüyle aşmayı yeğlemişler; bu nedenle, zaman zaman yargının yasama ve yürütmenin önünde önemli bir engel olduğunu vurgulamışlardır. Son dönemlerde bu öyle bir noktaya gelmiştir ki, yasama ve yürütme organlarının üst düzey yetkililerinden, en sade üyesine kadar herkes, artık hiç gizlemeden ve saklamadan, Sayın Cumhurbaşkanının ve Anayasa Mahkemesi'nin "*hukuk devleti*" adına yaptığı inceleme ve denetlemeleri, yasama ve yürütmeye doğrudan müdahale olarak kabul etmekte; yargıya güvenmediklerini, yargının politize olduğunu açıkça söylemekten çekinmemektedirler. Yargı hakkındaki görüş ve düşüncesi bu olan, yasama ve onun oluşturduğu yürütmenin, yargının temel sorunlarını çözme konusunda ne denli istekli olabileceği ya da hangi çağdaş çözümleri getirerek yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi sağlayabileceği kuşkuludur.

Her kurumun olduğu gibi yargının da eksikleri, yetersizlikleri ve eleştirilecek çok önemli noksanlıkları elbette vardır. Bunları en çarpıcı biçimde yıllardır dile getiriyoruz. Hatta geçen yıl bu kürsüde tarafımdan ileri sürülen görüş ve düşünceler bir çok sayın meslektaşım tarafından ağır bulunmuş, kapalı açık sitemlere neden olmuştur. Oysa amacımız, varlık nedenlerine yürekte inandığımız, gücünü ve işlevini çok iyi bildiğimiz, benimsediğimiz ve özümsemiş yargı teşkilatımızın ve yargımızın, siyasetin gölgesinden uzak, "*kimsesizlerin kimsesi*", ezilenlerin umudu, zorbaların korkusu, laik cumhuriyetimizin ve demokrasimizin teminatı olmasından başka bir şey değildir.

Çağdaş hukuk devletinde, hiçbir organ ve kurum dokunulmaz değildir ve olamaz. Saydamlık, açıklık ve eleştiri bilimselliğinin ve hukuk devletinin gereğidir. Olumsuzluklardan ve eksikliklerden korunmanın ve kurtulmanın "*toplumun mutluluk ve moral aşısı olan güvenin*" sağlanmasının başkaca yolu yoktur. Kamuoyunun; duyarlılıkla izlediği kimi davalarla ilgili oluşturulan yargı kararları, toplumda ve onun sesi olan medyada yoğun ve yaygın bir biçimde eleştirilere neden olmaktadır. Eleştiriler zaman zaman üslup olarak, ağır olsa bile, bir takım acı gerçekleri ifade etmesi ve gün ışığında dillendirilmesi bakımından çok önemlidir. Bir de kapalı kapılar ardında konuşulanlar ve fısıltı gazetesinde, hak aramanın son aşamasında hakkını alamayan ya da

neye alamadığını anlayamayanların anlatımları içler acısıdır. Bütün bu olumsuz eleştirileri ve yakınmaları görmezden gelmek, bir takım koruma hükümlerinin arkasına gizlenmek, sığınmak sorunların daha da içinden çıkılmaz hale gelmesine neden olmaktadır.

Bu noktada hemen şunu belirtmek isterim ki, çağdaş devlet kurumları olan sorumsuzluk ve dokunulmazlık kavramlarından vazgeçmek mümkün değildir. Ancak sorumsuzluklar ve dokunulmazlıklar, koruduğu kişi ya da kurumlara yarar ve ayrıcalık sağlamak için getirilmemiştir. Tarihsel bir süreç içinde gelişen bu kavramlar, kamusal gücü kullanan kişi ve kurumların, hiç bir etki ve korku altında kalmadan görevlerini özgürce ve çekinmeden yapabilmelerini güvence altına almak suretiyle geniş anlamda toplumsal yararı amaçlamışlardır. Bu bakımdan, sorumsuzluk ve dokunulmazlık kavramlarını bir ayrıcalık gibi algılamadan, gerçek amaçlarına uygun yorumlamak ve uygulamak gereklidir.

Halk, kendi adına yargılama yapan yargıçtan, haksızlığa uğradığı an korkusuzca ve çekinmeden onun adaletine sığınmak yanında *“doğru ve güvenli yargılama”* yapmasını beklemekte ve istemektedir.

Yargıdan yurttaşların bu kişisel beklentisi yanında, ülkeyi içine düştüğü, çözülme ve itibar kaybı ile güvensizlikten, yolsuzluktan, hırsızlıktan vurgundan, talandan ve her türlü tehlikeden koruyan, tek güç ve sığınak olduğu yoldaki toplumsal beklentisi nedeniyle, yargı ve çevresindeki olaylar, dedikodular, hatalar, ihmaller toplumda büyük yankı uyandırmakta, toplumsal çöküntü ve umutsuzluğa yol açmaktadır. Çünkü Sayın Adalet Bakanımızın da, kısa bir süre önce, çok doğru bir biçimde vurguladığı gibi *“her kurumun yedeği ve alternatifi var ama yargının yedeği”* yoktur.

İşte bu anlayışla ve önyargısız yaklaştığımız yargı ve yargı sorunlarıyla ilgi olarak, kısa bir süre önce, yazılı ve görsel yayın organlarında gündeme taşınan olaylar ve sunuluş biçimi, hiçbir şekilde kabul edilir gibi değildir. Hepimiz görevlerimizi yaparken, yetkilerimizi kullanırken eşit, objektif, hukuka uygun ve adil davranmak durumundayız. Aksi taktirde inandırılığımızı yitiririz. Eşitliğe aykırı her durum, adaletin bağrında açılmış bir yaradır.

Hukuk yaşamımıza *“Neşter Operasyonu”* adı ile giren, çok ilginç ve talihsiz bir iddianameyle sadece avukatlar ile bazı bürokratların mahkemeye sevk edilmesini öngören ve kamuoyunda olaylarla ilgili yüksek yargıçların korunduğu tartışmalarına neden olan süreç, Türk yargı tarihine olumsuz bir not olarak düşmüştür.

Sayın Yargıtay Başkanımızın, insani duygular sonucu, yapıldığı açık olan “*davranışlarının*” sunuluş biçimi, aynı durumda kalacak kişiler için ders alınacak niteliktedir. Çok yönlü bu dersin, çağdaş insan, seçkin hukukçu, örnek yargıç ve dürüstlüğü son olaylara rağmen hiç kimse tarafından tartışma konusu dahi yapılamayan sayın Yargıtay Başkanımızın şahsında yaşanmış olması üzüntü vericidir.

Henüz mürekkebi kurumamış 09.06.2004 gün ve 5187 sayılı Basın Yasası'nın “*Yargıyı Etkileme*” başlıklı 19.maddesindeki, 13.04.1994 gün ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Yasa'nın “*Yayın İlkeleri*” bölümünün 4. maddesindeki, 01.04.1929 gün ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın “*Kamu davasının hazırlanmasını düzenleyen*” 147-170. maddelerindeki, 30.07.1999 gün ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'nın 2. maddesindeki düzenlemeler yanında Anayasamızın, 17 ve 20. maddesinde hüküm altına alınan “*Temel Hak ve Özgürlükler*”i koruyan düzenlemeler, hukuk dışı yayınlarla ihlal edilmiştir. Üzülerek ifade etmek gerekir ki, şikayete bağlı olmayan yasaya aykırı eylemler hakkında, ne gibi işlem yapıldığına dair, bugüne kadar kamuoyuna yansıyan bir girişim bulunmamaktadır.

Diğer yandan, yasaya aykırı bu eylemlerle, uluslar üstü hukuk alanında insanların “*lekelenme hakkı*” anlamını gelen hak da ihlal edilmiştir.

Bu olaylar, sıradan bir yurttaşın her an karşılaşabileceği muamelenin vahametini göstermesi bakımından da çok önemlidir.

Tüm bu gelişmeler sırasında, MİT teşkilâtının üst düzey yöneticilerinin kamuoyuna yansıyan davranışı ve konuşmaları da, ilişkilerin ne boyutlara geldiğini ve devletin “*âli menfaatlerinin*” kimler tarafından, hangi anlayışla korunduğunu göstermesi bakımından çok ilginçtir.

Sayın yöneticilerimizin söylevlerinde ve nutuklarında bir çırpıda dillendirdikleri, özgürlük, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunların tamamını içeren “*hukuk devletinin*” ne kadar uzağında olduğumuzu yaşanan olaylar acı bir biçimde ortaya koymaktadır.

Bunca olumsuzluğa ve moralsizliğe karşın, geleceğe umutla bakmaktayız, en büyük gücümüz, kimilerinin yadsıdığı ama bizlerin içselleştirdiği ve mücadelesini verdiğimiz ulusal ve uluslar üstü değerlerin ülkemizde mutlaka gerçekleşeceğine olan sarsılmaz inancımızdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Kutsal din kitapları başta olmak üzere, ulusal ve uluslar arası sözleşmelerle, hak ve özgürlüklerin ifade edildiği belgelerin tümü insan yaşamını en yüce değer olarak tanımlamasına karşın insana yönelik şiddet ve saldırıların ardı arkası kesilmemektedir. 12 Eylül'den sonra İstanbul'da, Irak'ta, dünyanın çeşitli yerlerinde yaşadığımız terör Osetya'da çocuklara uzanmıştır.

Hiçbir gerekçe doğanın en saygın varlığı olan insanın öldürülmesini haklı kılamaz. Yaşadığımız 21.yüzyılda hangi nedenle, hangi düşünceyle, hangi amaçla olursa olsun, insana yönelik şiddet ve yıldırma hareketlerinin tümünü ifade eden "*terörizm*" yanında, insan yaşamını hiçe sayan "*savaş*" gerçeğiyle karşı karşıya bulunuyorsak, insanlık bugüne kadar geliştirdiği tüm düşünce sistemlerini bir kez daha gözden geçirmek durumundadır. Rehin alınan şoför, gazeteci, teknisyen gibi silahsız kişilerin rehin alınarak öldürülmeleri, esir alınan insanlara işkence yapılması, kentlerde masum insanların ve son olayda olduğu gibi çocukların, hunharca bombalarla imha edilmesini mazur gösterebilecek hiçbir neden yoktur. Hiçbir inanç, hedef, amaç, gaye bu insanlık dışı eylemlere haklılık kazandıramaz.

Bu düşüncelerle hangi ad ve nedenle olursa olsun, insan yaşamını hedef alan terör eylemlerini şiddet ve nefretle kınıyorum.

Yeni adli yılın barış içinde, başarılarla dolu bir yıl olmasını diler, saygılarımı sunarım.

BORÇLAR HUKUKUNDA OLAĞAN SEBEP SORUMLULUĞU

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU ()*

II. BÖLÜM

ANLATIM DÜZENİ: .IV-Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu.1-Temel Esası ve Normatif Dayanağı.2- Koşulu.3- Husumet.A- Aktif Husumet.B-Pasif Husumet.4-Olağanüstü ve Kaçınılmaz Fakat Meşru Bir Etki ile Doğan Zarar.5-Taşınmaz Maliki Sorumluluğu ile Bina ve İnşaat Eseri Malikinin Sorumluluk ilişkisi.V-Ev Başkanının Sorumluluğu.1-Temel Esası ve Normatif Dayanağı.2-Koşulları.A- Sorumluluğun Süjesi.B- Gözetime Alınan Zarara Sebebiyet Vermesi.C- Özel Yükümlülük veya Kurtuluş Kanıtı Getirilmemiş Oluşu.VI-Haksız İhtiyati Tedbirden Doğan Sorumluluk.1-Ön Bilgiler2-Sorumluluğa Yaklaşım.3-Haksız İhtiyati Tedbirden Doğan Tazminat.A-Maddi Tazminat.B-Manevi Tazminat.C- Yargılama Usulü.4-Haksız İhtiyati Hacizden Doğan Sorumluluk ve Tazminat.A- Ön Bilgiler.B -Manevi Tazminat.C- Haksız İhtiyati Hacizden Doğan Tazminat.VII-Ü çüncü Kişilerdeki Mal Ve Alacakların Haczinden Doğan Zararın Giderimi.1- Ön Bilgiler.2- Prosedürel Yaklaşım.A -Birinci Haciz İhbarnamesi.B-İkinci Haciz İhbarnamesi.VIII-Devlet Memurunun Sorumluluğu.1-Devlet Memurunun Kamu Hukukuna Göre Sorumluluğu.A- Genel Olarak .B-Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu. 2- Devlet ve Memurunun Özel Hukuka Göre Sorumlulukları.

IV. TAŞINMAZ (GAYRİMENKUL) MALİKİNİN SORUMLULUĞU (MK m 730, 737)

1. Temel Esası ve Normatif Dayanağı

Eski Medeni Kanunun "Malikin Mes'uliyeti" kenar başlığıyla yapılan düzenlemede "Bir malikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı bir zarara uğrayan veya uğramak tehlikesinde bulunan kimse eski halin iadesini veya tehli-

(*) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

kenin izalesi (giderimi) için lazımgelen tedbirlerin yapılmasını talep edebilir ve uğradığı zarar ve ziyarı ayrıca tazmin ettirebilir” ifadeleri bulunmakta idi. Aynı maddenin karşılığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda 730. madde oluşturmaktadır. Buna göre: “Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumunun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir” (m 730/1).

Buradaki sorumluluk eşyadan ötürü sorumluluktur. Taşınmaz maliki kusuru olmadığı halde taşınmazın verdiği zarardan sorumludur. Sebep sorumluluğu (kusursuz/objektif) vardır. *Hakkaniyet* düşüncesi önemlidir. Amaç *iyi komşuluk prensibidir* (Deschenaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 101).

Federal Mahkemeye göre davanın konusunu ve hukuki mahiyeti şudur. Davalar *eski duruma getirmek, tehlikeyi ortadan kaldırmaya* yöneliktir. Tehlikeye devam ettiği sürece dava hakkı mevcuttur. Burada 641. maddenin II. fıkrası tarafından malike tanınan hakkın özel bir düzenlemesi söz konusudur. Buna göre her türlü haksız tasarrufu bertaraf etmek amaçlanır. Malik taşıma ile verdiği her türlü zararı karşılamak zorundadır (ATF 81 II 439 JT 195 6 I 261; Scyboz/Gilleron, C.I).

Malike kurtuluş kanıtı normatif açıdan getirilmemiştir. Uygun illiyet bağını kesen (zarar görenin tam kusuru/ağır üçüncü kişinin tam kusuru/ağır, mücbir sebep) sebepler taşınmaz malikini sorumluluktan kurtarır.

Kusur sorumluluk koşulu değildir. Ancak kusur var ise ek (munzam) kusur olarak zarar görenin kusurunu ortadan kaldırır. Zarar gören tam tazminatı alır (Eren, Genel, I, s. 646).

Malik temyiz kudretine/ayırt etme gücü sahip olmasada sorumludur. Öte yandan malik rızasıyla taşınmazın kullanılmasını bıraktığı kişilerin örneğin kiracısının verdiği zarardan da sorumludur (Tandoğan, Mesuliyet, s. 203).

2. Koşulu: Taşınmaz Mülkiyetinin Taşkın Kullanılması

Mülkiyetin taşkın (exces/die Überschreitung) kullanımında anlaşılması gereken şey şudur: Taşınmazın benzeri bir eylemde kullanılması, eylemin mülkiyetin yasal sınırlarını aşmasıdır. Bir anlamda bu zararın kaynağıdır (Deschenaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 105).

Federal Mahkemeye göre uygulama koşulları şunlardır: Tecavüz olarak malikde bir kusur şart değildir. Bu sorumluluk tipi bir *kusursuz sorumluluk* tür. Kullanımın aşırılığı ile komşuluk haklarına tecavüz arasında bir *illiyet kurulmalıdır*. Illiyet uygun illiyet olmalıdır (ATF 119 Ib 334 JT 1995 I 606; ATF 120 II 15 JT 1995 I 186; *Scyboz/Gilleron*, C.I).

“Komşu hakkı” konu başlığı, “kullanma hakkı” kenar başlığıyla düzenlenen Eski MK 661’den farklı olarak eklenen üçüncü fıkrada yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan sorunlarda denkleştirme istemi ileri sürülebilecektir (Özta, TMK, Madde Gerekçesi, s. 512). MK m 730, MK m 737 nin müeyyidesidir. MK m 737’ye göre: “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken komşularını olumsuz şekilde etkileyecekleri taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür” (m 737/I). “Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdede göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık verme yasaktır” (m 737/II). “Yerel “adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır” (m 737/III).

“Hakim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilir” (m 730/II). Eski MK dan farklı olarak eklenen bu fıkrada çatışan yararların denkleştirmesine olanak sağlanmıştır. Mevcut olan bu boşluk fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi doğrultusunda doldurulmuştur (Özta, TMK, Madde Gerekçesi, s. 507).

Federal Mahkemeye göre, İBK m 679 (MK m 730, eMK m 656) çerçevesinde muhtemel zararların önlenmesi için ne gibi tedbir gerekeceği tespitini yargıç belirler. Yargıç, çatışan çıkarları serbestçe takdir eder. Ancak, bunu yaparken taraflar arasında sorumlu malike düşen yükümlülükler ile zarar görenin yoksun kaldığı avantajlar oranında bir takdire gider (ATF 111 II 429; *Scyboz/Gilleron*, C.I).

Malikin sözleşmesel sınırlamalara (irtifak, şuf’a, vefa) uymaması (eMK 656) MK m 730 kapsamında değildir (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 208).

MK m 730 (eMK 656) kanaatimizce bir sınırlamadır. Tecavüz eyleminin taşınmaz mülkiyetine ilişkin hakkın *kullanılması* ya da *işletilmesi* ile bağlantılı olmalıdır. Bu ilişki için taşınmazın *tahsis (özümlenme)* amacı, malikin amacı, fiilin raslantısal olmayıp *devamlı* olması gerekir (*Tandoğan*, Mesuliyet, s.

209). *Federal Mahkeme*: Zehirli atık suyun boşaltılması suretiyle bitki örtüsünün yok edilmesini (ATF 91 II 183 JT 1966 I 155); harfiyat nedeniyle toprak kaymasını (ATF 107 II 134 Jt 1982 462); bir üst hakkına dayanarak yapılan garajdan su sızıntısını (ATF 111 II 236 JT 1986 I 115) tecavüz kabul etmiştir (Kararlar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C.I).

Taşkınlık beşeri eylem sonucu olmalıdır. Yer kayması çığ gibi doğal olaylar sorumluluk kaynağı olmaz (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s.105).

(Ayrıca ATF 93 II 230 JT 1968 I 580; *Scyboz/Gilleron*, C.I).

Malikin eylemi olumlu bir eylem olacağı gibi olumsuz bir eylemde olabilir. Oluşacak bir zarar için önlem almasa olumsuz bir eylem olup MK 730 (eMK 656) kapsamındadır (*Tandoğan*, Sorumluluk, s. 209). Örneğin yaptırmakta olduğu inşaat sırasında çıkarılan temel in önlem alınmaması nedeniyle komşu binada çökme tehlikesi yaratması.

Doğaldır ki eylem ve sonuç arasında uygun bir nedensellik bulunması gerekir.

Son fıkrada (MK 730/II, 737/III), taşkınlıkların doğurduğu zararın uygun bir bedelle denkleştirilmesine olanak sağlamıştır. Ancak bu olanak ancak yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklarda mümkün olabilecektir (*Öztañ*, TMK, Madde gerekçesi, s. 507). *Federal Mahkeme*, çok yoğun yağmurlar nedeniyle umumi suyun mecrasından taşmış olmasını (ATF 91 II 474 JT 1966 I 551) tecavüz kabul etmemiştir (*Scyboz/Gilleron*, C.I).

3. Husumet

A. Aktif Husumet

İlike olarak dava hakkı komşularındır. Zararın ya da tehlikenin yatay ve dikey uzaklıktaki komşuları kapsar. Kat mülkiyeti kapsamı içerisindeki malikler de komşu sayılır (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 211). *Şahsi hakka* dayananlar hatta malikinin izni ile taşınmazdan yararlananlara MK 730 (eMK 656)'ya dayanabilirler (*Oğuzman/Seliçi*, s. 454).

Davacılar müşterek mülkiyete konu taşınmaz maliki iseler MK 730 (eMK 656) kapsamında olan eski halin iadesi, tehlikenin giderilmesi taleplerinde bulunabilir. Ancak tazminat davasını kendi payı ile sınırlı ister. İştirake (elbir-

liğine) konu ise tazminat davasını birlikte veya temsilci vasıtasıyla açar. Pa-yına ilişkin dava açamaz. Diğer tedbirleri tek başına isteyebilir (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 211*).

B. Pasif Husumet

MK 730 (eMK 656) da kural olarak sorumlu maliktir. Ancak malikin izni ile taşınmazı kullananların haksız fiili neticesinde bir zarar doğarsa malik ile zarar veren kişi BK m 51'e göre müteselsilen sorumludur (*Oğuzman/Seliçi, s. 455*).

Devletin özel mallarından dolayı MK m 730 (eMK 656)'ya göre sorumluluğu vardır. Kamu malları için ise sorumluluk İdare Hukuku rejimine tabidir. Kıyasen MK m 730 (eMK 656) uygulanır (*Oğuzman/Seliçi, s. 456*).

4. Olağanüstü ve Kaçınılmaz Fakat Meşru Bir Etki İle Doğan Zarar Sorunu

Malikin taşkınlık sayılan eylemi *kaçınılmaz* ise zarar gören zarara katlanır fakat zararının eMK 656'ya göre giderimini (tazminini) ister (*Oğuzman/Seliçi, s. 452*). İken yeni düzenlemede (MK m 730/II) denkleştirmeye gidilmektedir.

5. Taşınmaz Malikin Sorumluluğu (MK m 730) ile Bina ve İnşaa Eseri Malikin Sorumluluğu (BK m 58) Arasındaki Sorumluluk İlişkisi

Bina ve inşa eseri malikin sorumluluğunda malikin durumu "pasif"tir. Çünkü bina veya inşa eserinin yapımında bozukluk bakımından bir eksiklik vardır. Taşınmazın taşkın kullanımında ise malik "aktif" durumdadır. Mülkiyet hakkını kullanırken zarar vermektedir (*Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 85*). Malikin eylemi olumlu ya da olumsuz olabilir.

Taşınmaz malikin sorumluluğu *komşularadır*. Bina ve inşa eseri malikin sorumluluğu zarar gören *herkesedir*. Çünkü *genel bir özen ödevinin* ihlali söz konusudur (*Deschenaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 102*).

Taşınmazın taşkın kullanımı bir *süreklilik* arzeder. Bina ve İnşaa Eserinde bozukluk ve bakımdaki eksiklik *anidir* (*Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 213*).

Aynı olayda koşullar gerekirse MK 730 (eMK 656) ve BK 58 in uygulanma alanı bulması mümkündür. Böyle durumda yarışma söz konusudur. Zarar gören kendisi için avantajlı olan dava yolunu seçecektir. *Federal Mahkemeye* göre, komşuluk hukukuna dayanan (IMK 679) dava ile IBK 58 ve 41 in telahuk/yarışma halindedir (ATF 96 II 337 JT 1971 I 181, *Scyboz/Gilleron*, C.I).

V. EV BAŞKANININ SORUMLULUĞU (MK m 369).

1. Temel Esası ve Normatif Dayanağı

Eski Medeni Kanuna göre; "Evin reisi (başkanı) riyaseti (reisliği, başkanlığı) altında bulunan küçüğün, mahcurun (kısıtlının) yahut dimağ (akıl) hastalığı veya akıl zayıflığı ile mâlûl (hasta) olan kimsenin yaptığı zarardan muad (alışılmış) veçhile (şekilde) ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle onu nezaret ettiğini ispat etmedikçe mesuldur" (eMK m 320/I).

"Evin reisi ev halkından akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ile mâlûl olanların bizzat kendilerini veya başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri hususunda lâzımgelen tedbirleri ittihaz (edinme) ile mükelleftir. Lüzumu halinde bu tedbirlerin ittihazı için keyfiyeti zabıtaya haber verir" (eMK m 320/II).

Yürürlüğe giren MK 369, eski MK'nun 320 maddesini karşılamaktadır. "Sorumluluk" kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre; "ev başkanı, ev halkında" olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur" (m 369/I). Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür" (m 369/II). Zorunluluk hâlinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamdan ister" (m 369/son)

Madde *başkasının eyleminden doğan sorumluluğu* düzenlemiştir. *Özen ödevinin ihlali* esasına dayanır. Özen eksikliği *varsayım* olarak kabul edilmiştir. Yasa koyucuyu yönlendiren özellik, *hakkaniyet düşüncesidir*. Eylemi yapan zararı giderim olanağından yoksundur. Tazminat yükü *gözetim yükümlülüğü* bulunan kişiye *aktarılmıştır* (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 79). Aile başkanında kusur aranmaz. Sebep sorumluluğu (kusursuz/objektif)

vardır. Temyiz kudretine (ayırt etme gücüne) sahip olmasa da sorumludur. Yalnız diğer kusursuz sorumluluk hallerine (BK 55, 58) göre kusur derecesi bulunmayan özensizlik dikkate alınmayabilir (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 163). Aile başkanının kusuru olması halinde diğer sebep sorumlulukta olduğu gibi ek (munzam) kusur olarak dikkate alınır (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 163). Yasa sorumluluktan kurtuluş olanakları kabul etmiştir. Aile başkanı *durum ve koşulların* gerektirdiği *dikkat ve özenle gözetimde* bulundurğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini kanıtlayarak *sorumluluktan kurtulabilir* (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 83, 84; *Eren*, Genel, I, s. 625). Bu yolla BK m 55 ve 56. Maddelere yaklaşılmıştır (*Öztañ*, TMK, Madde gerekçesi, s. 289).

Medeni Kanun m 367 (eMK 318); "Aile halinde yaşayan birden çok kimşenin oluşturduğu topluluğun kanuna sözleşmeye veya örf'e göre belirlenen bir ev başkanı varsa...." ifadesi ile aile başkanı nitelermeye çalışılmıştır. Eski MK m 318'de ki "aynı çatı altında" sözcükleri kaldırılmıştır (*Öztañ*, TMK, Madde gerekçesi, s 287).

İngiliz Hukukunda, örneğın, öğretmenler eğitim yetkilileri ve bu tür kişilerin ihmalkâr davranmaları halinde, onlar kendilerinin bakımı veya kontrol altındaki çocuklar tarafından işlenen zararlardan sorumlu tutulmaktadırlar (*Keenan*, s. 375). Bu tür davalarda davanın dayanağı kontrol veya gözetimde ihmal göstermedir (*Keenan*, s. 375).

2. Koşulları

A. Ev Başkanının Konumu (Sorumluluğun Sujesi)

Ev başkanı (Chef de famille, das Familienhaupt); aile içinde yaşayan küçükler, kısıtlılar, akıl hastaları ve akıl zayıflığı olanlar üzerinde bir *aile otoritesi* kuran kişidir (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s.82).

Aile başkanlığı ilişkisi genel olarak *yasadan* (eMK m 318) *sözleşmeden* (çıraklık) ya da *örften* doğar (*Eren*, Genel, I, s. 628). Mahaz metin şu şekilde dir: "Ev reisliği (L'autorité domestique; die Hausgenalt) kan hısımları ve sıhri hısımlar veya bir sözleşme ilişkisi temelinde işçi olarak ve benzer sıfatla birlikte yaşayan herkesi kapsar (ZGB CCS 231/2); (*Hatemi*, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 74).

Aile başkanından söz edebilmek için, *birlikte* yaşamak yani birden fazla kişinin birarada (gemeinsame Haushalt) olması, birinin *üstün otorite* (eşit değil) olması gerekir (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 165, 166*). Başkanın *sürekli* gözetimi gerekir. *Zaman ögesi* önemlidir. Büyük ailelerde, dede, baba torun birlikte oturmaları durumunda kural olarak baba sorumludur. *Örf gereği dedenin* sorumluluğu istisnaidir (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 167*). *Kanaatimizce* ekonomik güç belirleyici bir ögedir.

Sistematikleştirmek gerekirse aile başkanlığı için *sosyal öge* ve *bağımlılık* ögesi gereklidir. *Sosyal öge*; ortak eş yönetim ve aile yaşamını içerir. Hırsımlık koşul değildir (*Eren, Genel, C. I, s. 627*). *Bağımlılık* ögesi *astlık-üstlük* ilişkisi ile belirlenir (*Eren, Genel, C. I, s. 627*).

Aile başkanı gerçek kişi yada özel hukuk tüzel kişisi yani yurt, hastane, pansiyon işletmecisi olabilir (*Eren, Genel, C. I, s. 628*).

Doğaldır ki norm *ehliyeti* kişileri kapsamaz. Yani aile başkanının örneğin reşit kişinin gözetiminden sorumluluğu yoktur.

B. Gözetime Alınanın Zarara Sebebiyet Vermesi

Sorumluluk küçüğün, kısıtlının, ehliyetlinin *kusurlu eylemini* gerekmez. Yapmak ya da yapmamak şeklinde oluşan eylemin *hukuka aykırı olması* ve zarar vermesi gerekir (*Deschenaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 83*). Küçük veya kısıtlının davranışı *hukuka uygun* ise örneğin *meşru savunma* var ise aile başkanının sorumluluğu oluşmaz (*Eren, Genel, I, s. 629*).

Zarar insana ya da eşyaya verilebilir. Aile başkanının sorumluluğundaki kişi bir başka örneğin iş sahibinin emrinde iken zarar verirse, sorumlu BK m 55'e göre iş sahibidir (*Tandoğan, Sorumluluk, s. 169*).

C. Özel Yükümlülük veya Kurtuluş Kanıtı Getirilmemiş Olması

Normatif düzenlemede kurtuluş kanıtı bulunmaktadır. Buna göre, aile başkanı "alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engellemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur" (MK m 369/I). Doğaldır ki uygun illiyet bağıını kesen sebepler (zarar görenin ağır/tam kusuru, üçüncü kişinin ağır/tam kusuru, mücbir sebep) aile başkanını sorumluluktan kurtarır.

Aile başkanının göstereceği dikkat ve özen için iki değerlendirme etmeni bulunur. Bunlardan ilki, çocuğun veya ehliyesizin yaşadığı çevre, karakter, yaş, geçmiştir. Doğaldır ki akıl hastası veya akıl zayıfı olana daha fazla özen gerekir. Bu yolla özenin kapsamı belirlenir (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s.84). İkinci etmen, gözetim altında bulunanların yaptıkları faaliyetin denetimidir. Emir ve talimat vermek yetmez. Onu denetlemek gerekir (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 85).

Özen kriteri *objektiftir*. Yargıç takdir hakkını somut olaya göre takdir eder. *Ahval* (durum) *metod* (alışılmış) birlikte değerlendirilmelidir. Durum daha fazla özeni gerektiriyorsa alışılmış özen, sorumluluktan kurtarmamalıdır (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 174).

Son olarak eMK 320 den farklı olarak yukarıda anlatılan dikkat ve özen gösterilse dahi zararın oluşumunun engelleyemeyeceği aile başkanınca ispat edilmesi gerekecektir. Tıpkı BK m 55 ve 56 gibi (*Öztañ*, TMK, 289).

Kurtuluş kanıtı açısından MK 369 BK 55, 56 maddelerinde oluşturulan paralellik ile sorumluluk birliği korunmuştur.

VI. HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİRDEN DOĞAN SORUMLULUK (HUMK 101-113)

1. Ön Bilgiler

Haksız ihtiyati tedbirden doğan sorumluluk kusursuz sorumluluktur.

Haksız ihtiyati tedbirden doğan sorumluluk Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 101-113 maddelerinde düzenlenmiştir. İhtiyati tedbir genel olarak alacaklıyı alacak konusu eşyaya kavuşmasını sağlayacak bir kurumdur. Güvence amaçlıdır (HUMK m 101/I). Modern hukukta eda (HUMK m 101/III) ve düzenleme (HUMK m 101/IV) amaçlı olarak ta kabul edilmektedir. Konusu herhalde şöyle olmalıdır: "...esas hakkındaki davanın alacaklıya sağlayacağı sonucu sağlayamasın ve ayrıca da, esas hakkındaki davanın sürünce-mesiz takibine de sebebiyet versin. Zira bu yolda elde edilecek bir tedbir, bazı hallerde esas hakkındaki davada bunu elde etmiş olan tarafın fazla aktif davranmasını gerektirmeyebilir de. Bu nedenle ihtiyati tedbirlerin kabule sayan konusu bu sakıncaları bertaraf edecek ölçüler içinde saptanması gerekir" (*Üstündağ*, B. 5, s. 569, aynen).

İhtiyati tedbir kararı yargı yolu ile bağılı olarak verilebilir. Taşınır ve taşınmaz eşyalar için (m 101/1) çekişmeli şeyin muhafazası için gerekli tedbirler (m 101/2) alınabilir. Nafaka (m 101/3) ve boşanma davalarında (m 101/4) alınabilir. Özel yasalarda düzenlemeleri de vardır. Dava açılmadan ya da dava açıldıktan sonra istenebilir. Görevli mahkeme hakkında özel hüküm yoktur. Yetkili mahkeme, tedbirin en az masrafla en çabuk ifası yapılabilen yer mahkemesidir (m 104/I). Dava açıldıktan sonra tedbir kararını dava açılan yer mahkemesi verebilir (m 104/II. c. 1). Ancak yargıç tedbirin bir başka yerde daha az ve çabuk ifası mümkün ise o yerde yapılmasına karar verebilir. Vekil (naip), yargıç kararında özgürdür (m 104/II. c.2).

Taşınır eşyaların mülkiyeti çekişmeli olması durumunda yediemine teslim edilir (HUMK 101). Yediemin mahkeme hükmü olmadan taşınır eşyası taraflara veremez (BK 471). Devredemez. Davada, veya davalı yediemin olmaz. Mahkeme (ihtiyati tedbir kararını icra eden memur) ile yediemin arasındaki ilişki *vedia sözleşmesidir* (BK 463, 471). (*Kuru, Usul, El, s. 716*).

Taşınmazların başkasına devrinin yasaklanması (feragdan menine mahkeme karar verebilir (HUMK 101/1). *Muvakat tescile* de karar verilebilir MK m 1011 (eMK m 921). Her iki durum da güvencedir. Mahkemenin bu kararının tapu sicilen şerh edilmesi ile taşınmazın bir başkasına devri mümkün olmaz. Bu tedbire rağmen devir yapılır ise devralan iyi niyet iddiasında bulunamaz MK m 1010/son (eMK m 920/son). Devralan davayı kaybeder (*Kuru, Usul, El, s. 719*).

Yediemine teslim olunan taşınmaz, gelir getiriyor ise, yediemin onu idare ve işletmek zorundadır. Muhafaza etmek yetmez. Ancak kararda bu açıklanmalıdır (*Kuru, Usul, El, s. 719*).

2. Sorumluluğa Yaklaşım

Haksız ihtiyati tedbirden doğan sorumluluk bir kusursuz sorumluluktur. Burada "kötü niyet" aranmaz. Yani tedbir isteyen karşı tarafa zarar verme düşüncesinin bulunduğu aranmaz (*Kuru, Usul, El, s. 741*).

Yediemininin sorumlulukları da tazminat davasına konu olabilir. Yediemin taşınır malı *mahkeme kararı* olmadan tarafların birine verirse BK m 471'e aykırı eyleminden davayı kazanan tarafa sorumlu olur. Aleyhine eşya bedeli için tazminat davası açılır (*Kuru, Usul, C. III, s. 3053*). Davayı kazanan

HUMK m 186'ye göre yedieminin taşınır eşyayı teslim ettiği tarafa karşı da tazminat davası açabilir (Aynı eser, s. 3053). Yediemin taşınır eşyanın iyi muhafaza edilmemesinden dolayı mülkiyet davasını kazanana karşı sorumludur. Haksız ihtiyati tedbir koyanın muhafazadan doğan sorumluluğu bulunmamaktadır. Çünkü zarar yedieminin eyleminden doğmuştur (*Kuru, Usul, C. III, s. 3053*).

3. Haksız İhtiyati Tedbirden Doğan Tazminat

A. Maddi Tazminat

İhtiyati tedbir kararını aldırın taraf, bu tedbir nedeniyle aleyhine tedbir kararı alınan tarafın veya üçüncü kişinin oluşan zararını gidermek (tazmin) yükümlülüğündedir (HUMK. m. 110).

Tazminat hakkı, ilke olarak ihtiyati tedbirin kalkması, değil haksızlığın mahkeme hükmüyle kesinleşmesiyle doğar.

Genel olarak tazmin için, ihtiyati tedbir kararının *icra edilmiş olması, haksız olması, zarar bulunması, zararın ihtiyati tedbir nedeniyle oluşması (uygun illiyet bağı) gerekir.* İhtiyati tedbir kararının öncelikle *icra edilmesi* gerekir. İcra edilmeden bir kararın zarar vermesi olanaksızdır (*Kuru, Usul, El, B. 5, s. 739*). Karşı tarafın iyiniyetle karar icra edilmeden kendiliğinden bunu uygulaması ve bundan zarar görmesi durumunda tazminat isteminde bulunmaz.

İhtiyati tedbirin haksız bulunması kural olarak asıl davanın sonuçlanmasından anlaşılır. Ancak zararın belirlenmesi daha farklı bir yaklaşımı gerektirir. Zarar, *ihtiyati tedbir kararının icra edildiği gün ile ihtiyati tedbirin kalktığı gün arasında oluşur* (*Kuru, Usul, El, s. 740*). Şu durumda zararın başlangıç noktası *tedbirin icrasıdır.* Zararın sonu ise değişik durumları içerir. Eğer ihtiyati tedbir hükmün verilmesiyle (m 112 c. 1) kendiliğinden kalkmış ise zararın sonu anılan kararın aleyhine tedbir kararı alınan kişiye tebliğ ya da tefhim günüdür. Mahkemece verilen kararda tedbirin hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceğine dair bir ifade varsa zararın sonu hükmün kesinleşme günüdür. Tedbir itiraz üzerine (m 107-108) kalkmış ise kaldırıldığı güne kadar hesap edilir. Keza ihtiyati tedbir kararın asıl davadan önce alınmış ancak on gün içinde dava açılmamış ise kendiliğinden kalkacağından (m 109), tedbir kalktığı güne kadar zarar istenebilir (*Kuru, Usul, El, B. 5, s. 741*).

Teminat karşılığında ihtiyati tedbir kaldırılmış olması halinde (m 111) zarar dönemi; ihtiyati tedbirin teminat karşılığında kaldırıldığı gün zarar başlangıcı olarak anılır. Zarar sonu hüküm günüdür. Ancak hükümde, teminat üzerinde devam eden ihtiyati tedbirin devam etmesine bir anlamda teminatın davalıya geri verilmemesine karar verebilir. Bu durumda zarar sonu hükmün kesinleştiği gündür. Buradaki zarar, teminat gösteren kişinin bankadan teminat alan kişinin bankaya ödediği komisyondur. Faiz yoksunluğu da istenebilir (*Kuru, Usul, El. III, s. 3110, 3111*).

B. Manevi tazminat

Önceki bölümlerde açıklanan BK m 49'daki kriterlere uygun olarak manevi tazminat istemi incelenir. (*Kuru, El, s. 742*)

C. Yargılama Usulü

Tazminat davasının tarafları, zarar gören yani aleyhine ihtiyati tedbir kararı alınan kişi ile tedbir kararı aldirtan kişidir. Doğal olarak tazminat davasının davacısı mülkiyeti çekişmeli olan eşyanın (şeyin) üzerinde ihtiyati tedbir koydurularak, aleyhine dava açılmış olan kişidir. Önceki davanın kaybedilmesi sonucu davalı olan taraf bu davanın davacısı olmaktadır (HUMK 110). Maddenin ilk cümlesinden anlaşılacağı gibi zarar gören üçüncü kişi ki bu uygulamada davacının iş ortağı olur. Davada davacı sıfatı alabilir. Tazminat davasında davalısı ise ihtiyati tedbir koyduran kişidir. Yedieminin sorumlu olması durumunda yediemin davalı, davayı kazanan kişi davacı olur.

Görevli mahkeme genel hükümlere göre (HUMK m 1) belirlenir. Yetki mahkemede genel esaslara göre (HUMK 9) belirlenir. Ancak haksız ihtiyati tedbirden doğan davalara kıyasen haksız fiile ilişkin hükümleri uygulandığından. Haksız fiillere ilişkin HUMK m 21 haksız ihtiyati tedbir davalarında da uygulanır (*Kuru, Usul, C. III, s. 3117*). Yani ihtiyati tedbirin konulduğu yerel mahkemede dava açılabilir.

Zamanaşımı, haksız fiillere ilişkin bir yıllık süreye bağlıdır (BK m 60). Zamanaşımının başlangıç esas hükmün kesinleştiği gündür. Çünkü, ihtiyati tedbir hükmün kesinleşmesinden önce kalkabilir. Tazminat hakkı da zaten ihtiyati tedbirin haksız olduğunun kesinleşmesi ile doğar. Doğaldır ki temyiz ve karar düzeltme aşamaları geçmesi ve son durumun öğrenilmesiyle başlar (*Kuru, Usul, C. III, s. 3119*). On günlük sürede açılmayan dava hallerinde zamanaşımı ihtiyati tedbirin kalktığı günden başlar (Aynı eser, s. 3120).

4. Haksız İhtiyati Hacizden Doğan Sorumluluk ve Tazminat

A. Ön bilgiler

İhtiyati haciz teknik olarak ihtiyati tedbir niteliği arzeder. Konusu alacaktır. Vadesi gelmiş ya da gelecektir. Alacaklı alacağını teminat altına almak ister. Riski azaltmak için başvurur. Yargıcın kararı ile borçlunun malvarlığına geçici olarak el konulur. Yani kesin hacze kadar geçici bir koruma işlevi bulunmaktadır. Öğretide çeşitli tanımları bulunmaktadır (Özellikle, *Kuru, Berkin, Akyazan, Ansay*, tanımını için bkz. Özkes, s. 10, 11).

İhtiyati haczin ihtiyati tedbirden esaslı farkları şunlardır: Öncelikle normatif açıdan ihtiyati haciz İcra İflas Kanunu 257-268 de; ihtiyati tedbir Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m 101-113 de düzenlenmiştir. İhtiyati haciz para alacaklardan, ihtiyati tedbir para dışında taşınır, taşınmaz eşyalarda uygulama alanı bulur. İhtiyati hacizde haciz konusu eşya üzerinde tartışma yoktur. Çünkü eşya borçluya aittir. İhtiyati tedbirde çekişme eşyadadır. Dolayısıyla ihtiyati tedbir konusu eşya ile ilgili davayı tedbir koyan kazanırsa eşya davacıda kalır. İhtiyati hacizde ise üzerine ihtiyati tedbir konan eşya satılır. Alacaklının alacağını alma olanağı sağlanır (Bkz. *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, Ders, s. 374, 375).

İcra İflas Kanunu'na göre rehinle temin edilmemiş vadesi gelmiş bir borcun alacaklısı borçlunun elinde olan ya da üçüncü kişide olan taşınır ve taşınmaz eşyalarını ve alacaklar ile diğer haklarını geçici olarak haczettirebilir (m 257/I). Vadesi gelmemiş borçlar için ihtiyati haciz istenebilmesi için, borçlunun belirli bir oturma yeri bulunmaması, mallarını gizlemeğe kaçırmağa, ya da kendisinin kaçmaya hazırlanır yahut kaçırması gerekir (m 257/1, 2). Dolayısıyla vadesi gelmemiş borç istenir hale gelir (m 257/III). İhtiyati haciz kararını (m 258) alan alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği günden başlayarak on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye zorludur. Aksi halde ihtiyati haciz, kararı kendiliğinden kalkar (m 261).

Borçlunun teminat göstermesi durumunda ihtiyaten haczedilen eşyalar eminat karşılığı borçluya bırakılabilir (m 263). İhtiyati haczin kaldırılmasından (m 266) farklıdır. Çünkü ilkinde borçlunun ihtiyati haczin kesin hacze dönüştüğü durumda eşyayı aynen veya para olarak icra dairesine bırakmak yükümlülüğü var iken, ikincide ihtiyati haciz tamamen kalkmakta onun yerine teminat ihtiyaten haczedilir (*Kuru, Arslan/Yılmaz*, İcra, Ders, s. 377).

İhtiyati haczin haksız olma nedenlerinden biri bazı sürelerin kaçırılmasıdır. Çünkü İcra İflas Hukuku bir prosedür hukukudur. Kanundaki kenar başlık "İhtiyati haczi tamamlayan merasim" (m 264) dır. Buna göre; ihtiyati haczi tamamlayan usul iki ana kategoride değerlendirilir. Bunlardan ilki dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan evvel ihtiyati haciz yaptırma durumudur. Alacaklı *haczin uygulanmasından*, haciz yoklukta yapılmış ise *kendisine tebliğinden* başlayarak yedi gün içinde *takip talebinde* bulunmaya veya dava açmaya zorunludur (m 264/I).

Aksi halde ihtiyati haciz haksız duruma gelir ve tazminata konu olur.

Öncelikle alacaklı takip yolunu tercih ederse (m 264/I), alacaklı tebliğ gününden başlayarak *yedi gün* içinde tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını ister. Ya da aynı süre içinde mahkemede dava açmaya zorunludur. Tetkik mercii, itirazın kaldırılması istediğini red ederse, alacaklı kararın tefhim veya tebliğinden başlayarak *yedi gün* içinde dava açmaya zorunludur (m 264/II). Alacaklı bu süreleri geçirir ise veya takibinden vazgeçer ise ya da takip talebi yasal sürelerin geçmesi ile düşer ise ihtiyati haciz hükümsüz kalır (m 264/IV).

İhtiyati haczin *mahkemede görüldüğü zaman konmuş* (m 264/III) yada alacaklı 264/I'e göre mahkemede dava açmış ise, alacaklı esas hakkında verilecek hükmün sulh mahkemelerinde tefhim ve asliye mahkemelerinde tebliğinden başlayarak *bir ay* içinde takip isteğinde bulunması zorunludur (m 264/IV). Alacaklı 264/I'e göre *yedi gün içinde dava açmaz*, davadan vazgeçer, dosyanın *muameleden kaldırılıp* (HUMK m 409) bir ay içinde yenilenmez, son olarak açılan *davayı kaybederse* ihtiyati haciz hükümsüz kalır (m 264/IV). *Alacaklı davayı kazanırsa* ilamı 264/IV'deki bir aylık sürede takibe koyması gerekir.

İhtiyati haczin kendiliğinden kesin hacze dönüşümü, borçlunun ödeme emrine süresinde (yedigün) itiraz etmemesi; itirazın tetkik merciinde *kesin olarak* kaldırılması son olarak mahkemede iptal edilmesi durumlarında mümkündür (m 264/V).

Uygun illiyet bağı bu konudaki son koşuldur. Zarar ile haksız ihtiyati haciz arasında uygun sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.

B. Manevi tazminat

Haksız ihtiyati hacizden doğan manevi tazminat istemi BK m 49'un koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır (*Kuru, İflas, C. 3, s. 2584*).

Manevi tazminat istemi önceki bölümlerdeki kriterlere bağlıdır.

C. Haksız ihtiyati hacizden Doğan Tazminat

a. Maddi tazminat

Haksız ihtiyati haczin teminat davasına konu olabilmesi için öncelikle *icra edilmiş* olması gerekir. Alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği günden başlayarak on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeğe zorunludur. Aksi halde ihtiyati haciz kaydı kendiliğinden kalkar (İİK. m 261/I). İhtiyati haciz kararları genel haciz yolundaki 79-99 maddelerine bağlıdır (İİK m 261/II). Burada önemli özellik ihtiyati haczin bir icrai haciz olmadığıdır. Bu nedenle takibin kesinleşmesi koşulu aranmaz. Ödeme emrine itiraz, imza inkarı ihtiyati haczin infazını önlemez (*Kuru, İcra, C. III, s. 2511-2516*).

İhtiyati haczi koydurtan alacaklının *sonuçta haksız çıkması* gerekir. Şöyle ki: Borçlunun ihtiyati hacze açtığı itiraz (m 265) davası kabul edilmiş bulunması; ihtiyati haczini tamamlamak için alacaklının açtığı itirazın iptali; alacak davasını kaybetmiş olması gerekir (*Kuru, İcra, C. III, s 2581*).

Son olarak İİK m 264/I ve III bendlerindeki sürelerin geçirilmesiyle ihtiyati haciz hükümsüz kalır ise (m 264/IV) yine haciz haksız duruma düşer (Aksi görüş, *Üstündağ, Tandoğan, tartışmalar için bkz. Özekes, s. 400-401*).

Üçüncü koşul zarar koşuludur. Zararın başlangıcı ihtiyati haczin *infaz edildiği* gündür. Zararın sonu ihtiyati haczin kaldırılması günüdür. Ancak ihtiyati haczin, sürelerin (m 264/I, III) geçirilmesi durumunda hükümsüz (m 264/IV) kalması halinde borçlu icra dairesine başvurarak ihtiyati haczin kaldırılması ister, icra dairesi bu isteği red eder ise borçlu icra tetkik merciinde şikayet yoluna başvurur. Verilen karar temyizi mümkündür. Şu durumda borçlunun *ihtiyati haczi kaldırma hakkının varlığı* zararın sonu olarak düşünülebilir.

Kârdan yoksunluk zararı tipik bir zarar türüdür. Borçlunun kredi itibarının zedelenmesi *Federal Mahkemeye* göre giderilecek bir zarar türüdür (BGE

34 II 279), çünkü o kişinin borçlarını ödeme yeterliliği konusunda şüphe doğuracaktır (Özekes, s. 408). Her türlü zarar ihtimalinde, zararın normal yaşam tecrübelerine göre beklenebilir olması ölçüt alınabilir (Özekes, s. 409).

Zararın kapsamında diğer bir durum borçlunun zararın artmasındaki karşı kusurudur (BK m 44/I). Borçlu kusuru veya ihmaliyle zarar artmışsa *artan zarardan* alacaklı sorumlu olmaz. Örneğin, borçlu takip hukuku prosedürün içinde kendisine tanınan hukuki olanaktan hiç ve gereği gibi yararlanmaması. Ancak bu olanağı kullanana kadar zarardan yine alacaklı sorumludur (Özekes, s. 412).

b. Sorumluluğa yaklaşım

Haksız ihtiyati hacizden *doğan* sorumluluk *kusursuz sorumluluktur*. Kusur aranmaz. *Von Thur'a* göre; "Haksız bir ihtiyati haciz tatbik ettiren kimse, hatta kendisine, yüklenebilecek hiçbir kusur bulunmamış olsa dahi, bundan doğan zararı tazmin ile sorumludur. Bu sorumluluk da bir tehlike doğuran kimsenin sorumluluk esasına dayanır. İhtiyati haciz borçlunun hukuki sahasına yapılan şiddetli bir el atmadır. Böyle bir tedbire başvuran alacaklının kendi hatasından doğan tehlikeleri ve zarara katlanması hakkaniyete uygundur" (*Von Tuhr, Çev. Edege, s. 407*).

Alman Hukukunda *Baur*, sorumluluğun fedakarlığın denkleştirilmesi şeklinde bir sorumluluk olduğunu ileri sürmüştür. *Baur'a* göre borçlunun hukuk alanına mahkeme yoluyla el atılmaktadır. Mahkeme kararıyla alacaklıya bir hukuki koruma tanınmaktadır. Borçlu yapılan bu el atmaya katlanmak zorundadır (Özekes, s. 395).

c. Yargılama usulü

Davacı borçlu ve üçüncü kişi kendisine haksız ihtiyati haciz nedeniyle zarar veren alacaklıya tazminat davası açabilir (IIK m 259/I). Üçüncü kişi borçlunun elinde bulunan kendisine ait bir eşyanın haczi üzerine, itiladan başlayarak *yedi gün* içinde istihkak iddiasında bulunur (m 96/I). Anılan süre geçirilirse bir daha o takipte istihkak iddiası dinlenilemez (m 96/III). İcra müdürü alacaklı ve borçluya *üç günlük* süre verir. Bu süre içerisinde itiraz yapılmaz ise istihkak iddiası kabul edilmiş olur (m 96/II). İtiraz edilir ise dosya icra tetkik merciine verilir. İcra tetkik mercii ya eşya hakkında takibin ertelenmesine (teminat alınacak) ya da takibin devamına karar verir (m 97/I, II).

Takibin devamına karar verildiğinde üçüncü kişi mercii kararının tefhim ve tebliğinden başlayarak yedi gün içinde *tetkik merciinde istihkak davası* açmaya zorunludur. Aksi halde, iddiadan vazgeçmiş sayılır (m 97/VI). Eğer üçüncü kişiye eşyanın haczi haberi alma olanağı tanınmamış ise ve eşya bedeli verilmemiş ise üçüncü kişiye yine hacze ıttıladan başlayarak *yedi gün* için istihkak davası açma hakkı verilir (m 97/IX). Yedi günlük süreyi geçiren üçüncü kişi ancak *sebepsiz zenginleşme* davası açabilir (*Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 246).

Üçüncü kişi istihkak davasını kazanır ise icra tetkik merciine lehine asgari yüzde kırktan az olmamak üzere tazminata hükmolunur (m 97/XV). Üçüncü kişi istihkak davası açarken fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmuş ise yukarıda yasada belirtilen oran dışında kalan gerçek zararının tazminini ayrı bir dava ile ister (Yarg. İBK 24.5.1974 gün 5/7 sayılı Kararı).

Üçüncü kişi gerek istihkak iddiasında bulunmamış gerek istihkak davası açmamış ise, kural olarak istihkak iddiasından vazgeçmiştir (m 97/VII, VI, IX). Üçüncü kişinin böyle durumda tazminat hakkına sahip olabilmesi için bir yönden eşyanın kendisine ait olduğunu kanıtlayacak, diğer yönden de borçlu aleyhine alınan ihtiyati haciz kararının haksızlığını kanıtlayacaktır. Aksi halde tazminata hak kazanamaz (*Kuru*, İcra, C. III, s. 2591). Hükmolunacak tazminattan, daha önceki ihmaller nedeniyle tazminattan indirimde bulunulabilir (*Özekes*, s. 412 orada adı geçen yazalar ve eserleri).

Davalı, haksız ihtiyati haciz isteğinde bulunan *alacaklıdır*.

Görevli mahkeme HUMK m 1'e göre, genel mahkemelerde görülür.

Yetkili mahkeme alacaklının ikametgahı (HUMK m 9) mahkemesinde haksız fiil kabul edilmesi nedeniyle haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinde (HUMK m 21) açılır. Bunların dışında tazminat davası ihtiyati haczi koyan mahkemede dahi görülebilir (İİK m 259/son).

Zamanaşımı haksız eylemlerde geçerli olan (BK m 60) bir yıllık süreye bağlıdır. Zamanaşımının başlangıcı, ihtiyati haciz m 264/1, II, III benddeki sürelerin geçirilmesi nedeniyle haksız duruma düşmüş ise, haczin hükümsüz kaldığı (sürenin bittiği) günden başlayarak işlemeye başlar (*Kuru*, İcra, C. III, s. 2592). Bunun dışında alacaklının haksızlığın mahkeme kararı ile kesinleştiği an ele alınmalıdır. Örneğin alacak davasının reddi aynı ile istihkak davası için de geçerlidir. Bura kararı İcra Tetkik mercii verir (*Özekes*, s. 414).

VII. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEKİ MAL VE ALACAKLARIN HACZİNDEN DOĞAN ZARARIN GİDERİMİ

1. Ön bilgiler

Üçüncü kişilerdeki mal (taşınır eşya) ve alacakların haczi İcra ve İflas Kanunu m 89 da düzenlenmiştir. Geniş kapsamlı bir düzenlemeye sahiptir. İleride ayrıntısıyla görüleceği gibi; alacaklıya yanlış beyanda bulunan üçüncü şahıs haksız fiilde bulunmuş sayılır (m 89/IX). Bu ve benzer durumlar ayrıntılı bir prosedürel incelemeyi gerektirir.

Madde sistematığının ayırıcı ögesi haciz ihbarnameleridir. Bu nedenle incelememiz bu eksen üzerine kurulmuştur.

Borçlunun üçüncü kişilerdeki eşya ve alacaklarının haczi temelde takip hukukuna ilişkin bir kurumdur. Ancak sonuçlarında ayırık durumlar gözlemlenir.

2. Prosedürel Yaklaşım

A. Birinci haciz ihbarnamesi

Hamiline ait olmayan veya cirosu mümkün bir senede dayanmayan alacaklar (senetli-senetsiz) m 89 hükümlerine bağlıdır. Hamiline ait bir senede, poliçe ve sair cirosu mümkün kıymetli evraka dayanan alacak m 88 hükümlerine bağlıdır (*Kuru, İcra, C. 1, s. 688*).

Borçlu olan *hakiki ve hükmü kişiye* bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceğini ve takip borçlusuna yapılan ödemenin geçerli olmadığını veya malı elinde bulunduran üçüncü kişiye bundan böyle taşınır eşyayı ancak icra dairesine teslim edebileceğini, aksi durumda eşyanın bedelini icra dairesine ödemek zorunda kalacağı bildirilir (m 89/I).

Üçüncü kişi itirazını; borcu olmadığı, taşınır eşyanın bulunmadığı, aciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borcun ödendiğini; taşınır eşya tüketilmiş veya kusuru olmadan yok olmuş ya da borçluya ait olmadığı, kendisine rehnedilmiş olduğu; alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gerekçesine dayandırarak, haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden başlayarak yedi gün içerisinde icra dairesine yazılı veya sözlü olarak bildirmeye zorunludur (m 89/II).

Yedi günlük sürenin başlangıç günü, haciz ihbarnamesinin üçüncü kişiye tebliğ edildiği gündür (metin ifadesinden anlaşılıyor). Ancak yedi günün hesabında haciz ihbarnamesinin üçüncü kişiye tebliğ edildiği gün sayılmaz. Çünkü İcra İflas Kanunundaki sürelerin hesabında, gün olarak belirlenen sürelerde ilk gün hesaba katılmaz (m 169/1). Yedi günlük sürede itirazın icra daireesine yapılması gerekir.

Üçüncü kişinin itirazının doğru olmadığı iddiasında olan alacaklı *İcra Tetkik Merciiine* (m 89/IV) ya da mahkemede alacak davası açmak (İİK m 120) hakkına sahiptir (*Kuru*, İcra, C. III, s. 729).

Alacaklı, üçüncü kişinin itirazının aksini *tetkik merciiinde* kanıtlayarak üçüncü kişinin 338. maddenin birinci fıkrasında göre *cezalandırılmasını* ve ayrıca *tazminata hükmolunmasını* isteyebilir. Tetkik mercii tazminat davasını *genel hükümlere* göre çözer (İİK m 89/IV).

Tazminat davasında, yetkili icra tetkik mercii, icra takibinin yapıldığı yerdeki icra tetkik merciidir (İİK m 348). Dava tazminat davası olsa dahi dava ya icra ceza yargıcı sıfatıyla bakılması gerekir. *Zamanaşımı* süresi BK m 60 daki bir yıllık süredir. Çünkü buradaki sorumluluk *haksız fiil sorumluluğudur*. Ancak ceza davası itirazdan başlayarak üç ay içinde açılabilir (İİK m 347). *Zamanaşımı* ve yargılama usullerinin farklılığı davaların niteliğinden doğmaktadır (*Kuru*, İcra, C. I, s. 732). Alacaklı üçüncü kişinin yaptığı itirazın aksini ispatla yükümlüdür (m 89/V). Tazminat davası niteliği haksız fiil oluşu nedeniyle davacı alacağını *tanıkla kanıtlıyabilir* (HUMK m 295/1). İspat edilecek vakıalarda davalı üçüncü kişinin ileri sürdüğü nedenlerin dışına çıkamaz (*Kuru*, İcra, C. I, s. 737).

Tazminat miktarı, üçüncü kişide (örneğin banka) tespit edilen alacak kaddır. Faiz de buna eklenebilir (*Kuru*, İcra, C. I, s. 737).

B. İkinci haciz ihbarnamesi

Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden başlayarak yedi gün içinde itiraz etmez ise taşınır eşya veya borç üzerinde olduğu varsayılsa bu durum *ikinci bir ihbarname* ile üçüncü kişiye bildirilir (m 89/III. C. I). Bu ihbarnamede ayrıca, üçüncü kişinin ihbarnamesinin kendisine tebliğinden başlayarak *yedi gün içinde icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde* takip alacaklısı aleyhine bir *menfi tespit davası* açılabileceği, açmadı-

ğı takdirde üzerinde sayılan borcu icra dairesine ödemesi veya üzerinde sayılan taşınır eşyayı icra dairesine teslim etmesi istenir (m 89/III, C. 2).

Menfi tespit davası, üçüncü kişi tarafından süresi içinde açılırsa, üçüncü kişi aynı süre içerisinde (yedi gün) dava açtığını belirleyen evrakları icra dairesine sunmaya zorunludur (m 89/III, C. 3). Bu durumda üçüncü kişi dava neticesine kadar borcu ödemeye ya da üzerinde bulunan eşyayı teslim zorlanamaz (m 89/III, C. 4). İspat yükümlülüğü üçüncü kişidedir. Üçüncü kişi takip borçlusuna borçlu bulunmadığını ve eşyanın ona ait olmadığını ispatlayacaktır (m 89/III, C. 5). Burada üçüncü kişiye külfet yüklenmektedir. İlk haciz ihbarnamesine itiraz etmemeye durumu ağırlaştıran kendisidir. Halbuki ilk haciz ihbarnamesinde itirazın aksini ispat yükümlülüğü alacaklıya ait idi.

Üçüncü kişinin birinci haciz ihbarnamesine yaptığı itirazına karşı takip alacaklısının *seçimlik* ikinci başvuru yolu *alacak davasıdır* (İİK m 20/II). Buna göre, bankadaki (üçüncü kişideki) takip borçluna ait alacağı dava etmek hakkı icra dairesinin vereceği *yetki belgesi ile* alacaklıya geçer. Alacaklı genel mahkemelerde üçüncü kişiye karşı alacak davası açar (*Kuru*, İcra, C. III, s. 740).

Zamanaşımı İİK m 120/II'ye göre açılan davalarda on yıldır (BK m 125). Zamanaşımı süresinin uzunluğu icra tetkik merciinde davası zamanaşımı defii ile karşılaşan ve davası red edilen alacaklı için yeni bir dava yoludur. Kesin hüküm oluşmaz. Çünkü önceki dava zamanaşımı nedeniyle reddedilmiştir (bir yıllık süre). Kesin hüküm alacağın varlığı veya yokluğu hakkında değildir (*Kuru*, İcra, C. III, s. 741).

Gecikmiş itiraz İİK m 65'e göre yapılır. Üçüncü kişi, kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle yedi günlük sürede haciz ihbarnamesine itiraz etmediği takdirde m 65 uygulanır. Üçüncü kişi engelin kalktığı günden başlayarak üç gün içinde nedenlerini bildirerek (m 65/III) icra tetkik merciine başvurur (m 65/III). Engelin geçerli olduğunun kabulü üzerine icra takibi durur. Aynı oturma alacaklı itirazın kaldırılmasını sözlü olarak ister. Yargıç gerekli kararı verir (m 65/IV).

Gecikmiş itirazın tetkik merciince kabulü, alacaklının kabulü alacaklının ikinci haciz ihbarnamesinin gönderimini engeller (*Kuru*, İcra, C. III, s. 744).

Üçüncü kişi açtığı menfi tespit davasını *kaybeder ise*, mahkemece dava konusu şeyin (eşya ya da borç miktarı) yüzde kırkıdan (bu oran yasa ile değişikliğe uğranabilir) aşağı olmamak üzere bir tazminat ödemeye hükmedilir (m 89/III, c. Son). Maddenin düzenlenişindeki "...tazminat ile de mahkum edilir" sözcüğü yargıcın kendiliğinden bu tazminata karar vermesinin gerekçesini oluşturur.

Üçüncü kişi açtığı menfi tespit davasını kazanırsa üzerinde sayılan borcu ya da eşyayı icra dairesine vermekten kurtulur. Ancak bu halde *üçüncü kişi lehine tazminata* hükmedilemez. Çünkü birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemeyele durumunu ağırlaştırır ve dava açılmasına neden olan üçüncü kişidir. Keza menfi tespit davasını ilk celse kabul eden (HUMK m 92) alacaklı *yargılama giderlerinden* sorumlu tutulamaz (*Kuru, İcra, C. III, s. 719*).

Bankaya gönderilen ikinci haiz ihbarnamesi yasaya aykırı ise, üçüncü kişi ikinci haciz ihbarnamesinin iptali için icra tetkik merciine *şikayet yoluna* (İİK m 16) başvurabilir. Böyle durumda üçüncü kişinin menfi tespit davası açmasına gerek yoktur. Ancak tereddütlü durumlarda; *Kuru, Menfi tespit davasının da açılmasının güvenli olacağını ileri sürer (Kuru, İcra, C. III, s. 713)*.

Menfi tespit davasında davalı konumunda takip alacaklısıdır (m 89/III). Ancak takip borçlusunun davalı gösterilmesine engel bulunmamaktadır. Menfi tespit davasını kaybeden üçüncü kişi takip borçlusuna karşı sebepsiz zenginleşme davası (BK m 61) açabilir. Takip borçlusu kesin hüküm itirazında (HUMK m 49) bulunamaz. Çünkü takip borçlusu davada taraf değildir (*Kuru, İcra, C. III, s. 714*).

VIII. DEVLET VE MEMURUN SORUMLULUĞU

1. Devlet ve Memurun Kamu Hukukuna Göre Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Hukuki sorumluluk özel hukuk kapsamındadır. Özel kişiler arasındaki ilişkiyi düzenler. Devletin ve memurların sorumluluğu kamu hukuku tarafından düzenlenmiştir. Ancak devlet memurları egemenlik erkini kullanmayla ilgili olmadan *özel kişiler gibi davranmış ise* özel hukuk hükümlerine bağlı olur (*Deschenaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 3*).

B. Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu sebep/kusursuz/objektif sorumluluktur. Normatif dayanağı MK m 1007 (eMK m 917) dir. Eski düzenlemeden farklı olarak 1007 maddeye üçüncü fıkraya eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

Maddenin düzenlenişindeki "bütün zararlardan Devlet sorumludur" sözcükleri Devletin genişletici bir sorumluluğunu belirtir. Öte yandan yasa koyucu bir kurtuluş kanıtı da getirmemiştir. Kanatimizce, "Umulmayan hal ve üçüncü kişinin ağır kusuru Devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Tehlike sorumluluğuna kıyasen kurallar uygulanır.

Zarar gören Devlete karşı davasını ancak, üçüncü şahıstan (kayden malik vs) alamıyacağını kesinleşmesi durumunda açar. Zamanaşımının başlangıcı ve zararın miktarının da belirleneceği tarih o tarihtir.

2. Devlet ve Memurun Özel Hukuka Göre Sorumlulukları

Yargı yolu bölümlerde ayrıntısıyla incelenecek olan bu konuda; özellikle Devletin ajanları aracılığıyla belirtilmektedir işe yabancı kasıtlı fiillerden doğan sorumluluğu söz konusudur.

Devlet mekuru ajanları kişisel kusurunun normatif dayanağı BK m 41'dir. işe yabancı "haksız fiil" niteliğindeki davranışları Devletçe karşılanmaz.

Devletin zararlı sonuç oluşmasında bir katkısı varsa, burada ortak kusurdan söz edilir. Kişi Devlete idareye karşı İdari Yargıda "tam yargı" davası açar. Daha sonra memurun kusuru oranında kesindisine adli yargı da rücu edilir.

Memurun -ajoin Devlete karşı doğrudan haksız fiil niteliğinde bir davranışı söz konusu ise; onun bu kişisel kusuru sonucu oluşan zarar, kendisine Adli Yargıda tazmin ettirilir.

Daha önce söz edildiği gibi Devletin memur ya da ajoinan BK m 55'e göre sorumluluğu yoktur. Ancak, Devletin egemenlik icra etmediği durumlarda BK m 55'e göre sorumluluğu bulunmaktadır (ATF 77 II 308, *Scboyz/Gilleron, C. II*).

KAYNAKÇA

Becker,DrH: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, (Çev. Bülent Olcay/Kemal Reisoğlu/Osman Tolun/Saim Özkök), Ankara 1967.

Deschenauks,H./Tercier,P.: Sorumluluk Hukuku, (Çev. Salim Özdemir), Ankara 1983.

Eren,Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I B 6 İstanbul 1998.

Erten, M Ali: Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaat Sahiplerinin Sorumluluğu,Ankara 2000

Funk, Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi (Çev.Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek) İstanbul 1938

Hatemi, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk,C 2,İstanbul 1993

Keenan, Denis: English Law,Tenth Edition Great Britain 1993

Kılıçoğlu, Mustafa: İşveren Kavramı Açısından Uygulama Sorunları (Tebliğ) Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına,Galatasaray Üni. Yayınları,İstanbul 1997

Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2002

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı,1995

Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku,C.1, İstanbul 1988

Kuru/Aslan/Yılmaz: İcra ve İflas Hukuku B.10 Ankara 1997

Oğuzman, Kemal/Öz Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B 3 İstanbul 2000

Oğuzman, M.Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku İstanbul 1997

Öztan, Bilge: Türk Medeni Kanunu,Ankara 2002

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B12 İstanbul 1998

Rey, Heinz: Ausservertrahliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 1998

Scyboz, Georges/Gillieron, Robert: Code civil suisse et Code des obligations annotes Sixieme edition mise a jour Intraduction de Jean Gauthier Lausanne 1999

Şenocak, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu. Ankara 1995

Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku Ankara 1981

Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B7 İstanbul 1993

Tuhr, A.Von: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege) Ankara 1983

FİKRİ HAK İHLALLERİNİN TAZMİNİNDE FSEK 68. MADDENİN FARKLI KONUMU VE NİTELİĞİ

Av. Ünsal PİROĞLU (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1) Genel Olarak Maddi Tazminatla İlgili Fsek Maddeleri (1-3), 1.2) Madde 68- (Değişik : 7.6.1995 - 4110/21), 1.3) Madde 68 - (Değişik: 21.2.2001 - 4630/25), 1.4) Madde 70 - (Değişik : 7.6.1995 - 4110/22), 2) Fikri Hak Objesi Olarak Eser, Eserden Doğan Haklar Ve Bu Hakların Özgün Nitelikleri, 2.1 - Eser Kavramı (3-5), 2.1.1 - "Objektif Koşul", 2.1.2.. - "Subjektif Koşul, 2.2 - Eserden Doğan Hakların Çeşitleri (Fikri Mülkiyet Türleri) (5-6), 2.3 - Fikri Hakların Farklı Nitelikleri (6-7), 3) Genel Olarak Fikri Hak İhlallerinin Tazmini (Fsek'e Göre Fikri Hak İhlallerinin Tazmin Seçenekleri) (7), 4) Fsek 68. Maddenin Özgünlüğü Ve Farklı Nitelikleri (7-9), 5) 68. Maddenin Uygulanma Kuramı (9-15), 5.1 - Uygulama Koşulları, 5.2 - 68. Maddede Eser Sahibine Tanınan İnsiyatif Ve Ayrıcalıklar (12-13), 5.3 - Mutad Bedelin Tespiti (13-14), 5.4 - Zamanaşımı Açısından (14), 6) Maddedeki Değişiklikler Ve Eleştirisi (14-16), 7) Fsek 68 Maddenin Uygulanma Sonuçları (16-17), 8) Genel Sonuç.

1.1- 05/12/1951 tarihli FSEK 68. maddesi :

Eser , hak sahibinin müsaadesi olmadan tercüme edilmiş veya diğer bir suretle işlenmiş yahut radyo ile yayımlanmış veya temsil edilmişse muvafakati alınmamış eser sahibi rızasının alınması halinde talep edebileceği mutad bedelin en çok % 50 fazlasını isteyebilir.

Bir eserin müsaadesiz çoğaltılan nüshaları henüz satışa çıkarılmamışsa sahibi :

Çoğaltılmış nüshaların ve çoğaltılmaya yarayan kalıpların imhasını veya , Maliyet fiyatını aşmamak şartıyla çoğaltılmış nüshaların ve çoğaltmaya

(*) H.Ü.G. Sanatlar F. Öğ. Gör.

yarayan kalıpların münasip bir bedel mukabilinde kendisine verilmesini, yahut,

Sözleşme yapılması halinde talep edebileceği mutad bedelin en çok % 50 fazlasını isteyebilir.

Müsadesez çoğaltılan bir eserin nüshaları satışa çıkarılmış veya satış keyfiyeti haksız bir tecavüz teşkil ediyorsa , sahibi tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkrada yazılı şıklardan birini seçebilir.

Çoğaltılmış nüshalar tecavüz edenin elinden çıkmış ise bir sözleşmenin mevcudiyeti halinde talep edebileceği mutad bedelin en çok % 50 fazlasını isteyebilir.

Eser sahibinin talebi , sözleşmeden doğmuş sayılır ve kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamaz.

Bedel talebinde bulunan kimse tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve salahiyetleri dermeyeran edebilir.

1.2) MADDE 68 – (Değişik : 7.6.1995-4110/21)

Eser , hak sahibinin izni olmadan çevrilmiş , sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış , diğer bir biçimde işlenmiş ya da radyo ve televizyon ile yayınlanmış , temsil edilmişse ; izni alınmamış eser sahibi , rayiç bedel itibarıyla , uğradığı zararın en çok 3 katını isteyebilir.

Bir eserden izinsiz çoğaltma yolu ile yarar sağlanıyorsa ve çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmışsa , eser sahibi ; çoğaltılmış kopyaların , çoğaltmaya yarayan film , kalıp ve benzeri araçların imhasını veya maliyet fiyatını aşmamak üzere çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan film , kalıp ve benzeri gereçlerin uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini yada sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın 3 kat fazlasını talep edebilir. Bu husus , izinsiz çoğaltma yoluna giden kişinin yasal sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Bir eserin izinsiz çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmışsa veya satış haksız bir tecavüz oluşturuyorsa, eser sahibi tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkrada yazılı şıklardan birini seçebilir.

Bedel talebinde bulunan kişi , tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.

1.3) MADDE 68- (Değişik:21.2.2001-4630/25)

Eser , eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, diğer biçimde işlenmiş veya radyo-televizyon gibi araçlarla yayınlanmış veya temsil edilmişse , izni alınmamış eser sahibi, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın en çok 3 kat fazlasını isteyebilir. Bu bedelin tespitinde öncelikle ilgili meslek birliklerinin görüşü esas alınır.

Bir eserden izinsiz çoğaltma yolu ile yarar sağlanıyorsa ve çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmamışsa, eser sahibi ; çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya maliyet fiyatını aşmamak üzere çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri gereçlerin uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini yada sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın 3 kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltma yoluna giden kişinin yasal sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Bir eserin izinsiz çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmışsa veya satış haksız bir tecavüz oluşturuyorsa, eser sahibi tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında 2. fıkrada yazılı şıklardan birini seçebilir.

Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.

1.4) MADDE 70- (Değişik:7.6.1995-4110/22)

Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.

Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.

1. ve 2. fıkralardaki hallerde , tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edelin karın kendisine verilmesini de isteyebilir.

Bu halde 68. madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.

**2) FİKRİ HAK OBJESİ OLARAK ESER ,
ESERDEN DOĞAN HAKLAR VE BU
HAKLARIN ÖZGÜN NİTELİKLERİ :**

2.1- ESER KAVRAMI :

Eser , fikri hukukun ana tem'ası ve kavramıdır. Fikri hukuk korumasından sadece eser niteliğinde olan fikri emek ürünleri yararlanabilmektedir.

Eser kavramı için genel kabul görececek bir tarife ulaşmak güçtür.¹

5846 sayılı yasanın 1. maddesine göre "eser", "... sahibinin hususiyetini taşıyan ve aşağıdaki hükümler uyarınca ilim ve edebiyat , musiki , güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulüdür." şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu yasada eser olarak gösterilmeyen ürünler bu korumadan yararlanamayacaktır. Yani burada "Numerus Clausus" kuralı geçerli kılınmıştır. Kanunun 2, 3, 4, 5 ve 6. maddelerinde eser türleri "tür" açısından tad'at edilerek gösterilmiş bulunmaktadır.

Oysa ki doktrindeki hakim görüş ve Yargıtay içtihatlarına göre fikri haklar kapsamındaki bir uyumsuzlukta FSEK hükümlerinin uygulanabilmesi için dava konusu fikri ürünün eser niteliği taşıyıp taşımadığının mahkemece res'en araştırılması gerekmektedir.²

Ne var ki hangi ürünün eser olduğu hususunda genelde mahkemeler zorlanmaktadır.

Zira eserin değerlendirilmesi subjektif olup aslında bir duygu sorunudur.

Oysa ki hukukçu için kendi alanında uygulayabileceği objektif kıstaslar gerekir. Bu husus her ülkenin yargısal uygulamasında sorun yaratmıştır.

Ülkemizde herhangi bir fikri ürünün "eser" olarak kabulü doktrinde de ve Yargıtay içtihatlarında iki koşula bağlanmıştır. Bunun için objektif ve subjektif olmak üzere iki koşulun varlığı üzerinde durulmuştur :

-
- (1) PİROĞLU Ü. – makale- Sanat ve Sanayinin Gelişmesinde Ortak Payda Telif Hakları Sanat Çevresi Dergisi İstanbul 1998 Mayıs
(2) Bkz. 4 HD 01/07/1977 T – E 1976/5913 – K 1977/7617 , keza EREL Ş. sh.32

2.1.1- "**Objektif koşul**" a göre FSEK 1/1'deki tarifte gösterilen alanların birinde yer alması ve **bir fiziki unsur üzerine kaydedilmiş olması** gerekmektedir.³ Bu fiziki unsur, Roma hukukundan bilişim çağına tarihsel çizgide oldukça değişik bir seyir izlemiştir.⁴ Bu koşul bazı Yargıtay kararlarında "... ekonomik açıdan değerlendirmeye elverişli olma" şeklinde ifade edilmektedir.

Anglo-Sakson Hukuku'nda yasal himaye için zorunlu olan "**kayıt**" koşulu Kara Avrupa Hukuku'nda söz konusu değildir.⁵

FSEK'te eser türleri her ne kadar bu şekilde gösterilen alanlarla sınırlandırılmış ("*numerus clausus*" kuralı geçerli kılınmış) ise de belli bir türe giren eserlerde bu ilke katılığını kaybetmiştir. Örneğin FSEK 2/1, 3, 4, 5'te ilim ve edebiyat eserleri "*herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları , her nevi haritalar , projeler*" vb. ifadelerle eser sınırları esnetilmiştir.⁶

Gerçekten özellikle çağımızda "eser" in niteliğini saptarken artık kesin sınırlar çizmek ve nesnel ölçütlere ulaşabilmek olanaksızdır. Örneğin modern sanatta geleneksel anlamdaki *en üstünü yaratma tasavvuru* artık çok değişmiştir.⁷

Fiziki unsur üzerine kaydedilmiş olma koşulu da artık günümüzde oldukça farklı ve çok sınırlı bir boyuta indirgenmiştir. Örneğin interaktif CD'ler de 200.000-500.000 sayfayı tek bir CD'ye kaydedilebilmekte, "*fiziki satıh*"ın boyutu eserin hacmi karşısında inanılmaz bir orana düşmekte, "*fiziki ortamda şekillenme*" koşulu adeta yok olmaktadır.⁸ Genelde Bern

(3) HIRCH Fikri Say 1943- İstanbul sh. 11-13 , ARSLANLI sh. 4,5, AYİTER sh. 39,41 , YERSUVAT sh. 4,5

(4) Roma Hukukunda somut eser ile fikir arasındaki bağıllık GAINUS ve PAULUS tarafından "tablonun mülkiyeti tahtanın mülkiyetinden ayrılmaz" şeklinde ifade edilmiştir.

(5) Bkz. UNESCO The ABC of Copyright Paris 981 Çeviri - ILGAZ - ÜSTÜN

(6) TEKİNALP Ü. sh.120

(7) AYİTER sh. 36 , KUMMER sh. 77

(8) Ü. PIROĞLU - 2001T.Bilişim Derneği-H.Üniversitesi- "Bilişim Toplumuna Giderken Hukukta Etkiler " sempozyumundaki tebliğimiz- **Bilgi Toplumunda ve İnternette eser sahibinin fikri hakları**, keza - CHERRY - "İletişim"- Aysel Uluata sh. 23

Anlaşması'nda olduğu gibi ulusal yasalarda da "eser" in tarifinden ve sınırlayıcı ifadelerden kaçınılmaktadır.

Nitekim üyesi olduğu ülkelerin ulusal yasalarına temel olan Bern Birliği Anlaşması 2. maddesinde de aynı ilke gözetilmiştir.

2.1.2.- "**Subjektif koşul**" ise **FSEK 1'e** göre "*sahibinin hususiyetini taşıması*" ölçütü, doktrine göre "*özgün olma*" yani *başka bir eserden aynen alınmış olmama* şeklinde nitelendirilmektedir.⁹

Hirsch'e göre "*eseri eser yapan , O'nun yaratıcısının kişiliğinden aldığı hususiyettir.*"¹⁰ Bu "*hususiyet-özgünlük*" ise sanatçının yaratıcı zihnindeki duygu ve düşünceyi yansıttığı "*ifade şekli*"dir. Bu "*ifade*" örneğin resimde *çizgi-renk* , şiirde *kelimelerin* , müzikte *notaların* yaratıcısının düşüncesine göre sıralanışı O sanatçıya göre özel-özgün bir "*ifade şekli*"dir. Zaten hukuken korunan da sanatçının beynindeki "*düşünce*" değil onun "*ifade şekli*" olmaktadır.¹¹

Bize göre de fikri ürün (*eser*) , onu yaratanın düşüncesinde ve beynindeki bir oluşumdur. Adeta O'nun beyninin bir parçasıdır. O nedenle mutlaka O'nun özelliğini yansıtır. Hangi şey o kadar O'nun olabilir ki? O nedenle batıda, "*eser*" için "*kutsal mülkiyet-ebedi mülk*" tabirleri kullanılmaktadır. Yani esas "*eser*" sanatçının beynindeki oluşum olup O'nun cisimlenmiş hali olan eser, aslında beynindekinin somut "*sureti*"dir.¹²

2.2- ESERDEN DOĞAN HAKLARIN ÇEŞİTLERİ

(Fikri Mülkiyet Türleri) :

Günümüzde bilgi ve iletişim çağının oluşturduğu yeni hukuk dünyasında *mülkiyet* kavramı artık çok dar anlamda kalan aynı haklar anlamındaki fiziki mülkiyet ile sınırlanmamaktadır.

(9) HIRCH Fikri SAY sh. 12, 13 YARSUVAT sh. 52 , EREL sh. 27 , AYİTER sh. 40

(10) AYİTER sh. 37 , EREL Ş. age. 32-33 YARSUVAT D. Sh. 51 , keza Yg. 4. HD. 976/5913 E - 977/7617 K-1/07/77 tarihli karar

(11) GÖKYAYLA E. -Telif Hakkı ve bu hakkın devri sözleşmesi - Ankara- 2000 - sh.70 AYİTER sh.41

(12) PİROĞLU Ü. - H.Ü.G.Sanatlar F. Dergisi makale-*plastik sanatlarda telif hakları* - 1993 - özel sayı sh. 105

Çağımızda fikri mülkiyet, ilim, edebiyat, musiki, güzel sanatlar, sinema, bilgisayar programları, veri tabanları, markaları, faydalı modelleri, tasarımları coğrafi adlar ile işaretleri , entegre devrelerin yerleşim düzeni olan cip'leri ve dijital iletişimlerini içermekte ve bunların hepsini birden ifade etmektedir.

Aynı haklarda mülkiyet konusu mallar , taşınır ve taşınmaz mallar olarak **maddi** bir anlam içermekte iken fikri haklarda örneğin bir eserde eserin cisimlenmiş halinden soyutlanmış ayrı fikri bir mülkiyet de söz konusu olmaktadır.

Burada eserin , yani ürünün hukuku , üzerinde somutlaştığı (*yani cisimlendiği*) maddenin hukuku olan eşya hukukundan farklı olmaktadır.¹³

Zira gayri maddi bir nitelik taşıyan fikri mülkiyet , eserin cisimlendiği maddi varlıkta ayrı bir hukuki ve iktisadi değere sahip bulunmaktadır.

Eser üzerindeki bu haklar, eseri yaratma çabasının sona erdiği şekillendirmenin bittiği anda doğmaktadır.

Eserin somut olarak cisimlendiği anda eser sahibi herkese karşı ileri sürebileceği bir çok mutlak hakkın sahibi olur. Mutlak hak olmasının bir başka özelliği de tükenmesidir.

Bu haklar mali ve manevi haklar olmak üzere 2 çeşittir.

Manevi haklar , umuma arz yetkisi (**FSEK 14**), isimden doğan haklar (**FSEK 15**), eserin değiştirilmesini men etme hakkı (**FSEK 16**), eser sahibinin zilliyet ve malikine karşı hakları (**FSEK 17**) ;

Mali haklar ise işleme hakkı (**FSEK 21**) , çoğaltma hakkı (**FSEK 22**) , yayma hakkı (**FSEK 23**), temsil hakkı (**FSEK 24**) ile ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (**FSEK 25**) şeklindedir.

Fakat Bern Anlaşmasında böyle bir ayırım yapılmadan haklar bütün olarak ele alınmaktadır.¹⁴

2.3- FİKRİ HAKLARIN FARKLI NİTELİKLERİ :

Bu haklar ulusal ve uluslar arası hukuk sistemi içinde özgün ve farklı bir kategori oluşturur.

(13) Bkz. TEKİNALP Ü. – Fikri Mülkiyet Hukuku- sh.7

(14) Bern Anlaşması 6. madde

Fikri haklar devredilebilen mali haklar kısmı hariç özellikle manevi haklar bağlamında “dokunulamayan , vazgeçilmeyen ve devredilmeyen” temel haklardandır. Fikri haklar bu anlamda “Temel İnsan Hakları” kapsamında olup evrensel hukukun da en önemli boyutunu oluşturur.^{15 16 17}

Bir ülkede fikri hakların gelişmişliği o devlet açısından hukuk devletinin ve uygarlık düzeyinin de en önemli ölçütüdür.¹⁸ Zira fikri hukuk kültür yaratan emeğin ve yaratıcı zekaların ürünlerinin hukukudur.

Bu ürünlerin koruma düzeyi sadece kültür ve sanat alanındaki gelişmeyi değil o toplumun bilim, sanayi ve ekonomi alanında da gelişmesini sağlamaktadır.¹⁹

Bu haklar münhasıran eser sahibi tarafından kullanılabilirdiği için inhisari nitelikte olan haklardır. Keza bu haklar herkese karşı ileri sürülebildiği için mutlak haklar kapsamında bulunmaktadır. Bu haklarda korumanın konusunu “fikir” veya “konu” değil onu ifade ediş şekli oluşturur.

Genelde manevi haklar mirasla intikal etmez iken eserden doğan manevi haklar **FSEK 19**'da sınırlandırılmış olan belli yakınlarla intikal edebilmektedir.²⁰

3- GENEL OLARAK FİKRİ HAK

İHLALLERİNİN TAZMİNİ

(FSEK'e Göre Fikri Hak İhlallerinin Tazmin Seçenekleri) :

Eser , aynı (fiziki) mallardan farklı bir nitelik içerdiği cihetle bundan doğan haklar da doğal olarak farklı özellikler taşımaktadır. O nedenle eser-

-
- (15) PİROĞLU Ünsal “ 1994 Türk Dünyası Uluslar arası Yazarlar Kurultayı” , (1) “Ulusal ve Uluslar arası Mevzuat Açısından Telif Hakları” adlı tebliğimiz
- (16) PİROĞLU Ünsal “Evrensel Hukukun Yeni Boyutu Telif Hakları” 13/05/1994 Alman Kültür Derneği Konferans metni
- (17) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md.23
- (18) PİROĞLU Ünsal “Telif Hakları ve Türkiye” Edebiyatçılar Derneği yayını Ankara 1996 sh.83
- (19) PİROĞLU Ünsal “Sanatta ve Sanayiide Ortak Payda Telif Hakları” Sanat Çevresi Dergisi İstanbul 1998 Mayıs
- (20) FSEK 19 : Eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16. maddelerin 3. fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl kendi namlarına kullanabilir.

den doğan haklarla ilgili hukuki mevzuat genel hukuk sistemi içinde çok farklı ve özgün bir kategoriye oluşturur.

Eserden doğan haklar, eseri yaratanla daha sıkı bağlar içermektedir. Aynı haklarda ise malik ile mülkiyet konusu arasında daha farklı ve sınırlı bir ilişki vardır.

O nedenle eser sahibine eserden doğan hakların ihlalinde daha farklı inisiyatifler tanınmıştır. Bu konuda özel yasa konumunda olan 5846 sayılı FSEK'te fikri hak ihlalleri sonunda açılacak tazminat davaları **FSEK 68 ve 70**. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır.

- **FSEK 68**'de eser sahibinin ihlal nedeniyle bir sözleşme yapmış olsa idi talep edebileceği "*mutad bedel*" istenebilirken **70/2**'de Borçlar Kanunu çerçevesinde haksız fiil hükümleri uygulanmakta ve mütecevizden "*mahrum kalınan zarar*" talep edilmektedir.

Özetle belirtmek gerekirse burada davacı "*mahrum kaldığı zararı*" talep etmekte ve bu **zararı ispat** etmek zorunda kalmaktadır.²¹ Tazminat için ayrıca davalı tarafın fiilinin **kusurlu** olması bir ZARAR meydana gelmiş olması ve zarar ile kusurlu fiil arasında **illiyet rabitası** olması ve fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir.

Bu tür tazminatta önemli bir unsur da taraflar arasında bir **akıt** olmasıdır.²²

Tüm bu unsurların gerçekleşmesi neticesinde **BK 41-44** maddeleri çerçevesinde ispat edilen zarar çerçevesinde tazminata hükmedilmektedir.

- **FSEK 70/3**'te ise davalı tarafın bu nedenle "*elde ettiği kazanç*" talep edilebilmektedir.

Bu madde de, **68.** maddede olduğu gibi eser sahibini himaye amaçlı olup hukuk sistemimiz içindeki başka düzenlemelerin özel bir uygulaması niteliğindedir. Bu maddeye göre istem , aslında bir tazminat olmayıp gerçek olmayan "*vekaletsiz işgörme*"den kaynaklanan bir taleptir.

Bu yöntem bir tazminat olmadığı gibi uğranılan zararın tespiti de değildir. Zira burada mütecevizin kazancı talep edilerek tecavüze uğrayan

(21) Bkz. BK 42/1

(22) Bkz. L.Dalamanlı BK Şerhi sh.371

taraf zararı ispat külfetinden kurtarılmış olmaktadır. Bu maddenin temel dayanağı **BK 414.** maddesi olmaktadır.

İşbu makalemizde ise klasik tazminat hukukumuz içerisinde farklı ve özgün bir nitelik taşıyan **68. madde** çerçevesinde talep edilecek tazminat konusunda yoğunlaşılacaktır.

4- FSEK 68. MADDENİN ÖZGÜNLÜĞÜ VE FARKLI NİTELİKLERİ :

Gerçekten **68. madde** hukuk sistemimizdeki tazminat içeren maddelerden çok farklı ve özgün bir niteliktedir.

Bu maddedeki tazminatın dayanağı da her ne kadar diğer bazı tazminat konusu maddelerde olduğu gibi bir "*haksız fiil*" ise de fikri hak ihlallerindeki haksız fiilin müeyyidesi BK'nundaki haksız fiillere ilişkin tazminat düzenlemelerinden oldukça farklıdır. Şöyle ki :

4.1- Bu madde metninde açıkça ifade edildiği üzere eser sahibinin eserinin izinsiz olarak veya sözleşmeye aykırı şekilde kullanılması halinde eser sahibi bu anlamda bir sözleşme yapsa idi talep edebileceği "*mutad bedel*" ölçüt alınmakta ve eser sahibi tarafından bu mutad bedelin 3 katı istenebilmektedir.

Bu maddede görüldüğü üzere fikri hakları ihlal edilen eser sahibi ile hakları ihlal eden kişi arasında **bir sözleşme yapılmış olsa idi** bu sözleşmede eser sahibinin talep edebileceği tazminat esas alınmaktadır.²³

Hak sahibinin talebinin **sözleşme** ile doğduğu kabul edilmektedir.

4.2- 68. Maddede hukuk sistemindeki haksız fiil

uygulanmasının farklı bir şekli söz konusudur :

Kuşkusuz burada BK'daki haksız fiillerden doğan tazminatlarla ilgili **41-44** maddelerdeki düzenlemeden çok önemli farklar söz konusudur. Zira BK'da haksız fiillere göre tazminat doğabilmesi için ön şart ortada bir "*haksız fiil*" olması gerekir.

Taraflar arasında bir akıt olduğu zaman ise "*haksız fiil*" değil "*akdin ihlali*" olgusu söz konusu olmaktadır. **68. maddede** ise bir dava konusu fiil

haksız fiil olmasına rağmen taraflar arasında bir akit (*farazi bir akit*) varmış gibi akitle ilgili hükümler uygulanmaktadır.

68. madde bu nedenle hukuk sistemimiz içinde istisnai ve özgün bir düzenleme niteliğindedir. Bu farklı düzenleme, eser sahiplerinin özel nitelikleri ve konuları nedeniyle olmuştur.

Yani taraflar arasında "*farazi bir akit*" kurulduğu ve bu aktin mahkeme nezdinde taraf teşkil edilerek oluştuğu farzedilmektedir. **FSEK 68/son** fıkrada da "*bedel talep eden kişinin tecavüz edene karşı akit taraf*" olduğu açık biçimde vurgulanmaktadır.

O nedenle bu maddeye göre tazminat talebinde akitlerle ilgili bir çok hüküm dolaylı olarak uygulanacaktır.

4.3- Davacı tarafın 68. maddeye göre tazminat talep edebilmesi için BK hükümlerinden farklı olarak davalı tarafın "kusurlu olma" şartı da aranmamaktadır.

- Keza bu maddeye göre tazminat talebinde davacı taraf uğradığı zararı da ispat zorunda da değildir.

- Görüldüğü üzere burada BK'nundaki haksız fiillerdeki tazminatla ilgili durumun aksine davacı taraf davalı tarafın kusurunu ve kendi uğradığı zararı ispat etme zorunda değildir. (4 HD'nin 1957 yılındaki içtihadı bu hususu açık biçimde yansıtmakta ve "**68. maddenin** eser sahiplerine zarar miktarını ispat külfeti yüklemeyen zararlarının tazmin edilmesini amaçladığını..." vurgulamaktadır.)²⁴

Yani taraflar arasında hiçbir "*akit*" olmasa bile **68/II'**ye göre eser sahibi, sanki akit yapılmış gibi "...izinsiz çoğaltıla eser nüshalarının imhasını veya maliyet fiyatını aşmamak üzere bir bedel karşılığında kendisine verilmesini yada sözleşme olması durumunda isteyebileceği bedelin 3 kat fazlasını..." talep edebilmektedir.

Keza davalı tarafın sorumluluğu için **kastı** da gerekmemektedir.

(24) Yg. 4 HD 957/7180 E – 1958/5077 K – 18/07/1958 T , OLG AÇ age 92 , keza ÜSTÜN G. – FSEK'te yapılan değişiklikler İstanbul Barosu Dergisi cilt 75 , sayı 1-2-3 2001 sh.168

Eser sahibine burada bu ispat külfetinin yüklenilmemesinin nedeni eser sahibinin zayıf konumda olması ve eserden doğan hakların ihlalinin kolay olmasıdır.

Özellikle günümüzde iletişim teknolojisinin olağanüstü boyutlara ulaşması (*eserleri izinsiz çoğaltma ve kullanmanın internet , bilgisayar ve fotokopi gibi araçlarla kolaylaşmış olması*) nedeniyle ihlal oranı artmakta ve **68. maddenin önemi daha da artmış olmaktadır.**²⁵

Evrensel hukuk platformunda bile özgün bir yeri olan bu madde , Türk Fikri Hukuku'nun yaratıcısı dahi hukukçu Ernest HIRCH'in eseridir. Bu madde ile "eser" , "aynı meta"lardan farklı olarak tüm insanlığa ait ortak bir değer halinde daha ayrıcalıklı bir şekilde himaye altına alınmıştır.²⁶

Zaten bu maddede öngörülen 3 katı (*veya daha önceki % 50 artış*) şeklindeki müeyyidenin amacı , bir yandan eser sahibini dava açması hususunda O'nu ödüllendirerek teşvik etmek , bir yandan da telif haklarını ihlal edeni ağır bir müeyyide ile O'nu tecavüzden caydırarak tüm insanlığın ortak hazinesi olan eserleri daha etkin şekilde koruyabilmektir.

Bu tür bir yasal yaklaşım toplumda bilimsel ve sanatsal alanda eser üretme düzeyini de kuşkusuz olumlu etkileyecektir.

Her ne kadar FSEK'te 1995 yılında yapılan değişiklikte "*mutad bedel*" kavramı yerine "*uğranılan zarar*" ibaresi getirilerek eser sahibine uğradığı zarar açısından bir anlamda yeniden ispat külfeti getirilmişse de yasanın 2001 yılındaki değişikliğinden önceki durum en azından bir talep seçeneği halinde (*isteyebileceği bedel veya emsal veya rayiç bedel itibariyle uğradığı zarar şeklinde*) yeniden getirilerek maddenin bu temel amacı yine de bir anlamda korunabilmiştir.²⁷

(25) PİROĞLU Ü. "Sanat Eserlerinin Çoğaltılmasının Fikri Hukuk Boyutu" –makale- Sanat Çevresi Dergisi 1996/3 sh.10

(26) PİROĞLU Ü. "İletişim Çağında Sanatın ve Telif Haklarının Yeni Konumu" makale – FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hakları Dergisi sayı 2 2000/11 sh.121

(27) PİROĞLU Ü. "FSEK'teki Son Değişiklik Tasarıları yada Bürokratlar Kodifikasyonu" makale- Sanat Çevresi Dergisi Ekim 1999 sh.30

Aksi takdirde **68. maddenin** 1995 yılı 4110 sayılı değişikliğindeki metnine göre eser sahibi “*uğradığı zarar*” tabiri nedeniyle uğradığı zararı ispat zorunda kalıyordu.

Halbuki buna gerek yoktu. Zira eser sahibi veya mali hak sahibi bu tür bir tazminat olanağını (*kar mahrumiyeti adı altında*) Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil hükümlerine göre (**FSEK 70/2 madde çerçevesinde**) zaten sağlamakta idi.

5- 68. MADDENİN UYGULANMA KURAMI :

5.1- UYGULAMA KOŞULLARI :

5.1.1- Davacı Tarafın 68. Madde Çerçevesinde talep (akit) iradesini açıklamış olması :

FSEK 68. maddede taraflar arasında bir sözleşme olduğu farzedildiğine göre öncelikle davacı tarafın dava dilekçesinde “*hukuki sebep*” olarak “**68. maddeye göre talepte bulunulduğu**” açık bir şekilde belirtmesi gerekir.

Zira taraflar arasında farazi olarak akdi bir ilişkinin varlığı kabul edildiğine göre taraf iradelerinin varlığının, artık aradaki ilişkinin temel şartı olacağı açıktır.

Davacı taraf bu farazi aktin bir tarafı olarak bu talebi - icabı (**68. madde iradesini**) açık bir şekilde ileri sürmediği takdirde mahkemece veya bilirkişi tarafından bu iradenin res'en tamamlanması mümkün değildir. Yani fikri hakları ihlal edilen bir eser sahibinin “*ihlal edilen telif haklarının tazmini...*” şeklindeki genel ve soyut bir talebinde mahkemenin kendiliğinden **68. maddeyi** uygulayabilmesi mümkün değildir.

O nedenle sayın mahkemenin **HMUK 75/2** çerçevesinde davacının taleplerini FSEK hükümleri çerçevesinde somutlaştırmasını istemesi gerekir.²⁸ Ayrıca genel anlamda “**68. maddeye göre talep**”te yeterli olmayıp “**3 kat**” müeyyidesinin de açık biçimde belirtilmesi gerekir.

Gerçekten aktin oluşumu için bu irade temel bir esas olduğuna göre bu iradenin bütün unsurları ile ifade edilmiş olması da zorunludur.

(28) Bu görev zaman zaman bilirkişi olarak sayın mahkemelere sunduğumuz “ön raporlar”larla tarafımızca da yerine getirilmeye çalışılmıştır.

Yani bu iradenin bir unsuru olan “3 katı tazminat” talep iradesinin de açık bir şekilde “izhar edilmesi” gerekir.

Zira bu unsurlar farazi sözleşmenin tali değil asli unsurları niteliğindedir.

Buradaki “3 kat” “*hukuki bir müeyyide*” olup uygulanabilmesi maddenin metninde görüldüğü üzere **talep şartına** bağlanmıştır. Bu *talep* belirtilmediği sürece olmayan bu iradenin gerek mahkeme gerekse bilirkişi marifetiyle tamamlanması düşünülemez.

Yani bir Yargıtay kararı aksine “3 katı talep iradesi” “*madde metninde mündemiç*” olmayıp madde metninde sadece bu iradenin eser sahibi tarafından kullanılabilceği ifade edilmektedir.²⁹

Bu irade somut bir şekilde kullanılmadığı sürece mahkemece res’en 3 katına hükmedilmemesi gerektiği kanısındayız. Zira madde metni “... 3 katına hükmedilir.” değil “...hakları ihlal edilen eser sahibi 3 katını isteyebilir” şeklindedir. Aksi takdirde **HMUK 74’e** göre (*davacının talebinden fazlasına hükmetme*) yasağına aykırı hareket edilmiş olunacaktır.

Ayrıca bize göre mücerret olarak “*fazla hakların saklı tutularak FSEK 68’e göre talepte bulunma halinde*” de sonradan ek *dava* veya *ıslah* ile 3 katı talep edilebilmesi de mümkün değildir. Kuşkusuz **miktar** saklı tutulabilir fakat “3 katı” şeklindeki “*müeyyide iradesi*” *dava* açılırken mutlaka izhar edilmesi gerekir.

Zira usul hukukumuzda davacı tarafa tanınmış olan “*fazla hakları saklı tutularak dava açma olanağı...*” “*müddeabih*”in miktarı önceden kestirilemeyen durum için tanınmış olup “*müeyyide*” niteliğindeki talepler için söz konusu olamaz.

Zira davacı önce talep etmemekle müeyyide niteliğindeki “3 kat” talebinden feragat etmiş olmaktadır. Feragat edilen bir müeyyide(ceza) talebinden ise rücu imkanı usul hükümleri açısından mümkün değildir.

(29) *Her ne kadar Yg. 4HD'nin kararında “...davacılar anılan yasanın 68/1 maddesine göre dava açtıklarına göre ayrıca 3 kat fazla istemde bulunmaları gerekmez. Kaldı ki dayanılan yasa maddesi bu istemi içermektedir.” şeklinde bir görüş ileri sürülmüş ise de bu görüş aynı dosya ile ilgili Genel Kurul kararında değişmiş ve aynı dairenin diğer kararlarında da devam etmemiştir. (Bkz. Yg. 4 HD 2001/12778 E - 2002/1613 K - 12/02/2002 T)*

Örneğin mutad bedeli 1.000.000.000-TL kabul ederek şimdilik “fazla hakları saklı tutarak” 100.000.000-TL mutad bedel ve 3 katı 100.000.000 x 3 = 300.000.000-TL tazminat talep etmek mümkündür.

Fakat “fazla hakları saklı tutarak **FSEK 68’e göre 100.000.000-TL talep edip**” sonradan “3 katı” talep edilememesi gerekir. Yani maddedeki “3 katı” iradesinin dava dilekçesinde açıklanması gerekir.

5.1.2- Davacının Eser Sahibi Olması :

Davacının **FSEK 68’e göre** talepte bulunabilmesi için eser sahibi olması veya mali hakları kullanma yetkisine sahip olması gerekmektedir.

Bu hususun Yargıtay içtihatlarına , bilimsel görüşlere göre mahkemece res’en araştırılması gerekir.³⁰

Ne var ki eserin koruma süresi sona ermişse eser üzerinde mali hak sahibi de olsa artık **68.** maddeye göre dava açamaz. Şartları varsa **FSEK 84’e göre** dava açılabilir.

5.1.3- Eserin Koruma Süresinin Sona Ermemiş olması :

Eserlerin “koruma süresi” bilindiği gibi 5846 sayılı FSEK’nun **27.** maddesine göre“... koruma süresi , eser sahibi yaşadığı müddetçe ve ölümünden sonra 70 yıl”dır.

Bu hüküm kuşkusuz eser sahibinin mutlak ve inhisari nitelikteki mali haklarını sınırlayıcı niteliktedir. Bu süre geçtikten sonra bu eserle ilgili “çoğaltma , yayma” vb . mali hakları kullanabilme serbest bırakılmış olmaktadır. O nedenle bu süre geçtikten sonra mali hak ihlali nedeniyle **FSEK 68’e göre** dava açılmamaktadır.

Koruma süresi sona eren eserlerden doğan hakların ihlalinde **FSEK 68’e göre** dava açılmamakta fakat **FSEK 84’e göre** haksız rekabet kuralları çerçevesinde (**TTK 58 uyarınca**) tazminat talep edilebilmektedir. Fakat kuşkusuz bunun için de olayın **84. maddenin** koşullarını taşıması gerekir.³¹

(30) Yg. 11 HD 1992/7108 E- 1993/1621 K -09/03/1993 T , keza 4 HD , 1976/5913 E - 1977/7617 K - 01/01/1978 T , keza PİROĞLU Ünsal - makale - Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi - Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ Armağanı A.Ü.H.F. yayını , sh.553 , 2003

(31) Bkz. HIRCH - Fikri SAY - 1943 sh.23-24

Ne var ki eser sahiplerinin manevi hakları ise bu süreden sonra da devam etmektedir. O nedenle eserle ilgili manevi haklar **FSEK 14, 15,16 ve 17** anlamında ihlal edildiği takdirde eser sahibi mirasçılarını **FSEK 70/1**'e göre tazminat davası açabileceklerdir.

**5.1.4- Yasadaki Genel ve Hususi Menfaat Amacıyla İhdas Edilmiş
31, 47 Maddelerdeki İstisnalara Girmemiş Olması :**

Keza yasanın genel ve hususi menfaat amacıyla **31-47** maddelerinde ihdas edilmiş olan istisnalara giren durumlarda da bu maddeye göre dava açılmamaktadır.

**5.2- 68. MADDEDE ESER SAHİBİNE TANINAN İNSİYATİF VE
AYRICALIKLAR :**

68. maddenin mütevaciz karşısında zayıf konumda olan eser sahibini himaye amaçlı olarak ihdas edilmiş özel bir düzenleme olduğu yukarıda ayrıntılı izah edilmişti.

Bu çerçevede tecavüze uğrayan eser sahibine tazminatla ilgili genel hükümlerin aksine farklı insiyatif ve ayrıcalıklar tanınmış olmaktadır. Şöyle ki:

a- Eser sahibi bu maddeye göre bulunduğu istemde tazminat miktarını mutad telif bedelleri çerçevesinde öncelikle tespit ve talep etme hakkını haiz olmaktadır. Bu anlamda eser sahibinin kanıt olarak sunacağı emsal sözleşmeleri mevcut değilse bile bilirkişi marifetiyle adı geçen mutad telif bedeli takribi olarak saptanmaktadır.

b- Bu maddeye göre talepte bulunan eser sahibi uğradığı zararı ispat külfetinde de kurtulmaktadır.

c- Keza BK ve usul hükümleri aksine karşı tarafın kusurunu da kanıtlamak zorunda değildir. Mütevaciz kusursuz bile olsa **68.** madde çerçevesinde gereken tazminatı ödemek zorunda kalacaktır.

d- Yine genel hükümlerden istisnai bir durum olarak **FSEK 54.** madde çerçevesinde 3. şahısların iyi niyeti korunmamakta fikri hakları ihlale uğrayan eser sahibi eserinden doğan hakları kullanan iyi niyetli 3. şahıslara karşı da dava açabilmektedir.

e- Kural olarak haksız fiillerde taraflar arasında herhangi bir akit söz konusu değildir. Akit olduğu zaman söz konusu ihlallerde sorun aktin ihlali hükümlerine göre çözümlenmektedir.

68. maddede ise haksız fiil olmasına rağmen ilişkinin farazi bir akit olduğu öngörülmekte fakat gerçekte "akit" mevcut olmadığı için olaya aktin ihlali hükümleri değil 68. madde gereği "mutad bedel" hükmü uygulanmaktadır.

Halbuki 68. maddenin haksız fiilden kaynaklanması ve gerçek bir akit söz konusu olmamasına rağmen eser sahibinin gerçek akit nedeniyle karşılaştığı ihlallerde de 68. madde uygulanmak suretiyle eser sahibi lehine mevcut istisnaya ikinci bir istisna ve ayrıcalık tanınmış olmaktadır.

5.3- MUTAD BEDELİN TESPİTİ :

Görüldüğü üzere FSEK 68. maddeye göre talep edilecek tazminat , eser sahibinin bu alandaki piyasada oluşmuş telif bedeli rayicine göre oluşmakta yani tazminat kişiselleştirilmekte ve o sanatçıya özge kişisel sanat düzeyi ve piyasa koşulları esas alınmaktadır.

Burada eser sahibine eserlerinin telif bedelinin tespiti bağlamında kuşkusuz özel bir statü tanınmaktadır. Eser sahibine tanınan bu inisiyatif sonunda davadaki talebe o eser sahibinin subjektif nitelikleri yansıtılmış olmaktadır. Bu yaklaşım, eser sahibinin ticari piyasadaki konumu ve "eser"inin farklı nitelikleri açısından bir zorunluluktur. Zira bütün eser sahipleri tek tip nitelikte ve yarattıkları eserler de "standart" değildir.

O nedenle eserden doğan ihlallerde 68. maddenin temel ögesi olan "mutad bedel"i her eser sahibinin **sanatsal düzeyi ve eserlerinin piyasadaki ekonomik durumuna** göre saptamak gerekmektedir.

Bu maddede , eser sahibinin eserleriyle ilgili mali hakların kendi izni ile kullanılması yani bir sözleşme yapması halinde talep edebileceği mutad bedelin bu tazminat için ölçüt alınması gerektiği öngörülmektedir.

Ne var ki bunun için 68'de öngörülen mutad (rayiç) bedele göre tazminat talep eden eser sahibi kendi eserlerine özgü mutad telif bedelini kanıtlayacak emsal telif sözleşmelerini sunması gerekir.

Şayet bu hususta gereken emsal sözleşmeler sunulmadığı takdirde o eser sahibinin "mutad telif bedeli" o alandaki uzman bilirkişilerce o eser sahibinin sanatsal ve bilimsel düzeyi ve piyasa koşulları incelenerek takdiren ve takriben saptanacaktır.

Bilirkişilerce bu şekilde saptanacak mutad bedel o tür bir yayın için genel bir telif bedeli değil o eser sahibi için mutad nitelikte bir bedel olacaktır.

Uygulamada örneğin izinsiz yayınlarda ve iktibaslarda mutad telif bedelinin tespitinde bazı mahkemeler davalının beyanı veya muhasebe kayıtlarına göre davacının “*mutad bedel*” anlamındaki zararını saptamakta veya davacıdan zararını kanıtlaması istenmektedir.

Ne var ki bu işlem **68.** maddenin ihdas amacına ve ruhuna aykırıdır. Zira **68.** maddede öngörülmüş olan “*mutad bedele göre tazminat*” yönteminde amaç eser sahibini zararını ispat külfetinden kurtarmaktır. İlimi ve kazai içti-hatlarda aynı doğrultudadır.³²

Aksi takdirde mahkemenin davacı tarafın zararı veya davalı tarafın kayıtları çerçevesindeki işlemleri BK’daki haksız fiillere göre tazminat hesaplamasını gündeme getirir ki bu durumun **68.** madde ile ilgisi yoktur.

Zira bu anlamda bir tazminat hesabı için zaten **FSEK 70/2** madde ihdas edilmiştir.

5.4- ZAMAN AŞIMI AÇISINDAN :

Eser sahibi **FSEK 68’e** göre talepte bulunması halinde “*farazi bir akit*” söz konusu olduğu cihetle zaman aşımı süresi **Borçlar Kanunu 125’e** göre 10 yıl olacağı kabul edilmektedir.

Bu itibarla açılan davada **BK’nundaki 60.** maddedeki haksız fiillere ilişkin 1 yıllık zaman aşımı değil akitlerle ilgili 10 yıllık zaman aşımı göz önüne alınacaktır.

Doktrinde değişik yazarların kararları görüşleri de aynı paralelde seyretmektedir.³³ Keza Yargıtay kararlarında da aynı görüş tey’it edilmektedir.³⁴

(32) Yg. 4 HD 957/7180 E – 1958/5077 K – 18/07/1958 T , OLGAÇ age 92 , keza ÜSTÜN G. – FSEK’te yapılan değişiklikler İstanbul Barosu Dergisi cilt 75 , sayı 1-2-3 2001 sh.168

(33) Aynı görüşte ÜSTÜN G. – Yargısal Uygulamada Fikri Haklar – İstanbul Barosu Dergisi 1994/4 – sh.979 , Prof. Dr. TEKİNALP ise bu davalarda zaman aşımı olmaması gerektiğini savunmuştur. (Bkz. TEKİNALP Ü. age sh.293

(34) Yg. 11 HD 1998/6590 E – 1998/8090 K – 23/11/1998 T , Yg. 11 HD 2000/10395 E – 2001/1478 K – 20/02/2001 T , Yg. 11 HD 1997/6306 E – 1997/6925 K -/10/1997 T , Yg. 11 HD 1996/2753 E – 1994/3102 K – 06/05/1996 T , Yg. 11 HD 1997/4128 E – 1997/6869 K – 3/10/1997 T ,

6) MADDEDEKİ DEĞİŞİKLİKLER VE ELEŞTİRİSİ :

6.1- YASANIN 05/12/1951 TARİHLİ FSEK 68 METNİ :

5846 sayılı FSEK 05/12/1951 tarihinde dahi hukukçu Ernest HIRCH'in başkanlığında o devrin önemli hukukçuları , bilim adamları ve yazarlarından oluşan bir kurul tarafından kaleme alınmıştır.

Yasa anılan tarihte Avrupa'nın en ileri ve çağdaş yasası düzeyindeydi.

Özellikle konumuz olan **68.** madde hiçbir Avrupa yasasında bulunmayan ve eser sahibi lehine önemli ayrıcalıklar tanıyan bir madde idi. *(Ki bu madde daha sonra fikri hakların en ileri düzeyde olduğu İngiltere Fikri Haklar Yasası'na da dahil edilmiştir.)*

Bu tarihteki yasada **68.** maddede eser sahibi izinsiz kullanılan eseri için izninin alınması halinde talep edebileceği mutad bedelin % 50 fazlasını talep edebilmekteydi.

Bu madde eser sahibinin kişisel özelliklerine ve konumuna göre en uygun bir düzenleme olup ilk değişikliğin yapıldığı 1995 yılına kadar uygulanmasında hiçbir sorun yaşanmamıştır.

6.2- 68.MADDENİN 07/06/1995 TARİH VE 4110

SAYILI YASA İLE DEĞİŞİK ŞEKLİ :

Adı geçen yasada ne yazık ki değişikliği yapanlarca maddenin *(özellikle mutad bedel kavramının)* konuluş amacı anlaşılmadığı için fahiş bir hata yapılmıştır.

Maddedeki *"mutad bedel"* kavramı , *"izni alınmamış eser sahibi rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın 3 katını isteyebileceği"* şeklinde değiştirilmiştir.

Bu durumda *"mutad bedel"* kavramı yerine *"rayiç bedel itibariyle uğradığı zarar"* kavramı getirildiği zaman fikri hakları ihlal edilen eser sahibine zararı ispat külfeti yüklenmiştir.

Bu durum ise yasanın eser sahibini himayeyi ön planda tutan temel felsefesine ve amacına uymadığı gibi Yargıtay'ın 46 yıl önceki maddeyi doğru yorumlayan kararına da aykırı olmuştur.

4 Hukuk Dairesi'nin adı geçen 18/07/1958 T - 1957/7180 E – 1958/5077 K sayılı kararında **“68. maddenin eser sahiplerinin haklarını etkili bir şekilde koruyabilmeleri için onları zararlarını ispat külfetinden kurtardığı”** ifade edilmişti.

Ayrıca önceki 68. maddede *“mutad bedel”* yerine kullanılan *“rayiç bedel”* kavramı da eser sahiplerinin subjektif özelliklerini yansıtmayan genel bir hüküm niteliğinde kalmıştır.

Belki bu değişiklikte *“ % 50 artış”*ın *“3 kat”*ına çıkarılması olumlu kabul edilebilir. Fakat ne var ki eser sahibinin zararı ispat güçlüğü nedeniyle bu olumlu değişiklikte uygulamada pratik bir yarar getirmemiştir.

6.3- 68. MADDENİN 21.2.2001 TARİH VE 4630/25 SAYILI YASA İLE DEĞİŞİK ŞEKLİ :

Bu son değişiklikte mutad bedelle ilgili 95 değişikliğine karşı yoğun tepkiler sonucunda 2001 yılındaki toplantılarda kısmi bir değişiklik yapılarak madde , **“... izni alınmamış eser sahibi , sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın en çok 3 katı fazlasını isteyebilir.”** şekline dönüştürülmüştür.

Ne var ki burada *“mutad bedel”* kavramı kaldırılmakla birlikte 95 değişikliğindeki *“rayiç bedel”* kavramına *“emsal”* kelimesi eklenmiş ayrıca *“sözleşme yapılması halinde isteyebileceği bedel”* kavramı da ikinci bir talep seçeneği şeklinde konularak 95 değişikliğindeki sakıncanın giderilmesi amaçlanmıştır.

Bu değişiklik 95 değişikliğine göre kısmen olumlu olmasına rağmen maddenin ilk haline nazaran uygulanması daha da güçleştirilmiş bulunmaktadır.

Zira bu değişiklikle eser sahibinin önceki madde gereği zararı olmasa bile talep edebileceği *“mutad bedel”*in tespitinin gerçekleştirilmesi güçleştirilmiştir. Gerçekten madde içinde bulunan *“uğradığı zarar”* kavramı mahkeme için her zaman tereddüt yaratacak ve BK haksız fiil ilkelerine göre hükmedilen tazminatla karıştırılacaktır.

Sonuç olarak bu maddedeki bu son değişiklik ile tecavüze uğrayan eser sahibinin konumunun mütecevize karşı zayıflatıldığını söylemek mümkündür.

Bir başka önemli husus maddeye eklenmiş olan bu bedelin tespitinde “öncelikle ilgili meslek birliklerinin görüşleri alınır” hükmü ise yargılamada gözetilmesi gereken davadaki taraflar arasındaki “eşitlik ilkesi”ne aykırılık teşkil etmektedir.³⁵

Zira uygulamada meslek birlikleri genelde davacı taraf konumundadır. Yargılamada davada taraf olan bir kurumdan “öncelikle görüş alınması” ise hukuk sistemimizde ilk kez karşılaşılan bir olgu niteliğinde olup ivedilikle düzeltilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Ayrıca maddeye eklenen bu koşul, maddenin ihdas amacına (*Ratio Legis*) uygun değildir. Gerçekten bu yöntem 68. maddenin temel unsuru olan ve eser sahibinin subjektif niteliklerini yansıtan “*mutad telif bedeli*”nin tespitinde uygulanan kıstaslara aykırıdır.

Zira “*mutad bedel*” yukarıda ayrıntılı ifade ettiğimiz üzere o eser sahibinin özel niteliklerine göre belirlenmiş “*telif bedeli*”dir.

Yani o eser sahibinin eserlerinin kullanımı için genelde talep ettiği “*mutad bedel*”dir.

Meslek birlikleri ise her eser sahibine eşit olarak **genel** bir tarife uygulamaktadır. Bu tarife her zaman piyasa değerlerinin çok altında asgari bir meblağı içermektedir.

O nedenle takribi olarak “*mutad bedel*” tespitinde meslek birlikleri tarifelerinin ölçüt alınması o eser sahibine özgü nitelikleri yansıtmayacağı için 68. maddede hedeflenen amaçlara aykırı olacaktır.

5846 sayılı yasada 2004 yılında yapılan kısmi değişiklikte de ne yazık ki 68. maddedeki bu fahiş hata düzeltilmediği için yargısal uygulamada mahkemeler önemli bir açmaz içinde kalmaktadır.

7) FSEK 68. MADDENİN UYGULANMA SONUÇLARI :

FSEK 68'e göre tazminat talebinde bulunulduğu takdirde taraflar arasında farazi ve zımni bir akit olduğu cihetle aşağıdaki hukuki sonuçlar doğmaktadır. Şöyle ki :

(35) Bkz. Aynı görüşte ÜSTÜN G.Dr. – 4630 sayılı yasa ile FSEK'te değişiklikler – makale – İstanbul Barosu Dergisi sayı 2001/1 sh.167

7.1) Eser sahibi ile haksız fiili ika eden taraf arasında mahkeme nezdinde farazi bir akit oluştuğu için haksız fiilde bulunanın eylemi artık meşru hale gelmektedir.

Bu nedenle mütecevizden eser sahibinin haklarına tecavüzünün men'i artık istenememekte örneğin izinsiz bir kitap basımı söz konusu oldu ise artık kitabın toplatılması kararı verilememektedir.³⁶

Burada davalı sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş gibi olacağından örneğin izinsiz çoğalttığı nüshaları artık kanuni şartlar dairesinde yayınlatabilecektir.³⁷

7.2- FSEK 68'e göre tazminatta BK'nundaki tazminat hesabından farklı olarak mutad bedel kapsamı içerisinde ileriye dönük bir tazminat ta tespit edilmiş olmaktadır.

7.3- Yukarıda da izah edildiği üzere taraflar arasında bir akit oluştuğu kabul edildiği cihetle olaya **BK 125'e** göre 10 yıllık zaman aşımı uygulanacaktır.

7.4- Taraflar arasında mahkeme nezdinde bir akit oluştuğu kabul edilmesine rağmen eylem aynı zamanda bir haksız fiil olması nedeniyle dava için artık **ihhtar** şartı aranmamaktadır.

Bu itibarla faiz başlangıcı da dava tarihinden değil olay tarihinden itibaren başlatılacaktır.

7.5- Telif haklarına tecavüz eden müteceviz kusursuz olsa da eser sahibi yine de **FSEK 68'e** göre "*mutad bedel*" çerçevesinde tazminat talebinde bulunabilecektir.

Yargıtay kararları ve bir çok yazarın görüşleri de aynı paraleldedir.³⁸

(36) Bu konuda Yg. 11 HD'nin 17 yıl önce vermiş bulunduğu 87/1836 E – 4131 K sayılı 07/07/1987 tarihli kararı istikrar halinde uygulamaya ışık tutmaya devam etmektedir.

(37) Bkz. TEKİNALP Ü. age sh. 302-303 , ARSLANLI sh 218 , Ş EREL sh.258

(38) 11 HD 1990/2818 E – 1990/3315 K – 13/04/1990 T , ÜSTÜN G. Dr.

8- GENEL SONUÇ :

FSEK'teki 68.madde, eser sahibinin eserinden doğan mali haklarının ihlali sonunda talep edebileceği maddi tazminatı genel hukuk sistemimiz içindeki haksız fiille ilgili tazminat ilkelerinden farklı ve eser sahibinin subjektif niteliklerine özge şekilde çözümlenen bir düzenleme niteliğindedir.

Bu maddede kanun koyucu, eser sahibinin teknik düzeyi ve eserlerinin piyasadaki ekonomik konumu çerçevesinde yani eser sahibinin kişisel nitelikleri ön plana alınarak eser sahibini ve özellikle tüm insanlığa ait olduğu kabul edilen "eser"i himayeyi amaçlamaktadır.

Bu ilke doğrultusunda eser sahibine uğradığı zararı ispat külfeti yüklemekten hatta zarara uğramasa bile ve müteceviz kusurlu olmasa da onunla bir sözleşme yapmış olsaydı talep edebileceği *mutad bedeli* artırılmış miktarıyla (3 katı ile) talep edebilme olanağı tanınmaktadır.

Maddenin bu felsefesi ve amacı , Kanununun 1951 yılındaki metninde 1995 ve 2001 yılındaki yapılan değişikliklerle kısmen bozulmuş ise de bütünü itibarıyla esas özünü ve ruhunu korumaktadır.

KAYNAKÇA

- ARSLANLI Halil** : Fikri Hukuk Dersleri II , Fikir ve Sanat Eserleri , İstanbul 1954
- AYİTER Nuşin** : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri 2. Bası , Ankara 1981
- BERN ANLAŞMASI (1948 Tadilli)**
- CHERRY** : İletişim (Çeviren ULUATA Aysel)
- EREL Şafak N.** : Fikri Hukuk'ta Bilgisayar Programlarının Korunması , A.Ü. Siyasal Bilgiler Fak. Dergisi Cilt 49 , Sayı 1-2 , (Öztrak Armağanı)
- DALAMANLI L.** : BK Şerhi
- GÖKYAYLA E.** : Telif Hakkı ve bu hakkın devri sözleşmesi – Ankara- 2000
- HIRSCH Ernest E.** : Hukuki Bakımdan Fikri Say , Cilt II , Ankara 1948
- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**
- KUMMER M.** : Das Urheberrechtlich schützbare Werk , Bern 1968
- PIROĞLU Ünsal** : “Sanatta ve Sanayide Ortak Payda Telif Hakları” Sanat Çevresi dergisi İstanbul 1998 Mayıs
- PIROĞLU Ünsal** : H.Ü.G.Sanatlar F. Dergisi makale-plastik sanatlarda telif hakları – 1993 – özel sayı
- PIROĞLU Ünsal** : “Türk Dünyası Uluslar arası Yazarlar Kurultayı” , “Ulusal ve Uluslar arası Mevzuat Açısından Telif Hakları” adlı tebliğimiz , 1994

- PİROĞLU Ünsal** : “Evrensel Hukukun Yeni Boyutu Telif Hakları” 13/05/1994 Alman Kültür Derneği konferans metni
- PİROĞLU Ünsal** : “Telif Hakları ve Türkiye” Edebiyatçılar Derneği yayını Ankara 1996
- PİROĞLU Ünsal** : “Sanat Eserlerinin Çoğaltılmasının Fikri Hukuk Boyutu” makale- Sanat Çevresi Dergisi 96/3
- PİROĞLU Ünsal** : “FSEK’teki Son Değişiklik Tasarıları yada Bürokratlar Kodifikasyonu” -makale- Sanat Çevresi Dergisi Ekim 99
- PİROĞLU Ünsal** - “İletişim Çağında Sanatın ve Telif Haklarının Yeni Konumu” makale – FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hakları Dergisi sayı 2 , 2000/11
- PİROĞLU Ünsal** Türkiye Bilişim Derneği -H.Üniver sitesi- “Bilişim Toplumuna Giderken Hukukta Etkiler” sempozyumunda sunulan tebliğ- Bilgi Toplumunda ve İnternette eser sahibinin fikri hakları, 2001
- PİROĞLU Ünsal** : “Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi” –makale- Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ Armağanı A.Ü.H.F. yayını , 2003

- TEKİNALP Ünal** : Eser Sahipleri ve Mesleki Birlikler,
BATİDER 1979
- TEKİNALP Ünal** : Fikri Mülkiyet Hukuku
- ÜSTÜN Gürsel-ILGAZ Deniz** : UNESCO The ABC of Copyright
Paris 981(Çeviren ÜSTÜN
Gürsel-ILGAZ Deniz)
- ÜSTÜN Gürsel** : Telif Haklarının Yargısal
Uygulamasında Fikri Haklar,
makale İstanbul Barosu Dergisi ,
1994
- ÜSTÜN Gürsel** : FSEK'te yapılan değişiklikler
İstanbul Barosu Dergisi , 2001
- YARSUVAT Duygun** : Türk Hukukunda Eser Sahibi ve
Hakları , İstanbul 1984

OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI YOLUYLA TAŞINMAZ MAL EDİNİMİ (TMY.MD.713)

Erol KARAASLAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Olarak II- Görevli ve Yetkili Mahkeme III- Dava Ehliyeti, III.1) Davacı, a) Gerçek Kişi Davacılar, b) Tüzel Kişi Davacılar, III.2) Davalı, IV- Kazanma Koşulları, IV.1) Taşınmaz Kazanmaya Uygun Olmalıdır, a) Kamu Malı Olmaları Nedeniyle Tescil Davasına Konu Olamayacak Taşınmazlar, aa) Hizmet Malları, bb) Orta Mallar, cc) Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Olan Mallar, b) Yasa Gereği Tescil Davasına Konu Olamayacak Taşınmazlar, aa) Yasa Gereği Devlete Kalan Taşınmazlar, bb) Yasalardaki Özel Hükümler Gereği Kazanılması Yasak Taşınmazlar, d) Zamanaşımı ile Kazanmaya Elverişli Olan Taşınmazlar, aa) Yukanda Sayılanlar Dışında Kalan Taşınmazlar, bb) İmar ve İhya Edilen Mallar, IV.2) Zilyedlikle İlgili Koşul, a) Malik Sıfatıyla Zilyetlik:, b) Çekişmesiz Zilyetlik:, c) Zilyetlik Aralıksız ve Yirmi Yıl Sürmüş Olmalıdır:, IV.3) Yargılama Koşulu, a) Tapu Siciline Kayıtlı Olmama veya Kayıtlı Olmakla Birlikte Malikin Kim Olduğu Anlaşılma Koşulu, aa) Tapusuz Taşınmazlar, bb) Tapulu Taşınmazlar, b) Miktar Koşulu, c) Kroki-İlan Koşulu, d) İtirazın Bulunmaması Koşulu, I- Sonuç..

1) GENEL OLARAK

Olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, esas olarak TMY 713. maddesi ile düzenlenmiştir. Ancak 1950 tarihli ve 5602 sayılı Tapulama Yasasının 13. maddesi, 1966 tarihli ve 766 sayılı Tapulama Yasasının 32,33. maddeleri ve yürürlükte olan 3402 sayılı Kadastro Yasasının 13 ve 14. maddeleri, kadastro sonrasında zamanaşımına dayanarak yapılacak mülkiyet tescilleri bakımından farklı hükümler taşımaktadır. Diğer yandan 1954 tarihli ve 6333 sayılı Yasayla 743 sayılı MY 639. mad-

(*) Gelendost Hakimi

desinde değişiklik yapılmış olması, 766 sayılı Yasayla kaldırılan 6335 sayılı Yasa ve sonra 766 sayılı Yasanın şimdi de 3402 sayılı Yasanın isbat bakımından kabul ettiği hükümlerin Medeni Yasaya göre zamanaşımı ile kazanılarda da uygulanması bu kurum için farklı rejimleri ortaya çıkarmıştır.¹ Özel mülkiyete tabi taşınmazların tapu siciline kaydının zorunlu olmasına rağmen, ülkemizde, bunun tam olarak gerçekleştirildiği söylene-
mez. Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların zamanaşımına dayanılarak kazanılması kurumu, bu olumsuzluğu engellediği gibi, kullanılmayan taşınmazların ekonomiye kazandırılması ihtiyacını da karşılamaya çalışmaktadır.

Kurumun amacı; sahibi tarafından uzun süre yararlanılmayan bir taşınmaz üzerinde, onun eylemli olarak sahibiymiş gibi ilgilenen kimsenin mülkiyet hakkını kurmaktır.²

Madde zilyedin iyiniyetini aramamış olduğundan adeta gasp edeni koruyor görünür. Ancak korunan gasp eden değil, korunan sahipsiz kalma tehlikesine karşı toprak ve sahibinin ilgisinden uzak kalmış olan toprağı malik gibi benimsemiş olan zilyettir.³ Ancak hiç kimse eskiden beri sahip olduğu taşınmazının, günün birinde başkasının olduğunu görmek istemeyeceği de bir gerçektir.

Bu çalışmamızda özellikle TMY. 713/l. maddesinde düzenlenmiş tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılmasını (tescil davası) ve yeri geldikçe de TMY. md. 713/II düzenlenmiş bulunan, tapuya kayıtlı taşınmazların kazanılmasını (iptal ve tescil davası) irdelemeye çalışacağız.

(1) OĞUZMAN,M.K-SELİÇİ,Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 1992, s.393

(2) BERTAN,S.: Ayni Haklar, Ankara 1976, s.552. Eylemli durumu hukukileştirmek ve zilyedin durumunu kuvvetlendirmektir görüşü için Bknz. ÖZDEMİR OKTAY,S.: "Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı" Prof.Dr. M.Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.654

(3) KÜLEY,M.M.: Medeni Kanun ve Tatbikatında Müruruzaman ile İktisap, İstanbul 1957,s.50

II) GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Belirli bir davaya aynı yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenleyen kurallara görev ve yetki kuralları denir.⁴ Görev bir davaya hangi mahkemenin bakacağını (maddi bakımdan) belirler.

Mahkemelerin görevleri ve yetkileri, ANY. md. 128 gereğince, yasayla düzenlenir.⁵ Genel mahkemelerin görev kuralları 1086 sayılı HYY 1-27 maddeleri arasında ve 469 sayılı Yasanın 3. maddesinde düzenlenmiştir.

HYY. md.8'e göre, konusu para veya parayla ölçülebilen davalarda görev, dava konusu değere göre belirlenir. 4146 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, 01.01.2000 tarihi itibarıyla 400 milyon sınırı görevi belirlemektedir. 400 milyonu geçmeyen davalara sulh hukuk mahkemeleri ve bu sınırı aşan davalara ise asliye hukuk mahkemeleri bakmakla görevlidir. Ancak bu ana kuralın istisnaları (HYY.md.8/II) da bulunmaktadır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup yargıç tarafından kendiliğinden (görev gereği-re'sen) gözönünde tutulur (HYY. md.7).⁶

Yargıç, dilekçede belirtilen değere, keşifte yerel bilirkişinin beyan ettiği değere bağlı kalmaksızın yeniden bilirkişi veya bilirkişiler aracılığıyla uyuşmazlık konusu taşınmazın gerçek değerini belirleme yoluna gidebilir.⁷

(4) KURU,B-ARSLAN,R.-YILMAZ,E.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, s.129

(5) Bknz. ANY. md.37, AİHS. md.6

(6) Davacı, dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu taşınmazların 200.000.000 TL değerinde oluştuğunu açıklamış, 25.07.2001 tarihinde yapılan keşifte dinlenen yerel bilirkişi her taşınmazın dava tarihindeki değerinin, ayrı ayrı 200.000.000 TL olduğunu bildirmiştir. Toplam 74.682,57 m2 yüzölçüme sahip iki parça taşınmazın, toplam 400.000.000 TL değerinde olduğu günün ekonomik koşulları karşısında kabul edilemez. Gerek dava dilekçesinde bilindirilen ve gerekse yerel bilirkişi aracılığı ile belirlenen değer taşınmazların gerçek değerini göstermekten uzaktır. Hakim, tarafların dilekçede gösterdikleri veya bilirkişinin bildirmiş olduğu değerle bağlı değildir. Mahkemece kamu düzeni ile ilgili olan görev hususu belirlenmek üzere bilirkişi veya bilirkişiler aracılığı ile uyuşmazlık konusu taşınmazların gerçek değerinin saptanması ve buna göre görev yönünün düşünülmesi gerekir (8 HD 26.11.2001 T. 8766/8441 ; yayınlanmamıştır).

(7) 8 HD 04.10.1994 T. 8613/10857 ve 8 HD 14.01.1997 T. 1996/4303, 1997/128 (ERDEN,O.: Kadastroda Tespit Dışı Bırakılan Yer Hakkında Açılacak Tescil Davası, Ankara 2000, s.4).

Davaya birden fazla taşınmaz konu olmuşsa, görev taşınmazların toplam değeri gözönünde tutularak belirlenecektir.⁸ Ancak yargılamada, davalıların birleşmesi sözkonusu olduğundan, mahkemenin görevi birleşen dosyadaki toplam değere göre değil, her dosyada dava olunan değere göre belirlenir.⁹

Yargılama sırasında dava konusu edilen taşınmazın bir bölümü hakkında tescil talebinden feragat edilmiş ise, kalan bölümün değeri görevsizlik limitine girse dahi görevsizlik kararı verilemez.¹⁰

Dava görülmekte iken taşınmaz, orman sınırlaması çalışmalarına tabi tutulursa; dava, orman sınırlandırılmasına itiraz davası niteliği kazanır. 6831 sayılı Orman Yasasının 11 maddesine göre bu davalar kadastro mahkemelerinde görüleceğinden, davanın görev nedeniyle reddiyle, karar kesinleştiğinde dosyanın görevli kadastro mahkemesine gönderilmesi gerekir.¹¹

Hemen şunu da belirtmek gerekir ki 3533 sayılı yasaya tabi kamu kurum ve kuruluşların açmış olduğu tescil davaları genel mahkemelerde açılmış ise aynı yasanın 1 ve 4 maddelerine göre öncelikle mülkiyetin tespiti yönünden hakem sıfatıyla bakılan mahkemeden, mülkiyetin tespitine dair karar getirmek üzere, davacı kuruma mehil verilip, hakemin yapacağı yargılamayı bekletici mesele saymalı, dava ekonomisi yönünden görevsizlik kararı vermemek gerekir.¹² Hakem ancak 3533 sayılı Yasada gösterilen kurumlar arasındaki mülkiyet uyuşmazlıklarını, çözümlenmekle yükümlü olup, 5519 sayılı Yasanın 1. maddesi gereğince, taşınmaz malın ilgili adına tapuya tesciline yetkili değildir. Bu durumda, hakemden getirtilerek kesin karara göre, tescil isteği ile ilgili hüküm kurulması gerekir.¹³ Bu konuda son olarak belirt-

(8) 8 HD 28.06.1982 T. 7169/7375 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: Zilyedlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları, Ankara1997, s.33).

(9) 8 HD 09.08.1979 T. 7369/8038 (ERDEMİR,İ.: Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 1998, s.9).

(10) 8 HD 14.01.1997 T. 5678/120 (ERDEN,O.: age. s.4).

(11) 8 HD 27.02.1997 T. 1996/5743, 1997/1306 (ERDEN,O.: age. s.5)

(12) 8 HD 26.02.1998 T. 1997/5815, 1739 (ERDEN, O.: age. 5). 8 HD 19.06.2000 T. 4354/5247 (yayınlanmamıştır). Görevsizlik kararı verilmesi yönünde aksi yönde Bknz. 20.HD 13.09.1993 T. 1992/11861, 6550 (ERDEMİR,İ.: age. s.174).

(13) HGK 05.02.1992 T. 1991/8-591, 40 (ERDEMİR,İ.: age. s.173). Bknz aynı yerde HGK 13.05.1992 T. 1-239, 338 ; HGK 15.03.1989 T. 8-49/176.

mek istediğim, tüzel kişiliği olan mazbut vakıflar ile çıkan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile değil, genel mahkemelerde açılacak dava yolu ile çözümlenmesi gerekeceğidir.¹⁴

Yetki, dava konusu veya değere bakılmaksızın, yer bakımından hangi mahkemenin davaya bakacağını düzenleyen kurallardır. Yetki kuralları da görev kuralları gibi yasa ile düzenlenir.

HYY. md.13'e göre taşınmazlara ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde dava açılır. Burada dikkat edilmesi gereken, bu maddede düzenlenen kuralın, taşınmazın aynına ilişkin davalarda geçerli olduğudur.

Taşınmalara ilişkin bu düzenleme, kamu düzenine ilişkin olup, kesin yetki kurallarındandır.¹⁵ HYY md.13/III, taşınmazın birden fazla yargı çevresinde olması halinde, taşınmazlardan birinin olduğu yerde dava görülebilir. Mahkeme, diğer yargı çevresindeki taşınmazlar bakımından, yetkisizlik kararı vermemelidir.

Bazen bir taşınmazın birden fazla yargı sınırı içinde kaldığı görülmektedir. Böyle durumda, davanın davacı tarafından seçilen yetkili mahkemelerden birinde açılabilmesi kabul edilmektedir.¹⁶ Dava açıldıktan sonra, yönetsel veya yargısal sınırlar değişirse, dosya yeni oluşan mahkemeye devredilir. Bu halde "red" kararı değil, "gönderme" kararı verilmelidir. HYY. md.193'e göre 10 günlük süre sözkonusu olmayacaktır.¹⁷

(14) İBK 06.03.1978 T. 2/2 (ERDEMİR,İ.: age. s.175). Vakıflar Genel Müdürlüğü bünyesinde tüzel kişiliğe sahip vakıflar bakımından hakem yoluna başvurulması gerekir.

(15) KURU,B.-ARSLAN,R.-YILMAZ,E.: age. s.189

(16) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.41 ; ERDEN,O.: age. s.6 ; ERDEMİR,İ.: age. s. 314-315

(17) 8 HD 18.10.1965 T. 5130/4402 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.41) ; ERDEMİR,İ.: age. s. 314 ; 7 HD 18.09.1998 T. 3029/3782 (YKD. 1998/11 s.1634). 550 sayılı Yasa Hükmünde Karamame ile Altınova İlçesi kurulmuş ve idari bakımdan Yalova İline bağlanmıştır. Dosyadaki belgelere ve Dairemize intikal eden dava dosyalarındaki bilgilere göre, Altınova İlçesinde henüz adli teşkilat kurulmamıştır. Adli teşkilat bu ilçede kurulmamış olduğuna göre, sayısı açıklanan karamamenin geçici 1/3. maddesi gözönünde tutularak davaya bakılması gerekir. Ancak, Altınova İlçesi adli teşkilat kurulduğu takdirde yetkisizlik kararı ile dava dosyasının gönderilmesine karar verilebilir (8 HD 02.04.2002 T. 1922/2551 ; yayınlanmamıştır).

III) DAVA EHLİYETİ

Tescil davasının tarafları, tescil isteminde bulunabilecek davacı ve yasal hasım olan davalılardır.

Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan her gerçek veya tüzelkişi tescil davasında taraf ehliyetine sahiptir.

Hukuk düzeni, herkesin haklara ehil olacağını hükme bağlamıştı. Haklara ehil olma, hak sahibi olma ve yükümlülükler altına girmeyi kapsar. Hak ehliyeti,¹⁸ tüm kişilere tanınan bir ehliyettir.¹⁹

Taraf ehliyeti davada taraf olabilme ehliyeti olup medeni hukuktaki hak ehliyetinin (TMY. md.8,48) usul hukukunda (HYY. md.38) büründüğü şekildir.²⁰ Dava ehliyeti ise, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci aracılığı ile bir davayı (davalı veya davacı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine²¹ (TMY. md. 9 vd.) sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine (HYY. md.59) de sahiptir.²²

Tescil davalarında da mutlaka taraf teşkili sağlanmalıdır.²³ Dava şartlarından olan taraf teşkili sağlanmadan yapılan işlemler katılmayan tarafı bağlamayacağından usul ekonomisine da aykırılık oluşturur. Taraf oluşumu

(18) Hak sahibi olabilme ehliyetine kısaca hak ehliyeti diyebiliriz (TEKİNAY,S.S.: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1987, s.2002).

(19) ÖZTAN,B.: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 1998, s.192. Hak ehliyeti, haklardan yararlanmayı değil; hak ve borçlara sahip olabilme yeteneğidir (ZEVKLİLER,A.: Medeni Hukuk, Ankara 1992, s.189).

(20) KURU,B- ARSLAN,R.-YILMAZ,E.: age. s.264

(21) Bir kimsenin, doğumu, şüura ve iradeye ihtiyaç gösteren hakları ve borçları, kendi fiiliyle meydana getirebilme hususundaki ehliyetine fiil ehliyeti denir (TEKİNAY,S.S.: age. s.222).

(22) KURU,B- ARSLAN,R.-YILMAZ,E.: age. s.273

(23) TMY. 713/2 maddesi gereğince açılan davaların kayıt malık veya maliklerine, Onlar ölmüş ise usulen belirlenecek mirasçılara yöneltilmesi, hiç mirasçı bırakmadan ölmüş ise, TMY. 501.maddesi hükmü gözönünde tutularak davanın hazineye yöneltilmesi, öncelikle taraf teşkilinin sağlanması, ondan sonra uyumsuzluğun esasına girilmesi gerekmektedir. Her ne kadar kayıt maliklerine kayyım tayin edilmiş ise de bu tür davalarda kayıt maliklerinin kayyım ile temsil edilme olanağı bulunmamaktadır (8 HD 12.03.2002 T. 2001/8584 – 2034 ; yayınlanmamıştır).

sağlanmaması halinde davanın esasına da girilmemelidir. Çünkü eksik taraf ile yapılan yargılamada yapılan işlemler yeni katılacak veya katılmamış olan bu tarafı bağlamayacaktır.

III.1) Davacı

Tescil davasının davacısı, davaya konu olan taşınmazlarda, TMY. 713 maddesine göre koşulların oluştuğunu belirterek lehine tescil isteminde bulunan gerçek veya tüzel kişilerdir.²⁴ Konuyu gerçek ve tüzel kişiler diye ikiye ayırarak incelemek daha uygun olacaktır.

a) Gerçek Kişi Davacılar

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her kişi, tescil davasının davacısı olabilir. Türk uyruklu gerçek kişiler için taşınmazı mal kazanılmasıyla ilgili olarak hiçbir sınırlayıcı hüküm bulunmamaktadır.

Davacının Türk vatandaşlığı konusunda tereddüt oluşur ise konunun İçişleri Bakanlığından sorulması gerekir.²⁵

Gerçek kişi Türk vatandaşının dava açma ehliyeti yoksa bunlar yasal temsilcileri aracılığıyla temsil olacaklardır. Yasal temsilciler olan veli, vasi veya kayyım kendileri veya vekil aracılığıyla dava açabilir veya açılan davayı takip edebilirler.²⁶

Davaya konu taşınmaz elbirliği mülkiyetinde (TMY. md. 701) ise murisin veraset belgesi alınarak davacı dışında varsa diğer mirasçıların da davaya katılımının sağlanması veya onaylarının alınması ya da TMY. md. 640

(24) Davanın açıldığı tarihte davacı köy muhtarıdır. Aynı davada köyü temsil eden köy muhtarı, hem davacı ve hem de davalı olarak köy hükmü şahsiyetini temsil edemez. 442 sayılı Köy Yasasının 336/b maddesi uyarınca, davalı köyü temsil etmek üzere köy derneğince bir temsilci seçilmesi, seçilecek kişi adına tebligat çıkarılarak davadan haberdar edildikten sonra davaya devam edilmesi gerekir (8 HD 07.02.2002 T. 926/1048 ; yayınlanmamıştır).

(25) 8 HD 18.09.1980 T. 820/803 (ERDEN, O.: age. s.7)

(26) DÜZCEER,A.R.: Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara 1984, s.279 vd.

uyarınca terekeye atanacak bir temsilci aracılığıyla yargılamanın devam ettirilmesi gerekir.²⁷

Muris Medeni Yasanın yürürlük tarihinden önce ölmüş ise, terekesi paylı mülkiyete tabi olacaktır. Bu halde her mirasçı kendisine ait payla ilgili tescil isteminde bulunabilir. Tek başına davanın tarafı olarak dava açabilir.²⁸

Yabancı uyruklu gerçek kişiler bakımından birtakım sınırlandırmalar bulunmaktadır. Bu konudaki esas düzenleme 2644 sayılı Tapu Yasasının 35. maddesinde "karşılıklı" ve yasal kısıtlamalara uyulmak koşuluyla yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinebilmeleri mümkündür.²⁹

Karşılıklılığın eylemli olarak bulunması ve bu ülkelerde bulunan Türk vatandaşlarının aynı şekilde taşınmazları kazanmaları gerekmektedir. Karşılıklılığın bulunup bulunmadığı Dışişleri Bakanlığında sorularak uygulanın yapılması gerekir.

Karşılıklılık kuralı vatansızlar hakkında uygulanmamaktadır.³⁰ Karşılıklılık kuralının uygulanmadığı diğer grup ise mültecilerdir.³¹

6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Yasasının 10. maddesine göre yabancı teşebbüslerin de yerli teşebbüsler gibi karşılıklılık aranmadan

(27) Dava konusu taşınmazın davacılar murislerinden kaldığı ileri sürüldüğüne, taksim hakkında bir açıklamada bulunulmadığına göre, taşınmazın hangi muristen kaldığının belirlenmesi mirasçılık belgesinin istenilmesi, ölüm tarihine göre terekesi elbirliği mülkiyet hükümlerine tabi olup da davacılar başka mirasçıların bulunduğu belirlendiği takdirde, onların da davaya katılmalarının sağlanması veya yöntemine uygun bir biçimde onaylarının alınması ya da TMY. 640. maddesi hükmü uyarınca miras ortaklığına temsilci tayini suretiyle Onun huzurunda davaya devam olunması gerekmektedir (8 HD 01.04.2002 T. 2431/2695 ; yayınlanmamıştır) ; 8 HD 15.03.2002 T.1393/2124 (yayınlanmamıştır)

(28) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.44.

(29) ÇELİKEL,A.: Yabancılar Hukuku, İstanbul 1993, s.198 vd.

(30) OKTAY, S.: Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması, İstanbul 1990, s.110 ve orada Dp.4. Buna göre Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 07.05.1954 gün ve 127-55/2834 sayılı genelgesinde vatansızların milletlerarası hukuka ve İnsan Hakları Bildirgesine uygun olarak taşınmazı mal intisabı haklarının bulunduğu belirtilmiştir.

(31) OKTAY, S.: age. s.110. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin 7. maddesine göre "Bütün mülteciler Âkit Devletlerin ülkesinde 3 sene ikamet sonrasından sonra yasal karşılıklılık koşulundan muaf olurlar." (OKTAY, S.: age. s.110)

taşınmaz kazanmaları olağan hale gelmiştir. Aynı şekilde 2634 sayılı Turizmi Teşvik Yasasının 8/E maddesine göre Bakanlar Kurulu Kararı ile karşılıklılık koşulu uygulanmayabilecektir.

442 sayılı Köy Yasasının 87. maddesi yabancı gerçek kişilerin köylerdeki taşınmaz malları alamayacakları düzenlemesini getirdiğinden bu kişiler bakımından oluşmuş olan zilyetliklere, tescil davası bakımından değer verilmeyecektir.

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yasasında da yabancılar bakımından birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. Anılan yasanın 7. maddesine göre birinci derece askeri yasak bölgeler kamulaştırılacağından, bunların zilyetlik yoluyla kazanılmaları mümkün olmayacaktır. Yine 9. maddeye göre ise ikinci derece askeri yasak bölgelerin kamulaştırılmayan bu yerlerde yabancı gerçek ve tüzel kişiler taşınmaz mal kazanamayacaklardır. Aynı yasanın 28. maddesine göre Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine askeri yasak bölgelere yakınlığı veya diğer stratejik nedenlerle tespit edilecek bölgelerde yabancıların taşınmaz mal edinemeyeceklerine Bakanlar Kurulu karar verebilecektir.³²

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Yasasının 29. maddesine göre, Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulurlar. Bu kişiler yabancılar ölçüsünde taşınmaz mal edinme hakkına sahip olabirler. Aynı yasanın 33. maddesi gereğince vatandaşlığı iptal edilip de, iptal kararında malların tasfiyesi ve sınırdışı edilmesi konusunda hüküm bulunanlar Türkiye'de yeniden taşınmaz mal kazanamazlar.³³ 403 sayılı Yasanın 29. maddesine göre 33 ve 35. maddeler saklı kalmak kaydıyla; doğum ile Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan Bakanlar Kurulundan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler ve bunların yasal mirasçıları taşınmaz mal konusunda Türk vatandaşları gibi aynen yararlanmaya devam edeceklerdir.

b) Tüzel Kişi Davacılar

Hem Türk uyruklu tüzel kişiler, hem de yabancı uyruklu tüzel kişilerin taşınmaz mal edinme ehliyetleri birtakım özellikler gösterdiğinden bu konudaki düzenlemelere de bakmak uygun olacaktır.

(32) OKTAY, S.: age. s.112. Bknz. aşağıda Dp.173 civarı

(33) OKTAY, S.: age. s.113.

Türk uyruklu tüzel kişilerin özel hukuk tüzel kişileri ve kamu tüzel kişileri olarak bir ayırımı tutmak gerekir.

Özel hukuk tüzel kişilerinin hak ehliyeti TMY 48. maddede düzenlenmiştir. Buna göre yaratılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara tüzel kişiler ehildirler. Bu genel kuralın yanısıra tüzel kişilerin ortaklık sözleşmelerinde açıklanan amaç ile de sınırlı olarak hak kazanacaklardır.

Kooperatif, sözleşmesinde yazılı işletme konusu çerçevesinde tescil davasıyla taşınmaz mal kazanabilir.³⁴

Dernekler ikametgahları ile amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlardan başka taşınmaz mala sahip olamazlar (2908 S. Dernekler Yasası md. 64) düzenlemesini getirmiştir. Zamanaşımı ile kazanma iddiası ile dernek adına tescil istenilen taşınmazın tescili yapılmaz.³⁵

Vakıflar Yasanın 6. maddesi, mülhak vakıfların ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğunu, Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ve temsil ettiği vakıfların da bir bütün halinde tüzel kişiliklerinin var olduğunu belirtmiştir. Mülhak ve mazbut vakıfların zamanaşımı ile taşınmaz mal kazanabilecekleri belirten Yargıtay kararları vardır.³⁶

Camii büyüme derneği tescil davası açamaz. Çünkü tüzüğünde caminin mülkiyetini edinme şeklinde bir amaç yazılamaz.³⁷

Mahalleyi temsilen mahalle muhtarı tescil davası açamayacaktır. Çünkü mahalleler tüzel kişiliği olmayan kurumlu olup, dava açma ehliyetleri de yoktur.³⁸

Kamu tüzel kişileri Anayasanın 123. maddesine göre; ancak yasa ile veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak idari bir işlemle kurulurlar.

(34) ERDEN, O.: age s.9

(35) 8 HD 06.12.1978 T. 8800/10173 (OKTAY, S.: age. s.114).

(36) 8 HD 26.12.1978 T. 10002/10912 ; 7 HD 27.03.1970 T. 7790/1834 (OKTAY, S.: age. s.115).

(37) 8 HD 05.03.1996 T. 1995/9313, 2012 (ERDEN, O.:age s.9)

(38) 8 HD 22.02.1999 T. 1998/10105, 1379 (ERDEN, O.:age s.9)

Bunların zamanaşımına dayanarak taşınmaz kazanımında bulunup bulunamayacakları konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece köy kamu tüzel kişisinin zamanaşımından yararlanarak taşınmaz mal kazanabileceği³⁹, diğer kamu tüzel kişilerinin taşınmaz edinemeyecekleri kural olarak belirtilmektedir.⁴⁰

Ticaret ortaklıkları ise işletmenin konusu taşınmaz kazanımına ilişkin değil ise bu kurumdan yararlanamayacaktır.

Yabancı uyruklu tüzel kişilerin mal kazanımlarını düzenleyen herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Hatta 1328 tarihli Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayri Menkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanunu Muvakkatın 3. maddesinin Türk tüzel kişilerinin taşınmaz mal edinebileceği kuralını getirmiş olmasından hareketle genel düzenleme yokluğunu olumlu şekilde yorumlayarak, yabancı tüzel kişilerin taşınmaz mal edinebileceği kabul edilemeyeceği gibi, ayrıca Köy Yasasının yabancı tüzel kişilerin köylerde taşınmaz mal edinmelerini yasaklayan 87. maddesinin zıt anlamından yararlanarak köy dışında taşınmaz edinme hakkının tanınmasının da düşünülmemeyeceği belirtilmektedir. O halde genel kural; yabancı tüzel kişilerin taşınmaz kazanamayacakları olmakla birlikte, yasalardaki bazı hükümlerle istisnaen yabancı tüzel kişilerin taşınmaz kazanabilecekleri söylenecektir.⁴¹ Yabancı gerçek kişiler bakımın-

(39) HGK 22.01.1964 T. 1-14/58 (ERDEN, O.: age s.8). 8 HD 11.02.2002 T. 1063/1189 (yayınlanmamıştır).

(40) OKTAY, S.: age. s.116. Aksi yönde içtihat 8 HD 25.06.1980 T.6733/6691 sayılı kararında; belediyelerin kazandırıcı zamanaşımıyla taşınmaz kazanabilecekleri belirtilmiştir (OKTAY, S.: age. s.116 ; ERDEN, O.:age s.8). Belediyelerin kazancı zamanaşımı hukuki nedenine dayanarak taşınmaz kazanmalarına yasal olanak yoktur. Ancak belediye köyün devamında kurulmuş ise, köyün ardılı (halefi) olarak onun zilyetliğine dayanarak tescil davası açabilir. Bu halde belediye ile hazine arasında görülecek dava 3533 sayılı yasaya göre hakem eliyle çözümlenir (8 HD 20.05.1997 T. 1996/7857, 3110; ERDEN, O.:age s.9). 14 HD 13.11.1979 T. 4765/5306 içtihadına göre il özel idarelerinin ayrı bütçeleri olan kamu tüzel kişileri olmaları itibarıyla kazancı zamanaşımı yoluyla taşınmaz kazanabilecekleri belirtilmiştir (OKTAY, S.: age. s.116 ; ERDEN, O.:age s.9). Aksi görüş için Bknz. BERTAN,S.: age. s.554. Yazar, kamu tüzel kişilerinin hangi mallara malik sıfatıyla zilyet bulunabileceğini yasa belirtmiştir. Yasanın verdiği yetki dışında bir kamu tüzel kişiliğinin malik sıfatıyla zilyet bulunmasının kabul edilemeyeceğini ve köy tüzel kişiliğinin gerçek kişiyle ait taşınmazı köy adına tescilini isteyemeyeceği görüşündedir.

(41) OKTAY, S.: age. s.117

dan anlatılan, Yabancı Sermayeyi Teşvik Yasasının 10, Turizmi Teşvik Yasasının 8/E, Petrol Yasasının 12, Bankalar Yasasının 2 maddelerine göre yabancı uyruklu özel hukuk tüzel kişileri taşınmaz mal kazanabileceklerdir.

Yabancı uyruklu kamu tüzel kişileri kural olarak Türkiye'de taşınmaz mal kazanamayacaklardır. Ancak burada hemen elçilik ve konsolosluklara ait binaların istisna olduğunu belirtmek gerekir.

III.2) Davalı

TMY. md. 713/1 maddesine göre tescil davasının davalısı daima Hazinedir. Ancak Hazine yanında ilgili kamu tüzel kişisi de yer almalıdır. Taşınmazın köy sınırları⁴² içinde olması halinde köy tüzel kişiliği; belediye sınırlarında olması halinde belediye başkanlığı⁴³; taşınmaz başka kamu tüzel kişilerine ait ise o tüzel kişinin Hazinenin yanında yasal davalı⁴⁴ durumunda olmalıdır. Bu tüzel kişiler davalı olarak gösterilmemişse dahili dava yoluyla yargılamaya katılımı sağlanmalıdır.

Taşınmazın sınırında karayolu var ise TMY 713/3 maddesi hükmü gözönünde tutularak ilgisi yönünden davanın Karayolları Genel Müdürlüğüne yöneltmesi gerekir.⁴⁵ Köy yolları, bulunduğu köy tüzel kişiliğine ait olup husumetin ayrıca Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne yöneltmesine gerek yoktur.⁴⁶

Tescili istenilen taşınmazın sınırında ormanı ilgilendiren bir yer varsa, tescil davasının Orman Genel Müdürlüğüne yönlendirilmesi gerekir.⁴⁷

(42) Dava konusu taşınmaz köy orta malı mera olarak sınırlandırılmıştır. Bu tür davalarda davanın hazine yanında, meralardan istifade eden ilgili köy tüzel kişiliğinin de yer alması gerekir. Mahkemece davanın köy tüzel kişiliğine yöneltmesi, gösterdiği takdirde delillerinin toplanması gerekir (8 HD 11.02.2002 T. 1097/1227 ; yayınlanmamıştır)

(43) 8 HD 12.02.2002 T. 1099/1254 (yayınlanmamıştır).

(44) Yasal taraf oldukları için hazine ve köy yargılama giderleriyle yükümlü tutulamayacaktır (8 HD 28.10.1991 1990/19089, 14661; AYAN,M.: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Konya 2000, s.187).

(45) 8 HD 08.02.2002 632/130 (yayınlanmamıştır). 8 HD 19.03.2002 T. 1956/2225 (yayınlanmamıştır). Böyle bir durumda yolun bu kesimine ait mevcutsa kamulaştırma haritası ve dayanaklarının getirtilip dosya arasına konması gerekmektedir.

(46) 8 HD 13.07.1998 T. 1404/8387 (ERDEN,O.: age. s.11).

(47) 8 HD 11.03.1985 T. 2629/2443 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.108).

Taşınmazın durumuna göre, DSI, TCDD, Vakıflar Genel Müdürlüğü, TEAŞ, TEDAŞ, boru hattının varlığı halinde BOTAŞ veya POAŞ gibi kuruluşlar davalı olarak hazinenin yanında yer alırlar.

Tapu iptal ve tescil davalarında davalılar ise tapuda kayıtlı malik veya mirasçılardır. Kadastro Yasası uygulamasında, ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş olup da adlarına kayıt yapılmamış mirasçılar aleyhine de dava açılabilir (md.29/II). Bu dava aynı zamanda mülkiyetin tespiti davasıdır.⁴⁸ Suriye uyruklu malikler hakkında açılacak iptal ve tescil davalarında hazinenin davalı gösterilmesi gerekir.⁴⁹

IV) KAZANMA KOŞULLARI

Genel olarak bakıldığında, zamanaşımı ile kazanma; 1) Taşınmazın zamanaşımı ile mülkiyet kazanılmasına uygun bir taşınmaz olması. 2) Mülkiyeti kazanacak kişinin bu taşınmaza yasanın aradığı koşullarla belli bir süre zilyet olması. 3) Zilyedin mahkemeye başvurusu üzerine, yapılacak yargılamayla karar verilmesi koşullarına bağlıdır.

IV.1) TAŞINMAZ KAZANMAYA UYGUN OLMALIDIR

Bir taşınmazın TMY 713/1 maddesi uyarınca; tapuya tesciline karar verilebilmesi için yasada belirtilen diğer kazanma koşulları yanında, taşınmazın niteliği itibariyle kazanılmaya uygun yerlerden olması gerekir.

Tapusuz taşınmazların bu madde bakımından kazanılmasının olanaklı olduğu birinci fıkrada belirtilmiştir. Tapulu taşınmazlara gelince, tapu kütüğünün taşınmaz üzerindeki gerçek hak durumunu yansıttığı durumlarda, olağanüstü zamanaşımı ne kadar sürerse sürsün mümkün değildir. Ancak tapu kütüğünün gerçek hak durumunu yansıtmadığı durumlardadır ki

(48) ESENER,T.-GÜVEN,K.: Eşya Hukuku, Ankara 1996, s.150

(49) Suriye uyruklu kişilere ait taşınmazların idaresi hazineye bırakıldığına göre (1062 sayılı yasa ve 01.10.1966 T. 6/7104 yönetmelik md.1) zilyetlik yoluyla kazanmaya ilişkin böyle bir davada hazinenin davalı olarak gösterilmesi ve husumetin ona yöneltilmesi gerekir (8 HD 02.02.1998 T. 1997/5074- 408 ; <http://www.adalet.gov.tr/Higm/kanun-yararinabozma.htm>).

tapulu bir taşınmaz için olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanma mümkün olabilecektir.⁵⁰

Medeni Yasanın olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet kazanılmasına elverişli saydığı taşınmazlar olan tapusuz taşınmazlarda mülkiyetin bu yolla kazanılmasında 3402 sayılı Kadastro Yasasının 33/3 maddesi gereğince aynı yasanın 14. maddesi uygulanacaktır.⁵¹ Tapuda kayıtlı olup da tapu kaydında yazılı maliki hayatta bulunuyor veya kim olduğu biliniyorsa ya da gaipliğine karar verilmemişse böyle bir taşınmaz olağanüstü zamanaşımı yolu ile kazanılamaz.

3402 sayılı Kadastro Yasasının 33/3 ve 18/2 maddelerine bakıldığında ve daha sonra değineceğimiz diğer yasalar ele alındığında zamanaşımı yolu ile kazanılması yasaklanmış olan taşınmazların var oldukları görülecektir. Zamanaşımı ile kazanılacak taşınmazların öncelikle özel hukuk mülkiyeti kurmaya elverişli taşınmaz olması daha sonra da yasaklayıcı bir hükmün olmaması gerekir.⁵²

TMY. 713. maddesine göre kazandırıcı zamanaşımına konu olabilecek taşınmazlar; tapuda kaydı olmayan (TMY. md. 713/1) veya tapuda kaydı olup da malikinin kim olduğunun belli olmayan (TMY. md.713/II) taşınmazlardır. İlk fıkradaki taşınmazların konu olduğu davalara "tescil davaları" ikinci fıkradaki taşınmazların konu oldukları taşınmaz davalarına da "iptal ve tescil davaları" denilmektedir. Bu bakımdan; konumu açısından taşınmazları,

1.fıkra için taşınmazın tapuya kayıtlı olmaması gerekir.

2. fıkra için ise tapu siciline kayıtlı olması ile birlikte

Tapu sicilinden malikinin kim olduğu anlaşılamayan taşınmazlar

Tapu sicilinde kayıt maliki 20 yıl önce ölmüş bulunan taşınmazlar

Tapu malikinin 20 yıl önce gaipliğine karar verilmiş bulunan taşınmazlar şeklinde ayırma tutmak incelemek için daha kolay olacaktır.

(50) AYBAY,A.-HATEMİ,H.: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s.143 ; OĞUZMAN,M.K-SELİÇİ,Ö.: age. s.396

(51) OĞUZMAN,M.K-SELİÇİ,Ö.: age. s.396

(52) OĞUZMAN,M.K-SELİÇİ,Ö.: age. s.396 ; AYAN,M.: age. s.174 ; BERTAN,S.: age. s.550 ; OKTAY,S.: age. s.25

a) Kamu Malı Olmaları Nedeniyle Tescil Davasına Konu Olamayacak Taşınmazlar

Kadastro Yasasının 33/3. maddesi gereği, tüm yurttaki uygulanan, Kadastro Yasasının 18/II maddesi, orta mallar, hizmet malları ve devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerlerin zamanaşımı yolu ile kazanılamayacağını belirtmiştir. Aynı yasanın 16. maddesi ise sınırlı olmayarak hizmet mallarını, orta malları ve devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri belirtmiştir.⁵³ Dolayısıyla, nitelikleri bakımından tapu siciline kaydedilmeleri gerekmeyen (TMY. md. 999) devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin (TMY. md.715) mülkiyeti, olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılamaz (3402 S. Kadastro Yasası md.18).

Kamu kuruluşları, kendilerine verilmiş olan görev ve hizmetleri yürütebilmek için, taşınır ve taşınmaz mallara araç ve gereçlere gereksinime duyarlar. Bu mallar halkın kullanımına ayrılanlar (orta malları), belli kamu

(53) Kadastro Yasası md. 16“*Kamunun ortak kullanmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahihsiz yerlerden:*

A) *Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler (hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami, genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar v.b. hizmet malları.) kayıt, belge veya özel kanunlara göre hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye, köy veya mahalli idare birlikleri tüzel kişiliği adlarına tespit olunur.*

B) *Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi, paralı veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen orta malı taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır.*

Bu sınırlandırma, tescil mahiyetinde olmadığı gibi, bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarda yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler.

Yol, meydan, köprü gibi orta malları ise haritasında gösterilmekle yetinilir.

C) *Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahihsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular, tescil ile sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır.*

D) *Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunların hükümlerine tabidir.”*

hizmetine ayrılanlar (hizmet malları) ve sahipsiz mallar (devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallar) olmak üzere üçe ayrılır.⁵⁴

Bir taşınmazın kamu hizmetinde kullanılan taşınmazlardan olup olmadığı konusunda taraflar arasında çekişme oluşursa, iddia ve savunmanın belgeler, bilirkişi ve tanık sözleri ile kanıtlanması olanaklıdır.⁵⁵ Kadastro Yasası 16. madde ve diğer özel yasalara göre konuyu üçe ayırarak inceleyeceğiz.

aa) Hizmet Malları

Özgüleme (tahsis), yönetsel bir işlemdir. Bu işlemle bir taşınmaz mal, kamu malı durumuna getirilir.⁵⁶ Bir malın bu kategoriye girmesi bakımından bir hizmete tahsis edilmiş olması gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir. Bunun yanısıra kamu hizmetinin tahsis edilmiş bu malın, o hizmete göre uyarlanmış ve düzenlenmiş olması gerekliliği ek bir kriter olarak kabul edilmiştir.⁵⁷

Kamunun ortak kullanılmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler-

(54) GÖZÜBÜYÜK,Ş.: Yönetim Hukuku, Ankara 1995, s.207-208 ; ÖZAY,İ.H.: Gün Işığında Yönetim, İstanbul 1996, s.583

(55) Davacı kazandırıcı zamanaşımına dayandığı ve maddi bir olgu olan zilyetliğin her türlü delille kanıtlanması zorunlu bulunduğuna göre taşınmazın öncesi itibariyle niteliği, kime ait olduğu, zilyetliğin nasıl ve ne zaman başladığı, ne kadar sürdüğü ve ne şekilde devam ettiği, ekonomik amacına uygun bir zilyetlik bulunup bulunmadığı, hangi eylemlilerle olaylara dayandığı tanıklardan sorulmalıdır (KARAMAN,D.: Kadastro Davaları Uygulama Kılavuzu, Ankara 2001, s.43).

(56) GÖZÜBÜYÜK,Ş.: age. s.209. Yerel bilirkişi ve tanıklar, dava konusu taşınmaz üzerinde 1987 yılında okul inşaatı yapıldığı ve halen okul olarak kullanıldığını bildirmişlerdir. Taşınmaz, il özel idaresince elkonulmak suretiyle okul binası yapıldığı ve halen okul olarak kullanıldığına göre; taşınmaz kamu hizmetine tahsis edilmiş sayılır. Daha açık bir deyimle; taşınmaz okul olarak yapılmak suretiyle kamu emlakine dönüşmüştür. Kamu emlakine dönüşen bir yerin özel mülkiyet şeklinde tapuya tescili mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, il özel idaresince okul yapıldığı tarihe kadar kazanma koşulları oluşmuş ise davacıların mülkiyetinin tespitine karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken, davacılar adına tapuya tesciline, üzerindeki ilköğretim okuluna ait binaların tapu sicilinin beyanla hanesine şerh edilmesine karar verilmiş olması doğru değildir (8 HD 11.02.2002 T. 810/1186 ; yayınlanmamıştır). Ayrıca Bknz. aşağıda Dp.142, 178

(57) ÖZAY,İ.H.: age. s.584 ; OKTAY,S.: age. s.29

den; (Kad.Y. md.16/I) Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, kayıt, belge veya özel yasalarına göre hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye, köy veya yerel yönetim birliği tüzel kişiliği adlarına tespit olunur (Kad.Y. md 16/A).

Bu hükmün yüzeysel incelenmesinde "hizmet malı" niteliğini kazanmak için kamu hizmetinde kullanılma yanında, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılması gerekli olduğu izlenimi doğuyorsa da, anılan hükmün hizmet mallarının tapuya kaydını düzenleme amacı taşıdığı düşünülecek olursa, böyle bir taşınmazın ilgili kuruluşu tarafından ödenek veya yardım koşulu aranmamalıdır.⁵⁸

Bir mal hizmet malı olarak tahsis edilmesinden sonra zamanaşımı yolu ile kazanılması düşünülemez. Yönetimce o taşınmazda kamu hizmetinden vazgeçilmesi halinde ancak yönetim tarafından aynı değerde tahsis işlemi kaldırılmadığı sürece hizmet malının kamu malı niteliğini kaybetmesi olanaklı olmayacağından, hizmet görülmemesinin terki ile taşınmazın zamanaşımı ile kazanılmaya elverişli hale gelemez.⁵⁹

Hizmet malları olarak yasada hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık birimleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami, genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluk ve benzeri hizmet malları sayılmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi bu sayım sınırlayıcı değildir. Yasada sayılı olan bu yerlerden bazılarına değinmek yerinde olacaktır.

Mezarlıklar:

Mezarlıklar Kad.Y. md.16/A'da kamu malı olarak kabul edilmiştir. Doktrin ve uygulama da bu doğrultudadır. Kamu malı niteliğinde olan mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile kazanılması olanaksızdır.⁶⁰ Ancak 2644 sayılı Tapu Yasasının 24. maddesine göre metrük ve kimsesiz mezarlıklar ile vakfa ait genel mezarlıklar, köyü tüzel kişiliğinin (yasaya göre manevi şahsiyet) özel mülkiyetinde olan yerlerdendir. Bunların zamanaşımı

(58) OKTAY,S.: age. s.29

(59) OKTAY,S.: age. s.30

(60) 7 HD 06.05.1988 T. 1985/3711, 4449 (AYAN,M.: age. s.176)

ile kazanılması olanaklı değildir.⁶¹ Terk edilmiş mezarlıkların yetkili belediye organları tarafından kişilere satılmasına karar verildiği ve bu kararın kesinleşmesi halinde o taşınmaz mal belediyenin özel mülkiyetine geçecektir.⁶² Terk edilmiş mezarlıkların zamanaşımı ile kazanılması olanaklıdır.⁶³ Genel olarak mezarlıklar sınırları içinde bulunduğu kamu tüzel kişiliğine aittir. Özel mezarlık ya da bir caminin mezarlığı sözkonusu değildir. Gerek Belediye, gerekse Köy Yasasına göre, bu tür yerler kamu malı sayılır. Yönetim ve bakım görevi içerisinde bulunduğu kamu kuruluşuna aittir.⁶⁴ 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkındaki Yasanın 1. maddesi mezarlıkların mülkiyetinin kime ait olduğunu bildirdikten sonra, mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımı yolu ile kazanılamayacağını belirtmiştir.

Yunak :

Yunak, köylülerin ortak çamaşır yıkama yerleri olup bu niteliğine göre kamu malıdır. Kamu niteliğinde olan bu yerlerin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün değildir.⁶⁵

bb) Orta mallar

Orta malların temel fikri araştırıldığında, kamu özgürlükleri ve toplum halinde yaşamının vazgeçilmez gerekleri ile yakından ilgili olduğu düşünülen

(61) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.90 ; OKTAY,S.: age. s.30. 1580 sayılı Belediye Yasasının 160. maddesinde de metrük ve kimsesiz mezarlıklar ile vakfa ait genel mezarlıkların belediyeye devredildiği ve belediyeye devrilmesine kadar satımının yasaklandığı düzenlenmiştir.

(62) İBK 03.06.1959 T. 8/2 (RG 03.08.1959 T. S.10269).

(63) HGK 03.06.1974 T. 1468/586 (OKTAY,S.: age. s.30). 8 HD 20.04.1992 T. 1991/18756, 7078 (AYAN,M.: age. s.176). 16 HD 05.02.1988 T. 7338/19035 (KARAMAN,D.: age. s.61).

(64) 8 HD 30.09.1997 T. T.13606/13019 (KARAMAN,D.: age. s.62). Cenaze defnedilebilecek durumda olan mezarlıkların, zilyetlikle kazanılması olanaklı değildir. Ancak metruk mezarlıklar, şartları mevcut olduğu takdirde, zilyetlikle iktisap olunabilir. Bu itibarla, mezarlığın niteliği üzerinde durulmak ve iktisap olanağı bulunmadığı anlaşıldığı takdirde, tescili yoluna gidilen taşınmaz, mezarlık sınırı gösterilmek suretiyle sınırlandırılmaya tabi tutulup tescile karar verilmek gerekir (8 HD 20.12.1988 T. 17562/17142 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.91). Aksi görüş için Bknz. HGK 14.04.1954 T. 5-36, 38 (ÖZKAN,H.: Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Ankara Tarihsiz, s.372).

(65) 14 HD 07.02.1980 T. 541/677 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.90).

malardan oluştuğu gözetilir.⁶⁶ Kad.Y. 16/B maddesinde orta malı taşınmaz mallar belirlenmiştir. Buradaki sayımın da sınırlayıcı olmadığını belirtmekte yarar vardır. Yasada sayılan ve uygulamada karşımıza çokça çıkar orta mallarından bazılarında değinmekte yarar vardır.

Mera, Yaylak ve Kışlaklar:

3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Yasası 2. maddesi, mera,yaylak ve kışlakların, tarım arazisi olduğunu belirtmiştir. Bu yasadan önce Anayasa Mahkemesince iptal edilen 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Yasasının 131. maddesinde tanımlama yapılmıştır. Buna göre; mera, bir veya birkaç köyü veya belediyenin münferiden veya müştereken hayvanların otlatmaları ve otundan yararlanmaları için tahsis edilen ya da öteden beri (kadim) bu amaçla kullanılagelen ve hak sahiplerinin, mevcut intifa hakları dışında üzerinde eylemli ve hukuksal olarak tasarrufta bulunamadıkları arazi olarak tanımlanmıştır.⁶⁷

Bu tanımda; “tahsis” mera olarak taşınmazın bir veya birkaç köy ya da kasabaya yetkili makam tarafından⁶⁸ bir belgeye⁶⁹ dayanarak kullanmak üzere bırakılmasıdır. Tanımda geçen “kadimden beri kullanma” sözüyle ise taşınmazın öncesi belli olmayan bir zamandan beri mera olarak kullanıldığı ve bunun sürdüğünü anlatılmak istenilmiştir.⁷⁰ Bir yerin mera olarak kabulü için sadece hayvan otlatılmaya uygun olması yetmez, aynı zamanda hukuki bir ögesinin bulunması da gerekir. Bu hukuki öge özgülenme ve kadimden beri kullanma olarak açıklanabilir.⁷¹

(66) ÖZAY,İ.H.: age. s.584

(67) Tanım (mera, yaylak ve kışlak ile ilgili ayrıntılı bilgi) için Bknz. CİN,H.-SURLU,M.H.: Türk Hukukunda Mera, Yaylak, Kışlaklar ve Mera Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s.37.

(68) Mera norm kararı ile tahsis tutanağı ve harita, Köy Hizmetlerinden istenilmelidir.

(69) Uygulamada “mer’a tahsis belgesi” denilmektedir. Tanım için Bknz. CİN,H.-SURLU,M.H.: age. s.38.

(70) CİN,H.-SURLU,M.H.: age. s.39 ; SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.102. İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Gn. Müd. Köyün kuruluş tarihi sorulabilir, eğer kadim köy ise merası da kadimdir.

(71) CİN,H.-SURLU,M.H.: age. s.37. Kadimlik iddiası tanık ile kanıtlanabilir. Burada kanıtlanacak konu, kadimden beri bir özgüleme işleminin olduğu değil, davalı veya davacı köy veya kasaba halkının o yeri mera olarak kadimden beri kullanmakta olduğu vakiasıdır (7 HD 07.02.1974 T. 10295/450 ; CİN,H.-SURLU,M.H.: age. s.40).

Mera iddiasının özellikle kadim kullanmaya dayanan mera iddiasının bilirkişi sözleriyle ispatı kabul edilmemiştir. Çünkü bilirkişi, çözümü özel bilgiyi gerektiren durumlarda bilgisine başvurulmuş kişidir. Bundan dolayı bilirkişinin görüşü tek başına hükme esas olmayacaktır. Elde tahsis belgesi yoksa bu durumda tanık ile kanıtlamak gerekir.⁷²

Tescil davasına konu olacak taşınmazın, mera, yaylak ve kışlak gibi kamu malı niteliğinde olmaması gerekir.⁷³

Ancak 3194 sayılı İmar Yasasının 11/son maddesi, 'hazırlanan imar planı sınırları içerisindeki meralar, imar planı onayı ile bu niteliğini kendiliğinden kaybederek, onaylanan imar planı kararı ile getirilen kullanma amacına konu ve tabi olurlar' düzenlemesini getirmiştir.

Bu durumda, meraların zamanaşımı ile kazanmaya konu olamayacakları ancak İmar Yasası md.11/son ile özel mülkiyet konu olacaklarından zamanaşımı ile kazanılabilecekleri kabul edilmelidir.⁷⁴

Uygulamada karşımıza en çok hizmet mallarından olan meralar üzerinde biraz daha durmak yararlı olacaktır. Özellikle mera araştırılmasının yöntemine uygun olarak yapılması önem göstermektedir. Bir yerin mera olup olmadığının öncelikle taşınmazın bulunduğu çalışma alanında tahsisli mera olup olmadığının ilgili yerlerden sorulup saptanması, mera tahsis kaydı

(72) CİN,H.-SURLU,M.H.: age. s.43. Mera sınırı değişebilir ve genişlemeye elverişli sınırlardandır. Bu nitelikteki sınırları taşıyan kayıtlar 3402 S.Y.md.20 (766 S.Y. md.42) göre kural olarak miktarı ile geçerlidir. Taşınmazın kenarının tapu-vergi kaydının mera okuması, tapulama sırasında, vergi-tapu kaydına göre fazla miktarda pay verilmesi, meradan genişletilmek suretiyle açılarak elde edildiğinin kabulünü gerektirir. Taşınmazın öncesinin mera olmadığına dair iddianın aynı derecede kuvvetli bir delille ispatı gerekir. Davacının bu şekilde bir belge getiremeyeceğine göre, öncesinin mera olmadığını belirtir tanık beyanlarını itibar edilemez.

(73) 20 HD 23.01.1995 T. 1994/2442, 495 (YKD. 1996/4 s.601 vd.). Aynı doğrultuda 20 HD 31.10.1994 T. 1993/6819, 12947 (YKD. 1997/7 s.1128). Bir yerin mera olduğunu kabul etmek için o yerin ya kamu yararına tahsis edilmiş olması ya da kadimden bu yana mera olarak kullanıldığının ispatı gerekir (HGK. 17.12.1982 T. 1979/7-1708, 956 ; KARAMAN,D.: age. s.57). Mera sınırlandırılmasına karşı açılan itiraz davası kesinleşmeyi önler. Tutanağı kesinleşmeyen taşınmazlarla ilgili davalara kadastro mahkemesinde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekir (8 HD 11.02.2002 T. 311/1159 ; yayınlanmamıştır) ; 7 HD 12.02.1973 T. 66/794 (CİN,H.-SURLU,M.H.:age. s.56).

(74) OKTAY,S.: age. s.34

var ise mera tahsis kaydı ve dayanağı belgelerin getirilmesi gerekir. Bunlar taşınmaza uygulanarak dava konusu taşınmazın mera tahsis kaydı kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekir.

Eğer mera tahsis kaydı yoksa, davada yararı olmayan komşu köy halkından seçilecek yerel bilirkişi⁷⁵ aracılığı ile dava konusu taşınmazın mera olup olmadığının saptanması, eğer bilirkişi sözleri yeterli görülmez ise tarafların aynı yöntemle gösterecekleri tanıklarının taşınmazın başında dinlenilmesi gerekir (HYY. md.259-365). Bilirkişi ve tanık sözlerinin değerlendirilmesinde komşu parsellerin tutanak örnekleri ve dayanağı belgelerden de yararlanılarak gerektiğinde uzman bilirkişiye başvurulması⁷⁶ ve tutanak bilirkişilerinin dinlenilmesi, çekişme konusu taşınmazın mera niteliğinin açık ve tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenmesi gerekir.⁷⁷

- (75) Taşınmazın mera olduğu iddiasına karşı gösterilen tapu kayıtları, tarafsız, yaşlı ve komşu köylerden gösterilen bilirkişilere uygulatılmalıdır (17 HD 15.01.1992 T. 5573/4715 ; KARAMAN,D.: age. s.57). Tutanaklardaki belirtme sebebine göre taşınmazın öncesinin mera olduğu ve meradan açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda Yargıtay'ın yerleşmiş ve kararlılık kazanmış içtihatları gereğince, taşınmazla ilgili nitelik ve zilyetlik araştırmasının komşu köylerden seçilen yaşlı ve dava konusu taşınmazları bilen bilirkişi ve tanılardan müteşekkil listelerin taraflardan istenerek bunların taşınmazlar başında dinlenmek suretiyle, önce taşınmazın niteliğinin sonra da tasarruf şeklinin araştırılması gerekir (8 HD 04.05.2000 T. 3014/3821 ; YKD. 2001/6 s.835). Aynı doğrultuda 8 HD 06.03.2000 T. 1607/1870 (YKD. 2000/12 s.1833).
- (76) Ziraatçı bilirkişi raporunda taşınmaz üzerinde deve dikenini, köygöçüren ve yabani yulaf bitkilerinin yer aldığı bildirerek kullanma kabiliyeti bakımından 4. sınıf arazi niteliğinde olduğunu bildirmiştir. Bilirkişinin söz ettiği deve dikenini, köygöçüren ve yabani yulaf bitkileri mera bitkileri olduğu gerçektir. Rapora göre taşınmazın öncesinin mera olduğu anlaşılmaktadır. Süresi neye ulaşırsa ulaşsın meralar kazandırıcı zamanlaşımı yolu ile kazanılamazlar (8 HD 19.02.2001 T. 975/1360 ; yayınlanmamıştır). Taşınmazın ilk defa hazine adına tescil edildiği tarihe kadar davacı ve murisi tarafından 20 yıldan fazla süre ile tasarruf edildiği yerel bilirkişi ve tanıklar tarafından ifade edildiğine, taşınmazın bu bölümlerinin mera olmadığı açıklanmış olduğuna ve kültür arazisi niteliğinde bulunduğu ziraatçı uzman bilirkişi tarafından gerekçeli olarak açıklanmış olduğuna göre, taşınmazın bu bölümüne ait davanın kabulüne kana verilmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır (8 HD 18.03.2002 T. 2020/2144 ; yayınlanmamıştır).
- (77) Gerek kadastro tutanaklarındaki açıklamalar ve gerekse paftadaki açıklamalar karşısında dava konusu yerlerin meradan elde edilip edilmediği duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekir. Davacının satıcısına ait 284 tahrir numaralı vergi kaydı kuzey ve güney sınırı "bor" olarak yazılı bulunan bir belgedir. Yerel bilirkişi ve tanıklardan bor sözcüğünün mera olarak kullanılıp kullanılmadığı sorulmadığı gibi, eylemli durum da gözönünde tutularak borun mera niteliğinde bir yer olup olmadığı da mahkemece tartışılıp değerlendirilmemiştir (8 HD 18.03.2002 T. 1746/2148 ; yayınlanmamıştır).

Mera sınırları değişebilir ve genişletmeye elverişli sınırlardandır.⁷⁸ Bu nitelikteki sınırları taşıyan kayıtlar 3402 sayılı Kadastro Yasasının 20. (766 sayılı Tapu Yasası 42) maddesine göre kural olarak miktarı ile geçerlidir. Miktar fazlası olan dava konusu parselin kaydın tesis tarihinde mevcut olan meradan genişletilmek suretiyle açılmak suretiyle elde edildiğinin kabulü zorunludur. Bu durum davacının dayanağı olan resmi kayıtlara veya taşınmazın yanında bulunan eylemli meradan anlaşılabilir. Taşınmazın öncesinin mera olmadığına dair iddianın aynı derecede geçerliliğe sahip bir delille ispatlanması gerekir. Davacı bu şekilde bir belge sunamazsa, lehindeki tanık beyanlarına geçerlilik tanınmaz.

Uygulamada komşu taşınmazlara ait varsa tapu veya vergi kayıtları getirilmekte bunların çekişmeli taşınmazı ne biçimde gösterdiği araştırılmakta bu yolla dava konusunun niteliği belirlenmektedir.⁷⁹ Kuşkusuz bu uygulama takdiri delildir. Davacı, tapu veya vergi kaydının tarafı (maliki) değilse, o belgeye karşı aksini her türlü delille ispat edebilir (HYY. md.290). Fakat sınırdaki taşınmaz davalıya ait olup da tapu veya vergi kaydı varsa ve çekişmeli yeri mera olarak gösteriyorsa, davacının bunun aksini aynı geçerlilikte bir delille ispat etmesi gerekir. Davacının taraf olduğu bir hukuk davasında taşınmazın mera olduğu ispatlanmış veya davacı aynı taşınmaz hakkında ceza mahkemesi kararı ile meraya elatma suçundan (TCY. md.513) mahkum olup hüküm kesinleşmişse bu karar davacıyı bağlar.⁸⁰

(78) Kayıtta hâli okuyan sınır, eylemli durumda da mera ise, kayıt fazlasının meradan açıldığı kabulü gerekir. Mera incelemesi yalnız çekişmeli taşınmazda değil, komşu parsellerli birlikte yapılmalıdır (HGK. 31.01.1990 T. 1989/16-593, 40 ; KARAMAN,D.: age. s.57).

(79) Çekişmeli yer büyük mera parselleri ortasında kaldığı gibi, mera bütünlüğünün de bozulduğu için öncesinin mera olduğu kabul edilerek sınırlandırılıp özel siciline yazılmasına karar vermek gerekmiştir (17 HD 17.12.1992 T. 5416/11908 ; KARAMAN,D.: age. s.59). Çekişmeli taşınmazın dört tarafının kadim mera ile çevrili olduğu, çekişmeli yerin meranın ortasında kaldığı, mera bütünlüğünü bozduğu, dolayısıyla kadim meradan açıldığı ziraat birlikteliği tarafından bildirildiği anlaşılacakla, mera olarak sınırlandırılmasına kara verilmelidir (17 HD 22.02.1993 T. 1249/1766 ; KARAMAN,D.: age. s.57).

(80) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.102 ; 8 HD 23.09.1983 T. 8616/8620 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.103) ; 8 HD 02.10.1990 T. 4364/12683 (KARAMAN,D.: age. s.57).

Kışlak, hayvanların kış mevsiminde barındırılmaları ve otundan yararlanmaları için tahsis edilen ya da öteden beri (kadim) bu amaçla kullanılagelen arazidir.

Yaylak ise yaz mevsimini geçirmeleri ve hayvanlarını otlatmaları ve otundan yararlanmaları için tahsis edilen ya da öteden beri (kadim) bu amaçla kullanılagelen arazi olarak tanımlanmıştır. Yaylaların zamanaşımı ile kazanılması olanaklı değildir.⁸¹

Mera ile ilgili anlatılanlar kışlak ve yaylaklar için de geçerli olup bu yerler de zamanaşımı yolu ile kazanılamazlar.

Otlaklar :

442 sayılı Köy Yasası md.2, köyü oluşturan yerleri sayarken otlaklardan da söz etmiştir.

Otlaklar kamu malı olup otundan ve suyundan yararlanılan ve hukuksal niteliği açısından meradan farkı olmayan, belli bir kesim halkın yararlandığı taşınmazlardır.⁸² Otlaklar, Kad.Y. md.16/B'de açıkça özel mülkiyete konu

(81) Bir taşınmazın zilyetlik yoluyla tescile konu olabilmesi için, öncelikle tapuda kayıtlı olmaması, orman, mera, yayla ve kışlak gibi kamu malı niteliğindeki yerlerden bulunmaması ve 3402 S.Y. 14. maddesi ile zilyetlikle yer kazanmaya ilişkin maddelerde yazılı koşulların davacı yararına gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre; nizalı yer ve çevresinin niteliği, öncesinin ne olduğu yöntemince araştırılmalı; yayla olduğu savunması varsa bir yayla tahsis kararı ve genel yayla tapusu ya da özel idare kaydı bulunup bulunmadığının soruşturulması, varsa bu belgelerle birlikte dayanağı harita, ilgili merciinden istenerek mahalline uygulanmak suretiyle, nizalı taşınmazın bu belgeler karşısındaki durumu saptanmalı bu tür belgelerin olmaması halinde çevre köylerden seçilmiş yaşlı ve tarafsız yerel bilirkişiler ve hazinenin yine çevre köylerden göstereceği tanıkların taşınmazın başında bilgilerine başvurarak; taşınmazın niteliği belirlenmeli, genel olarak, "bir veya birkaç köy, kasaba ve şehir halkının yaz aylarında hayvanlarını otlatmak ve serinletmek için tahsisen veya kadimen yararlandığı arazi parçaları" şeklinde tanımlanan kamunun yararlandığı yayla niteliğindeki yerlerde zilyetlikle toprak kazanılmayacağı ve bu yerlerin özel mülkiyet konusu olamayacağı düşünülmelidir (20 HD 20.06.1994 T. 1993/6624, 58 ; <http://adalet.org/obekran.php?id=851>)

(82) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.103

olamayacakları düzenlenmiştir. Otlaklar kamu malı olduklarından zamanaşımı yolu ile kazanılamazlar.⁸³

Genel Harman Yerleri:

Mevzuatımızda harman yerine ilişkin bir tanım yoktur. Kad.Y. 16/B'de orta malları içinde 'harman yeri' olarak söz edilmesine rağmen, özel harman yerlerinden ayırmak için, genel harman yeri olarak söylemek daha doğru olacaktır. Burada da kadimden beri harman yeri olarak kullanılmalı veya özgüleme (tahsis) işlemi yapılmalıdır. Genel harman yerleri zamanaşımı yolu ile kazanılamayacaklardır.⁸⁴ Ancak özel harman yerleri koşullarının varlığı halinde kazanmaya konu olabilirler.⁸⁵

Bir taşınmazın genel harman yeri olarak nitelendirilebilmesi için, bir köy halkının tümünün harman yapmaları için tahsis edilmesi ya da kadimden beri bu şekilde kullanılmış olması gerekir. Taşınmazın özel harman yeri olarak kabul edilebilmesi için ise ya tapu kaydı kapsamında olması ya da uzun süre ve ekonomik amaca uygun olarak zilyetliğin harman yeri niteliği ile

-
- (83) Köy otlakıyesi ve mezarlığın, umurun menfaatına tahsis edilmiş yerlerden olduğundan tescili mümkün değildir (8 HD 07.02.1963 T. 691/823 ; YILMAZ,E.- YILMAZ,Ü.: Hukuk Rehberi, Ankara 1997,s.1623). Tapu kaydında taşınmazın niteliği otlak diye belirtilmiştir. Otlak, mera demek olması itibariyle 474 S.Y. 3. maddesine girer. Özel mülkiyete konu teşkil etmez. Bu sebeple zamanaşımı ile kazanılamaz (7 HD 24.08.1959 T. 10866/8908 ; YILMAZ,E.- YILMAZ,Ü.: age. s.1624). Çayır olarak kullanmanın da mülkiyeti kazanmaya olanak verdiği yönündeki görüş için Bknz. HGK 31.05.1978 T. 1976/8-3492, 398 (EGEMEN,E.-ÇELİKOĞLU,A.R.-KAYNAK,A.N.-SELİMOĞLU,Y.E.-GÖK,H.-DURSUNKAYA,O.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları 1975-1984, Ankara 1985, s.232).
- (84) Kamu yararına ayrılmış tüm orta malları gibi, genel harman yerleri de birer kamu malıdır. Kamu mallarının sadece yararlanma hakkı kadim veya tahsis edildiği tüzel kişiliğe, kuru mülkiyeti ise devlete aittir (1 HD 10.11.1987 T. 11356/10167 ; KARAMAN,D.: age. s.63). Harman yerinin kazandırıcı zamanaşımı ile edinilmeleri olanaksızdır. Sınırından birisinde harman yeri yazılan tapu ve vergi kayıtları miktarıyla geçerlidir (17 HD 16.11.1992 T. 2475/10206 ; KARAMAN,D.: age. s.63).
- (85) Özel harman yeri olarak kabul edilebilmesi için zilyedin belli mevsimde harman yeri olarak kullandığı arazinin, harman bitiminden sonra da hakimiyeti altında bulundurduğunu ve kullanmaya devam ettiğini kanıtlaması gerekir (7 HD 12.01.1981 T. 9381/35 ; YILMAZ,E.- YILMAZ,Ü.: age. s.1623). Bir yer özel harman yeri olarak kullanılıp harman mevsimi dışında boş bırakılmıyor ve zilyedin fiili hakimiyeti sürdürülüyorsa, zilyetliğin taşınmazın ekonomik amacına uygun olduğu kabul edilmelidir (7 HD 29.02.1984 T. 1983/14028, 2672 ; KILIÇ,H.: age. s.29).

sürdürülmesi gerekir. Sadece yılın belirli bir ayında harman dökmek suretiyle kullanma, taşınmazın özel harman yeri olarak kabulünü ve zilyetlik yoluyla kazanılmasını gerektirmez.⁸⁶

Sivat ve Eyrek Yerleri:

Köy ve kasabaya ait hayvanların dere veya çeşme başlarında sulandığı yerlere sivat; hayvanların sulandıktan sonra veya önce dinlendikleri yerlere eyrek denir.⁸⁷ Sivat ve eyrek yerleri için de kadimden beri kullanma veya özgüleme (tahsis) işlemi gereklidir. Araştırmadan sonra bu nitelikte ise bu taşınmazlar da zamanaşımı yolu ile kazanılamayacaklardır.

Daha önce 3194 sayılı Yaşaya değinmiştik.⁸⁸ Bu halde imar planında özel mülkiyete tabi olan meydanlar zamanaşımı yolu ile kazanmaya uygun duruma gelirler.

Meydanlar:

Kadimden beri yerleşim yerleri içinde veya dışında olup araç park etmek gibi amaçlarla kullanılan boşluklara 'meydan' denir. Buralarda belli günlerde düğün ve sünnet gibi törenler de yapılabilir.

Bu tür yerler köylerin hiçbir kamu hizmetinde kullanılmayan boşluklar anlamında da değildir.⁸⁹ Köy boşlukları kural olarak hazineye ait olup, zilyetlikle kazanıldığı halde, meydanlar köy orta malı niteliğindedir. Özel mülk konusu olamazlar.⁹⁰

(86) 7 HD 06.02.1996 T. C.22 S.6 s.960 (KARAMAN,D.: age. s.63).

(87) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.104 ; OKTAY,S.: age. s.36

(88) Bknz. s.9 Dp.75

(89) Dava konusu taşınmaz köy içerisinde bulunan bir yerdir. Dosya kapsamına göre; dava konusu yerlerin, köy boşluğu niteliğinde bir yer olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir yerin koşulları mevcut olduğu takdirde kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla edinilmesi mümkündür (8 HD 12.02.2002 T. 972/1281 ; yayınlanmamıştır).

(90) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.104. Hukukumuzda köy boşluğu diye arazi türü olmadığı yönündeki görüş için Bknz. HGK 11.01.1980 T. 1978/14-246, 51 (EGEMEN,E.-ÇELİKOĞLU,A.R.-KAYNAK,A.N.-SELİMOĞLU,Y.E.-GÖK,H.-DURSUNKAYA,O.: age. s.335).

Meydanlar hem hizmet malı içerisinde (Kad.Y. md.16/A) ve hem de orta malları içerisinde (Kad. Y. Md.16/B) sayılmıştır. Meydanlar için bir özgüleme işlemi varsa veya kadimden beri bu amaçla kullanılmaktaysa, orta malı içine; bunun tersi durumunda ise hizmet malı sayılacaktır.⁹¹

Baltalıklar:

442 sayılı Köy Yasası 2. maddesi baltalıkları, köyü oluşturan yerler arasında sayılmıştır. Baltalıklar kadimden beri veya özgüleme işlemiyle köy veya kasabanın kullandığı koru niteliğindeki yerlerdir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, bu yerler Orman Yasasına tabi olmamalıdır. Aksi halde orman ile ilgili araştırma yapılmalıdır.

Yollar:

Yollar nitelikleri gereği herkesin kullanımına açık taşınmazlardır. Amaca uygun olarak dileyen herkes yollardan yararlanabilir. Yol özgüleme kararı veya kadimden beri bu amaca ayrılması halinde zamanaşımı yolu ile kazanılamaz. Ancak, özgüleme kararının kalkması veya kadim yol olmaması halinde zamanaşımı yolu ile kazanmaya uygun hale gelebilir.⁹²

Terk edilmiş yolların zilyetlikli kazanılması olanaklıdır.⁹³ Yol fazlası olan yer, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile kazanılabilir.⁹⁴ Bir yerin yol fazlası

(91) OKTAY,S.: age. s.38

(92) Onaylı imar planında yol olarak gösterilen veya eylemli olarak yola dönüştürülen taşınmazlar kamu malı sayılacağından, kazandırıcı zamanaşımı veya zilyetliğe dayanılarak tescil istenemeyeceği gibi MY. md.912 (TMY. md.999) uyarınca özel mülkiyet şeklinde tapuya tesciline olanak yoktur. Ancak, imar planında yol olarak ayrıldığı tarihe kadar MY. md.639 (TMY. md.713) yazılı koşulların oluşmuş bulunması halinde, bu yer üzerinde zilyetliğin tespitine karar verilmesi ve zilyetliğin tespiti ile yetinilmesi gerekir (8 HD 13.03.1995 T. 1994/6497 10198 ; <http://adalet.org/obekran.php?id=1149>). Nizalı taşınmazın hukuki niteliğinin belirlendiği ve yol olması nedeniyle tespit dışı bırakılma tarihinden devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olup henüz imar, ihya ve zilyetlik yoluyla tasarrufa başlanılmadığı, ziraata elverişli hale getirilmediği tespit dışı bırakma işlem ve nedeninden ve davacı zilyedin bu işleme karşı hak iddiasıyla itirazda bulunmadığı anlaşılmalıdır. zilyetliğin ancak en erken tespit tarihinden başladığının kabulü gerekir (8 HD 12.02.2002 T. 953/1282 ; yayınlanmamıştır).

(93) 8 HD 22.06.1994 T. 1992/5419, 5826 (<http://adalet.org/obekran.php?id=438>). 8 HD 29.03.2002 T. 2235/2620 (YKD. 2002/7 s.1032).

(94) 8 HD 29.12.1987 T.16058/16080 (YKD. 1988/7, s.929). 8 HD 29.12.1987 T. 16058/16080 (AYAN,M.: age.s.176).

olduğunun kabulü için, aslının yol olması ya da yol olarak tahsis, kamulaştırma gibi işlemlerle belirtilip, fiilen yol kısmının dışında kalması ya da yolun daraltılmasa ve kısmi güzergah değişikliği nedeniyle fiilen yol dışında kalmış ve yola bitişik yer bulunması gerekir.⁹⁵

Kad.Y. 16/B yolların orta malı olduğunu belirttikten sonra, bu yerlerin (yol, meydan ve köprülerin) haritasında gösterilmekle yetineleceği belirtilmiştir.

cc) Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Olan Mallar

TMY. md. 715 "*Sahipsiz yerler ile yaranı kamuya ait mallar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.*

Aksi ispatlanmadıkça, yaranı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.

Sahipsiz yerler ile yaranı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir." düzenlemesini getirmiştir.

Bu düzenleme, Medeni Yasa hükümlerinin uygulama alanı dışında kalan ve kamu hukuku alanına giren eşyayı belirtmiş, özel hukuka bir sınır çizmiştir. Bu madde kapsamına giren malların, kamu malları olduğu söylenebilir.⁹⁶

Maddede geçen sahipsiz mal terimi hatalı bir terimdir.⁹⁷

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile

(95) 8 HD 19.09.1984 T. 8205/7896 (SINMAZ.B.-KARATAŞ.İ.: age. s.105)

(96) DÜZCEER.A.R.: age. s.8. MY. md.999 "*özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir ayni hakkın kurulması sözkonusu olmadıkça, kütüğe kaydolunmaz.*

Tapuya kayıtlı bir taşınmaz, kayda tabi olmayan bir taşınmaza dönüşürse, tapu sicilinden çıkarılır." demektedir.

(97) ÖZAY.İ.H.: age. s.586. Ayrıca devletin hüküm ve tasarrufu altındaki terimi için Bknz. ÖZAY.İ.H.: age. s.591 vd.

deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir (Kad.Y. md.16/C). Şimdi madde de sınırlayıcı olmayarak sayılan bu yerleri ele alalım.

Tarıma Uygun Olmayan Taşınmazlar:

Tarıma elverişli yerler, 3083 sayılı SAADDTRY. 2/b maddesinde açıklanan taşınmazlardır.⁹⁸ Bu tanımın dışındaki yerler ise tarıma uygun olmayan yerler olarak anılacaktır.⁹⁹

Tarıma uygun olmayan taşınmazlara yasada örnek olarak sayılan kayalar, tepeler ve dağlar, gerçekten böyle bir elverişsizlik göstermektedir, araştırılmalıdır.

Kural olarak tarıma uygun olmayan kayalar, tepeler ve dağlar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Fakat bu tür taşınmazların tarıma uygun bölümlerinin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılması olanaklıdır. Bunların bazı kısımlarının tarım arazisi niteliğinde bulunması veya imar-ihya (Kad.Y. md.17) yoluyla kültür toprağı haline getirilmesi olanaklıdır.¹⁰⁰

(98) *Orman sınırları dışında kalan, zirai üretim yapılan, çayır, mera, yaylak ve kışlak olarak kullanılan, kullanma şekillerinden birine tahsis edilen veya ekonomik olarak imar, ihya ve ıslah edilerek üretime açılacak arazileridir.* Daha önce yürürlükte yer alan 1617 sayılı TTRÖY md.2 buna benzer bir tanımlama yapmıştır.

(99) Tescil konusu taşınmaz ve çevresindeki taşınmazların konumunu gösteren dosya arasındaki haritada, çevre taşınmazlar üzerinde birçok göletlerin oluştuğu belirlenmiştir. Gölet haline gelen bir yer, kural olarak devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olup, hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Taşınmaz gölet sularının etkisi ve ortasında kalmış olması nedeniyle, kültür arazisi niteliğini yitirmiş bulunmaktadır. Böyle bir yerin kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla tapuya tescili mümkün olmaz (8 HD 25.04.2002 T.3097/3428 ; YKD 2002/8, s.1182 vd).

(100) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.105 ; DÜZCEER,A.R.: age. s.18. Dağ ve tepe sınırları değişir ve genişletilmeye elverişli sınırlardandır. 3402 S.Y. Kadastro Yasasının 20/c, mülga Tapulama Yasasının 42. maddesi hükmüne göre; "harita, plan ve krokiye dayanmayan tapu ve vergi kaydı gibi kayıt ve belgelerde belirtilen sınırlar değişebilir ve genişletilmeye elverişli nitelikte ise bunlarda gösterilen miktara itibar olunur." Bu hüküm karşısında kural olarak kayıta gösterilen miktar fazlasına kayıt tarihinde değişebilir sınırın genişletilmesi suretiyle elde edildiği sonucuna varılır. Genişletilen kısım zilyetlik ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülk edinilebilmesi için ziraata elverişli yerlerden olması gerekir. Dağ, dağ tepeleri, kayalıklar ve akarsular TMY. md. 715 (MY.md.641) sahihsiz şey diye adlandırılan oluşları ve yaradılışları itibariyle

Bunun tespiti uzman ziraatçı bilirkişi aracılığı ile yapılabilir.¹⁰¹

Ormanlar

Ormanlar, bir doğal servet olması nedeniyle, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (ANY. md.168, OY. md.3, Kad.Y. md.16).¹⁰² Genel olarak bakıldığında ve ANY. md.168-170 hükümleri incelendiğinde kamu yararının önplana çıktığı, yasama ve yürütmenin sınırlandırıldığı görülecektir.

tarıma elverişli olmayan, kural olarak zilyetlik ve kazandırıcı zamaşımı yoluyla mülk edinilmeyen devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerdendir. Bir yerin dağ, tepe olması o yerin her halükarda kazandırıcı zamaşımı yoluyla mülk edinilmeyeceği anlamına da gelmez. Bu yerlerin tarıma elverişli olmayan bölümlerinin kazanılması mümkün değil ise de, tarıma elverişli yerler deyimine açıklık getirmek gerekir. Tarıma elverişli yerler deyiminden, verim azlığı ya da çokluğu sözkonusu olmadan eldeki bilgilere göre insana yararlı bitki yetiştirilmesi mümkün olan, üzerinde ekim, dikim, bakım, yetiştirme yapılabilen ya da orman harici doğrudan doğruya yararlanmak suretiyle bitki yetiştirmeye veya hayvan olatmaya elverişli olan ya da imar-ihya yoluyla üretime elverişli hale getirilebilen yerler anlaşılır (8 HD 22.06.1998 T. 1415/7223 ; YKD. 1998/7, s. 996).

(101) Uzman bilirkişi ziraat mühendisi, taşınmazda “yoğun olarak, taş, kayalar ve makilik adı verilen bitki örtüsü ile içinde yer yer delicelikler ve 13-14 adet bakımsız yaşlı zeytin ağaçlarının bulunduğu devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan dağ, tepe, dere yatağı ve benzeri yerlerden olduğunu” açıklamıştır. Taşınmazın belirlenen bu nitelikleri itibarıyla 4721 sayılı TMY 715 (MY. md.641) ve 3402 sayılı Kadastro Yasasının 16/C maddesi kapsamında kalan yerlerden olup tapuya tescili mümkün olmayan yerlerden olduğu anlaşılmaktadır (8 HD 11.02.2002 T. 25/1230 ; yayınlanmamıştır). Ziraatçı uzman bilirkişisi parselin bazı kısımlarının taşlık ve yeni toprak işlenmesi yapılmış yerlerden olduğunu açıklamıştır. Ziraatçı bilirkişinin raporu karşısında dava konusu taşınmazların kültür arazisi niteliğinde olup olmadıkları kesin olarak belirlenmiş değildir. Tüm parsellerin nitelikleri hakkında ziraatçı uzman bilirkişiden gerekçeli görüş alınması, taşlık ve sürülmeyen alanlar mevcut ise bunların kültür arazisi niteliğini kazanan yerlere göre oranlarının, bu şekilde dava konusu taşınmazların üstün vasfının belirlenmesi, taşlık ve sürülmeyen alanlar mevcut ise bunların teknik bilirkişi tarafından krokisine işaret edilmesi gerekmektedir (8 HD 07.02.2002 T. 2001/7381, 1079 ; yayınlanmamıştır).

(102) BAŞPINAR, V.: Orman Sınırı Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukuki Durumu, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/Vbaspinar1.html>, s.1.Yazar, 3302 sayılı yasayla değişik OY. md.11/IV hükmüne göre, “kadastro yapıp kesinleşen devlete ait ormanlar, tapu dairelerince hiçbir harç, vergi ve resim alınmaksızın hazine adına tapuya tescil olunur”, bu hükme göre, ancak kadastro yapılmamış ormanlar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır, görüşündedir (BAŞPINAR, V.: age. s.1 Dp.1).

Orman içinde veya çevresinde yaşayanlarca yerleşim yeri veya tarım alanı açmak için yapılan çalışmalar sonucu orman kadastrosundaki orman sınırları ile eylemli sınırlar birbirini tutmamaktadır. Söz konusu eylemli durumun hukukileştirilmesi için yasayapıcı tarafından bir çok yasa kabul edilmiştir.¹⁰³

OY. md.1/1 "*Tabii olarak yetişen ve emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır*" demektedir.

Bu maddenin ikinci fıkrası ise¹¹ bent halinde ilk fıkranın istisnalarını belirtmiştir. Buna göre; sazlıklar, step nebatlarıyla örtülü yerler, dikenlikler, parklar, mezarlıklar içindeki ağaç ve ağaççıklı yerler, sahipli arazide bulunup da civardaki ormanlarda doğal olarak yetişmeyen ağaç ve ağaççıklar, orman sınırları dışındaki yüzölçümü üç hektarı (otuz dönüm) geçmeyen sahipli arazilerdeki ağaç ve ağaççıklı yerler, sahipli arazilerdeki fıstık çamlıkları ve palamut meşeleri ile her türlü meyveli ağaç ve ağaççıklı yerler, sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinlikler ile funda veya makilerle örtülü, orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerler orman sayılmaz.¹⁰⁴

Ormanlar, mülkiyet ve yönetim yönünden; devlet ormanları, tüzel kişi kamu kurumlarına ait ormanlar ve özel ormanlar olmak üzere üçe ayrılmıştır (OY. md.4/1). Nitelik ve karakter bakımından ise muhafaza ormanları, millî parklar¹⁰⁵ ve istihsal ormanları¹⁰⁶ olarak üçe ayrılmıştır (OY. md.4/II).

Kesinleşmiş orman tahdit sınırları içindeki tapular, hukuki değerini yitirdiğinden, bu yerler de orman sayılır.¹⁰⁷

Ayrıca, devlet ormanlarının herhangi bir suretle yanmasından veya açıklıklarından faydalanarak işgal veya herhangi şekilde elde edilecek yerlerle, buralara yapılacak her türlü yapı ve tesisler şahıslar adına tapuya tescil edilemez (6831 sayılı OY. md.17/II).

(103) BAŞPINAR,V.: age. s.2

(104) 11.12.1987 T. 19661 S. RG.'de yayınlanmış olan, 6831 sayılı Orman Yasasının 1. Maddesine Göre Orman Sayılmayan Yerlerdeki Ağaç ve Ağaççıklardan Sahiplerinin Faydalanma Şekil ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.5

(105) OY. md.25 ; 2873 S. Milli Parklar Yasası

(106) Ticari olarak işletilen ve orman ürünlerinden faydalanılan ormanlardır (AYGEN,D.: Orman Kanunu, Ankara 2000, s. 203).

(107) AYGEN,D.: age. s.56

Orman kadastrosu yapılmış yerler bakımından; orman kadastrosuna ilişkin tutanak ve harita getirilip uzman bilirkişilerce¹⁰⁸ taşınmaza uygulanır. Eğer taşınmaz, harita kapsamında kalıyorsa orman sayılacak ve özel mülkiyete konu olamayacağından, zamanaşımı yolu ile kazanılamayacaktır.

Bu nedenle, bugünkü hukuk düzeni karşısında, orman sınırları dışına çıkarılmayan bir yerde, üzerinde orman olsun veya olmasın mülkiyet kazanımını sağlayacak, haklı bir zilyetlik kurulması mümkün değildir.¹⁰⁹

Bir yerin orman olup olmadığını tespit ederken sadece orada ağaç ve ağaççıkların veya her ikisinin bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır. Bununla birlikte ağaç ve ağaççıkların dip kütüklerinin, orman refakat florası musir bitkilerinin, humus kalıntılarının, ceza veya hukuk mahkemelerince verilmiş ve tespit konusu yerle uygulanabilir ilamların,¹¹⁰ yangın, haşere ve hastalık gibi sebeplerle meydana geldiğini gösterir tutanak, rapor ve kroki-lerin, eski tarihli hava fotoğrafları ve bunlara dayanılarak yapılan 1/25.000

(108) Orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi olmalıdır. Tapu fen memuru, yüksek ziraat mühendisi veya ziraat teknisyeninden alınan rapor yeterli değildir (DÜZCEER, A.R.: age. s.36). 4785 sayılı Yasa gözetilmek suretiyle orman tahdidi yapıp kesinleşmişse; bir yerin orman olup olmadığı kesinleşmiş tahdit haritasının yerine uygulanması yoluyla çözümlenir. Ancak, uygulama orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi bilirkişiye yaptırılmalı ve tahdit haritasında konumu gösterilmelidir. Mahkemece yeniden yapılacak keşifte, serbest orman mühendisleri arasından seçilecek bir orman yüksek mühendisi bulunmadığı takdirde orman mühendisi ve bir fen elemanı aracılığıyla kesinleşmiş tahdit haritası ve tapulama paftası uygulattırılmalı; taşınmazın konumu uzman ve fen ehli bilirkişilere düzenlettirilecek tahdit hattı ile irtibatlı krokide gösterilmeli; oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir (20 HD 19.02.2001 T. 979/1332 ; YKD 2001/7, s.1061).

(109) BAŞPINAR, V.: age. s.3. Aynı doğrultuda 30.03.1993 T. 1992/48, 14 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı için aynı yer Dp.20. 8 HD 25.04.2002 T. 3097/3428 (YKD 2002/8, s.1181 vd.).

(110) Her ne kadar Datça Asliye Hukuk Mahkemesinin 1985/88 esas, 1985/214 karar sayılı hükmü; taraf farklılığı nedeniyle HYY 237. maddesi anlamında bu dava bakımından kesin hüküm teşkil etmez ise de, kesinleşen mahkeme hükmü eldeki bu dava bakımından güçlü delil niteliğindedir. Zira kesinleşen mahkeme kararı ile, taşınmazın niteliği kesin surette belirlenmiş ve zilyetlikle kazanılmayacak kayalık, dağ yamacı niteliğinde bir yer olduğu anlaşılmıştır. Dağ yamacı olan bu kayalıklarla kaplı bir sahanın zamanla bu niteliğini değiştirip tarım arazisi haline dönüşmesi ilmen mümkün değildir (HGK 03.02.1999 T. 8-8, 29 ; İzmir B.D. 1999/3, s.124).

veya daha büyük ölçekli haritaların olup olmadığı, meyil, erozyon şiddeti, iklim ve su rejimine olan etki dereceleri araştırılmalıdır.¹¹¹

Bir yerin orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyıp taşımadığı; orman biliminden anlayan uzman bilirkişiler aracılığı ile belirlenebilir.¹¹² Ormanlarla ilgili uyumsuzluk, uyumsuzluğun çıktığı tarihte yürürlükte bulunan hükümlere göre çözümlenir. Esasen, bir yer ya orman kadastrosu görmüştür ya orman kadastrosu görmemiştir ya da orman sınırları dışına çıkarılmıştır.

(111) KILIÇ,H.: Yargıtay Emsal Kararlarıyla İktisap Zamanaşımının Yorumu, Ankara 1992, s.532

(112) Dosyadaki fenni bilirkişi krokisine ve orman tahdit haritasına göre taşınmazın bulunduğu yerde orman tahdidi yapıldığı anlaşılmaktadır. Tahditle ilgili tutanaklar ve harita, dosyaya getirilmiş ise de uygulama fenni bilirkişiyi yaptırılmıştır. Bu çeşit uygulama Yargıtay içtihatlarında benimsenen usule aykırıdır. Dosyaya getirilen sınırlandırma haritası, çalışma ve askı tutanaklarının bu işlerde uzman serbest orman yüksek mühendisi ve mahalli bilirkişiler aracılığıyla taşınmaz başında ve mahallinde yapılmalıdır. Sınırlandırma tutanağı ve haritasında tanımlanan ve gösterilen O.T.S noktaları ve belli sınır noktaları mahalli bilirkişilerin de ve gerektiğinde bilgisine başvurulmak suretiyle yerleri tespit edilmelidir. Sonra harita teknik kurallara göre ve röper noktalarında belirtmek suretiyle yerine uygulanmalı ve bu uygulama ayrıntılı şekilde uzman bilirkişi rapor ve krokisinde gerekçeli olarak açıklanmalı ve ayrıca dava konusu yer, tahdit haritası üzerinde tasdikli bir şekilde gösterilerek belirtilmelidir. Açıklanan hususların uzman bilirkişi serbest orman yüksek mühendisi aracılığıyla yerine getirilmesi keşfin ve Yargıtay denetiminin sağlıklı yapılabilmesi yönünden zorunludur. Zira orman tahdidi yapılan yerlerde bir taşınmazın orman sayılıp yerlerden olup olmadığına tespiti ancak kesinleşen orman tahdit harita ve tutanaklarının uzman bilirkişi aracılığıyla uygulanması sonucu belirleneceği hususu Yargıtay'ın kararlılık kazanmış içtihatları gereğidir (8 HD 16.11.1999 T. 7478/9301 ; YKD 2000/1, s.43). Dava konusu taşınmaz 1954 yılında yapılan kadastro çalışmaları sırasında Devlet Ormanı olarak tespit dışı bırakılmış, 1984 yılında yetkili Orman Kadastro Komisyonunca 6831 sayılı OY hükümleri uyarınca yapılan sınırlama ve nitelik kaybı sebebiyle orman çalışmaları sırasında da hiç orman sayılmayan yerlerden olması nedeniyle orman sınırlama hattının dışında tutulmuş ve sınırlama 1986 yılında kesinleşmiştir. Kural olarak bir yerin orman sayılan yerlerden olup olmadığını belirtme yetkisi Orman Kadastro Komisyonlarına aittir. Ayrıca genel hükümlere göre açılan davalarda uzman bilirkişi görüşüne başvurulmak suretiyle bir yerin orman sayılan yerlerden olup olmadığı saptanabilir. Bu tür tespit dışı bırakılan yerlerin kural olarak devletin hüküm ve tasarrufu altında sayılan yerlerden olup ancak imar ve ihya yoluyla kazanılabilir (8 HD 11.12.2001 T. 2001/5856, 9160 ; yayınlanmamıştır).

Orman Kadastrosu Görmüş Yerler

Bir yerin orman sayılan yerlerden olup olmadığı araştırılırken öncelikle o yerde tahdit yapılmış ise buna ilişkin sınırlandırma haritası, işe başlama ve bitirme, çalışma tutanağı, askı ilan tutanağı ve kesinleşme tarihini belirten belgelerin okunaklı ve onaylı örnekleri getirilmelidir. Bundan sonra yerinde orman yüksek mühendisi ve gerektiğinde yerel ve teknik bilirkişi aracılığıyla çekişme konusu taşınmaza uygulanmalıdır. Sınırlandırma tutanağı ve harita arasında tanımlanan ve gösterilen OTS ve belirli sınır noktalarının gerektiğinde yerel bilirkişilerin de bilgilerine başvurmak suretiyle yerleri tespit edilmelidir. Sonra harita teknik kurallara göre OTS ve röper noktaları belirtilmek suretiyle yerine uygulanmalı ve bu uygulama ayrıntılı bir şekilde uzman bilirkişi rapor ve krokisinde gerekçeli olarak açıklanmalı ve ayrıca dava konusu yer tahdit haritası üzerinde tasdikli bir şekilde gösterilerek belirtilmelidir. Anılan işlemlerin ayrıntılı olarak yapılması Yargıtay denetimine olanak sağlayacaktır. ¹¹³

Orman Kadastrosu Görmeyen Yerler

Orman kadastrosu görmeyen yerlerin orman niteliği, bilirkişi oy ve görüşü üzerine hakim tarafından belirlenecektir. ¹¹⁴ Bu konuda uzman bilirkişi orman bilirkişisidir. ¹¹⁵

Bilirkişinin seçiminde, hem o çevreyi iyi bilmesine, hem de orman sınırları dışına çıkarılacak yerler hakkında yeterli bilgisinin bulunmasına dikkat edilmelidir. Bu bakımdan orman mühendislerinin dışındaki kimselerin, örneğin, tapu fen memuru, ziraat mühendisi veya teknisyenlerinin bilirkişi seçilmesi ve bunların hazırladıkları rapor yeterli değildir. Orman Yönetiminin taraf olduğu davalarda, bilirkişinin burada görevli olmayan orman

(113) 8 HD 10.04.2000 T. 2706/3000 (YKD. 2001/3, s.349)

(114) 23.09.1983 T. 2896 SY md.61 ile, tescili istenilen taşınmazın orman sayılıp sayılamayacağı konusunda Tarım, Orman ve Köyşleri Bakanlığı'ndan görüş alma zorunluluğu getiren 6831 S. OY. geçici 1. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, bir yerin orman sayılan yerlerden olup olmadığını anılan bakanlıkça belirtilmesi gereğini açıklayan 29.05.1957 T. 9/18 S. İBK geçerliliğini yitirmiştir (DÜZCEER,A.R.: age. s.37 ; OKTAY,S.: age. s.53).

(115) Orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi OY. md.1 göre araştırmasını yapacaktır.

mühendislerinden seçilmesi gerekir. Aksi halde bilirkişinin tarafsızlığı hakkında şüphe duyulur.¹¹⁶

Orman Sınırı Dışına Çıkarılan Yerler

Anayasaya göre,¹¹⁷ orman olarak korunmasında yarar görülmeyen, tarım alanına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş yerler, orman sınırı dışına çıkarılır¹¹⁸ (ANY. md.169/IV,

(116) BAŞPINAR, V.: age. s.16 Dp.31. Aynı yönde görüş için Bknz. DÜZCEER, A.R.: age. s.36, 403 vd.

(117) ANY. md.169/IV *“Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz”* ANY. md.170/I ise *“Ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve bütünlüğünün korunması bakımından, ormanların gözetilmesi ve işletilmesinde devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerle, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi; bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırı dışına çıkartılması; orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsisi kanunla düzenlenir”* hükmünü düzenlemektedir.

(118) Orman dışına çıkarılma kavramının haklı olarak, yanlış olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır BAŞPINAR, V.: age. s.4 ve özellikle Dp. 42’de anılan yazar ve eser.

(119) OY. 2/B *“A) Öncelikle orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen yerleştirilmesi maksadıyla, orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde yarar olduğu tespit edilen yerler ile halen orman rejimi içinde bulunan funda ve makiliklerle örtülü yerlerden tarım alanlarına dönüştürülmesinde yarar olduğu tespit edilen yerler,*

B) 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş yerlerden; tarla, bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik, fındıklık, fıstıklık (antep fıstığı, çam fıstığı) gibi çeşitli tarım alanları veya otlak, kışlak, yaylak gibi hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler ile şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim alanları,

Orman sınırları dışına çıkartılır” demektedir. Ayrıca, konuyla ilgili olarak 08.10.1984 T. ve 18539 S. RG yayımlanan 6831 S. Orman Yasasının 2/A Fıkrasına Göre Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerler Hakkında Yönetmelik ile 02.09.1986 T. 19209 S. RG ile yayımlanan (11.04.1990 T. 20489 S. RG ile değişik) 2/B Maddesinin Uygulanması Hakkındaki Yönetmeliklere bakılabilir.

170/1). Orman dışına çıkarma OY. md.2' ye göre yapılacaktır.¹¹⁹ Böyle bir yerin varlığı halinde de orman bilirkişisi aracılığı ile bu yerin sınırı belirlenecektir.¹²⁰

Gerçek kişiler adına orman alanı dışına çıkarma işlemi yapılmayacağı gibi, özel ormanlar dışında gerçek kişiler hak sahibi sayılmaları da olanaksızdır. Bu durumda gerçek kişi veya kişilerin tahdit dışına çıkarma yolunda Orman Yönetimini zorlayıcı dava açmaları sözkonusu değildir.¹²¹

Orman sınırı dışına çıkarılma tarihinden itibaren, 20 yıl aralıksız, çekişmesiz ve malik sıfatıyla zilyet kazandırıcı zamanaşımından yararlanabilecektir. Orman sınırı dışına çıkarılma işlemi ile hazinenin tescil talebinde bulunup adına tescil edildiği tarih arasında, yirmi yıl geçmesi halinde, burası zilyetlikle kazanılabilecektir.

Orman sınırları içine alınan bir yer için tahdit işleminden önce sözkonusu olan zilyetliğin o yerin sonradan orman dışına çıkarılması halinde, orman sınırı dışına çıkarıldıktan sonra işleyen zilyetliğe eklenip eklenemeyeceği düşünülecek olursa; bir yerin orman sınırları içine alınması ile o ana kadar işleyen zamanaşımı kesilmiş olur ve bir daha bu süre hesaba katılmaz. Çünkü burada artık malik gibi zilyet olma unsuru kalmamıştır. Zamanaşımı tekrar işlemeye başlaması için bütün unsurların bir arada bulunması gerekir. Taşınmaz sonradan devlet ormanı sınırı dışına çıkarılmışsa, sınırlamadan önceki zamanaşımı süresi hesaba katılmaz. Sınır dışına çıkarma işleminden itibaren yeni zamanaşımı süresinin geçmesi gerekir.¹²²

(120) Mahkemece Orman Yönetiminden, ilk tahdit haritası ile ilgili çekişmeli yerlere ait tutanak ve harita ile varsa 2/B uygulamasına ait tutanak ve harita da celp edilip, yerel bilirkişi ile zemine uygulanıp, tahdit hattı ile ilgili kroki çizdirilip, gerekçeli ve detaylı rapor alınıp, toplanacak delillere göre karar verilmelidir (20 HD 17.12.1992 T. 5748/7124 ; AYGEN,D.: age. s.166 vd).

(121) 20 HD 04.02.1992 T. 243/210 (AYGEN,D.: age. s.148).

(122) OKTAY,S.: age. s.55 ; DÜZCEER,A.R.: age. s.39

Orman sınırı dışına çıkarılan yerler, devletin özel mülkiyetindeki taşınmaz mallar arasında yer alır.¹²³

Orman dışına çıkarılma işlemi 2 dönem içinde incelenmelidir;

1- Orman Sınırı Dışına Çıkarılma 01.01.1984'den Önce Yapılmışsa (1744 sayılı Yasa dönemi);

1744 sayılı Yasayla değişik OY. md.2/B'de çıkarma işleminin kimin adına yapılacağı hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, orman dışına çıkarılan yer sınırlaması itirazsız kesinleşmiş ve daha önce bir kimse adına tapulu ise tekrar eski sahibine geçecektir. 1744 sayılı Yasanın yürürlük tarihi ile 2896 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarih arasındaki dönem açısından; tapulu olup da OY. md.2/B uygulaması ile orman dışına çıkarılan kişilere ait yerler yine eski sahipleri adına tescil olunur. Buna karşılık, tarım arazisi olması nedeniyle orman dışına çıkarılan yer, tapusuz ise çıkarma işlemi hazine adına yapılmalıdır. Bunun için hazinenin talep şartı aranır.¹²⁴

2- Orman Sınırı Dışına Çıkarma 01.01.1984'den Sonra Yapılmışsa (2896 ve 3302 sayılı Yasa dönemi);

2896 sayılı Yasayla değişik 6831 sayılı OY md.2 gereğince hazine lehine, orman sınırları dışına çıkarılan yerler hakkında mülkiyet iddiası dinlenmez.¹²⁵ 2896 sayılı Yasaya göre çıkarma işlemi yapılmışsa ve yer tapusuz ise hazine adına, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumuna ait ise bu kurum adına, özel orman ise sahipleri adına tescil edilir.¹²⁶

(123) BAŞPINAR, V.: age. s.6. Ayrıca, yazar sözkonusu yer uzun süre, 2924 S. Yasa uygulamasına tabi tutulmaması halinde ne olacağıın düzenlenmediğini değinerek; 5 yıl içinde 2924 S. Yasa hükümlerine tabi tutulmaması halinde, zilyetlik veya ihya yolu ile kazanılacak taşınmazlar arasına alınmalıdır, görüşündedir (BAŞPINAR, V.: age. s.6 Dp.67). 2924 sayılı Yasanın 11/I. md. uyarınca taşınmazı kullanan kişilere satılması öngörülmüştür. Kadastro çalışmaları sırasında yerin hazine adına tespiti yapılır, eylemli kullanım durumuna göre de bu yerler üzerindeki muhtesat ile tasarruf edenlerin isimleri kadastro tutanağına geçirilir. (8 HD 05.12.2000 T. 8487/9437 ; yayınlanmamıştır).

(124) BAŞPINAR, V.: age. s.7 ; KILIÇ, H.: age. s.516.

(125) KILIÇ, H.: age. s.517

(126) BAŞPINAR, V.: age. s.7

Orman dışına çıkarılan yerler, devletin özel mülkiyetindeki taşınmaz mallar arasında yer alacaktır.

Tarih, Kültür Ve Doğa Varlıkları

Korunması gerekli kültür ve doğa varlıkları; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan yerin üstünde, yerin altında veya su altındaki tüm taşınır ve taşınmazlar olarak tanımlanmaktadır.¹²⁷ 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası 11/1. maddesi “*korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanları, zilyetlik yoluyla iktisap edilemez*” düzenlemesini getirmektedir. Korunma alanı; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmaları veya tarihi çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu olan alanlardır (2863 SY.md.3). Aynı Yasanın 5. maddesi de bu tür varlıkların devlet malı olduklarını belirtmektedir.¹²⁸

Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının belirtme konusunda yetkilidir (md. 7 ve 8). Resmi bilirkişilik görevi de yüksek kurula aittir.¹²⁹

(127) ESMER,G.: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, İstanbul 1990, s.495

(128) Kamu malı olduğu anlaşılan bu malların, hangi kategoriye girdiğinin tartışması için Bknz. OKTAY,S.: age. s.58 ve Dp. 143.

(129) DÜZCEER,A.R.: age. s.69, 403. Üstünde veya altında korunması gerekli kültür veya tabiat varlıkları bulunduran taşınmazların, tapu kütüğünün beyanlar hanesine yüksek kurul kararı ile “varlığı, kültür ve tabiat varlığıdır” şerhi konulacağı ve korunma alanlarının bölge kurulu kararı ile saptanacağı 7. ve 8. maddelerle hükmü bağlanmıştır. Ancak, dava açıldığı takdirde mahkemelerce de bu yasanın getirdiği düzenleme doğrultusunda inceleme ve araştırma yapılması ve kurul kararı doğrultusunda tescil kararı verilmesinde yasal zorunluluk vardır. Bu durumda mahkemece, Kültür ve Tabiat Bakanlığı’na müzekkere yazılarak çekişmeli taşınmazın üstünde ve altında kültür ve tabiat varlığı bulunup bulunmadığının sorulması, bulunması halinde tapu kütüğüne tesciline gerek olup olmadığı yönünden yüksek kuruldan karar alınması, korunma alanının tespiti ve haritaya bağlanması için bölge kuruluna yazı yazılması, bölge kurulu kararına karşı tarafların yüksek kurula 30 gün içinde itiraz hakları olduğunun bildirilmesi, taşınmazın davalı adına tapuya tesciline, üzerindeki kültür veya tabiat varlığı ile korunma alanının tapu kütüğünün beyanlar hanesinde şerh verilmesine karar verilmesi gerekir (16 HD 14.06.1990 T. 1989/14506, 9401 ; KILIÇ,H.: age. s.585).

Bir yerin 2863 sayılı Yasanın 6. maddesinde sayılan ve tarif edilen "taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarından" olup olmadığı, 7. maddeye göre tespitlerinin yapıp yapılmadığı ve Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu kararı ile tescil edilip edilmediği araştırılmalıdır. Aynı Yasanın 8. maddesine göre, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Bölge Kurulu tarafından tespit edilen koruma alanı içerisinde bulunup bulunmadığı hususları Kültür Bakanlığı'ndan sorulup krokileri ilgili kurumlardan getirtilerek yerinde uygulanmak suretiyle çekişmeli yerin korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarından olup olmadığı tespit edilmelidir. Nizalı yerin korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarından olduğunun anlaşılması halinde, bu tür yerlerin 2863 sayılı Yasanın 5. maddesi hükmüne göre, devlet malı niteliğinde bulunduğu ve 11. madde hükmüne göre de, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanlarının zilyetlik yoluyla kazanılamayacağına salt SİT alanlarının ise anılan 11. madde kapsamına girmeyeceği,¹³⁰ en çok SİT alanı içerisindeki taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması gerekli yerlerden olduğunun düşünülmesi ve buna göre karar verilmesi gerekir.

Genel Sular

Genel sular, su kütle ve birikintilerinin doğal olarak ortaya çıkardığı ve yeryüzünü kapladığı biçim ve görünümler olarak tanımlanmaktadır. Bu

(130) Yasakoyucu, koruma alanlarının aksine olarak, sit alanlarında zilyetlikle veya diğer bir mülkiyet belgesi ile mülk edinilmesini yasaklamamıştır. Bunun için sit alanının, aynı zamanda kültür, tabiat varlığı ve koruma alanı olup olmadığını açıklığa kavuşturulması gerekir. Koruma alanı ise, zilyetliğe değer verilmemesi, çekişmeli taşınmazın koruma alanının dışında, fakat sit alanı içerisinde kaldığı takdirde, sit'in; tarihi, arkeolojik, doğal veya kentsel sit niteliği üzerinde durulması, belirlenen sit çeşidine ve taşınmazın konumuna göre kişinin zilyetliğinin ve çekişmeli yerin özel mülkiyete geçmesinin sit açısından bir sakınca yaratıp yaratmadığının araştırılması; gerektiğinde bu yönde uzman bilirkişilerden rapor alınması, koşulların zilyetlik yararına gerçekleşmesi halinde MY. 639/1 (TMY. md. 713) ve 3402 sayılı Kadastro Yasasının 14. maddesinde öngörülen zilyetlikle mülk edinmeye ilişkin öteki hususların bulunup bulunmadığının saptanması zorunludur (1 HD 11.04.1995 T. 1994+++15339/2160 ; <http://adalet.org/obekran.php?id=1230>).

tanıma akarsular,¹³¹ deniz,¹³² göl¹³³ ve nehirler¹³⁴ ve yataklarındaki

- (131) Medeni Yasamız bütün akarsu yataklarını kamu malı saymaktadır. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve menfaati umuma ait kamu mallarından sayılan akarsu ve yatakları etraftaki arazi sahipleri ile kamunun su ihtiyacını karşılamak üzere, aktif olarak kullanılıp ve yararlanmalarını sağladığı sürece, özel mülkiyete konu olamazlar. Ancak suları kendiliğinden kuruyan, çekilen veya yatak değiştiren akarsular, doğal nitelikleri sonucu kazandıkları kamu malı nitelikleri son bularak, medeni hukukta düzenlenmiş özel mülkiyet konusu olabilir (8 HD 20.09.2001 T. 5634/6266 ; YKD 2001/11, s.1680).
- (132) İBK. 13.03.1972 T. 7/4 (DÜZCEER,A.R.: age. s.42). İçtihadın gerekçe kısmında; tamamen bir ülkenin sınırları içerisinde kalan denizlerle sair denizlerin karasuları o devletin hükümlerine girdiklerinden menfaati umuma aittir. MY. 641 (TMY. md.715) maddesi uyarınca, menfaati umuma ait olan mallar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır, kimsenin mülkü olmadığı, belirtilmiştir.
- (133) 13.11.1981 tarihli keşifte taşınmazın üç tarafının göl suları ile kaplı olduğu tespit edilmiştir. 18.05.1987 tarihli keşifte ise göl sularının çekildiği civar taşınmazların toprak olarak ortaya çıktığı görülmüştür. Bu haliyle dava konusu taşınmazın, göl suları etkisi altında kaldığı anlaşılmaktadır. Taşınmazın göl sahası dışında olduğuna dair ziraatçı bilirkişi raporu hükme yeterli bulunmamaktadır. Taşınmazın göl sahasında olup olmadığı, göl sularının daimi etkisi altında bulunup bulunmadığına dair bu konuda uzman sayılan bir jeolog tarafından rapor düzenlenmesi gerekir (8 HD 30.10.1991 T. 4860/4346 ; ATAN,M.: age. s. 175). Gölün daimi etkisi altında kalan yerler, devletin hüküm ve tasarrufu altında olup zilyetlik yoluyla tescili mümkün değildir (DÜZCEER,A.R.: age. s.55).
- (134) Yargıtay uygulamalarına göre, akarsularımızın nehir tanımına giren kısımları; **Meriç Nehri**; ana kolunun topraklarımızı girdiği nokta ile Ege Denizi arasındaki kesimi, **Sakarya Nehri**; Sakarya Nehri ana Kolunun, Gökçekaya Barajı ile Karadeniz arasındaki kesimi, **Kızılırmak Nehri**; Kızılırmak nehrinin ana Kolunun, Delice Irmağı ile birleştiği nokta ile Karadeniz arasındaki kesimi, **Yeşilirmak Nehri**; Yeşilirmak-Kelkit Çayı kavşağı ile Karadeniz arasındaki kesimi, **Çoruh Nehri**; Çoruh Nehri ana kolunun Oltu Çayı ile birleştiği nokta ile Türkiye-Sovyetler Birliği (Ermenistan) sınırı arasındaki kesimi, **Dicle Nehri**; a) Dicle Nehri ana kolunun Bismil İlçesi ile Türkiye-Suriye-Irak sınırı arasındaki kesimi, b) Batman kolunun Serkan (Hizan) Deresi kavşağı ile Dicle Nehri ana kolu kavşağı arasındaki kesimi, c) Baton Kolunun Büyükdere (Hizan) Deresi kavşağı ile Dicle Nehri ana kolu kavşağı arasındaki kesimi, **Fırat Nehri**; a) Ana kolun Keban Barajı ile Türkiye-Suriye sınırı arasındaki kesimi, b) Karasu kolunun Kemah İlçesi ile Keban Barajı gölü arasındaki kesimi, c) Murat kolunun Muş'un kuzeyindeki Karasu Deresi ile birleştiği nokta ile Keban Barajı gölü arasındaki kesimi, **Asi Nehri**; Antakya Şehri ile Akdeniz arasındaki kesimi, **Ceyhan Nehri**; Ceyhan Nehri ana kolunun Aksu Çayı ile birleştiği nokta ile Akdeniz arasındaki kesimi, **Seyhan Nehri**; Zamantı (Yenice) ve Göksu İrmakları kavşağı ile Akdeniz arasındaki kesim, **Göksu Nehri**; Mut civarında, aynı adı taşıyan iki kolun (Göksu Çayları) birleşim noktasıyla Akdeniz arasındaki kesimi, **Manavgat Çayı**; Oymapınar Barajı ile Akdeniz arasındaki kesimi, **Köprü Çayı**; DSİ Köprüçay regülatörü ile Akdeniz arasındaki kesimi

sular girmektedir. Bu suların kenarında oluşan sazlık, bataklık¹³⁵ ve kamışlıklar da onların bir parçasıdır¹³⁶

TMY. md.715/II gereği genel sular da kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Ayrıca, 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkındaki Yasanın 1. maddesi, bu suların genel sular niteliğinde olduğunu, devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirtmiştir.

Çay yataklarının kazanılabilmesi için, çayın aktif yatağı ve etkisi altında kalan bir yer olmaması gerekir.¹³⁷

mi, **Büyük Menderes Nehri**; Büyük Menderes ana kolunun Çine Çayı ile birleştiği nokta ile Ege Denizi arasındaki kesimi, **Simav Çayı**; Simav Çayı ile ana kolunun Apolyont Gölü ayağıyla birleştiği nokta ile Marmara Denizi arasındaki kesimdir (KILIÇ,H.: age. s.441).

- (135) Sazlık ve bataklıklar özel mülkiyete konu olamazlar, iktisap zamanaşımı ile mülk edinilemezler. Ancak 3402 sayılı Yasanın 17. maddesi uyanınca kazanılabilirler (HGK 07.03.1990 T. 1989/1-608, 144 ; KILIÇ,H.: age. s.430).
- (136) OKTAY,S.: age. s.48 ve Dp. 91 ; KILIÇ,H.: age. s.423. Çekişmeli yer, Menderes Nehri yatağıdır. Bu nitelemeye kuşku yoktur. 2644 sayılı Yasanın 14/II fıkrasında (deniz, göl, nehir) metrukatı sahipsiz yerlerden sayıldığına, MY 614 (TMY. md. 715) maddesinde ise sahipsiz yerlerin, 1617 sayılı Yasanın 20. maddesinde, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin zilyetlikle ele geçirilmesi olanağının bulunmadığı kabul edildiğine göre, davalının zilyetliği geçersiz sayılmalıdır (1 HD 31.01.1978 T. 13090/90 ; YILMAZ,E.-YILMAZ,Ü.: age. s.1625).
- (137) Jeolog bilirkişi, taşınmazın bulunduğu yerde 1967/1970 yıllarında DSİ tarafından, çay seddesi yapılmak suretiyle taşınmazın taşkın sahası dışına çıkarıldığı açıklanmış ise de, sedde yapılmasına ilişkin DSİ'ye ait proje ve dayanak belgeler getirilip uyumsuzluğun çözümünde gözönünde tutulmamıştır. Bundan ayrı DSİ 8. Bölge Müdürlüğünün 09.01.1998 günlü karşılık yazısında; seddenin 1967-1970 yılları arasında inşa edildiği, zaman içerisinde ihtiyaca göre dere yatağı ıslahı kapsamı içerisinde bakım onarma çalışmalarının yapıldığı belirtilmiştir. Taşınmazın bu çalışmalar sırasında sedde içerisine veya dışında tutulup tutulmadığı belirtilmediği gibi, taşınmazın çayın etki alanı altında kalıp kalmadığı gereği gibi belirtilmemiştir. Dava konusu taşınmaz dere yatağı olarak tespit dışı bırakılmış olup, böyle bir yerin mahkemece imar ve ihya olmaksızın salt zilyetlik yoluyla kazanılıp kazanılmayacağı tartışılıp değerlendirilmemiştir. Bu husus üzerinde durulması, taşınmaz ihyaya muhtaç ise, 3402 sayılı Kadastro Yasasının 17. maddesinde belirtilen ihyaya ilişkin tüm olumlu ve olumsuz koşulların gözönünde tutulması gerekmektedir (8 HD 08.02.2002 T. 632/1130 ; yayınlanmamıştır). Yörede yapılan arazi kadastro sırasında çekişmeli yerin paftasında aktif çay yatağı olarak gösterildiğinin ve orman tahdit haritası kapsamında kalmadığının belirlenmesi halinde; aktif olmayan çay yataklarının ancak imar-ihya yoluyla kazanılabileceği hususu gözönünde bulundurulmalıdır (20 HD 19.02.2001 T. 979/1332 ; YKD 2001/7, s.1061)

Dere yatakları da kural olarak devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerlerden olup, kazanma koşulları olduğu takdirde, böyle bir yerin kazanılması mümkün olabilir. Dere yatağı olarak tespit dışı bırakılan bir yer için derenin etkisi ve aktif yatağından kurtulduğu tarihten itibaren 20 yıldan fazla süre ile tasarruf edilmiş olması gerekir.¹³⁸

Gölet haline gelen bir yer hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamayacaktır. Taşınmazın gölet sularının etkisi ve ortasında kalmış olması nedeniyle, kültür arazisi niteliğini de yitirecektir. Böyle bir yerin kazandırıcı zamanlaşımı ve zilyetlik yoluyla tapuya tescili mümkün olmaz.¹³⁹

Sahipsiz araziden çıkan kaynakların mülkiyeti hazineye ait olduğundan bunlarda da zilyetlik yoluyla kazanma sözkonusu olamaz.¹⁴⁰

Su altında kalan taşınmazın tesciline karar verilemez. Bu taşınmazlar da kamu malı sayılır. Ancak göl suları altında kalmadan önce özel mülkiyet konusu bir yer ise 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 19. maddesine göre mülkiyetin tespitine karar verilmesi gerekir.¹⁴¹

Kıyılar ve Kumluklar

Kıyılar, devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerdendir (ANY. md. 43, 3621 sayılı Kıyı Yasası md.5). Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeridinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir (ANY. md. 43/II). Kıyılar herkesin eşit ve serbest olarak yararlanmalarına açıktır (3621 SY md.5/II).

3621 sayılı Kıyı Yasasında geçen tanımlar;

Kıyı Çizgisi; Deniz, doğal ve yapay göl ve akarsularda taşkın durumları dışında suyun karaya değdiği noktanın birleşmesinden oluşan çizgiyi,

Kıyı Kenar Çizgisi; kıyı çizgisinden sonraki kara yönünde su hareketleri-

(138) 8 HD 29.03.2002 T. 2235/2620 (YKD 2002/7, s.1032).

(139) 8 HD 25.04.2002 T. 3097/3428 (YKD 2002/8 s.1181 vd.).

(140) ŞENER,E.: Türk Medeni Kanunu, Ankara 1991, s.1256. Meradan çıkan kaynak suları da genel sulardan sayılır (3 HD 30.10.1990 T. 1457/8570 ; KILIÇ,H.: age. s.581)

(141) 8 HD 30.10.1990 T. 11044/14344 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.158-159) ; 8 HD 13.01.1992 T. 1991/16621, 38 (KILIÇ,H.: age. s.424) ; 20 HD 04.06.1998 T. 5189/5818 (YKD. 1998/9, s.1359). Baraj sahası içinde kalan bir taşınmaz kamu malı sayıldığından, özel mülkiyete konu olmaktan çıkar. Mülkiyet hakkının doğduğunun tespiti yönüne gidilebilir (8 HD 02.03.1989/14893, 3105 ; KILIÇ,H.: age. s.426). Kamulaştırılan yer zamanlaşımı yoluyla kazanılamaz (HGK 14.03.1990 T. 8-82, 186 ; İKİD S.767 s.8098).

nin oluşturduğu, kumluk, çakıllık, kayalık, taşlık, sazlık, bataklık ve benzeri alanların doğal sınırlarını,

Sahil Şeridi; kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünden yatay oyarak en az 100 metre genişliğindeki alanı

Dar Kıyı; kıyı kenar çizgisinin, kıyı çizgisi ile çakışmasını, belirtir (3621 S. md. 4).

Kıyılar zilyetlik ve zamanaşımı yoluyla kazanılamayacaklarından, alınan tapu kayıtları da hukuki değer taşımaz.¹⁴²

Yalı şeridi içinde kalan kumsal alan, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması gereken yerlerdendir. Bu nedenle kumsalların zilyetlikle kazanılmasına olanak yoktur.¹⁴³

Doğal Zenginlik ve Kayalıklar

Doğal zenginlik ve kaynaklar ülkemiz açısından önemli görüldüğünden Anayasasının 168. maddesinde bunların devletin hüküm ve tasarrufu altında oldukları düzenlenmiştir.

Özel mülkiyete tabi olmadığı anayasal olarak hükme bağlanan, doğal zenginlik ve kaynaklar, doğal nitelikleri gereği kamu malı sayıldıklarından, sahipsiz mal olarak kabul edilmelidir.¹⁴⁴

Petrol kaynakları,¹⁴⁵ madenler,¹⁴⁶ taş ocakları,¹⁴⁷ maden suları,¹⁴⁸ tuzlar doğal zenginlikler içerisinde olduğu şüphesizdir. Ancak buradaki sayım da sınırlayıcı değildir.

(142) HGK 27.02.1980 T. 1978/1-967, 1365 (KILIÇ,H.: age. s.443).

(143) 8 HD 15.05.1989 T. 2132/4933 (KILIÇ,H.: age. s.442).

(144) OKTAY,S.: age. s.56

(145) 6326 sayılı Petrol Yasasının 1. maddesi, Türkiye'deki petrol kaynaklarının devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirtmektedir.

(146) 3213 sayılı Maden Yasası md.4.

(147) 06.06.1317 T. Taş Ocakları Nizamnamesi md.1. 7 HD 14.07.1954 T. 3659/5239 sayılı kararında, bu taşınmazların devlet veya il özel idarelerine aidiyeti kabul edildiğinden, zilyedin ancak imal hakkı sahibi olabileceğini ve bu nedenle zilyetlik yoluyla kazanılamayacağı belirtilmiştir (ESMER,G.: age. s.497). Burada zilyetlik ferî zilyetlik olduğu için zamanaşımı ile kazanılamayacaktır.

(148) 927 sayılı Sıcak ve Soğuk Maden Sularının İşletilmesi ile Kaplıcaların Kuruluşu Hakkında Yasının 2, 167 sayılı Yeraltı Suları Yasasının 1.maddelerinde bu yönde hükümler vardır. Maden suları ve kaplıca kaynakları özel mülkiyete konu olamazlar (8 HD 29.03.1983 T.2336/2686 ; KILIÇ,H.: age. s.582).

Zonguldak ve Ereğli bölgesindeki (Havza-î Fahmiye) taşınmazların, kamu malı ve özel mülkiyet karışımı nitelikleriyle, mevzuatımızda özel bir yer tutmaktadır. 17.01.1910 tarih ve 289 sayılı "teskerei samiye" Ereğli kömür havzası işletme sahası içinde imar ve ihyaya dayanılarak ve bedeli misli ödenerek kişiler adına tapuya bağlanan veya hakkı karar yolu ile kazanılan taşınmazların o yoldan tasarruf ve tapuya bağlanmasını yasaklamıştır. Bu bölgedeki taşınmazların zamanaşımı yolu ile kazanılması mümkün değildir.¹⁴⁹ İnançları Birleştirme Kararına Göre, Teskerei Samiye hâla hukuki değerini korumaktadır.¹⁵⁰ Bu konuda kömür havzasını gösteren harita uygulamasının büyük önemi vardır.

b) Yasa Gereği Tescil Davasına Konu Olamayacak Taşınmazlar

3402 sayılı Kadastro Yasasının 18/II maddesi uyarınca yasa gereği devlete kalan taşınmalar, tapuda kayıtlı olsun olmasın, zamanaşımı yoluyla kazanılamaz. Buraya mirasçı bırakmadan ölen ve hazineye kalan mallar, padişah hazinesindeki mallar, zorunlu değişime tabi tutulanların malları gibi, devletin özel mülkiyetine geçen mallar anlaşılmalıdır. Ayrıca Kadastro Yasasından ayrı olarak bazı özel yasalarla da bir kısım taşınmazların zamanaşımı ile kazanılamayacağı düzenlenmiştir.

aa) Yasa gereği devlete kalan taşınmazlar

Miras Hükümleri Gereği Devlete Kalan Taşınmazlar

Uygulamadan kalkan Medeni Yasaya göre, ilk üç zümreden mirasçı (ve sağ kalan eş) bırakmadığı ve miras bırakan da ölüme bağlı tasarrufu ile mirasçı atamadığı takdirde, devlet yasal mirasçı sıfatı ile miras kazanmaktaydı (MY. md. 448). Ancak TMY. md. 501 "*mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası, devlete geçer*" hükmünü getirerek bu yol ile devletin mirasçılığını sınırlamıştır. TMY. md.594 "*Miras bırakının mirasçısı bulunup bulunmadığı veya mirasçılardan tamamı bilinmiyorsa, sulh hakimi uygun*

(149) ESMER, G.: age. s.492 ; ŞENER, E.: age. s.1255

(150) İBK 10.06.1953 T. 6/5. Konunun Anayasaya aykırılığı itirazı üzerine Anayasa Mahkemesinin 25.03.1963 T. 28/66 sayılı kararı ile İçtihadı Birleştirme Kararındaki gibi idari bir karar olduğu gerekçesi ile işin incelenmesini Anayasa Mahkemesinin görevi dışında görmüştür (ESMER, G.: age.s.493).

araçlarla ve bir ay ara ile iki defa ilan yapıp hak sahiplerini son ilandan başlayarak en geç bir yıl içinde mirasçılık sıfatını bildirmeye çağırır. İlan süresinde kimse başvurmazsa ve sulh hakimi de hiçbir mirasçı tespit edememişse , miras sebebi ile istihkak davası açma hakkı saklı kalmak üzere miras, devlete geçer.” demektedir.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkındaki Yasanın 22/II. Maddesi, “Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke devlete kalır” dediğinden, böyle taşınmazlar da devlete kalacaktır.

İşte devlete miras yolu ile bu şekilde kalan taşınmazlar da zamanaşımı yoluyla kazanılamayacaktır.¹⁵¹

Kaçak ve Yitik Kişilerden Kalan Taşınmazlar

13.09.1915 tarihli yasayla bu yasayı değiştiren 15.04.1923 tarihli ve 333 sayılı Emvali Metruke¹⁵² adı ile anılan yasalar, ülke savunması ve güvenliği nedeniyle, başka yerlere aktarılan kişilerle, kaybolan ya da ülkeyi terk eden kişilerin malları ile ilgili 02.06.1929 tarihli 146 sayılı TBMM yorum kararında yukarıda adı geçen yasa kapsamına giren kaçak ve yitik (firari ve mütegayyip) kişilerden kalan taşınmazların hazineye geçtiği belirtilmiştir.¹⁵³ Bu tür taşınmazların kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılıp kazanılamayacağı, taşınmazın tapuya kayıtlı olup olmamasına bağlıydı. Ancak daha sonra tapuya kayıtlı olsun olmasın bu taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılamayacağı sonucuna varılmıştır.¹⁵⁴

(151) HGK 09.05.1984 T. 8-97/514 ; 8 HD 25.12.1973 T. 5329/7368 ; 8 HD 26.10.1977 T. 5657/9027 (OĞUZMAN,K.-SELİÇİ,Ö.: age. s.397).

(152) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bknz. DÜZCEER,A.R.: age. s.83 vd.

(153) OKTAY,S.: age. s.61. Taşınmazın öncesinin kaçak ve yitik kişilerden yasalar uyarınca devlete kalan yerlerden olduğu anlaşılmıştır. Bu yerlerin zamanaşımı yoluyla kazanılması olanaklı değildir. Taşınmazdaki zilyedin, zilyetliğinin başkalarına devretmesi de hukuken değer taşımaz. 3402 sayılı Kadastro Yasasının 19/II maddesi hükmüne, taşınmaz üzerine başkasına ait muhdesatların gösterilmesi mümkün olup, zilyetliğin gösterilmesine yasal olanak yoktur (7 HD 25.06.2001 T. 3723/4475 ; YKD 2001/12, s.1833).

(154) 27.01.1954 T. 8/2 sayılı İBK ile tapuya kayıtlı olan taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılmayacağı belirtilirken, 19.06.1957 T. 6/24 sayılı İBK ise, tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların soyut kayıp ve yitik veya başka yere nakledilen kişiden terkedilmiş olması kazanmaya engel sayılmıştır (ESMER,G.: age. s.499) ; AYAN,M.: age. s.177.

Emvali Metruke Yasaları olarak nitelenen yasaların uygulanması suretiyle taşınır, taşınmaz malları tasfiyeye tabi olan gerçek ve tüzel kişilere, 'kaçak ve yitik kişiler' denir. Öğretide bu değimin sadece vaktiyle Türk vatandaşı olan Ermeni asıllı kişilerin anlatılmak istendiği, Ortodoks dininden (mezhebinden) olan Türk uyruklu Rumlar'ın¹⁵⁵, Türkiye'den göç eden Bulgarlar'ın¹⁵⁶ ve Yahudilerin¹⁵⁷ (Musevilerin) bu kişilerden sayılmayacağı belirtilmiştir.¹⁵⁸

Hazine, kaçak ve yitik kişilerden kendisine kalan taşınmazların zilyetliğini, alım-satım, iskan gibi hukuki nedenlerle üçüncü kişilere devretmişse; artık öncesinin kaçak ve yitik kişilerden kaldığı ileri sürerek taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmayacağı söylenemez.¹⁵⁹

Davacı, taşınmazı kaçak ve yitik kişiden ya da mirasçısından devir aldığını öne sürebilir. Devrin geçerli olabilmesi için satın alınanın firardan

Çekişmeli taşınmazın kaçak Rumlar'dan terk edildiği anlaşılmaktadır. 19.07.1972 gün ve 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Öntedbirler Yasasınının 20. md. ile değişik 766 sayılı Tapulama Yasasınının 33/son. md. hükmünce bu gibi yerler, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılamaz (HGK 26.03.1975 T. 8-1595, 416 ; İNAL,N.: Türk Medeni Kanunu, Ankara 1997, s.2356). Kaçak ve kaybolan kişilere ait tapuda kayıtlı bulunmayan ve hazinece yöntemince elkonulmamış olan taşınmazların hakkında MY 639/I (TMY.md.713/I) hükmü, zilyet yararına uygulanır (İBK 19.06.1957 T. 6/24 ; ŞENER,E.: Tüm Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları (İçtihat), Ankara 2000, s.330).

(155) Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesinin 22.04.1963 T. 41/94 sayılı kararı Bknz. DÜZCEER,A.R.: age. s.81. Ancak bunlar "Mübadil Rum" kavramı ile karıştırmamak gerekir. Mübadil Rumlar'a (Türk ve Rum Halkının Değişimine Dair Sözleşme gereği zorunlu değişime tabi tutulanlar) ait taşınmazlar da zamanaşımı yoluyla kazanılamazlar (DÜZCEER,A.R.: age. s.95).

(156) Bu doğrultuda görüş için Bknz. 8 HD 13.09.1978 T. 6268/7796 (DÜZCEER,A.R.: age. s.460 ; OĞUZMAN,K.-SELİÇİ,Ö.: age. s.397 ; DÖNMEZ,İ.:Tapu İptali ve Tescilli Davaları, İstanbul Tarihsiz, 4.bası.). Aksi yönde görüş için Bknz. HGK 19.04.1974 T. 1970/8-81, 436 (DÜZCEER,A.R.: age. s.82).

(157) Yahudiler firari ve mütegayyip kişilerden değildir (8 HD 20.05.1983 T. 5729/5679 ; DÜZCEER,A.R.: age. s.81).

(158) DÜZCEER,A.R.: age. s.81 vd. ; SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.161.

(159) DÜZCEER,A.R.: age. s.89. Aynı doğrultuda içtihatlar için Bknz. ATAN,M.: age. s.177 ve Dp.335. Bu yön iskan dairesinden sorulabilir (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.161).

önceki bir tarihe ait olması ve zilyedin de iddiasını 15.04.1339 gün ve 333 sayılı Yasaya göre muvazaadan arî bir belge ile ispat etmesi gerekir.¹⁶⁰

Dava konusu taşınmazın bu kişilerden kalmadığını iddia eden davacı, belge, yaşı uygun olan bilirkişi ve tanıklarla isbat edebilir. Ayrıca çevre taşınmazlara ait kayıt ve belgelerle de yerine uygulamak suretiyle araştırılıp ispatlanabilir.¹⁶¹

Padişahın kalan mallar da zamanaşımı yoluyla kazanılamaz. 431 sayılı Yasanın 8 ve 10. maddelerine göre; padişahlara ait malların millete kaldığı belirtilmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren Tapu Yasası 33/VI ile bu tür Yasalar gereği devletin kalan taşınmazların kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmayacağı belirtilmiştir.¹⁶²

2510 sayılı İskan Yasasına göre de batıya nakledilenlere ait taşınmazlar da zamanaşımı yoluyla kazanılamaz.¹⁶³

Hatırlatmakta yarar vardır ki Kad.Y.33. maddesine göre; genel hüküm niteliğindeki aynı Yasanın 18. maddesi gereği yasalar uyarınca devlete kalan taşınmaz mallar tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılamazlar.

Burada yeni arazi oluşumuna da değinmekte yarar vardır. TMY 708 maddesi hükümleri çerçevesinde konunun çözümlenmesi gerekmektedir.

(160) HGK 04.08.1981 T. 1979/51, 270 (OKTAY,S.: age. s.62) ; SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.161. Aynı yerde 8 HD 28.01.1983 T. 853/778 sayılı kararı.

(161) Davacının tapu ile malik olduğu ve uyumsuzluk konusu taşınmazın kısmen batı hududunu oluşturan taşınmaza ait tapu kaydının tüm geldileriyle birlikte dairesinden istenmesi, bu kayıta gösterilen İstatit oğlu Todorî yerinin neresi olduğu yerel bilirkişi aracılığı ile araştırılmak, bunun bu hududunun uyumsuzluk konusu yerle ilgisi olup olmadığı belirlenmek, ilgisi olduğu anlaşıldığı takdirde bu kişinin yitik ve kaçak kişilerden olup olmadığı araştırılıp toplanan delillere göre karar vermek gerekir (8 HD 07.07.1986 T. 7266/7022 ; SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.164).

(162) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.188. 1 HD 08.12.1989 T. 12854/14679 (ATAN,M.: age. s.177). Ancak padişahların tapuya tescil edilmemiş taşınmazların millete intikal etmediği için, sadece bunlar zilyetlik yoluyla kazanılabilir görüşü için Bknz. ŞENER,E.: age. s.1256 ve 8 HD 26.12.1961 T. 6660/8672 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.189).

(163) OKTAY,S.: age. s.67

Yeni arazi oluşumu, mülkiyet hakkının edinme yollarından biri olup aslen kazanma niteliğindedir. Birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait sular yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerden yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi devlete ait olur (TMY. md. 708). Gerçek kişilerin veya diğer kamu tüzel kişilerinin yeni oluşmuş bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin kendileri tarafından kazanıldığı iddiası dinlenemez. Ancak bu yolda oluşan arazi, TMY 708/II. maddesi hükmü uyarınca devlet, kamusal bir sakınca bulunmadığı takdirde, öncelikle arazi kayba uğrayan veya bitişik arazi malikine devredilebilir.¹⁶⁴

bb) Yasalardaki Özel Hükümler Gereği Kazanılması Yasak Taşınmazlar

Vakıf Malları:

Vakıf kurumunun temelinde belirli bir eşyanın, daha sık rastlanan şekli ile bir taşınmazın veya bu taşınmazla birlikte birden fazla malvarlığı unsurlarının bir amaca özgülmesi olgusu bulunmaktadır.¹⁶⁵

Vakıf çeşitleri arasında bulunan icareteynli vakıflar, vakıf idaresince mevcut vakıfların idaresi ve özellikle onarılması ve korunmasında uğranılan güçlük ve duyulan ihtiyaçlardan doğmuştur. İcareteynli vakıf, vakıf taşınmazın, değerine yakın ve peşin olarak alınan (icareî muaccele) ve ayrıca her yılın sonunda mutasarrıfından alınan (icareî müeccele) para karşılığında, yararlanma hakkının mutasarrıfına tanınmış olduğunu ifade eder. Bu vakıf taşınmazın mülkiyet hakkı Vakıflar Yönetimine; yararlanma hakkı ise mutasarrıfa aittir. Ayrıca, icareteynli vakıf taşınmaz mutasarrıfın ölümü halinde mirasçuları, intikal hakkına sahiptir.¹⁶⁶

Nitelikleri bakımından özel mülkiyete elverişli oldukları halde, doğrudan doğruya hayrat niteliği taşıyan vakıf malları için TMY. 713. maddesinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir (TMY. md.117/I, 2762 S.Y. md.8). Söz konusu kural, onaylı vakıf defterine kayıtlı olmakla birlikte henüz

(164) 8 HD 14.02.2002 T. 2001/9014 1344 (yayınlanmamıştır).

(165) HATEMİ,H.: Vakıflar Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış, Bu makale için Bknz. ÖZAY,İ.H.: age. s.275 vd.

(166) ESMER,G.: age. s.511 ; KILIÇ,H.: age. s.686. 04.03.1959 T. 2/19 sayılı İBK ile icareteynli vakıf taşınmazlarının kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılamayacağı belirtilmiştir (Bu İBK, mahlûl kalan vakıf taşınmazlar hakkındadır).

tapu siciline geçirilmemiş taşınmazlar bakımından da geçerlidir. Buna karşılık, doğrudan doğruya hayrattan olmayan yerlerin mülkiyeti zamanaşımıyla kazanılabilir.¹⁶⁷

Eski vakıflar Medeni Yasaya tâbi kılınmadı. Eski vakıflar ikiye ayrılmaktadır: Vakfedenin soyundan gelen özel bir yöneticisi (mütevelli) olmayan ve Evkaf Nezareti tarafından yönetilen eski vakıflar; "mazbut vakıflar tüzel kişiliği" adı altında, tek bir tüzel kişilik içinde kaynaşıyordu. Mazbut vakıfların özel hukuk tüzelkişi olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak bunların kendilerine ait bir organı da yoktur. Bu özel hukuk tüzel kişiliği, bir kamu hukuku tüzel kişiliğinin vesayeti altındadır. Bu vasi, kendisine yasa ile kamu hukuku tüzel kişiliği tanınmış olan Vakıflar Genel Müdürlüğüdür. Vakfiyesine göre mütevelli belirlenebilen vakıflar ise ayrı tüzel kişiliklerini korumaktadırlar. Bunlara Mülhak Vakıf denir.¹⁶⁸

2762 sayılı Vakıflar Yasasının 41. maddesi Medeni Yasanın zamanaşımına ilişkin düzenlemelerinin vakıf malları için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Fakat aynı Yasanın 8. maddesi, vakıfların doğrudan doğruya hayrattan olan taşınmazlar üzerinde kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceği belirtilmiştir.

903 sayılı Yasayla eklenen, MY 81/B maddesi, hayrattan olup olmadığı yönünde bir ayırım yapmadan vakıf malları üzerinde zamanaşımı yoluyla kazanılmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm Medeni Yasa hükümlerine göre kurulmuş olan vakıflara ait taşınmazlara uygulanacağından, hükümden önce olduğu gibi hayrattan olmayan vakıflara ait tapusuz taşınmazlar zamanaşımı ile kazanılabilir.¹⁶⁹ TMY. 117 maddesi, vakıf malları üzerinde zilyetlik yoluyla kazanma hükümleri uygulanmaz demektedir. Bu düzenlemeye göre kurulmuş vakıf malları da zamanaşımı yoluyla kazanılamaz.

Kısaca, vakıfların doğrudan doğruya hayrattan olan taşınmazları zamanaşımı ile kazanılamaz. İcareteynli vakıf malları kullanma hakkına sahip

(167) AYAN,M.: age. s.178 ; BERTAN,S.: age. s. 547 ; OĞUZMAN,M.K-SELİÇİ,Ö.: age. s.397.

(168) HATEMİ,H.: age. s.285-286

(169) OKTAY,S.: age. s.68 ; KURDOĞLU,S.: Türk Medeni Hukuku Dersleri, İstanbul 1977,s.389 ; OĞUZMAN,M.K-SELİÇİ,Ö.: age. s.396.

kişi, mirasçı bırakmadan ölürse vakıf mahlûl hale gelir ve vakıf malına dönüşür. Bu malların da kazanılmasına olanak yoktur.¹⁷⁰ Mülhak vakıflarda ise 2762 sayılı Yasa md.44 uyarınca kazandırıcı zamaşımı işler.¹⁷¹

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgelerinde Bulunan Taşınmazlar:

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yasasına göre, Genel Kurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askeri yasak bölgeler ve askeri güvenlik bölgeleri kurulabilir, kaldırılabilir (md.2,3).

Askeri yasak bölgeler birinci derece askeri yasak bölgeler¹⁷² ve ikinci derece askeri yasak bölgeler¹⁷³ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birinci derece kara askeri yasak bölgelerde bulunan taşınmazlar kamulaştırılır (md.7/I-a). Oysa ikinci bölge kara askeri yasak bölgelerde böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bölgede yabancı uyruklular taşınmaz edilemeyeceği belirtilmiştir (md.9).¹⁷⁴ Bu düzenlemeden Türk uyruklarının ikinci kara askeri yasak bölgelerden taşınmaz edinebilecekleri anlaşılmalıdır.¹⁷⁵

Birinci bölge kara askeri bölgeler ilan edilmez, ikinci bölge kara askeri bölgeler ise Resmî Gazete aracılığı ile ilan edilirler. Bu bölgelere giren bir taşınmazın varlığı halinde ilgili askeri kuruluştan sorularak, hangi zaman yasak bölge kapsamında alındığı ve sınırları içinde kalıp kalmadığı ile hangi yasak bölge sınırı içerisinde olduğu belirlenmelidir.

(170) KILIÇ,H.:age. s.691

(171) 8 HD 11.10.1966 T. 3334/4917 (KILIÇ,H.: age. s.713).

(172) Yurt savunması bakımından hayati önem taşıyan askeri tesis ve bölgelerin çevre duvarı, tel örgü ve benzeri engel ve işaretlerle belirlenen dış sınırların en az 100, en fazla 400 metre uzunluğundan alınan noktaların birleştirilmesi suretiyle meydana gelen alanlardır (2565 SY md.5/I-a).

(173) 2. derece kara askeri yasak bölgeler, 1. derece kara askeri yasak bölgesi çevresinde veya yurt savunması bakımından gerekli görülen diğer bölgelerde kurulur (2565 S.Y. md.8/I). Bu bölgenin alanı 1. derece kara askeri yasak bölge sınırından başlayarak 5 km kadar olabilir (md.8/I-a).

(174) 8 HD 13.06.1988 T. 8293/8301 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.899). Ayrıca 2565 sayılı yasadan önce yürürlükte bulunan 1110 sayılı Yasa uygulaması için Bknz. DÜZCEER,A.R.: age. s.292 ; YILMAZ,E.-YILMAZ,Ü.: age. s.1615).

(175) Aksi görüş için Bknz. OKTAY,S.: age. s.70.

Askeri yasak bölgeler hakkında Bakanlar Kurulu kararı ve askeri güvenlik bölgelerinin kuruluşu hakkında Genelkurmay Başkanlığı kararına ekli uygun ölçekli haritalar ve koordinat listelerinde, bu bölge sınırları da belirtilir (md.5). Güvenlik bölgeleri ile ilgili esaslar, Yasanın 21 maddesinde düzenlenmiştir.

Zeytinlik Düzenleme Bölgelerindeki Yerler

3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Yasa; orman sınırları dışında bulunan yabancı zeytinlik, Antep fıstığı ve har-nupluklar ve her türlü sakızlar orman sınırı dışında olup da 17.10.1983 T. ve 2924 sayılı Yasa kapsamında bulunmayan, zeytin yetiştirmeye uygun fundalık ve makilikler Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca tespit edilip haritalanır (md.2). Bu yerler en az 25 dönümlük parseller halinde parsellenir. Buralarda anılan tarım işi ile uğraşacaklar tarafından o yerin en büyük mülki amirine başvurularak gerekli yükümlülük belgesi alınır. 5 yıl süreyle taşınmazın amacına uygun olarak kullanıldığı bakanlıkça tespit edilenlere mahallin en büyük mülki amirince tapuları devredilir. Bu taşınmazlar amaç dışı kullanılmaz ve miras dahil hiçbir şekilde bölünemez ve veriliş tarihindeki yüzölçümü küçültülemez, aksi halde hazinece geri alınırlar (md.3).

Bu düzenlemelere göre anılan sınırlar içerisinde kalan taşınmazların zamanaşımı yolu ile kazanılması olanaklı değildir.¹⁷⁶

Tüm bu anlatılmaya çalışılan yasalardan başka, taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılamayacağını belirten diğer bir takım düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin kamulaştırılan yerin zilyetlik yoluyla kazanılması olanaklı değildir.¹⁷⁷

(176) 17 HD 05.03.1992 T. 718/1509 (AYAN,M.: age. s.178). Burada, delicelikler bakımından 11.06.1958 T. ve 8/7 sayılı İBK.'dan söz etmek gerekir. Deliceliklerin imar için, masraf ve emek sarf edilerek zeytinlik haline getirilmesi halinde, bu işlem Tapulama Yasası md. 52 (3402 sayılı Kadastro Yasası md. 17) uygulanması açısından ihya sayılacaktır (ŞENER,E.: İctihat, s.351).

(177) HGK 14.03.1990 T. 8-82, 186 (İKİD. S.767, s.8098). Tapulu olmayan aşısız kestaneliklerin de kazanılamayacağı hakkında karar için Bknz. 20 HD 05.10.1995 T. 1991/11551 (AYAN,M.: age. s.178 Dp.339).

d) Zamanaşımı ile Kazanmaya Elverişli Olan Taşınmazlar

Yukarıda anlatılmaya çalışılan kazanılamayacak taşınmazlar dışında kalan taşınmazlar ile Kad.Y. md.17 gereği devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup da kamu hizmetine özgülenmeyen taşınmazlar zamanaşımı ile kazanılabilecektir. Konunun anlaşılması bakımından burada da ikili bir ayırım uygun görülmüştür.

aa) Yukarıda Sayılanlar Dışında Kalan Taşınmazlar

Yukarıda anlatılmaya çalışılan taşınmazlar dışında kalan tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlardan; Devletin kamu mülkiyeti dışında, özel hukuk kuralları gereği sahip olduğu ve zamanaşımı ile kazanılması yasaklanmamış taşınmazlar ve zamanaşımı yoluyla kazanılması yasalar gereği yasaklanmamış olan ve kişilerin tasarruflarında bulunan tapusuz taşınmazlar, zamanaşımı yoluyla kazanılabileceği söylenebilir.¹⁷⁸

bb) İmar ve İhya Edilen Mallar

İhya terimi Cumhuriyetten önce Mecelle (md.1051) ve Arazi Kanunnamesinde (md.103), Cumhuriyetten sonra ise çeşitli yasalarda yer almıştır. İhya, tarıma uygun olmayan yerlerin para ve emek harcanarak, tarıma uygun hale getirmek şeklinde tanımlanabilir.¹⁷⁹

Kad.Y. md. 17 “ Orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden masraf ve emek sarfi ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz mallar 14 üncü maddedeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına, aksi takdirde hazine adına tesbit edilir.

İl, ilçe ve kasabaların imar planlarının kapsadığı alanlarda kalan taşınmaz mallarda bu hüküm uygulanmaz.” hükmünü içermektedir.

Yasakoyucunun ihya sebebiyle taşınmazların ihya edenlere verilmesini öngörmesindeki amaç, ekonomik olarak işe yaramaz halde bulunan

(178) OKTAY,S.: age. s.75.

(179) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.221 ; HGK 18.05.1984 1982/148, 564 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.220 ve Dp. 142)

taşınmazların kültür arazisi haline getirilmesini sağlamaktır.¹⁸⁰ Kayalık, taşlık, çalılık gibi, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazların ancak, emek ve para harcamak suretiyle imar ve ihya edilebilmeleri halinde zilyetlikle kazanılabilirler.¹⁸¹

Maddede belirtildiği gibi, bir taşınmazın imar ve ihya yoluyla tescil edilebilmesi için taşınmazın; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, orman sayılmayan, herhangi bir kamu hizmetine özgülenmemiş yerlerden olması, bu yerlerin masraf ve emek sarfıyla imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilmiş olması gerekir. Bu yerin il, ilçe ve kasaba imar planı dışında kalması ve Kad.Y. md. 14 göre zilyetlikle kazanma zamanaşımının davacı yararına gerçekleşmiş olması da gerekir.¹⁸²

Bütün bu yönler mahkemece tescil davasının genel koşullarıyla birlikte yerinde yapılacak keşif, tanık sözleri ve ziraatçı uzman bilirkişi görüşüne başvurularak araştırılmalıdır.¹⁸³

Taşınmazın imar-ihya yolu ile kazanılabilmesi için maddede açıklanan olumlu ve olumsuz koşullarla birlikte 14. maddedeki kazanma koşulunun da gerçekleşmesi gerekir. Anılan maddeye göre, bir taşınmazın imar ve ihyanın tamamlandığı tarihten, tespit tarihine kadar 20 yıllık zilyetlikle kazandırıcı zamanaşımının dolmuş olması da gerekir.¹⁸⁴

(180) OKTAY,S.: age. s.73 ; 8 HD 27.06.2000 T. 1501/5507 (YKD. 2001/9, s.1342).

(181) HGK 17.09.1997 T. 1996/8-444, 650 (Hukuk Dünyası, 1998/1, s.39) ; 8 HD 06.05.1996 T. 1995/9790, 4453 (Manisa BD. S.58, s.29 vd.) ; 8 HD 12.06.1997 T. 1996/8118, 3679 (Yargı D.1997/7, s.81 vd.) ; ESENER,T.-GÜVEN,K.: age. s.150 ; 8 HD 27.06.2000 T. 1501/5507 (YKD. 2001/9, s.1342).

(182) İhyaya ilişkin, taşınmazların kamu hizmetine tahsis edilen yerlerden olup olmadığı sorulmamıştır. Taşınmaz Yeşilyurt Belediyesi sınırları içerisinde. Kad. Y. md. 17 hükmüne göre, il, ilçe ve kasabaların imar planlarını kapsadığı alanlardaki yerlerin imar ve ihya yoluyla kazanılması mümkün bulunmamaktadır. Taşınmazların bulunduğu yerde imar planının düzenlenip düzenlenmediği, taşınmazların imar planı içerisinde kalıp kalmadığının, imar planı içinde kalan yerlerden ise kazanma koşullarının oluştuğu tarihten önce veya sonra alınıp alınmadığının araştırılıp belirlenmesi gerekmektedir (8 HD 18.03.2002 T. 2128/2214 ; yayımlanmamıştır).

(183) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.222.

(184) 8 HD 05.07.1993 T. 1992/10837, 7487 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.232 ; 8 HD 03.07.1998 T. 2316/7739 ; YKD 1998/10, s.1478).

Maddede yazılı tarıma elverişliliği, 4753 sayılı Yasada olduğu gibi, zirai üretim şeklinde anlamak gerekir.¹⁸⁵

Görüldüğü gibi, 3402 sayılı Yasa ile imar ve ihya nedenine dayılı olarak taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılabilmektedir.

IV.2) ZİLYEDLİKLE İLGİLİ KOŞUL

Tapu siciline paralel olarak; gerek taşınır mallarda, gerekse tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz mallarda, hak durumunu ve açıklık fonksiyonunu zilyetlik belirtmekte ve sağlamaktadır.¹⁸⁶ Zilyetlik, buna konu teşkil edecek eşya üzerinde iradi şekilde hakimiyetin ele geçirilmesi ile doğan ve bu hakimiyetin irade olarak terkine veya başkası tarafından gaspına, veya başka sebeplerden sona ermesine kadar devam eden hukuki bir durumdur.¹⁸⁷

Olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz edinilmesinde zilyedin iyiniyetli olması aranmaz. Yeter ki bu zilyetlik malik olma niyetiyle olsun. Zilyetliğin varlığını kanıtlamak, adına tescil isteyene düşer.¹⁸⁸ Zilyetlik maddi bir olay olduğu için; tanık, bilirkişi ve varsa diğer belgelerle (vergi kaydı vs) ispatlanması gerekir. Bunun için de keşifteki yerel bilirkişi ve tanıkların; taşınmazın evveliyatının kime ait olduğu, hangi tarihte bu yere zilyet olduğu, ne şekilde kullandığı, kaç sene kullandığı, ilk malikten sonra kimlere intikal ettiği, el değiştirmenin miras-satış-trampa veya bağışlamı olduğu, dava veya tespit tarihine kadar kimlerin zilyet olduğu, toplam kaç yıl sürdüğü, bu zilyetliğin aralıksız-çekişmesiz ve malik sıfatıyla sürdürülüp sürdürülmediğinin meşhur ve unutulmaz olaylar, yani maddi olaylara dayalı

(185) OKTAY, S.: age. s.74. İhyanın tamamlanmasında amaç, arazinin hiçbir şekilde tarıma elverişli değil iken, yani hiç tarım yapılmayan yerlerden iken, zor ve zahmetli bir emek ve masraftan sonra ziraate elverişli hale getirildikten ve tarla, bağ, bahçe olarak kullanılmaya başlandıktan sonra her yıl içerisindeki ufak taş parçalarını toplamak ihyanın devamı anlamına gelmez (8 HD 27.06.2000 T. 1501/5507 ; YKD. 2001/9 s.1342).

(186) KILIÇ, H.: age. s.27

(187) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s. 59.

(188) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s. 405 ; KURDOĞLU, S.: age. s. 390 ; KÜLEY, M.M.: age. s.60 vd.

olarak saptanmalıdır.¹⁸⁹ Yerel bilirkişinin sözleri ancak dinlenen tanık sözlerinin doğruluğunu tamamlayıcı bir bilgi olarak gözönünde tutulabilir. Zilyetliğe dayalı tescil davalarında tanık dinlenmeden, yerel bilirkişinin sözleri ile tescile karar verilemez.¹⁹⁰ Özellikle keşif sırasında çokça duyulan; "taşınmazda kendimi bildim bileli davacı zilyettir" sözü her kişiye göre değişebilen bir ruh ve yaş devresini ifade edip, zilyedlik gibi maddi olaylardan oluşan durumun başlangıç ve süresini açıklamaktan uzak olduğu için, zilyetliğin kazanmayı sağlar süreye ulaştığı koşullarının gerçekleştiğini ispat etmemektedir.¹⁹¹

TMY. md.713 göre olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkının kazanılabilmesi için, taşınmaza malik sıfatıyla, çekişmesiz ve aralıksız yirmi yıl süreyle zilyet olunması gerekir. Şimdi bu koşulları teker teker ele alalım.

a) Malik Sıfatıyla Zilyetlik:

Malik sıfatıyla zilyetlik,¹⁹² zilyedin bir başkasının taşınmazda üstün bir hak sahibi olduğunu kabul etmemiş, davranışlarıyla zilyetliği malik sıfatıyla sürdürmüş olduğunu kabul ettiren bir görüntü kazanmış olmasıdır.¹⁹³ Her

(189) KARAMAN,D.: age. s.41 ; SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.301 ; 17 HD 10.05.2000 T. 2315/2319 (YKD. 2000/7, s.1086). Tapusuz taşınmaza, kimin zilyet olduğu yönü araştırılırken, zilyetliğin hangi günden başladığı, ne biçimde sürdürüldüğü, kimin ve ne zamandan beri taşınmaza zilyet olduğu etraflıca sorulup, saptanmalı ve bu zilyetliğin taşınmazın ekonomik amacına uygun bir biçimde sürdürülmüş olup olmadığı yönleri üzerinde durulmalıdır (7 HD 26.09.1977 T. 369/9517 ; KILIÇ,H.: age. s.52) ; KILIÇ,H.: age. s.49. Zilyetliğin başlangıcı ile süresi ve kullanım şeklinin tespiti gerekir (HGK 16.03.1988 T. 8-604, 255 ; KILIÇ,H.: age. s.53). Ağaç dikmek suretiyle 20 yılı aşkın zilyetliği bulunduğunu ileri süren davacının iddiasının, diktiği ağaçların yaşının tespiti suretiyle araştırılması gerekir (HGK 06.07.1968 T. 8/656, 549 ; İKİD S.97, s.6638).

(190) 8 HD 05.10.1998 T. 913/9733 (YKD. 1998/11, s.1637). Aynı kararda; yerel bilirkişinin zilyetlik konusundaki sözleri ancak, zilyetliğin tespiti amacı ile dinlenen tanıkların sözlerinin doğruluğunun gösteren tamamlayıcı bir bilgi olarak gözönünde tutulabileceği de belirtilmiştir. HYY. md.259 uyarınca, dinlenecek tanıkların taşınmazın başında dinlenmeleri gerekir (HGK 04.05.1988 T.1987/8-828, 358 ; KILIÇ,H.: age. s.58).

(191) 8 HD 30.11.1973 T. 5173/6812 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.301).

(192) Kavram tartışması için Bknz. KÜLEY, M.M.:age. s.60 ; DÜZCEER,A.R.: age. s.187

(193) ESMER, G.: age. s. 514. Davacının zilyetliği çekişmesiz, malik niyet ve sıfatıyla geçmiş bulunduğu göre... (8 HD 21.03.2002 T. 54/2318 ; yayınlanmamıştır). Zilyedin malik olma değil, malik gibi zilyetliğini sürdürme kasdını taşıması yeterlidir (7HD 10.10.1079 T. 8130/9285 ; OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s.405 ve Dp.418).

şeyden önce, zamanaşımı yoluyla taşınmaz edinecek kişinin, taşınmazın maliki inancıyla hareket etmesi gerekir. Bu inançla hareket ettiği taşınmaza ilişkin olarak yaptığı eylem ve işlerden anlaşılabilir. Aksi halde yani; zilyet maliki olduğu inancıyla değil de bir sınırlı aynı hak veya alacak hakkı sahibi olduğu inancıyla hareket ediyorsa artık bu yolla taşınmazın mülkiyetini kazanamaz.¹⁹⁴

Bir kimse başlangıçta fer'i zilyet olduğu halde sonradan malik sıfatıyla zilyet olduğunu iddia ediyorsa bunu kendisi kanıtlamalıdır. Örneğin; taşınmazı önce başkasından kiralayan kişi sonradan malik sıfatıyla zilyet olduğunu iddia etmekteyse bunu kendisi ispat etmelidir. Bu halin dışında zilyetliğin malik sıfatıyla olduğunu ileri sürenin bunu kanıtlaması gerekmez.¹⁹⁵ Buna karşılık malik sıfatıyla zilyetliğin doğrudan doğruya zilyetlik şeklinde olması gerekmez. Dolayısıyla zilyetlik de yeterli sayılır. Ayrıca malik sıfatıyla zilyetlik, zamanaşımı süresince devam etmelidir.¹⁹⁶

Malik sıfatıyla zilyet olmak için medeni hakları kullanma ehliyetinin bulunması gerekmekte, sadece temyiz gücünün bulunması yeterli olmaktadır. Malik sıfatıyla zilyetlik aslen kazanılabileceği gibi, devren de

(194) KİLİÇ, H.: age. s.828 ; AYAN, M. :age. s. 183. Hazine vekili tarafından dosyaya sunulan belgelere göre; dava konusu taşınmazlar hakkında başka kimselerden işgal tazminatı alındığı anlaşılmaktadır. İşgal tazminatı alınan yerler ile dava konusu yerler aynı ise, davacının bu yerdeki zilyetliğinin malik niyet ve sıfatıyla geçip geçmediğinin araştırılıp belirlenmesi daha açık bir deyimle; bu yerlerin davacının tasarrufunda olup olmadığının araştırılması gerekir (8 HD 18.03.2002 T. 2128/2214 ; yayınlanmamıştır). Haksız işgal tazminatı, kira ödemek gibi mahiyeti itibariyle bir malikin yapmaması gereken davranışlarda bulunan zilyedin bu hareketleri zilyetliğin malik sıfatıyla gerçekleşmediğinin delilini oluşturur (KÜLEY, M.M.: age. s.63 ; OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s.405). Taşınmazın hazine adına tescil edilmesinden sonraki evrede; hazine ile kira sözleşmesi yapmak, tescilden önce gerçekleşen zilyetliğin malik sıfatıyla olmadığına delil oluşturmaz (DÜZCEER, A.R.: age. s.193). Ne gerçek malik olmaya, ne kendisini malik sanmaya, ne de ileride malik olacağına dair kanaat sahibi olmaya gerek olmadığı görüşü için Bknz. OKTAY, S.: age. s.78

(195) ERTAŞ, Ş.: age s. 234 ; OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s. 405. Bu halde zilyetlik sıfatının değişmesi geriye etkili değildir ve malik sıfatıyla zilyetlik zamanaşımı süresince devam etmelidir (OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s.405) ; DÜZCEER, A.R.: age. s.193. Fer'i zilyedin kazanamayacağı yönünde karar için Bknz. HGK 31.05.1961 T.1-19, 34 (ÖZKAN, H.: age. s.373)

(196) AYAN, M.: age s. 183

kazanılabilir. Ayrıca kendi zilyetliğine başkasını da katarak müşterek zilyetlik tanınmasında olduğu gibi, tesisen kazanma da olanaklıdır.¹⁹⁷

Mirasçılar arasında malik sıfatıyla zilyetlik oluşmaz,¹⁹⁸ bu nedenle mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz kazanılamaz. Ancak; paylı mülkiyette paydaşlar arasında zamanaşımı ile kazanma olur.¹⁹⁹ Elbirliği halinde mülkiyete tabi bir taşınmazın mirasçılardan biri tarafından üçüncü bir kişiye satışı sonuç doğurmaz. Diğer mirasçıların onay vermeleri gerekir. Yargıtay kararlarına göre açıkça olmasa da uzun süreli kullanıma ses çıkarmayan mirasçılar, örtülü onay vermiş sayılmaktadırlar.²⁰⁰

Zilyetlik taşınmazın tamamında değil de bölünmesi olanaklı bir kısmı üzerinde kurulmuş olsa bile, o kısımla ilgili olarak kazandırıcı zamanaşımı işler.²⁰¹ Burada 3194 sayılı İmar Yasasının 18. maddesi hükmü uyarınca ifrazın mümkün olması gerekir.²⁰²

(197) OKTAY,S.: age. s.78 ; ESMER,G.: age. s.517 vd.

(198) İBK 26.05.1954 T. 7/17 ve İBK 15.05.1957 T. 2/11 (DÜZCEER,A.R.: age. s.194) ; SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.318 ; DÖNMEZ,İ.: age. s.368. HGK 04.12.1963 T. 8-32, 53 (ABD 1964/1, s.112) ; HGK 10.03.1965 T. 8-197, 97 (İKİD S.75, s.346). Taşınmaz ister müşterek mülkiyet halinde, ister iştirak halinde olsun, mirasçılar arasında zamanaşımı işlemez (8 HD 30.09.1991 T. 3200/12837 ; KILIÇ,H.: age. s.836). Elbirliği ile mülkiyette mirasçıların terekedeki malları üzerinde belli pay ve payları olmayıp, hakları taşınmazın tümü üzerinde yayılmış vaziyettedir. TMY.702. maddesi hükmü uyarınca, topluluk devam ettiği sürece bir pay üzerinde tasarrufta bulunulmaz. Bu mülkiyet türünde mirasçıların belli pay veya payları olmadığından, mirasçılardan her biri kendi payı için, iptal ve tescil isteyemez. Bu şekilde açılmış bulunan bir davaya diğer mirasçıların katılması veya onaylarının alınması ya da miras ortaklığına temsilci atanması yoluyla davanın yürütülmesi olanaklı değildir. Davanın reddi gerekir (8 HD 25.03.2002 T.1838/2458 ; yayınlanmamıştır).

(199) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s. 404 ; DÜZCEER,A.R.: age. s.197 ; KILIÇ,H.: age. s.828 ; HGK 16.01.1981 T. 1979/8-312, 15 (KILIÇ,H.: age. s.842) ; 8 HD 14.03.2002 T. 2001/4945, 2081 (yayınlanmamıştır).

(200) 8 HD 14.05.1985 T. 5291/5428 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.319).

(201) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s. 404 ; KILIÇ,H.: age. s.828. Aksi yönde görüş için Bknz. BERTAN,S.: age. s.550. Ancak TMY. 713 taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerinde bu hakkın kurulabileceğini açıkça belirtmiş olduğundan tartışmanın yararı kalmamıştır.

(202) İfrazla ilişkin İmar Yasasının 18. madde hükmü emredici nitelikte olan bir hükümdür. Belediye başkanlığının cevabından ifrazı mümkün olmadığı bildirildiğine göre, taksimde muris Hasan'a verilen ve onun satışıyla davalı Cemile'ye geçen taşınmaz bölümü ile geriye kalan miktarların yüzölçümleri dikkate alınmak suretiyle, paylı olarak iptal ve tescile karar verilmelidir (8 HD 18.03.2002 T. 1242/2210 ; yayınlanmamıştır).

b) Çekişmesiz Zilyetlik:

Zamanaşımı ile taşınmaz edinilmesi aynı zamanda bu zilyetliğin aralıksız olarak sürmesine de bağlıdır. Burada çekişme “dava” şeklinde anlaşılmalıdır. MY. md. 639’dan farklı olarak TMY. md.713, “dava” sözcüğünü kullanmıştır.

Yeni düzenlemede “nizasız” sözcüğü yerine, “davasız” sözcüğüne yer verilmiştir. Çünkü, nizasız yani çekişmesiz kelimesi de belirsizdir; örneğin noterlik aracılığıyla gönderilen bir protesto veya eylemli bir müdahale veya çatışma da niza olarak nitelendirilebilir. Oysa amaç, İsviçre Medeni Yasasını, şerh ve tefsir eden bütün hukuk bilginlerinin birleştiği gibi, zilyede karşı bir geri alma veya elatmanın önlenmesi davası açılmış olmasının niza sayılacağıdır. 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Yasa da, yönetsel bir yolla çekişmenin giderilmesi istendiğinden buradaki anlamda “niza” sayılmaz ve zilyetliği kesintiye uğratmaz; çünkü, Türk Medeni Yasası, anlaşmazlıkların kesin olarak çözümlenmesini yangı yerlerine bırakmıştır, yalnız eylemli elatmaların geçici bir zaman için önlenmesi amacıyla 3091 sayılı Yasa çıkarılmıştır. Bunlardan dolayı “nizasız” yerine “davasız” sözcüğünün kullanılması uygun bulunmuştur.²⁰³

Davanın çekişme konusu olabilmesi, gerçek hak sahibi ile zamanaşımından yararlanacak zilyed arasında geçmesi gerekmektedir. Ayrıca gerçek hak sahibinin yargılamada, her usuli işlemi, zamanaşımını keser.²⁰⁴ Yirmi yılın sonunda çıkan çekişmeler ise önemli değildir. Aynı

(203) Türk Medeni Yasasının 713. maddesi ile ilgili gerekçesi (Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanması Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2002, s.538).

(204) OKTAY,S.: age. s.85 ; BERTAN,S.: age. s.564 ; ESMER,G.: age. s.515 ; ESENER,T.-GÜVEN,K.: age. s.152 ; ERTAŞ,Ş.: age. s.235. HYY 101 vd. maddelerine dayanılarak tedbir koydurmak için mahkemeye başvurular ile BY.137. maddesine göre verilen 60 günlük süre ile de zamanaşımının kesileceği görüşü için Bknz. BERTAN,S.: age. s.564. Nizadan amaç, başka birinin çıkıp da orada hak iddia ederek mahkemeye başvurması demektir. Açılan dava red edilirse, böyle bir dava zilyetliği etkilemez (8 HD 26.02.1971 T. 835/1016 ; ESMER,G.: age. s.515 ve Dp.93). Çekişme, gerçek malikin istihkak davası açmasıdır. Malikten başka kimsenin açacağı zilyetlik davası md.639 (TMY. md.713)’da aranan çekişmeyi oluşturmaz. Fakat dava sonunda zilyedin elinde zilyetliği alınrsa, zilyetlik ortadan kalkacağından madde işlemez. Böyle bir davanın

şekilde üçüncü kişiler tarafından açılan davalar ile zilyed tarafından açılmış bir tescil davasının yirmi yıllık süre dolmadığı için reddedilmesi de bu anlamda çekişme sayılamaz. Zilyedin yeniden açacağı davada; reddedilen eski davanın açma gününden önce geçen süre de hesaba katılır.²⁰⁵ Ancak Yargıtay'ın, yeni kararlarında bunun aksinin kabul edildiği görülmektedir.²⁰⁶ Tescil istenen yer hakkında, evvelce açılmış tapu iptali davası sonuçlanmamışsa, halen kesinleşmemiş ve ayrıca aynı yer hakkında açılmış elatmanın önlenmesi davası bulunan hallerde, tescil istenen yerdeki zilyetliğin çekişmesiz olduğunun tesbiti bakımından her iki dava sonucunun beklenmesi gerekir.²⁰⁷

Zilyet aleyhine açılan davanın zamanaşımını kesmesi için, kazanılması yeterli olup zilyetliğin geri alınmasına ve zilyedin eylemli egemenliğine son verilmesine gerek yoktur.²⁰⁸

Kazandırıcı zamanaşımının tamamlanmasından sonra, zilyet aleyhine açılan dava başarıyla sonuçlanmış olsa da, zilyedin çekişmeden önce kazandığı haklar saklı kalır.²⁰⁹

-
- açılmış olması maddeden yararlanmaya engel olmaz. Aynı şekilde malikin de mülkiyet hakkını ileri sürmeksizin zilyetliğe dayanan davası çekişme olarak nitelendirilmemesi gerekir, görüşü için Bknz. OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s.408 ve Dp.428. Aksi yönde TMY. 683'e dayalı mülkiyet davaları veya TMY.982 vd. maddelerine gereği zilyetliğin korunmasına ilişkin davaların da çekişme sayılacağı görüşü için, Bknz. DÜZCEER,A.R.: age. s.207.
- (205) AYAN,M.: age. s.184 ; DÜZCEER,A.R.: age. s.212 ; HGK. 12.05.1973 T. 1969/8-808, 403 (DÜZCEER,A.R.: age. s.212 ve Dp.21) ; 7 HD 20.12.1990 T. 12149/15575 (AYAN,M.: age. s.184 ve Dp.373). Aksi yönde karar için Bknz. 8 HD 25.06.1974 T. 168/3366 (DÜZCEER,A.R.: age. s.214).
- (206) Def'i yoluyla kazanma koşullarının oluşmadığı savunulmuş, mahkemece 20 yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresi dolmadığından dava reddedilmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Açıklandığı üzere davalının def'i yerinde görülmüş ve dava ret edilmiştir. Bu nedenle TMY. 640 (714) maddesi yoluyla BY. md.133 hükmü gereği kazanma zamanaşımı kesilmiştir. BY. md.135'de zamanaşımı kesilmiş olması halinde, yeni sürenin işleme gerektiği hükmüne bağlanmıştır (HGK 13.06.2001 T. 8-480, 519 ve HGK 07.11.2001 T. 8-946, 773 sayılı ilamları). Ayrıca somut olayda, hükmün kesinleştiği tarihten, bu davanın açıldığı güne kadar kazanmayı sağlayan 20 yıllık süre geçmemiştir. Davanın reddi gerekir (8 HD 18.01.1996 T. 13512/510 ; <http://adalet.org/obekran.php?id=1535>).
- (207) 8 HD 25.03.1966 T. 1823/1738 (KILIÇ,H.: age. s.816).
- (208) DÜZCEER,A.R.: age. s.208. Ancak aksi yönde karar için Bknz. 7 HD 22.10.1981 T. 3730/10903 (DÜZCEER,A.R.: age. s.208 ve Dp.11).
- (209) DÜZCEER,A.R.: age. s.210

Hemen belirtmek gerekir ki, zamanaşımı kesen nedenler yalnızca dava değildir. Zamanaşımı ilişkin unsurların birinin kaybı durumunda da zamanaşımı kesilecektir. Hazine adına yapılan tescil veya kadastro sınırlanılması gibi durumlarda malik sıfatıyla zilyetlik son bulacaktır. Ancak bu halde de bu işlemlerin yapılma anına kadar geçen süre kazandırıcı zamanaşımı süresinin hesabında gözönünde tutulacaktır.

c) Zilyetlik Aralıksız ve Yirmi Yıl Sürmüş Olmalıdır:

TMY. 713. maddesi zilyetlik yoluyla geçmesi gereken süreyi yirmi yıl olarak belirlemiştir. Bu süre aralıksız olarak geçmiş olması gerekir. Aralıksız geçmekte amaç, zilyetliğin zamanaşımı süresinde kaybedilmemiş olmasıdır.²¹⁰ Gereken yirmi yıllık sürenin mutlaka mülkiyeti kazanacak kişinin zilyetliğinde bulunması şart değildir. Zamanaşımından yararlanma şartları bulunan her zilyet, aynı şartları taşıyan önceki zilyedin, zilyetlik süresini kendi süresine ekleme olanağına sahiptir.²¹¹ Bu durumda önemli olan sonraki zilyedin de malik sıfatıyla zilyet olması ve önceki zilyedin ardılık (halefiyet) ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Ardılık, külli veya cüz'i olabilir.²¹²

Zilyet isteyerek veya istemeyerek taşınmaz üzerindeki eylemli durumunu devam ettirememişse aralıksız koşulu gerçekleşmemiş olur. Ancak zilyedin istemi dışında kısa bir süre devam eden -su baskını gibi- kesilmeler aralıksız koşulunu engellemez.²¹³

(210) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s. 409

(211) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s. 409 ; ŞENER, E.: age. s.1256 ; OKTAY, S.: age. s.86 ; ESMEER, G.: age. s.516 ; KILIÇ, H.: age. s.826 ; SINMAZ, B.-KARATAŞ, İ.: age. s.308 ; DÖNMEZ, İ.: age. s.368. Yeni malik, tapunun miktar fazlası olduğu anlaşılan kısmını, kazandırıcı zamanaşımı koşullarının varlığı halinde, satıcının zilyetliğine dayanarak, adına tescilini isteyebilir (1 HD 22.05.1986 T. 5750/6124 ; YKD 1987/3, s.378).

(212) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s. 409 vd. ; OKTAY, S.: age. s.87-88 ; SINMAZ, B.-KARATAŞ, İ.: age. s.308 ; ESENER, T.-GÜVEN, K.: age. s.151

(213) ESMEER, G.: age. s.515 ; KILIÇ, H.: age. s.826 ; SINMAZ, B.-KARATAŞ, İ.: age. s.290. Ara verilmiş ise önceki zilyetlik süresi hesaba katılmaz. TMY. md. 976 “ *Fiilî hakimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez*” demektedir.

BY. md. 130 hükmüne göre, zilyetliğin kurulduğu günün ertesinden başlayan süre kesilmeden veya işlemlerini durduran bir sebep ortaya çıkmadan geçerse, zamanaşımı süresi tamamlanmış olur. Bu sürenin son günü BY. md.139/2 göre, aynı Yasanın 75,76/3 maddelerindeki hükümler gözönünde tutularak hesaplanır.²¹⁴ Zamanaşımı, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda, malik sıfatıyla zilyetliğin kurulması anından başlar. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda ise taşınmazın zamanaşımı ile kazanmaya uygun duruma gelmesi anı ve malik sıfatıyla zilyetliğin kurulma anının birleşmesi ile başlar. Ölüm sebebine dayanılmakta ise zilyetlik önce kurulmuş olsa da, mal sahibinin ölüm tarihinden başlar. Gaiplik halinde, gaiplik kararından itibaren başlayacaktır.²¹⁵

BY. md.133'de sayılı durumlarda zamanaşımı kesilir. Kesilen zamanaşımı aynı yasanın 135/l şartları taşıması halinde yeniden işlemeye başlar. Zamanaşımı kesildiği zaman önceki süreler dikkate alınmayıp baştan başlar. Oysa ki BY. 132. maddesinde sayılı hallerin varlığında zamanaşımı durur. Söz konusu hal sona erinceye kadar işlemeyen olduğu gibi duracak, bu halin sona ermesiyle de kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

6093 sayılı Yasa md.4/II ile, batıya nakledilenlerle ilgili olarak, yasaklılık devam ettiği sürece, hiç zilyet olmadıkları yasak bölgelerdeki taşınmazların, aralıksız zilyedi sayılmışlardır.²¹⁶

V.3) YARGILAMA KOŞULU

Zamanaşımı yoluyla taşınmazı edinmek isteyen zilyet koşulları tamamladığını belirterek mahkeme kararı ile taşınmazı edinebilir. Kazandırıcı zamanaşımı koşullarının oluşması ile taşınmaz üzerindeki zilyetlik kendiliğinden mülkiyet hakkına dönüşmez. Bu koşulların oluşması halinde, zilyet yararına "tescili talep hakkı" doğar. Olağanüstü zamanaşımı yoluyla

(214) BERTAN,S.: age. s.564 ; OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s. 410. Eski hukukta bu kurum olmadığından o dönemden kalan taşınmazlar açısından bilgi için Bknz. BERTAN,S.:age. s.546. "Adi zamanaşımı, olağanüstü zamanaşımına çevrilebilir mi ?" tartışması için Bknz. BERTAN,S.:age. s.561 vd.

(215) BERTAN,S.: age. s.554 ; OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s. 409 ; OKTAY,S.: age. s.86 ; AYAN,M.: age. s.183; ESENER,T.-GÜVEN,K.: age. s.151

(216) DÜZCEER,A.R.: age. s.201

kazanma; zilyet aleyhine açılan elatmanın önlenmesi davasında, zilyet tarafından def'i olarak da ileri sürülebilir.²¹⁷ Tescil davaları belli bir süreye bağlı olmaksızın her zaman açılabilir.²¹⁸ Zamanaşımı yoluyla taşınmaz kazanılması aslen kazanmadır.²¹⁹ Burada tartışmalı bir konu da kazanma anıyla ilgilidir.²²⁰ Dava, koşulların gerçekleştiğinin belirlenmesi ve zilyet adına tescilin gerçekleştirilmesi için açıldığından, niteliği itibariyle bir tesbit davasıdır. Tescil davası, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile koşullarının gerçekleştiğinin saptanması ve tapuya tescil işleminin yapılması olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır.

Tescil davasında davalı, zilyetliğini her türlü delil ile kanıtlayabilir. Bu konu yeri geldiğinde konusu içinde değinildiğinden ayrıca ele alınmayacaktır. Ancak aşağıda genel olarak mahkemece yapılacak işlemler irdelenmiştir.

a. TAPU SİCİLİNE KAYITLI OLMAMA VEYA KAYITLI OLMAKLA BİRLİKTE MALİKİNİN KİM OLDUĞU ANLAŞILMAMA KOŞULU

aa) Tapusuz Taşınmazlar

TMY. md.713 esas itibariyle tapusuz taşınmazları düzenlemektedir ancak; tapulu taşınmazlar da bazı koşullarla bu maddenin kapsamı içinde kalmaktadır. TMY. md.713/1 kapsamında olan taşınmazlar, özel mülkiyete konu olabilen ve bu nedenle tapu siciline kaydedilmeleri gereken, ancak;

(217) ERTAŞ,Ş.: age. s.235 (aynı yerde anılan HGK kararı) ; AYAN,M.: age. s.186. Tapusuz taşınmaza hazinenin elatmasının istenmesiyle açılan davada, mahkemece davacıya süre verilerek tescil davası açması için önel verilmelidir (HGK 30.06.1983 T. 5-380, 493 – HGK 28.03.1984 T. 8-943, 342 ; UYAR,T.: Yargıtay Kararlarında Elatmanın Önlenmesi (Meni Müdahale) ve İstihkak Davaları, TBBD 2000/1, s.114).

(218) 8 HD 18.10.1993 T. 1992/6873, 10312 (YKD 1994/2, s.218).

(219) ESENER,T.-GÜVEN,K.: age. s.151

(220) Kazanma anıyla ilgili tartışmalar için Bknz. ESMER,G.: age. s.530 vd. ; ESENER,T.-GÜVEN,K.: age. s.152-153; AYAN,M.: age. s.191 ; ERTAŞ,Ş.: age. s.236 ; KURDOĞLU, S.: age. s. 391. 04.12.1998 T. 1996/4 1998/3 sayılı İBK göre; mahkemenin kararı yapıcı-kurucu-yenilik doğurucu nitelikte olduğundan, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı mahkeme kararının kesinleşmesi anında kazanılır (İzmir BD. 1999/Temmuz, s.91 vd.) Zamanaşımı ile kazanma anının ve bu kazanmanın geçmişe etkili olmamasının pratik önemi bakımından Bknz. ÖZDEMİR OKTAY,S.: age. s. 655 vd.

herhangi bir nedenle kayıt dışı kalmış "tarım toprakları"dır. Kadastro sırasında kadastro dışı bırakılmış yerler de bu anlamda tapusuz taşınmazlardır.²²¹

Kadastro veya tapulama dışı bırakma işlemi, taşınmazın geometrik durumunu bildirmedüğinden, bir tespit işlemi değil ise de, görevlilerce bir yerin, tescile tabi olmadığı saptanarak hukuksal durumunu belirtmiş olması nedeniyle, öncelikle bir kadastro veya tapulama işlemidir. Tesbit dışı bırakılan taşınmaz hakkında kadastro tutanağı düzenlenmediğinden, paftasının düzenlenmesi ile işlemin tamamlandığının kabulü gerekir. Tespit dışı bırakılan bir taşınmaz hakkında, itiraz üzerine Kad.Y. md.7/4'e göre, tutanak düzenlenerek komisyonca tespit dışı bırakılmasına karar verilmesi veya kadastro mahkemesi kararı ile tespit dışı bırakılması hallerinde, kadastro komisyonu ve mahkeme kararı ile taşınmazın hukuki durumu belli olduğundan, bu kararların kesinleştiği tarihte, tespit dışı bırakılma işlemi, kesinlik kazanır. Bu tarih mülk edinme zamanının ve zilyetliğin başlangıcına esas alınır.²²² Tespit dışı bırakılan yer hakkında, komisyon veya mahkeme kararıyla bir belirleme yapılmamış ve kadastro tutanağı düzenlenmeden, pafta düzenlenmesi suretiyle hukuksal durumu belirlenerek tespit dışı bırakma işlemi tamamlanmış ise paftanın düzenlendiği tarih kazanma süresinin ve koşullarının hesaplanmasında esas alınmalıdır. Paftanın düzenlenme tarihi kadastro müdürlüğünden sorulmalıdır.²²³ Düzenleme tarihi ile dava tarihi arasında aranılan kazanma koşulları gerçekleşmelidir.²²⁴

(221) AYAN,M.: age. s.179 vd. ; ÖZMEN,İ.-ÇORBALI,H.: 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, Ankara 1991, s.265

(222) 8 HD 15.03.2002 T. 1368/2125 (yayınlanmamıştır).

(223) Kadastro müdürlüğünden, taşınmazın hangi tarihte ve ne sebeple tespit dışı bırakıldığının sorulması gerekir (8 HD 15.03.2002 T.1393/2124 ; yayınlanmamıştır).

(224) Dava konusu taşınmazın tespit dışı bırakıldığı tarihten dava tarihine kadar yirmi yıllık kazanma süresi ve koşullarının oluşması gerekir (8 HD 12.02.2002 T. 179/1283 – 8 HD 12.02.2002 T. 953/1282- 8 HD 14.02.2002 T. 827/1341 ; yayınlanmamıştır). 20 HD ise, Ülkemiz kırsalında bazı taşınmazların zorunlu sebeplerle geçici bir süre için tasarruf edilmediği bir gerçektir. Yörede bu sıralarda yapılan bir kadastroda taşınmaz hakkında kadastro tutanağı düzenlenmemesi, başka bir anlatımla o taşınmazın tapulama dışı bırakılması halinde, zilyetliği tapulamanın kesinleştiği tarihten başlatmak doğmuş olan mülkiyet hakkını ortadan kaldırır, görüşündedir (20 HD 04.06.1998 T. 5189/5818 ; YKD 1998/9, s.1359).

bb) Tapulu Taşınmazlar

Tapulu bir taşınmazın varlığı halinde, uygulamada “tapu iptali ve tescil davası” olarak anılan dava türünün açılması gerekir. Bu halde, ilk önce mevcut tapu kaydının iptaline ve yeni malik adına tesciline karar verilmelidir. Tapu kaydının iptaline karar verilmeyen, davacı adına tapuya tesciline karar verilmesi çifte tapuya yol açacağından yasaya uygun olmayacaktır.²²⁵

Tapulu taşınmazlardan sadece üç halin varlığında, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanma sağlanabilecektir.

Tapu Sicilinden Gerçek Maliki Anlaşılmayan Taşınmazlar

Tapu kayıtlarındaki tescil geçerli bir hukuki neden olmadan yapılması halinde oluşan duruma yolsuz tescil denilmektedir. Yolsuz tescil halinde tapu sicili gerçek maliki göstermiyor demektir ki bu TMY. 713/II anlamında zamanaşımı yoluyla kazanmaya uygun demektir.

Yolsuz tescil üçüncü kişi adına veya kazandırıcı zamanaşımı zilyedi adına yapılmış olabilir. Bu halde de yolsuz tescil olduğundan zamanaşımı yoluyla kazanılabilir.²²⁶

Tapu Sicilinden Malikin Kim Olduğu Anlaşılmayan Taşınmazlar

Bu halde de taşınmaz tapuya kayıtlıdır fakat; gerek bu kayıttan, gerekse yardımcı belgelerden, yazılı malikin kim olduğu belirlenememektedir.²²⁷ Genel olarak gerekli dikkati gösteren herkesin malikin kim olduğunu anlamayacağı hallerde, tapu sicilinde yazılı olan malikin bulunmadığının kabulü gerekir. Malikin kim olduğunun anlaşılması, malik sütununun boş bırakılmış olmasından, sicilde kimliğin gizli ve yetersiz olarak gösterilmiş olmasından ileri gelebilir.²²⁸ Yine gerçek olmayan gerçek kişi veya tüzel kişi adına (nam-ı mevhum) kayıtlı taşınmazlar da bu kapsamdadır.²²⁹ Nam-ı

(225) 8 HD 18.03.2002 T. 2020/2144 (yayınlanmamıştır).

(226) DÜZCEER, A.R.: age. s.471. Aksi yöndeki HGK 20.03.1981 T. 1980/1-2434, 151 sayılı kararı için Bknz. aynı yer ve OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s.402.

(227) KÜLEY, M.M.: age. s.54

(228) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s. 399 ; DÜZCEER, A.R.: age. s.473 vd.

(229) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: age. s.400 ; DÜZCEER, A.R.: age. s.475 ; KÜLEY, M.M.: age. s.56.

müstear adına kayıtlı taşınmazlar da, gerçekten tanınmıyorsa, tapu kaydından kim olduğu anlaşılmayan kapsamında kalacaktır.

TMY. 713. maddesinde iyiniyet aranmadığından, zilyet gerçek maliki tapu dışında bilgilerle biliyor olabilir. Bu nedenle yine bu maddeden yararlanabilir. Malikin tespitine yönelik olarak aşağıdaki araştırmanın yapılması gerekir;

1-Tapu kaydının tüm tedavüllerinin ve kayda esas olan evrak müsbe-
tinin tapu yönetiminden, nüfus kayıtları ile belgelerin nüfus yönetiminden
getirilip incelenmesi; gerekirse bilirkişi incelemesi yapılması, 2-Tapulama ve
kadaströ gören yerlerde ve kadaströ sonucu oluşan tapularda, tapulama ve
kadaströ bilirkişileri, tutanaklarından belirlenerek, dinlenmeli, tutanağın
dayandığı belgeler getirilmeli, 3-Dava konusu taşınmaza komşu tapu ve
parsellerin dava tarihindeki malikleri dinlenmeli, komşu taşınmazlara ait tapu
ve kadaströ tespitine dayanak olan belgeler ve kayıtlarda ilk tesislerinden
itibaren, bütün tedavülleri ile getirilerek dava konusu taşınmazı kime ait
olarak gösterdiği incelemeli ve tanık sözleri de bu belgeler ile denetlenmeli,
4-Resmi daire ve kurumlardan, bu arada askerlik şubesinden gerekli
araştırma, gerekirse zabıta araştırması yapılmalıdır, 5-Gerektiğinde bu konu
ile ilgili olarak, yaşlı kimseler arasından seçilecek bilirkişiler ve tanıklar din-
lenmelidir. Bu şekilde yapılacak araştırma sonunda kayıt malikin kim ve
gerçekten mevcut olan bir kimsenin olduğu anlaşılırsa, malikin kendisi,
ölmüş ise mirasçılık belgesi istenerek, mirasçılar araştırılıp sağ iseler
davanın bunlara yöneltilmesi, ölmüş iseler mirasçılarının davaya katılmaları
için davacıyla önel verilmelidir. Malik mirasçı bırakmadan ölmüşse TMY.
md.501 göre mirası hazineye kalacağından, hazineyi davaya dahil etmek
için davacıya önel verilmeli ve böylece taraf oluşumu sağlanmalıdır.

Maliki Yirmi Yıl önce Ölen veya Gaipliğine Karar Verilenlere Ait Taşın-
mazlar

Yirmi yıl önce ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş bir kimse adına mev-
cut tescil, taşınmazın malikini göstermemektedir. Bu halde bu kişilerin
mirasçılarının bulunması, üçüncü kişilerce zamanaşımı yoluyla kazanmaya
engel değildir.²³⁰

(230) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s.400 ; DÜZCEER,A.R.: age. s.477.

Burada gaiplik kararı halinde adına kayıtlı bir taşınmaz hakkında olağanüstü zamanaşımının ne zaman başlayacağı konusuna değinmekte yarar vardır. TMY. 713/II (MY. 639/II) "...gaiplik kararı verilmiş..." diyerek, başlama süresinin gaiplik kararından itibaren hesaplanması gereğini ifade etmektedir. TMY. md.35/II (MY.34/III), gaiplik kararının, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağını belirtmektedir. Ancak 713/II. görüşü Yargıtay tarafından daha üstün görülmektedir.²³¹ Gaiplik kararı ve ölüm tarihinden, dava tarihine kadar geçen sürenin yirmi yıla ulaşması gerekir.²³²

b. MİKTAR KOŞULU

Kazandırıcı zamanaşımı ile belgesiz olarak kazanılabilecek tapusuz taşınmazların yüzölçümü sınırlıdır.

Kad.Y. md. 14 hükmü gereği, tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı²³³ içinde bulunan sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (bu miktarlar dahil) taşınmazlarda, zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanlarıyla ispat eden zilyet adına tescil edileceğini belirtmektedir. 1617 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 26.07.1972 tarihinden itibaren açılan dava sonunda zilyed adına bu yolla ya da tapulama veya kadastro yolu ile tescil edilmiş taşınmaz veya taşınmazlar var ise bunların miktarlarının, tescil tarihlerinin Tapu, Kadastro ve Hukuk Mahkemeleri Yazı İşleri Müdürlüklerinden sorulup belirlenmesi gerekir.

Kad.Y. md. 33 hükmüne göre, aynı yasanın 14 maddesi genel hüküm niteliğinde olup Kadastro Yasasının uygulama alanı dışında bulunan taşınmaz mallar hakkında ve henüz kesinleşmemiş davalarda da uygulanacaktır.

Tescil davası açan davacı, belgesiz kazanabileceği taşınmaz miktarları sulu toprakta 40 ve kuru toprakta ise 100 dönümdür. Bu miktarlar bir veya birden fazla taşınmaz bakımından toplam olarak geçerlidir. Bu miktarları

(231) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.:age. s.401.

(232) 8 HD 19.02.1980 T. 526/1437 (DÜZCEER,A.R.: age. s.477) ; 8 HD 23.02.1995 T. 12195/14822 (<http://adalet.org/obekran.php?id=1103>).

(233) Bknz. Kad.Y. md.4

geçen kazanmalar ise ancak; aynı yasanın 14/III. maddesinde belirtilen belgelerin varlığı halinde olanaklıdır.²³⁴ Bu miktarların aşılması halinde davacıya seçimlik hakkı hatırlatıldıktan sonra karar verilmesi gerekir.²³⁵

Tapu tahsis belgesi mülkiyet belgesi olmayıp, sadece eylemli durumu bildiren zilyetlik belgesidir.²³⁶

Aynı çalışma alanında anılan sınırların aşılması halinde, Kad.Y. md.21 hükmü gözönüne alınarak, davacılar seçimlik haklarının hatırlatılması, aynı yasanın 14. maddesindeki sınırlamalar gözönünde tutularak hükmün oluşturulması gerekir.²³⁷ Eğer bu şekilde paylı bir taşınmaz bulunmaktaysa, toplam yüzölçümlerinin, paya düşen miktarlarıyla orantılı olarak hesaplanması ve böylece yasal sınırının gözetilmesi gerekir.²³⁸

Tapulu taşınmazlar hakkında ise böyle bir sınırlama yoktur.

c) KROKİ - İLAN KOŞULU

1515 sayılı Tapu Kayıtlarında Hukuk Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesi Hakkında Yasaya ek 5519 sayılı Yasaya göre; taşınmaların krokisi tapu fen memurları olan yerlerde, bu memurlara; olmayan yerlerde bu işi yapmaya yetkili fen memuruna veya mühendislere yaptırılır. Bu yasayla, taşınmazın fenni niteliklere sahip krokisinin düzenlenmesi amaçlanmıştır.²³⁹

Dosyada birden fazla kroki ve rapor varsa hükümde açıkça atıf yapılmalı tarih ve içeriğinden söz edilmelidir.

(234) Mahkemece sadece yazı işleri müdürlüğüne yazılmak suretiyle miktar araştırılması yapılmıştır. Davacılar, mevcutsa diğer mirasçıları ve murisleri adına aynı çalışma alanı içerisinde belgesizden tespit ve tescil edilmiş taşınmazlar bulunup bulunmadığının tapu sicil müdürlüğü ve kadastro müdürlüğünden, taşınmazın devletçe sulanan yerlerden olup olmadığı 3083 sayılı Yasa hükümlerine göre köy hizmetleri il müdürlüğünden sorulması gerekir (8 HD 01.04.2002 T.2431/2695 ; yayınlanmamıştır). Sulu- kuru araştırması DSİ ve köy hizmetleri il müdürlüğünden sorulmalıdır (8 HD 26.06.1998 T. 2697/7449 ; ERDEN,O.: age. s.42).

(235) DÜZCEER,A.R.: age. s.151 vd.

(236) HGK 04.12.1996 T. 14/763-864 (Yasa D. 1998/Ocak, s.1691).

(237) 8 HD 11.02.2002 T. 2001/6195, 1208 (yayınlanmamıştır).

(238) HGK 20.04.1994 T. 8-34, 251 ve HGK 31.05.1995 T. 16/579 (ESMER,G.: age. s.528-529).

(239) SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.327.

Düzenlenen kroki, ilamın ekini oluşturur ve infazda gözönünde tutulur.²⁴⁰

6333 sayılı Yasa ile MY. md. 639 aracılığıyla hukukumuzda giren ve TMY. md.713 ile de devam eden ilan koşulu, taşınmazda hak iddia eden kişilerin davaya itiraz etmeleri amaçlanmıştır. Davacı bu durumda hakkının varlığını bu kişiye karşı da kanıtlamak durumundadır.

Yargıtay uygulamalarında gazete ile ilan bir defa ve yerel ilanlar ise en az üç defa yapılmalıdır. Gazete ilanı o yörede çıkan gazetelerden biri ile yapılabilir. Resmi Gazete ile yaptırılacak ilan, amaca uygun düşmeyecektir.²⁴¹ Yerinde yapılacak yazılı ilan için, uygun ve alışılmış olan araç ve yer, taşınmazın bulunduğu köy ve mahallenin muhtarlık veya belediye binaları okul ve cami kapılarıdır.²⁴² Gerek yerel, gerekse gazete ilanlarında, tescil istenen taşınmazın gerçek sınırlarının gösterilmesi gerekir. Bu sınır dava dilekçesindeki değil, keşifte belirlenen sınır olmalıdır.²⁴³ Daha önce açılmış ve HYY. 409 uyarınca "açılmamış sayılmasına" karar verilmiş davada yapılan ilanlar, yeni açılan davada karar vermek için uygun olmayıp yeniden ilan yapılmalıdır.²⁴⁴

İlan giderleri, davacıdan alınıp, mahkemece yaptırılması gerekir.²⁴⁵

(240) 8 HD 16.02.1987 T. 1618/1334 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.328). Tapusuz bir taşınmazın, tapuya tesciline karar verilebilmesi için, diğer araştırma ve incelemenin yanında, TMY. md.713/son hükmü gözönünde tutularak ölçekli krokinin düzenlenmesi gerekmektedir (8 HD 11.02.2002 T. 1090/1231 ; yayınlanmamıştır). TMY. md. 713/son hükmü gözetilerek taşınmazın sınırları gösterilmeli, fenne uygun kroki düzenlenip, hüküm fıkrasının buna göre düzenlenmesi gerekir (8 HD 15.03.2002 T. 1393/2124 ; yayınlanmamıştır).

(241) 8 HD 30.01.1084 T. 393/911 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.330). Tapusuz taşınmazın tescili istenildiğine göre, TMY.md.713/IV hükmü gözönünde tutularak yerel ve gazete ilanlarının yapılması, 3 aylık ilan süresinin dolmasının beklenmesi, ondan sonra uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekir (8 HD 12.02.2002 T. 972/1281; yayınlanmamıştır).

(242) ESMEER,G.: age. s.522.

(243) HGK 31.01.1984 T. 31/26 (SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.: age. s.331).

(244) 8 HD 13.05.1981 T. 5681/3320 (YKD 1981/8, s.993).

(245) 8 HD 11.02.1966 T. 495/699 (ERDEN,O.: age. s.50).

Yerel ilanların yapılması için merciine müzekkere yazılması ve ilanların yapıldığına dair tutanakların getirilip dosyasına konması gerekir.²⁴⁶

d) İTİRAZIN BULUNMAMASI KOŞULU

Mahkeme son ilandan başlayarak üç ay bekleyecektir. Bu süre içerisinde bir itiraz davası açılmamış ise veya açılmış olup da reddedilmişse, yukarıda değinilen diğer koşulların da tamamlanması halinde karar verilecektir.

İtiraz eden, asli müdahalede bulunabileceği gibi, ayrı bir dava açarak itirazda bulunabilir. İkinci durumda mahkemece kendiliğinden davaların birleştirilmesi yoluna gidilmesi gerekir. Müdahalede de ayrı dava açılmasındaki gibi harcının ödenmesi gerekir. Davalı olarak tescil davasının davacısı ile hazine varsa ilgili kamu tüzel kişisi gösterilmelidir.

Üç aylık bu süre, hak düşürücü bir süre değildir.²⁴⁷ Tapuda kayıtlı bir taşınmaz, kayıtlı değilmiş gibi gösterilerek veya öyle sanılan taşınmaz TMY. md.713'e (MY. md.639) dayanılarak tescil edilse bile, gerçek malik bu tescile karşı dava açabilecek ve tescili kendi adına düzeltebilecektir. Bunun nedeni, önceki hak sahibinin veya mirasçılarının savunma olanağının bulunmaması değil, zamanaşımı koşullarından birinin eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bu maddedeki en önemli koşullardan biri, taşınmaz üzerindeki aynî hakkın, tapu kütüğü yoluyla alenileşmemiş olmasıdır. Taşınmaz tapu kütüğünde kayıtlı bulunuyor ve bunun üzerindeki hak alenileşmiş ise, zilyetlik süresi yıllarca sürse de yine de hiçbir aynî hak kazanamaz. Zamanaşımı koşullarındaki eksiklikler, itiraz süresinde ileri sürülebileceği gibi, bu süre geçmiş olsa bile, hatta zilyet ardına tescil yapılmış olsa da kazandıncı zamanaşımı dolayısıyla verilen hüküm, çekişmesiz yargı (nizasız kaza) sonucunda verildiği için kesin hüküm değildir.²⁴⁸

(246) 8 HD 09.02.1998 T. 1997/4883, 818 (ERDEN,O.: age. s.50).

(247) HGK 08.01.1969 T. 1966/8-1180, 10 (İKİD S.100, s.7739). Üç aylık süre itiraz davasının amacı, tescil davası ile itiraz davasının birlikte görülmesini sağlamaktır. Bu süre geçtikten sonra tapu kaydının iptali davası açılabilir, görüşü için Bknz. OKTAY,S.: age. s.150.

(248) ACEMOĞLU,K.: "Bir Gayrimenkulun Eski Malikinin Mirasçuları, Gayrimenkulu Zamanaşımına Dayanarak Adına Tescil Ettiren Zilyedi Dava Edebilir mi?", İHFM 1965, S.1-4, s.423. Benzer görüş için Bknz. AYAN,M.: age. s. 190

Son ilandan itibaren üç ay içinde açılan davada, davacının sadece, taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkını değil, aynı zamanda, zamanaşımı koşullarının gerçekleştiğini de kanıtlaması gerekir.²⁴⁹

Tescile itiraz davası ayrı bir davadır. Reddolunması halinde, tescil davasının davacısı lehine yargılama gideri ve dava avukatla takip ediliyorsa vekalet ücreti hükmetmek gerekir.²⁵⁰

Zamanaşımı koşulları oluşmuş ise, zilyet artık malik olduğundan ona karşı hiçbir dava açılmaz. Koşullarda eksiklik halinde ise, her zaman gerçek hak sahibi düzeltme davası açarak, tapu kütüğünün düzeltilmesini isteyebilir. Yeter ki, zilyet taşınmazı bu sefer olağan zamanaşımı ile kazanmamış olsun.²⁵¹

Yargılama giderlerine de değinmekte yarar vardır. TMY. md. 713/1 dayanılarak açılan davalarda, dava nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın, davalı tarafa yargılama gideri ve avukatlık ücreti yükletilemez.²⁵²

V) SONUÇ

Tüm koşulların var olması halinde eylemli olarak taşınmazı kullanan adına, taşınmazın tapuya tesciline karar verilecektir. Mülkiyet hakkı, taşınmaz daha önce hangi haldeyse o şekilde yeni malike geçecektir. Üzerinde kurulu bulunan sınırlı aynî haklar ve şerh edilmiş alacak hakları gibi haklar zamanaşımı yoluyla el değiştirmeden etkilenmezler. Mülkiyet bu haklarla kazanılmış olur.

Tescil kararından sonra mahkemenin tapu sicil müdürlüğüne yazılı bildirimde bulunmasına gerek yoktur. HYY. md.443, taşınmazlara ilişkin

(249) ESMER,G.: age. s.523

(250) SINMAZ,B.-KARATAŞ,I.: age. s.336.

(251) ACEMOĞLU,K.: age. s.425

(252) 8 HD 28.10.1991 T. 1990/19089, 14661 (YKD. 1991/12, s.1820). Hazine yasal hasım durumunda bulunduğundan yargılama giderleriyle sorumlu tutulamaz (8 HD 11.02.2002 T. 1063/1189 ; yayınlanmamıştır). Hazine ile kamu tüzel kişileri yasal hasım durumunda bulduklarından, yargılama gideri, harç ve vekalet ücreti ile yükümlü tutulması usul ve yasaya aykırıdır. Bu tür davaların niteliği gereği, davayı açan her türlü yargılama giderini karşılamakla yükümlüdür (8 HD 15.01.2002 T. 351/100 ; yayınlanmamıştır).

ilamların kesinleşmesi ile yerine getirilebileceği bildirilmiştir. Ancak İcra ve İflas Yasası 28. maddesine göre karar özetinin tapu sicil müdürlüklerine göndermesi de gerekmektedir. Ayrıca taşınmazın aynına ilişkin olarak verilmiş bu kararın zamanaşımına uğraması da sözkonusu değildir.

Tescil kararı verildiği takdirde, karara harita ve taşınmazın ölçülerini gösterir, ölçekli krokisinin eklenmesi gerekir.

Zamanaşımıyla taşınmaz kazanmanın, sahihsiz kalmış taşınmazların ekonomik ve eylemli durumu hukukileştirmek açılarından yararının varlığı inkar edilmez. Ancak; hukukumuzda bu yolla taşınmaz edinilmesinin kolay olması sosyal açıdan zararlıdır. Özellikle köyden kente göçün artık tartışılmaz bir olgu olması ve tapu kayıtlarının gerektiği gibi tutulamaması bizi endişeye sevk etmektedir. İsviçre'de bu sürenin otuz yıl olduğu unutulmamalıdır.²⁵³

(253) BERTAN,S.: age. s.560. Eleştiri için Bknz. aynı eser s.556

VI) KAYNAKÇA

ACEMOĞLU,K. : "Bir Gayrimenkulun Eski Malikinin Mirasçıları, Gayrimenkulu Zamanaşımına Dayanarak Adına Tescil Ettiren Zilyedi Dava Edebilir mi?", IHFM 1965, S.1-4

AYAN,M. : Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Konya 2000

AYBAY,A.-HATEMİ,H. : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981

BAŞPINAR,V. : "Orman Sınırı Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukuki Durumu", <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/Vbaspinar1.html>,

AYGEN,D. : Orman Kanunu, Ankara 2000

BERTAN,S. : Ayni Haklar, Ankara 1976

CİN,H.-SURLU,M.H. : Türk Hukukunda Mera, Yaylak, Kışlaklar ve Mera Kanunu Şerhi, Ankara 2000

ÇELİKEL,A. : Yabancılar Hukuku, İstanbul 1993

DÜZCEER,A.R. : Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara 1984

DÖNMEZ,İ. : Tapu İptali ve Tescili Davaları, İstanbul, Tarihsiz

EGEMEN,E.-ÇELİKOĞLU,A.R.-

KAYNAK,A.N.-SELİMOĞLU,Y.E.-

GÖK,H.DURSUNKAYA,O. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları, Ankara 1985

ERDEMİR,İ. : Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 1998

ERDEN,O. : Kadastroda Tespit Dışı Bırakılan Yer Hakkında Açılacak Tescil Davası, Ankara 2000

ESENER,T.-GÜVEN,K. : Eşya Hukuku, Ankara 1996

ESMER,G. : Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, İstanbul 1990

- GÖZÜBÜYÜK,Ş.** : Yönetim Hukuku, Ankara 1995
- HATEMİ,H.** : Vakıflar Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış, Bu makale için Bknz. ÖZAY,İ.H.: age. s.275 vd.
- İNAL,N.** : Türk Medeni Kanunu, Ankara 1997
- KARAMAN,D.** : Kadastro Davaları Uygulama Kılavuzu, Ankara 2001
- KILIÇ,H.** : Yargıtay Emsal Kararlarıyla İktisap Zamanaşımının Yorumu, Ankara 1992
- KURDOĞLU,S.** : Türk Medeni Hukuku Dersleri, İstanbul 1977
- KURU,B-ARSLAN,R.-YILMAZ,E.** : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000
- KÜLEY,M.M.** : Medeni Kanun ve Tatbikatında Müruruzaman ile İktisap, İstanbul 1957
- OĞUZMAN,M.K-SELİÇİ,Ö.** : Eşya Hukuku, İstanbul 1992
- OKTAY, S.** : Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990
- ÖZAY,İ.H.** : Gün Işığında Yönetim, İstanbul 1996
- ÖZDEMİR OKTAY,S.** : "Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı" Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000
- ÖZKAN,H.** : Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Ankara Tarihsiz
- ÖZMEN,İ.-ÇORBALI,H.** : 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, Ankara 1991
- ÖZTAN,B.** : Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 1998
- SINMAZ,B.-KARATAŞ,İ.** : Zilyedlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları, Ankara 1997
- ŞENER,E.** : Türk Medeni Kanunu, Ankara 1991
- ŞENER,E.** : Tüm Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları Ankara 2000

TEKİNAY,S.S. : Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1987

UYAR,T. : "Yargıtay Kararlarında Elatmanın Önlenmesi ve İstihkak Davaları", TBBD 2000/1

YILMAZ,E.- YILMAZ,Ü. : Hukuk Rehberi, Ankara 1997

ZEVKLİLER,A. : Medeni Hukuk, Ankara 1992

VII) KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
age.	: adı geçen eser
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ANY	: Anayasa
Bknz.	: Bakınız
Dp.	: Dip Not
İİ	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HYY	: Hukuk Yargılama Yasası
İBK	: İnançları Birleştirme Kararı
İKİD	: İlimi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İzmir BD	: İzmir Barosu Dergisi
Kad. Y.	: 3402 sayılı Kadastro Yasası
Manisa BD	: Manisa Barosu Dergisi
md.	: madde
MY	: Medeni Yasa

O.Y.	: Orman Yasası
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SAADDTRY	: Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Yasası
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCY	: Türk Ceza Yasası
TMY	: Türk Medeni Yasası
TTRÖY	: Toprak ve Tarım Reformları Öntedbirler Yasası
Yargı D.	: Yargı Dünyası
Yasa D.	: Yasa Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

KENTSEL VE BÖLGESEL GELİŞMEYE İLİŞKİN ANAYASA HÜKÜMLERİ

Halil YILMAZ (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş, II- Kavramlar, 1- Örgütlenme, 2- Anayasa, 3- Kentleşme, 4- Bölge, 5- Gelişme, III- Anayasal Görünüş, 1- Sosyal Devlet İlkesi, 2- Eşitlik İlkesi, 3- Planlama İlkesi, a- Planlama Nedir, b- Planlamanın Amacı, c- 1961 Anayasası'nda Planlama, d- 1982 Anayasası'nda Planlama, 4- Kentleşme İlkesi, 5- Çevre İlkesi, 6- Konut İlkesi, 7- Kamu Yararı İlkesi, 8- Düzenleme İlkesi, 9- Örgütlenme İlkesi, a- Anayasa'nın 126. Maddesi, b- Anayasa'nın 127. Maddesi, 10- İlkeleri Gerçekleştirmenin Ekonomik Sınırları, IV- Sonuç.

I- GİRİŞ

Her ülkenin diğerleri ile gelişmişlik düzeyi aynı olmadığı gibi, aynı ülke içindeki coğrafi yapının, iklim koşullarının, doğal kaynaklara yakınlığın farklı olması nedeniyle bölgesel gelişmişliğin de aynı düzeyde olduğu söylene-
mez. Yöneticiler için amaç, ülke içindeki gelişmişlik yönünden ortaya çıkan bu farklılığı kaldırmak ya da en azından en aza indirmek olmalıdır. Bu ise, dengeli bir gelişmişlik düzeyine ulaşmayı sağlayıcı politikaların uygulanma-
sını gerektirmektedir.

Bir ülkenin akılcı ve planlı bir gelişmesinin sağlanabilmesinde; mali kaynakların, teknolojik araç ve gereçlerin ve yetişmiş insan gücünün varlığının yanı sıra, bunları uygulamak için hukuksal zemin ile istikrarlı ve süreklilik gösteren bir siyasi iradenin varlığına da gereksinim vardır. Siyasi irade, hukuksal alt yapının olanak vermediği bir alanda gücünü gösteremeyecektir. Hukuksal alt yapı, başta anayasa olmak üzere buna dayalı olarak çıkarılan

(*) Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Hakimi

diğer hukuksal düzenlemeler ile oluşturulabilir. Bu nedenle devletin temel yapısı, kurumları ve yönetim biçimine ilişkin hukuksal kuralları içeren anayasanın, kentsel ve bölgesel gelişmeye ilişkin hukuksal öngörüsünün ne olduğunun tespiti önemli hale gelmektedir. Bu amaçla, konunun ileriki anlatımlarında kentsel ve bölgesel gelişme kavramlarının açıklanmasından sonra, anayasanın buna ilişkin düzenlemelerine yer verilerek, konu açıklanmaya çalışılacaktır.

II- KAVRAMLAR

1. Örgütlenme

Çağdaş yönetim anlayışı örgütlü olmaktan geçer. Bu nedenle, önceden belirlenmiş amaçlara ulaşmak da, toplumun ve kamu yönetiminin örgütlenme biçimi belirleyici olabilmektedir. Örgütlenemeyen ve örgüt yapısını işletemeyen yönetim ve toplum, sorunların çözümünü sağlamaktan uzak kalmaktadır. Böylece çözüme kavuşturulamayan sorunlar zaman içinde birikeyerek büyümekte, çözümsüzlüğü katlanarak genişletmektedir. Bu da toplumda yönetime karşı güvensizliğin doğmasına neden olmaktadır. Böyle bir güvensizlik ortamı kamu düzenini bozacaktır.

Kamu düzenini sağlamakla görevli kamu yönetiminin eylemleri başlıca, ulusal yönetim ve yerel yönetim düzeylerinde ele alınmaktadır. Yurttaşların günlük yaşantısıyla ilgili işlerin çoğu yerel yönetimce yerine getirilmektedir. Yurttaşları tüm olarak ilgilendiren eylem ve işlemler ise, daha çok ulusal yönetimce karşılanmaktadır. Ulusal ve yerel yönetimlere ek olarak iki düzeyde daha kamu yönetimi biçiminden söz edilebilir. Öncelikle, bölgesel yönetim biçimi olarak adlandırılabilen bu yönetim biçiminde yer alan kuruluşlar, ulusal ve yerel yönetim arasında yer alırlar. Birden çok ili içine alan bir bölgesel kalkınma projesinin yönetimi, buna örnek olarak gösterilebilir. Ulusal ve yerel yönetim dışındaki ikinci bir örgütlenme düzeyi ise, uluslararası yönetim düzeyidir. Dünya Bankası, NATO gibi kuruluşlar bu düzeyde yer alan örgütlenmelere örnek olarak gösterilebilir.

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak, devletin ekonomik yaşamdaki etkinliği, maliyet ve verimlilik açısından uygun olmadığı gerekçeleri ile küçültülmeye çalışılırken, bazı ülkelerin ekonomik gelişme açısından geri kalmışlıkları ve aynı ülke içindeki bölgeler arası dengesizlikler, bu ülkeler açısından devletin ekonomik yaşamdaki etkinliğinin küçültülmesi bir yana artırılması

gereksinimini gündeme getirmektedir. Bu nedenle, kimi ülkelerde devletin görevlerinde artış olabilmektedir. Devletin görevlerindeki artışlar ve eklenen bu yeni görevlerin çağdaş biçimde yerine getirilebilmesi, yeni örgütlenme gereksinimlerini ortaya çıkarmaktadır. Bu ülkeler açısından devletin küçültülmesi değil, verimlilik açısından örgütlenme biçiminin sorgulanması ve yeniden yapılandırılması söz konusu olmaktadır. Bu anlamda, devletin eskiden beri faaliyette bulunduğu alanlarda kapsam olarak genişleme görüldüğünden, yeniden örgütlenme gereksinmesi ortaya çıkmaktadır.¹

Hızlı biçimde gelişmekte olan toplumlarda, kentleşme ve değişen sınıf yapısı devletin yasama, yürütme ve yargı görevlerini etkilemektedir. Devlete kalkınmada yüklenen rolün artması, düzenleme gerektiren sorunların da alanını genişletmektedir. Kamusal işlerin biçimsel yanlarındaki karmaşıklık, bu karmaşıklığın yasalarla düzenlenmesi ile çözülebilir. Yönetim biçimi ve kurumların temel kurallarını kapsayan anayasalar, yönetim yapısının da ana kaynaklarıdır.

2. Anayasa

Anayasa, bir devletin hukuk kuralları içinde en üst bağlayıcı hukuk ilkelere gösteren belgedir. Bu nedenle, bütün devlet yapısının ana çerçevesini gösterir.² Anayasa hükümleri, yasama yürütme ve yargı organlarını, yönetim makamlarını, başka kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 101. maddesi ile başlayan ikinci bölümü yürütmeye ayrılmıştır. Yürütme tarafından yerine getirilen kimi kamu hizmetlerinin özelliği, bu hizmetlerin genel yönetimin dışında, yerinden yönetim kuruluşları olarak örgütlenmelerini gerektirmiş (A.Y. 127. md.), anayasa da da buna olanak veren hükümler getirilmiştir. Planlamada, anayasal temelleri olan yürütmeye verilmiş bir görevdir.

Anayasada ekonomik, toplumsal ve kültürel kalkınmanın plana göre yapılması ilkesini yürüten kuruluş olarak Devlet Planlama Teşkilatı gösteril-

(1) Geray Cevat, "Bölgesel Gelişme İçin Planlama ve Örgütlenme", Cemal Mihçioğlu'na Armağan, Ankara 1997, s. 299

(2) Ergün Turgay / Polat Aykut, Kamu Yönetimine Giriş, Todaie Yayını, Ankara 1988, s.105

miştir. Bu kuruluşun ekonomik, sosyal politika ve hedeflerin belirlenmesinde hükümete yardımcı olmak ve çeşitli bakanlıkların ekonomik politikayı ilgilendiren etkinliklerinde, eşgüdümü sağlamak için önerilerde bulunmak ve danışmanlık yapmak görevleri vardır.

3. Kentleşme

Doğumlarla ölüm arasındaki farkın, doğumun lehine gelişmesi neticesi nüfus artışı gerçekleşmektedir. Meydana gelen nüfus artışı ile birlikte, köy ve kasabalardaki artan nüfusun kentsel yerleşim birimlerine doğru kayması sonucu, kentlerde yaşayan nüfus da artmaktadır. Nüfus artışına sebebiyet veren ve kırdan kente doğru gerçekleşen göç hareketinin asıl hedefi büyük kentler olmaktadır.³ Kentlere yönelen bu nüfus akımı ile birlikte, toplumsal yaşamın ekonomik ve kültürel yapısında da değişimler meydana gelmiştir. Kent sayısı ve kentsel nüfus ile ekonomik ve toplumsal yaşamda meydana gelen bu değişim, kentleşme olgusunu gündeme getirmiştir.⁴ Kentlere doğru kayan nüfus, salt insan sayısının artışına ilişkin bir değişim meydana getirmemiş, kentlerdeki artan nüfus aynı zamanda buraya gelen nüfusun kentlileşmeye ilişkin davranış biçim ve kalıplarının sorgulanmasını da başlatmıştır. Böylece buraya gelen insanlar, daha önce insan ilişkilerinin birebir gerçekleştiği akrabalık ve hatır işlerinin geçerliliğini sürdürdüğü küçük ve dar alanlarda alışık oldukları yaşam biçiminden, ikili ilişkilerin eski sıklığını kaybederek ilişkilerin genişlediği, örgütlendiği ve resmileştiği, yoğun ve değişik bir kültürel baskının hakim olduğu kentlerdeki işbölümü ve davranış kalıplarının içinde kendini bulmuştur.⁵

Kentlerdeki yoğun nüfus, kentin normal gelişim düzeyinin üzerine çıktığı takdirde ortaya ekonomik, toplumsal, siyasal sorunların yanı sıra diğer yerleşim birimlerine göre çok daha fazla değer ifade eden toprağın kullanımıyla ilgili sorunları da beraberinde getirmektedir.

(3) Keleş Ruşen, Kentleşme Politikaları, Ankara 2004, s. 21, Keleş Ruşen/ Geray Cevat/Emre Cahit/Mengi Ayşegül, Kentsel Toprak Rantının Kamuya Kazandırılması, Türkiye Kent Kooperatifleri Merkez Birliği Yayını, Ankara 1999, s.16

(4) Keleş, Kentleşme Politikası, 2004, s. 21

(5) Wirth Louis "Bir Yaşam Biçimi Olarak Kentlileşme" 20. Yüzyılın Kenti (Derleme ve Çeviri: Duru Bülent/Alkan Ayten, Ankara 2002, s. 89

4. Bölge

Bölge kavramı, günlük dilde değişik anlamların karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bazen bir mahalle için bölge dendiği gibi, bazen de kıtalara kadar varan genişlikteki alanlara bölge denilebilmektedir. Bu sözcüğün yerine mekan sözcüğünün de kullanıldığı görülmektedir. Dolayısı ile sözcüğü kullanan ile sözcüğün kullanıldığı anlatım ve konusuna göre anlamı değişebilmektedir. Ancak, ülke bazında bu sözcük kentten büyük, ülkenin bütününden daha küçük mekansal parçaları ve alt sistemleri ifade etmek için kullanılmaktadır.⁶ Gelişmemiş yada gelişmekte olan ülkeler, mevcut olanakları ile sahip oldukları kaynakları kullanarak gelişmeyi sağlamak zorunda olduklarından, gelişmişlik düzeyini ileriye götürebilmek için, bölgeselliği bir birim kabul ederek ülkenin bütününe ilişkin gelişmişliği kavramaya çalışmaktadırlar. Bu açıdan bölge, ülkedeki gelişmişlik kavramının ele alınmasında, nitelik ve nicelik yönünden değerlendirmeye konu edilerek ölçek görevini yürütmektedir. Böylece, ekonomik analizlerin daha rasyonel yapılarak ülke içindeki gelişmeye ilişkin dengesizliklerin giderilmesi amaçlanmaktadır. Bölgenin birim olarak seçilmesi bu yönüyle; gerekli verilerin sağlanması, karşılaştırılması ve uygulama ile sonuca ulaştırılmasında en uygun basamak olmaktadır. Bu amaçla bakıldığında bölge, kullanılan belirli ölçülere göre homojenlik oluşturan, mekan parçası olarak tanımlanabilir.⁷ Ancak, her zaman bu tanımdan hareketle istenen sonuca varılamayabilir. Zira, belli ölçülere göre aynı görünen bölgeler içerisinde bile bazı farklılıklar ortaya çıkabilir. Bunun için kullanılan ölçü önem arz etmektedir. Gerçekten de hangi ölçü ele alırsa alınsın, yeryüzünde hiçbir mekanın diğerinin tıpa tıp aynısı olmadığı görülecektir. Bu da bölgeyi 'genel' bir kavram olarak kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır.⁸

5. Gelişme

Gelişme, bir toplumun çağdaş uygarlık ve teknoloji aşamasının, yapısal özellikleri doğrultusunda hareketlenmesi ve bu hareketlenmenin bir parçası olarak bireysel yetenek, beceri ve davranışların değişime uğraması demek-

(6) Keleş Ruşen, Kentleşme Politikası, s.346, Mengi Ayşegül/Algan Nesrin, Küreselleşme ve Yerelleşme Çağında Bölgesel Sürdürülebilir Gelişme, Ankara 2003, s. 82

(7) Erkal Mustafa, Bölgeler arası Dengesizlik ve Doğu Kalkınması, İstanbul 1978, s.16

(8) Türkiye'de Bölge Planlamasının Evreleri, MGK Genel Sekreterliği Yayınları, Ankara 1993, s.17

tir. Bu bakımdan gelişme, büyümeden farklı olarak niteliksel değişim ve toplumun belirli bir yapı içinde sürdürdüğü evrimdir.⁹

Ülke içinde, bölgeler arasında var olan dengesizlikleri kaldırmanın yasal olarak bir engeli olmadığı halde, bu konuda kimi kez siyasal güçlükler çıkabilmektedir. Bölgeler arasındaki gelişmişlikten kaynaklanan dengesizlikleri kaldırmak maliyeti yüksek politikaların uygulanmasını gerektirmektedir.¹⁰

III- ANAYASAL GÖRÜNÜŞ

1. Sosyal Devlet İlkesi

Anayasanın 2. maddesi; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" hükmünü getirerek cumhuriyetin temel ilkelere saygılıdır. Hükmün sonunda belirtilen "sosyal hukuk devleti" ilkesi, kentsel ve bölgesel gelişme açısından önem içermektedir. Zira, insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti olmanın gereği olarak devlet, kentte yaşayan insanlara insan olmalarından kaynaklanan haklarının gerçekleşmesinin sağlanması için gerekli maddi ve manevi ortamı sağlamaya yükümlüdür. Bu ise, gerek altyapı gerekse kültürel gereksinimlerin karşılanması için kentlilere insan onuruna yakışır olanakların hazırlanmasını, kentlilerin de bu koşulların hazırlanmasını isteme hakları olduğunu ifade eder. Bu hak, kentli olmanın bir gereği olarak istenebileceği gibi, aynı kentin insanları olarak bu hakların ve olanakların eşit dağıtılmasını isteme hakkını da içerir. Anayasalar temel yasal oldukları için, her şeyin ayrıntılı düzenlenmesi mümkün değildir. Anayasa temel ilkeleri gösterir. Bu nedenle anayasa hükümleri bire bir sözcüklere bağlı kalınarak yorumlanmamalı, anayasadaki hükmün konulu amaçları ve uygulama zamanındaki gereksinimleri karşılayıp karşılanmamasına bakılarak geniş yorumlanmalıdır. Bu bakış açısıyla anayasanın bu hükmünü geniş yorumlarsak, kentlilerin bu haklarının kırsal kesim için de geçerli olduğu ve bundan hareketle sosyal hukuk devletinin gereği olarak aynı olanakların farklı bölgeler içinde sağlanmasının gerekli olduğu sonucuna varabiliriz.¹¹

(9) Mengi/Algan, s. 2

(10) Keleş, s.349

(11) Geray Cevat, "İşlendirme Açısından Kırsal Gelişme Yöneltilerimiz", SBF Dergisi, Nisan-Haziran 1999, s.67

Sosyal devlet ilkesinin gereği olarak devlet, sosyal adaleti sağlamakla yükümlüdür. Sosyal adalet, toplumu oluşturan unsurlar arasında nimet ve külfetlerin paylaşılmasında dengenin sağlanmasıdır. Bundan, değişik toplumsal unsurları barındıran kentsel yerleşime ait mekan ve yurt genelindeki bölgesel unsurlar arasındaki gelişmişlik farklarının giderilmesi ve bu yönde faaliyette bulunulması gerektiği anlaşılır. Bu nedenle, sosyal adaletin sağlanması açısından ayırım yapılmamalıdır. Sosyal adalet kavramı, 1982 anayasasında yer almamaktadır. Anayasa sadece adaletten bahsetmiştir. Ancak, anayasanın başlangıç kısmında "*Her Türk vatandaşının bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak...*" onurlu bir yaşam sürdürmesinden söz etmiştir. 1961 anayasanın 12. maddesi ise sosyal adaletten bahsetmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesinin kabul edilmesinin bir sonucu olarak, bazı hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilmiştir. Gerçektende, "*herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir*" (md. 35/1) hükmü, aynı madde de bu hakların kamu yararı amacıyla yasayla sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Toprak mülkiyeti (md. 44), kamulaştırma (md. 46) ve devletleştirme (md. 47) hükümleri ile mülkiyet hakkına sınırlama getirilerek sosyal yapıda ve arazide düzenleme yapma yoluna gidilmiştir.

2. Eşitlik İlkesi

Yukarıda açıklaması yapılan sonuca Anayasanın eşitlik ilkesini açıklayan 10. maddesindeki hükümden de ulaşabiliriz. Bu hükümde anayasa, herkesin yasaların önünde eşit olduğu, devlet organlarının ve yönetim makamlarının bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarını belirtmektedir. Bu da, aynı kentte oturan insanların bir kısmına sağlanan olanakların kentin diğer oturanlarına da aynı oranda sağlanması gerektiğini göstermektedir. Yine devlet organlarının eşitlik ilkesine uygun davranmalarının bir gereği olarak, aynı yönetim çatısı altındaki ülkenin belli bölgeleri için sağlanan iyileştirici olanaklarından diğer bölgeleri de yoksun bırakılamaz. Dolayısı ile yönetim, eşitlik ilkesinin bir gereği olarak, aynı kentin insanlarına aynı altyapı hizmetlerini sağlamayı, imar uygulamalarında belli kişi yada grupların yararı ile bunlarla kamusal yararlar arasındaki dengeyi gözetmek ve sağlamakla yükümlüdür.¹²

(12) Keleş Ruşen/Mengi Ayşegül, İmar Hukukuna Giriş, Ankara 2003, s. 19.

3. Planlama İlkesi

a. Planlama Nedir

Planlama, belli sonuçlar elde etmek için ekonomik yaşamın hangi unsurlarına ne ölçüde müdahale etmek gerektiğini gösteren bir araçtır. Bölgesel geri kalmışlıktan kurtulmanın yolu, devletin ekonomik ve sosyal yaşama bir plan çerçevesinde karışmasına bağlıdır. Planlama, başka ülkelerde ve geçmişte yapılan hataların yeniden yapılmasını önler.

Bölgelere ilişkin gelişme her şeyden önce planlamadan geçer. Planlama çok eski bir kavram olmasına karşın, çağımızda planlamaya beşeri olayların yönetilmesinde yüklenen önemli rol, ona üstün bir değer kazandırmıştır. Bilim ve teknolojinin giderek artan gelişme hızı, çok karmaşık toplumsal ilişkileri ve etkileşimleri ortaya çıkarmaktadır. Böyle bir toplumun işlevselliğini korumak için, önceden örgütlendirilmiş bir ön düşüncenin varlığı zorunludur. Daha açık bir ifadeyle, toplumun karmaşıklaşması planlamayı vazgeçilmez hale getirmektedir. O halde planlama nedir? Karar verme ile aynı şey olmayan planlama, amaçların açıklığa kavuşturulması ve daha sonra istenen hedeflere ulaşmak amacıyla kimin ne zaman, hangi yöntemlerle ve ne kadar giderle hangi eylemlere girişeceğini önceden kararlaştırılmasıdır şeklinde tanımlanabilir.

Kentsel yerleşim alanları bakımından, bu yerleri yaşanabilir kılmmanın ve bu durumu sürdürmenin asgari koşulu, kentsel gelişmenin planlanmasıdır. Konut, ulaşım, yapı, çevre gibi kente özgü olarak çıkan sorunlarla baş etmenin yolu kent planlarının yapılarak imara ilişkin engellerin ortadan kaldırılmasıdır.¹³

Az gelişmiş ülkelerde sorunlar çok, olanaklar ise sınırlıdır. Sorunların tamamını birden sınırlı olanaklarla çözmek ise bir başka olanaksızlıktır. Bu nedenle sorunların öncelik sırasının belirlenmesi, kaynakların uygun şekilde kullanılması planlamayı gerektirir.¹⁴

Planlama aslında teknik yönü ağır basan bir işdir. Ana hedef ve hedefe varmada kullanılacak yolların önceden saptanmasını gerektirir.

(13) Görmez, Kemal "Büyük Kentlerde Kent Planlaması ve Bazı Sorunlar", Gazi Ün. İİBF. Dergisi, S. 2, 2001, s. 134.

(14) Planlama, s. 11

Planlama öneminden dolayı özel olarak anayasalarda düzenlenmiştir. Anayasa, öngördüğü planlama ile sosyal ve ekonomik düzeni kurmak istemiştir. Zira, anayasanın planlama için çizdiği genel çerçeve bilinmeden, planlamaya ve gelişmeye ilişkin hukuk düzenini saptamak mümkün değildir. Bu nedenle planlamanın, yol gösterici mi ya da emredici mi olduğu nitelenmesi, ülkenin gelişmişlik durumunu etkileyecektir.¹⁵

b. Planlamanın Amacı

Planlama halkın sağlık, güvenlik ve esenliğinin sağlanması ile kentleşme, kentsel gelişmeyi sağlama yönüyle kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik amaçlar taşır.¹⁶ Kamu yararının sağlanması için toprak düzenlemesinin ve mülkiyet hakkının Anayasanın 35., 46. ve 47. maddelerinde yer alan "*toplum yararına aykırı kullanmama*" amacına uyumlu olması gerekir. Çünkü, kent planlamasına ilişkin düzenlemeler kent topraklarını toplum yararına kullandırmayı amaçlamaktadır. Zira plan uygulamaları, bayındırlık çalışmaları ve yerleşim girişimleri toprak mülkiyetinin toplum yararına aykırı kullanılmasını önlemeye yönelik çalışmalardır. Bu nedenle kentin geleceğini planlamak, kentin bugününün doğru tanınmasına bağlıdır.¹⁷

Soruna bölgesel planlama açısından bakılırsa, ekonomik sektörler ve faaliyet kollarına göre yapılacak bir planlamanın ülkenin her yerinde aynı seviyede bir gelişme sağlaması olanaklı değildir. Bunun yanında ayrıca coğrafi olarak bölge planlarının yapılması gerekir. Bu tür bir planlama, ekonomik sektörler göre yapılacak planların ve ortaya çıkacak yatırımların ülke içindeki bölgesel dağılımını düzene sokacaktır. Böyle bir planlama bölgelerin birisinin öne çıkıp diğerinin geri kalmasını önleyici rol ifa edecektir. Aynı zamanda bu amaçla yapılacak bir planlama, ülke genelindeki yatırımların dağılımında ortaya çıkacak sosyal sorunların gözönüne alınmasını zorunlu kılacaktır. Bölgesel planlama yoluyla, ülke kalkınmasının nimetleri bölge halkının yararlanmasına açılmaktadır.¹⁸ Böylece, sosyal ve ekonomik planlamanın birlikte ele alınması, ülkenin değişik yerlerinde oturan vatandaşların aynı yaşam standardına ulaşmasını sağlayacaktır.

(15) Tan Turgut, Planlamanın Hukuki Düzeni, Todaie yayını Ankara 1976, s.12

(16) Kalabalık Halil, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin yayınları, Ankara 2003, s.55

(17) Keleş Ruşen/Mengi Ayşegül, İmar Hukukuna Giriş, Ankara 2003, s. 24.

(18) Geray, Bölgesel., s.30

c. 1961 Anayasası'nda Planlama

1961 Anayasasında planlamayla ilgili olarak doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki kural getirilmiştir. Doğrudan getirilen kural, bire bir planlamaya hedef olmasının yanısıra dolaylı getirilen kural, planlamanın niteliğini etkileyen ve planın uygulanmasını ilgilendiren kurallardır.

Sosyal devlet ilkesinin anayasal bir ilke haline getirildiği 1961 anayasası, plan ve planlamayı devletin görevleri arasına sokmuş ve ulusal yaşamın bir unsuru haline getirmiştir. Anayasanın sosyal devlet ilkesi ile getirdiği sistem, müdahaleci, düzenleyici ve planlamacı olmuştur. Bu sistem ekonomik yaşama uygulanan bir sistemdir. Bu nedenle; devlet ekonomik ve sosyal hakların saptanması ve korunması görevini yüklenmekle kalmamış, ekonomik ve sosyal yaşamın düzenlenmesi konusunda izlenecek yöntemi de belirlemiştir.

1961 Anayasası planlamayı, özel ve genel olmak üzere iki şekilde belirleme yoluna gitmiş, 2. maddesindeki; "*Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir*" hükmü ile planlamaya, sosyal devlet ilkesi yönüyle genel bir yaklaşım göstermiştir.

Anayasa 41/2. ve 129. maddelerinde; ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın bir plan çerçevesinde gerçekleştirilmesi görevini devlete yüklemiştir. Özel hükümler olmasa bile 2. maddede ki sosyal devlet kavram ve ilkesi planlamanın devletin görevi olduğunu belirlemeye yeterlidir. Kaldı ki, bu hükümle yetinmeyerek 41. ve 129. maddelerinde özel hükümler getirmiştir. Bu hükümlere bakıldığında, plan yapmamak devletin görevini yerine getirmemesi, organlarının da yetkilerini kullanmaması sonucuna götürmektedir.

Anayasanın 41. maddesinde getirilen planlamaya ilişkin amacın gerçekleştirilmesi, somut olarak kalkınma planlarında kendini göstermektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, kalkınma planları yapılırken izlenmesi gereken amaç ve ilke belirlenmiştir. Bu durum hükümde, "*milli tasarrufu arttırmak*" ve "*yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek*" şeklinde gösterilmiştir. Planlama örgütünün kuruluşu, planın hazırlanması, uygulanması, değiştirilmesi ve bütünlüğünü korumasının özel yasalarla düzenleneceği hususu 129. madde de açıklanmıştır.

d. 1982 Anayasası'nda Planlama

1982 anayasası planlamayı tek bir maddede toplamıştır. Anayasanın 166. maddesinde planlamayı ve planlamayı yapacak örgütü kurmayı devletin görevleri arasında saymıştır.

Devlet planlamayı ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını sağlamak üzere yapacaktır. O halde, sadece ekonomik amaçlar ve kalkınma için değil, bununla birlikte sosyal ve kültürel gelişme de beraberinde ele alınarak planlama yapılacaktır.

Planlamanın hangi amaçla yapılacağı yine aynı düzenleme içinde gösterilmiştir. Belirlenen amaçla yapılacak planlamada gözönüne alınacak ilkelere, *"planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir"* şeklinde 166/2. madde de gösterilmiştir.

Kalkınma planlarının usul ve esasları yine aynı madde içinde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Anayasanın 166. maddesi ekonomik ve toplumsal kalkınmanın sağlanması için kaynakların kullanılmasında "planlama"dan söz etmektedir. Gelişmenin önemli bölümünü oluşturan kentleşmenin ve bundan kaynaklanan sorunların bu planlama içinde yer alması doğaldır. Devlet planlama örgütü, kentsel gelişme politikalarının oluşturulması ve uygulanmasında hükümete yardımcı olacak anayasal bir kuruluştur. Bu alanda belediyelere de önemli görevler düşmektedir.

Ülkemizde, kamu hizmetleri merkezden ve yerinden yönetim esaslarına göre yerine getirilmektedir. Bu anayasal (123 md.) yapıya karşın, merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasındaki hizmetlerin niteliklerine uygun yetki, görev ve kaynak dağılımının yapılamadığı görülmektedir.

Ülkemizde kentleşme, planlama ve imara ilişkin konu ve sorunların çözümüne yönelik iş ve eylemler anayasaya dayanılarak çıkarılan yasalara göre yürütülmektedir. Bu anlamda bugün için 70'e yakın yasal düzenleme mevcuttur. (Bazıları; köy kanunu, belediye kanunu, orman kanunu, gecekon-

du kanunu, arsa ofisi kanunu, çevre kanunu, toplu konut kanunu, imar kanunu ... vb.) Çıkarılan tüm yasal düzenlemelere bakıldığında, özellikle 1980'li yıllardan sonra imarla ilgili olmak üzere sektörel bazda düzenlemelerin yürürlüğe konulduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerle, farklı kurumlara farklı imar yetkileri tanındığı,¹⁹ ancak bunları toplu olarak ele alan çerçeve bir yasanın olmadığı gibi bu yasaların tek elden yürütülmesini sağlayacak bir bakanlığın da mevcut olmadığı görülmektedir.

4. Kentleşme İlkesi

Çevre, altyapı, ulaşım, konut gibi temel hizmet sorunlarını yoğun biçimde yaşayan kentlerin yönetilmesinde karmaşa yaşanmaktadır. Ancak geçmişten bugüne toplumsal gelişmenin bir simgesi olarak görülen kentleşme, daha iyi bir yaşam kalitesini sunan kentsel yaşam ortamını sağladığı için kavramsal olarak olumlu anlamlar yüklenmiştir.²⁰ Bu nedenle kentsel yerleşme ve gelişme açısından Anayasanın 23. maddesi, önemli bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre; yerleşme özgürlüğü, "suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak amacıyla kanunla sınırlanabilir". Anayasanın bu hükmünden hareketle, yasal olarak nüfus akımlarının daha düzenli hale getirilmesi mümkündür.²¹ Böylece, kentleşme açısından göçün ve gelişmenin kontrollü yapılması sağlanmış olur. Anayasanın bu hükmüne dayanılarak, aşırı nüfus yoğunluğuna sahip İstanbul'a girişlerin belli ölçüler dahilinde denetim altına alınması, girişlerin kısıtlanması veya izne bağlanması olanağının açıldığı iddia edilmektedir.²² Bu olanağın sağlanması belki ilk bakışta, insan hakları ve demokratik ilkeler bakımından uygun bir çözüm gibi görünmemektedir. Ancak, yönetimin nüfus artışı ile paralel gelen kentsel büyüme ve sağlıklı gelişmeyi sağlayamaması, altyapı hizmet-

(19) 388 sayılı Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma Yönetimi Örgütünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yasa Gücünde Kararname ile merkezi yönetime tanınan imar planı yapma yetkisinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi merkezi yönetime başka yasalarda da imar planı yapma yetkisi verildiğini, söz konusu bölgede planlama konusunda bütünlüğe gereksinim olduğu gerekçesiyle Anayasanın 7. maddesine aykırılık iddiasını reddetmiştir (1990/1-21 sayılı kararı) (Keleş/Mengi, s. 109)

(20) Keleş/Geray/Emre/Mengi, s.17

(21) Keleş, Kentleşme Politikası, s.77

(22) Geray, İşlendirme..., s.67

lerinin verilememesi, dolayısı ile göçle gelen insanların kentte yaşıyor görünmekle birlikte kentli haklarından yoksun kalmaları sonucuna götürmektedir. Bu ise, yönetimi eşit davranma ve eşit hizmet götürme açısından altından kalkılamaz bir mali yüküm altına sokmaktadır. İnsan hakları açısından buna bulunacak çözüm, göç gönderen bölgelerin iş olanaklarının artırılması ve kentler için sağlanan istihdam olanaklarının kırsala da yayılması ile kentlere yapılan akımın önlenmesi olabilir.

5. Çevre İlkesi

Anayasanın 56. maddesi, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğundan bahsetmektedir. Öyleyse, sağlıklı ve dengeli bir kentsel çevrenin yönetim tarafından sağlanması gerekir. En temel hak olan yaşama hakkının sağlanması için, bu hakkın yok olmasına yol açan hava kirliliği, su kirliliği, toprak kirliliği ve hatta kültür kirliliğinin dahi yönetim tarafından önlenmesi gerekir. Temiz, sağlıklı ve yaşanılabilir bir ortamın sağlanması için Anayasanın bu hükmü, yönetimin zorlanması ve harekete geçirilmesinin dayanağını oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkından bahseden, anayasanın 56. maddesindeki "*sağlıklı ve dengeli bir çevre*" kavramından amacın sadece, "*doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre*" olmadığını, ayrıca "*belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevre*" olarak da algılanması gerektiğini belirterek kavramın kapsamını genişletmektedir.²³ İnsan onuruna yakışır bir yaşam, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı zorunlu kılar. O halde çevre hakkı, sosyal devlet ilkesinin kabul edilmesinin bir sonucudur.

6. Konut İlkesi

Kentlerin en önemli sorunlarından birisi de konut ve yerleşme sorunudur. Düzensiz kentleşmenin konut sorununu ortaya çıkarması kaçınılmazdır. Anayasanın 57. maddesi konut hakkı başlığı altında; "*Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacı-*

(23) Sağlam Fazıl, "Anayasa Mahkemesi'nin İmar Hukuku ve Şehirciliğe İlişkin Kararları", Türkiye 12. Dünya Şehircilik Günü Kollokyumu, Ankara 1988, s. 73

nı karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler" hükmünü getirmiştir. Konut sorunu, anayasada toplumsal ve ekonomik bir sorun olarak ele alınmıştır. Konut gereksinimini karşılamak için, kentlerin özellikleri ve çevre koşulları gözetilerek tedbir alınacaktır. Anayasada kırsal kesim için konut gereksinimi ve bunun düzenlenmesine yer verilmemiştir. Burada bir eksiklik olmakla birlikte, kentsel yaşamda konut sorununun ne denli önemi haiz olduğu da anlaşılmaktadır. Konut sorunu, büyük kentlerde zaten az olan arsaların verimli kullanımını gündeme getirmektedir. Anayasada kırsal kesimdeki nüfus artışı ve bunun sonucu olarak sınırlı olan tarım alanlarının paylaşım sonucu daha da azalması ile başlayan ekonomik güçlükler, insanları yeni arayışlar için kentlere doğru kaydırmıştır.

Kentte konut yapımı, köyden kente göç edenle için, kentte çalışma ortamına girmenin bir başlangıç noktasıdır.²⁴ Bu nedenle konut yapımının istihdam açısından olumlu etkileri vardır. Konut yapımındaki iyi bir planlama, konutların kentse altyapıdan daha fazla yararlanmasını sağlayacaktır. Bu da sonradan zorunlu konut yıkımından kaynaklanacak israfı önlemiş olacaktır.

Kente akın eden nüfusa, kentteki nüfus artışına paralel ekonomik gelişim ve yerleşme olanakları sağlanamamaktadır. Bunun sonucu, kent saçaklarında bir yığın oluşturan gecekondu yerleşim biçimi ortaya çıkmıştır. Normal bir kentsel gelişmenin ve büyümenin ötesine geçen kentler, gelen nüfusu taşıyamadığı için, gecekondu bölgelerine yerleşen nüfusa, yeterli alt yapı hizmetleri verilememiş ve kentler düzensiz bir gelişme seyrine girmiştir. Esasen bugün pek çok batılı ülke uygulamasında da benimsediği üzere, kentlerin dengeli biçime ve çağdaş duruma uygun hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Bunun için, arazi ve arsa düzenlemesi ile imar parselleri oluşturularak, konut yapımına uygun yerlerin belirlenmesiyle imara ilişkin olanaklar belediyelerce sağlanmaktadır. Bu amaçla belediyeler taşınmaz mülkiyetinin, yasa koyucu tarafından saptanan % 35'e kadar kısmına, düzenleme ortaklık payı olarak el koyabilmektedir. Bu, kentlerin dengeli ve çağdaş biçimde gelişmesini sağlamak için gereklidir. Belediye daha fazla araziye gereksinim duyarsa, kamulaştırma yoluna gidebilmektedir. Öte yandan, belediyece imar

(24) Huyck Alfred Van, "Konutun Ulusal Gelişmeye Katkısı: Daha Çoğu Başarılabilir mi?", Konut ve Gelişme, Birleşmiş Milletler Türk Demeği Yayını, Ankara 1987 (Çev. Keleş Ruşen), s.3

uygulamasının gerçekleştirilmesi, Anayasanın 57. maddesinde belirtilen konut hakkının gereğince kullanılabilmesi için devlete verilen, "*şehirlere özel haklarını ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri*" alma, ayrıca "*topluların teşebbüslerini destekleme*" görevinin de bir gereğidir.²⁵

Anayasanın 57. maddesi düzenlenişi itibari ile konut hakkını içermemektedir. Ancak madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, maddenin asıl amacının konut hakkını düzenlemek olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa, kişilerin bu konut hakkının kullanabilmelerini sağlamakla devleti görevlendirmiştir. Devlet bu görevlerini kentlerin özelliklerini ve çevre koşullarını gözeterek bir planlama çerçevesinde yerine getirecektir. Anayasa, planlama kararlarının alınmasında herhangi bir ayırım yapmaksızın "devlet"ten söz etmiştir. Ancak burada devlete verilen görevin, yerel yönetim yada merkezi yönetim tarafından yerine getirileceği konusunda açıklık yoktur. Anayasanın 123. maddesi hükümleri değerlendirildiğinde, anayasa koyucu tarafından söz konusu görev ve yetkinin hem merkezi hem yerel yönetim yada her ikisi tarafından birlikte kullanılacağına öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Anayasaya göre, yerel yönetimler de devlet kavramı içine dahil olacağından, bunlar tarafından yapılacak planlarda, kentlerin özelliklerinin ve çevre koşullarının göz ardı edileceği düşünülemez. Ayrıca her Kent ve yerleşim merkezi kendi doğal ve kültürel değerleri içinde bir bütün oluşturmaktadır. Anayasanın 57. maddesi de buna işaret etmek istemiştir.²⁶

Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet ilkesi, insan onuruna yakışır bir konutta oturma gereksiniminin karşılanmasını da içerir.²⁷ Ancak, devletin konuta ilişkin gelişmeyi hangi araçlarla sağlayacağı ve kolaylaştıracağı belirgin değildir. Konuta ilişkin politika üretilmesinde anayasanın ve yasama organının tutumu ve belirlediği amaçlar önemli etkinliğe sahiptir. Anayasanın kentsel gelişmenin planlanmasında belirlediği temel amaç ve araçların gerçekleştirilebilir ve yaşama geçirilebilir olması kadar bunların ciddiyeti de önemlidir. Anayasa Mahkemesi de konut hakkına ilişkin bir kararında, "*şehirlere özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde yerine getirilmesi*" gerektiğini belirterek devlete ödev yüklemektedir.

(25) An.Mah.nin 21.6.1990 tarihli kararı

(26) An.Mah.nin 11.12.1986 1985/11-1986/29 sayılı kararı

(27) Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayını, Ankara 1989, s. 107

dir.²⁸ Bu nedenle anayasanın konuta ilişkin tutumunu açıkça belirlemesi gerekir. Amaç, konut açığının azaltılması ve yeni kurulan ailelerin konut gereksinimini karşılayacak üretim düzeyine ulaşılması, yeterli miktarda kent toprağının konut için ayrılmasını sağlamak olmalıdır. Devletin konuta ilişkin düzenlemeleri olumlu olursa, bu durum kişilerin kente yerleşmelerini ve kentsel yaşamdaki sosyleşmeyi artırıcı rol oynar.²⁹

Anayasanın 57. maddesi devletin bir planlama çerçevesinde konut gereksinimini karşılayacak tedbirleri alacağını belirtmiş ise de, 165. madde hükümleri gözönün alındığında, devletin mali kaynaklarının yeterli olmadığı ve düzenli bir kentsel gelişmenin gerçekleşmeyeceği anlaşılmaktadır. Zira 165. madde ile devlet kendine bağlayıcı görevler üstlenmekten kaçınma yolunu da açmış bulunmaktadır.

7. Kamu Yararı İlkesi

Anayasanın 35. maddesi hükmü gereği, taşınmaz mal mülkiyeti, kamu yararı amacıyla yasayla sınırlanabilir ve mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Bu nedenle, kent arsalarının kullanılması açısından, toplum yararına öncelik tanıyan önlemlerin alınması gerekmektedir. Konut yapımı, bölgesel gelişme açısından da önemlidir. Konut yatırımlarının bölgesel dağılımı, kentleşme ve sanayileşmeye yön verebilme özelliğine sahiptir.³⁰

Kentsel gelişme açısından yetkili kamu kurumu olarak en başta yerel yönetimler öne çıkmaktadır. Yerel yönetimler içinde belediyelerin, kent topraklarının kullanım, paylaşım ve imara açılmasındaki denetim görevini gereği gibi yerine getirememeleri nedeniyle ekonomik ve toplumsal adalet dengesinin bozulmasına yol açılmaktadır.³¹ Özellikle, imar planlarının yapılıp uygulanması, sağlıklı ve düzenli bir kentsel gelişmenin sağlanmasında belediyelere önemli görevler yüklenmektedir.³² Zira, imar planlaması ile gerçekleştirilen mülkiyet ve toprak düzenlemesi toplumsal adalet, kent planlaması ve kentleşmeye doğrudan etki eden yetkililerdir. Bu yetkilerin kullanılması ile

(28) Sağlam, s. 73

(29) Huyck, s.4

(30) Keleş, s.473

(31) Keleş/Geray/Emre/Mengi, s.19

(32) age, s.19

taşınmazın konumunu, yararlandığı altyapı hizmetleri, taşınmaz kullanımına getirilen kısıtlamalar ile kentsel toprakların değeri belirlenmektedir.³³ Anayasa ve buna dayanılarak çıkarılan yasalara göre belediyeler ve devlet, mülkiyet hakkına sınırlama getirebilmekte ise de, bu sınırlamayı dilediği gibi yapmakta serbest olmayıp, Anayasanın 35. maddesini gözönünde tutmak zorundadır. Anayasanın bu maddesi, gerek arazi spekülasyonu gerekse daha başka biçimlerde arazinin toplum yararına aykırı olarak kullanılmasını engellemektedir.

1961 Anayasanın 115. maddesinde; "*Belli kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla birden çok ili içine alan çevrede bu hizmetler için, yetki genişliğine sahip kuruluşlar meydana getirilebilir*" hükmü bölgesel gelişme için bir dayanak oluşturmaktaydı. Anayasada bölge sözcüğü, bölgeciliği çağrıştıran siyasal özerklik istemlerine kaynaklık yapmaması bakımından kullanılmaktan kaçınılmıştır. Bunun yerine çevre sözcüğü kullanılmıştır. Bu hükümden hareketle, pek çok kamu kuruluşu merkez dışındaki örgütlenmelerini il sınırları dışına taşıyarak, bölge örgütlenmelerini oluşturmuştur.³⁴

8. Düzenleme İlkesi

Kentsel planlamaya ilişkin anayasal kaynaklardan birisi de Anayasanın 115. ve 124. maddeleridir. Anayasanın 115. maddesi Bakanlar Kuruluna, 124. maddesi ise kamu tüzel kişilerine tüzük ve yönetmelik yapma yetkisi vermektedir. Dolayısı ile anayasanın bu maddelerine dayanılarak kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren üst hukuk normlarının uygulanmasını göstermek ve sağlamak amacıyla tüzük ve yönetmelik yapabileceklerdir. İmara ilişkin planlar da, anayasanın bu hükümlerine dayanılarak imar kanununun hükümlerini uygulamak amacıyla çıkarılmaktadır. Bu amaçla, kentsel ve bölgesel gelişmeye ilişkin (örneğin imar kanunu, kıyı kanunu, kültür ve tabiat varlıkları kanunu, çevre kanunu, boğaziçi kanunu gibi kanuna dayanılarak) pek çok yönetmelik çıkarılmıştır. Belediyeler bu amaçla, kentsel gelişmeyi sağlayacak imar planlarının yapımından uygulama ve denetimine kadar çeşitli görev ve yetkilerle donatılmışlardır. Belediyeler bu anlamda emlak vergileri, kamulaştırma, hamur yetkisi (İmar yasası 18. md.), şerefiye, yapı yasakları ve yapı yapmaya zorlama gibi hukuksal araçlara sahiptirler.³⁵ Be-

(33) age, s.46

(34) Keleş, s.358

(35) Keleş/Geray/Emre/Mengi, s.56

lediye ve mücavir alanların içinde kalan yada dışında kalan yerler için fiziksel planlamalar başta anayasa olmak üzere, imara ilişkin mevzuata göre yürütülmektedir.

9. Örgütlenme İlkesi

a. Anayasanın 126. Maddesi

Anayasanın 126. maddesinde; "*Türkiye merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır.*

İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.

Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir" hükmü getirilmiştir. Böylece merkezi yönetim kuruluşlarının bölge örgütlerine anayasal dayanak hazırlanmıştır. Anayasaya göre bir yönetim dağılımı yapılırken, ülkenin coğrafi durumu, ekonomik koşulları ve kamu hizmetlerinin gerekleri dikkate alınacaktır. Anayasada yönetsel bölünme konusunda il örgütlenmesi birim olarak alınmıştır.³⁶ Daha geniş bir bölgesel kuruluş olarak birden çok ili içine alan merkezi bir yönetim örgütünün, kamu hizmetlerinin verimli ve uyumlu olmasını sağlamak amacıyla oluşturulması mümkündür (126/3). Bununla birlikte yerel yönetimlerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla kendi aralarında birlik kurmaları da mümkündür (md. 127). Yerel yönetimlerin kendi aralarında oluşturacakları birlikler sayesinde, yapısal ve işlevsel olarak zayıflıklarını ve hantallıklarını aşmalarına olanak sağlanmış olacaktır. Oluşturulacak yerel yönetim kuruluşları bir üst kuruluş ve yönetim olmamakla birlikte yeni bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁷

b. Anayasanın 127. Maddesi

Kentsel gelişme açısından Anayasanın 127. maddesinde öngörülen, yönetimin birlik ve bütünlüğü ilkesi ile yerel yönetimce yapılan kent planlamasının değişik aşamaları arasında tutarlılığın gerçekleşmesi gereğini gözardı

(36) Geray, Bölgesel..., s.309

(37) Kazancı Metin, "Yerel Yönetim Birlikleri", Yerel Yönetimlerde Güncel Sorunlar AÜSBF Yayınları, Yayın No: 466, s.63

etmemek gerekir. Anayasasının 127. maddesi, anakent yönetim biçimlerinin oluşturulmasına olanak sağlayan 3. fıkranın son cümlesindeki; "*Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir*" hükmü ile büyük kentlerde anakent belediyelerinin kurulmasını sağlamıştır. Bu düşünce ile anakent belediyelerinin yönetimi hakkında 3030 sayılı yasa çıkarılmıştır. Böylece metropol alanların yönetimi ve denetimi anakent belediyelerine bırakılmıştır. Ancak, anakent belediyeleri ve metropol alan içinde kalan ilçe belediyeleri kentin hızlı gelişmesine koşut olarak altyapı hizmetlerini zamanında gerçekleştiremeyerek bu büyümeye uyum sağlayamamıştır.

10. İlkeleri Gerçekleştirmenin Ekonomik Sınırları

Anayasanın 165. maddesi; "*Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*" hükmünü içermektedir. Devletin bütün alanlara el atıp, pek çok görevi birden yerine getirmesi güçtür. Ekonomik olanakları sınırlı olan devlet, anayasa ile belirlenen ve çerçevesi çizilen hedeflerini mali kaynaklarının elverdiği ölçüde yerine getirecektir. Dolayısı ile kent planlaması kamu düzenini ilgilendiren bir husus olmakla birlikte 165. maddenin içeriğinden, plana ilişkin hedeflerin birer program niteliğindeki hüküm oluşu, devletin bunların yerine getirilmesine ilişkin yükümlülüğünü bir zorunluluğa dönüştürmemektedir. Dolayısı ile devlete yüklenen görev hukuksal olmaktan çok siyasi nitelik göstermektedir. Bu durum, kişilere sübjektif bir hak talebi yetkisi vermemekte, yalnızca devlete yol gösterici hüküm olma niteliğine dönüşmektedir. Keza Anayasa mahkemesinin kalkınma planlarına ilişkin niteleme yapan bir kararında; "*...plan, yasama meclislerinden geçmekle birlikte, kanun niteliğinde bulunmadığı için, herhangi bir kimseye doğrudan doğruya ödev yükleyemez ve yürürlükte bulunan kanunları değiştirci bir etkiden yoksundur.*"³⁸ denmektedir.

IV- SONUÇ

Anayasa kentsel yada bölgesel gelişme için, özel ve ayrı bir düzenleme yapmamıştır. Böyle bir düzenleme yapılmamasının eksiklik olduğu söylenebilir. Anayasaların ayrıntılı hükümler içermesi kendi içerisinde çelişkiye düşmesine neden olabileceği gibi toplumsal gelişmelerin de önünü kesebilir. Zi-

(38) Anayasa Mah.nin 17.11.1970, 1970/44-42, AMKD S.8, s. 443-451

ra, sürekli gelişme ve değişim içerisinde olan toplumun, sosyal gelişimine ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesi güç hükümler olarak anayasalarda yer alması, ilerideki gelişmeler açısından sürekli engel olma durumuna düşecektir. Önemli olan, anayasanın mevcut hükümlerinin yasa ile yapılacak olan düzenlemelerin önünü kapamamasıdır. Bu nedenle ayrıntılı hükümlerin yasalarla düzenlenmesi gerekir. Ne var ki, anayasanın değişik maddeleri içinde değinilen kentsel ve bölgesel gelişmeye ilişkin hükümlerden, belli bir sonuca gitmeyi sağlayan bütünlük olduğu da söylenemez.

Anayasada, kentsel ve bölgesel gelişme konusundaki düzenlemeler içinde yoğunluğun planlama üzerinde olduğu görülmektedir. Konuta, çevreye, eşitliğe ve planlamaya ilişkin hükümler aslında anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesinin kabul edilmesinin de bir sonucudur. Anayasa ile çizilen genel çerçevenin çıkarılacak diğer hukuksal düzenlemeler ile açıklığa kavuşturulup bütünlük oluşturulması mümkün olabilir.

Ancak, böyle bir bütünlüğün sağlanmadığı, planlamaya ilişkin mevzuat ile yetki dağılımındaki karmaşadan anlaşılabilir. Zira, planlamaya ilişkin yol gösterici çerçeve bir yasal düzenlemeden yoksunluk kent, bölge ve bunlarla bağlantılı olarak ülke planlarındaki uyumsuzluğa yol açmaktadır. Planlama ile ilgili olarak Bayındırlık ve İskan, Turizm ve Kültür, Tarım, Çevre ve Orman, Ulaştırma Bakanlığı gibi bakanlıkların yanısıra pek çok genel müdürlük ve yerel yönetim biriminin karar alma ve uygulama süreci içine girmesi planlamadaki otorite karmaşıklığını göstermeye yeterlidir.³⁹

Yasaların iyi yapılması yeterli değildir. Bu yasaları hayata geçirecek yetkili kişilerin seçimlerine ilişkin sistemlerin de demokratikleşmesi gerekir. Bu yapılmadıkça iyi yasalar, kötü kişilerin elinde kötü sonuçlara yol açarak kötü yasalar haline gelir. Sonuca gitmek, ancak uygulamanın amaca uygun yapılması ile gerçekleşebilir.

(39) Görmez, s. 136

Kaynaklar

1- Bölgesel Gelişme, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Yayın No: DPT 2502, Ankara 2000

2- Ergün Turgay/ Polat Aykut, Kamu Yönetimine Giriş, Todaie Yayını, Ankara 1988

3- Erkal Mustafa, Bölgeler arası Dengesizlik ve Doğu Kalkınması, İstanbul 1978

4- Geray, Cevat, "Bölgesel Gelişme İçin Planlama ve Örgütlenme", Cemal Mihçioğlu'na Armağan, Ankara 1997

5- Geray, Cevat, "İşlendirme Açısından Kırsal Gelişme Yöneltilerimiz", SBF Dergisi, Nisan-Haziran 1999

6- Görmez, Kemal, "Büyük Kentlerde Kent Planlaması ve Bazı Sorunlar, Gazi Ün. İİBF Dergisi, S. 2, 2001.

7- Huyck Alfred Van, "Konutun Ulusal Gelişmeye Katkısı: Daha Çoğu Başarabilir mi?" (Çev. Keleş Ruşen), Konut ve Gelişme, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayını, Ankara 1987

8- Kalabalık Halil, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin yayınları, Ankara 2003

9- Kazancı Metin, "Yerel Yönetim Birlikleri", Yerel Yönetimlerde Güncel Sorunlar, AÜSBF Yayınları, Yayın No: 466, Ankara 1981

10- Keleş Ruşen, Kentleşme Politikası, İmge Kitabevi, Ankara 2004

11- Keleş Ruşen/ Geray Ceva/ Emre Cahit/ Mengi Ayşegül, Kentsel Toprak Rantının kamuya Kazandırılması, Türkiye Kent Kooperatifleri Merkez Birliği Yayını, Ankara 1999

12- Keleş Ruşen/Mengi Ayşegül, İmar Hukukuna Giriş, Ankara 2003

13- Mengi Ayşegül/Algan Nesrin, Küreselleşme ve Yerelleşme Çağında Bölgesel Sürdürülebilir Gelişme, Ankara 2003

14- Özbudun Ergn, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayını, Ankara 1989

15- Planlama, Devlet Planlama Teşkilatı, Yayın No. DPT 3

16- Sağlam Fazıl, "Anayasa Mahkemesi'nin İmar Hukuku ve Şehirciliğe İlişkin Kararları", Türkiye 12. Dünya Şehircilik Günü Kollokyumu, Ankara 1988

17- Şehircilik, Hukuk ve Yönetim İlişkileri, Türkiye'de 12. Dünya Şehircilik Günü Kollokyumu, Ankara 1988

18- Tan Turgut, Planlamanın Hukuki Düzeni, Todaie, Ankara 1976

19- Türkiye'de Orman Köyleri, Yerleşme, Bölge Planlama, Şehirleşme, Doğu Anadolunun Sorunları, Dokuzuncu İskan ve Şehircilik Konferansları, AÜSBF Yayınları, Ankara 1969

20- Türkiye'de Bölge Planlamasının Evreleri, MGK Genel Sekreterliği Yayınları, Ankara 1993

21- Wirth Louis "Bir Yaşam Biçimi Olarak Kentlileşme" 20. Yüzyılın Kenti (Derleme ve Çeviri: Duru Bülent/Alkan Ayten), Ankara 2002.

HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARIN DIŞ DÜNYA İLE İLİŞKİLERİ

Vehbi Kadri KAMER ()*

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş, II- Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret, III. Hükümlü ve Tutukluların Dışardaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri, IV. Mektup ile Gazete, Kitap, Mecmua Gibi Yazılı Yayınlar Aracılığı ile Hükümlü ve Tutukluların Dış Dünya ile Olan İlişkileri, V. Hükümlülere Verilen İzinler.

I- GİRİŞ

Hükümlü ve tutukluların dış dünya ile ilişkileri konusunda uluslararası mevzuatta; Mahpusların Tretmanı İçin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kurallarının 37, 38, 39, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunmasına Dair Birleşmiş Milletler Kurallarının 59, 60, 61, Avrupa Cezaevi Kuralları Mahpuslarına Tretmanı Hakkındaki Standart Minimum Kuralların Gözden Geçirilmiş Avrupa Metninin 43, 44, 45, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Mahpusların Tretmanı İçin Minimum Standart Kurallar Hakkındaki R (73) 5 Sayılı Tavsiye Kararının 37, 38 ve 39'uncu maddelerinde hükümler bulunmaktadır.¹ Bu konuda mevzuatımızda; 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanununun 14, Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun 144, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkiflevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 152, 153, 154, 155, 155/A, 117, 118, 119, 120, Ceza ve Tevkiflevleri İç Yönetmeliğinin 21, 22, 23, 25, 27, 28, Adalet, Sağlık ve İçişleri Bakanlıkları arasında imzalanan 14.1.2000 tarihli Protokolün 14'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Mahpusların Tretmanı İçin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kurallarının 37'nci maddesinde "Mahpusların gerekli gözetim altında ve düzenli

(*) Ceza ve Tevkiflevleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

(1) Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları ve İlgili Sözleşmeler Necati Nursal

aralıklarla, aileleri ve yakın dostlarıyla haberleşme ve ziyaret edilme yoluyla ilişki kurmalarına izin verilmesi", 38'inci maddesinde "Yabancı uyruklu mahpuslara, uyuğunda buldukları Devletin diplomatik temsilcileri ve konsolosluk görevlileriyle makul iletişim kolaylıkları sağlanması, bulunulan ülkede diplomatik ya da konsolosluk temsilciliği bulunmayan Devletlerin uyuğunda bulunan veya mülteci ya da vatansız olan mahpuslara, yararlarını koruyan Devletin diplomatik temsilcileriyle ya da bu gibi kimseleri korumakla görevli ulusal ya da uluslararası bir makamla iletişim kurmada aynı kolaylıklar sağlanması", 39'uncu maddesinde "Mahpuslara, gazete, dergi ya da özel kurum yayınlarını okuyarak, işitsel yayınları dinleyerek veya kurum yönetimince izin verilen ya da denetlenen sunuşlarla veya buna benzer yollarla, önemli haber konularını düzenli olarak takip etme imkânı sağlanması" gerektiği belirtilmiştir.

Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunmasına Dair Birleşmiş Milletler Kurallarınının 59'uncu maddesinde "Adil ve insanca davranma hakkının ayrılmaz bir parçası ve çocukların yeniden topluma dönüşe hazırlanmasının esaslı bir unsuru olan, dış dünya ile ilişkilerin, yeterince kurulması için her türlü imkân sağlanması, çocukların, aileleriyle, arkadaşlarıyla ve diğer kimseler ya da saygın dış kuruluşların temsilcileriyle iletişim kurmalarına, evlerini ve ailelerini ziyaret etmeleri için kurumdan ayrılmalarına ve eğitim, meslekî eğitim veya diğer önemli nedenlerle kurumdan ayrılmaları için özel izinli olmalarına imkân sağlanması, bir hapis cezası çekmekte olan çocuğun kurum dışında geçirdiği süreler, çektiği cezanın bir bölümü olarak sayılması", 60'ıncı maddesinde "Her çocuk, sık ve düzenli olarak, kural olarak haftada bir kez ve ayda bir kezden az olmayacak şekilde, ailesi ve avukatı tarafından ziyaret edilme hakkına sahip olması ve ziyaret esnasında, özel yaşamına ve kısıtlanmamış bir iletişimde bulunma ihtiyacına saygı gösterilmesi", 61'inci maddesinde "Yasayla sınırlandırılmadığı sürece, her çocuk, istediği bir kimseyle haftada en az iki kez yazılı iletişim veya telefon irtibatı kurma hakkına sahip olması ve bu haktan etkin olarak yararlanması için kendisine gerekli yardım yapılması, her çocuk kendisine gönderilen yazılı iletileri alma hakkına sahip olması", 62'nci maddesinde "Çocuklar, gazete, dergi ve diğer yayınları okuyarak, radyo dinleyerek, televizyon programlarını ve filmlerini izleyerek, ilgilerini çeken yasal dernek veya örgüt temsilcileriyle görüşerek düzenli olarak dış dünyadan haber alma fırsatına sahip olması" hükümleri getirilmiştir.

Avrupa Cezaevi Kuralları Mahpuslarına Tretmanı Hakkındaki Standart Minimum Kuralların Gözden Geçirilmiş Avrupa Metninin 43'üncü maddesinde "Mahpusların aileleri ve tretman, kurum güvenliği ve düzeni gereklerine tâbi olarak, kişiler veya dışarıdaki kuruluşların temsilcileri ile haberleşmesine ve bu kişilerden mümkün olan sıklıkta ziyaretçi kabul etmelerine izin verilmesi, dış dünya ile teması teşvik etmek için bu kuralların, IV kısmında yer alan tretman hedefleri ile uyarlık içinde cezaevi izin sistemine yer verilmesi", 44'üncü maddesinde "Yabancı uyruklu mahsuplar, kendi diplomatik veya konsolosluk temsilcileri ile temasa geçmeye talep hakları olduğundan, gecikmeksizin, haberdar edilmesi ve bunlarla haberleşmek üzere makul kolaylıklar sağlanması, cezaevi idaresi, cezaevinde özel ihtiyaçları olan yabancı uyrukluların menfaati uğruna bu temsilcilerle tam bir işbirliği içinde olması, buldukları memleket nezdinde diplomatik veya konsolosluk temsilcisi olmayan devletler uyruğundaki mahpuslar ve mülteciler veya vatansız kişilere kendi menfaatlerini koruyan devletin diplomatik temsilcisi veya onları koruyan ulusal veya uluslararası bir makamla haberleşmek üzere benzer kolaylıklar gösterilmesi", 45'inci maddesinde "Mahpuslara, idarenin izin verdiği veya kontrol ettiği gazeteleri, dergileri ve diğer yayınları okuyarak, radyo veya televizyon yayınları ile, konferans veya benzeri yollarla düzenli olarak bilgi edinmesine izin verilmesi, lisan güçlükleri olan yabancı uyrukluların ihtiyaçlarını karşılamak üzere özel düzenlemeler yapılması" hükme bağlanmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Mahpusların Tretmanı İçin Minimum Standart Kurallar Hakkındaki R (73) 5 Sayılı Tavsiye Kararının 37'inci maddesinde "Mahpusların aileleriyle ve diğer kişi veya kuruluş temsilcileriyle haberleşmesine ve kendilerine uygulanan rejimin, güvenlik ve tutukevi nizamının zorunlu kıldığı kısıtlamalar dışında ve gözetim altında olmak koşulu ile muntazam aralıklarla bunlarla görüşmesine müsaade edilmesi", 38'inci maddesinde "Yabancı uyruklu mahpuslara, elçilik ve konsolosluk temsilcileriyle haberleşmeleri için makul kolaylıklar sağlanması, hapis-te buldukları ülkede, diplomatik ve konsüler temsilcileri bulunmayan yabancı uyruklu mahpuslar ile sığınma hakkı istemiş veya vatansız olan mahpuslar için de, bunların söz konusu ülkelerin çıkarlarını üstlenmiş diplomatik temsilcilerle veya bu gibilerin çıkarlarını korumakla görevli ulusal veya uluslararası makamlarla temaslarını sağlamak bakımından aynı kolaylıklar gösterilmesi", 39'uncu maddesinde "Mahpusların olup bitenlerden haberdar ol-

maları bakımından yönetimce izin verilen ve kontrol edilen gündelik, periyodik gazeteleri veya kurumun çıkardığı özel yayınları okumalarına, radyo, televizyon, konferans veya tüm diğer benzer araçları dinleyip seyretmelerine müsaade edilmesi" gerektiği belirtilmiştir.

Ceza infaz sistemimizde hükümlü ve tutukluların dışarı ile olan ilişkileri; ziyaret, mektup, gazete, kitap, mecmua gibi basılı kağıtlar, izin, radyo ve televizyon ile telefonla görüşme yoluyla olmaktadır.

II. HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARI ZİYARET

A-Mevzuatımızda Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;

Hükümlü ve tutukluları ziyaret; Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun 144, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü'nün 152, 153, 154 ve 155'inci maddeleri ile Ceza ve Tevkifevleri İç Yönetmeliğinin 21, 22, 23, 25 ve 28'inci maddelerinde düzenlenmiştir.²

Ceza ve Tevkifevleri İç Yönetmeliğinin 21'inci maddesi gereğince kurumca belirlenecek ziyaret tarihinde gelen ziyaretçilerin önce kimlik kontrolü yapılmalıdır. Ziyaretçinin Tüzüğü'nün 152'nci maddesinde belirtilen kişilerden olduğunun anlaşılması hâlinde cezaevi ziyaret defterine kaydı yapılmalı ve defterde bulunan bütün bilgiler doldurulduktan sonra ziyaretçinin imzası alınmalıdır. Ziyaretçi defterinde; ziyaretçinin kimliği, adresi, hangi tutuklu veya hükümlüyü ziyaret etmek istediği, hükümlü veya tutuklu ile akrabalık derecesi, ibraz ettiği belgenin tarih ve numarası, ziyaretçinin ibraz ettiği belgenin nereden verildiği okunaklı yazı ile yazılmalıdır.³

Adalet, Sağlık ve İşleri Bakanlıkları arasında düzenlenen 14.01.2000 tarihli Protokolün 13 ve Adalet Bakanlığının 8.5.2000 tarih ve 16-75 sayılı genelgesine göre ziyaretçinin fotoğraflı kimlik belgesi kendisinden alınarak ziyaretçi kartı verilmelidir.

(2) Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Mevzuatı 2001-Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Kontrolörler Kurulu Başkanlığı

(3) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 22.1.1980 tarih ve 4/12 sayılı Genelgesi

1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunun 6'ncı maddesine göre ziyaretçinin araması yapılmalıdır. Bu maddeye göre; kurum personeli ve dış güvenlik personeli dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumları ve tutukevlerine girenler duyarlı kapıdan geçirilmelidir. Bu kişilerin üstleri metal detektörle aranmalı; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilmeli, ayrıca şüpheli hâlinde elle aranmalıdır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılmalıdır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, müdafî ve avukatlar, noterler, Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranmamalıdır. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girmelerine izin verilmelidir. Ceza infaz kurumlarına ve tutukevlerine giren müdafî veya avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar incelemeye tâbi tutulmamalıdır. Konusu suç teşkil etmemekle birlikte ceza infaz kurumları ve tutukevlerine sokulması yasak olan eşya, araç, gereç veya malzemeler çıkışta sahibine verilmek üzere idare tarafından muhafaza altına alınmalıdır.

Müdürlük teşkilâtı olmayan veya müdürlük teşkilâtı olup da kadro yetersizliği nedeniyle bayan infaz koruma memuru ataması yapılamayan ceza infaz kurumlarındaki bayan ziyaretçilerin aramasının yapılamaması Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlıkları arasında düzenlenen 6.1.2000 tarihli Protokolün 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Protokolün 5, 6, 7 ve 8'inci maddelerinde aranması öngörülen kişilerden bayan olanların, bayan infaz ve koruma memurlarınca, bunların bulunmamaları hâlinde, Cumhuriyet başsavcısının talebi üzerine, mülkî amirlerce görevlendirilen bayan polisler tarafından bunlar da bulunmadığı takdirde görevlendirilecek bayan memurlarca aranacağı belirtilmiştir.

Disiplin cezası olarak verilen hücre hâlis cezasının infazı ile mahkemelerce Türk Ceza Kanununun 70, 73 ve 82'nci maddeleri gereğince verilen hücre cezalarının infazı sırasında hükümlü ve tutukluların dış dünya ile olan ilişkileri özellik arz etmektedir. Disiplin cezası olarak verilen hücre hâlis cezasının infaz şekli Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifvelerinin Yönetimine ve Ce-

zaların İnfazına Dair Tüzüğün 161'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan fıkra göre "Hücre hapis cezası; hükümlünün geceli gündüzlü her türlü ihtilattan önlenecek şekilde yalnız olarak bir hücreye konulması" hükmü getirilmiştir. Bu nedenle cezaevi disiplin kurullarınca hücre hapsi cezası verilen hükümlü ve tutukluların bu cezalarının infazı süresince sağlık ve savunma hakkına ilişkin hususlar dışında ziyaretçileri ile görüştürülmemeleri ancak kendilerine gönderilen mektuplar verilmelidir. Mahkemelerce Türk Ceza Kanununun 70, 73 ve 82'nci maddeleri gereğince verilen hücre cezaları hürriyeti bağlayıcı cezaların ağırlaştırılmış özel bir infaz şekli olup bu cezaların infazı sırasında hükümlülere gönderilen mektuplar kendilerine verilmeli ayrıca gelen ziyaretçileri ile görüştürülmelidir.

Hükümlü ve tutuklulara ziyareti; avukat, akrabaların, milletvekillerinin ve yabancı kişilerin yapacakları ziyaret olmak üzere dörde ayırabiliriz.

1- Akrabaların Hükümlü ve Tutukları Ziyareti;

Akrabaların hükümlü ve tutukluları ziyareti; kapalı ziyaret, açık ziyaret ve Ulusal, Resmî ve dinî bayramlar ile anneler ve babalar gününde yılaşlarında yapılan ziyaret olmak üzere üç şekilde yapılmaktadır.

a- Kapalı Ziyaret;

Hükümlü ve tutuklulara yapılacak kapalı ziyaret, cezaevi iç yönetmeliğinde belirlenen günlerde ve saptanan esaslar çerçevesinde haftada bir gün yapılır. Ziyaret süresi cezaevinin kapasitesi, ziyaret yerinin fiziksel yapısı ve gelen ziyaretçilerin sayısı dikkate alınarak cezaevi idaresi tarafından 30 dakika ile 60 dakika arasında belirlenmeli ve ziyaret sırasında her türlü fiziksel temas önlenmelidir.

aa) Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 152'nci maddesinde sayılan kişiler haftada bir gün hükümlü veya tutukluyu cezaevinde ziyaret edebilir. Bu kişiler; hükümlü veya tutuklunun eşi, çocukları, torunları, anası, babası, büyükbabası, büyükannesi, kardeşleri, amcası, halası, teyzesi, dayısı, kayınbabası, kaynanası, vasisi, kayyımı, vekil, avukatı, kardeşinin çocukları, kayınbirader, baldızı, görümcüsü, bacanağı, eltisi, gelini ve damadıdır. Ziyaretçi akrabalık derecesini belge ile ispatlamak zorundadır. Bu kişilerin iç yönetmelikte belirtilen günde yapacağı ziyaret için Cumhuriyet savcısından izin almasına gerek bulunmamaktadır.

bb) Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 152'nci maddesinde sayılan kişiler dışındaki ziyaretçiler ile Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 152'nci maddesinde sayılan kişilerin ziyaret günü dışındaki bir günde hükümlü veya tutukluyu ziyaret edebilmeleri için mutlaka Cumhuriyet savcısının yazılı iznini almak zorundadırlar. Cumhuriyet savcısının verdiği yazılı izinler cezaevinde bir kartonda saklanmalı ve yazılı izin verildiği ziyaretçi defterine yazılmalıdır. Bu durumda izin verme yetkisi Cumhuriyet savcısının takdirinde bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısı takdir hakkını kullanırken dikkatli davranmalı Tüzük'te belirtilenler dışındaki kişilere geçerli bir neden olmadan ziyaret izni verilmemesi ayrıca ziyaretçiyi gördükten sonra bizzat kendisinin imzalı izin belgesi vermesi gereklidir.

b- Aylık Açık Ziyaret;

Açık ziyaret Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 9.7.1996 tarih ve 8-59 sayılı genelgesinin III-10 uncu maddesi, 15.6.2001 tarih ve 37397 sayılı, 9.1.2002 tarih ve 1/3 sayılı, 8.4.2002 tarih ve 9/51 sayılı genelgelerinde düzenlenmiştir. Bu genelgelere göre suç ayrımı yapılmaksızın bütün hükümlü ve tutuklular; yaş sınırlaması olmaksızın çocukları, annesi, babası ve eşleri ile ayda bir gün açık görüş yaptırılmalıdır.

c- Ulusal, Resmî ve Dinî Bayramlar, Anneler ve Babalar Günü ile Yılbaşlarında Yaptırılacak Açık Ziyaret;

Ulusal, Resmî ve dinî bayramlarla, anneler ve babalar gününde ve yılbaşlarında yaptırılan açık ziyaretler Tüzük'ün 154'üncü maddesi ile Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 12.6.2002 tarih ve 17-79 sayılı genelgesinde düzenlenmiştir. Bu günlerde hükümlü ve tutukluları belgelendirilmek suretiyle sadece ana, baba, kardeş, eş ve çocukları ziyaret edebilir. Ancak; ana, baba, kardeş, eş ve çocuğu olmayan hükümlü ve tutukluların, üçüncü dereceye kadar olan akrabaları, büyükbabası, büyükannesi ve torunlarından en çok üç kişiyle, önceden haber verilmesi ve belgelendirilmesi kaydıyla, Cumhuriyet başsavcısının izniyle görüşme yapabilirler. Açık görüş; açık görüş yeri bulunan ceza infaz kurumlarında bu yerde, görüş yeri bulunmayan infaz kurumlarının yapısal durumuna göre koşullar hariç idarenin kurum içinde uygun göreceği bir yerde, görüş süresi bir saatten az olmamak kaydıyla, Adalet Bakanlığınca uygun görülen günlerde ve 09.00

-17.00 saatleri arasında yaptırılmalıdır. Kınama cezası dışında disiplin cezası almış ve cezaları kaldırılmamış olan hükümlü ve tutuklular, açık görüşten yararlandırılmamalıdır. Normal haftalık ziyaretler ile aylık eş, çocuk, anne ve baba ziyaretleri, genelgede belirtilen ziyaret günleri ile ardarda geldiği takdirde, bu ziyaretler açık görüş genelgesinde belirtilen ziyaretlerden iki gün sonra yaptırılmalıdır.

2- Yabancı Uyruklu Kişilerin Ziyareti;^{4 5 6}

Yabancı uyruklu hükümlü ve tutuklulara ziyareti; akrabaların, konsolosluk memurlarının, uluslararası kurum ve kuruluşların ziyareti ile hukuksal amaçlı ziyaretler olmak üzere dörde ayrılabilir.

a) Akrabaların Yabancı Uyruklu Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Akrabaların hükümlü ve tutukluları ziyareti; kapalı ziyaret, açık ziyaret ve Ulusal, Resmî ve dinî bayramlar ile anneler ve babalar gününde yılbaşlarında yapılan ziyaret olmak üzere üç şekilde yapılmaktadır.

Yurt dışından gelmiş ve ziyaretine izin verilmiş olan ziyaretçilerin ziyaret süreleri, talep hâlinde iç yönetmelikte belirlenen süreden daha uzun tutulmalı ayrıca uzak yoldan geldikleri dikkate alınarak iç yönetmelikte belirlenen ziyaret günleri dışındaki günlerde ziyaret izni verilmelidir.

Akrabaların yabancı uyruklu hükümlü ve tutukluları ziyareti; hükümlü veya tutuklunun adlî suçtan veya terör veya çıkar amaçlı suç örgütünden hükümlü veya tutuklu olmasına göre ikiye ayrılır.

aa) Akrabaların Yabancı Uyruklu Adlî Suçtan Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Adlî suçtan yabancı uyruklu hükümlü veya tutuklu ziyaret etmek isteyen akrabalar, akrabalık durumunu ispatlayan belge ile ziyaret talebini ziyaret ta-

-
- (4) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 24.5.2002 tarih ve 14/71 sayılı Genelgesi
 - (5) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 17.2.2003 tarih ve 17/7-22 sayılı Genelgesi
 - (6) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 5.3.2003 tarih ve 17/14052 sayılı Genelgesi

rihinden en az bir hafta önce doğrudan kurumun bağlı bulunduğu ağır ceza Cumhuriyet başsavcılığına iletmelidirler. Ayrıca ziyaretten önce kişinin akrabala olup olmadığı, ilgili tutuklu veya hükümlüye teyit ettirilmelidir.

bb) Akrabaların Yabancı Uyruklu Terör veya Çıkar Amaçlı Suç Örgütünden Suçtan Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Ziyaret edilmek istenen kişinin terör veya çıkar amaçlı suçlardan tutuklu veya hükümlü olması hâlinde, yabancı uyruklu aile fertleri ve akrabaları konsoloslukları vasıtasıyla, Dışişleri Başkanlığını aracı kılarak, Adalet Bakanlığından izin almalıdırlar. Ziyaret için yapılacak başvuru ziyaret tarihinden en az 15 gün önce yapılmalıdır.

cc) Akraba Dışındaki Kişilerin Yabancı Uyruklu Hükümlü ve Tutukları Ziyareti;

Arkadaş, nişanlı, iş ortağı vb. gibi yabancı tutuklu veya hükümlü ile herhangi bir akrabalık bağı olmayan veya akrabası olduğunu belgeleyemeyen yabancı veya Türk uyruklu kişilerin ziyaretleri için Adalet Bakanlığından izin almaları gerekir. Ziyaret edilmek istenen kişinin hukukî statüsüne göre, ziyaret talebinde bulunan kişi yukarıdaki (aa) veya (bb) bentlerinde belirtilen prosedürü izlemek zorundadır. Ziyaret başvurusu, ziyaret tarihinden en az 15 gün önce yapılmalıdır.

Ziyaret talebinde bulunan kişi, biri Türk vatandaşlığı olmak üzere çifte vatandaşlığa sahip ise, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde Türk uyruklu tutuklu veya hükümlüyü Türk vatandaşı gibi, taşıdığı yabancı uyruktaki kişiyi ise yabancı gibi ziyaret edebilir. Ancak, Türk kökenli olmayan yabancı ülke vatandaşlarının, aralarında hukuksal bir bağ olmadıkça, Türk uyruklu tutuklu ve hükümlüleri ziyaretine izin verilmemelidir. Ziyaret talebinde bulunan kişi, Türk kökenli olup da, Türk vatandaşlığından tamamen çıkarak, yabancı bir ülkenin vatandaşlığına geçmiş ise, Türk hukukuna göre yabancı sayılacağından, aile fertlerinden veya akrabalarından birisi olsa dahi, Türk uyruklu veya bir başka devlet uyruğunda bulunan tutuklu ve hükümlüyü bir yabancı statüsünde ve yukarıdaki ilkeler çerçevesinde ziyaret edebilir. Türk vatandaşı olup da, yabancı uyruklu bir kişi ile resmî olarak evlenmiş bulunan tutuklu ve hükümlülerin veyahut yabancı uyruklu olup Türk vatandaşı bir kişi ile resmen evli bulunan tutuklu ve hükümlülerin ziyaretlerinde başvuru, yukarıda belirti-

len süreler çerçevesinde; adli suçlarda, ağır ceza merkezi Cumhuriyet başsavcılıklarına, terör ve çıkar amaçlı suçlarda ise; Adalet Bakanlığına yapılmaktadır. Başvurularda ziyaretçi ve ziyaret edilecek olanın açık kimlikleri, akrabalık veya yakınlık dereceleri belirtilmelidir.

b) Konsolosluk Memurlarının Yabancı Uyruklu Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Yabancı ülke konsolosluk memurlarının ziyaretine izin verme yetkisi olan mercî (ilgili ağır ceza Cumhuriyet başsavcılığı veya Adalet Bakanlığı), kararında aynı zamanda bu ziyaretin açık veya kapalı yapılmasına da karar verilmelidir. Açık görüşme izni, ilgili ülkede Türk konsolosluk memurlarına uygulanan ziyaret rejimine bağlı olarak karşılıklılık esasına göre değerlendirilmelidir. Buna ilişkin Dışişleri Bakanlığında alınan ve dış temsilciliklerimizde bulunan ülkelerdeki uygulamaları gösterir liste makalenin sonunda yer almıştır. Buna göre, ilgili konsolosluk memurunun temsil ettiği ülkede Türk konsolosluk memurlarına açık görüş hakkı tanınması hâlinde talep kabul edilmeli, aksi hâlde görüşmenin kapalı yapılmasına karar verilmelidir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanununa tâbi olan tutuklu ve hükümlüler bakımından konsolosluk memuruna açık görüş izni verilmesi Adalet Bakanlığının takdirine bağlıdır.

Konsolosluk memuru sadece kendi ülkesinin vatandaşı olan tutuklu veya hükümlüleri ve Türkiye'de diplomatik temsilciliği veya konsoloslugu bulunmaması nedeniyle yararlarını korudukları kişileri ziyaret hakkına sahiptir. Ziyaret için ilgili tutuklu veya hükümlünün muvafakatı aranmalıdır. Konsolosluk memurları ile görüşmeyi kabul etmeyen yabancı uyruklu tutuklu ve hükümlülerin buna ilişkin beyanlarının, konsolosluk memurunun görebileceği veya duyabileceği bir şekilde tutanakla tespit edilerek bir örneği imza karşılığında konsolosluk memuruna teslim edilmelidir.

Ziyaret edilmek istenen kişi, yalnız Türk vatandaşı ise veyahut da, Türk vatandaşlığının yanında yabancı bir ülkenin vatandaşlığını da taşıyorsa (çifte vatandaş ise), 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 4/(b) maddesi gereğince Türk vatandaşlığı esas alınacağından, konsolosluk memurunun ziyaret talebi kabul edilmemelidir.

Türk kökenli olup da yabancı bir ülkenin vatandaşı olan ve ziyaret edilmek istenen tutuklu ve hükümlülerin, öncelikle Türk vatandaşlığından çıkıp çıkmadıkları araştırılmalı ve bu araştırma sonucuna göre neticesine göre talep değerlendirilecek olduğundan, bu tür ziyaret talepleri Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğüne iletilmelidir.

Konsoloslukta resmen çalışan din görevlisi, öğretmen, psikolog gibi konsolosluk memurlarının yabancı tutuklu ve hükümlülere ziyarette bulunmaları Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Kurumlarda doktor ve revir, dışarıda ise Devlet ve üniversite hastaneleri bulunduğu için, hastalığın özelliği bakımından ülkemizde tedavi imkânının bulunmaması nedeniyle verilen Adalet Bakanlığının izni dışında, tutuklu ve hükümlüyü muayene ve tedavi etmek amacıyla, yabancı uyruklu doktorların kurumlara girmesine izin verilmemelidir.

Hiçbir diplomatik temsilciliği ve konsolosluğu bulunmayan devletlerin fahrî konsolosları, bu görevlerini belgelemek koşuluyla yukarıda açıklanan tüm haklardan yararlandırılmalıdır. Ancak, ülkemizde diplomatik temsilciliği veya konsolosluğu bulunan ülkelerin fahrî konsoloslarının ziyaret talepleri Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

Konsolosluk memurlarının yabancı uyruklu hükümlü ve tutukluları ziyareti; hükümlü veya tutuklunun adli suç, terör suçu veya çıkar amaçlı suç örgütünden hükümlü veya tutuklu olmasına göre ikiye ayrılır.

aa) Konsolosluk Memurlarının Yabancı Uyruklu Adli Suçtan Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Ziyaret talebi, ziyaret tarihinden en az 1 hafta önce, ilgili konsoloslukça cezaevinin bağlı bulunduğu ağır ceza merkezi Cumhuriyet başsavcılığına yapılmalı, başvuruda ziyarete katılacak olan konsolosluk memurunun açık kimliği, görevi ve ziyaret tarihi belirtilmelidir.

bb) Konsolosluk Memurlarının Yabancı Uyruklu Terör veya Çıkar Amaçlı Suç Örgütünden Suçtan Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Ziyaret edilmek istenen kişi, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu veya 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu kapsamında bir

suçtan tutuklu veya hükümlü ise, ilgili Konsolosluk tarafından ziyaret tarihinden 15 gün önce Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile Adalet Bakanlığında ziyaret izni almalıdır.

c) Uluslararası Kurum ve Kuruluşların Ziya-retleri :

Taraf olduğumuz sözleşmeler gereğince, cezaevlerinde ziyaret ve incelemelerde bulunmaları konusunda yetkileri tanınmış olan uluslararası kurum ve kuruluş temsilcileri ve üyeleri Adalet Bakanlığında ziyaret izni almalıdır.

d) Hukuksal Amaçlı Ziyaret Talepleri:

aa)Yabancı bir ülkede yürütülmekte olan bir soruşturma veya açılmış bulunan bir dava çerçevesinde, ceza infaz kurumlarında bulunan yabancı veya Türk uyruklu tutuklu veya hükümlülerin bilgilerine başvurulmasını içeren resmî talepler, varsa o ülke ile ülkemiz arasında bulunan adli yardım sözleşmesi çerçevesinde, adli yardım talepnameşi düzenlenerek Adalet Bakanlığına gönderilmeli ve görüşme için izin istenmelidir.

bb) Ceza infaz kurumlarında bulunan Türk veya yabancı uyruklu tutuklu ve hükümlüler hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ya da yetkisi tanınan diğer bir uluslararası mahkemede yürütülmekte olan bir soruşturma veya açılmış bulunan bir dava çerçevesinde, yabancı uyruklu görevlilerin ceza infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerle görüşmelerini veya bilgilerine başvurmalarını içeren talepler Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

cc) Ceza infaz kurumlarında bulunan Türk veya yabancı uyruklu tutuklu ve hükümlüler hakkında, yabancı bir ülkede açılmış bulunan bir soruşturma veya dava çerçevesinde, tutuklu ve hükümlülerin yabancı uyruklu avukatlarca ziyaret edilebilmelerini içeren talepler, bu husustaki vekâletnameleeri ile soruşturma konusuna ilişkin diğer belgelerle birlikte Adalet Bakanlığına gönderilmeli ve görüşme için izin istenmelidir.

d) Parlamento üyelerinin ziyareti:

Ceza infaz kurumlarımızda bulunan vatandaşlarını ziyaret etmek isteyen yabancı parlamento üyelerinin ziyaretleri Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

3-Milletvekillerinin Ziyareti;⁷

Milletvekillerinin hükümlü ve tutuklular ile görüşme talebinde bulunmaları hâlinde, hükümlü ve tutukluların avukatları ile görüştürülmelerine dair esaslar dikkate alınarak, avukat görüş yeri bulunan kurumlarda bu yerde, avukat görüş yeri bulunmayan kurumlarda ise, ziyaretçi görüş yerinde ve öncelikle görüş yapmaları sağlanmalıdır.

4-Avukat Ziyareti;^{8 9 10}

Tutuklu ve hükümlüler müdafileri ile görüşmeleri kurum görevlisinin dolaylı veya dolaysız olarak duyamayacağı görüş alanı içinde yaptırılmalıdır. Avukatların savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettikleri belgeler incelenmemelidir. Ayrıca avukatlar hükümlü ve tutuklular ile görüşürken not almalarına izin verilmelidir. Bir avukatın aynı anda birden fazla hükümlü veya tutuklu ile görüşmesine güvenlik nedeniyle izin verilmemeli ancak bir hükümlü veya tutuklu aynı anda birden fazla avukat ile görüşmesine izin verilmelidir.

Avukatların ziyareti, ziyaret edilecek kişinin hükümlü veya tutuklu olup olmamasına göre ikiye ayrılır.

a) Müdafinin Tutukluyu Ziyareti; Müdafî tutuklu bulunan kişiler ile her zaman vekâletname aranmaksızın ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşme yapabilir. Ancak bunun tek istisnası müdafilerin bu hakkı kötüye kullanmalarıdır. Hakkın kötüye kullanılmasının Cumhuriyet başsavcılıklarınca tespit edilmesi hâlinde sonraki ziyaretlerinde kendilerinden vekâletname aranması ve haklarında gerekli soruşturmanın yapılması, bu durumunu ilgili baro başkanlığına ve Maliye'ye bildirilmesi gerekir.

b) Avukatın Hükümlüyü Ziyareti; Avukatın hükümlüyü ziyareti, hükümlünün mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezanın süresinin bir yıldan fazla olup olmamasına göre ikiye ayrılır.

- (7) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 3.2.1992 tarih ve 2/7-17 sayılı Genelgesi
- (8) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 5.9.1990 tarih ve 7-48591 sayılı Görüşü
- (9) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 26.11.2001 tarih ve 21-131 sayılı Genelgesi
- (10) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 25.6.2003 tarih ve 15/85 sayılı Genelgesi

aa) Mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezası bir yıldan az olan hükümlülerin avukat tutmak istemeleri hâlinde, vekâletname verebilmeleri için vekil adayı olan avukatlarla vekaletname aranmaksızın makul sayıda görüşebilirler.

bb) Avukatların, bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olan hükümlülerle görüşebilmeleri için, hükümlünün vasisi tarafından hükümlüyü temsile yetkilendirildiğini gösteren vekâletnamenin ibrazının istenmelidir.

cc) Mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezası bir yıldan az olan hükümlülerin avukat tutmak istemeleri hâlinde, vekâletname verebilmeleri için vekil adayı olan avukatlarla vekâletname aranmaksızın makul sayıda görüştürülmelidir.

dd) Hem tutuklu, hem hükümlü olanların müdafisi ve avukatları ile görüşmelerinin, tutuklu olarak müdafileri ile, vekaletname aranmaksızın (aa) bendinde belirtildiği şekilde, hükümlü olarak avukatları ile vasi tarafından hükümlüyü temsille yetkilendirilmiş vekaletname ibraz etmesi hâlinde (bb) bendinde belirtildiği şekilde yaptırılmalıdır.

Bunların dışında olağanüstü kanun yolları, infaz hâkimliği veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma hallerinde de (a) bendinin uygulanması gerekir.

Hükümlü ve tutuklu avukatının, avukat olmayan herhangi bir kişiye hükümlü veya tutuklunun vekili olarak vekâletname verme yetkisi bulunmadığından, bu şekilde vekâletname alan şahıslar hükümlü veya tutukluyu ziyaret etmesine izin verilmemelidir.

Vasi veya vekâlet verdiği avukatın hükümlü ile görüşmek istemesi hâlinde, görüşme sebebinin vasilik görevi ile ilgili olduğunu ispatlayacak belgelerin istenmeli, belgelendirilmemesi hâlinde görüşmeye izin verilmemelidir.

B- Uluslararası Mevzuatta Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret; ^{11 12}

- *Avusturya Josefstadt Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluların Ziyareti;*

1-Akrabaların Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

(11) Avusturya ve Almanya Çalışma Ziyareti Raporu Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü

(12) İngiltere Cezaevi İzleme Kurulları ve Cezaevi Sistemi Çalışma Ziyareti Raporu Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü

Ziyaretçilerin altı haftada bir açık ziyaret hakkı bulunmaktadır. Bunun dışındaki ziyaretler camlı bölmelerde ve kapalı ziyaret şeklinde yapılmaktadır. Tutuklular ile görüşmek isteyen ziyaretçilerin mahkeme hâkiminden yazılı izin almak zorundadırlar. Bu izin her bir ziyaret için alınmasına gerek olmayıp bir defa alınması yeterli olmaktadır. Hükümlüler için bu tip bir belgeye gerek bulunmaktadır. Kapalı ziyaretlerde, ziyaretçiler elektronik aramaya tâbi tutulmakta fizikî arama yapılmamaktadır. Açık ziyaretlerde ziyaretçiler fizikî arama ile cezaevine alınmaktadır. Aynı anda bir hükümlü veya tutukluyu iki yetişkin ile iki çocuk ziyaret edebilmektedir. Kapsam bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu kapsamda örneğin arkadaşın da ziyaret hakkı bulunmaktadır. Hükümlü ve tutuklular yedişer kişilik gruplar hâlinde ziyaret mahalline götürülmektedir. Bunların dışında tehlikeli mahkûmlar için yüksek güvenlikli ziyaret yerleri bulunmaktadır.

2-Avukatın Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Avukat tutukluyu vardiya saatleri içinde istediği zaman ziyaret edebilmektedir. Vardiya 08.00 ile 16.00 saatleri arasındadır. İstisnai hâllerde ve idareden izin almak şartıyla vardiya saatleri dışında ziyaret yapılabilir. Avukatın hükümlüyü veya tutukluyu ziyareti prosedür bakımından fark bulunmamaktadır. Ancak hâkim avukatın tutuklu ile görüşmesi sırasında yanında bir kişinin hazır olacağına karar verebilir. Avukatlar cezaevinde kendileri için ayrılan ve içinde daktilo bulunan özel yerde ziyaret yapmaktadır. Ziyaret belirli bir süre ile sınırlandırılmış değildir. Avusturya Ceza Kanununun 198'inci maddesine göre avukat aranmaz ancak kimliğini göstermek zorundadır. Ancak istisnai hallerde şüphe üzerine avukat aranabilir. Avukatın hükümlü veya tutuklu ile görüşmesi açık ziyaret şeklinde olur ve bu ziyaret izlenir ancak dinlenemez. Şüphe durumları dışında avukatın hükümlü veya tutukluya ve bunların avukata verdikleri belgeler incelenemez. Şüphe hâlinde bu belgeler okunabilir, avukata ziyaret izni verilemez ve olay avukatlık bürosuna bildirilir.

• *Avusturya Mittersteig Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;*

1-Akrabaların Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Hükümlü ve tutukluların haftada 5 saat ziyaret hakkı bulunmaktadır. Bir defada en fazla üç ziyaretçi hükümlü veya tutukluyu ziyaret edebilir. Ziyaret-

çi ziyaret hakkının bulunduğunu ispat etmek zorundadır. Bunun değerlendirilmesini ziyaretlerden sorumlu cezaevi bölüm başkanı tarafından yapılmaktadır. Ziyaretler açık ziyaret şeklinde yapılmaktadır. Ziyaretçi kimliğini gösterdikten sonra elektronik araması yapılarak kuruma alınmaktadır. Ziyaret sonunda hükümlü ve tutuklular aranarak odalarına götürülmektedir.

2-Avukatın Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Avukat tutukluyu vardiya saatleri içinde istediği zaman ziyaret edebilmektedir. Avukatlar kimliğini gösterdikten sonra elektronik araması yapılarak kuruma alınmaktadır.

• *Avusturya Suben Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;*

Bu cezaevinde tutuklu bulunmamaktadır. Cezaevine yeni gelen hükümlülerin tamamı ziyaretçileri ile kapalı görüş yapmaktadır. Ancak şartla tahliyelerine bir yıl süre kalanlar açık görüş yapabilmektedir. Ziyaret süresi 30 dakika ve altı haftada bir iki saattir. Ziyaretçilerin aranması elektronik kapıdan geçirilmeleri suretiyle yapılmakta ayrıca ziyaret hem kameralarla izlenmekte hem de dinlenmektedir.

• *Almanya Straubing Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;*

1-Akrabaların Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Straubing Cezaevinde üç çeşit ziyaret yapılmaktadır. Bunlardan birincisi infaz koruma memuru gözetiminde ve ayda bir kez yapılan ziyaret, ikincisi camlı odada infaz koruma memuru gözetiminde veya bu gözetim olmadan telefonla yapılan ziyaret, üçüncüsü infaz koruma memuru huzurunda bir masa etrafında dört sandalyede oturan ziyaretçiler ile yapılan ziyarettir. Mahkûm bu ziyaret şekillerden hangisini tercih ettiğini idareye dilekçeyle bildirmekte, idare yaptığı değerlendirme sonucu mahkûmun yapacağı ziyaret şeklini belirlemektedir. Ziyaretçilerin aranması elektronik kapıdan geçirilmeleri suretiyle yapılmakta, kapının sinyal vermesi hâlinde fizikî arama yapılmaktadır. Ziyaretçilerin mahkûm ile akrabalığının olması zorunludur. Akriba olmayan kişilerin görüşme talep etmesi hâlinde bu talep polise iletilerek ziyaretin sakıncalı olup olmayacağını araştırılması istenmektedir. Bu araştırma sonucunda ziyaretin sakıncalı olmayacağını bildirilmesi hâlinde ziyarette izin verilmektedir.

2-Avukatın Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Avukatlar kimliklerini gösterdikten sonra elektronik araması yapılarak kuruma alınmaktadır. Ancak elektronik cihazın birkaç kez sinyal vermesi hâlinde avukat ayrı bir odaya alınarak üzerlerinde fizikî arama yapılmaktadır. Bu konuda avukatların kendilerinin aranmaması konusunda açtıkları davayı kaybetmişlerdir. Avukatların beraberinde getirdikleri evraklar idare tarafından verilen ayrı bir dosyaya konulmakta ve avukatın sadece bu dosya ile kuruma girmesine izin verilmektedir. İdare tarafından bu dosyada bulunan belgeler incelenmekte ama okunmamaktadır. Avukat hükümlü veya tutuklu ile ayrı bir odada görüşmektedir.

• *Almanya Herrenwörth Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;*

Bu cezaevinde yaşları 17 ile 21 arasında değişen hükümlüler kalmaktadır. Bu nedenle bu yaş grubu arasındaki mahkûmlara ayda üç kez açık ziyaret hakkı tanınmıştır. Ziyaretler hafta içi iki saat ve hafta sonu bir saat olarak yapılmakta, mahkûm üç ziyaretçisi ile görüşebilmektedir. Hafta içi yapılan ziyaretler Pazartesi ve Çarşamba günleri saat 8.00 ile 11.00 ve 13.00 ile 15.00 arasında yapılmaktadır. Hafta sonu yapılan ziyaretler Cumartesi günü saat 8.00 ile 11.00 ve 12.30 ile 15.30 arasında yapılmaktadır. Ziyaretçilerin aranması elektronik kapıdan geçirilmeleri suretiyle yapılmaktadır.

• *İngiltere Hull Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;* ¹³

1-Akrabaların Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Hull Cezaevinde 117 ziyaretçi ve 39 mahkûm kapasiteli bir ziyaretçi yeri bulunmaktadır. Kapalı ziyaret yapmasına karar verilenler dışındaki mahkûmlara açık ziyaret yaptırılmaktadır. Mevzuata göre mahkûmlardan ziyaretçilerinin isim ve adresleri alınmakta, hafif suçtan cezası infaz edilmekte olanlara ayda iki kez, standart bölümde kalanlara ayda üç kez, avantajlı bölümde kalanlara ayda dört kez ziyaret hakkı verilmektedir. Ziyaret süresi en az

(13) İngiltere'de cezaevleri güvenlik sırasına göre dört gruba ayrılmıştır. A grubu cezaevleri tehlikeli suçluları barındıran yüksek güvenlikli cezaevleri, B grubu cezaevleri ciddi suçluları barındıran normal güvenlikli cezaevleri, C grubu cezaevleri hafif suçluları barındıran normal güvenlikli cezaevler, D grubu cezaevleri açık cezaevleridir. Bu grup içinde Hull Cezaevi B Grubuna, Wymott Cezaevi C Grubuna girmektedir.

yarım saattir. Kuruma gelen ziyaretçiler önce fizikî sonra elektronik aranmaktadır. Bir mahkûma bir günde gelebilecek ziyaretçi sayısı üç yetişkin ile oturabilecek kadar çocuk sayısı ile sınırlıdır.

2-Avukatın Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Kurumda avukat ziyaretleri mesai saatleri içinde yapılmakta olup Cumartesi ve Pazar günleri avukat ziyaretlerine izin verilmemektedir.

- *İngiltere Wymott Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;*

1-Akrabaların Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Ziyaretçiler bir hafta önceden randevu almak suretiyle ziyaretçi defterine kaydı yapılmakta ve kendilerine bir ziyaret günü verilmektedir. Her ziyarette bir mahkûmu üç yetişkin ile makul sayıda çocuk ziyaret edebilmektedir. Ziyaretler açık ziyaret şeklinde yapılmakta uyuşturucu suçundan mahkûm olanlar gibi riskli mahkûmlara kapalı ziyaret yaptırılmaktadır. Ziyaretçiler önce duyarlı kapı önünde birbuçuk metre aralıklarla beşerli gruplar halinde sıralanmakta ve köpekler tarafından uyuşturucu kontrolü yapılmaktadır. Bu kontrolden sonra ziyaretçiler önce elektronik aramaya sonra fizikî aramaya tâbi tutulmaktadır. Her mahkûmun ayda iki kez ziyaret hakkı bulunmakta, ziyaretler saat 13.30'da başlamakta en az yarım saat en çok iki saat sürmektedir.

2-Avukatın Hükümlü ve Tutukluları Ziyareti;

Cezaevinde avukatların müvekkileri ile görüşebilecekleri özel odalar bulunmaktadır. Avukatlar, normal ziyaret dışındaki zamanlarda genellikle sabahları ve mesai saatleri içinde müvekkileri ile açık görüş yerinde görüşebilmektedir. Bu görüşmeler izlenmekte ancak dinlenmemektedir. Avukatlarda ziyaretçilerin arama usulüne tâbidir. Ancak çantalarındaki savunmaya ilişkin evrakları incelenmemektedir.

- *İskoçya Barlinnie Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret;*

Giriş kaydını yaptıran ziyaretçi cezaevinin sadece bu bölümünde bulunan ve ziyarete gelen herkesin geçtiği "uyuşturucu ölçer alet" (Ion Track Instrument)'ten geçmektedir. Çocukların aranması ise personelin takdirine bırakılmıştır. Bu cezaevinde günde beş yüz ziyaretçi gelmekte ve ziyaretçi giriş bölümünde on bir cezaevi personeli görev yapmaktadır. Bir mahkûma

aynı gün en fazla dört ziyaretçisi gelebilmekte ve en fazla beş paund para bırakılabilmektedir. Ziyaretçiler bütün eşyalarını ziyaret giriş yerinde bulunan dolaplara bırakmak zorundadır. İskoçya cezaevlerinde ziyaretler açık ziyaret şeklinde yapılmaktadır. Cezaevine giren mahkûm kendisini ziyaret edebilecek en fazla on kişinin ismini idareye vermektedir. Mahkûmlar görüşmesinde sakınca olan kişiler dışında herkesle görüşebilmektedirler.

III. HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARIN DIŞARIDAKİ YAKINLARIYLA TELEFON GÖRÜŞMELERİ ¹⁴

A- Mevzuatımızda Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri ¹⁵

Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 155/A maddesi, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevlerinde Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri Hakkında Yönetmelik ile bu konuda çıkartılan genelge hükümlerine göre yapılmaktadır.

Kınama cezası dışında disiplin cezası almamış hükümlü ve tutuklular, Yönetmelikte gösterilen esaslar çerçevesinde idarenin kontrolünde bulunan telefonlarla haftada bir defa Tüzüğün 152'nci maddede sayılan yakınlarıyla görüşebilirler. Hükümlü veya tutuklunun bu maddede sayılanlardan her biriyle anılan müddet içinde görüştürülmeli, bunların dışındaki yakınları ile görüşmemelidir. Hükümlü veya tutuklunun önceden bildirdiği ve aradığı numarada bahsi geçen maddede sayılan kişiler bulunmuyorsa telefon görüşmesine izin verilmemelidir. Telefon konuşması başvuru sırasına göre yapılmalı ve konuşmalara ilişkin kayıtlar idare tarafından tutulmalıdır.

Hükümlü ve tutukluların telefonla konuşma gün ve saatleri, kurumda bulunan telefon adedi, başvuru sırası ve sayısı, kurumun asayiş ve güvenliği dikkate alınarak belirlenmelidir. Konuşma süresi 10 dakikayı geçmemeli ve bu süre sonunda konuşma kendiliğinden kesilmelidir. Ölüm, ağır hastalık, doğal afet, yangın ve benzeri durumlarda, idarenin izni olmak ve yukarı-

(14) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 13.9.2002 tarih ve 22-110 sayılı Genelgesi

(15) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 13.9.2002 tarih ve 22-110 sayılı Genelgesi

da belirtilen esaslara bağlı kalmak Şartıyla telefon sırasında değişiklik yapılmalı ve hükümlü veya tutukluya o haftaya ait konuşma hakkı sırası gelmeden kullanılmalıdır. Eğer bu hak daha önce kullanılmıŐsa, bir sonraki haftaya ait konuşma hakkı öne alınmalıdır.

Hükümlü ve tutuklular, yukarıda sayılan yakınlarından hangisiyle telefon görüşmesi yapmak istiyorsa, bir ay içinde o kişilerle olan akrabalık bağlarını, telefon numaralarını ve açık adreslerini Yönetmeliğe ekli bulunan formu doldurarak belgeleriyle birlikte idareye vermelidir. Bu bilgilerde değişiklik olduğu takdirde durum aynı Şekilde idareye bildirilmelidir. İdare gerekli gördüğu takdirde, masrafı hükümlü ve tutukludan alınmak suretiyle formdaki bilgilerin doğruluğunu araştırmalıdır.

Bu bilgiler, Yönetmelikte örneği bulunan deftere kaydedilmelidir. Bu deftere ayrıca telefon görüşmesi yapmak isteyen hükümlü ve tutukluların disiplin cezası olup olmadığı; varsa kaldırılıp kaldırılmadığı yazılmalıdır. Bu defter, infazdan sorumlu kâtip veya memur tarafından tutulmalıdır. Defterin sayfaları numaralanmalı ve mühürlenmeli ayrıca kaç sayfadan ibaret olduğu Cumhuriyet başsavcısı veya cezaevinden sorumlu Cumhuriyet savcısı tarafından tasdik olmalıdır. Defterler, hükümlü ve tutuklular için ayrı ayrı düzenlenmeli ve her an denetime hazır hâlde bulundurulmalıdır.

Hükümlü veya tutuklular tarafından önceden idareye bildirilmemiŐ ve deftere kaydı yapılmamış olan kişilerle telefon görüşmesi yaptırılmamalıdır. Ölüm ve telefon numarası deđiŐikliđinin belge ile ispatlanması dışında, defterde değişiklik ve silinti veya kazıntı yapılmamalıdır.

Telefonla konuşmak isteyen hükümlü veya tutuklular, Yönetmelikte bulunan formu doldurarak idareye vermelidir. Bu formlar, hükümlü veya tutuklu telefon görüşme defteri ile karŐılaŐtırılmalı, telefon etmeye engel hâlleri bulunup bulunmadığı yönünden infazdan sorumlu kâtip veya memur ile bu işle görevli 2'nci müdür tarafından kontrol ve tasdik edilerek infaz ve koruma başmemurluğuna verilmelidir.

Sırası gelen hükümlü veya tutuklular, görevli infaz ve koruma başmemur ve memurlarından oluşan 3 kişilik bir ekip tarafından oda veya kođuŐundan alınarak telefon başına götürülmelidir. Hükümlü veya tutuklu, konuşmasına kendi adını ve soyadını söyleyerek başlamalı, görüŐtüđu kişinin adını, soyadını ve telefon numarasını tekrar etmesini isteyerek konuşmasına devam et-

melidir. Bu işlemin yapılması zorunlu olup, konuşma bittikten sonra, formun konuşmanın yapıldığına ilişkin bölümü doldurularak, konuşmayı yapan hükümlü veya tutuklu ile görevli memur tarafından imzalanmalıdır. Bu formdaki bilgiler, Yönetmelikteki deftere kaydedilmek üzere idareye verilmelidir.

Hükümlü ve tutuklulara; genel ve kısmî aramalar sırasında, yemek dağıtım saatlerinde, kurum asayiş ve güvenliğini bozucu her türlü toplu hareket ve olaylar sırasında telefonla görüşme hakkı kullandırılmamalıdır.

Hükümlü ve tutukluların cezaevinde bulunan ankesörlü telefonla, dışarıda bulunan yakınlarına ait cep telefonu, yurt dışında bulunan yakınları, yabancı uyruklu hükümlü ve tutukluların yurt dışında bulunan yakınları ile telefon görüşmeleri yaptırılmalı ayrıca yabancı uyruklu hükümlü ve tutukluların dışarıda bulunan aileleri Türkçe bilmediğinden, yabancı dille konuşmalarına izin verilmelidir.

Telefon görüşmesi yapılmasına izin verilen ilçe cezaevleri için ilgili Cumhuriyet başsavcılığı tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş (Telekom)'a başvuruda bulunulması suretiyle birer adet ücretsiz ankesörlü telefon temin edilmeli ve idarenin kontrolünde kurumun uygun bir bölümüne yerleştirilmelidir.

Telefonla görüşme yapma hakkı, kınama cezası dışında disiplin cezası almamış tüm hükümlü ve tutuklulara tanınmış bir hak olması nedeniyle, yabancı uyrukluların da bu haktan yararlandırılmaları gerekmektedir.

Yabancı uyruklu hükümlü ve tutuklunun cezaevine ilk giriş sırasında dolduracağı Türkçe ve İngilizcesi olan bildirim formunda belirttiği yakınları ile görüşme yapabilmesi için bu bilgilerin doğruluğu teyit edilmelidir. Bu nedenle; yabancı dil bilen personel veya kamu görevlilerinin yardımıyla, görüşme yapılmak istendiği bildirilen telefon numaraları aranmalı bağlantı kurulan kişinin kimliği bir defaya mahsus olarak kontrol edilecek ve buna ilişkin tutanak ilgilinin dosyasına konulmalıdır. Kontrol edilen numaralar ile müteakip görüşmeler, yukarıda bahsedilen Tüzük, Yönetmelik ve Genelge çerçevesinde, aranacak telefon numarasının kurum görevlisi tarafından çevrilmesi suretiyle yaptırılmalıdır.

Yabancı dil bilen personel veya kamu görevlisinin yardımından yararlanma imkânı bulunmayan hâllerde, masrafları ilgili hükümlü veya tutuklu tara-

findan karşılanmak suretiyle, yeminli bir tercüman aracılığı ile yukarıda açıklanan yöntem uygulanarak gerekli kontrol yapılmalıdır.

İlgili hükümlü veya tutuklu ile iletişim kurabilen kurum personeli, kamu personeli veya yeminli tercüman bulunmadığı ve söz konusu hükümlü ya da tutuklunun akraba ve ailesi ile başka dilde iletişim kurulmasına imkân bulunmayan hâllerde, idarece, bildirilen telefon numaraları aranarak yalnızca görüşme yapılmak istenen akraba veya aile üyesinin adı söylenmek suretiyle kişinin kimliğinin teyit ettirilmesi yoluna gidilmeli, ancak bu şekilde de iletişim kurulamazsa, ilgili Konsolosluk makamlarıyla yazışma yapılmalı, söz konusu telefon numaralarının bildirilen kişilere ait olup olmadığı araştırılmalıdır. Hükümlü ve tutuklunun görüşmek istediği kişinin iddia edilen kişi olmadığı yönünde herhangi bir nedenle şüphe bulunması hâlinde de yine ilgili konsolosluk makamlarından bilgi istenmelidir.

Açık cezaevinde kalan hükümlülerin yararlandıkları ankesörlü telefonun dışarıdan aramalara kapatılması gerekmektedir.

B- Uluslararası Mevzuatta Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri

• *Avusturya Josefstadt Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri*

Hükümlü ve tutukluların telefonla görüşme hakkı bulunmaktadır. Cezaevinde telefon sayısının az olması ve hükümlü ve tutuklu sayısının fazla olması nedeniyle her mahkûma bu hak kullandırılmamakta telefon etmek isteyen mahkûm telefon etme nedenini, telefon etmek istediği tarihi ve kime telefon edeceğini içeren dilekçeyi idareye vermek zorundadır. Bu talep idarece uygun görülmesi hâlinde mahkûm telefon edebilmektedir. Telefon görüşmeleri kayda alınmamaktadır. Ancak görüşme sırasına bir infaz koruma memuru mahkûmun yanında bulunmaktadır. Hâkim kararı ile yapılan telefon görüşmeleri dinlenebilmektedir.

• *Avusturya Mittersteig Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri*

Hükümlü ve tutukluların telefonla görüşme hakkı bulunmaktadır. Bu telefon ile yapılan görüşmelerin dinlenmesi idarenin takdirindedir. Görüşmelerde süre ve görüşülebilecek kişi sayısında sınırlama bulunmamaktadır.

• *Avusturya Suben Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri*

Hükümlü ve tutukluların ayda bir kez telefonla görüşme hakkı bulunmaktadır. Ancak cezaevi idaresi tarafından bu hak iki ile beş kez arasında kullanılmaktadır. Telefonla görüşülecek kişiler bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Telefonda uygun olmayan bir konuşma yapıldığı zaman idarece görüşme kesilmektedir. Bütün telefon görüşmeleri banda kaydedilmekte suç teşkil eden görüşmelere ait kayıtlar soruşturma için jandarmaya gönderilmektedir. Kayıtlar üç veya dört hafta saklanmaktadır.

• *Almanya Straubing Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri*

Hükümlü ve tutukluların telefonla görüşme hakkı bulunmamaktadır. Ancak önemli olaylarda mahkûmun telefon etmesine izin verilmektedir.

• *Almanya Herrenwörth Cezaevinde Hükümlü ve Tutukluların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefon Görüşmeleri*

Hükümlü ve tutukluların telefonla görüşme hakkı bulunmamaktadır. Ancak önemli olaylarda mahkûmun telefon etmesine izin verilmektedir.

IV. MEKTUP İLE GAZETE, KİTAP, MECMUA GİBİ YAZILI YAYINLAR ARACILIĞI İLE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARIN DIŞ DÜNYA İLE OLAN İLİŞKİLERİ

Hükümlü ve tutukluların mektup, gazete, kitap ve mecmua gibi basılı kağıtlar aracılığı ile dış dünya ile ilişkileri Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 144 ile 151'inci maddeleri ve 189/son'uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Tüzük'ün 144'üncü maddesinde "Hükümlülere gelen ve bunlar tarafından gönderilen mektuplar kurum müdürlüğünce inceleyeceği, resmî mercilere yazılan dilekçeler bu hükme tâbi olmadığı", 145'inci maddesinde "Hükümlü tarafından yazılan mektuplar, zarfı kapatılmaksızın, kurumun uygun bir yerine konulmuş olan posta kutusuna atılacağı, bu mektupların gönderilmesinde sakınca görülmediği takdirde, zarfları kapatılmak suretiyle postaneye verileceği", 146'ıncı maddesinde "Hükümlülere gönderilen ve açılıp incelendikten sonra kendilerine verilmesinde sakınca olmadığı anlaşılan mektuplar,

zarfları ile birlikte, kuruma ait bir zarf içinde kapalı olarak kendilerine verileceği", 147'inci maddesinde "Mahalline gönderilmesi veya hükümlüye verilmesi sakıncalı görülen mektuplar, en geç 24 saat içinde, disiplin kuruluna tevdi edileceği, disiplin kurulu, mektupların aynen veya sakıncalı görülen kısımları okunmayacak surette çizildikten sonra mahalline gönderilip gönderilmeyeceği veya aynı suretle hükümlüye verilip verilmeyeceği hususunda karar vereceği, tamamen sakıncalı görülen mektuplar, disiplin kurulu kararı ile yok edileceği ve durum sahiplerine bildirileceği", 148'inci maddesinde "Başka ceza infaz kurumlarına nakledilmiş olan hükümlülerin mektupları, açılmaksızın, nakledildikleri kurumlara gönderileceği ve orada açılarak incelemeye tâbi tutulacağı", 149'uncu maddesinde "Hükümlülere gönderilen gazete, kitap, mecmua gibi basılı kağıtlarla sair eşya, yukarıdaki maddeler hükümlerine tâbi olduğu, Genel Müdürlük veya kurumlar tarafından çıkarılan gazeteler hükümlülere ücretsiz ve serbestçe dağıtılabileceği", 150'inci maddesinde "Hükümlü ve tutukluların adlarına posta ile gönderilen havale, emanet ve sair şeyler kurum mutemedi tarafından alınarak Tüzüğün ilgili maddeleri hükümleri dairesinde sahiplerine teslim olunacağı", 151'inci maddesinde "Tahliye edilen hükümlü ve tutuklulara gönderilen mektuplar, posta idaresine geri verileceği", 189'uncu maddenin son fıkrasında "Kütüphaneye konulacak veya hükümlü ve tutuklularca getirilecek veya dışarıdan gönderilecek basılı eser ve yayınların, mahkemelerce yurda sokulması veya dağıtılması yasaklanmamış olması koşuluyla kuruma sokulmasına idarece izin verileceği" belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Campbell Birleşik Krallık Davası sonunda verilen 25.03.1992 tarihli kararda davacının, avukatı ve Komisyon'la yaptığı yazışmaların cezaevi yetkilileri tarafından açılması ve okunması konusunda yaptığı şikâyetin, Mahkemenin yetkililerin tutukluların yazışmalarını ne zaman ve nasıl açabileceği ilişkin kesin göstergeleri belirlemesine imkân vermiştir. Mahkeme öncelikle yazışmaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci madde kapsamında gizli olduğunu ve örneğin cezaevi uzakta olduğu için bir avukatın müvekkilini şahsen ziyaret etmesinin daha zor olabileceğini cezaevi ortamında özellikle bunun önemli olduğunu tekrar belirtmiştir. Mahkemeye göre, Sözleşme kapsamında bir tutuklu ve avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma ancak mektubun içinde normal denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şey oldu-

ğu konusunda makul bir şüphe olması durumunda yetkililer tarafından açılabilceğini kabul etmiştir.¹⁶

Hükümlü ve tutuklulara gelen ve bunlar tarafından gönderilen mektup, telgraf ve benzeri muhaberat mektup okuma komisyonu tarafından incelenmelidir. Bu komisyon kurumda idare memuru yoksa bir cezaevi kâatibi başkanlığında lise mezunu üç infaz koruma memurundan oluşturulmalıdır.¹⁷

Mektup okuma komisyonunca disiplin kuruluna verilen mektubun, bu kurul tarafından kısmen veya tamamen sakıncalı görülmesi hâlinde mektup aslının çizilmeden ve yok edilmeden şikâyet ve itiraz süresinin sonuna kadar muhafaza edilmeli, kısmen sakıncalı görülmesi hâlinde aslının idarede tutularak fotokopisi çekilmeli ve fotokopisinde sakıncalı görülen kısımların okunmayacak şekilde çizildikten sonra disiplin kurulu kararı ile birlikte ilgisine tebliğ edilmeli, mektubun tamamen sakıncalı görülmesi hâlinde ise sadece kararın ilgisine tebliğ edilmeli, tebliğ tarihinden itibaren infaz hâkimliğine başvuru için kanunda öngörülen onbeş günlük sürenin geçmesi beklenmeli, bu süre zarfında infaz hâkimliğine başvurulmamış ise disiplin kurulu kararının yerine getirilmelidir. Infaz hâkimliğine başvurulmuş ise infaz hâkimliği kararının tebliğinden itibaren bir haftalık ağır ceza mahkemesine başvuru süresinin beklenmeli, ağır ceza mahkemesine itiraz edilmemiş ise infaz hâkimliği kararına göre işlem yapılmalıdır. Ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi hâlinde, ağır ceza mahkemesinin kararının beklenerek bu göre işlem yapılmalıdır. Hükümlü ve tutukluya yapılacak tebligatta, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde infaz hâkimliğine şikâyet hakkının kullanılmaması veya infaz hâkimliği kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde ağır ceza mahkemesine itiraz edilmemesi hâlinde disiplin kurulu kararının kesinleşerek mektubun sakıncalı görülen kısımlarının okunmayacak şekilde çizilmeli verileceğinin veya tamamı sakıncalı görülen mektupların verilmeyerek yok edileceğinin belirtilmelidir.¹⁸

(16) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz

(17) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 7.7.1988 tarih ve 34-84 sayılı Genelgesi

(18) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 24.10.2002 tarih ve 26-12.7 sayılı Genelgesi

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 7.7.1988 tarih ve 234-87 sayılı "Cezaevlerinde Disiplinin Sağlanması ve Farklı Uygulamaların Önlenmesi" konulu genelgesinin 1, 2/cc, 8/b-bb, 10, 13, 14'üncü maddeleri ile güvenlikle ilgili 4/son maddesinin iptali konusunda Danıştay'a açılan dava sonucunda Danıştay 10'uncu Dairesinin 1988/2904 esas, 1990/2303 karar ve 23.10.1990 tarihli kararında 14'üncü madde yönünden bu maddede yer alan "..... iyi hâllilik vasfını kazanamayan hükümlüler en fazla iki, iyi hâlli hükümlüler ise haftada en fazla dört mektup yazabilirler. Yazılacak mektuplar bir dosya kağıdından (iki sahifeden) fazla olamaz. hükümlü ve tutuklular, anarşist ve terörist hükümlü ve tutukluların bulunduğu cezaevleri ile askerî ceza ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular ile mektuplaşamazlar. Ancak iyi hâlli hükümlü ve tutuklular bu cezaevlerinde bulunan Tüzük ve İç Yönetmeliğe göre ziyaret hakkına sahip olan yakınları ile mektuplaşabilirler." cümleleri, Tüzükte yer almayan çeşitli kısıtlamalar içerdiğinden ve temel haklara aykırı olduğundan iptaline karar verilmiştir.

Hükümlü ve tutukluların yayınlanmak üzere yazdıkları kitap veya güncel konularda gazete ve köşe yazarlarına göndermek istedikleri yazılar Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 144 ve devamı maddeler gereğince değerlendirilmelidir.¹⁹

Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 144/son'uncu maddesi gereğince resmî makam ve kişilere (Devlet Dairesi veya mensuplarına) hükümlü veya tutuklularca gönderilecek mektup ve dilekçelerin Cumhuriyet başsavcılığı veya Adalet Bakanlığı aracılığıyla kılınmadan, masrafları kendilerinden karşılanmak kaydıyla, ilgili resmî makam veya resmî kişiye doğrudan gönderilmelidir.²⁰

Cezaevlerinde yapılan aramaların kolaylaştırılması, yangın ve güvenlik riskinin azaltılması amacıyla hükümlü ve tutukluların odalarında sözlük ve ders kitapları hariç üç kitap bulundurabilmesine izin verilmeli, eskisi alınmadan yeni kitap verilmemelidir.²¹ Bunun yanında ayrıca her hükümlü veya tu-

(19) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 22.6.2003 tarih ve 26575 sayılı Görüşü

(20) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 5.12.1990 tarih ve 26-12.7 sayılı Genelgesi

(21) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 14.6.2001 tarih ve 10/70 sayılı Genelgesi

tuklu dinî inancına göre kutsal kabul ettiği kitabı ve tercümesini yanında bulundurabilmeli ayrıca hükümlü ve tutuklular birbirleriyle ve kütüphane aracılığı ile kitaplarını değiştirebilmelidir.²²

Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü'nün 189/son maddesi gereğince hükümlü ve tutuklulara gönderilen basılı yayınların mahkemelerce yurda sokulmasının veya dağıtılmasının yasaklanıp yasaklanmadığı incelendikten sonra yasaklanmayanlar verilmelidir.

Orjinalliği bozulmamış kitap, dergi, gazete gibi basılı eser ve yayınların mahkemelerce yasaklanıp yasaklanmadığı incelendikten sonra yasaklanmayanların ilgisine verilmesi, orjinalliği kısmen veya tamamen bozularak eklemeler ve çıkarmalar yapılan veya fotokopi ya da internet çıktısı gibi türevlerinin ise Tüzüğü'nün 144 ve devamı hükümlerine göre mektup okuma komisyonu ve disiplin kurulu tarafından incelenerek Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü'nün 24.10.2002 tarih ve 12-7 sayılı genelgesinde belirtildiği şekilde işlem yapılmalı, aslı yasaklanan basılı eser ve yayınların fotokopi ve internet çıktısı gibi türevlerinin de yasak kapsamında değerlendirilmelidir.

Yabancı dil öğrenmek amacıyla yabancı dil eğitim kasetleri ile kasetçaların 31.1.2001 gün ve 5808 sayılı genelge ile hükümlü ve tutukluların yanlarında bulundurabilecekleri eşyaların sınırlandırılmış olması nedeniyle oda ve koğuşlar dışında cezaevi yönetimince belirlenecek bir bölümde, cezaevi yönetiminin kontrolünde, masrafları ilgililerce karşılanmak üzere yabancı dil kasetlerinin ve kasetçalarının bulundurulmasına izin verilmelidir.²³

Hükümlü ve tutuklulara posta veya kargo yoluyla veya özel kargo şirketleri vasıtasıyla gönderilen eşya ve kolilerin arama ve kontrolü için cezaevi ve jandarma personeli tarafından komisyon oluşturulmalıdır. Bu komisyon; yasak madde soktuklarına ilişkin özel ihbar alınan ya da durumlarından şüphelenilen hâller ile istihbarat birimlerince, haklarında somut bilgi ve belge su-

(22) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü'nün 16.1.2001 tarih ve 2/7 sayılı Genelgesi

(23) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü'nün 24.4.2003 tarih ve 26794 sayılı Görüşü

nulan durumlarda hükümlü ve tutuklulara gelen mektup ve gönderi zarflarının açılması ile içinde kurumlara girmesi yasak madde olup olmadığına ilişkin kontrolünü de yapmalıdır. Bunun için Cezaevi Jandarma Komutanlığının, zarfların açılması ile yasak madde olup olmadığına ilişkin kontrolü yapmak için somut bilgi ve belgelerle yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir.²⁴

V. HÜKÜMLÜLERE VERİLEN İZİNLER²⁵

Hükümlülere verilen izinler; 647 sayılı Cezaları, İnfazı Hakkındaki Kanununun 14 ve Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 117, 118, 119 ve 120'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan Kanunda ve Tüzük'te açıklandığı gibi izin sadece uzun ve kısa süreli bağlayıcı ceza ile cezalandırılan hükümlülere verilmeli, tutuklu ve hükümlülere ile hükümlünün başka bir suçtan tutukluluğunun bulunması hâlinde bu kişiye şartları taşısa bile izin verilmemelidir.

Hükümlüye disiplin cezası verilmiş ise bu ceza kaldırılmadığı sürece izin verilmemelidir.

Hükümlüyü verilen izinin bitim tarihinden itibaren iki gün geçtikten sonra hükümlünün kendiliğinden gelip teslim olması veya yakalanması halinde hükümlü hakkında hem TCK'nun 299'uncu madde gereğince firar suçu nedeniyle adli soruşturma hem disiplin soruşturması yapılmalıdır. Hükümlüye verilen iznin bitim tarihinden itibaren iki gün geçmeden hükümlü kendiliğinden gelip teslim olması veya yakalanması hâlinde TCK'nun 299'uncu madde gereğince firar suçu nedeniyle adli soruşturma yapılmamalı, sadece hükümlü hakkında disiplin soruşturması yapılmalıdır. Hükümlüye izin verilmesi hâlinde fotoğraflı izin belgesi düzenlenmelidir.

Hükümlülere mazeret, özel ve iş arama izni olmak üzere üç türlü izin verilebilir. Bu izin türlerini aşağıdaki şekilde açıklayabiliriz;

(24) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 13.6.2000 tarih ve 19/87 sayılı Genelgesi

(25) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevi Genel Müdürlüğünün 2.1.1997 tarih ve 2-2 sayılı Genelgesi

1- Mazeret İzni;

Kapalı ve açık infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin müebbed ağır hapis cezasında yedi yıl üç ayını, diğer cezalarda hükümlülük süresinin 1/5'ini iyi hâlle geçirmeleri şartıyla aşağıdaki hâllerde ölüm veya hastalık nedeniyle mazeret izni verilebilir.

a) Ölüm;

Hükümlünün annesi, babası, eşi, çocuğu ve kardeşinin ölümü hâlinde yolda geçen süre hariç bir günden on güne kadar ölüm nedeniyle mazeret izni verilebilir. Akrabalık durumu nüfus kaydı ile belirlenmelidir.

Burada dikkat edilmesi gereken üç konu bulunmaktadır. Birincisi ölüm tarihinden itibaren 15 günden fazla bir süre geçmemiş olması gerekir. İkincisi ölümün belgelendirilmesi gerekir. Bu ya ölen kişiye ait üzerinde nüfus müdürünün imzası ve okunaklı mührü bulunan nüfus kayıt örneği ile ya da Cumhuriyet savcısının ölen kişinin bulunduğu yer Cumhuriyet savcılığı aracılığı yapacağı araştırma ile belirlenmelidir. Üçüncü olarak hükümlünün iyi hâlli olması gerekir. Hükümlü disiplin cezası almamış olmalı veya hükümlü disiplin cezası almış ise Tüzük hükümlerine göre kaldırılmış olmalıdır. Kınama cezası hariç disiplin cezası kaldırılmamış hükümlüye mazeret izni verilmemelidir.

Bu şartları taşıyan hükümlü bir dilekçe ile kurum müdürüne başvurmalıdır. Kurum müdürü bu dilekçeyi Cumhuriyet savcılığına göndermelidir. Cumhuriyet savcısı yaptığı inceleme sonunda yukarıda açıklanan şartların oluştuğunu belirlerse hükümlüye bir günden on güne kadar ölüm nedeniyle mazeret izni ve bir günden dört güne kadar yolda geçecek süre vermelidir.

Hükümlüye izin verildikten sonra dikkat edilecek konu hükümlünün kapalı kurumda cezası infaz ediliyorsa jandarma refakatiyle izne gönderilmeli, jandarmanın yolluğu hükümlü tarafından ödenmelidir. Hükümlünün açık kurumda cezası infaz ediliyorsa hükümlü serbestçe izne gönderilebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken konu hükümlünün toplam hükümlülük süresinin 1/5'nin iyi hâlli olarak geçirmesidir. Infaz Kanununa göre hükümlünün cezaevinde geçirmesi gereken süre dikkate alınmamalı mahkemece verilen ceza süresi dikkate alınmalıdır. Ölüm nedeniyle mazeret izni verilebilmesi için gereken belgeler; hükümlü tarafından mazeretini bildirir ve mazeret iznini talep eden dilekçe, hükümlü ile ölen kişinin akrabalığını gösteren

aile nüfus kayıt tablosu örneği, ölen kişiye ait ölü gömme belgesi, ölen kişiye ait ikâmetgah belgesi ve Cumhuriyet başsavcılığı tarafından hükümlüye mazeret izni verilmesinin sakıncası olup olmayacağına dair zabıtaya yazılan yazı cevabıdır. Bu belgeler toplandıktan sonra ölüm nedeniyle mazeret izni verilme şartlarının oluşması hâlinde Cumhuriyet başsavcılığınca mazeret izni verilmesine dair karar alınmalı ayrıca hükümlüye izin belgesi verilmelidir.

b) Hastalık;

Hükümlünün annesi, babası, eşi, çocuğu ve kardeşinin ölüm ihtimali bulunan hastalık hâlinde yolda geçen süre hariç bir günden on güne kadar ölüm ihtimali bulunan hastalık nedeniyle mazeret izni verilebilir. Akrabalık durumu nüfus kaydı ile belirlenmelidir.

Burada dikkat edilmesi konu hastalığın doktor raporu ile belgelendirilmesi gerekir. Bu durum, ayrıca Cumhuriyet savcısının, hasta kişinin bulunduğu yer Cumhuriyet savcılığı aracılığı yapacağı araştırma ile belirlenmelidir. İkinci olarak hükümlünün iyi hâlli olması gerekir. Hükümlü disiplin cezası almamış olmalı veya hükümlü disiplin cezası almış ise Tüzük hükümlerine göre kaldırılmış olmalıdır. Kınama cezası hariç disiplin cezası kaldırılmamış hükümlüye mazeret izni verilmemelidir.

Bu şartları taşıyan hükümlü bir dilekçe ile kurum müdürüne başvurmalıdır. Kurum müdürü bu dilekçeyi Cumhuriyet savcılığına göndermelidir. Cumhuriyet savcısı yaptığı inceleme sonunda yukarıda açıklanan şartların oluştuğunu belirlerse dilekçe ve eklerini Adalet Bakanlığına göndermelidir. Adalet Bakanlığının onayı ile hükümlüye bir günden on güne kadar hastalık nedeniyle mazeret izni ve bir günden dört güne kadar yolda geçecek süre verebilir.

Hükümlüye izin verildikten sonra dikkat edilecek konu hükümlünün kapalı kurumda cezası infaz ediliyorsa jandarma refakatiyle izne gönderilmeli, jandarmanın yoluğu hükümlü tarafından ödenmelidir. Hükümlünün açık kurumda cezası infaz ediliyorsa hükümlü serbestçe izne gönderilebilir.

c) Doğal Afetler;

Hükümlünün; annesi, babası, eşi, çocuğu ve kardeşinin sel, deprem gibi doğal afetlere maruz kalması hâlinde yolda geçen süre hariç bir günden on güne kadar doğal afet nedeniyle mazeret izni verilebilir.

Doğal afete maruz kalan kişinin akrabalık durumu nüfus kaydı ile belgelenmelidir. Bu durum ayrıca Cumhuriyet savcısı doğal afetin meydana geldiği yerde bulunan Cumhuriyet savcılığı aracılığı yapacağı araştırma ile belirlenmelidir. İkinci olarak hükümlünün iyi hâlli olması gerekir. Hükümlü disiplin cezası almamış olmalı veya hükümlü disiplin cezası almış ise Tüzük hükümlerine göre kaldırılmış olmalıdır. Kınama cezası hariç disiplin cezası kaldırılmamış hükümlüye mazeret izni verilmemelidir.

Bu şartları taşıyan hükümlü bir dilekçe ile kurum müdürüne başvurmalıdır. Kurum müdürü bu dilekçeyi Cumhuriyet savcılığına göndermelidir. Cumhuriyet savcısı yaptığı inceleme sonunda yukarıda açıklanan şartların oluştuğunu belirlerse dilekçe ve eklerini Adalet Bakanlığına göndermelidir. Adalet Bakanlığının onayı ile hükümlüye bir günden on güne kadar doğal afet nedeniyle mazeret izni ve bir günden dört güne kadar yolda geçecek süre verebilir.

Hükümlüye izin verildikten sonra dikkat edilecek konu hükümlünün kapalı kurumda cezası infaz ediliyorsa jandarma refakatiyle izne gönderilmeli, jandarmanın yoluğu hükümlü tarafından ödenmelidir. Hükümlünün açık kurumda cezası infaz ediliyorsa hükümlü serbestçe izne gönderilebilir.

2) Özel İzin;

Açık infaz kurumlarında bulunanlarla kapalı infaz kurumlarında olup da müşahede ve sınıflandırma merkezleri idare kurulu kararlarıyla açık infaz kurumlarına geçmeye hak kazanmış ve haklarındaki bu karar Adalet Bakanlığınca da uygun görülmüş olan hükümlülerden, müebbed ağır hapis cezasına hükümlü olanların dokuz yılını, diğer hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanların hükümlülük sürelerinin en az dörtte birini iyi hâlle geçirmeleri durumunda özel izin verilebilir.

Hükümlü iyi hâlli olmalıdır. Yani hükümlüye disiplin cezası verilmemiş olmalı veya hükümlüye kınama dışında disiplin cezası verilmiş ise verilen bu ceza Tüzük hükümlerine göre kaldırılmış olmalıdır. Hakkında disiplin cezası verilmiş ve kaldırılmamış hükümlüye özel izin verilmemelidir.

Bu şartları taşıyan hükümlü dilekçe ile kurum müdürüne başvurmalı kurum müdürü bu dilekçeyi Cumhuriyet savcılığına göndermelidir. Cumhuriyet savcısı yaptığı inceleme sonunda yukarıda belirtilen şartların bulunduğunu belirlemesi hâlinde bir günden dört güne kadar yol süresi ve yetmiş iki saate kadar özel izin verebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken konu hükümlünün şartla salıvermeden yararlanacağı süre düşüldükten sonra cezaevinde kalacağı süre bir ay veya daha az bir süre kalmış ise özel izin verilmemelidir.

Hükümlünün ceza süresine göre alabileceği özel izin sayısı değişmektedir. Buna göre hükümlülük süresi 15 yıl ve daha fazla olanlara yılda bir defa, hükümlülük süresi 10 yıldan 15 yılı kadar olanlara yılda iki defa, hükümlülük süresi 10 yıl ve daha aşağı olanlara yılda üç defa özel izin verilebilir. İzinler o güne kadar infaz edilen sürenin hükümlülük süresinden indirilmesi ile bulunacak süreye göre hesap edilmelidir.

3) İş Arama İzni:

Ceza infaz kurumlarında hükümlülük süresinin en az altı ayını kesintisiz geçirmiş ve şartla salıverilmelerine on beş gün kalmış olan hükümlülere normal hayata dönmelerini sağlamak amacıyla iş arama izni verilebilir. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere kapalı ve açık infaz kurumlarında bulunan hükümlüler bu izin türünden yararlanabilirler.

İş arama izni verilebilmesi için hükümlünün infaz kurumunda en az altı ay geçirmiş olmalıdır. Hükümlünün tahliyesine 15 gün ve daha az bir süre kalmalıdır. İş arama izni mesai saatleri içinde verilmelidir. İzin tatil günlerinde verilmemeli ve izin süresi mesai saati sonunu geçmemelidir. İş arama izni gidiş geliş süresi dahil sekiz saate kadar verilebilir. İzin belediye sınırları içinde çıkmamak şartıyla ve bu sınırlar içinde bulunan iş yerlerine hükümlünün başvurması amacıyla verilir.

Sonuç olarak hükümlüye iş arama izni verirken hükümlünün durumunu titizlikle incelenmeli, hükümlünün verdiği dilekçede başvuracağı kurumları açıkça gösterip göstermediğini, hükümlünün cezaevine girmeden önce nerede oturduğunu, cezaevinden tahliye olduktan sonra nerede oturacağını, hükümlünün ailesinin nerede oturduğunu, hükümlünün başvuracağı kurumun eleman ihtiyacı olup olmadığını araştırılmalı buna göre hükümlüye iş arama izni verilmelidir.

İş arama iznini hükümlünün talebi, kurum müdürünün teklifi ve Cumhuriyet savcısının onayı ile verilmelidir. Bu izin verildikten sonra Cumhuriyet savcısı hükümlünün iş için nerelere başvuru yaptığını araştırmalıdır.

**DIŞ TEMSİLCİLİKLERİMİZİN TÜRK TUTUKLU VE MAHKUMLARI
ZİYARETLERİNDE AÇIK/KAPALI GÖRÜŞME USULÜ**

UYGULAYAN ÜLKELER

Ülke	Uygulanan Görüşme Şekli?	Her Konsolosluk Memuru Açık Görüşme Yapabiliyor mu? Farklılıklar Var mı?		Açık/Kapalı Görüşmelerde Adli Suçlularla Tehlikeli Suçlular Arasında Uygulamada			
		Açık	Kapalı	Evet	Hayır	Var	Yok
ALMANYA	Açık			Evet			Yok
ABD	Açık			Evet			Yok
AVUSTRALYA	Açık			Evet			Yok
İSVEÇ	Açık			Evet			Yok
KANADA	Açık			Evet			Yok
FİNLANDIYA	Açık			Evet			Yok
NORVEÇ	Açık			Evet			Yok
LÜKSENBURG	Açık			Evet			Yok
PORTEKİZ	Açık			Evet			Yok
YENİ ZELEND	Açık			Evet			Yok
KKTC	Açık			Evet			Yok
İNGİLTERE	Açık			Evet			Yok
BELÇİKA	Açık			Evet			Yok
AVUSTURYA	Açık			Evet			Yok
FRANSA	Açık			Evet			Yok
YUNANİSTAN	Açık			Evet			Yok

Ülke	Uygulanan	Her Konsolosluk	Açık/Kapalı Görüşmelerde
	Görüşme Şekli?	Memuru Açık Görüşme Yapabiliyor mu? Farklılıklar Var mı?	Adli Suçlarla Tehlikeli Suçlular Arasında Uygulamada
	Açık Kapalı	Evet Hayır	Var Yok
HOLLANDA	Açık	Evet	Yok
İTALYA	Açık	Evet	Yok (Hâkim İzniyle)
ARJANTİN	Açık	Evet	Yok
ARNAVUTLUK	Açık	Evet	Yok
AZERBAYCAN	Açık	Evet	Yok
BELARUS	Açık	Evet	Yok (Cezaevi Görevlileri Nezaretinde)
BİRLEŞİK ARAP EMİRLİKLERİ	Açık	Evet	Yok
BOSNA HERSEK	Açık	Evet	Yok
BULGARİSTAN	Açık	Evet	Yok
CEZAYİR	Açık	Evet	Tutuklu Yok Bilinmiyor
ESTONYA	Açık	Evet	Yok (Cezaevi Görevlileri Nezaretinde)
FAS	Açık	Evet	Yok
GÜRCİSTAN	Açık	Evet	Yok
HİNDİSTAN	Açık	Evet	Yok
İRAN	Açık	Evet	Yok
İSRAİL	Açık	Evet	Yok (Cezaevi Görevlileri Nezaretinde)
KENYA	Açık	Evet	Yok

Ülke	Uygulanan Görüşme Şekli?	Her Konsolosluk Memuru Açık Görüşme Yapabiliyor mu? Farklılıklar Var mı?	Açık/Kapalı Görüşmelerde Adli Suçlularla Tehlikeli Suçlular Arasında Uygulamada		
			Açık	Kapalı	
		Evet	Hayır	Var	Yok
KIRGIZİSTAN	Açık	Evet		Yok	
				(Cezaevi Görevlileri Nezaretinde)	
KUVEYT	Açık	Evet		Henüz Bilgi Yok	
KÜBA	Açık	Evet		Yok	
LİTVANYA	Açık	Evet		Bilgi Yok	
LİBYA	Açık	Evet		Yok	
LÜBNAN	Açık	Evet		Yok	
MACARİSTAN	Açık	Evet		Yok	
MAKEDONYA	Açık	Evet		Yok	
MALEZYA	Açık	Evet		Yok	
ENDONEZYA	Açık	Evet		Yok	
MISIR	Açık	Evet		Yok	
MOĞOLİSTAN	Açık	Evet		Yok	
ÖZBEKİSTAN	Açık	Evet		Yok	
PAKİSTAN	Açık	Evet		Yok	
POLONYA	Açık	Evet		Var	
ROMANYA	Açık	Evet		Yok	
RUSYA FEDER.	Açık	Evet		Var	
SİRBİSTAN	Açık	Evet		Yok	
KARADAĞ					

Ülke	Uygulanan Görüşme Şekli?		Her Konsolosluk Memuru Açık Görüşme Yapabiliyor mu? Farklılıklar Var mı?		Açık/Kapalı Görüşmelerde Adli Suçlularla Tehlikeli Suçlular Arasında Uygulamada	
	Açık	Kapalı	Evet	Hayır	Var	Yok
SİNGAPUR	Açık		Evet			Yok
SLOVENYA	Açık		Evet			Yok
S. ARABİSTAN	Açık		Evet			Yok
SURİYE	Açık		Evet			Yok
TAYLAN		Kapalı		Hayır		
TUNUS	Açık		Evet			Yok
			(Cezaevi Yetkilileri Nezaretinde)			
TÜRKMENİSTAN	Açık		Evet			Yok
			(Cezaevi Yetkilileri Nezaretinde)			
UKRAYNA	Açık		Evet			Yok
ÜRDÜN	Açık		Evet			Yok
YEMEN	Açık		Evet			Yok
İSPANYA	Açık		Evet			Yok
SLOVAKYA	Açık		Evet			Yok
İSVİÇRE	Açık		Evet			Yok
ÇEK CUMH.	Açık		Evet			Bilgi Yok
BANGLADEŞ	Açık		Evet			Yok
GÜNEY KORE	Açık		Evet			Yok
TACİKİSTAN	Açık		Evet			Var
						(Tehlikeli Suçlarda Açık Göüş İzne Tabi)

MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATONUN LEX COMMISORİA YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL EDİP ETMEMESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Ahmet Cahit İYİLİKLİ ()*

Borçlunun münferit mallarını değil , bütün malvarlığını kapsayan ve borçluya ait tüm malvarlığını bütün alacaklılar yararına tasfiyeye tabi tutan iflas , bu niteliğiyle külli icrayı yani kolektif tasfiyeyi hedef tutan bir cebri icra yoludur¹. İflas müessesesi çoğu zaman alacaklılar açısından tatminkar olmayan , borçlular açısından ise, ekonomik çöküntüye yol açan sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple iflas prosedürünün olumsuz neticelerini ortadan kaldırmak ve gerekli esnekliği sağlayarak , işletmeleri gerek hukuki gerekse ekonomik bakımdan ayakta tutabilmek , borç ödeme güçlüğündeki şirketlerin yeniden yapılandırılması ve iyileştirilmesi amacıyla alternatif çözüm yolları düşünülmüştür².

İncelememize esas teşkil eden ve konkordatonun bir türü olan malvarlığının terki suretiyle konkordatonun medeni hukuktaki (eşya hukuku, ayni haklar) lex commisoria yasağına aykırılık teşkil edip etmediği üzerinde toplanmaktadır. Başka bir ifade ile takip hukukuna ilişkin düzenlemenin madde hukuka uygunluğunu tartışacağız.

Konkordato özü itibariyle , mali durumu bozuk borçluların kurtarılması için durumunun selamete çıkarılması için kanun koyucunun koyduğu bir imkandır. Bu halde borçlunun malvarlığı cebri tasfiyeye tabi tutulmaz, karşılıklı (alacaklı-borçlu) menfaatlerin tedricen azalmasına önayak olabilir. İşte bu sebeple kanun koyucunun düzenlediği imkan konkordatodur³. Malvarlığının

(*) Cide Hukuk Hakimi

- (1) Üstündağ, Saim, iflas hukuku, ist 1998, s.1 . Postacioğlu, İlhan E, iflas hukuku esasları ,C.1 ist 1949, s.67.
- (2) Öztekin, Selçuk, Türk Hukukunda ve uygulamasında ödeme güçlüğü içindeki işletmelerin rehabilitasyonu : imkanlar , aksaklıklar, çözüm önerileri, İBD. 1993, s.10,sy 734.
- (3) Üstündağ, Saim, iflas hukuku, ist 1991, s.202.

terki suretiyle konkordato 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Yasa ile icra-iflas kanunumuza getirilen yeni düzenleme ile yasal dayanağa kavuşmuştur. İncelememizde ilk olarak bu kurumu ,daha sonra lex commisoria yasağını , son olarak da ikisi arasındaki irtibata değineceğiz. Tüm konkordato türlerinde olduğu gibi , malvarlığının terki suretiyle konkordato da amaç, alacaklıların konkordato teklif eden borçlunun mallarının cebri icraya konu olmasını ve iflasın ağır sonuçlarını engellemektir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato , karlı bir sektördeki bir işletmenin kurtarılmasını sağlayan bir iyileştirme yöntemidir.

Aktifin terki suretiyle konkordato, borçlunun malvarlığının aktif kısmının tamamı yada bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisinin alacaklılara bırakılması veya malvarlığının tamamı veya bir kısmının üçüncü kişiye devredilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴. 4949 sayılı Kanunla icra iflas kanununa eklenen 309/a hükmüne göre de , malvarlığının terki suretiyle konkordato ile alacaklılara , borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmeleri veya bu malların tamamı yada bir kısmını üçüncü kişiye devretmeleri yetkisi verilir şeklinde tanımlanmaktadır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, burada borçlunun malvarlığını alacaklılara terk etmesi ,malvarlığının mülkiyetini alacaklılara devrettiği anlamına gelmemektedir, sadece konkordatonun tasdik edilmesiyle beraber, tasarruf yetkisi alacaklılara ve onlar adına hareket eden tasfiye memurlarına devredildiği anlamına gelmektedir⁵. Söz konusu malların mülkiyet hakkı, borçlu üzerinde kalmaya devam etmektedir. Ancak bu malların tamamı yada bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisi alacaklılara verilmesinden sonra , alacaklıların bu malvarlığını bir üçüncü kişiye devretmeleri durumunda o ana kadar borçluya ait olan mülkiyet hakkı üçüncü kişiye devredilmiş olur. Aktifin terki suretiyle konkordato , bir taraftan borçlu ve alacaklılar arasındaki çok taraflı bir sözleşme olarak diğer taraftan ise, alacaklıların kendi aralarında akdettikleri bir sözleşme olarak meydana gelmektedir⁶.

(4) Altay,Sümer, s. 502. Hunkeler, Daniel, Das nachlassverfahren nach revidiertem Schkg, dissertation , Freiburg 1996 , s.7-8.

(5) Kuru,Baki, s. 529. Hunkeler, s.8.

(6) Kuru, Baki, s. 529.

Yeri gelmişken kanunda zikredilen tasarruf teriminin ne anlama geldiğini açıklamak da fayda görüyorum. Tasarruf deyimi, nesneyi zilyetliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semereleri alma, tüketme, ve yok etme gibi eylemleri ve nesnenin mülkiyetini başkasına geçirilmesi yada sınırlı aynı haklarla yüklenme gibi hukuksal işlemleri kapsar⁷.

Netice olarak, tasarruf hakkın özüne tesirli aynı hak niteliğine haiz bir yetkidir. İİK 309/a da açıkça alacaklıların borçluya ait mallarda tasarruf edebileceği belirtildiğinden bu yetki en geniş manada malvarlığını devretmek yetkisini de kapsadığından, mülkiyetin hala borçlu üzerinde kalacağını savunan müelliflerin görüşüne katılmak mümkün değildir. Kanundaki bu düzenlemeyle, kanımızca, alacaklılar borçlunun malvarlığı üzerinde özel vekaletnameye haiz bir emlakçı, komisyoncu pozisyonuna sokulmuştur. İİK 309 malvarlığının terki suretiyle konkordato başlığını, İİK 309/b hükmü ise, zorunlu içeriği başlığını taşımaktadır. İİK 309/b hükmü aşağıdaki unsurları malvarlığının terki suretiyle konkordatonun zorunlu içeriği olarak belirtmiştir. bunlar; alacaklıların malların tasfiyesi yada üçüncü kişiye devri suretiyle karşılanamayan alacaklarında feragat edip etmedikleri, feragat etmiyorlarsa borçlunun sorumluluğunun ne olduğu; konkordato tasfiye memurları ile alacaklılar kurulu üyelerinin belirlenmesi ve bunların yetkileri; kanun tarafından belirlenmemişse malların tasfiye usulü ve eğer mallar üçüncü kişiye devredilecekse, bu devrin şekli ve teminatlandırılması; alacaklılara yönelik ilanların Türkiye ticaret sicil gazetesini yanında tasdik tarihinde yurt düzeyinde tirajı en yüksek beş gazeteden biriyle yapılacağı. Ayrıca ilgili maddenin son fıkrası konkordato kapsam dışında kalan mallar varsa bunlar açıkça belirtilir demektir. İflas yolu ile takipte, masaya dahil olan malların paraya çevrilmesi kanunda belirlenen usullerle (cebri artırma ve bazı hallerde pazarlıkla satış) yapılacakken malvarlığının terki suretiyle konkordatoda paraya çevirme konusunda bir serbestlik vardır. Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun iflas prosedürüne göre arz ettiği en önemli fayda, aktifin paraya çevrilmesi konusunda zaman ve çeşit bakımından gösterdiği esnekliktir⁸. Malvarlığını terki suretiyle konkordato değişik şekillerde cereyan edebilir. Bunlar, aktifin paraya çevrilerek elde edilenin paylaşılması, malvarlığının üçüncü kişiye devri, malvarlığının terki ile beraber asgari bir bedelin de ödenmesi kombinasyonu, malvarlığının konkordato yargılaması esnasında kurulacak

(7) Kaneti-Köprülü, sınırlı aynı haklar, s.3.

(8) Winkelmann, s.2883- Öztekin, s.738.

bir şirkete devri. İLK md. 309/b 3 hükmü uyarınca üçüncü kişiye yapılacak devrin teminatlandırılması gerekir. Bu teminat bir teminat mektubu verilmesi veya paranın bir banka hesabına yatırılması şeklinde tezahür edebilir. İLK 309/e hükmünün hükümet gerekçesi de belirtildiği üzere, bu hüküm ile paraya çevirme bakımından büyük bir esneklik kabul edilmiş, iflastaki gibi sıkı kurallara tabi tutulmamış olan organlara , alacaklıların çıkarlarına uygun olan paraya çevirme usulünü seçebilme olanağı sağlanmıştır⁹.

Malvarlığının tamamen yada kısmen üçüncü kişiye devrinde tasfiye sürecine gerek kalmamakta , tasfiye memurları ile alacaklılar kurulunun görevleri söz konusu malvarlığı değerlerinin üçüncü kişiye devredilmesi için gerekli işlemlerin yapılması ve bu devirden elde edilen tutarın alacaklılar arasında paylaştırılmasının sağlanmasından ibaret olmaktadır¹⁰. İşletmenin yeniden ıslahı için öngörülen bir iyileştirme prosedürü olarak görülen malvarlığının terki suretiyle konkordato , ölçülü bir iflasa benzetilmektedir¹¹.

Sonuç olarak, malvarlığının terki suretiyle konkordato iflasa benzer bir şekilde borçlunun malvarlığının alacaklılara terki veya üçüncü kişiye devri ile tasfiyeye uğramakta , bununla beraber kanun alacaklılara iflas kurumundan farklı olarak tasfiye prosedüründe esneklik sağlamaktadır. İLK m. 309/b hükmü ile, tarafların konkordato sözleşmesinde düzenlemeleri gereken asgari zorunlu unsurlar belirlenmiş, bu unsurlara ve kanunun emredici nitelikte olan diğer hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesi sınırları içinde konkordatonun içeriğini belirleyebilme imkanı tanınmış, yine iflastaki şekli ve tasfiye metotları genişletilerek alacaklıların çıkarlarına uygun olan paraya çevirme usulünü seçebilme imkanı tanınmıştır. Tüm bu açıklamalarımızdan sonra şimdi de lex commisoria yasağına bir açıklık getirilim. Alacak vadesinde ödenmediğinde, teminat konusu oluşturan malvarlığı değerinin mülkiyetinin alacaklıya geçmesini engelleme amacını taşıyan lex commisoria yasağının temelini Roma Hukukuna dayanmaktadır¹². Lex commisoria yasağı taşınır rehni ile taşınmaz rehni bakımından ayrı ayrı düzenlemelere yer verilerek suretiyle Medeni Kanunumuzda düzenlenmiştir. Teslim şartlı menkul rehni bakımından lex commisoria yasağı Türk Medeni

(9) hükümet Gerekçesi m.85. Pekcanitez, H, / Erturgut, Mine,/ Yeşilova, B./ Erişir, E, icra ve iflas kanunu ilgili mevzuat, Ankara 2003 s. 261.

(10) Jaeger, art,319,s.186.

(11) winkelmann,s.2883.

(12) Akipek, s.185.

Kanununun mülkiyetin geçmemesi kenar başlıklı 949 maddesinde¹³ taşınmaz rehni bakımından *lex commisoria* yasağı ise, Medeni Kanun 873 de yer bulmuştur¹⁴. Türk Hukukunda *lex commisoria* yasağının amacı, rehin veren borçlunun gabine karşı korunması olduğu genellikle kabul edilmektedir¹⁵. Yasa koyucu böyle bir yasakla , borçlunun kendi borcunu temin etmek için kendisine ait bir taşınmazı rehnettiği esastan hareket etmiş ve borçluyu ekonomik açıdan kendisinden daha güçlü durumda bulunan alacaklılara karşı korumak istemiştir. Zira paraya ihtiyacı olan kimse, bazen sonuçlarının ne olacağını tam olarak düşünmeden ve vadesinde borcunu tam olarak ödeyebileceği düşüncesiyle, alacaklı tarafından ileri sürülen herhangi bir şartı kolayca kabul edebilecek bir ruh hali içinde bulunabilecektir. Çoğu zamanda aldığı borç miktarından daha yüksek bir değerde olan taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya geçmesine razı olur.

Bu sebeplerle, alacağın muaccel olmasından önce alacaklının , rehin konusu taşınmaz maldan , bunun satış bedelinden başka bir şekilde tatmin edilmesi önlenmektedir¹⁶. *Lex commisoria* yasağının amacının rehin veren borçlunun gabine karşı korunması olmakla beraber bir anlaşmanın yasağın kapsamına dahil olabilmesi için BK md. 21 deki nin aksine , rehinli alacaklının , rehin veren borçlunun müzayaka hali veya hiffetinden yada tecrübesizliğinden faydalanmış olması şartlarından biri aranmayacağı gibi, edimler arasında aşırı bir oransızlık şartı da aranmayacaktır¹⁷. Yasa koyucu yasak ile rehinli alacaklının rehin konusu malvarlığı değeri ile rehinli teminat altına alınan alacak arasındaki muhtemel farkı ele geçirmesine , dolayısıyla rehinli alacaklının ifa menfaatini aşan bir menfaat elde etmesine böylelikle de ahlaka aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına engel olma amacı gütmeye yatar. *Lex commisoria* yasağına aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Rehlin gösterilen taşınmazın borç ödenmediği takdirde alacaklının mülkiyetine geçeceğine dair sözleşme veya rehin sözleşmesine bu yönde konan şartların geçersiz sayılabilmesi için bunların alacak muaccel olmadan

(13) "Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınır mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir."

(14) "Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir."

(15) Akipek, s,185- Gürsoy/Eren/Cansel, s,1086- Tekinay, s, 13-14.

(16) Akipek, s 185- Tekinay, s.13-14.

(17) Helvacı, s,68-73.

önce düzenlenmiş olmaları gerektiği , bu yönde açıklık olmamasına rağmen doktrinde kabul görmektedir. Netice olarak lex commisoria yasağına aykırılığın Türk Medeni Kanununa göre, sözleşme hükmünün geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Tüm bu açıklamalarımızdan sonra malvarlığının terki suretiyle konkordatonun lex commisoria yasağıyla çelişip çelişmediği hususuna gelince; İcra İflas Kanununa eklenen 309/a maddesinden de anlaşılacağı üzere, açıkça alacaklının borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmesi ki bu en geniş manada taşınmazı devretmeyi de kapsadığı veya borçlunun malvarlığının üçüncü kişiye devretmesi yetkisini düzenlemiştir. Türk hukuk sisteminde alacaklı yalnız mamelekin paraya çevrilmesinden sonra elde edilen paralardan tatmin edilmek hususunda bir talep hakkına sahip sayılmaktadır¹⁸. Mevcut icra-iflas sisteminde alacaklılar masaya giren mallar üzerinde aynı bir hakka sahip değildiler olsa olsa malların tasfiyesinde kendi alacaklılarında dikkate alınmasını isteyebilme hususunda bir talep hakkına sahiptirler¹⁹. Malvarlığının tasfiyesi kamu gücüne haiz icra- iflas organları o tarafından yerine getirilecektir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato iflas prosedüründeki resmi organlar tasfiye edilerek tam bir serbest piyasa sistemi getirilmiş, borçlu tarafından alacaklılara devredilen malvarlığının ne şekilde tasfiye edileceği, kanunda bir düzenleme bulunmaması koşulu ile konkordato konusunda anlaşmış olan borçlu ve alacaklı tarafından belirlenecektir. Kanunun taraflara tanımış olduğu bu serbestlik ise, alacaklılara iflasa nazaran daha avantajlı bir konum sağlayacaktır. Lex commisoria yasağının amacı borçlunun alacaklılara karşı korunması, alacaklının ifa menfaatini aşan bir menfaat elde etmesine, ahlaka aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına engel olmak olduğundan, konkordatonun mali durumu bozuk olan borçlunun kurtarılmasına, durumunun selamete çıkarılması için kanun koyucunun düzenlediği bir imkan olduğu düşünüldüğünde, borçlunun acz ve müzayaka halinde olduğu ve alacaklılara karşı herhangi bir şartı kolayca kabul edebileceği, bu yüzden malvarlığının alacaklı tarafından tasarruf edilmesi veya üçüncü şahsa devredilmesi borçlu açısından bir gabin durumu doğurması kuvvetle muhtemeldir. Yine Türk Hukukunda malvarlığının vadesinde ödenmediğinde, alacaklı tarafından özel olarak satılmasına ilişkin taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya geçmesi sonucun doğurmadığı halde, rehin

(18) Üstündağ, s. 6.

(19) Üstündağ, s. 7.

konusu malın ancak icra- iflas idaresince satılması gerektiğinden, malvarlığının terki sureti ile konkordato lex commissorıa yasağı kapsamında değerlendirilir. Benzer şekilde rehin konusu malı sattırmak veya ona malik olmak konusunda seçimlik hak tanıyan sözleşmelerde MK. 873/2 kapsamında değerlendirilir²⁰.

Yine İİK md.309/a bendinde açıkça borçlunun malvarlığının alacaklı tarafından üçüncü kişiye devrinden bahsetmiş , müteakiben bunun teminatlandırılmasının malvarlığının terki sureti ile konkordatonun zorunlu içeriği olmazsa olmaz koşulu olarak öngörmüştür. Kanun koyucu üçüncü kişiye devri düzenleyerek maddi hukuka aykırı davranmış devamı ile de bunun teminatının zorunlu içerik kabul etmiş. Amaç teminat ise, bu husus alacaklıya inançlı bir işlem veya borçluya tanınan bir vefa hakkı ile yapılabilir²¹. Bu belirttiğimiz teminat amacıyla mülkiyetin alacaklıya devri taahhüdü halleri bir kanuna karşı hile teşkil etmez, dolayısıyla bu tarzda yapılan sözleşmeler lex commissorıa yasağı kapsamına girmez²². Zira borçlu bu işlemin yapılmasıyla birlikte taşınmazın mülkiyetini alacaklıya devir borcu altına girdiğini bilmekte, alacaklıda mülkiyetin kendisine devrini isteme yetkisine sahip olmaktadır

Yine her ne kadar tasfiye memurlarının seçiminden bahsedilmiş ise de, bunun sembolik olduğu, asıl yetkinin alacaklılarda olduğu, İİK 309/e hükmünün Hükümet gerekçesinde, bu hüküm ile paraya çevirme bakımından büyük bir esneklik kabul edilmiş, iflastaki gibi sıkı kurallara tabi tutulmamış olan organlara , alacaklıların çıkarlarına uygun olan paraya çevirme usulünü seçebilme olanağı sağlanmıştır. Açıkça görüldüğü üzere, zor durumda olan, müzayaka halinde bulunan borçluya ekonomik iyileştirme için tanınan imkanda, alacaklı daha avantajlı duruma sokulmuştur.

Görüldüğü üzere, mali durumu bozulmuş, müzayaka halinde olan borçlunun durumunun iyileştirilmesi, durumunun selamete çıkarılması için kanunen tanınan bir imkandan, malvarlığının terki sureti ile konkordatoda dengeler borçlunun aleyhine olarak işlemekte , zor durumda olan borçlu iyice güç-

(20) Akipek, s.186.

(21) Oğuzman- Seliçi, s. 409.- bkz, Nomer, H.N, Vefa hakkı, ist 1992.

(22) Akipek, s 187- Oğuzman/seliçi, s. 409- Gürsoy/Eren/Cansel, s.1086-1087.

süzleştirilmekte, iflas hukukunun emredici hükümlerine aykırı bir tasfiye prosedürü kabul edilip, cebri icra sistemi ortadan kaldırılıp, bir serbest piyasa sistemi öngörülmektedir. Alacaklılara borçluya nazaran çok daha avantajlı bir pozisyon sağlanıp borçlu için tam bir gabin durumu doğmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akipek Jale** : Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)
3. kitap Ankara 1974.
- Altay Sümer** : konkordato Hukuku, İst 1993.
- Gürsoy Kemal Tahir/Eren Fikret/Cansel Erol** : Türk Eşya hukuku, Ankara 1978.
- Helvacı İlhan** : Türk medeni Kanununa göre Lex
Commisoria İstanbul 1997.
(yayınlanmamış Doktora tezi)
- Hunkeler Daniel** : dasnachlasverfahren nach
revidierdem schkg, dissertation,
Freiburg 1996.
- Kuru Baki** : İflas ve konkordato hukuku,
İstanbul 1992.

- Kaneti selim/ Köprülü Bülent** : Sınırlı aynı haklar, İstanbul 1983-1983.
- Jager Carl** : Bundesgesetz über schuldbetreibung und konkurs schkg bond, III, art 293-352, zurich 1997-2001.
- Oğuzman Kemal/ Seliçi Özer** : Eşya hukuku İstanbul 1997.
- Öztek Selçuk** : Türk hukuku ve uygulamasında ödeme güçlüğü içindeki işletmelerin rehabilitasyonu; imkanlar, aksaklıklar, çözüm önerileri, IBD 1993/10.
- Pekcanıtez Hakan/ Erturgut Mine/**
- Yeşilova Bilgehan/Erişir Evrim** : İcra ve iflas kanunu ile ilgili mevzuat Ankara 2003.
- Postacıoğlu İlhan E.** : İflas hukuku esasları, İstanbul 1949.
- Tekinay Selahattin S.** : Taşınmaz mülkiyetinin takyitleri, İstanbul 1988.
- Üstündağ Saim** : İflas hukuku, İstanbul 1991
- Üstündağ Saim** : İflas hukuku İstanbul 1998.

**MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATONUN LEX COMMISORIA
YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL EDİP ETMEMESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Winkelmann, A, Staehlin/ Bauer/Staehlin: Kommentar zum bundesgesetz
über schuldbetriebung und kon
kurs, schkg III art 221-352
basel/gens/munich 1998.

STRAZBURG YARGI KARARLARINDA, İÇ HUKUK VE ÖĞRETİDE DOĞRU, HAKLI VE YASAL GEREKÇE BİÇİMLERİ (**)

Hilmi ŞEKER ()*

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I- Gerekçenin Yürürlükteki Hukukta Görünüm Biçimleri, A- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Gerekçe, B- Yüksek Yargıda Gerekçe, C- Yargılama Yöntemine İlişkin Yasalarda: 1- Ceza Muhakemeleri Usul Yasasında, 2- Medeni Yargılama Yöntemine İlişkin Yasada, II- Hukuk Öğretisinde Gerekçenin Görünüm Biçimleri, A- Gerekçenin Yararları Üzerine Savlar, B- Gerekçenin Zararları Üzerine Tezler, Sönsöz.

Giriş:

A.İ.H.S.si insan haklarının korunmasını ve gelişimini amaçlayan düzende adil ve güvenli yargılanma hakkına ayrıca ve açıkça yer vermek suretiyle, maddi yada hukuki hakikate varmadá şekli adaletin değeri ve buna olan gereksinimini normatif düzenleme ile somutlaştırmıştır.”görünen adaleti” sağlamayı amaçlayan bu düzenleme kendi içinde gerek açık, gerekse örtülü birden ziyade ilkeyi barındırmaktadır.

Gerekçeli karar hakkı ise yargılama sürecinde “olup bitenler” hakkında bilgi edinilmesini misyon edinmiş, varlığını içtihatlarla borçlu, 6.maddedeki haklar senfonisinin önemli ve örtülü enstrümanlarından. Anılan bu niteliği ile sözleşme uygulamasında bir yargılama yöntemi ilkesi olarak ta adlandırılabilir.

Gerekçeli Karar hakkının bir yargılama yöntemi ilkesi olarak kullanılması, benimsenip yerleşmesi, ancak bu hakkın tanımlanması, içeriği ile uygulama-

(*) Çarşamba, Samsun Yargıcı

(**) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının değerlendirilmesi ve metodoloji toplantısına bildiri olarak sunulmuştur.

madaki görünüm biçimlerinin yani kimlik bilgileri ile özgeçmişinin mikolojik bir analize tabi tutularak belirlenmesi ile olanaklıdır.

Gerekçe kavramı; tarih sahnesine ilk olarak insanoğlunun kendini ve dış dünyadaki olup biteni sorguladığı dönemlerde çıkar ve kendi kusuru ile düş-tüğü kısıtlılık durumundan kurtulmak için uğraş verdiği' aydınlanma döneminde de önem kazanmaya başlar. Günümüzde davaların mahkeme salonunun dört duvarı arasında kalmadığı, dünyanın gözü ve kulakları önünde yer aldığı ve gelecekteki etkileri düşünüldüğünde, gerekçenin insan haklarının korunmasında uluslararası bir cazibenin odağında bulunma özelliğini giderek güçlendireceği benziyor.

Hukukun üstünlüğünü savunan akımların giderek Kara Avrupa'sında etkisine alması sonucunda; devletin hukukun içine çekilme ve etkinliğinin hukuk ile sınırlandırılmasına ilişkin düşünsel çabalar hukuk devletinde karşılık bulmuştur. Hukuk devleti ve ona ruh veren ilkeler bu düşünsel potada giderek şekillenmiş anayasacılık hareketlerinin başlaması ile de normatif alanda vücut bulmaya başlamışlardır. (İngiliz, Amerikan Haklar bildirgesi ile Fransız Haklar Bildirisi gibi)

İnsanın kamusal alanda 'değer' haline gelmesi , bu değere yönelik ihlallerin yaptırıma dönüştürülmesi, hak arama özgürlüğünün tanınması ile birlikte 'yargısal korunmanın' sistemin özüne yerleştirilmesi, korumanın tam ve güvenli işleyebilmesi için yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine ilişkin önlemlerin alınması, mahkeme kararlarının bağlayıcılığının sağlanması², yargıcın tarafsızlığı ve nesnelliği, bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması, yargılama usulüne bağlılık, yargıcın temellendirme ve gerekçe görevi³ bu dönemde ve hukuk devletinde yaşam bulmuşlardır.

Kurgulanan bu düzenekte yargıç, son sözün söylenmesi ve hukukun ne olduğunun dile getirilmesi⁴ gibi olağanüstü bir misyonun taşıyıcısı olup, edi-

-
- (1) Immanuel Kant, Aydınlanma nedir? Sorusuna Yanıt, çeviren Nejat Bozkurt, Yazko Felsefe Yazıları Sayı:6
 - (2) Yargıç Mustafa Kutlu, Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri, H.F.S.A.7.Sayı, H.Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.122
 - (3) Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, H.F.S.A.7.Sayı, Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, s.114
 - (4) Mustafa Kutlu, a.g.e., s.130

mini yerine getirebilecek nicelik ve nitelikte yargısal araçlarla da donatılmıştır. Hukukun adalete dönüştürülmesinde; yargıç bağımsızlığı ile güvencesi, dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile temellendirme ve gerekçe görevinin başatlığına vurgu yapılarak, adli kararda hukuk devletinin gereği ve adalet arayışının karşılığı olarak⁵ doğru, yasal ve haklı bir kanıt-lama ve gerekçelendirme zorunlu görülmüştür.

Gerek hukukun üstünlüğü ereğine ulaşma gerekse hukuk devletinin kurumsallaşmasına yönelik çabalar en çok insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında somutlaşarak, gelinen noktada tek tek ulusların sorunu olmaktan çıkıp, uluslar arası alemin ortak uğraşı ve beklentisi halini almıştır. A.İ.H.S.si de insan haklarının uluslar arası korunmasına yönelik anlayış ve çabaların ortak görünüm biçimlerindedir.

Bu bağlamda; gerek Strazburg, gerekse Türk Yargısı'nın bu ilkeye yönelik ilgisi giderek artma eğilimi göstermektedir. Bu eğilimin oluşumunda insan hakları alanındaki sürekli gelişmeler, bunun normatif yansımaları, adil ve güvenli yargılanma gereksinimi ile sözleşmenin barışçıl ve zorlayıcı konseptinden söz edilebilir.⁶ Bu nedenledir ki AHM de bu gereksinimi gidermede kendine düşeni yaparak, içtihatları aracılığı ile gerekçeli karar alma hakkına egemen ilkeleri belirlemekte ve geliştirmektedir. Bununla bir yandan yargılama sürecinde yargıç ile yanların bütün eylem, işlem ve davranışlarına açıklığı, doğruluğu, yasalığı egemen kılmak öte yandan da olası keyfiliği denetime tabi tutarak, görünün adalete katkıda bulunmak istemektedir.

Buraya değin anlatılanlarla gerekçeli karar hakkının bu sunuma neden konu yapıldığını özetlemeye çalıştım. Bundan sonraki bölümlerde ise gerekçeli karar hakkının tanımı, içeriği ile pozitif hukuktaki düzenleniş şekli ile uygulamadaki sapma biçimleri irdelenecektir. Gerekçenin öğretilde algılanma ve tanımlanma şekli ile yargı kararlarındaki görünüm biçimleri ele alındıktan sonra, Strazburg Yargı Organının konuya bakış açısı ile bu kararların alınmasında etkili prensiplerine değinilerek, çalışma öneri ve katkılarla sonlandırılacaktır.

(5) Kutlu, a.g.e.

(6) Sayın Adalet Bakanının Milliyet Gazetesinde 07.01.2004 tarihinde yayımlanan açıklamasında, Hükümet Aleyhine A.İ.H.M. ne toplam 2419 başvuru yapıldığını, bunlardan 344 ünün aleyhe, 18 adedinin lehe, 559 unun dostane çözümlerle sonlandırıldığını, 168 adedinin kabul edilebilir olduğunu, 67 sinin kayıtlardan silindiğini, 288 adedinin kısmen kabul ile sonuçlandırıldığını ve 835 inin ise halen inceleme aşamasında bulunduğunu açıklamıştır.

Birinci Kısım**I- Gerekçenin yürürlükteki hukukta görünüm biçimleri**

Gerekçe en geniş anlamı ile yargı mercilerinin yargısal etkinliklerine konu eylem, işlem ve kararlarının doğru, haklı, yasal, makul (akla mantığa), vicdana uygun ve denetlenmesine olanak verecek şekilde temellendirilmesi olarak tanımlanabilir.

Gerekçelendirme ödevi normlar hiyerarşisinin tüm kademelerinde özelde yargıçlara genelde de iddia makamı ile diğer süjelere verilmiştir. Pozitif hukukumuzda gerekçenin öncelikle üst norm konumundaki Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141/3 maddesinde düzenlendiği, bu emredici buyruğun diğer yargılama yöntemine ilişkin yasalarda da detaylandırıldığı anlaşılmaktadır.

Buradan hareketle ifade edilebilir ki; Anayasamız bazı anayasalardan farklı olarak yargı kararlarının gerekçeli olmasını ilke edinmekle birlikte bazı istisnai durumlarda da gerekçe zorunluluğu aramamaktadır. Söz konusu bu ayrık hallere yasa hükümleri ve yargısal kararlar kaynaklık yapmaktadırlar.

A) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Gerekçe

A.İ.H.S.'si A.Y.'nin 90.maddesindeki yasalaşma prosedürünü tamamlamakla artık iç hukuktaki yerini almıştır. Sözleşme normlarının anayasa ile hiyerarşi ilişkisi konusunda öğretilerde fikir birliği olmamasına rağmen⁷, sözleşme normlarının uygulanması önünde kural olarak herhangi bir engelin kalmadığı tartışmasızdır. Anayasanın eksenini oluşturan insan haklarına saygı ilkesi A.İ.H.S.'i ile birlikte bütün uluslar arası insan hakları normlarına anayasal değer atfetmektedir. Dolayısı ile sözleşmenin ulusal hukuk kurallarına üstün olduğu ve yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiği⁸ bilinmelidir.

A.İ.H.S bir yandan insan haklarının sürekli ve kalıcı olmasının olanaklarını araştırmak öte yandan giderek farklılaşan ihlallerin ortadan kaldırılmasına yönelik önlemleri geliştirmeyi hedeflemekle "yaşayan bir belge" konu-

(7) "Öğretinin bir kısmı İ.H.A.S.'ne anayasal yada en azından yasa üstü bir değer tanımaktadır. Buna karşılık, sözleşmeyi olağan kanun gücünde kabul eden görüş baskındır." B.k.z., İ.Ö.Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 3.baskı, Mart 1996, İst., s.123

(8) Kaboğlu, a.g.e., s.123

mundadır. Mahkeme sözleşmenin hedeflediği bu amacı önemli ölçüde ,bakmakta olduğu davalarda sözleşme normlarını ve uyumsuzluk konusunu yorumlayarak gerçekleştirmektedir.Mahkeme böylelikle erekbilimsel ve evrimci yorum yöntemlerini kullanarak,sözleşmenin toplumsal değişime uyarlamasını pretoryen bir biçimde gerçekleştirmektedir.Bu geleceğe yönelik içtihat divanı,sadece yürürlükteki hukuku beyan etmekle kalmamakta , yarınin hukukunu yaratma yükümlülüğü onu yasa koyucuya da yakınlaşmaktadır. Mahkeme kısaca sözleşmede yer alan hakların sadece savunulmasını değil onların geliştirilmesini de sağlamayı anlamakta,bunun içinde dinamik yorum yöntemini uygulamaktadır.⁹

Mahkeme güvence altına alınan hakları, devletlerin genel uygulamasına sık sık başvurarak yorumlayıp tanımlamakla birlikte “özerk kavramlar” anlayışını da geliştirmiştir.Bu kavramlar,davalı devletin iç hukukuna basit bir başvuru ile yorumlanamazlar;bütün üye devletler için geçerli bir“Avrupa anlamına” sahiptirler.Bununla Mahkeme Jürisprüdansını Avrupalılaştırmak ve bir hak ve özgürlükler “Avrupa Yargı düzeni” kurmak amacına yönelmekte,bununla da tutarlılığını ve gücünü pekiştirmek istemektedir.Böylelikle mahkeme, kullandığı yorum yöntemleri ve hukukun genel ilkeleri ile ortak bir Avrupa koruma standardı yaratmaktadır.¹⁰

Sözleşmenin başlangıç kısmında yer alan demokratik bir toplumda “Hukukun üstünlüğünü” sağlama erekselliği,Mahkemeye göre “sözleşmeyi bir bütün olarak esinler”.Hukukun üstünlüğü ilkesi öncelikle ‘hukuk hakkının’ güvence altına alınmasını gerektirir.Hukuksal güvenlik,iç hukuk kuralının ulaşılabilir olması,açık olması ve öngörülebilir olmasını ifade eder.Sonra ,özgürlük ve güvenlik hakkı hukukun üstünlüğü ile başattır. Nihayet hukukun üstünlüğü,yargıca ulaşabilme ve Avrupa hukuk anlamında “adil yargılanma hakkını” kapsar.¹¹

Adil yargılanma hakkı,sözleşme konsepti içinde genelde saptanan bu anlayıştan özeld de iki önemli esastan hareketle düzenlenmiştir.Bunlardan ilki evvelce ifade edildiği üzere şekli adaletin oluşum sürecine açıklığı ege-men kılmak, ikincisi ise hükmün hedeflediği adalet duygusuna rasyonel bir şekilde ulaşmaktır.Bu iki hedefin bileşkesi ise yargılamada hakkın içeriksiz-

(9) Kaboğlu,a.g.e.,s.119

(10) Kaboğlu,a.g.e.,s.119-120

(11) Kaboğlu,a.g.e.,s.120-121

leştirilmesine hizmet eden etkinlikleri denetleyerek, usule ilişkin koruma sağlamak, yani usulü adalete dönüştürmektir. Gerekçeli karar hakkı da enstrüman kimliği ile aynı misyonun temsilciliğini üstlenerek, toplumun kendi varlığına yönelmiş evlatlarının adil ve rasyonel bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Gerekçeli karar alma hakkı; sözleşmenin 6/1 maddesinde açıkça yer almamakla birlikte bu madde metninin yorumu ile edinilmiş, örtülü ancak mutlak olmayan ve gerek yargı organının gerekse yargılama konusunun özelliğine göre istisnalara maruz kalabilecek haklardandır. Başka bir ifade ile Strazburg yargı kararları hem gerekçeli karar hakkına kaynaklık yapmakta, hem de bu hakkın niteliğini, kapsamını ve hatta etkinliğini sağlamada belirleyici bir işlev üstlenmektedir.

Bu kimliğinden ötürü Strazburg yargısının gerekçeye ilişkin kararları bu sunumun konusunu oluşturmuştur. Bununla Strazburg Mahkemesinin gerekçeye ilişkin değerlendirmeleri ölçü alınarak, hangi uygulamaların gerekçeli karar hakkının ihlali anlamına geleceği hangilerinin ise ihlal olarak nitelendirilmeyeceği saptanacaktır. Böylelikle Avrupa Mahkemesi ile ulusal yargı organları arasında gerçek bir diyalog, belirlenen bu ortak ilke ve ölçütlerin kullanımı ile sağlanmış olacaktır.¹²

Ancak bu diyalog kurulurken, içtihatların bire bir alınıp uygulanması yerine bunların temelindeki ilke ve ereğin esas alınarak çıkarımlarda bulunulması yargıcın bir "içtihat otomati"¹³ olmasını da önleyecektir. Aksi olasılıkta, yargıcın norm ve olayı değerlendirme alanındaki hakimiyeti içtihatların lafzı ile sınırlandırılmış olunacaktır. Belirtilen bu anlama ve anlamlandırma etkinliğinde başarı; felsefe, sosyoloji ve yorum öğretisi hakkında asgari birikimi zorunlu kılar. Böylelikle içtihat hukukunda zikredilen kavram ve kurumların "Avrupa anlamlarının" saptanmasında, felsefi ve sosyolojik argümanların destek ve katkıları da sağlanmış olacaktır. Saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçeli karar ilkesi, öncelikle (a fortiori) ceza hukuku alanında uygulanmakla birlikte, gerekçeli karar hakkının sadece sanıklar için bir güvence olmadığı aynı zamanda hukuk davalarında da geçerli bir ilke olduğu vurgulanarak, iç hukuktaki uygulama kapsamı da belirlenmiştir.¹⁴ Avrupa pratiğinde; gerekçeli kararın niteliğine ilişkin içtihatlarda bir artma eğilimine rastlanmakla birlikte, bu portföyün öğretiye oranla çeşitlilikten ve gerekçenin işlevi-

(12) Kaboğlu .a.g.e.,s.125

(13) Bu deyim sayın Mithat Sancar'dan alınmıştır.

(14) Örn.,H.v.Belgium,a.g.k.,para.,53,aktaran Dr.İnceoğlu,a.g.e.,s.309

ni açıklamaktan uzak olduğu, bunun da mahkemeye intikal eden ihlallerin niteliği ile açıklanabileceğini söyleyebiliriz. Söz konusu bu içtihatların küçük farklılıklar bir yana içerik itibarı ile Türk hukuk sistemi ve öğretilerdeki gerekçeli karar kavramı ile büyük ölçüde örtüştüğü de dikkate değerdir.

Bu sav, Strazburg Mahkemesi İçtihatlarının gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil eden ve etmeyen (ihlale neden olan ve olmayan) durumlar şeklinde ikili bir ayırımı tabi tutularak irdelenmesi ile temellendirilmiş olunacaktır. Söz konusu bu belirlemelere kaynaklık edenler ise Van De Hurk/Hollanda, Ruiz Torija/İspanya, Hiro Balani/İspanya, Georgiadis/Yunanistan, De Moor/Belçika davalarındaki temel içtihatlardır. Buna göre;

1. Strazburg Yargısının gerekçeli karar alma hakkına aykırılık teşkil etmeyen durumlara ilişkin prensipleri:

Mahkeme, yargı kararlarının gerekçeli olmasını kural edinerek bu kuralın kapsamının, kararın niteliğine ve her olayın özelliğine göre değişiklik gösterebileceğini ortak bir ölçüt olarak belirlemiştir.¹⁵ Başka bir deyişle Avrupa mahkemesi rehberlik etmek amacıyla bu davalarda gerekçelendirme zorunluluğunun sınırlarının hükmün doğasına, ülkelerin kanun yapıları, örf ve adetleri, meşruluk algılamaları ve değer yargılarına bağlı olarak değişkenlik arz edebileceğini kabul etmektedir.¹⁶

Ancak; gerekçeli karar verme zorunluluğuna ilişkin bu ilkenin, sözleşme organlarının bir temyiz mercii gibi hareket etmekten kaçınmaları nedeniyle, çok etkin olarak denetlenebildiği söylenemez. Bununla birlikte 6.madde bağlamında kararların uygun ve yeterli gerekçelerle desteklenmesi gerekliliği, yalnızca koruma altındaki bir hakka müdahalenin gerçekleşmesi ile sahneye çıkmaktadır.¹⁷ Mahkeme genellikle açık bir keyfilik görüntüsü olduğu veya açıkça yada makul bir biçimde gerekçe gösterilmediği durumlarda, gerekçenin niteliğini tartışmaktadır.¹⁸

Mahkeme bazı ayırık hallerde gerekçe gösterilmemesinin hakkın ihlali ne neden olmayacağını da saptamıştır. Hangi durumların hakkın ihlali olarak

(15) Ruiz Torija/İspanya, Seri A No.262(1995) Hugh Tomlinson QC, AİHM içtihatları değerlendirme seminerine sunduğu bildiri, s.5

(16) K.Reid, a.g.e., s.39

(17) Karen Reid, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, 3.Kitap, s.37

(18) Bkz. d.j.Harris, M.O'Boyle, C.Warbric, a.g.e., 215; K.Reid, A Practitioner's ., a.g.e., s.128. K.Starmer; a.g.e., s.376, aktaran Dr.İnceoğlu, a.g.e., s.311

nitelendirilmeyeceği (istisnalar) bu bölümün inceleme konusu olacaktır.

a) İç Hukukta Mahkemelerin tüm sorulara ayrıntılı cevap vermek zorunda olmadıkları:

A.İ.H.Mahkemesi bakmakta olduğu bir uyuşmazlıkta milli mahkemelerin yargılama aşamasında tüm sorulara ayrıntılı cevap vermekle ödevli olmadıklarını içtihat etmektedir.¹⁹ Başka bir anlatımla, mahkemeler sadece davanın sonucuna etkili olay olgu ve argümanları açıklamakla yükümlü olmakla birlikte, bu şekildeki gerekçelendirmenin gereksiz ve yersiz detaylandırmadan uzak, ancak üstün tutulan yada tutulmayan sav/savunmanın içeriği hakkında bilgilenmeyi sağlayacak ölçü ve özenlilikte olmalıdırlar.

b) Mahkemelerin karar verilmesine neden olan temelleri kararlarında yeteri açıklıkta ve ayrıca belirtmekle yükümlü oldukları:

Ancak her ne kadar mahkemelerin, tüm sorulan soruları ayrıntılı olarak cevaplama zorunlulukları yoksa da bu gerekçelendirmeme özgürlüğünün mutlak olduğu söylenemez. Mahkemeler her şeye rağmen kararın verilmesine neden olan temelleri yeteri açıklıkta ve ayrıca belirtmekle yükümlüdürler.²⁰ Bu ilke ile amaçlanan; hükmün asgari ölçülerde temellendirilmesi ile birlikte keyfiligi ve perdelemeyi önleyerek, yansızlığı yargısal korunmanın hizmetine sunmaktır. Ancak uygulamada mahkemelerin; çeşitli nedenlerle gerekçe göstermekten kaçındıkları yada yetersiz gerekçelere dayalı (doğru, makul ve yasal olmayan) kararlar vererek yönetime aykırı bir pratik sergilediklerine sıkça tesadüf etmekteyiz. Sebep ne olursa olsun yargıçlar hukuk devleti ve yargısal korunmanın olmazsa olmaz koşullarından olduğu açıklamadan ayrık bu ilkenin uygulama sorumluluğunu sonuna kadar üstlenerek, gerekçelendirme ödevini yerine getirmede son derece özenli davranmalıdırlar. Bu sorumluluk anlayışında meydana gelecek bir istenç zayıflığının yargıçların kişiliğinde hukuka ve onun pratiğine olan güvenin sarsılmasına yol açacağı unutulmamalıdır.

Mahkeme Hiro Balani/İspanya örneğinde de yukarıda açıklanan görüşünü destekler nitelikte hareket ederek, yargı organının kararında ancak so-

(19) Van De Hurk-Hollanda, Seri A, No.288(1994), Naula Mole ve Catharina Harbe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Birinci Baskı, Ekim 2001, Sayfa 43

(20) Hadjinastassiou/Yunanistan, SeriA No. 252-A(1992), Tomilson, a.g.e., s.,5

nuca etkili hususlara değinmek zorunluluğunda olduğunu prensip edinmektedir.²¹

Bu iki karar bizi şu sonuca götürmektedir:Eğer iç hukuktaki dava sırasında açık ve somut bir biçimde illeri sürülen bir iddia davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bir iddia ise davayla doğrudan ilgilidir ve milli mahkeme tarafından gerekçe gösterilerek değerlendirilmelidir.Söz konusu iddiaya ilişkin "ayrı ve açık" bir değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer almaması adil yargılanma hakkı açısından ihlale neden olabilecektir.²²

Başka bir anlatımla, mahkemelerin yargılama sürecine yansıtılan her talebi gözetme zorunda olmadıkları biçimindeki serbestisi, kararın verilmesine neden olan temellere asgari açıklıkla değinilmesi ödevini de ortadan kaldıracak şekilde kullanılamaz.

Nitekim Yargıtay da çoğu içtihatlarında hükmün esasına etkili olabilecek taleplerin kararda cevapsız bırakılmasını bozmaya konu yaparak Strazburg yargısı ile bu anlayışı paylaşmakta ²³, bazen de gerekçeli kararda öne sürülen sav-savunma ve taleplerin hangilerinin diğerine üstün tutulduğunun ya da taleplerin hangi nedenlerle kabul yada ret edildiğinin açıklanması gereğine işaret ederek asgari gerekçelendirmeyi ilke edinmektedir.

c) jürili yargılamada verilen kararın gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

Ceza davalarında Jüriler nadiren gerekçeli karar verirler ancak bunun adil olma konusuyla uyumlu olup olmadığına birkaç davada değinilmiştir.Jürinin bir ceza davasında vardığı kararı gerekçelendirmediği bir Avusturya davasında Komisyon; Jürili yargılamada verilen kararların gerekçesiz oluşunun,ihlal sayılmayacağını belirlemiştir.²⁴ Komisyon,Avusturya'ya karşı açılan bu davada jüriye yanıtlamaları için ayrıntılı sorular yöneltildiğini,bu şekildeki berraklığın gerekçelendirme eksikliğini kapatabileceğini,buna rağmen başvurucunun yargıcın jüriyi yanlış yönlendirdiğini öne sürerek,kararın iptale ko-

(21) Hiro Balani-İspanya,Seri A No.303-B (1994) Hugh Tomlinson QC,6.madde:Adil Yargılanma Hakkı başlıklı Adalet Bakanlığı Eğitimciler Eğitimi Seminerine sunulan bildirisinin 5. Sayfası

(22) Dr. Sibel İncoğlu,İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı,Beta Yayınları,1.BASI, İst. 2002,s.314

(23) 10 CD.2003 T ve 2002/30682 Esas.2003/5345 Karar sayılı içtihadı

(24) 25852/94

nu yapabilme olanağına sahip olduğunu ve zaten bu olanaktan da yararlandırdığından bahisle, bir adaletsizliğin olmadığını kararlaştırmıştır.?

d) Temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

Komisyona, temyiz hakkının sözleşme güvence altına alınmadığı düşüncesi ile temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmayışını ihlal kabul etmemekte²⁵, üst mahkemenin sadece ilgili yasa maddesine gönderme yapmasını ihlali önleme bakımından yeterli görmektedir. Komisyona göre; iç hukuk yetkili bir mahkemenin kararının temyiz edilmesini kabul etmekte ise, ister temyiz çok önemli bir hukuki konuyu ortaya çıkarsın ve isterse bunun başarılı olma şansı olmasın üst derece mahkemelerinin sadece ilgili maddeye gönderme yapmasını yeterli bulmaktadır²⁶.

Komisyona bir arabaya takılmış vergi levhasıyla ilgili nispeten önemsiz bir uyuşmazlıkla ilgili bir davada ;gerek kanunlarda gerekse karar metninde para cezasına neden hükmedildiğinin belirlenememesine rağmen (anlaşılmamak mümkün olmadığı halde) para cezasının uygulanmasında, Cour de Cassation'un gerekçe göstermeksizin temyiz başvurusunu reddetmiş olmasında bir ihlal görmemiştir. Komisyona,temyiz başvurusunun açıkça kötü niyetli ve Cour de Cassation'un bunu tepeden tırnağa ve fazlası ile gerekçelendirdikten sonra reddetmiş olmasını yeterli bulmuştur.²⁷ Benzer bir uygulamanın Yargıtay tarafından da benimsendiğini görüyoruz, Yargıtay ilk derece mahkemelerin verdiği kararların onayında, uyuşmazlığın özelliğine uygun spesifik ve somut gerekçelendirme yerine şablon gerekçe metinleri kullanmayı yeğlemekte ancak aynı yöntemi bozma kararlarında uygulamaktan kaçınmaktadır.²⁸

Görülüyor ki;Strazburg Mahkemesi adil,güvenli ve rasyonel bir yargılama için gerekçeli karar alma hakkını gerekli ve zorunlu bir hak olarak kabul

(25) Dr. Sibel İnceoğlu,İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı,1.bası,Beta Yayınları İst.2002,sayfa 315

(26) Dr. Sibel İnceoğlu,a.g.e.,sayfa 315,Appl.no.8769/79,Xv,Germany 16.07.1981,25 DR 241

(27) Karen Reid,a.g.e.,s.38

(28) YCGK 07.10.1991 T.ve 227/255 ,03.12.1996 T. ve 4-251/262 Sayılı Kararları,Kaban-Aşaner-Yalvaç,aktaran Hamdi Yaver Aktan Yargıtay 8.D. Üyesi,eğitimciler eğitimi seminerine sunumu

etmekle birlikte ,bunu insan haklarını koruma önlemlerinin odağına koyacak kadar önemsemektedir. Dolayısı ile yargıçlar koşullar ne olursa olsun ,yargısal güvencenin en önemli ilkelerinden biri olarak yurttaş hukukunun somut açıklamasını mutlaka yapmalıdırlar²⁹

2. Strazburg Yargısının gerekçeli karar alma hakkına aykırılık teşkil eden durumlara ilişkin prensipleri:

Strazburg yargısının sözleşmenin ihlaline ilişkin belirlemelerinin gerek nitelik gerekse nicelik bakımından zenginlik gösterdiğini ifade edebiliriz. Ancak konunun iyi bir şekilde anlaşılabilmesini sağlamak için benzer kararların tümüne değinmek yerine ,temel içtihatlarla değinmenin isabetli olacağını düşünmekteyim.

Avrupa mahkemesi ;gerekçe göstermek zorunda olmakla birlikte bir mahkemenin, ortaya atılan bütün sorulara cevap vermesinin gerekli olmadığını ve argümanların yeterince açık olup olmadığına karar vermenin de kendi işi olmadığına inanmaktadır.³⁰

a) Gerekçe gösterilmemesi:

Mahkeme,Belçika ve Finlandiya aleyhine açılan davalarda gerekçenin olmayışını usule ilişkin güvenlik önlemlerinin bir özelliği olarak ele almıştır.Bakılmakta olan bu davalarda baronun uygulamış olduğu prosedür,6.madde uygulaması kriter alınarak iki açıdan eleştiriye tabi tutulmuştur.³¹ Eleştirilerden ilki baroya alınmayı düzenleyen istisnai koşulların anlamı ile ilgili bir kesinliğin olmaması,ikincisi ise somut olayı düzenlememekle birlikte düzenlendiği varsayılan bu norma somut olayın neden uymadığının açıklanmadan,başvurunun ret edilmiş olunması bir hak ihlali olarak değerlendirilmiştir.³²

Bu uyumsuzlukta barodan uzun süre önce kaydı silinen başvurusunun yeniden baroya kayıt edilme istemi, Baro yönetimince istisnai koşulların başvuru yararına gerçekleşmediğinden bahisle ret edilmekle birlikte hükümün dayanağı "istisnai koşulların" nelerden ibaret olduğu açıklanmamıştır.

(29) Mustafa Kutlu,Yargıç,Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri,HFSA İstanbul Barosu Yayını sayfa 15

(30) K.Reid.a.g.e.,s.38

(31) K.Reid.a.g.e.,s.38

(32) 30.11.1987 tarih ve 8950 /80 Belçika,Dulaurans-Fransa,Hele-Finlandiya

Mahkemeye göre İstisnai koşullar kuralının belirsizliği,talebin keyfi bir biçimde inceleneceği korkusuna (yada olasılığına) neden olmaktadır.Dolayısı ile bu belirsizlik gerekçelendirme ihtiyacını vazgeçilmez kılmaktadır;bu olayda milli yargı yeri kararında;bir yandan istisnai koşulların olmadığından bahsederken öte yandan başvuruçunun dayandığı koşulların neden istisnai olmadığını da açıklamamıştır.³³

Avrupa Mahkemesi bu içtihadıyla Milli mahkemelerin kararlarının alınmasını gerektiren hukuki nedenlerin (davranış yada eylemin normatif karşılığı) ve yargılama konusu olayın yasa da tarifi yapılan eylem olup olmadığının da (tipiklik) kuşkudan uzak ve açık bir şekilde belirtilmesi gereğine işaret etmektedir.

b)Yasal gerekçe gösterilmemesi:

Yine Mahkeme önüne gelen bir başvuruda ulusal adli merciin yasal gerekçe göstermeden davayı reddetmesini açık ihlal olarak kabul etmektedir.³⁴ Avrupa mahkemesi bu uyuşmazlıktaki bulgusunu ; gerekçesi yasal açıdan geçerli olmadığından bahisle baronun başvuru sahibine adil davranmadığı görüşüne dayandırmaktadır.

Anılan davada Belçika ordusundan emekli olan başvuruçunun Baroya kayıt olma isteğinin "başvuruçunun zaten kariyer yaptığı ve de ayrıca baroda çok sayıda avukat olduğu" gerekçesi ile reddedilmesi üzerine Strazburg Mahkemesi;Baro konseyinin belirttiği gerekçenin hukuken muteber bir gerekçe olmadığı ve aynı zamanda uygulanabilir yasa kuralında da yer alan nedenlerden birine dayanmadığından bahisle,başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirlemiştir.³⁵

Yasal gerekçe ise hükmün yasa normunda belirtilen nedenlere dayalı verildiğinin açıklanması olarak tanımlanabilir.Kuşkusuz,hükmün dayanağı çeşitli nedenlerle açıklanabilir ancak ,geçerli olanı ise yasalara dayalı ve ona uygun olarak açıklanan nedenlerdir.Tabii ki bu içtihadta yer almamakla birlikte gerekçelendirmeyi uygulanabilir yasa normu ile sınırlamak olanaklı değildir,uygulanabilir yasa normu bulunmayan bazı uyuşmazlıklarda yargıç'ın yasa kuralı koyma yada takdir yetkisinin sınırları içerisinde kalmak koşulu ile

(33) H.v.Belgium,a.g.k.,para.53 ,aktaran Dr.İnceoğlu,a.g.e.,s.315

(34) De Mor -Belçika Davası

(35) Dr. S.İnceoğlu ,a.g.e.,s.316

gerekçesini hukukun diğer kaynaklarından yararlanarak ta oluşturması olanaklıdır.

c) Yasal ifadelerin tekrarlanması:

Yunanistan aleyhine açılan bir davada ulusal yargı organı, başvuruçunun istemini yasal ifadeleri tekrarlayarak reddetmesini ihlal kabul etmiştir.³⁶ Mahkeme bu içtihadı ile her somut uyuşmazlık yada talebin yasalar önünde sinanması ile ulaşılan sonucun bu uyuşmazlığın içeriğindeki özel ve spesifik nedenlerle açıklanmasını arzulamaktadır. Zira her uyuşmazlık nevi şahsına münhasır özellikler taşısa da yargıçların benzer dava ve istemleri kaba bir benzeştirme kültürünün etkisi ve içerik kaygısı duymadan içtihat³⁷ yada emsal aracılığı ile aynılaştırdıkları da bilinmektedir. Bu durumun nedenleri arasında zamansızlık ve iş yükü savunmaları öne çıksa da iş yükü az olan mahkemelerde dahi ,yasaların aradığı ölçülerde gerekçeli karar yazılmamakta³⁸ yada kalite ve içerik kaygısından uzak madde ve dosya numaralarına gönderme³⁹ yapıldığı da ayrı bir gerçektir.

d) İçselleştirme yöntemi ile gerekçelendirme:

İspanya ve Finlandiya ile ilgili görülmekte olan davalarda üst mahkeme ayrıca ve açıkça bir gerekçelendirme gereksinimi duymaksızın, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onaması ya da içselleştirme yöntemi ile önceki kararın gerekçesini kabul etmeyi ,gerekçeli karar prensibine aykırılık nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.⁴⁰

İçselleştirme; inceleme konusu olay ile ilgili niteliklere değinilmeksizin ondan soyut olarak evvelce açıklanan nedenlere yada değerlendirmelere yollama yapılması olarak ifade edilebilir.

e) Gerekçenin içeriği hakkında bilgi edinilmemesi:

Komisyon önüne gelen bir olayda; gerekçeli kararı öğrenme olanağı ortadan kalkan başvuruçunun bu karara yönelik temyiz isteğinin, üst mahke-

(36) Georgiadis-Yunanistan

(37) M.Kutlu, a.g.e, Sayfa 15

(38) Dr.M.Tören Yücel, a.g.e, Sayfa 121-12

(39) 9.CD.2003 T.2003/210-902

(40) 21.01.1999,30544/96,GarciaRuiz-İspanya,19.12.1997,20772/92,Helle-Finlandiya,Doç.Dr.,Osman Doğru,İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları,Beta yayınları,cilt 1,1.bası,2002 İst.,

mece ret edilmesini sanığın etkili savunma hakkından yoksun bırakıldığından bahisle, olayda sözleşmenin 6/3-b,c bentleri ile ilişkili 1.fıkra hükmünün yüksek sözleşmeci yanca çığnendiği sonucuna varmıştır.⁴¹ Gerekçelendirmenin yapılmaması eğer temyiz yolunu tıkamış ise 6/1 anlamında sorun var demektir. Zira temyize başvuru hakkının etkili kullanımı için kararın üzerine inşa edildiği zeminin yeteri açıklıkta olması sağlanmalıdır. Bunun temyize başvuru hakkının gerçek anlamı ile kullanılması için bir temel olduğu⁴² unutulmamalıdır. Ancak Mahkeme, Pierre-Andre Melin v. France davasında temyiz başvuru hakkının engellenmesinden söz edilebilmesi için, başvurusunun eylemi ile bu sonuca katkıda bulunmaması yada bu hakkın kullanılması için asgari özen (gayret) yükümlülüğünü ifada temerrüde düşmemesi koşulunu bağlamaktadır. (öngörmektedir)/ Başka bir deyişle anılan hakkın kullanılması için gereken önlemler alınmış yada gerekli ödevler yerine getirilmiş olmasına rağmen temyiz başvurusunun kullanımı halende olanaklı değilse artık hak ihlali var demektir. Bu içtihat ,gerekçeli karar hakkına aykırılığın aynı zamanda savunma hakkının etkili kullanımını da engelleyeceğine dair çarpıcı bir örnektir.

Bu uyuşmazlıkta ilk derece yargı organının bu kararı ,ardışık iki ayrı nedenle hatalıdır. Birincisi, kararın içeriği hakkında bilgiye ulaşma olanağının herhangi bir nedenle engellenmesi, ikincisi ise buna bağlı olarak ilgisinin gerekli, yeterli ve etkili savunma araçlarından yoksun bırakılmasıdır. Bilgi edinme hakkının engellenmesi ya kararın yanlara hiç verilmemesi yada geç verilmesi şeklinde olabilir. Sözelimi karar gerekçesinin temyiz süresi içinde yazılmaması/yazılmaması nedeni ile kısa karara dayanılarak temyiz hakkının kullanılmasında olduğu gibi.

İç hukukta bu ve benzeri durumlarla karşılaşılma ile birlikte ceza yargılama yöntemine ilişkin yasada bu riski önleyecek önlemlerin varlığı da bilinmektedir. Yanlar gerekçeli kararın öğrenilmesine değin temyiz süresinin işlemlerini durduran (süre tutum) dilekçeleri ile bu riski ortadan kaldırmaktadırlar.

(41) Melin/Fransa, Mutatis Mutandis Artico/İtalya, Goddi/İtalya, Ruiz Torija/İspanya, alıntı Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük-Prof. Dr. A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulanması 4 bası, Ankara 2003, Turhan Kitabevi, Sayfa

(42) K. Reid, a.g.e., s.39

f) Yeterli gerekçe gösterilmemesi:

İHAM iç hukukta kararların yeterli gerekçeden yoksun yada gerekçenin detaylı olmamasını adil ve güvenli yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.⁴³

Yeterli gerekçe ise mahkeme kararlarının adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte olarak açıklanmasıdır.

Buraya kadar anlatılanlarla gerekçe ve gerekçesizlik kavramları ile ilgili Strazburg Mahkemesinin karar içeriklerinde yargıç etkinliğinde olması gereken hukuk algılamalarını⁴⁴, kimi zaman da ulusal yargı organlarının gerek bu saptamalar karşısındaki ve gerekse yanındaki duruşunu belirleyerek, gözlem ve deneyimlerimizle konuya müdahil olmaya çalıştık.

Şimdi de üst yargı organlarının norm denetimine ilişkin edimlerini yerine getirirlerken aynı zamanda içtihat yolu ile hukuku geliştirme ve zenginleştirmeye katkı sundukları da gözetilerek Yüksek yargıda gerekçe üzerine konuşulanlarla çalışmamızı yönlendireceğiz. Bunu bir kaç nedenle gerekli buluyoruz. İlki, iç hukukta gerekçenin nasıl görüldüğünü belirlemek ikincisi, Yargıtay'ın ilk derece mahkemeleri ile arasındaki hiyerarşik ilişkiden yararlanarak ,sözleşme normları ile bunların uygulanmasına açıklık getiren içtihatlara egemen ilkelerin belirlenip yerleşmesinde önemli ve etkili rol özelliğine dikkat çekmek, üçüncüsü ise aralarında hiyerarşik ilişki bulunmayan iki yasal yargı organının bu konudaki duruşlarını karşılaştırarak buradan ortak çıkarımlar yapmaktır.

-
- (43) Georgiadis-Yunanistan davasında "başvurucunun haksız yere tutuklanmasına ilişkin tazminat verilmemesi kararı, iç hukuka uygun olarak beraat kararı ile birlikte verilmiş ve kendisinin "büyük ihmali" nedenine dayandırılmıştır. İHAM tazminata ilişkin başvurucuya kendi savlarını ortaya koyma imkanı tanınmasını madde 6/1' aykırı bulmuştur. Milli mahkemelerin sadece yasada yer alan "büyük ihmal" kavramına atıf yapmasını dikkate almıştır. İHAM'a göre, milli mahkemelerin kararları başvurucunun tazminat hakkı için belirleyici olduğundan söz konusu olayların değerlendirilmesini içerir "büyük ihmal" kavramının açık olmayışı milli mahkemelerin daha detaylı gerekçeler gösterilmesini gerektirmektedir." İnceoğlu, a.g.e., s.314, ayrıca bakınız H. Belçika davası
- (44) Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Yargıtay Dergisi , cilt.28 Ocak-Nisan 2002, sayı 1-2, s 192-213; Çağlar, a.g.e., s.64-65, aktaran Kutlu, a.g.e., s.152

B) Yüksek Yargıda gerekçe:

Danıştay'ın "Derinleştirilmiş bölgesel koruma sistemi" karşısındaki tutumu, özellikle son yıllarda netleşmiş bulunmakta ve giderek bu ulusal üstü mekanizmaya daha sıkı referans yaptığı gözlenmektedir. Sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konuma sahip olduğunu, Yürütme ve Yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını ortaya koyan Danıştay, Anayasa Mahkemesi Kararlarına da yollama yaparak İHAS Jürisprüdansına anayasal değer tanıdığı sonucuna varmıştır.⁴⁵

Kararlarında sık sık İHAS'ine Yollama yapan Anayasa Mahkemesi Türkiye'nin sözleşme ile yükümlülükler altına girdiği saptandıktan sonra insan hak ve özgürlüklerinin yalnızca ulusal anayasaların konusu değil aynı zamanda da uluslar arası hukukun kurucu ögesi olduğunu belirtmiş ve insan hakları ile ilgili uluslar arası normları da anayasallık denetiminde "ölçü normlar bloğu" içine sokmuştur.⁴⁶

Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin yeni kararları T.A.Y.sisteminde iç hukukun tartışılmaz üstünlüğünün sonu ve milletlerarası norma açılma sürecinin başlangıcı şeklinde yorumlanmaktadır.⁴⁷ Görülüyor ki gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay⁴⁸ AİHS sinin etki gücünü benimseyerek ,uygulamalarına referans olarak kabul etmektedirler.Böylelikle gerek ilk derece mahkemesi gerekse norm denetimi yetkisinin kullanımında bu mahkemeler; bakmakta oldukları davalarda gerekçeli karar hakkına egemen içtihatların uygulanmasında rehberlik yapacaklarını taahhütlerinin gereği saymaktadırlar.

Yargıtay içtihatlarında gerekçenin gerek nitelik ve gerekse nicelik olarak zengin bir görünüm gösterdiği anlaşılmaktadır.Bu kararların incelenmesi ile Yargıtay'ın gerekçeli karar hakkını ilke olarak ,gerekçesizliği ise istisna olarak kabul ettiği görülmektedir.Yüksek Mahkeme içtihatlarında ;gerekçenin niteliği,içeriği ile işlevi ayrıntılı olarak belirlenerek hangi durumların hak ihla-

(45) D.5.D.,E.,1986/1723,K.,1991/933 sayılı kararı,s.10,Kaboğlu,a.g.e.,s.124

(46) Bkz.Bakır Çağlar "Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma:hukuk ve demokrasi" Anayasa Yargısı-9,Ank.1993,s.281 aktaran Kaboğlu,a.g.e.,s.124

(47) İBK ,tümüyle uluslar arası standartlar göz önünde tutularak alınmış bir karar"dır.(Akıllıoğlu,a.g.e.,s.42);krş.B.Çağlar"Avrupa yeni Mekanında ...",S.281.AKT.i.ö.Kaboğlu a.g.e.,s.124

(48) Danıştay'ın 1997/3572-2435

line neden olacağı açıklığa kavuşturulmuştur.Bu nedenle Yargıtay da gerekçe üzerine söylenenler hakkında ortak ve AİHM 'sinin temel ilkeleri ile uyumlu bir kanının oluştuğu-muhalefet şerhleri ayırık olmak üzere-söylemek yerinde olacaktır.Buna göre;

1. Gerekçenin işlevine ilişkin içtihatlar:

Hukuk Genel Kurul'u; gerekçelendirmenin yargıç için yasal ve aynı zamanda etik bir yükümlülük olduğunu belirledikten sonra,gerekçe oluşturulurken yansızlığın sağlanması ile birlikte yanların onur ve saygınlığının korunmasında da özenli davranılması gerektiğine işaret etmektedir.⁴⁹ Başka bir ifade ile Genel kurul bu kararında, insan onur ve saygınlığının gerekçelendirme adı altında yetki aşımı suretiyle çiğnenmemesi gereğine işaret etmektedir.Burada sözleşme ile korunan değerler arasında olası krizin yargıç tarafından hukukun sınırlarında ve elverdiği ölçüde insanın değerinden yana tavır alarak aşılması önerilmektedir.

2. Gerekçenin niteliğine ilişkin içtihatlar:

Büyük genel kurul;Anayasa ve yasalarda nelerin gerekçe olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmadığını,belirterek gerekçenin sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterecek şekilde geçerli ve yasal nitelikte olmasını içtihat etmektedir.(lazımdır)? Böylelikle gerekçe bu niteliği ile yasa koyucunun amacına uygun düşeceği gibi bununla ,aynı zamanda karar aydınlatılmış, keyfiliği önlenmiş ve de yanlar ikna edilmiş olunacaktır.⁵⁰

CGK ise yargıcın taktir hakkının akla,hukuka ve dosyaya uygun açıklanması gereğine değinmektedir.⁵¹ Dolayısı ile gerekçelendirmenin dosyadaki argümanlar,olay ve olgulara dayanması yeterli olmayıp bu etkinliğin mantıksal bir süreçle tamamlanması gerekir.Yargıtay,ilk seviye mahkemelerin bu edimlerini görmezden gelip oluşu ve delilleri tartışmadan,dosyayı numaralandırmalarını sonrada bu numaralı bölümlere gönderme yapılmak suretiyle gerekçelendirmede (içselleştirme yöntemi) bulunulmalarınınsında yasalara aykırılık olduğunu saptamıştır.⁵²

(49) Y.H.G.K.K 24.10.2001,1016/757 Duman a.g.e.Sayfa 159

(50) İBK.7.6.1976 T.3/3,Akt.H.Erol,a.g.e.,s.177

(51) C.G.K. 9.6.1998 T,8-163/216 Kaban-Aşaner-Yalvaç,a.g.e Sayfa 131-134 Aktaran Aktan a.g.s Sayfa

(52) 9.C.D 2003/210-902 sayılı kararı

Önceki kararlara gönderme yapılarak gerekçelendirme yapılmasını Yargıtay kabul etmemektedir.⁵³ Söz konusu bu durum içselleştirme olarak ta adlandırılmaktadır.İç hukukta bu tarz uygulamaya gerek ilk derece gerekse üst yargı organlarının kararlarında da rastlamak olanaklıdır.Yargıtay genellikle onama kararlarında şablon gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararlarını onamaktadır.İlk derece mahkemeler ise özellikle bozma üzerine verdikleri kararlarında bozmada belirtilen noktalara gönderme yaparak yada bunları tekrarlar benzer bir etkinlikte bulunmaktadırlar. Oysaki bozulan karar tamamen ortadan kalkmakla mahkemenin yeniden gerekçeli hüküm oluşturmakla ödevli duruma geldiğini gözeterek yeniden gerekçe oluşturmalıdır.⁵⁴

Birinci daire,gerekçeli hükmün her şeyden evvel yargısal bir yapıt olduğu bulgusuna varıp, bunun yasaya ,yanlara,yaşama,olaya uygun ve aynı zamanda adalet duygusunu yansıtmaması⁵⁵ gerektiğine vurgu yapmakla birlikte insancıl bir görünüme sahip olmasını da istemiştir.Bu içtihatla gerekçeli kararların gerek öğreti gerekse Strazburg yargısının insanı eksen alan anlayışını esas alması nedeniyle oldukça uygun olduğunu düşünüyorum.Zira burada adaletin insancıl yönü diğer niteliklerine göre önemsenerak açığa çıkarılmıştır.

Yargıtay,kararın dayanağı tüm veriler ile bu veriler konusunda ulaşılan sonucun, iddia,savunma ile tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin, suçun yasal öğeleri ve kabul edilen olayların kararda gösterilmesini ve aynı zamanda gerekçenin belirsiz,kapalı,duraksamaya neden olacak ifadeler içermemesini de önermektedir.⁵⁶ Çünkü yargılamanın amacı,eldeki uyuşmazlığı ikinci bir uyuşmazlığa neden olmayacak şekilde sonlandırmaktır.Söz konusu bu ve benzeri içtihatlarda Yargıtay, Strazburg yargısından farklı olarak sadece hükme esas alınan nedenlerin cevaplanması ile yetinilmemesini bir adım öteye gidilerek iddia ve savunmanın bir bütün olarak değerlendirilip gerekçeye yansıtılmasını uygun bulmaktadır. Böylelikle kararların açık ve inandırıcı gerekçelerle kaleme alınması sağlanarak bunun davayı kaybeden yanda güven duygusu oluşturması amaçlanmaktadır.

(53) 9 C.D.13.02.2002 T.2001/1268,2002/301,C.G.K.18.04.2000 T.7-75/80 Kaban-Aşaner-Yalvaç a.g.e S.850-851 Aktaran Aktan a.g.e S.

(54) YCGK 2002 T.2002/2-236 K.,aktaran N.Yorgancı,www.adalet.org

(55) Y.1.HD.28.6.1978 t.7281/7379 K. Aktaran Av.İ.Hasan Duman,Konu ve Sorunlarla Hukuk Devleti,2.Baskı,Kartal-İstanbul,s.162

(56) Y.4.CD.05.10.1995 T.1995/4601-6332 ,aktaran Nihat Yorgancı,www.adalet .org ,Yargıtay Kararları Sayfası

Kısa karar ile gerekçeli kararın çelişik olması bir başka gerekçesizlik örneğidir.Yargılama yöntemine ilişkin yasalar gerekçeli karar ile infaza yönelen kısa kararın uyumluluğunu ilke edinmiştir.⁵⁷

Yetersiz gerekçeye dayalı yorumla tahrikin adi nitelikte kabulü⁵⁸,kararda yasal olmayan gerekçe ile cezanın ertelenmemesi⁵⁹,asgari haddeden ceza tayininde gerekçe gösterilmemesi⁶⁰, yasal,yeterli ve geçerli olmayan gerekçe ile hüküm kurulması⁶¹,maddenin uygulanma gerekçesinin gösterilmemesi⁶², nesnel ve öznel ölçüler gözetilmeksizin takdiren sözcüğü ile yetinilip yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması⁶³, öne sürülen taleple ilgili olumlu yada olumsuz bir karar verilmemesi⁶⁴, Kısa kararın duruşma tutanağına geçirilmeden gerekçeli karar oluşturulması⁶⁵ taraflar bakımından inandırıcı ve Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde kaleme alınmaması ,mahkemenin iddia savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerinin açık olarak gerekçede gösterilmemesi, belirsiz ve müphem ifadelere yer verilmesi, suçun yasal öğelerinin gösterilmemesi kabul edilen olayın gösterilmemesi⁶⁶ yasal ifadelerin tekrarlanması olası ihlal biçimleri olarak telaffuz edilmektedir.

Yargıtay özetle adil yargılanmanın amacına hizmet edecek ayrıntılı gerekçelere kararlarda yer verilmesini önermekle bu konuda oldukça radikal bir tavır sergilemektedir.

Yargıtay'ın bu bakış açısı ile Strazburg yargısının gerekçe üzerine söylediklerinin büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilir. Bu benzerlikler genellikle yeterli,geçerli,yasal ifadelere gönderme yapılarak, içselleştirme yolu ile gerekçelendirme konusunda kendini göstermektedir.Yargıtay'ın saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçede iddia ve savunmanın mutlaka tartışmaya konu yapılmasını ve yargılama sürecinde öne sürülen taleplerin cevaplandırılmasını içtihat edinmekle, Strazburg Yargısından kısmen farklılaştığı anlaşılmakta-

(57) YCGK.23.12.1998 T.,2-314/380,Kaban-Aşaner-Yalvaç,a.g.e. s.862, Aktaran Aktan

(58) Y.1.CD.23.08.1993 T.1993/1453-1552 K., Aktaran N. Yorgancı,www.adalet.org

(59) Y.5.CD.25.01.1993 T., 1992/4164-157 K. Aktaran Yorgancı, www.adalet.org

(60) Y.5.CD.09.11.1993 T.1993/3664-3973,2.CD.17.10.1995 T.1994/12461 E,1995/206 K. Aktaran, Yorgancı, www.adalet.org

(61) YCGK.03.10.1995 T.1995/3-267/267 K. Aktaran, Yorgancı, www.adalet.org

(62) YCGK.20.12.1993 T.,1993/16-290 E,1993/327 K. Aktaran Yorgancı, www.adalet.org

(63) Y.4.CD.18.05.1994 T.1994/1437-4605 K.,AKTARAN, Yorgancı, www.adalet.org

(64) Y.10.CD.2003 T.2002/30682 E,2003/5345 K., Aktaran, Yorgancı, www.adalet.org

(65) YCGK.23.12.1998 T.314/330 K.Kaban-Aşaner-Yalvaç, a.g.e., s.854, Aktaran Aktan

(66) 4.CD.24.02.1999 T.,12501-924, Akt. Haydar Erol, İçtihatlı C.M.U.K.2002 Ank,s.181

dır.Bununla birlikte Yargıtay gerekçesizlik kavramına açık ve örtülü gerekçesizlik yanında içselleştirilmiş gerekçe ve yetersiz gerekçelendirmeyi de dahil ederek bu alanı genişletmiştir. Yargıtay'ın bu alandaki en değerli katkısı ise sözleşmenin de yargısal korumaya aldığı kişi onurunu çiğneyecek gerekçelendirmeyi ret eden tutumudur.

C) Yargılama yöntemine ilişkin yasalarda:

1. Ceza Muhakemeleri Usul Yasasında;

Ceza Yargılama yöntemi yasası; düzeneğinde gerekçelendirmeyi tüm yargı organlarının karar/muhalefet şerhleri ve mütalaaları için gerekli⁶⁷ bulmakla birlikte gerekçelendirmede gözetilecek hususlar yönünden mahkumiyet ve beraat kararları arasında ayırım yapmıştır.

Mahkumiyet kararlarının gerekçesinde;kanıtlanmış ve kesin olgular,başka olgulardan edinilen kanıtlar (260/1), T.C.K.'da yer alan ve cezayı kaldıran indiren yada ağırlaştırıcı nedenlerin sübuta erip ermediği (260/2), uygulanan ceza kuralı,cezanın tayininde etkili haller (260/3), ceza yasasında cezanın indirilmesi nedeni olarak gösterilen nedenlerin kabul yada reddinin mutlaka temellendirilmesi gerektiği belirtilirken, Beraat kararlarının gerekçesinde ise sanık hakkında verilen beraat kararının hangi nedene dayalı olarak verildiğinin açıklanması yeterli görülmektedir.

Durma,düşme ve ret kararlarının gerekçesi konusunda ise yasada bir açıklamanın yer almadığı gözetilerek bu kararların gerekçesinin de üst mahkemenin iyi bir denetim yapmasına olanak verecek şekilde temellendirilmesi gerekir.⁶⁸

Yargılamaya katılanların yasa yollarına başvurma hakkından vazgeçtikleri taktirde,suçun yasal unsurlarını gösteren olgularla uygulanan yasa maddesinin son kararın gerekçesinde yer almasının yeterli(260/5) görüldüğü anlaşılmaktadır.Yasa yolundan vazgeçme durumunda,gerekçede başka hususlara yer verilmesine gerek görülmemesinin nedeni,bu kararın başka mahkeme yada yargı organlarıncaya gözden geçirilmeyecek olmasındandır.Son kararın gerekçesinin ,özellikle mahkumiyet kararında bütün ayrıntısı

(67) Prof. Dr. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Bası, Kazancı Matbaacılık İstanbul, sayfa 43

(68) Prof.Dr.Erdener Yurtcan,C.M.U.K Şerhi,Kazancı yayınları,İst,1988, 2.cilt, s., 393

ile yer almasının istenme nedeni,üst mahkemelerce iyi bir denetim yapılmasına olanak tanımaktır.⁶⁹

2. Medeni yargılama yöntemine ilişkin yasada;

Gerekçeli kararlar ilgili düzenlemeler H.U.M.K.unun 381, 486/6, 489/2, 388/1b-3 maddelerinde düzenlendiği bilinmektedir.

HUMK.nun 388/3 maddesi , hükmün iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti anaştıkları yada anlaşamadıkları noktalar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması, red ve üstün tutma nedenleri sabit görülen vakialarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki nedenleri içerme gereğine değinmektedir.

Bu bağlamda kararların gerekçeli olması yanında, hükmün gerekçesiz olması mutlak temyiz nedeni kabul edilmektedir.⁷⁰

II-Hukuk Öğretisinde Gerekçenin görünüm biçimleri:

Öğreti; bilgi üretme , üretilenleri yorumlama ve yargı kararlarına eleştirel yaklaşarak hukuku geliştirme ve zenginleştirmektedir. Dolayısı ile bilim çevrelerinde konuşulanların, gerekçeli karar hakkına yönelik ihlallerin önlenmesine çok önemli katkılar sağlayacağı tartışmasıdır. Bu amaçla ulaşabildiğimiz kaynakların bir kaç çalışma ile sınırlı olmasına rağmen bu çalışma ve görüşlerin her birinin ayrı bir değer ve zengin içerik taşıdıklarını görmekteyiz. İşte öğretilerde gerekçenin adli, psikolojik, toplumsal, pedagojik nitelikleri üzerine söylenenler;

A) Gerekçenin Yararları Üzerine Savlar:

1. Gerekçenin adli nitelik ile işlevi üzerine söylenenler;

a) Gerekçe yargıcın yansızlığını kanıtlama aracıdır:

Yargıcın yargılama sonucu ulaştığı kanının hukuksal olması yargıcın kişiselikten arınmış olma ve hukuka uygun davranma yükümlülüğünün doğal sonucudur. Bu bağlamda kararların gerekçeli olma ilkesi; yargı bağımsızlığının amacı ve bedeli olan yansızlığı kanıtlama olanağı veren ve yargıç onuru-

(69) Prof. Dr. Erdener Yurtcan, C.M.U.K Şerhi, Kazancı yayınları, İst., 1988, 2.cilt, s., 392

(70) Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995, alfa yayıncılık, sayfa 535

nu koruyan bir araçtır. Dolayısıyla yargıcın verdiği karar ne denli doğru (adaletli) olursa olsun; karar gerekçesinde yansızlığını tartışılır duruma getirmiş ise bu etkinliği ile adil yargılanma hakkını ihlal etmiş demektir.⁷¹

Bununla birlikte yargıcın tarafsızlığı yada nesnelliği bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile olanaklı olup bunun sağlanması yargıcın ciddi bir gerekçelendirme ve temellendirme gayreti ile olanaklıdır. Dolayısı ile yargıç hukuk devletinde yargılamayı yürütürken her aşamada doğru ve güvenli yargılanma hakkının belirlenmiş ilkeleri ile bunların özünde var olan (insana saygı, toplumsal özgüveni geliştirme) değerleri de gözetmekle yükümlüdür.⁷²

b) Gerekçe geleceğin hukuku ve toplumunun tasalanma aracıdır.

Yürürlüğe giren yasalar genellikle yargıçlar tarafından (determinate/in-determinate normlar) uygulanmaktadır. Her ne kadar yargıçlar yasalara bağlı iseler de, yürürlüğe giren yasa hükümlerini yorumlamak, düzenlenmeyen ayrıntıları çözmek üzere de yeteri kadar hürriyet/takdir hakkı ile de donatılmışlardır. Hakim donatılan bu yetkilerle geleceğin hukukuna (de lege ferenda)⁷³ tasarımcı ve bir retorisyen kimliği ile başvurarak, hukuku adalete dönüştürmekte böylelikle de fakto hukuk yaratmaktadır. Bu ve diğer etkinlikleri sayesinde bilimsel soyutluğu somutlaştırmaktadır.⁷⁴

Ancak yargıcın bu konudaki bakış açısı mevcut hukuk sisteminin sınırlarını aşsa da, pratiği ve vereceği kararların dünya ve hukuk sistemi için anlamlı olma gereği vardır. Bu anlamlılık aynı zamanda tasarım özgürlüğünün sınırlarını da belirler. Bu saptama hukuk sistemi ile doğa bilimleri arasındaki temas noktalarına da işaret etmektedir. Bilimsel hipotezler gibi kararlar da "gerçek dünyaya" ilişkindir; her ikisi de boşlukta değil, bilgi yüklü bir ortamda test edilmektedir.⁷⁵ Gerekçelendirmenin bilimsel ekinlik yanı gözetildiğinde Sayın Yücel'in eserinde vurguladığı gibi bilimsel sınama yargılama etkinlikleri aracılığı ile gerçekleşecek, bu süreç sonuçta ifadesini gerekçeli kararda bulacaktır.

(71) Duman, a.g.e., s.159-293

(72) Yargıtay Onursal Üyesi, Çetin Aşçıoğlu, Hukuk Yargılamasında Yargıç ve Avukatın Etkinliği, H.F.S.A.6.Sayı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, s.105

(73) Dr.M.Tören Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1.bası, Ankara, 2001, s.,50

(74) Dr.M.T.Yücel, Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi, H.F.S.A. İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, 8. Sayı, s.163

(75) NçMacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, 1994 p.103, Dr.M.T.Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1. Bası, Ankara 2001, s.50

c) Gerekçeli karar Yargıç için etik yükümlülüktür:

Yargıcın buyruğunun dayandığı nedenlerin bilinmek istenmesi gücünü yasalardan önce değer yargılarından alır.⁷⁶ Gerekçe başka bir ifade ile yargıcın etik bir yükümlülüğüdür. Gerekçelendirme zorunluluğu aynı zamanda tarafların gerçek hakkında müsterih olma ve kararı kabul etme ihtiyacının da gereğidir.⁷⁷ Bu bağlamda mahkeme yargıcının etik sorumluluğu , işlevi ile doğrudan doğruya ilgili görünmektedir. Dolayısı ile yargıç için doğru ve adil yargılamanın ön şartı etik değerlerin kendisinde ne kadar yer ettiğine bağlıdır.⁷⁸

Yargıç'ın pozitif hukukun sınırları içinde ,belirli bir yargılama konusu eylemi bir yasa maddesine bağlama ya da bağlamama özgürlüğünü kullanarak yargı işlevini hukuk devletinin amacına uygun olarak yerine getirebilmesi onun etik özgürlüğüne bilgi donanımına ,yeteneklerine ve hukukun üstün ilkelerine ilişkin doğru değerlendirmeler yapmasına bağlıdır. Bu nedenle yargıç sağlam bir hukuk ve felsefesi, karşılaştırmalı hukuk uygulamaları, örnek karar ve gerekçe bilgisine , kısaca farklı olanakların bilgisine sahip olmalıdır.⁷⁹

Yargıcın etik meşruluğu ahlak değerlerinin nisbiliği tehlikesine açık olmakla birlikte, asıl üzerinde durulması gereken, yargısal etkinliğin sağlamlığının önemli bir unsuru olmasıdır. Olağan yaşamımızdaki yargılarımızı oluştururken nesnel olmanın çoğunca olanaksız olduğunu , yargılarımızda öznel ön anlayışlarımızın yönlendirmesi altında olduğumuzu bilsekte yargıç içsellikinde , olağanüstü bir nesnel birikim deneyim ve bunun bilgisinin de olması gerekmektedir.⁸⁰

d) Gerekçe adli süreçte rasyonelliği etkin kılma aracıdır:

Adli işlevde rasyonelliğin en önemli ve en tipik göstergesi kararların gerekçeli olmasıdır. Kararların nedenlerini ve doğruluğunu gösterme ihtiyacı

(76) Yargıtay Onursal Üyesi, Çetin Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe Sorunu, H.F.S.A.8.Sayı, Hz. H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.156

(77) Dr. Mehmet Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.200

(78) Kutlu ,a.g.e.,s.134

(79) Kuçuradi, a.g.e., s.145-146, Aktaran Kutlu, a.g.e. s.134

(80) Karş. Kuçuradi, a.g.e., s.143; 'Makul bir kararın ön koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılarından kurtulmuş olması gerektiğidir.' Abdullah Dinçkol, Hakimın Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler, H.F.S.A. Afa, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, İstanbul, Şubat 1995, s.173-175, aktaran Kutlu, a.g.e. s.134

tüm yargılama yöntemine ilişkin yasalarda , görüş ve kararların gerekçelerinden biri olarak belirtilmektedir.⁸¹ Yargılama mantık kurallarının egemen olduğu bir yargısal akıl yürütme etkinliğidir.

e) Gerekçe yargıcın yanılması önleyici bir araçtır:

Yargıçlar insandır,bu bakımdan yargılama sürecinde hatalı davranma, gerçeğe ve yöneme aykırı yargıya varma,ya da buyruk oluşturma olasılıkları gözardı edilmemelidir.Gerekçe,bu işlevi ile olası adli yanılığın yaşanmaması için bir anlamda güvencedir.⁸²

f- Gerekçe yargıcın da yargılanma aracıdır:

Gerekçe yargıcın yargılama etkinliğinin aynası olup,bu işlevine bağlı olarak yargıcın da yargılanmasına olanak tanır.⁸³ Başka bir ifade ile hakim tarafın getirdiği ispat vasıtalarının keyfi kullanılmasına ve hissi karar vermesine engel olacağı gibi⁸⁴ bu etkinliğindeki hukuksal ve mantıksal değerlendirilmesinin kontrolüne olanak sağlayacaktır.

g) Gerekçe niteliği itibarı ile bir yargısal akıl yürütmedir:

Gerekçe karar ile mütalaanın üçüncü unsuru olan sonucun mantıki yönden dayanağıdır.Mantığa dayanmayan yani keyfi olan kararların muhakeme hukukunda yeri olmamakla⁸⁵ birlikte hükmün tek başına akla ve mantık kurallarına yada akıldışı mülahazalara dayalı olması yeterli görülmemekte, hükmün özellikle bunların tümüne dayandırılması gerektiği de ifade edilmektedir.⁸⁶

h) Gerekçenin oluşa uygun,açık,çelişkisiz ve hukuk kuralına aykırı olmaması gerektiği:

Gerekçenin hukuk kuralı,mantık veya deneyim kurallarına ters düşmesi ve⁸⁷ aynı zamanda başka sonuçlar çıkartılmasına imkan vermeyecek tarzda olması gerekmektedir. Kararda kanaate ilişkin nedenlerin boş,yuvar-

(81) M.T.Yücel,a.g.e.,s.91

(82) Ç.Aşçıoğlu,a.g.e.,s.156

(83) M.T.Yücel ,a.g.e.,s.13

(84) Schurteris.433 aktaran.M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.200

(85) Kunter,a.g.e.,s.40-41

(86) Stein/Jonas/Leipold, paragraf 286,II Kn.12,15, aktaran M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.200

(87) Avusturya Hukukunda OGH 8.10.1901 N2 1902,301, M.K.Yıldırım a.g.e.,s.202

lak, anlamsız kelime ve cümlelerle değil önemli deliller ve diğer unsurların tümü birbiri ile olan bağlantıları gösterilmelidir.⁸⁸ Bilimsel doğruluk ilkesi uyarınca gerekçe için delillerin değerlendirilmesinin mantığı çatısı için gerekli olanlara yer verilmesi gerekir⁸⁹. Görülüyor ki yargıca kararda kullandığı bütün önemli kanıtlara değinmesi yada hangi argümanlar esas alınarak karar oluşturduğunu detaylandırılması önerilmektedir.⁹⁰

2. Gerekçenin Pedagojik niteliği üzerine söylenenler;

A) Gerekçeli karar öğretici işleve sahiptir:

Gerekçe, niteliği itibarı ile her şeyin üstünde kararın haklılığını vurgulama ve bu konumu ile olabildiğince ikna edici olma girişimidir. Bu etkinlik ile bir yandan karardaki adalete vurgu yapılmakta öte yandan da davayı kaybeden tarafa kararın zulmedici ve keyfi bir karar olmak yerine ,mantıksal diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğu gösterilmek istenmektedir. Zaman zaman kaybeden taraf avukatına dikkatinden kaçmış def'ileri görebilmesinde ve ısrar ettiği görüşündeki hatayı algılamasına da yardımcı olabilmektedir.⁹¹

B) Gerekçe hukukun zenginleşmesine olanak sağlar:

Gerekçe ve muhalefet şerhleri; hukuk tüketicilerinin verilecek kararların doğru tahmin edilebilmeleri bakımından önemli dayanaklardır.⁹² Keza gerekçe ve muhalefet şerhleri kararların (üst mahkemeler, mesleki yayınlar, kamuoyu organları, sivil toplum kuruluşları) denetlenmesini sağlayan ve hakimlere rasyonel yargılama gücü veren unsurlar olarak da , hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta hatta ilkelerin oluşum potansiyelini oluşturmaktadır.⁹³ Bilim adamları yargısal kararların gerekçelerine katılmasalar bile onları eleştirerek daha isabetli mütalaaalara vararak⁹⁴ hukuk biliminin gelişip zenginleşmesine eleştirel etkinlikleri ile katkı sunmaktadırlar.

1. Gerekçenin psikolojik işlevi üzerine yorumlar;

Gerekçe yargıcın adli etkinlikte vicdanını rahatlatma aracıdır: Adalet duygusunun rasyonelleştirilmesi yargıçların kendilerini rahatlatmaları kadar

(88) Stein/Jonas/Leipold, p 286, II Kn.12 ve orada dn.25 de karş. istenilen RGJW 99,278, akt., M. K. Yıldırım, a.g.e.,s.2002

(89) Schneider, Bewciswürdigung, no.587, akt., M.K.Yıldırım, a.g.e.,s.2002

(90) Gottwald, Argumentation, s.127, akt.M.K.Yıldırım, a.g.e.,s.2004

(91) M.T.Yücel, a.g.e.,s.91

(92) M.T.Yücel, a.g.e.,s.,168

(93) M.T.Yücel, a.g.e.,s.,170

(94) Kunter, a.g.e.,s.40-41

yanları da ikna ederek huzur sağlayan, bir bakıma da deneyimli yargıçların kendi refleks ve düşüncelerini destekleyen bir işlemdir.⁹⁵

2. Gerekçe toplumsal- iletişim işlevi üzerine yorumlar:

Karar bazen toplum ile iletişim amaçlı da kullanılabilir.⁹⁶ Buna gerekçeli kararın iletişim amaçlı kullanımı da denilebilir. Kanımca burada yargıç hukuku aracı kılarak toplumla diyaloga girmekte yada kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda yaklaşımını ortaya koymaktadır. Ancak yargıcın bu etkinliğinin siyasal sonuçlar vermesi olasılığı karşısında, hukuk ve yargının bundan olumsuz etkilenme riski de mutlaka gözetilmelidir.

B) Gerekçenin zararları üzerine tezler:

Öğretide gerekçenin gerekliliği üzerine değişik savların yanında, azda olsa gerekçenin adli riskleri olabileceğine ilişkin görüşlere de rastlamak olanaklıdır. Şöyle ki;

1. Gerekçenin yargılamayı geciktireceği savı:

Gerekçe göstermenin, güç davalarda yargıçların gerekçe göstermekten imtina ederek yada gerekçeli kararın yazılmasında ihmali bir tutumda sergileyebilecekleri yargı pratiğinin herkesçe malum bir problemidir. Ancak bu risk neden gösterilerek gerekçeli karar hakkından vazgeçilmesi kabul edilemez. Bu riskin etkisini yargıçlar üzerindeki iş yükünün azaltılması, zamansızlık sorununun çözülmesi ve yargıçların bilgilenip, deneyim kazanması ile yitireceğini umuyoruz. Ancak koşullar ne olursa olsun yargıçlar hukuku en ince ayrıntısına kadar usulüne uygun bir şekilde uygulayarak kendilerini hukuk devletinin meşru zemininde tutmalıdırlar⁹⁷

2. Gerekçe hakikatleri perdeleme aracı olarak kullanılabilir:

Gerekçenin sayılan olumlu işlevleri yanında başka amaçlara hizmet eder şekilde kullanılma olasılığı da vardır. Hukuk yaratma sürecinde yasama organı titizliğinde toplumsal vicdanı yansıtmayan kurallar konulması ve gerekçenin perdelenmesi riski de vardır. Gerekçe konusunda var olan diğer bir görüntüde de, totaliter rejimlerde önceden saptanmış sonuçlara uyarlı gerekçeli karar olgusu ile legalite bağlamında mevcut normlarla halkın adalet

(95) M.T.Yücel, a.g.e., s., 167

(96) Kuçuradi, a.g.e., s.

(97) M.Kutlu, a.g.e., s.17

duygusu arasında beliren uçurum sonucu hakim in olgusal kanıtlara ilişkin değerlendirmesinde bazı şeyleri göz ardı etmesi veya rejim değişikliklerinde hakimlerin eski alışkanlıklarını sürdürmesidir.⁹⁸

3. Gerekçe bazı hallerde mahkemelerin saygınlığını tartışılır kılabilir:

Toplu çalışılan mahkemelerde ,kararların farklı çıkmasından çıkarılacak sonuç bu kararların tek bir gerekçeden doğmadığıdır.Toplu mahkemelerin doğasında olan ve güvence olan bu durumun gerçekleşebilmesi üyelerin kapasiteli olmasına bağlıdır.Aksi durum zaman zaman tanık olduğumuz mahkeme başkanının egemen olduğu 2 sözde toplu mahkeme” görüntüsü sergilenmiş olunacaktır.⁹⁹ Çok az farkla çıkan kararların ayrıca kamuoyunda olumsuz eleştirilere konu olduğu da gözetildiğinde bu iki noktada kararların saygınlığı kuşku hale gelebilir. Buraya değin hukuk bilimi ve tüketicilerinin gerekçeye bakış açılarını olumlu ve olumsuz yönleri ile ele almaya çalıştık. Öğretide gerekçenin analitik bir yöntemle ele alınarak detaylandırıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görüşlerin tümünün ortak paydası yargılama yönteminde gerekçelendirmenin en ince ayrıntısına kadar kullanılması gerektiğidir. Öğreti bu bakışı ile Strazburg yargı kararlarında tanımlanan gerekçe ve gerekçesizlik tanımı ile paralel hatta detay bakımından önde olduğu ifade edilebilir.Bununla birlikte öğreti ve Yargıtayın gerekçelendirme de kararın dayanağı tüm argümanların detaylandırılarak yer alınması gerektiği görüşü ile Strazburg yargısının sadece hükme etkili olan iddia savunma talep ve argümanların gerekçelendirilmesi gerektiği şeklindeki içtihadından ayrılmaktadırlar.Ancak insan haklarının kurumsallaşması istenç yanında uygulama ile öğretinin ürettiklerini paylaşımları ile olanaklıdır.

İkinci Kısım

Gerekçeli karar hakkının uygulamadaki sapma biçimleri:

Uygulamada çeşitli nedenlerle bu görevin yerine getirilmesinde özenli davranılmadığı,çeşitli gerekçelerin yerinde olsun yada olmasın arkasına sığınılarak eksik yada hiç yerine getirilmediği yada istenmeyen şekillerde yerine getirildiği bu şekildeki usul sapmalarının gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukukta ciddi eleştiri ve yaptırıma konu olduğu bilinmektedir. Bu konudaki ihlallere sıklıkla gözaltı, tutuklama, arama ve savunma gibi ceza yargıla-

(98) M.T.Yücel,a.g.e.,s.167

(99) M.T.Yücel,a.g.e.,s.92

ması araçlarının kullanımında rastlanmaktadır. Dolayısı ile yetkinin kullanıcısı durumundaki mahkeme ve uzantılarının yapılan işin önemini bilincinde üst düzey bir sorumlulukla davranarak eylem, işlem ve kararlarını gerekçelendirmeleri gereklilikten öte bir yargısal güvencedir.

Uygulamada kimi zaman genel ve soyut kimi zamanda yasa maddesindeki ifadelerin tekrarlanarak yada bunlara gönderme yapılarak gerekçelendirilmesi¹⁰⁰, sav ve savunmalar ile gerekçenin denetime olanak vermeyecek tarzda özetlenmesi, yasal gerekçe kullanmak yerine azda olsa hukuk dışı gerekçelerle kararın açıklanması, gerekçede hükme esas alınan yada alınmayan olay olgu kanıtların neler olduğunun açıklanması yerine” kim ne demiş “şeklindeki diyalog ve ifadelerin kararda gösterilmesi ile yetinilmesi sıklıkla karşılaşılan sapma biçimleridir.

Ancak, uygulamadaki bu sapmaların sadece yargıçların değil yargılama etkinliğine katılan tüm kişilerin yöntem dışı uygulama ve algılayışlarından kaynaklandığı da başka bir görünüm biçimidir.¹⁰¹ Savunma tekeline elinde bulunduran ve bağımsız yargının bir ögesi durumundaki Avukatlarında (sorumluluk sahibi olanların ayrı tutulması koşulu ile) savunma etkinliklerini neredeyse "aleyhimize olanları kabul etmiyoruz, itiraz ediyoruz, mahkemenin taktirine bırakıyoruz, kabul etmiyoruz v.s." ¹⁰² gibi taktiklerin sınırına hapsedtikleri ve iktidar alanlarını sahipleri olmayan yargıç ve diğerlerine terk ettikleri vurgulanması gereken bir diğer gerçektir. Sav ve savunma öne sürülenlerin doğru yada yanlışlığının temelini ortaya koymada/sunmada (argüman) özensiz davranarak bir anlamda kendi kusurları ile gerekçelendirme ve gerekçe-

(100) Sözelimi bu şekildeki sapmaların tutuklama ve sorguya sevklerde tesadüf edildiği, tutuklama istemlerini içeren tezkerelerde “işlenen suçun vasıf ve mahiyetine ,mevcut delil durumuna yada sanığın kaçma şüphesi, suçun ağır cezalılık mevattan olması gibi” genel ve soyut ibarelere yer verilerek tutuklama talep edildiği, aynı yönetime bu kez yargı organının başvurarak “aynı ifadelere gönderme yada tekrarlanarak” tutuklama kararlarının verilmesinde, bir içselleştirmenin ve aynılaştırmanın varlığı dikkate değerdir. Arama kararlarındaki aynı algı ve uygulamalarda bilinmektedir.

(101) “Bir davada ile satranç oyunu arasındaki fark, ortadaki para dışında, yöntem seçiminin burada keyfi olmamasıdır.” Jacques Werges, Savunma saldırıyor, metis yay. S,98

(102) “Çoğu avukatların temyiz dilekçeleri de hukuk duygusu gösterisinden yoksun bulunmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında görevli savcı Dr.A.Çınar’ın bir tebliğnameye ilişkin olarak saptadığı şu durum oldukça ilginçtir: kendisi beş noktadan kararın bozulması isteminde bulunmasına karşılık avukatın beş sayfalık temyiz dilekçesinde bir tanesine dahi temas etmediği görülmüştür.” Dr. M.Tören Yücel, H.F.S.A., Sayı 8, Hz.H.Ökçesiz, İst.Barosu yay. İst.2003, s.168

li karar hakkının ihlaline katkı sunmaktadırlar. Savunma belagat yada retorik özelliğini nostaljik olmaktan öteye taşımalıdır.

Her ne kadar gerekçelendirme yargıcın sorumluluğunda ise de gerekçelendirme yükümlülüğünün yönteme aykırı biçimde kullanılmasında, yanların ve savunma mesleği mensuplarının denetim üzerine inşa edilmiş bir savunma stratejisi yerine uyuma dayalı savunmaları stratejisi izlemelerinin de etkili olduğu başka bir gerçektir. Bu gibi sapmaların ortadan kaldırılması ve yahut önlenmesi yargılama yöntemi yasalarındaki itiraz, temyiz gibi denetim araçlarının etkin ve yerinde kullanımı ile olanaklıdır.

Unutulmaması gereken bir konuda; adaletin gerçekleştirilmesinin yargıç kimliği ile özdeşleştiği kabul edilse dahi yargıcın tekelinde olmadığı ,normatif düzenlemede ifadesini bulmuş bir başka gerçektir. Gerek maddi gerçek, gerekse hukuki gerçeğe ulaşma birlikte uğraşın sonucudur. Dolayısıyla oluşmamış adalette de mutlaka birlikte sorumluluğun izleri aranmalıdır. Yöntemine uygun bir yargılama sürece bilgiyi, güveni ve doğruluğu hakim kılar. Böylelikle sürecin hedefi olan adil yargılanma ve adaletin gerçekleşmesi de ona katkı sunan dinamiklerin eseri olacaktır.

İş yoğunluğu ve donanımsızlık ile diğer olanaksızlıklar yargının öteden beri gelen, üzerinde çokça konuşulan gerçekleridir. Ancak, bu ve benzeri nedenlerden hiç biri dayanak yapılarak gerekçeli karar yazılması ediminden imtina edilemez. Başka bir deyişle iki satırlık gerekçelendirme ile insanların özgürlüğüne yaşamına ve malvarlığına hükmedilmesi etik açıdan (hak, hukuk, nesafet, hakkaniyet vs.) nasıl açıklanacaktır? Yargıç her şeye rağmen adaletin kendi kimliğinde somutlaştığını hatırında tutarak "yükte hafif, pahada ağır" özdeyişine uygun şatafattan uzak anlaşılabilir ifadelerle kararını gerekçelendirmenin yöntemini geliştirmelidir.

Keza Yüksek Yargıda (Anayasa ve Yüksek Seçim Kurulu) sözgelimi kamuoyunun yakından ilgilendiği davalarda henüz gerekçeli karar yazılmaması olması yada geç yazılması ise bilinen başka bir ihlal biçimidir. Seçim hukukunun demokrasi ile ilişkisi ve Seçim Yargısınınca verilen kararların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hedeflediği demokratik toplum oluşturma özlemi katkıları, yine Anayasa mahkemesinin soyut norm denetimi sırasındaki etkinliğinin bu alandaki sonuçları gözetildiğinde verilecek kararların hukuk tüketicileri ve mahkemeler için tartışmasız bir öneme sahip olduğu ortadadır. Dolayısı ile tefhim edilen bu kararların hangi nedenler üstün tutularak

alındığının muhataplarınca öğrenilmesi sözleşme ile güvence altına alınsın yada alınmasın kanımızca üzerinde kafa yorulması gereken başka bir sapma türüdür.

Yargıtay'ın norm denetim sırasında ilk derece yargı mercilerinin kararların genellikle "olay ve delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmadığı cihetle itirazın reddi ile usul ve yasaya uygun hükmün onanmasına" şeklinde ifadelerle onandığı birinci bölümde belirtildi. Anılan uygulama sözleşme kapsamı dışında kalsa bile, onama hükmünden olumsuz etkilenen yanında denetleyen durumundaki makamdan az da olsa ikna edici nedenler hakkında bilgiye gereksinim duyulması şekli adaletin gerçekleşmesine azımsanmayacak katkı sunacaktır.

Gerekçenin önemli bir meşruiyet ve aynı zamanda denetim aracı olduğunun çoğu kez unutulmuş uzun kararların norm denetiminde okunmadığı söylentilerinin etkisi ile kararlarda sav savunma ve yargılama sürecindeki etkinlik ve değerlendirmelerin denetlenmesine olanak vermeyecek şekilde özetlendiği ya da kararda yer verilmediği ve özellikle gerekçeli kararların kalem şef yada memurlarına bırakıldığı ise başka bir gerekçesizlik modelidir. Bu alanda söylenenlerin haklılık payları ve itiraz hakları saklı kalmak koşulu ile öğretisi, Strazburg yargı ilkeleri ve Yargıtay pratiği ile ortaya çıkan ilkeleri referans alınarak aşılmalıdır.

Yargıçların aynı zamanda yargılamanın bilimsel bir etkinlik olduğu gerçeğinden hareketle her yargılama konusunun kendi içinde ayrı bir özellik ve hak barındırdığının kabulü ile "bilimsel cahillik" ilkesi referans alınarak, hukuksal nedenler ile uyuşmazlık bakımından benzerlik (nitelik ve görüntü olarak) arz etse bile, her defasında bu benzerlik göz ardı edilerek, değerlendirilmeleri ve gerekçelendirilmeleri gerekir. Ancak uygulamada her uyuşmazlığın nevi şahsına münhasır olduğu yada her olayın kendi doğasında yegane olduğu, felsefi söylemin unutulmuş hukuki-Maddi gerçek ayırtına dayalı olup olmadığı, yada kararın alınma şeklindeki ayrıntılar ile bakılmakta olan uyuşmazlığın özellikleri gözetsiz, Yargıtay kararlarının referans alınarak olayın sınanması, yargıcı "içtihat yargıçlığı"na yöneltirken, yargılamayı da bilimsellikten uzak, yalın ve sıradan bir kamusal etkinlik haline getirmektedir.

Bir başka sapma biçimi de bilirkişi görüşlerinin gerekçe ile bağlantısında göze çarpmaktadır. Bilirkişilik kurumuna yönelik deklare edilmiş yada edilmemiş eleştiriler bir yana, yazı işleri müdürlerinin müştemilat kavramının

belirlenmesi için bilirkişi olarak yetki ve görevlendirilmesi anlayışının Türk Yargısınca geride bırakılma zamanının geldiği hatta geçtiği dahi söylenebilir. Yargıcın bazen bilirkişi görüşüne yönelik eleştiri ve itirazları değerlendirmeye tabi tutmadan başka bir deyişle bu konudaki talepleri ret yada kabul etmeden ,bazen de bu eleştirilere cevap verilse dahi bunun nedenleri açıklanmak yerine bu görüşlere göndermede bulunularak gerekçelendirme yaptığı, dikkate değer bir diğer sapma biçimidir. Mütalaanın karara neden dayanak yapıldığının açıklamadan vareste tutularak bunun onaylanması alışkanlığından uzaklaşıldığı oranda yargıçlık kimliğine de yakınlaşılabileceği bilinmelidir. Başka bir deyişle bu alandaki etkinliğin yargılama yöntemi yasalarına uygun kullanılarak, yargıçlık yetkilerinin paylaşılmasında son derece kısıncı davranılması gerekmektedir. Unutulmamalıdır yargıçlar, onaylayan değil hüküm verenlerdir. Yargılama yetkisinin hangi nedenle olursa olsun bilirkişilerce paylaşılması durumunda kalınmasında ,ortaya çıkacak sonucun yargıç kararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bir başka sapma da yargılama sürecinde öne sürülen sav ve savunma konularının gerekçesiz olarak ret edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Uygulamada iddia ve savunmaya ilişkin söylemlerin, genellikle "usul ve yasaya uygun talebin reddine yada kabulüne" şeklindeki genel ve soyut ibareler ile karara bağlandığı bilinmektedir. Bu şekildeki istemlerin yahut etkinliğin gelecekteki karar ve işlemlerin öncül yada artçıları olarak, hakkın oluşumunu yakından ve derinden etkileyecek sonuçlar doğuracağı gözetilerek, yanların anılan kararlara itiraz edebilmelerine yada verilmiş kararların geri alınmalarına olanak sağlayacak açıklık ve yeterlilikte temellendirilmesi , gerekçeli karar alma hakkının ruhuna uygun bir davranış olacaktır. Bu edim duruşma aşamasında yerine getirilmemiş ise hiç olmasa bu eksikliğin ikna edici olma amacını karşılması niyeti ile son kararda makul ölçülerde açıklanmalıdır.

Bazı yargı kararlarının (anlaşmalı boşanma çarpıcı örnek olabilir) niteliği gereği şablon gerekçelendirme kullanılmasına elverişli olduğu kabul edilmekle¹⁰³ birlikte bu şekildeki uygulamanın istisna olduğu, istisnanın da "dar yorumlanması" gereken niteliği atlanarak, "aynılaştırma-benzeştirme kültürünün "etkisi ile bütün kararlara teşmil edilmemesi gerektiği de başka bir örnek olarak durmaktadır.

Gerekçeli kararların yasal nedenler dışındaki nedenlere dayalı olarak gerekçelendirilmesi ise örneğine az tesadüf edilmekle birlikte çarpıcı bir başka gerekçesizlik örneği olarak değerlendirilmelidir.¹⁰⁴ Bu tarz oluşumlar genellikle hükümlerle varılan sonucun, pozitif hukuk düzeneğinde yer almayan olgulara dayalı yada normatif düzenlemede yer alsa dahi buradaki içeriğinden ayrı ve yanlış algılanarak yada burada belirtilmeyen yahut tanımlanmayan şekline (sözgelimi hükmün dayanağı kavramın içinin boş bırakılması gibi) dayalı olarak açıklanmasıdır.

Strazburg yargı kararlarına sıkça konu olmaları nedeniyle ,iddianame ve mütalaalarında birer yargılama yöntemi araçları ve aynı zamanda yargısal etkinliklerin öncülleri ve uzantıları olmaları nedeniyle gerekçelendirmede son derece önemli bir konuma sahiptirler. Bu bağlamda gerek iddianame ve gerekse mütalaalarda yasal ögelere yeteri ve gerektiği ölçüde yer verilmesi atıdaki savunma ve direnme stratejilerinin oluşumuna da önemli katkı sunacaktır. Bu adil yargılanma hakkı ile birlikte hakka erişebilmeyi düzenleyen ilkelere dayanarak yararlanma amacına da hizmet edecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Kurucusu Kemal Atatürk'ün Cumhuriyet Savcılarında seslenirken ifade ettiği yargısal etkinliklerinin ,araştırma ve açıklığa (gerekçeye) dayanması gerektiğine ilişkin önerilerinin, konumuz bakımından sıcaklığını koruduğu gibi çarpıcı olması nedeniyle burada değinmenin hem, nostaljik hem de tarihsel bir katkı olacaktır.¹⁰⁵

(104) Buna Çankırı ve Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararların belirgin birer örnek verilebilir."Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sabit olan bir kadının açtığı boşanma davasını evlilik birliğinin sürmesinde çocukların yararı bulunduğu kanısı ile reddettiği ve kararın gerekçesinde de "karının sırtını sopsız ve kamını sipsız bırakma" halk deyişine yer verdiği, 1987 yılında ise ,Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemesi verdiği bir kararında ,evini terk eden kadının eve dönme davetine uymaması nedeniyle açılan boşanma davasında " karının kocasının zinasına göz yumması gerektiği", "çevrenin sosyal özellikleri itibarıyla halk arasında bu tür davranışların yaygın olduğu " gerekçesi ile boşanmaya hükmetmiştir." Dr. M.Tören Yücel,H.F.S.A.,Sayı 8,H.z.H.Ökçesiz,İst.Barosu yay. İst. 2003, s.166

(105) " Savcılarımızın kovuşturmak ve açmak zorunda oldukları ceza davaları ,mahkeme huzurunda her türlü delille aydınlatılacaktır.Cumhuriyet Savcılarının bu konuda yapacakları açıklamaları ,kamu hukuku adına istenen ceza ,suç ve sanık hakkında kamuoyunun aydınlatılması için verilecek hükmün niteliğine ilişkin aşık bir fikir edinilmesini sağlamak için gerekli bulurum.Davaların Yargıtay da incelenmesi sırasında da bu konunun büyük kolaylık sağlayacağı açıktır.Savcılık karar değil dava makamıdır.Yargılama sıra-

Iddia makamının da karar ve görüşlerinin gerekçeye dayalı olması bu etkinliklerin kendi doğasında bir bilgilenme ve değerlendirmeyi gerektireceği kaçınılmazdır. Hal böyle iken uygulamada Cumhuriyet savcılarının idari denetimlerinde yapılan tavsiyelerle¹⁰⁶ özellikle delillerin değerlendirilmesi etkinlikleri kısıtlandığı böylelikle kendilerine intikal eden ihbar ve başvuruların bu önerilerin etkisi ile büyük oranda kamu davasına dönüştüğü ise değerlendirme ve gerekçe ile bağlantısı nedeni ile ayrıca yoğunlaşmaya değer bir meseledir.

Yargıtay bozma ilamlarından sonraki yargılama sürecinde ilk seviye mahkemelerinin bozma ilamına uyarak verdikleri kararlarda, gerekçelendirme yükümlülüğünün sürdüğü gözetilerek yeniden gerekçe oluşturulması yerine, bozmada belirtilen nedenlere değinmek suretiyle gerekçelendirme yahut blok halinde bu nedenlerin alıntılanarak gerekçelendirme yapılması, keza bozma üzerine eski kararda direnilmesi durumunda da sadece bozmadan önceki karara gönderme yapılması değinilmesi gereken diğer sapma durumudur. Burada mahkemenin bozmaya uyma ile yargılamanın yeni bir sürece girdiğinin, bu sürecin gereği olarak iddia, savunma ve argümanlarının farklı olacağına bilincinde olarak kararların temellendirmesi gerekmektedir. Bozma sonrası yapılan bu etkinliğin bozmada işaret edilen hususlarla örtüşüp örtüşmediğinin de denetlenmesi bakımından önem arz eder. Ancak bir kararın direnme kararı sayılabilmesi için bozmadan önce verilen karar ile direnmeye ilişkin verilen kararın gerekçe ve sonuç yönünden aynı olması gerekmektedir. Bozmadan sonra yeni ve değişik gerekçeye, açıklama ve kanıtlara dayanılarak gerekçelendirme yeni bir hüküm kabul edilmektedir. Direnme hükümleri önceki hükme ilişkin etkinlik ve dayanaklarda ısrar anlamı-

sında ve duruşmada savcılarımızın kendilerini herhangi bir davanın taraflarından sayarak ısrarlı açıklamaları ve görüşlerinin kabul edilmesini ve desteklenmesini sağlamak için tüm tarihsel ve yasal araçlardan yararlanmayı ihmal etmemeleri gerekir "Kemal Atatürk, Atatürk'ün cumhuriyet savcılarına seslenişi, 9 Ekim 1925, Adalet Bakanlığı tamimleri 1924-1927 den nakleden Doç. Dr. Ali Birinci, Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı 1, 1988, s. 23-24

- (106) "Her ne kadar Cumhuriyet savcıları CMUK.163. maddesine göre delillerin kamu davasının açılmasına yeterli olup olmadığını taktir yetkisine sahip iseler de, bu yetkinin aşılması suretiyle ve delillerin değerlendirilmesine girilip, bazı kanıtların üstün tutulması yolunda irdemeler yapılmasının mümkün olmadığına bilinmesi, hazırlık tahkikatı sonunda yeterli delil bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi kriterlerinin daha sağlıklı ve titizlikle uygulanmasına özen gösterilmesi" gerektiği müfettiş raporlarına konu olmaktadır.

na gelmekte ise de direnmenin ilk hükümden farklı nedenlerinin mutlaka olduğu gözetilerek, deklare edilmesinin önceki ve sonraki hükmü ikna edici niteliğini güçlendirici bir etki yaratacağı unutulmamalıdır.

Gerekçesizlik başlığı altında değerlendirilmesi gereken bir başka konuda gerekçeli karar yazılmadan yargıcın ölmesi halinde yapılması gerekenle ilgilidir. Türk hukukun da bu konunun Yargıtay kararlarında gündem bulunduğu bilinmektedir.¹⁰⁷ Yargıtay bu durumda etkinliğin öznesi yargıcın, yargılama sürecinde edindiği izlenimlerin hükmün verilmesindeki tartışmasız rolünün gerekçe oluşturulmasında da süreceği, bu olanağın ortadan kalkması düşüncesi ile yargılamanın yenilenmesi gerektiğini içtihat etmiştir.

Kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişkili olması ,gerekçeli kararların matbu şekilde oluşturulması yargı pratiğimizin yakından bilenen ayrı sapma türlerindedir. Bu şekildeki gerekçesizlik modeli ya kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişik olması yahut gerekçeli kararın kendi içinde bir mantıksal bütünlük oluşturmadığı şeklinde gerçekleşebilir.¹⁰⁸ Yargıtay'ın bu konudaki zorlayıcı tutumu ve sınırlı da olsa elde edilen donanımlarla matbu karar yazımı şeklindeki etkinliğin artık sistemi terk ettiği söylenebilir.

Yetki aşımı suretiyle gerekçelendirmeye ilişkin örnek, pratikte ilk seviye mahkemeleri kararlarında gözlenen ihlal biçimidir. Bu türün dikkat çekici olanı gerekçede sanığın manevi kişiliğine ilişkin (sözgelimi ahlaki temayülü vs.) nedenlere gönderme yapılarak erteleme istemlerinin reddine ilişkin kararlar da göze çarpar. Ancak anılan ihlal biçiminin Yargıtay uygulamalarının zorlayıcı tutumu ile giderek unutulduğu da bir gerçektir.

Genellikle yasal ifadelerin tekrarı veya yasa hükmünde yer alan ve ceza tayininde etkili kavramların yetersiz gerekçeler ile yorumlanması da keza eylem için öngörülen cezanın alt haddinden uzaklaşma yada cezayı azaltıcı durumlarda indirimin alt seviyeden uzaklaşarak verildiğinin de ayrıca ve açıkça gerekçelendirilmesinden sıklıkla imtina edildiği de ayrı bir sapma biçimidir. Uygulamada sanığın lehine etkinliklerin yargılama yöntemine ilişkin yasaların olanak verdiği ölçüde denetimde bozmaya konu yapılmaması da bu kabil sapmalarda etkili olmaktadır.

(107) Y.2.CD.24.03.1995 T.,1995/2419-3803

(108) YCGK.20.12.1993,1993/10-304,337 S.K.

Adil yargılanma hakkının ihlali olan bu durumlar saptanabilinen kadarki ile sunuldu. Ancak belirlenen bu saptamaların aşılması da olanaklıdır. Yargıçların sadece yasanın dili işlevini gördükleri, başka bir deyişle yasaları uygulayan bir otomat oldukları varsayımı yada kararlarının da norm metinlerinin otomatik sonuçları olduğu varsayımı-savı-artık hukuk metodolojisi ve yorum öğretisi tarafından kesinlikle çürütüldüğü gibi yargıcın yorum konusunda edindiği bu özgürlük sadece normlar ile sınırlı olmayıp uyuşmazlık konusu olayı da kapsamaktadır.¹⁰⁹ Dolayısı ile gerek yargıç gerekse iddia makamı yasa koyucunun kendilerine özgürlük tanıdığı alanlarda anılan bu özgürlüklerinden sonuna kadar yararlanarak yorum metodolojisi aracılığı ile olayı anlamlandırma, nitelendirme, tanımlama, ve değerlendirmede, „Strazburg Yargısının temel içtihatlarını referans alarak, amaçsal ve genişletici yorumlarla insan hakları ve özgürlüklerini koruyucu, geliştirici etkinlikte bulunmalıdırlar.

Bu etkinlik gerekçelendirmeyi de kapsamalıdır. Normatif alanda bu sonuca ulaşılması için gerek ve yeterli araçlar bulunduğu görüşündeyiz. Bunlardan ilki gerektiğinde yasa kuralı oluşturma, ikincisi ise takdir hakkının kullanılması olup buna bir üçüncü unsur olarakta uygulama iradesini tamamlayıcı olarak eklemek olanaklıdır. Böylelikle, yasa ve maddelerin de fakto varlık göstermeleri için altın üçgende yer alan yasa ,insan ve malzeme öğelerinin de işlevsel birlikteliği¹¹⁰ sağlanmış olacaktır.

Sonsöz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İç hukuktaki normlar hiyerarşisinde kanun olarak değerini bulmuştur. Dolayısıyla sözleşme normları başkaca ritüele gerek duyulmaksızın ulusal normlar ile "Hak ve özgürlükler" temelinde bir birliktelik kurarak İç Hukuk Ailesinin (pozitif hukuk ailesinin) bireyi olmuştur.

Sözleşmenin birinci maddesi ile Yüksek Sözleşmeci Yanlara, yetki alanları içindeki yurttaş olsun olmasın "Herkese" hak ve özgürlükler konusunda olanaklar sağlamaları ödev olarak yüklenmiştir.

Ancak bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde izlenecek yöntemler sözleşmenin ruhuna aykırı olmamak koşulu ile yanlara bırakılmıştır. Yan devletler, bu yükümlülüklerini ya sözleşme normlarının iç hukukun bir parçası

(109) Sancar a.g.e. sayfa 193

(110) Dr. Tören Yücel a.g.e. sayfa 166

(birci yöntem) olarak ya da doğrudan doğruya (ikinci yöntem) uygulamak suretiyle gerçekleştirmektedirler.

Böylelikle bireyler uluslararası hukuktan doğan haklarını yetkili ulusal yargı organları önünde başvuruya konu yapabilecekleri gibi ulusal yargı organları da uluslararası sözleşmeyi uygulamak ile sorumlu olacaklardır. Ancak ulusal mercilerin sözleşme hükümlerini doğrudan doğruya uygulayabilmeleri ulusal düzeyde ek düzenlemelerin gerçekleştirilmesine gerek bulunmaması koşuluna bağlıdır. Buradan hareketle denilebilir ki;

1-Sözleşmeden kaynaklanan taahhütlerin yerine getirilmesi ancak sözleşme ruhuna uygun ve uygulanabilir düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ile birlikte etkin bir uygulama pratiğine bağlıdır.

2-Yargıçlar Sözleşmenin bütününde olduğu gibi gerekçe uygulamasında da insan hakları eksenli ortak bir "Avrupa Hukuku" ile "Korunma Düzeneği"ni gerçekleştirmeyi hedefleyen" anlayış ve algılamaları" ve bunların gerçekleşmesinde etkinliği tartışmadan ayırık Avrupa Mahkemesi'nin insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacına dayalı, ortak bir Avrupa Hukuk kültürü ve anlayışının temel alan paradigmasını belirleme, adlandırma, nitelendirmede ölçüt almak zorundadırlar.

3-Ancak bu şekildeki edim, Avrupa Mahkemesi içtihatlarının kaba bir uygulaması yahut doğrudan emsal alınması şeklinde algı ve yorumlanması yerine, bu içtihatların içeriğindeki "temel ilkeler" ve bununla "ulaşılmak istenen amacın" saptanması ile gerçekleştirilmiş olacaktır.

4-Yöresel Yargı organları; Demokratik bir Siyasal Rejim ve Hukuk'un üstünlüğünün yöneldiği barış ve adalet idesinin yargılama alanında gerçekleşmesinin her şeyden evvel "Doğru Hukukun Bilgisi"¹¹¹ yanında "Hukukun Kültürü" dayalı bir etkinlik olduğunun farkında olarak, davranmaları gerekmektedir.

Ancak, bunun adına ister "istenç" ister "paradigma" densin mutlaka bir uygulama iradesine gereksinim vardır. Uygulama iradesi ise özellikle ve öncelikle bir özelleştirinin varlığını gerektirir. Özelleştiri ise, Yargıçların 'duruşma anlayışından yargılama anlayışına'¹¹² geçişi sağlayacak ve haklara erişmeyi

(111) H.Ökçesiz, HFSA, S.8, İST. barosu yay, İst.2003, s.120

(112) Bu deyim Sayın Yargıtay Onursal Başkanı Sami Selçuk'un hatırlanamayan bir konuşmasından alınmıştır.

kolaylaştıracak, güvence altına alacak, bilgi temelli etkinliklerini artırmaları, iddia makamının ise gerek kendisi gerekse adına görev yapan kişi ve kurumlar aracılığı ile 'argüman çokluğundan ziyade argüman ağırlığını esas alan'¹¹³ hızlı, etkili ve sonuç alıcı delil elde etme yöntemini geliştirmeleri, yargının bağımsız ögesi olan savunmanın ise savunma tekelinin vermiş olduğu yetki ve sorumluluk bilinci ile 'sürece özenli aktif bir savunma konsepti' ile katkıda bulunmaları ile olanaklıdır.

Söz konusu anlayışın benimsenip yerleşmesi adil ve güvenli yargılanma hakkı ile amaçlananların gerçekleşmesine sayısız katkı sunacaktır.

Dolayısı ile yargılamada sürecinde her birinin farklı ancak inkar edilemeyecek etkinlik ve katkısı bulunan bu dinamiklerin somut uyuşmazlığı, Strazburg Yargı Kararlarının norm ve olaya ilişkin yorumları ile bu yorumun özündeki ilkelerden yararlanarak gidermeyi amaç edinmeleri, adaletin kolektif bir çabanın ürünü olduğu savının da gereği olacaktır.

Bu amacın gerçekleşmesi, büyük ölçüde yargıç ve diğerlerinin öncelikle, nitelikli bir hukuk eğitimi yanında yoğun, uygulamaya dönük ve makul süreli bir mesleki hazırlık dönemi geçirmelerine bağlı görünmektedir.

Bu bağlamda, hukuku mayalandıran ve tatlandıranın, hukukun felsefe ve sosyolojisi ile yorum bilimi olduğu bir kez daha anımsanarak ve bu bilimlerin yeniden kürsülerde hak ettikleri etkinlik ve konuma kavuşturulması sağlanarak, felsefe ve sosyolojiye yönelik bu ikincil ve ilgisiz tutumun da terk edilmesi gerekmektedir.

Hukuk eğitiminin değişik aşamalarında ve özellikle yargıç eğitiminde bu eksikliğin giderilmesi yargıçların felsefe ve sosyolojideki argümanlara¹¹⁴ başvuru gereksiniminin de dolaylı karşılanmasına hizmet edecektir.

Hukuk pratiği ile yorum öğretisi arasındaki yoğun ilişki de akılda tutularak, yorum öğretilerinden fazlası ile yararlanılmasının kapıları mutlaka aralanmalıdır. Yorum metodolojisi anlamlandırma ve nitelendirmede kaçınılmaz bir değere sahiptir. Zira bu kararlardaki hukuksal kavramların açık yada gizlenen anlamları ve normatif düzenleme ile hedeflenen nihai amacın belirlenmesi yargıcın yorum metodolojisini bilip etkili kullanımı ile olanaklıdır.

(113) Orjinali "argumente non sunt numeranda sed ponderanda-Argümanları saymamalı, tartmalıdır" olan bu deyiş, insanlığa ait 2000 yıllık ortak hukuk kültürünün bir kuralı olup, Sayın Profesör H.Ökçesizden alınmıştır.

(114) Bu deyim Sayın Doç.Dr.Yasemin Işıқтаç'dan ödünç alınmıştır.HFSA 8.s.127

Bu bağlamda,yorum metodolojisi Genelde Strazburg ,özelde de Türk Yargısının geleceğin hukukunun tasarlanmasında sık sık başvurulan algılama tanımlama,nitelendirme ve değerlendirme araçlarındandır. Geçmişten günümüze değin geline süreçte insan haklarının ve özgürlüklerinin henüz gelişimlerini tamamlayamadıkları gözetildiğinde ,baş vurulan genişletici ve amaçsal yorum yöntemlerinin anılan gelişimin tamamlanmasında katılımcı ve kurucu bir işlev üstlenecekleri kesindir.

6- Bu anlamda gerekçe de anılan misyonun edinilmesinde insan hakları alanındaki katkıların bileşeni olarak önemsenmeli bu önem, Strazburg Mahkemesinin temel içtihatlarının referans alınmasında kendini bulmalıdır. Ancak,gerek öğreti ve gerekse Yüksek Yargının ayrık pratikleri bir yana Avrupa Mahkemesinin temel içtihatları ve insan hakları anlayışı ile uyumlu biçimi gözetildiğinde bu alandaki argümanlardan da yeteri ve gerektiği kadar alınarak karşılıklı etkileşimin kanalları açık tutulmalıdır.İnsan haklarının gelişimi de bu bileşenlerin katkıları ivme kazanacaktır.

7- Geline noktada gerekçeli karar hakkı konusunda iç hukuk sisteminin Strazburg yargı organının temel kabul ettiği ölçülerle bir iki ayrıntı dışında örtüştüğü ve kimi zamanlarda da ötede olduğu bir gerçektir.

8- Yargıçların bir yönüyle hukuk uygulayıcısı öteki yüzü ile bir sosyal/hukuk tasarımcı kimliği taşıdıkları, gelecekteki sosyal düzen ve bu düzenin dayandığı normatif alanın , odağına insanın değer olarak oturtulması,bu kimlik sayesinde olacaktır. Hukuk bu kimlikte adalete dönüşecektir!...

9- Sonuç olarak ifade edilebilir ki;Gerekçeli karar alma hakkı koruyucu düzeneğinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,Anayasa ve yargılama yöntemine ilişkin yasalar,öğreti ile bunların pratiğinden oluştuğu,bu mekanizmanın niteliği itibarı ile hakkın kullanımını kolaylaştıracak ve koruyacak ve geliştirecek bir konseptte sahip olduğu, bu anlamda Türk Yargısının yeterli donanım ve argümana sahip olduğu söylenebilir ise de , ilk seviye yargı yerleri ,hazırlık tahkikatı makam ve uzantıları ile yargılamanın diğer ögesi savunma kurumunun bu konseptte tamamıyla uygun pratiklerinin olmadığı belirtilen sapma biçimleri ile ortadadır.Bu konudaki savın Türk Devleti aleyhine açılan ve sona eren mahkumiyet rakamları ile de sabittir.

Anılan durumdan kurtulmanın şimdiye dek anlatılanların yanında uygulayıcıların (dinamiklerin) kimi ve neyi temsil ettiklerinin bilincinde olarak , insan haklarında somutlaşacak bir adalette ,katılımcı kimlikleri ile öne çıkmalıdırlar.

KAYNAKÇA

- Yıldırım, Kamil** : Medeni Usul Hukukunda
Delillerin Değerlendirilmesi, İst.
- Kuçuradi, İoanna** : Etik, Ankara 1990
- Aşçıoğlu, Çetin** : Hukuk Yargılamasında Yargıç ve
Avukatların Etkinliği, Ank.2003
- Kaboğlu, İbrahim Özden** : Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1996
- Ökçesiz, Hayrettin** : HFSA
- Kant, Emmanuel** : Aydınlanma nedir? sorusuna
yanıt.
- Yücel, Mustafa** : Tören, Hukuk ve Gerçekler Ank. 2001
- Doğru, Osman** : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İçtihatları, İst.2002
- İnceoğlu, Sibel** : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
Kararlarında Adil Yargılanma
Hakkı, İst 2002
- Gözübüyük, A.Şeref-
Gölcüklü, A.Feyyaz** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ve Uygulaması Ank. 2003
- Werges, Jacques** : Savunma Saldırıyor
- İşıктаş, Yasemin** : Hukuk felsefesi ve Sosyolojisi
Argümanlarının Hukuk
Uygulanmasında Kullanma
Olanakları
- Sancar, Mithat** : Devlet Akı Kıskaçında Hukuk
Devleti ,İst 2000
- Haydar, Eroi** : İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usul
Kanunu, Ank. 2002
- Mole Nuala-Harby Catherina** : Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesinin 6.mad.
uygulanmasına ilişkin
Kılavuz, Strazburg 2001
- Aktan, Hamdi Yaver** : Yargıtay Uygulamasında Adil
Yargılanma, Ank 2003
- Yurtcan, Erdener** : Ceza Muhakemeleri Usulü Şerhi,
İst.,1988
- Kuru, Baki** : Hukuk Usulü Muhakemeleri el
kitabı Ank.1995

**STRAZBURG YARGI KARARLARINDA, İÇ HUKUK VE
ÖĞRETİDE DOĞRU, HAKLI VE YASAL GEREKÇE BİÇİMLERİ**

- Kunter, Nurullah** : Muhakeme Hukuku Dalı
Olarak Ceza Muhakemeleri
Hukuku
- Reid, Karen** : Adil Bir Yargılanmanın güvenceleri
- Tomlinson, Hugh** : Adil Yargılanma Hakkı
- Kutlu, Mustafa** : Yargıç Meşruiyetinin Görünüm
Biçimleri,
- Yorgancı, Nihat** : www.adalet.org
- Duman, İlker Hasan** : Konu ve Sorunlarla Hukuk
Devleti İst.,2003
- Milliyet Gazetesi 04.01.2004**
- Birinci, Ali** : Atatürk'ün cumhuriyet savcılarına
seslenişi 1988