

YARGITAY  
DEMİRBAŞTIR

# YARGITAY DERGİSİ

CİLT: 2

SAYI: 3

AJANS - TÜRK MATBAACILIK SANAYİİ / ANKARA



## İÇİNDEKİLER

	Sayfa
1 — İçindekiler	III
2 — Sami SELÇUK	Fransız Adalet Dizgesine Toplu Bir Bakış . . . . . 1 - 17
3 — Ahmet ÇETİNKAYA	Yükselme Kurallarımız Âdil Ve Yeterlidir ? . . . . . 19 - 28
4 — Hakkı YAŞAR	Cezaî Yönden Diplomatik Bağı- şıklık Ve Ayrıcalıklar . . . . . 29 - 55
5 — M. Muhtar ÇAĞLAYAN	Cezaların İnfazı Hakkındaki Ka- nunun Beşinci Maddesinin Uy- gulanması Konusu . . . . . 57 - 71
6 — Nihat YAVUZ	Hukuk Davalarında İkrar . . . . . 73 - 87
7 — Orhan YILMAZ	Taşınmaz Mallara İlişkin Dava- larda Sulh . . . . . 89 - 99
8 — Esat ŞENER	Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi Ve Benzeri Haller . . . . . 101 - 125
9 — Dr. Nisim İ. FRANKO	Sağ Kalan Eşin İntifaında Temi- nat Müessesesi . . . . . 127 - 142
10 — A. Haydar KARAHACIOĞLU	Tapulama Davalarında İhya . . . . . 143 - 147
11 — Salim ÖZDEMİR	İsviçre Hukukunda Otomobil İş- leticilerinin Hukuki Sorumluluk Sigortası . . . . . 149 - 158
12 —	Yargıtay'dan Haberler . . . . . 159 - 160



## Genel Hukuk Konuları :

### FRANSIZ ADALET DİZGESİNE TOPLU BİR BAKIŞ

SAMİ SELÇUK (\*)

Fransız adalet dizgesinin (sisteminin) ana çizgileri üzerine yoğunlaştırdığımız araştırmamızı, kuramsal inceleme ve yerinde yaptığımız uygulamalı stajımızın bileşkesini alarak, bu yazımızda bütünleştirmek istiyoruz.

Fransız adalet örgütünün iskeletinden çok, bu örgütlenmeyi somutlaştıran ilkelerin ortaya çıkardığı dizgelere eğilmemizin ilk nedeni, örgütün şematik olarak bir çok kez inceleme yazılarına konu edilmiş bulunmasıdır. İkinci nedeni ise, dünyanın her yanında, en ilkel toplumlardan en uygar ve çağdaş olanlarına değin, mahkemelerin bulunmalarının doğal olmasıdır. İçerikleri, toplumun hukuk anlayışına göre değişecek olan bu yargı organlarının, somut ve şematik adalet örgütü içindeki yer ve konularından çok, inanıyoruz ki, işleyişlerine yön veren temel kuralları tanımak, dizgenin özünü kavrayabilmek için, daha yararlı olacaktır. O nedenle, örgütün salt kesitini alıp iskeletini resmetmeyi ve betimlemeyi değil, örgütlenme dizgesi normalalarının kesişme ve odaklaşma noktalarını irdelemeyi uygun bulmaktayız.

Kısaca belirtelim ki, bu araştırmalardan ve gözlemlerden edindiğimiz ilk izlenim şu olmuştur : Fransız adliyesi yeni akımları yakından izlemekte; yasa koyucusu da, bu birikimleri reform olarak mevzuata aktarmaktadır. O nedenle, kanıtların çarpışması demek olan hukuk davasına, yargıcın müdahalesi arttırılmış; ceza davasında ise, suçun anatomisi ile birlikte suçlu da ceza adaletinin içinde yerini bulmuş, Ferri'nin amacı gerçekleşmiştir. Fransız ceza yargı-cı, Profesör M. Roujon de Boubée'in 1969 yılında Toulouse toplantısında dediği gibi, yasa koyucusunun «ceza yasasını yaparken, Pierre Corneille'in kahramanlarını konu edindiğini, ancak uygulamanın gözlemciye François Mauriac'ın kahramanlarını sunduğunu» bilmekte ve uygulamayı bu doğrultuda geliştirmektedir. Klasik okul-

(\*) Yargıtay C. Başsavcı Yardımcısı.

dan esinlenen bizim ceza yasamız yönünden, bu olguyu, vurgulamanın yararlı bulunduğuna inanmaktayız.

## **I — HUKUK VE CEZA YARGILAMALARI ARASINDAKİ KOŞUTLUK VE KARŞITLIK :**

Her iki yargılamaya özgü nitelikleri belirlemek bakımından böylesi bir incelemenin yararsız olmadığı muhakkaktır. Nedir ki, çok güçlü tarihsel bağlar, her iki kesimi birleştirmişlerdir. Gerçekten, eski uygarlıklarda medenî usul hukuku ile ceza usul hukuku birbirlerinden ayrılmışlardır. Bugün bile, yüzeysel bir inceleme, her iki usul hukukunun, tam anlamıyla birbirinden ayrı bulunmadığı sonucuna götürebilir. Her ikisinde de olaylar, yargıçlar tarafından saptanılır ve bu olayların hukuksal sonuçları resmen belirlenir.

Ancak, her iki hukuk dalının karşılaştırılması, onların mahiyet ve kapsam yönünden birbirlerinden ayrıldıklarını göstermektedir. Ceza davası, tüm toplumun erinci (huzuru), düzen ve güvenliğini, kısacası toplumsal çıkarlarla, mülkiyet, onur, özgürlük ve hatta kovuşturulan kişinin yaşamını (hayatını); hukuk davası ise bireyler arası uyumsuzlukları, bir başka deyişle, bireysel çıkarları konu edinmiştir. Ceza Usulü, her an olanaklı bulunan adli yanılığdan kaçınarak toplumsal düzeni sağlamak amacındadır. Oysa medenî usul, salt bireyler arası uyumsuzlukları özel çıkar açısından çözümlenmek amacındadır. Karşıtlık, ceza ve hukuk adaletini yerine getiren yargı organlarında, davada taraf olanların işlevlerinde (rollerinde), kanıt (delil) hukukunda ve davanın akışında kendisini daha belirgin bir biçimde duyurur.

Bizde olduğu gibi, hukuk davasında, uyumsuzluk tarafların edilgen yargıç önüne getirdikleri bir konudur, dava yargı önüne getirilen bir etkinliktir. Oysa, genel çıkarların söz konusu olduğu ceza davasında, gerçeğin bulunmasında mahkeme etkinliğini korur. Hukuk davasında taraflarca yargı önüne getirilmiş kanıtlara göre biçimsel ve kesin gerçekliği saptamakla yetinmek zorunda olan mahkeme, ceza davasında, yargılama sırasında tartışmak koşulu altında her türlü kanıtı, «maddî gerçekliğe» ulaşmak amacı ve kaygısıyla değerlendirmek zorundadır. O nedenle başlangıç soruşturmasından itibaren leh ve aleyhte tüm kanıtlar toplanır. Öyle ki bu maddî gerçekliğe ulaşabilmek için, Fransa'da söz gelimi, Ağır Ceza Mahkemesi Başkanına olağanüstü yetkiler tanınmıştır. (Md. 310 Fr. Ceza C. U. Y.) Ceza ve hukuk usulünün ortaya koyduğu bu karşıtlık, da-



vanın açılıp sürdürülmesi ve dava konusuna ilişkin tarafların yetkileri yönünde önemli sonuçlar ortaya koymuştur.

İlkin, «özel girişim ilkesi» uyarınca dava açma hakkı hukukta taraflara tanınmıştır. Cezada ise, Alman hukukçularının «Offizial-Prinzip» dedikleri yetki ilkesi veya «resmî girişim ilkesi» doğrultusunda, dava açma ve davayı sürdürme yetkisi savcılık makamına verilmiştir. Kimi suçların şikâyetle bağlı bulunması ve mağdurun kamu davasına katılması bu ilkeye tanınan ayrı durumlardır. Hukukta taraflar, davanın kaderi üzerinde egemendirler, davaya her an anlaşarak son verebilirler ve yargıç istek ötesi veya dışı, (ultra veya extra petita) karar veremez. Oysa, cezada, davanın başlıca taraflarından olan iddia makamı, açılan davaya egemen değildir, barışma ve vazgeçme ile ona son veremez. Sorgu yargıcı veya mahkeme, dava konusu olayların (in rem) ve önüne getirilen sanıkların (in personam) sorgu ve yargılamalarını yapmak zorundadır.

Hukuk yargıcının bu edilgenliği, ceza yargıcının bu etkinliği, kanıtların araştırılması ve değerlendirilmesi konusunda da göze çarpmaktadır. Her ikisinde de «yüze karşılık ilkesi» temel ise de, hukuk yargıcı, medenî usul yasasının kabul ettiği ve tarafların getirdiği kanıtlara göre yargılamak zorundadır ve edilgendir. Kendiliğinden kanıt araştırmasına girişemez, ikrar ile bağlıdır. Oysa ceza yargıcı, maddî ve tam gerçekliği bulmak kaygısıyla etken bir biçimde kanıtları kendiliğinden araştırır (cezada kanıt özgürlüğü ilkesi) ve bunları «vicdanî kanı» sına göre değerlendirir.

Duruşmanın açıklığı ve sözlülüğü her iki dava türünü birleştirirse de, hukuk davasında davanın akışında birlik söz konusudur. Davaları çabuklaştırmak kaygısıyla yapılan ufak çaptaki sapmalar bir yana bırakılırsa, dava başından sonuna değin tek yargı organının önünde sürdürülüp bitirilir. Bu bölünmezlik, hukuk davasına bir tür yavaşlık görünümü vermektedir ki, bunu kimi zaman yasa yapıcısı bizzat öngörmüştür. Yasa yollarına başvurma süreleri, son tasarruftan itibaren üç yıl sonra davanın süreaşımına uğraması, yargıtay ve yargılamanın yeniden yapılması yollarının yürütmeyi durdurucu etkiye sahip olmamaları gibi.

Oysa ceza davasının akışında evrelere ayrılma çok belirgin bir özelliktir. Hazırlık, sorgu ve yargılama diye adlandırdığımız dava evrelerinin çokluğu, organların da çokluğunu doğurmuştur. Hukuk davasının tersine, ceza davasında «çabukluk», Becaria'dan beri bilinen cezanın süratle yerine getirilmesi ve kaçınılmazlığının cezanın ağırlığından daha etkili olduğu düşüncesi doğrultusunda, ön

plana alınmıştır. Yasa yollarına başvurma sürelerinin kısalığı; suç üstü yönteminin varlığı, özellikle ağır cezalı işlerde, duruşmanın aralıksız sürdürülüp bitirilmesi ilkesinin benimsenmesi, yasa yollarının kimi ayrı durumlarda dışında, yürütmeyi durdurucu bir etkiye sahip olmaları bu niteliğin doğal sonuçlarıdır.

Yukarıda değindiğimiz «evrelerin çokluğu» cezada organların çokluğunu doğurmuş ve yasalarda «görev ayrılığı ilkesi» biçiminde billûrlaşmıştır. Kovuşturma, sorgu, yargı, yargıç sınıfında bulunan görevliler bu görevlerini yaparlarken, süre söz konusu olmaksızın (ancak sorgu yargıçları genellikle üç yıl için atanırlar) bir görevden diğerine geçebilirler. Hukuk usulünden farklı sonuçlar doğuran bu durumu biraz geliştirecek, Fransa'da Türk mevzuatına benzeyen sorunlara rastlarız. Kovuşturma görevi, iddia makamının temsilcisi tarafından yürütülür. Sorgu görevi ise, sorgu yargıcı tarafından yerine getirilir. Aslında, Fransa'da sorgu yargıcı, eskiden sadece sorgu tasarruflarında bulunuyor ve yargısal kararlar vermiyordu. C. savcısının denetimi altındaydı. 1856'dan sonra yargısal kararlar vermek yetkisine kavuşan sorgu yargıcı, 1956'dan sonra, istinaf mahkemeleri bünyesinden çıkan «suçlama dairesinin» başkanının denetimi altına sokulmuştur. Fransa'da, sorgu görevi de, iki dereceli olup, söz konusu ettiğimiz bu daire, ağır cezalı işlerde davanın açılıp açılmıyacağı, tüm sorguya ilişkin kararlarda sorgu yargıcının tasarruflarına karşı yapılacak istinaflar hakkında karar veren bir yargı organıdır.

Yargı görevi ise, özel güvencelerden ve bu arada azledilmezlik güvensinden yararlanan yargıçlarca yerine getirilir. Bu üç görev dışında, yeri gelmişken belirtelim ki, ceza alanında cezaların yerine getirilmesi (infaz) yargıcına verilen, cezanın yerine getirilmesi görevlerinden de söz etmek gerekir. Bilindiği üzere bu sonuncusu ülkemizde yoktur.

Fransa'da görevlerin ayrılması ilkesi ve bunun işleyişi türlü yönlerden eleştirilmektedir. Gerçekten bu ilkeye göre sorgu görevini yapan yargıç, yargılamaya katılamayacaktır. Oysa, sanığın kişiliğini diğer yargıçlara göre en iyi tanıyan bu yargıçtır. Davanın esası üzerinde ön yargılarla koşullanmış olan sorgu yargıcının etkisini önlemek kaygısının, yargılanan sanığın kişiliği söz konusu olunca, yargılamaya ışık tutabilme olanağını ortadan kaldırması üzüntüyle karşılanmaktadır.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, görevlerin ayrılması ilkesi aynı dava nedeniyle etkisini göstermektedir. Aynı bir davada, aynı



kimse, sırasıyle kovuşturma, sorgu ve yargı görevlerini üstlenemez. Ancak bu ilke sonradan aynı davada savcılık makamının işgal edilmesine engel değildir.

Bununla birlikte, kimi durumlarda bu ilkedен sapışlara rastlanılmaktadır. Sözgelimi, bir tür görevlerin toplanması sonucunu doğuran suçüstü yönteminde, c. savcısı, sorgu yargıcına verilen sanığı sorguya çekme ve onu tutuklama tasarruflarını yapabilir. Öte yandan çocuk yargıcının kişiliğinde bir tür görevlerin birleşmesi söz konusudur. Küçüklere ilişkin işlemin sorgusunu da yapma yetkisine sahip bulunan bu yargıç, böylesi bir işin yargılanmasını bizzat tek başına veya başkanlık ettiği çocuk mahkemesine katılarak yapabilir. Fransa'da çocuk yargıcına tanınan bu yetkinin sonuçlarının değerlendirilmesi ve bu durumun sorgu yargıcına da uygulanması önerileri henüz tartışma evresindedir.

Şunu da belirtelim ki, cezaların yerine getirilmesi yargıcı, daha önce katıldığı yargı organının verdiği bir hükmü yerine getirebilir.

Bundan başka, bizde olduğu gibi, Fransa'da da, hukuk usulünün ceza usulüne göre daha genel olduğu ve boşlukların hukuk usulünce giderileceği Yargıtayca kabul edilmiştir. (Ceza dairesi, 19 Temmuz 1945 günlü karar)

Bu kısa özetlemeden sonra ceza ve hukuk adli dizgesinin ortak yönlerine geçebiliriz.

## **II — HUKUK VE CEZA DİZGESİNİN ORTAK İLKELERİ VE GENEL NİTELİKLERİ :**

### **A) ASAL VE AYRIK YARGI ORGANLARI AYIRIMI :**

Bu ayırım, Fransa'daki yargısal örgütlenmede ve uygulamada başlıca sonuçlar doğuran ve ilk ağızda rol oynayan temel ilkelere biridir. Asal yargı organları, gerek hukukta ve gerek cezada, yargılama yetkisinin genelliği ve tümlüğü kuralından yararlanırlar. O nedenle, cezada tüm sanıkları ve suçları yargılamak; hukukta, tüm davalara bakmak yetkisine sahiptirler. Elverir ki, yasalarda açıkça tersine bir hüküm bulunmasın. Ayrık yargı organlarına gelince; ancak yasaların kendilerine verdikleri davalara bakarlar. Özellikle ceza alanında, bu tür mahkemeler olağanüstü durumlarda çoğalmakta, olağan dönemlerde azalmaktadırlar.

Yargıtayı bir yana bırakırsak; geniş anlamda asal yargı organları, ceza alanında Polis, Asliye Ceza, Ağır Ceza ve istinaf mahkemeleri; hukuk alanında tek yargıçlı mahkemelerle, Asliye ve istinaf mahkemeleridir. Ayrık yargı organları ise, ceza alanında; çocuk mahkemesi, küçükler için ağır ceza mahkemesi, askerî mahkemeler, Devlet Güvenlik Mahkemesi, Yüksek Adalet Divanı; hukuk alanında ise; ticaret, iş mahkemeleri, toplumsal güvenlik komisyonları, tarımsal kira mahkemeleridir.

Özellikle hukuk alanında, ayrık mahkemelerin çokluğu, Fransa'da, şu veya bu mesleki etkinliğin özelliklerine alışmış kişilerce uyuşmazlıkların çözüme bağlanması isteğinden doğmuştur. 1958 tarihli reform bu organlar için istinaf düzeyindeki birliği sağlamıştır. Ayrık mahkemelerde görev alan yargıçlar, hemen hemen yargıçlık mesleğinden gelmeyen kişilerdir.

Ceza alanında şunu da belirtmek gerekir ki, birinci derecedeki asal yargı organları, suçların üçlü ayırımına (Fr. Ceza Yasası Md : 1) uygun olarak üçe bölünmüşlerdir. Kabahatlar, polis; cünhalar, Asliye; cinayetler, Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanmaktadırlar. İstinaf mahkemelerinin bir veya birkaç ceza dairesi de, polis ve Asliye Mahkemelerinin kararlarını incelemektedir. Ağır Ceza Mahkemelerinin kararları istinaf incelemesine uyruk tutulmamıştır.

## B) CEZA VE HUKUK ADALETİNİN BİRLİĞİ İLKESİ :

### a) İlkenin Anlam ve Kapsamı :

Fransız hukukunun çok bağlı bulunduğu bu ilkeye göre, aynı yargı organı hukuk ve ceza davaları hakkında karar verir. Bir başka deyişle, ceza ve hukuk adaleti aynı yargıçlar tarafından sağlanır. Özellikle ceza adaletinin uzmanlaşmış yargıçlarca gerçekleştirilmesi tezi, Fransız yasa yapısınca benimsenmemiştir. Aslında mesleğe özel bir yolla alınma, özel bir yetiştirme süreci izlemeyi gerektiren bu yöntemin uygulanması yeryüzünde oldukça azdır.

Fransız doktrinince ortaya atılan bu ilke iki planda yerini almıştır. İlkin, ceza ve hukuk yargılaması, adli düzene aittir ve bu görünümüyle yönetsel yargı organlarından ayrılır. (Danıştay, Yönetim Mahkemeleri) Adli düzen içinde, meslekten yargıçların alınması yolu tektir, karyer aynıdır, yargıçlar topluluğu esprisi, Yargıçlık Ulusal Okulunun varlığı ile geliştirilmiş ve güçlendirilmiştir.

Bu birlik, aynı yargı organlarınınca, hukuk veya uyuşmazlıklarının çözümlenmesine de daha somut bir biçimde görülür. Küçük mahkemeler kimi günler hukuk davalarına, kimi günler de polis mahkemesi adı altında ceza davalarına bakarlar. Asliye Mahkemeleri de hukuk ve ceza davalarını çözümlerler. İstinaf mahkemeleri de hukuk daire veya daireleriyle hem hukuk; ve ceza daire veya daireleri ve bünyesinden çıkardığı ağır ceza mahkemesi başkan ve üyeleriyle hem de bir ceza yargı organındırlar. Nihayet, Yargıtay, beş hukuk dairesiyle hukuk alanında, tek ceza dairesiyle ceza alanında ortaklaşa yüksek yargı organıdır. Bu birlik ilkesi, sorgu için de geçerlidir.

Çünkü, Asliye Mahkemesi bünyesinde sorgu yargıcı veya yargılarıyla çocuk yargıcı; ve istinaf mahkemesi bünyesinde sürekli olarak bir suçlama dairesi vardır.

Birlik ilkesi, makam değiştirme ilkesiyle de güçlendirilmiştir. Her yıl, istinaf ve asliye mahkemelerinde çalışan yargıçlar hukuk ve ceza daireleri arasında makam değiştirirler. Bu arada hemen belirtelim ki, savcılık ve mahkemeler arasında da aynı değişim olanaklıdır (Osmose). Ancak bu değişim, Yargıtay'da söz konusu değildir.

### **b) İlkeyi Savunanlar :**

İlkeyi savunanlar, adli çabanın her iki durumda da aynı esasa dayandığını, yargıcın belli bir olaydan ceza veya hukuka ilişkin tüm sonuçları çıkarabilme yeteneğine sahip bulunması gerektiğini ileri sürmektedirler. Fransız Ceza Usulü ilkelerine göre, kamu davasıyla hukuk davasının birlikte ceza mahkemesi önüne getirilmesi olanaklı bulunmasına göre, ceza yargıcı medenî hukuka ilişkin sorumluluk sorunlarını bilmek zorundadır. Bundan başka, ceza yargıcı önsorun dışında kalan kimi hukuksal güçlükleri de, ceza yargılaması sırasında bir çözüme bağlamak zorunda kalabilir. O nedenle özel hukuka ilişkin bilgileri tanımak ödevinde ve durumundadır. Unutmamak gerekir ki, cezanın çabuk uygulanması zorunluluğu, ceza hukukunda genellikle oybirliği ile savunulan bir ilkeyi yaratmıştır. «Asıl davanın yargıcı, istisnanın (asıl dava dışında kalanın) da yargıcısıdır.»

Konuya hukuk yargıcı açısından bakıldıkta, onun da cezaya ilişkin konulara yabancı olmaması gerektiği savunulmuştur. Hukuk yargıcı bütün konulara, ruhbilimsel bilgileri de uygulayarak, salt



soyut mantık alışkanlığının ortaya koyacağı tehlikelerden uzak kalma zevkine ve olanağına kavuşur. Kaldı ki, tek düzeliğin sonucu bıkmıklığın doğurduğu içeriksizleşme (muhtevassızlaşma) özellikle ceza alanında uzmanlaşmış yargıcı, uygulamada çok aşırı cezalandırmalara itmektedir.

Öte yandan, birlik ilkesi tutumcu (ekonomik) bir adli örgütlenmeye olanak sağlamaktadır. İki yargı organı yerine, ayrı yerde tek yargı organının aynı görevi yerine getirmesi, bu ilkenin somut sonuçlarındandır.

### c) İlkeye karşı olanların düşüncelerine gelince :

Özellikle ceza yargıcının uzman kılınması sorunu 1939'lardan önce Fransa'da hararetli tartışmaların konusu olmuştur. Uygulamada görülen kimi durumlar, konunun güncelliğini şimdi bile yitirmediğini göstermektedir.

Uzmanlaşma yanlıları, hukuk yargıcını canlı tutan anlayışla ceza yargıcını canlı tutan anlayışın birbirinden çok ayrı bulunduğunu vurgulamaktadırlar. Öte yandan onların görevleri ve işlevleri (rolleri), izledikleri amaçlar bakımından birbirlerinden büsbütün ayrılmış bulunmaktadırlar. Hukuk yargıcı, kimi nadir durumlar bir yana bırakılırsa, tarafların bizzat duruşmada hazır bulunmaları ve onları tanımak zorunluğu olmadan davayı çözümleyebilir. Oysa ceza yargıcı, tam tersine yargıladığı suçluyu ve onun kişiliğini tanımak zorundadır.

Öndokuzuncu yüzyılda, uzmanlaşmış ceza yargıcından söz edilmiyordu. O dönemde, ceza yargıcını salt hukuksal açıdan ilgilendirmiyordu, suç olayı. Ancak, olguculuk (pozitivizm) ve toplumsal savunuyu akımları, düşünceleri değiştirmiş, bizzat yeni klasik okul bile suç olgusunun artık yalın görünümüyle yetinmez olmuştur. Cezanın bireyselleştirilmesi, tehlikelilik durumunun ceza hukuku alanına sokulması, suçlunun toplum içine dönmesi zorunluluğu, ceza yargıcının tıbbî, biyolojik, ruh bilimsel v.b. bilgilerle donatılmasını gerektirmektedir. Bu uzmanlaşma ceza bilimlerinin gelişimini yansıtmaktadır. Artık ceza yargıcı salt ceza dağıtan bir insan değildir. Onun kararı yalnızca hukuksal bir raporun hukukan çözümlenmesi değil, suçlunun bireysel ve toplumsal oluşumunu ve ruhsal yapısını derinlemesine inceleyen bir yapıttır. Yargı (hüküm) sözcüğünün çağdaş anlayışına uygun olarak, ceza yargıcı insanı ilgilendiren tüm bilimlere egemen bir bilgi ortamında taraflarla diyalog kurmak zorun-

dadır. Hukuk yargıcı daha çok bir mantık adamıdır; ama ceza yargıcı, günümüzde, hem bir mantık, hem de bir klinik adamıdır ve böyle olmak zorundadır. Fransız Ceza Usulü Yasasının kişilik dosyasının tutulmasına ilişkin hükmü (md. 81) bu isteğin somut anlatımıdır.

Üstelik, günümüz dünyasında, her alanda, verimin arttırılması ve kurumların iyi işlemesi için, uzmanlaşma yaratıcı bir öge olarak görülmektedir.

### ç) İlkeye Aykırı Uygulamalar :

Ceza alanında, ilk aykırı uygulama, sorgu yargıçlarının üç yıl için bu göreve atanmalarıdır. Üstelik çoğu zaman bu süre bitince, yeniden aynı göreve atanan Fransız sorgu yargıçları, meslekî çalışmalarının büyük bir kısmını sorguda geçirirler.

Uzmanlaşma, özellikle çocuk yargıçlarının durumunda göze çarpmaktadır. 2 Şubat 1945 kararnamesinin çocuk yargıçlarını yaratmakla, Fransa'da bir yağ lekesine benzeten ve küçük suçlulardan erginlere doğru uzanan bir akıma ilk hızı verdiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, geçen yıllar, çocuk yargılaması yönünden mutlu sonuçlar vermiş ise de, büyük suçlular açısından durumda bir değişiklik olmamıştır. Üstelik bu yıllar içinde çocuk yargıçları sadece çocuk suçluluğu değil, tehlikeye maruz gençlik konusunda da uzmanlaşmışlardır.

Yeni ceza usulü yasasının yürürlüğe (1959) girmesinden sonra cezaların gerek kapalı ve gerekse açık ortamda yerine getirilmeleri alanında uzmanlaşmış yeni bir uzman yargıç, üç yıl için atanan cezaların yerine getirilmesi (infaz) yargıcı yaratılmıştır (md. 721).

Hukuk alanına gelince; aile, vesayet, davayı hazırlama (düzenleme) ve kamulaştırma yargıçlarının durumları, birlik ilkesinin tersine, uzmanlaşmayı doğuran uygulamalar arasında görülmektedir.

Bununla birlikte, meslekte ilerleme kaygılarının, Fransız yargıçlarını uzmanlaşmanın dışına ve sık sık görev ve makam değiştirmeye ittiği ileri sürülmüştür.

### C) TOPLU YARGI İLKESİ :

#### a) İlkenin Anlamı :

Fransa'da yargılamanın örgütlenmesi, toplu yargılama ilkesine dayanır. Geçerli bir biçimde hüküm verebilmek için, yargı organı bir-



den çok yargıcı içermiş ve yargıçlardan her biri kararı oluşturup kottaran her tasarrufa katılmış bulunmalıdır.

Fransız hukuku, bu geleneksel ilkeye, Napoléon'danberi çok bağılı görünmektedir. Gerçekten, daha önceleri, kabahatlere bile toplu mahkemeler bakıyordu. Günümüzde ilk Yargıtayda; istinaf, asliye ve çocuk mahkemelerinde uygulanmaktadır. Fransa'da doktrinin de etkisiyle, ilkenin uygulanmasında, çoğunluğu elde edebilmek için, sayıca teklige özen gösterilmiştir. (Sözgelimi, asliye ve istinaf mahkemelerinde üç, Yargıtay'da yedi gibi). Bununla birlikte bu esas, Yargıtayda buyurucu nitelikte olmadığı gibi sanık aleyhine kararları en az sekiz üyesinin çoğunluğuyla veren (md. 359) bir başkan ve onbir üyeli ağır ceza mahkemelerinde de uygulanmamaktadır.

İlkeye, ayrık mahkemelerde de uyulmaktadır. Çünkü denilmektedir, birden çok yargıcın düşüncelerini tartışarak oluşturdukları ve çoğu kez oybirliğine vardıkları bir kararda yanılığın olasılığı daha az ve böylece en iyi adalet elde edilmiş olacaktır. Gerek hukuksal ve gerekse eylemsel sorunların görüşülüp karara bağlanmasında, kanıtların tartışılıp doyurucu gerekçelerin oluşturulmasında, yargıçların birbirlerini denetlemesi sonucu yetkin ve tarafsız bir adalete ulaşılacaktır. Bu ise, taraflar ve bireylerin özgürlükler için en iyi güvencedir. O nedenle Fransa'da, «tek yargıç, indiyargıçtır» düşüncesi oldukça yandaş bulmuştur. Toplu mahkemedeki yargıçların dış baskılara karşı daha dirençli ve bağımsız oldukları savunulmuştur. Üstelik, bu ilkenin, genç yargıçlarla daha deneyimli yargıçların yakın ilişkilerini sağladığı ve tüm bu yararların yargıç topluluğunun saygınlığını arttırdığı ileri sürülmüştür. O nedenle tek yargı ilkesi, önemsiz işlerde, istinaf denetimi altında usulün yalınlaştırılıp çabuklaştırılmasının istenildiği durumlarda veyahut da çocuk mahkemelerinde olduğu gibi tarafların çıkarlarının ön plana alınması kaygılarında uygulama yeri bulmuştur.

Bu düşüncelere karşılık, İngiltere'deki uygulama sonuçlarından esinlenerek, doktrinde tek yargıçlı mahkemeler lehine görüşler ileri sürülmüştür. Tek yargıçlı adaletin, daha saygın; yargıçların, daha iyi maaşlı ve sorumluluk bilinciyle donanmış buldukları savunulmuştur. Anonim bir kararın arkasına sığınma olanağından yoksun bulunan yargıcın, davayı derinlemesine inceliyeceği ve teknik bilgilerini daha çok genişletme gereksinimini duyacağı; aslında toplu yargının daha çok becerilere sahip bulunduğu değil, yeteneklilerin yeteneksizlerce boğulup eritildiği bir dizge olduğu iddia edilmiştir.

Nihayet, adalet tanrıçası «Thémis»in gözündeki bandı beceriy-le kaldıran, çağdaş ceza adaleti perspektivinde, derin izler bırakmakta olan toplumsal savunuyu akımının ortaya koyduğu suçlunun yeniden topluma dönüşümü, sanıkla daha çabuk ve kolay diyalog kurabilecek olan tek yargıçlı adalet dizgesiyle sağlanabilir, denilmiştir.

Aynı oranda güçlü oldukları görülen bu görüşler, Fransa'da yankılarını bulmuşlarsa da, yargıçların meslekte yükselme kaygıları da, toplu yargı dizgesini yaşatılmasında rol oynamıştır.

### **b) İlkeden Sapmalar :**

Ceza alanında, uzun süredenberi kabahatlere bakan polis mahkemesi tek yargıçlıdır. Üstelik, bu mahkeme seri bir yargılama yöntemiyle, duruşma yapmaksızın, itirazı kabil olmak üzere, ceza karnamesiyle de hüküm verebilmektedir.

İkincisi, sorgu yargıçlarının durumudur. Sorgu yargıçları, tek başlarına yargısal kararlar verebilmektedir. Tutukluluk ve dava açma kararları bu türdendirler.

Üçüncüsü, çocuk yargıçlarıdır. Tek başlarına kimi kararları alabilmek yetkisindedirler.

Nihayet, ceza alanında, 29 Aralık 1972 tarihli bir yasa, asliye ceza mahkemesinin tek yargıçla bazı suçları yargılayabileceğini kabul etmiştir. (Kimi trafik suçları, kusurla ölüm ve yaralama, bin frankı geçmeyen karşılıksız çek, avcılığa ilişkin suçlar) Bu suçları yargılayacak yargıcı, mahkeme başkanı belirler. Mahkeme başkanı, kendiliğinden veya görevlendirilen yargıcın isteği üzerine, bu tür kimi suçların toplu asliye mahkemesinde yargılanmasını isteyebilir. Ayrıca tutuklu durumlarda tek yargıçlı dizge uygulanamaz. Bununla birlikte, Fransız Ceza Usulü Yasasının 398. maddesinde yapılan 1975 yılındaki son değişiklik, toplu yargı ilkesini pekiştiren Anayasa Mahkemesi Kararının doğrultusunda bulunmaktadır.

Hukuk alanına gelince; tekli yargı dizgesine doğru güçlü bir eğilim görülmektedir. İlk önce eski barış yargıçlarının yerine geçen ilk mahkemeler, asliye, ticaret, tarım mahkemelerinin başkanları ivedili işlerde tek başlarına karar vermektedirler.

Ciddi bir girişim, 70 - 613 sayılı ve 10 Temmuz 1970 tarihli (karname 70 - 750 sayı ve 18 Ağustos 1970 tarihli) yasa ile gerçekleştirilmiştir. Bu yasaya göre, kimi durumlarda asliye mahkemeleri

önünde toplu ve tekli yargı dizgesinden birini seçme olanağı tanınmıştır. Son olarak 5 Temmuz 1972 günlü yasa, henüz rolü iyice tanımlanmamış icra yargıçlarını yaratmıştır. Bu arada, buyurma, değiştirme, yürütme ve denetim yetkilerini haiz, davayı hazırlama (düzenleme) yargıçlarının tek başlarına karar verdiklerini unutmamak gerekir. Nihayet, istinaf mahkemeleri birinci başkanlarına ivedili durumlarda yargı yetkisini veren 72 - 788 sayılı ve 28 Ağustos 1972 günlü yasa (madde : 143 - 155) anımsanmalıdır.

### Ç) İKİ DERECELİ YARGI İLKESİ :

#### a) İlkenin Anlam ve Kapsamı :

Bu ilkeye göre, taraflar, aynı davanın iki ayrı derecedeki yargı organı tarafından incelenmesini istemek hakkına sahiptirler. İkinci derecedeki yargı organı, birincisinin çalışma ve kararını denetlemektedir.

Hiç kuşkusuz, her iki yargı organının verilen karar üzerinde uyuşmaları, iyi bir adaletin güvencesi, kararın gerçeğe uygunluğunun ve adli yanılığın olasılığının en az orana indirildiğinin kanıtıdır. O nedenle ki, 1808 tarihli ceza usulü yasasından önce eski hukuk engizituvar yöntemin açmazlarını giderebilmek kaygısıyla bu derece sayısını arttırmıştı. Anılan yasa ve 1958 tarihli son yasa bunu, Medenî Yargılama Yasası doğrultusunda iki dereceli kıldılar.

İkinci derecedeki mahkeme kararlarının daha etkin bulunduğu tezinin nedenlerinden biri, ikinci derece mahkemelerindeki yargıç sayısının genellikle daha fazla ve dolayısıyla toplu yargı ilkesinin daha güçlü kılınmış olmasıdır. İkinci nedeni de, her iki yargı organlarındaki yargıçların mesleklerinde daha ilerlemiş ve deneyimli bulunmuş olmalarıdır. Bu deneyim ve kıdemin, bu yargıçların, sadece hukuksal sorunları değil, olayları da iyi değerlendirmelerini sağlaması doğaldır.

Ceza alanında, sorgu ve hüküm yargıcının kararları; hukuk alanında ise, ilk derece mahkemelerinin kararları istinaf yoluyla ikinci derece mahkemelerin incelemelerine uyruk tutulmuştur.

#### b) İlleden Sapmalar :

Ceza alanındaki ilk sapma, kabahat suçlarını yargılayan polis mahkemelerinin tüm kararlarının istinaf yoluna elverişli bulunmalarıyla ortaya çıkmaktadır. Beş günü geçmeyen hapis cezalarını-



le altmış Frankı geçmeyen para cezalarına ilişkin kararlar bu türdendirler.

İkincisi, ara kararlarıdır. Davayı son veren ara kararları dışındakiler istinafa elverişli değildirler. Ancak son kararlar birlikte istinaf edilebilirler. Nedir ki, istinaf mahkemesi başkanı yazılı istek üzerine bu izni ve olanağı verebilir. (md. 549/1)

Üçüncüsü ve en önemlisi de, ağır ceza mahkemesi kararlarına karşı istinaf yolunun kapalı bulunmasıdır. Cinayet gibi ağır suçları yargılayıp ağır cezalar veren bu mahkeme kararının istinaf yolundan uzak tutulması, şaşırtıcı görünmekle birlikte, bu durum yargı organının ve uygulanan yöntemin özellikleriyle açıklanmaktadır. İlk, mahkeme sadece yargıçlardan değil, yargıcılar kurulu (jüri) gibi halkçı bir öğedende oluşmaktadır. «Halkın sesi, hakkın sesidir» (vox populi, vox Dei) kuralına inanan Fransız yasa koyucusu, halkçı öğenin sayıca egemen olduğu bir mahkeme kararının, olayların gerçekliğine ilişkin kesiminin yeniden incelenmesini uygun bulmamış, salt yargıtay yolunu kabul etmek suretiyle hukuksal açıdan incelenmesini benimsemiştir. Bununla birlikte, bu görüşü nesnellikten uzak ve düşsel bulanlar, eleştirmekte, ve İtalya örneği gibi, istinaf yolunu önermektedirler. İkinci gerekçeye gelince; cinayet konusundaki ikinci derece incelenmesinin kaldırılmasının, sadece yargılama evresine ilişkin bulunduğu, sorgu evresinde iki dereceli yargı dizgesinin uygulandığı ileri sürülmektedir. Gerçekten, cinayet sanığı, önce sorgu yargıcı tarafından sorgu evresinden geçmekte; aleyhine yeterince kanıtlar bulunduğu takdirde, ağır cezaya sevkolunmak üzere, ikinci derecedeki istinaf mahkemesinin bünyesinden çıkan, suçlama dairesince dosyası incelenmekte, yeniden yargılanıp, ancak bu dairece hakkında karar verilmektedir. Bu ise, söz konusu eksiklik ve sakıncayı büyük oranda ortadan kaldırmaktadır.

Ağır ceza mahkemeleri kararları gibi, devlet güvenlik mahkemeleri ile askerî mahkeme kararları da istinaf yoluna uyruk değildirler.

Hukuk alanında ise, arondisman mahkemelerinin kimi kararları istinafa uyruk tutulmamıştır. Burada, davaların önem dereceleri gözetilmiştir.

#### D) YARGIÇLARIN MESLEKTEN GELMELERİ İLKESİ :

##### a) İlkenin Anlamı :

Bu ilkeye göre, yargıçlar, özel bir eğitim görmüş kimseler olmalıdırlar. Yargılama, rasgele insanlar tarafından yapılamaz. Özel-

likle ceza yargıçlığı, ceza hukukunun esas ve usulü hakkında özel ve teknik bilgileri ve becerileri gerektirir. O nedenle, bu alanda, ilke daha özenle uygulanmaktadır.

Buna karşılık, yargıçların meslekten gelmelerini eleştirenler de vardır. Bu görüşe göre, adli görevlerin meslek haline getirilmesi, zamanla yargıcı, bıkkınlığa, duyarlıktan yoksunluğa itecek, meslekî yozlaşma sonucu sert kararlar birbirini izleyecektir. Öte yandan, ceza alanında, suçluluğun saptanılması, hukuk değil, daha çok kanıtların değerlendirilmesine yönelik olayla ilgili bir sorundur. Bu tür bir sorunun önceden koşullanmamış, halk adına adaleti gerçekleştirmekle görevli onun temsilcileri tarafından çözümlenmesi olabildiğince doğal sayılmalıdır.

Bu düşünceler Fransa'da yankılarını bulmuşlardır. 4 Ekim 1958 tarihli anayasanın 65. ve 66. maddeleri uyarınca çıkarılan anayasal metinler, yargıçlık mesleğinin statüsünü belirlemişlerdir. 68-1270 sayılı ve 22 Aralık 1958 günlü örgüt yasası ve bunu tamamlayan 58-1277 sayılı tüzük, zaman zaman ve 20 Şubat 1967'de değişikliklere uğramış, «Adli incelemeler ulusal merkezi» 1970'te yargıçlık yüksek okulu (ENM) düzeyine getirilmiştir. Yargıç olabilmek için, açılan sınavı kazanan tüm adaylar bu okula girerler, teorik bilgi ve stajdan sonra yapılan sınavlara göre atanırlar. Bu olağan yöntemin yanında, istekleri üzerine belli hukuksal deneyimleri olanlar arasından da (eski avukatlar, hukuk profesörleri v.b) özel bir yargı kurulunun kararıyla mesleğe alınanlar da vardır.

### **b) İlkeden Sapmalar :**

Özellikle hukuk alanında, ayrık mahkemeleri hemen hemen tümü çoğu seçimle gelen yargıçlardan oluşmaktadır.

Ceza alanında başlıca sapma, ağır ceza mahkemelerinde 9 yargıçlar kurulu üyesinin yer almasıdır. Bunlar kur'a ile seçilirler.

Çocuk mahkemelerinde de meslekten gelme yargıcın yanında görevli iki üye, çocuk ve gençlik konularında uzmanlaşmış ve fakat hukukçu olmayan kişiler arasından seçilir.

Devlet güvenlik mahkemesi ile askerî mahkemelerde de meslekten gelmeyen yargıçlar da görev almaktadırlar.

### **E) YARGI GÖREVİNİN SÜREKLİLİĞİ İLKESİ :**

Gerek hukuk ve gerekse ceza alanında, yargı organları sürekli olarak görev yaparlar. Özellikle bu ceza alanında daha çok göze çar-



pıdır. Kimi durumlarda, alışılan gün ve saatlerin dışında da duruşma yapmak zorundadırlar.

Son günlere değin, Fransa'da hukuk alanında da süreklilik, daha çok ayırık mahkemeler için söz konusu idi. Adli ara vermeden yararlanamıyorlardı. 7 - 163 sayı ve 27 Şubat 1974 günlü tüzük bu duruma son vererek, 1 Ocak 1975'ten sonra yeni bir adli araverme uygulaması getirdi. Buna göre, yargıçlar hakları olan izinden yararlanmakla birlikte, adli hizmetin sürekliliği ondan etkilenmemektedir.

Bununla birlikte, ağır ceza mahkemeleri, geçici nitelikte olup, üç ayda bir toplanırlar. Ancak, işlemin çokluğu nedeniyle, Paris'te üç ayrı ağır ceza mahkemesi 15 günde bir toplanmaktadır.

#### F) YARGI ORGANLARININ YERLEŞİKLİĞİ İLKESİ :

Fransa'da yargı organları, belli yerlerde yerleşmişlerdir. Bu hem adaletin ve hem de yönetsel hizmetlerini iyi yürütülmesi için zorunlu görülmektedir. Bununla birlikte, ağır ceza mahkemeleri departman merkezinin dışında bir yerde toplanabilirler. Tüm Fransa için tek olan ve doğal olarak Paris'te bulunan Devlet Güvenlik Mahkemesi, başka bir kente de çağrılabilir.

#### G) YARGI VE YARGIÇLARIN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ :

Bağımsız adalet erkinin tartışılmazlığı, Fransız yurttaşlarının zihinlerine öylesine yerleşmiştir ki, yasaların niteliği ne olursa olsun, bu erkin bağımsızlığını zedeliyecek bir tasarrufa kimse yeltenemekte, güçlü bir kamuoyunun varlığı bunun en güvenilir güvencesi sayılmaktadır. Üç yüzyıllık savaşımın sonunda kabul edilmiştir ki, bireysel hakların ve kamusal özgürlüklerin güvencesi olan adalet, diğerleri gibi rasgele bir yönetsel hizmet; yargıç da sıradan bir görevli değildir.

Erklerin ayrılığı ilkesine göre, yargı erkinin işlerine, yürütme ve yasama; bunların işlerine de yargı erki karışmayacaktır. Bu ilke, giderek yargı erkinin bağımsızlığını sağlayacak esasların saptanılması gereksinimini doğurmuştur.

Yargı erkinin bağımsızlığı, yargıçların bağımsızlıklarının üç ayrı görünümünü doğurmuştur :

### a) Yürütme Organı Karşısında Bağımsızlık :

Yargı, yürütmeden ayrı ve bağımsız bir güç olarak, gerek hukuk ve ceza alanında, gerekse ayrık yargı organlarında varlığını duyurmaktadır. O nedenle yargıçlar azledilemezler. Azledilmek için belli yöntemlerle yargılanmak gerekir. Azledilmezlik, anayasal düzeyde bir kuraldır. (md : 64)

Bununla birlikte, azledilmezlik, bağımsızlığı sağlamağa bir başına yeterli değildir. Meslekte ilerleme, yürütme gücünün tekeline bırakılırsa, bu bağımsızlık daha çok zedelenmiş olacaktır. O nedenle Fransada, «yükselme tablosu» esası benimsenmiş ve çoğunluğu yargıçlardan oluşan bir yükselme yarkurulu bu görevi yerine getirmeye başlamıştır. Ancak, doktrinde, Fransız yargıçlarının tümüyle bağımsız olmadıkları ileri sürülmektedir.

Fransız Anayasasına göre, yargıçların bağımsızlığı, Cumhurbaşkanınca sağlanır ve bu konuda kendisine yüksek yargıçlar kurulu yardım eder. (Md : 65) Bu kurulun başkanı Cumhurbaşkanı, asbaşkanı ise Adalet Bakanıdır.

58 - 1271 sayılı ve 22 Aralık 1958 günlü örgüt yasasıyla 59 - 305 sayılı ve 19 Şubat 1959 günlü tüzük, kurulun oluşum ve çalışma esaslarını saptamıştır. Buna göre; başkan ve asbaşkandan başka, kurul Cumhurbaşkanınca dört yıl için atanan dokuz üyeden meydana gelir. Bunlardan üçü (biri c. başsavcı yardımcısıdır) Yargıtay, üçü taşra mahkemeleri mensupları arasında seçilir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu işle görevli bir bürosu, bu altı yargıç için üç misli aday listesini Cumhurbaşkanına sunar. Ayrıca, Danıştay Genel Kurulunun sunduğu üç üyeden biri ve yargıç sınıfından olmayan ve yetenekleri nedeniyle seçilen iki kişi kurulu tamamlar. İşte bu kurul, adliyenin bağımsızlığının bekçisi olarak kabul edilmektedir. Atamalarda ve disiplin cezalarının uygulanmasında görev yapan ve Yargıtay'da toplanan kurul, diğer konuları görüşürken Cumhurbaşkanının başkanlığında çalışma geleneğini kazanmıştır. Ayrıca özel aflarda devlet başkanının danışmanıdır.

Bununla birlikte, C. Savcıları yürütme organının bir görevlisi, Adalet önünde bir tür sözcüsü olarak kabul edildiklerinden azledilmezlik ilkesinden yararlanamazlar. Yazılı buyruklara uymak zorundadırlar. Ancak, yasaca onların düşünme ve düşüncelerini geliştirme özgürlükleri «kalem tutsak, söz özgür» kuralınca kabul edilmiştir. (Ceza Usulü md : 33)

### **b) Adli Yetkeler (Otoriteler) Karşısında Bağımsızlık :**

Yukarıdada değindiğimiz üzere, ceza alanında, hazırlık, ilk ve son soruşturma evreleri ve görevleri birbirinden ayrılmışlardır. Eski hukukun «her yargıç, savcıdır» kuralı bir yana itilmiş, yargıcın kendiliğinden bir davaya el koyamayacağı görüşü benimsenmiştir. Öte yandan yargıcın da savcılığa dava açılması için buyruk vermesi söz konusu olamayacaktır.

Üst yargı organlarına karşı da, diğer yargı organları, arada iye-rarşik bir uyruklu bulunmaması ile bağımsızlıklarını korumaktadırlar. Bu berikiler kanıtların değerlendirilmesinde özgür ve davaya egenmelidirler. Bir yargı organının başkanı da, diğer yargıçlara dava nedeniyle kanılarını zorlayamaz. Asliye mahkemesi başkanı ve istinaf mahkemesi birinci başkanlarının mülhakatındaki yargıçlara sicil vermeleri yargılama etkinliği açısından, hiç bir bağımlılık yaratmamaktadır.

### **c) Taraflar ve Kamu Oyu Karşısında Bağımsızlık :**

Yargıçlar, tarafların düşünceleriyle de bağımlı değildirler. Onlar cezada vicdanî kanılarına ve hukukta hukuk kurallarıyla mantıklarına göre değerlendirirler. Hiç kuşkusuz hukukta yargıç, kimi kanıtlarla ve davanın konusu ile bağımlıdır. Ancak, bu ölçüler içinde karar verecektir.

Adaletin yapıp kotardığı yapıt iyi tanınmadığından saldırılarla karşılaşabilir, basında eleştiri hakları kötüye kullanılabilir. Yargıçların bağımsızlık ve özgürlüğünü sağlayabilmek için ceza yasası ve özel yasalar buna karşı türlü cezalar öngörmüşlerdir. (Ceza yasası, md. 222, 223, 228, 231 - 226, 227; ve 29 Temmuz 1881 tarihli yasanın 30 - 33; 58 - 1298 sayılı ve 23 Aralık 1958 tarihli tüzüğü maddeleri).

Taraflar, yargıcın tarafsız olmadığı kanısında iseler, red haklarının kullanabilirler. Ciddi gerekçeler ve haklı kuşkular üzerine davanın bir başka yargı organı önüne getirilmesini isteme hakkı, bir bakıma yargıçların bağımsızlığını sağlayan yöntemlerden de biridir aslında.





## Genel Hukuk Konuları :

### YÜKSELME KURALLARIMIZ ÂDİL VE YETERLİ MİDİR ?

AHMET ÇETİNKAYA (\*)

#### P L Â N :

- I. AMAÇ VE KAPSAM
- II. YÜKSELME ESASLARI
- III. YÜKSELME KAYGUSUNUN ZARARLARI
- IV. ÖNERİLER
- V. SONUÇ

#### 1. AMAÇ VE KAPSAM :

Hâkim ve C. Savcılarının her yıl kademe, iki yılda bir dereceli yükselme esasına tabi olmaları ve koşullar gerçekleştiğinde birinci sınıfa ayrılmaları belli bir kural gereğidir. Her iki Yüksek Kurulun her yılın ilk ayında aldığı ve bir yıl için geçerli olan bu konulardaki İLKE KARARI yayınlanarak, meslektaşlarımızın bilgilerine sunulmaktadır. Amacımız, mevcut Yükselme Kurallarının Hâkim ve C. Savcılarının tabiri caizse manevî bir baskı altında tuttuğunu, iyi not alma ve yükselme arzusunun gerçek adalete yaklaşımı önemli derecede önleyebildiğini, adalet hizmetine ve binnetice Türk Hukukunun gelişmesine menfi yönde etki yaptığını mümkün olduğu kadar müşahhas örneklerle gözler önüne sermek ve ilk nazarda aklımıza gelen somut önerilerimizi sıralamaktır. Her iki Yüksek Kurulun Yükselme Kuralları çoğunlukla benzerlik arzettiğinden, biz C. Savcıları ve yardımcıları ile Cumhuriyet Savcılığı sınıfından sayılanlar hakkındaki ilke kararını inceleme konusu yapacağız.

#### II. YÜKSELME ESASLARI :

Birinci sınıfa ayrılmayı doğrudan doğruya etkilemesini ve Kademe ilerlemesi koşullarının genellikle bir problem yaratmamış olmasını nazara alarak, Yüksek Savcılar Kurulunun halen yürürlük-

(\*) Saruhanlı Cumhuriyet Savcı Yardımcısı.



te bulunan 8.1.1975 günlü İLKE KARARINDA mündemiç ve Yükselme Esasları olarak adlandırılan Dereceli Yükselme kurallarını tek tek ele almakta fayda mülâhaza addediyoruz :

**1. Yükselmeye Lâyük Olma :** Meslekdaşlarımız arasında «Adiyen Yükselme» olarak da adlandırılan bu tip yükselmenin koşullarına bir göz atalım. Normal olarak Yükselmeye lâyük olabilmek için :

a — İlgililerin, Hâkimler Kanununun 30 ve 39 ncu maddelerinde gösterilen ahlâki gidişlerinin, mesleki bilgi ve anlayışlarının, gayret ve çalışkanlıklarının göreve devam ve bağlılıklarının, gelen işlerle neticelendirdikleri işler arasındaki nispeten, üst mercilerle müfettişlerin haklarında verdikleri bilgilerin (rapolar ve hal kâğıtları), Yargıtay dairesi ve Genel Kurulu ile Cumhuriyet Başsavcılığından verilen notların ve kendilerinin 34 ncü maddede yazılı belgelerinin müsbet olması gerekir.

b — Yukarıdaki bentte yazılı niteliklerle beraber, yükselme süresi içinde Yargıtayca incelenmiş olan karar ve lâyihalardan aldığı notların % 50 sinin çok iyi veya iyi olması ve zayıf not miktarının notlarının genel toplamına göre % 10 nu geçmemesi şarttır.

c — Yalnız fişle yükseltilenler bu şartların dışında bırakılmış, Cumhuriyet Savcılığının Yardımcılık derecesinde bulunanlar (b) bendinde yazılı oranı dolduramadıkları takdirde sicillerine ve çıkarıldıkları işlerin mahiyet ve sayılarına göre yükselebilmek imkânı tanınmıştır.

**2. Tercihan Yükselme :** Tercihan Yükelebilmek için yukarıdaki ana şartlardan başka, listenin yapıldığı tarihten önceki iki yıl olan bir yükselme dönemi içinde :

a — Yargıtaydan en az 40 (tek Hâkimli asliye mahkemesi bulunan yerlerde çalışanlardan en az 25) iş geçirmiş olmak,

b — Bu işlerinden Yargıtay Genel Kurul ve daireleri ile Cumhuriyet Başsavcılığından aldığı çok iyi veya iyi not oranı % 70 e ulaşmış olmak,

c — 5 nci maddede yazılı tamamlayıcı niteliklere (kişisel hal ve ahlâki gidişler ile temayüz etmek, sicil dosyasındaki belgeleri, not durumları ve maddi eserlerle sağlanan başarının müspet olması) sahip olmak, gerekir. Ancak :

d — Yargıtaydan 40 işi geçmemiş olmakla beraber en az 30 iş geçirmiş (Tek Hâkimli Asliye Mahkemesi bulunan yerlerde çalışanlardan 25 işi geçmemiş olmamakla beraber en az 20 iş geçirmiş) olup

da not oranı diğer bilgi ve belgeleri ile emsalinden çok üstün başarıya ulaşmış olduklarına kanaat getirilenlere tercihan yükselme imkanı açık tutulmuştur.

**3. Mümtazen Yükselme :** Yukarıda sözünü ettiğimiz ana şartlardan ayrı olarak mümtazen yükselebilmek için de :

a — Yargıtaydan en az 40 (Tek Hâkimli Asliye Mahkemesi bulunan yerlerde çalışanlardan en az 30) işi geçirmiş,

b — Bu işlerden Yargıtay Genel Kurul ve daireleri ile Cumhuriyet Başsavcılığından alınacak çok iyi ve iyi not oranı, zayıf not bulunmamak şartıyla % 85'e ulaşmış, olmak gerekiyor. Tabii yine, 5 nci maddede yazılı esasaların göz önünde tutulacağını da ilave edelim.

c — Ayrıca, aldığı notlar arasında zayıf not bulunanlardan not oranı % 90 ve daha yukarı olanların mümtazen yükselebilmeleri de olanak içinde.

Not oranının hesabında % 50 den yukarı olan kesirlerin tam sayıya iblağ olduğunu, kurulca incelemeye esas tutulacak Yargıtay notlarının yükselme sürelerini dolduran Cumhuriyet Savcı ve Yardımcıları ile bu sınıftan sayılanlar hakkındaki listenin yapıldığı tarihten önceki iki yıl içinde alınan notlar bulunduğunu hemen belirtelim. Yüksek Savcılar Kurulu, bu devreye ait olmak şartı ile, listenin düzenlenmesinden sonra ve inceleme tarihine kadar Yargıtaydan gelen notları da değerlendirileceğini karara bağlamış.

Keza, Hâkimler Kanununun 70 nci maddesine göre mesleğe kabul edilenlerden 8 sayılı Kanun Hükmünde Kararınmenin 21 nci maddesinden yararlananların yükselme işlemlerinin bir yıllık iş durumu, not oranı ve diğer bilgi ve belgelere göre yapılacağı, Hâkimler Kanununun 70 ve 71 nci maddelerine göre mesleğe kabul edilenlerin tercihan veya mümtazen terfi hak kazanmalarının bir tam yükselme süresinin meslekte geçirmiş olmalarına bağlı bulunduğu hakkında kurallar konmuştur.

### III. YÜKSELME KAYGUSUNUN ZARARLARI :

Buna, iyi yükselme ya da iyi yükselmenin en önemli unsurları arasında sayılan İYİ NOT ALAMAMA KAYGUSUNUN ADALETE ZARARLARI demek daha doğru olur. Hâkim ve C. Savcılarımızın en iyi şekilde yükselme arzuları doğal olmakla beraber katı kalıp ve şartların tesiri ile bu konuda duyabilecekleri kayguların nelere mal ola-

bileceğini, adalete ve dolayısıyla Türk Hukukuna verebileceği zararları somut örneklerle açıklamaya çalışalım :

**1. Mevcut kurallar gerçek adalete yaklaşımı güçleştirmektedir :** Meslekdaşlarımızın genellikle, önüne gelen meselelerde çözüme ulaşırken olayı daha önce denenmiş bir kalıp içersine sokmaya çalıştıklarını, inanmadığı konularda dahi Yüksek Yargıtayın içtihatlarına sıkı sıkıya bağlanmak mecburiyetini hissederek verdiği kararlardan ONAMA ve İYİ NOT beklemek eğilimi içersinde olduklarını söylemek herhalde tamamen yanlış olmaz. «Hâkim değişikliği nedeniyle eski zabıtlar okundu...» şeklindeki fuzuli cümlenin hâlâ bazı Hâkimlerimizce tutanağa geçirilmesi sadece eski bir alışkanlık değil bu konudaki iddiamızın belirgin bir örneğidir. Tapulama işlerine bakan bir Hâkim arkadaşımın : «Yargıtay öyle de karar versek bozuyor, böylede. Ne yapacağımı şaşırđım.» dediğini gayet iyi hatırlıyorum. Ancak, Yüksek Yargıtayın içtihatlarının büyük çoğunluğunun bizlere ışık tuttuğunu, kanunları uygulamamızda usta bir yol gösterici olduğunu açık kalbîlikle kabul ettiğimizi belirtmeyi bir görev sayarız. Ne var ki, gerçek adalete ulaşmaya çalışırken kısmen de olsa iyi not alabilme psikolojisi ile onun mutlak tesiri altında kalmayı hukuk açısından çok mahzurlu buluyoruz.

**2. Adalette sür'ati önleyici etkenliği vardır :** Çabuk sonuca ulaşmayan adalet, adalet değildir. Bu genel prensibin bütün hukukçular tarafından tartışmasız olarak kabul edildiğini söylemek kehanet olmaz. Bir an için, Hâkimin girift ve kendince Yüksek Yargıtay tarafından menfi not verilebilecek problemler ile kararları çözüme ulaştırmaktan kaçındığını düşünürsek varacağımız netice Türk Hukuku yönünden çok acı olacaktır : Not alma kaygusu ile hareket edebilecek bir Hâkim, denenmiş ve daha önce emsali geçmiş problemleri sonuca ulaştıracak ve fakat Onanmasından kesin olarak emin olmadığı davaları karara bağlamıyarak birikime sebebiyet verecektir. Şunu hemen belirtelim ki, Yüksek Yargıtaydan iyi not almak ve bilmem şu kadar dosyayı incelemesinden geçirmiş olmak yükselbilmek için kâfi değildir amma asgari ve mutlak şartıdır. «Allah Hâkimle Hekime düşürmesin.» tekerlemesinin dillerde dolaşmasını, yıllarca boşanamıyan çiftlerin yakınmalarını, 20 - 25 yıldır bitmeyen davaların nedenlerini sadece kanunların yetersizliğini bağlamak kanaatimizce haksızlık olur.

**3. Hâkimi merhametsiz adalete yöneltebilmektedir :** Genellikle sanıklar, bizatihi verilmiş para cezaları ya da paraya çevrilmiş hapis cezaları ile özellikle cezanın tecili ile ilgili kararları temyiz et-



meğe istekli değillerdir. Bunu, kişinin menfaat duygusunu bağlamak mümkün olduğu gibi verilmiş kararın Yüksek Yargıtayca aleyhe bozulabileceği korkusu ile de izah etmek kabildir. İş hacminin düşük olduğu yerlerde Hâkimin, ilk defa suç işleyen taksirli cürüm sahibinin hapis cezasını paraya çevirmiyebileceğini ya da tecil etmeyebileceğini, aynı durumdaki birinin bir kaç günlük hafif hapis cezasını aynen çektirebileceğini hiç düşündünüz mü ? Bundan tabii ne var diyeceksiniz. Ama, bu yöntemi Hâkimin, kararın sanıklar tarafından temyizini sağlamak bunun sonucu olarak Yargıtaydan geçmesi gereken dosya sayısını artırmak ve iyi not almak kaygusu yüzünden tercih ettiğini düşünmek bile istemeyiz. Bütün meslektaşlarımızı tenzih ederim. Esasen bu konuda, kesin bir iddiamız olmadığı gibi tanık olduğumuz bir örnek de mevcut değildir. Gayemiz, «ACA-BA?» sorusunu zihinlerde yaratmak ve önleyici tedbirlerin alınabilmesi için varsayımlarımızı gözler önüne sermekten ibarettir. Bir gün hafif hapis ve ÜÇ lira Hafif para cezaları dahil, tecili para cezasına çevrilmesi imkân dahilinde olan kabahat nev'inden cezaları aynen infaz etmiş bir C. Savcısı olarak böylesine oportünist bir sonuca varmamızın doğal karşılanacağı umudundayız.

#### IV. ÖNERİLER :

Detaylı ve ilmî bir inceleme olanağı bulamadığımız için bu konudaki önerilerimiz hiç şüphesiz ki bir tenenniden öteye gidemez. Aklımıza gelebilenleri bir çırpıda sıralayiverelim :

**1. Not için rakam tahdidi kaldırılmalıdır :** Genel kural olarak, tercihan ve mümtazen yükselebilmek için Yargıtaydan en az 40 iş geçirmiş olmak şarttır. Buna bazı istisnai kaideler eklenmiştir. Pekiy ama bu 40 rakamı nereden bulunmuştur ? Bu konuda hangi kıstas kullanılarak kabul edilmiştir ? 50 veya 100 değil de neden 40 işin Yargıtaydan geçmesi istemiştir ? Bu soruların cevabı bizce bilinmemektedir. Yüksek Savcılar Kurulu, inceleme konusu yaptığımız ilke kararı ile Tek Hâkimli Asliye Mahkemesi olan yerlerde çalışanlar için bu sayıyı düşürerek isabetli bir neticeye varmıştır. Zira bu tip yerlerin iş hacmi hayli azdır. Ayrıca Kurul, devamlı uygulanmasını temenni ettiğimiz, listenin düzenlenmesinden sonra ve inceleme tarihine kadar Yargıtaydan gelen notların bu dönem için değerlendirileceğine dair kuralı da kabul etmekle, bu katı şartını yumuşatmaya çalışmıştır. Mutlaka bir rakam konması gerekiyorsa bunun genel olarak değil de yükselmeye tabi tutulacakların iki yıl

içersinde çözümlenmeye çalıştıkları iş miktarı ile orantılı olarak saptanması kanaatimizce daha âdil olur. Zira tek Hâkimli Asliye teşkilatı olan yerler arasında da gerek gelen iş miktarı ve gerekse kadro yönünden eşitsizlik her zaman mümkün olabilir. Hatta, tahdidî bir rakam koymadan, yükselme süresi içersinde Yüksek Yargıtaydan ne kadar işi geçerse o miktar üzerinden değerlendirme yapmak, bize hepsinden uygun gelmektedir. Şahsen rakam doldurmak için ve hiç olmazsa (NOTSUZ) not umarak esasa müessir olmayan basit usul hatalarını temyiz konusu yapmışımdır. Örneğin : 150 kuruş yargılama giderinin sanığa yükletilmemesini gerekçe göstererek Düzelterek Onama istememiz gibi. 150 kuruşluk devlet zararını sanığa yükletmeyi de hedef tutan bu davranışımın sonucundan bu paranın en az 10 misli olan dosyanın Yargıtaya gidip-gelme masrafının devlet uhdesinde kaldığını ve özellikle Yüksek Yargıtayın zaten çok olan iş hacmini artırdığını düşündükçe hep hayıflanmışımdır. Örnekleri çoğaltmak mümkün. Emekli bir Başkâtip olan büyüğüm anlatmıştı : C. Savcısının izinli olduğu zamanlarda not ve rakam doldurma kaygusu olan yetkili ceza Hâkiminin, onanacağından emin olduğu kararlarına ait temyiz lâyhalarını bizzat hazırlayıp Savcı vekili olan Başkâtibin imzasını da alarak Yargıtaya gönderdiğini duyunca hayli hayret etmişim. Bizden yaşça büyük olan meslekdaşlarımız Bâşkatiblerin Savcı vekili olarak görev yaptığı devreleri gayet iyi hatırlıyacıklarından bu konuda bana nakledilen iddianın gerçekliği hakkındaki takdiri onlara bırakıyorum.

**2. Not verecek makam ve merciler çoğaltılabilir :** Bugün Hâkim ve C. Savcılarına not vermek Yargıtayın tekelindedir. Kesin olan ya da ilgilileri tarafından kanun yoluna gidilmeksizin kesinleşen kararlar ile meslekdaşlarımızın bunun dışında kalan tüm çalışmaları hakkında herhangi bir not takdir edilmemektedir. Gerçi Müfettişler tarafından yapılan denetimlerde bunlar inceleme konusu yapılmaktadır. Ama, Yüksek Yargıtaydan geçmeden kesinleşen kararlar hakkında her iki Kurulca görevlendirilen Müfettişlerce bir not verilmemektedir. Kanaatimizce bu pekâlâ mümkün olabilir. Zira bizleri ve çalışmalarımızı yakından tanıyan onlardır. Bağlı olunan üst C. Savcısı tarafından da bu konuda not verilmesini sağlamak, onlara belli aralıklarla mecburi denetim hak ve görevi vermek kanaatimizce yerinde olur. En azından, teşkilatının genişliği ve kadro çokluğu yüzünden bazen hiç yüz yüze kalmadığı C. Savcı Yardımcıları hakkında sicil doldurmak mecburiyetini yüklemek Ağır Ceza C. Savcısı için olduğu kadar hakkında «şu derere ile yükselebilir» kanaati verilen C. Savcı yardımcıları için de haksızlık olur.



**3. Not verme usulü belli bir kurala bağlanmalıdır :** Bugün Yüksek Yargıtayca incelen kararlara, PEKİYİ - İYİ - NOTSUZ - ORTA ve ZAYIF olmak üzere beş çeşit nok takdir edilmektedir. Bütün bu notların hangi hallerde ne zaman verildiğine dair esnek de olsa bir kaidede mevcut değildir. Yüksek Yargıtayın çeşitli daireleri arasında bu konuda açık bir uyum yoktur. Örneğin, usulü hatayı havi bir karar Yüksek Yargıtayın bir dairesinin müsbet diğerinin menfi not verdiği bir gerçektir. Kanaatimizce not vermenin belirlenen bir kurala bağlanması, Hâkim veya C. Savcısının şikayet ve davanın başından itibaren yürüttüğü çalışma, hazırlık evrakı ve davadaki düzen, talep, ara kararı ve talik gerekçelerinden tutun da karar ifade tarzına kadar detaylı olarak incelenerek değerlendirilmeye tabi tutulması çok doğru olur. Hâkim ve C. Savcısının önlerine gelen problemi doğru olarak sonuçlandırması not takdirine tek gerekçe kabul edilmemelidir. Yüksek Yargıtayca, kanaatimizce adil olmayan bir uygulama da kural haline getirilmiş gibidir : Kamu davasını sonuna kadar takip edip bütün duruşmalarına çıkan ve Esas Hakkındaki mütalaasını dahi isabetle vererek görevini yerine getiren C. Savcısının yerine, dosyanın tetkike alınması gibi bir nedenle duruşmanın başka bir güne ertelenmesi ve iddia makamını işgal eden meslekdaşımızın değişmesi halinde, «Eski mütalaayı aynen tekrar ederiz» diyerek duruşmaya ilk defa katılan C. Savcısına (son celse kararları sonuçlandırdığından) not verilmektedir. Bu durumlarda yalnız son celseye iştirak eden C. Cavcısına değil duruşmaya katılan bütün C. Savcılarına (Duruşmalardaki ve duruşma haricindeki talep ve mütalaaları nazara alınmak suretiyle) hatta hazırlık tahkikatını yapıp suçun vasıf ve mahiyetini iyi tayin etmek suretiyle müsbet bir ididaname tanzim ederek Kamu davasını başlatan meslekdaşlarımızı da Yüksek Yargıtayca not takdir edilmesi kanımızca en âdil yoldur. Yine Yüksek Yargıtayca incelenen Sulh Ceza Mahkemesinin kararları dolayısıyla hazırlık tahkikatını yürütüp iddianame düzenleyen C. Savcılarını ile Sorgu Hâkimliklerine Esas Hakkında iddianeme düzenlemek suretiyle görüşünü belirliyen C. Savcılarının bu çalışmaları değerlendirilmektedir. Bd hallerde C. Savcılarında da not takdir edilmemesi bize göre âdil değildir. Kaza, bugünkü uygulamada Af, dilekçe redi, vazgeçme gibi hallerde daha önce Yargıtaya ulaşmış dosyalar Hâkim ve C. Savcılarının çalışmaları yönünden bir değerlendirmeye tabi tutulmadan iade edilmektedir. Kanaatimizce bu durumlarda dosyanın sadece not takdiri yönünden incelenmesi mümkündür. Özellikle Genel Affın çıktığı dönemlerde meslekdaşlarımız çalışmalarının değerlendirilmemesi yüzünden iyi yükselmesi

için gerekli iş sayısına ulaşamamaktadırlar. Bu ise Hâkim ve C. Savcısının bir kusuru sayılamaz.

**4. Çıkarılan iş sayısı not yüzdesine müessir olmalıdır :** Dikkat edilecek olursa not ve rakam tahdidi esasları üzerindeki eleştirilerimiz ağırlık kazanmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, belli bir not yüzdesine ve Yargıtaydan geçmesi gereken dosya rakamına ulaşmak iyi derecede yükselmenin tek şartı değildir ama asgari ve mutlak en önemli şekli kaidesidir. Belirlenen not yüzdesine ve rakama ulaşmamış ve fakat diğer bütün şartları müsbet olarak toplamış meslekdaşlarımızın bizim tabirimizle ancak «Adiyen Yükselbilmesi»ni izah etmek mümkün değildir. Bu bakımdan görüşlerimizin müsamaha ile karşılanacağını umuyoruz. Gerçi Hâkim ve C. Savcılarının yükselme dönemi içerisinde çıkardığı işler değerlendirilmektedir. Bu ayrı bir koşul olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce çıkarılan iş sayısına orantılı olarak not yüzdesinin müsbet veya menfi yönde etkileneceğini ön gören belirli ölçüleri kural olarak kabul etmek pekâlâ mümkündür. Böyle bir şeklin kabul edilmesi meslekdaşlarımızın çok çalışma arzularına daha da kamçılatacak sür'atli adalete yardımcı olacaktır. Örneğin : «Aldığı işlerin % 90 veya daha yukarısını sonuca bağlayan Hâkim ve C. Savcılarının diğer şartlara göre bulunan not yüzdesine % 5 ilâve olunur» gibi bir kuralın konması her yönüyle müsbet neticeler doğuracaktır. Bunun tersi olarak da, çıkardığı iş sayısı belli bir yüzdenin altında olanlardan, bulunan not yüzdesinin % 5 oranında menfi olarak etkileneceği şeklinde bir esas ilâve edilebilir.

**5. Kanun konusu olan öneriler :** Yüksek Yargıtayın iş hacminin çokluğu yüzünden bunaldığını açıkça görüyoruz. Her Adli yılın açılışında Yargıtaya gelen ve çıkan işlerin devamlı ve yüksek düzeyde arttığını öğrendikçe kaygumuz daha da artıyor. Zaman zaman Yüksek Yargıtayın daire sayısının arttırılması kanaatimizce sorunu çözümlenmemektedir. İstinaf Mahkemelerinin bir an önce kurulması artık kesin bir zaruret hâline gelmiştir. Sözüünü ettiğimiz mahkemelerin kurulmasıyla Yüksek Yargıtay rahat bir nefes almak imkânı bulacak ve yıllarca sıra beklemek yüzünden incelenemeyen dosyaların sür'atle mahalline iadesi gerçekleşecektir. Bu da, meslekdaşlarımızın çalışmalarının Yüksek dönemleri içerisinde ve zamanında değerlendirilmesi yönünden önem taşımaktadır.

Usul Kanunumuza göre Mahkemelerimizin ısrar hakkı mevcuttur. C. Savcılarının temyiz yoluna gittikleri konuda ise ısrar etmeleri kanunen imkân dahilinde değildir. Bir kanun değişikliği ile C.

Savcılarında da kanun yollarına gitme de ısrar hakkının tanınması kanaatimizce gereklidir.

**6. Hâkim ve Savcı sınıflarının Yükselme Esasları aynı paralelde olmalıdır :** Bunu sağlamak için de her iki Yüksek Kurulumuzun basit bir koordine içersine girmeleri kâfidir. Her iki sınıfın çalışma durum ve şartlarının farklılığı nedeniyle Yükselme esaslarının tıpa tıp aynı olması imkân dahilinde değilse de temel kurallarda eşitlik gereklidir. Sözü gelmişken, Hâkim ve C. Savcılarının atanacakları yerlere ait bölge sınıf dereceleri arasındaki farkında kaldırılması gerektiğini söylemeden geçemiyoruz. Hâkimlerimizin atanmalarında mümkün olduğu kadar görev ihtisaslaşmasına gidilmesi dileğimizi de arz edelim : Örneğin, uzun yıllar Hukuk Hâkimliği yapmış bir meslekdaşımızı Ceza Hâkimliğine atamak kanaatimizce doğru değildir. Bunun tersini de söylemek mümkün. Görevde belli bir ihtisaslaşmaya gidildiğinde tabiri caizse «Adalette Verim» daha da artacaktır.

**7. Verilen notlar Hâkim ve C. Savcısına tebliğ edilmelidir :** Yürürlükteki uygulamaya göre, Yüksek Yargıtayca Hâkim ve C. Savcılarında verilen notlar talep olmadan sahiplerine bildirilmemektedir. Hazırlanan Not Fişlerinden bir suretinin incelenmiş dosya içersine konarak mahalline gönderilmesi kanaatimizce her bakımdan yararlı olur. Yüksek Yargıtay Başkanlığı, bu konudaki talep ve dileğimizi; «Hâkim ve C. Savcılarında verilen notların teşhir edilmemesi gerektiğini, yanlışlığın her zaman düzeltilebileceğini» neden göstererek reddetmiştir. Oysaki, bir zamanlar bazı Hukuk Daireleri tarafından kısmen benimsenip uygulanan bu görüşümüzün hiç bir sakıncası yoktur. İki Hukuk dairesinin, Yargıtay İlâmının altına sadece alınan notu gösteren bir ibare ekleme şeklinde uygulaması, kararın kesinleştirilmesi için taraflarca yapılan muameleler dolayısıyla teşhir edilmiş olabileceğinden belki mahzurlu sayılabilir. Ama, biraz önce izah ettiğimiz gibi verilen not fişinden bir örnek konulması halinde, dosyanın zarfını mahallinde açan bizler olduğumuza ve içindeki fişi hemen almak imkanı bulacağımıza göre bir teşhir veya herhangi bir sakınca durumunun olmayacağı aşikârdır. Böylelikle ne zaman, hangi hallerde, şu veya bu şekilde not verilmiş olduğunu detaylı biçimde öğrenmek imkânını bulacağımız gibi nadir de olsa yapılabilecek yanlışlıkları tamamen önlemek mümkün olur. Bu yöntemin en yararlı yönü de çalışmalarımızın semeresini en kısa zamanda görerek daha az hata yapmamızı sağlaması olacaktır.



En yüksek notu almış ve meslekdaşlarımıza tam bir örnek olacak mahkeme kararlarının yayınlanması da temennilerimiz arasındadır. Böylece, her yönüyle mükemmel olacak kararları emsal olarak kabul etmek olanağını bulmuş oluruz.

**8. Diğer Öneriler :** Tezkiye varakalarının daha geniş kapsamlı ve gerçek tanıtıcı duruma getirilmesi, zaman zaman meslekî kurslar açılması, bölge toplantıları yapılması, Hâkim ve C. Savcılarının mevcut bütün hukuk yayınlarından faydalanma imkânlarının sağlanması, birinci sınıfa ayrılmış meslekdaşlarımızı âtıl durumdan kurtaracak teşvik tedbirlerinin alınması, gerçek eser sahiplerine puan verilmesi ve diğer ülkelerdeki modern yükselme kurallarının incelenerek bünyemize göre bizde de uygulanıp uygulanamayacağı hakkında araştırmalar yapılması dilek ve temennilerimiz arasındadır.

## V. SONUÇ :

İnceleme konumuz olan yazımız başlığına cevap olarak : «İÇTENLİKLE EVET» demeyi çok isterdik. Mevcut Yükselme kuralları yürürlükte oldukça, puan tutturamıyarak birinci sınıfa ayrılamayanları başarısız ya da yeterli puan toplayarak birinci sınıfa kabul edilmişleri başarılı Hâkim ve C. Savcısı olarak tanımak zorunludur. Oysaki bu sistem meslekdaşlarımızın gerçek değerini hiç bir zaman ölçemez. Yeni bir yıl ve dönem yaklaşırken, âdil ve yeterli kurallarla değerlendirilmemizi umuyor ve yürekten diliyoruz.



**CEZAI YÖNDEN  
DİPLOMATİK BAĞIŞIKLIK VE AYRICALIKLAR**

HAKKI YAŞAR (\*)

**PLÂN:**

**GİRİŞ:**

**I — DEVLETLER HUKUKUNUN KAYNAKLARI**

- A. ANDLAŞMALAR
- B. MİLLETLERARASI TEAMÜL
- C. GENEL HUKUK PRENSİPLERİ
- D. YARDIMCI KAYNAKLAR

**II — DİPLOMATİK BAĞIŞIKLIKLAR VE AYRICALIKLAR**

«Dokunulmazlık ve İmtiyazlar»

**A. AYRICALIKLARIN TEMELİ**

- a) Ülke - Dışılık (Hariç ez Memleket) Doktrini
- b) Temsil Sıfatı Doktrini
- c) Görev Doktrini

**B. DOKUNULMAZLIKLAR**

- a) Kişi, Haberleşme ve Elçilik Binası Dokunulmazlığı
- b) Yargı Muaflikları

**C. DOKUNULMAZLIK VE MUAFLIKLARDAN FAYDALANANLAR**

- a) Diplomasi Temsilcileri ile Maiyeti ve Aileleri
- b) Konsolosların Dokunulmazlık ve Muaflikları

**D. DİPLOMATİK TEMSİLCİLERİN 3. DEVLET KARŞISINDA DURUMLARI**

- a) Kendini Tanıtmadan Geçme Hali
- b) Göreve Gidiş veya Görevden Dönüş Hali

(\*) Adalet Bak. Ceza İşleri Gn. Md. Müşaviri.

## III — UYGULAMA

- A. SUÇ İŞLENMESİ HALİNDE TAKİP EDİLEN USUL VE MEVZUAT
- a) Yurt Dışında Görevden Dolayı Suç İşlenmesi
  - b) Yurt Dışında Şahsî Suç İşlenmesi
  - c) Yabancı Diplomatların Yurt İçinde Suç İşlemeleri
- B. DİPLOMASİ MASUNİYETİ İLE İLGİLİ BAKANLAR KURULU KARARNAMELERİ
- a) 9 Aralık 1931 Tarihli Kararname
    - aa — Tam Diplomatik Masuniyeti Olanlar
    - bb — Diplomatik Masuniyetten İstifade etmeleri lâzım gelenler
    - cc — Diplomatik Masuniyetten İstifade Etmeyenler
  - b) 4 Mayıs 1927 tarih ve 5107 sayılı Kararname
  - c) Türkiye'de Kendilerine Tebliğat Yapılmayanlar
- C. NATO MENSUBU VE DİPLOMATİK BAĞIŞIKLIK
- D. YARGITAY İÇTİHA TLARI

## BİBLİYOGRAFYA

- 1 — Prof. Dr. SEHA L. MERAY, «DEVLETLER HUKUKUNA GİRİŞ» 1 ve 2. Cilt, 1959 - 1962.
- 2 — Prof. Dr. İLHAN LÜTEM, «DEVLETLER HUKUKU DERSLERİ» II. 1958.
- 3 — Prof. Dr. EDİP F. ÇELİK, «MİLLETLERARASI HUKUK,» II. Cilt 1. Kısım. 1968.
- 4 — Prof. Dr. ETEM MENEMENCİOĞLU, «DEVLETLER UMUMÎ HUKUKU» I. 1938.
- 5 — Doçent Dr. EDİP F. ÇELİK, «DEVLETLER HUKUKUNDA DİPLOMATİK MELCE VE MİLLETLERARASI ADALET DİVANI İÇTİHADİ», 1956.
- 6 — Doçent Dr. ÖMER İLHAN AKİPEK, «DEVLETLER HUKUKU KAYNAKLARINDAN VE BELGELERİNDEN ÖRNEKLER», 1966.
- 7 — Prof. Dr. M. TAHİR TANER, CEZA HUKUKU UMUMÎ KISMI. 1953.

## GİRİŞ :

Devletlerin, yasama, yürütme ve yargı yetkilerini, kendi ülkeleri üzerinde, dilediği gibi kullanma hakkı, onun bağımsızlığının en belirgin kıstaslarından biridir. Hiç bir yabancı Devletin iradesiyle paylaşmadan, onun emir ve direktiflerine uymadan bu haklarını kullanırlar. Bu onun hükümlerlik hakkının doğal bir sonucudur. Ancak bu, sonsuz değildir. Milletlerarası toplum hayatının gerekleri söz konusu olduğunda bir takım sınırlamalarla karşı karşıya kalmak zorunluğu, kendiliğinden ortaya çıkar.

Zira, Devlet hukuk düzeni, evrensel toplumun anayasal nitelikteki temel kurallarına aykırı olmayacaktır. Demek ki, Devletin yasama yetkisi, bir kere bu bakımdan sınırlanmakta ve Devlet, uluslararası hukuka aykırı kanunlar koymamak yükümü altında bulunmaktadır. Örneğin, herhangi bir Devletin yasama organı, köle ticaretini öngören bir kanun yapmayacak, ülkesi üzerindeki yabancıların hukuki statüsünü, uluslararası hukuka aykırı olarak düzenlemeyecek; karasularında zararsız geçiş hakkını yasaklamayacak; bunun gibi diploması temsilcilerinin uluslararası hukuka dayanan ayrıcalıklarını kaldıran kanun da çıkarmayacaktır (1).

Devletin bağımsızlığının en belirgin kıstası arasında saydığımız yargı yetkisi dahi, evrensel toplum düzeninin gereği olarak sınırlanmaktadır. Ancak unutulmamalı ki, bu sınırlamalar yalnız bir devlete değil, bütün Devletlere birden konduğu için, bağımsızlık yönünden, bir kısıtlanma sayılamamaktadır. Buna rağmen Devletler kendi aralarında karşılıklı olarak yaptıkları iki veya çok taraflı sözleşmelerle bu hakları daha da kısıtlayabilecekleri gibi daha da genişletmektedir.

Böylece karşımıza, DEVLETİN ÜLKESİ ÜZERİNDE YETKİLERİNİN, MİLLETLER ARASI HUKUK TARAFINDAN SINIRLANMASI KONUSU ÇIKMAKTADIR. Bu sınırlamalar ise bir taraftan temüli hukuka dayandığı gibi bir taraftan da Andlaşmaların getirdiği hükümlere dayanır.

Konumuz, daha ziyade CEZA UYGULAMASI açısından, diploması dokunulmazlığına ilişkindir. Diğer hususlara da sadece konuyu aydınlığa kavuşturmak amacıyla kısaca temas etmek istiyoruz. Zira, YARGI YETKİSİNİN sınırlanması konusunda ANA CEZA ka-

nunlarında açık bir hükme tesadüf etmek mümkün değildir. Keyfiyeti ya teamüli hukuk, ya da andlaşmaların getirdiği ve tanıdığı kısıtlamalar içinde görmek mümkündür.

Devletlerin yargı muaflığı 18. yüzyıldan beri gerek doktrin ve gerek içtihat tarafından kabul edilmekte ve diplomasi dokunulmazlık, çok eskiden beri uygulanmaktadır.

Başta elçiler ve fevkalade elçiler olmak üzere bir Devleti diğer Devlet topraklarında temsil eden diplomasi memurları, görev yaptıkları memleket yargısına tabi değildirler, haklarında ceza kanunu uygulanmaz. Bir suç işleseler bile, kovuşturulamazlar. *Devlet Başkanları* da yabancı bir memlekete gittikleri zaman, ister özel olarak gitmiş bulunsunlar, mahallî YARGIYA TABİ OLMAMAK imtiyazından istifade ettikleri gibi, mahsus bir görev ile giden DİŞİŞLERİ BAKANLARI, resmî bir konferansa memur MURAHHASLAR, Milletlerarası ADALET DİVANI ÜYELERİ sözü geçen imtiyazdan istifade ederler (2).

Diplomasi Dokunulmazlığının, daha iyi anlaşılabilmesi için, Devletler Hukuku Kaynaklarını kısaca izah etmekte fayda mülhaza edilmiştir.

## I — DEVLETLER HUKUKUNUN KAYNAKLARI :

Kaynak, kısaca ifade edilmek gerekirse, hukukun tezahür şekilleridir, denebilir. Bu hususta doktrin, kaynakların nitelik ve nicelikleri üzerinde farklı neticeler çıkartır. Lakin bunun yanı sıra Milletlerarası Adalet Divanının Statüsününün 38. maddesini müsbet hukuk açısından bu kaynakların neler olduğunu göstermesi bakımından burada açıklamak yerinde olacaktır.

Bu maddenin ilk fıkrası :

«Ödevi, kendisine havale edilen uyuşmazlıkları Devletlerarası hukuka uygun olarak çözmek olan Divan :

a — Uyuşmazlık halindeki Devletlerce tahsisen kabul edilmiş kaideler koyan gerek genel, gerek özel milletlerarası anlaşmaları,

b — Hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumî bir tatbikatın beyyinesi olarak milletlerarası teamülü,

c — Medenî milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini,

(2) Prof. r. M. Tahir TANER, Ceza Hukuku Umumî Kısım, 1953 Sh : 213 - 214.



d — Hukuk kaidelerinin tayininde yardımcı vasıta olarak muhtelif milletlerin adli kararları ile en yetkili müelliflerin doktrinlerini tatbik eder.» hükümlerini muhtevindir.

38. maddenin 1. fıkrası kaynaklar konusunda müsbet hukuk açısından probleme açıklık getirmektedir.

Bunlara sırasıyla ve kısaca temas edelim :

#### A. ANDLAŞMALAR :

Devletlerin, birbirleriyle münasebetlerinde uygulamayı kabul ettikleri kaideler üzerinde, sarıh rızalarını belirten andlaşma, iki veya daha çok Devlet arasında, bir hukukî münasebet kurmak veya mevcut bir hukukî münasebeti değiştirmek veya sona erdirmek için, usulüne uygun şekilde tesbit edilmiş yazılı bir mutabakattır (3).

Ancak bu andlaşmaların bir hukuk kaynağı olabilmesi için, hükümlerinin genel nitelikte olması ve özel hükümlerinin de — sadece andlaşmanın geçerli olduğu Devletler ile ilgili — zamanla teamüli hukuk niteliğini kazanması lazımdır.

Örneğin,

a — 5598 sayılı Kanunla kabul edilmiş bulunan;

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca Kabul edilen, «BİRLEŞMİŞ MİLLETLERİN AYRICALIK VE MUAFİYETLERİNE DAİR SÖZLEŞME»nin IV. maddesi ile Üye Devletler Temsilcilerine, diplomasi temsilcilerine tanınan haklara benzer hükümler getirilmiştir (4).

b — Keza 6619 sayılı Kanunla kabul edilen :

«Ankara Andlaşması Daimî Sekreterliği Memurlarının Diplomatik Statüsüne mütedair Protokol» metinlerinde de, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıkların kimlere tanındığı belirtilmiştir (5).

#### B. MİLLETLERARASI TEAMÜL

Teamül, bir muhitte yaşayan kişilerin, aynı fiileri tekrar etmeleriyle tessüs eder. Ancak unutulmamalıdır ki, zamanda tekerrür eden fiiller, hukukî kaidelere uygun olmayınca teamül olarak tessüs edemezler (6).

(3) Prof. Dr. Scha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, I. Cilt Sh : 78.

(4) a — Resmi Gazete'nin 21.1.1950 gün ve 7462 sayılı nüshası.

b — Tertip Düstur, Cilt 31, Sh : 1763.

(5) a — Resmi Gazete'nin 28.5.1955 gün ve 9014 sayılı nüshası.

b — III. Tertip üstur, Cilt 36, Sh : 1721.

(6) Prof. Dr. Etem MENEMENCİOĞLU, Devletler Hukuku I, Sh : 21.

Milletlerarası Adalet Divanının Statüsünün 38. madesinin 1. fıkrasında teamül, « hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş umumî bir tatbikatın beyyinesi » tarzında ifade olunmaktadır.

Bu açıklamadan yararlanılarak denebilir ki, milletlerarası bir teamül, önce Devletlerarasında genel ve müşterek bir uygulama niteliğinde olmalıdır. Bundan başka bu uygulamanın, uyulması zorunlu olması diğer deyimle, Devletlerce hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş bulunması gerekmektedir (7).

Bunun belirtileri de, aynı teamüle dayanarak çeşitli Devletler tarafından uygulanması ve kabul edilmesi, devamlı bir tekrara maruz kalması ve Devletlerce uyulma zorunluğunun kabul edilmesidir.

#### C. GENEL HUKUK PRENSİPLERİ :

Genel Hukuk Prensiplerinin, medenî milletlerce kabul edilen hukuk prensipleri niteliğinde olması gerekmektedir. Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinin birinci fıkrası bunu sarahaten belirtmektedir. Böylece, Devletler Hukukunun boşlukları doldurulmak istenmiştir. Bu genel prensiplerin başlıcaları arasında hem iç, hem de dış hukukta uygulanabilen : HÜSNİYET, AHDE VEFA, HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI, KAZANILMIŞ HAKLARA RİAYET, ZAMANAŞIMI, GECİKME FAİZİ, KİMSENİN SAHİP OLDUĞU HAKTAN FAZLASINI DEVREDEMİYECEĞİ KAİDESİ, KİMSENİN KENDİ DAVASINDA AYNİ ZAMANDA HÂKİM OLAMIYACAĞI kaidesi, sayılabilir. Uluslararası düzenin kendine özgü genel prensipleri arasında da, Devletler hukukunun iç hukuktan üstünlüğü, Devletin kişiliğinin devamlılığı, sayılabilir (8).

#### D. YARDIMCI KAYNAKLAR :

Yardımcı Kaynakların neler olabileceği yine, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinin I. fıkrasında açıklanmış bulunmaktadır. Bunlar, çeşitli ulusların adli kararları ile en yetkili hukukçuların doktrinleridir.

Mahkeme içtihatları, hukuk kaidelerinin tayininde yardımcı vasıta sayılmaktadır. Bu kararlar, kendileri hakkında alınan iki Devleti ilgilendirdiği gibi — benzeri olaylarda başka Devletler tarafından uygulanması halinde — uygulanan Devletler arasında da geçer-

(7) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, I. Cilt, Sh : 80.

(8) Prof. Dr. Sena L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, I. Cilt : Sh : 83 - 84.

lilik kazanabilir ve Divanın dahi aynı nitelikte almış olduğu kararlar, böylece daha geniş bir devlet grubunu ilzam eder bir durum kazanmış olur. Diğer taraftan Divan kararlarından ayrı olarak Millî Mahkemelerden verilen kararlar bile Devletler Hukuku kaidelerinin tayininde faydalı olabilir. Zira çeşitli Devletlerin Millî Mahkemeleri benzer olaylarda aynı tarzda kararlar alması halinde, kendiliğinden teamülî bir kuralın doğmasına yol açmış olurlar (9). En yetkili hukukçuların Doktrinleri, onların hukukî problemler üzerindeki kanaat ve düşünceleridir. Bu, adeta Medenî Kanunumuzun I. maddesinin 3. fıkrasında açıklandığı üzere, «Hâkim, ilmî içtihatlardan isti fade eder» prensibinin bir kaynağıdır ve uluslararası hukuk alanında da bir uygulaması gibidir.

## II — DİPLOMATİK BAĞIŞIKLIK VE AYRICALIKLAR

### “Dokunulmazlık ve İmtiyazlar”

Kendi Devletine ve nezdinde bulunduğu Devlete karşı görevlerle yükümlü bulunan DİPLOMASİ TEMSİLCİLERİ, bu görevlerini yaparlarken, diğer kimselerden farklı olarak bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade ederler. Bu bir bakıma, bulunduğu Devletin, Cezaî ve Medenî kovuşturmasından masun olduğu anlamını taşır. Bu haklar, kendilerine Devletler Hukukunun tanıdığı haklardır. Ancak bulunduğu Devlet, bu hakları bazan Millî Mevzuatı, bazan da Devletler Hukuku gereği tanıır.

#### A. AYRICALIKLARIN TEMELİ :

Diploması dokunulmazlık ve ayrıcalıkların nazari temelini açıklama amacıyla, ileri sürülen doktrinleri, genel olarak 3 grupta incelemek mümkündür (10).

#### a) Ülke - Dışılık (Harici-ez-memleket) Doktrini :

Diploması temsilcileri, görevleri icabı başka bir Devletin toprağında otururlar. Fakat onlar, haklarında uygulanacak yargısal yetkileri bakımından, «sanki bu ülkede bulunmuyorlarmış gibi» bir varsayımına dayanılarak işleme tabi tutulurlar.

Bu husus, feodalite devrinde egemenliğin mülkî değil fakat kişisel olması görüşünden hareketle ortaya atılmış idi ve fakat şimdi terkedilmiş gibidir.

(9) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, I. Cilt, Sh : 85.

(10) Daha fazla tafsilat için, Prof. Dr. Seha L. MERAY'ın Devletler Hukukuna Giriş. II. Cilt, Sh : 27, Devlet Hukuku Dersleri II. Sh : 542 - 543.



### b) Temsil Sıfatı Doktrini :

Bu doktrin, diplomasi temsilcisinin, *Devlet Başkanını* temsil etmesi noktasından hareket eder. O halde, Devlet Başkanının faydalanacağı dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan istifade etmesi gerekir, der.

### c) Görev Doktrini :

Ülke — dışılık görüşünü reddeden, temsil görüşünü de yeterli bulmıyan modern görüş ve açıklama tarzı, diplomasi ayrıcalıkların dayanağını diplomasi temsilcilerinin yaptıkları görevin niteliğine dayandırmaktadır (11). Onların, görevlerini bihakın yapabilmeleri için, bu bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade etmeleri gerekmektedir.

## B. DOKUNULMAZLIKLAR :

### a) Kişi, Haberleşme ve Elçilik Binası Dokunulmazlığı :

Diplomasi temsilcisini kabul eden Devletin, ona saygı göstermesi, kişiliğine, hürriyetine haysiyetine karşı her türlü saldırıdan onu koruması gerekir.

Dokunulmazlıklar arasında kişi dokunulmazlığı, en başta gelelidir. Diplomasi temsilcisinin kişi dokunulmazlığı, onların buldukları memlekette herhangi bir sebeple, hatta yanlışlıkla, *tutulmamalarını, sorguya çekilmemelerini gerektirir*.

Örneğin Türkiye'de Corp diplomatique'e mensup kimseler hakkında; 4 Mayıs 1927 tarihli 5107 sayılı Kararnameye ek TALİMAT-NAME'nin I. maddesinde şöyle denilmektedir : «Türkiye Cumhuriyeti nezdinde memur sefirler ile bunların zevce ve çocukları ve Hariciye Vekâletince mukayyet sefaret memurini siyasiyesi ve bunların zevce ve çocukları TÜRKİYE MEHAKİMİNE TABİ OLMAYIP TEVKİF VE HAPİS EDİLEMEZLER. İşbu zevat hakkında memurini zabıta tarafından doğrudan doğruya kendilerini iz'aç edecek bir gûna muamele yapılmaksızın Hariciye Vekâletine müracaat edilecektir» (12).

Ancak bunu sınırsız kabul etmek diğer deyimle bu dokunulmazlık hakkına sığınarak, bir diplomasi memurunun bulunduğu Devletin kanun ve nizmalarına riayette devamlı kusur eder, onun sulh ve sukûnunu bozarsa, geri çekilmesi Devletinden istenir ve icabın-

(11) Prof. Dr. Seha L. MERAY, sözü geçen eser, Sh : 27.

(12) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, 2. Cilt, Sh : 29.



da diploması temsilcisi — PERSONA NON GRATA — istenmeyen adam ilân edilir, gerekirse nezarete alınır ve bir an önce ülke dışına çıkarılır. Kendisine bu son işlemin uygulanabilmesi, istenmeyen adam ilan edilmesine bağlıdır (12).

Örneğin, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanarak devamlı Trafik kuralına aykırı hareket eden ve trafik zabıtasının emir ve talimatlarına riayet etmeyen bir diplomasi temsilcisi'nin geri çekilmesi istenebilir.

Diplomasi temsilcisinin diğer dokunulmazlığı da, haberleşme ve elçilik binası dokunulmazlığıdır. Konumuzu daha ziyade CEZAÎ NİTELİKTE yargı muafıkları ilgilendirdiği için bunların üzerinde durmak istiyoruz.

#### **b) Yargı Muafıkları :**

Diplomasi temsilcileri, görevli buldukları ülkede bu Devletin; cezaî, hukukî ve idarî yetkilerinden muaf bulunmaktadır. Ancak bundan yararlanabilmek için, YARGISAL MUAFLIGI olduğunun ileri sürülmesi lazımdır. İlgili tarafından ileri sürülmesi de halin icabı olarak veya herhangi bir surette bu anlaşılıyorsa muafliklardan yararlanabileceği kanısındayız.

Yukarda açıklandığı üzere, diploması temsilcisinin kişi dokunulmazlığı, onları cezaî kovuşturmaya tabi olmaktan çıkarmaktadır. Hatta bu gibi kimselere tebliğat dahi yapılamamaktadır. Ve kendilerinin mahkemeler önüne mağdur veya tanık olarak davet olunmaları ve dinlenmeleri hususlarında dahi muaflikten yararlanmaktadır. Yalnız kendisi dilerse, mahkeme önüne tanık veya mağdur olarak çıkabilir veya kendisi gelme bile beyanını yazılı olarak bildirebilir.

Hatta bazı hallerde ilgilinin Devleti, tanık veya mağdur sıfatıyla mahkeme önüne çıkmasına — kendisinin rızasına rağmen — razı olmayabilir.

Diğer taraftan bu muaflikten vazgeçme de, ilgilinin iradesine bırakılmış değildir. Diplomasi temsilcinin kendi Devletini temsil ettiği noktasından hareket edilirse, onun muaflikten vazgeçme arzusu yeterli olmayacak ve kendi Devletinin veya elçisinin bu konuda sarıh muvafakatının inzımam etmesi ve diğer deyimle önceden buna müsaade etmesi gerekmektedir. Hatta, suçu işleyenin iradesi bile söz konusu olmaksızın, kendi devleti, bundan feragat edebilir.

1906 senesinde Brüksel'de, Şili elçisinin oğlu, Şili elçiliği kâtibini öldürdüğünde, önce elçi ve sonra Şili Hükümeti, suçlunun diploması ayrıcalığından feragat edildiğini bildirmeleri üzerine, sanık Belçika'da yargılanmıştı (13).

### C. DOKUNULMAZLIK VE MUAFLIKLARDAN FAYDALANANLAR :

#### a) Diploması Temsilcileri ile Maiyeti ve Aileleri :

Bu konuda akla ilk gelenler Diploması Temsilcisi ile maiyeti ve bunların aileleridir. Ancak maiyet ile ailenin, kimlerden meydana geldiği daima tartışma konusu olmuştur. Fakat uygulamadaki olayların ışığında ortaya çıkan örnekler, bunların kimler olabileceği konusunda ışık tutmaya başlamış ve bazan da bunların kimler olabileceği dahilî veya karşılıklı mevzuat ile halledilmiştir.

Viyana 1961 Sözleşmesinin I. maddesinde Elçilik Heyetinin kimlerden oluşabileceği açıklanmış bulunmaktadır.

#### *Birinci Kategori :*

«Elçili Heyeti Başkanı», gönderen Devletçe bu sıfatla gönderilen kimsedir.

«Resmi Maiyet» veya «Elçilik Heyeti Personeli»ne, elçilik heyetinin diplomatik personeli ile idarî ve teknik personel dahildir.

Diplomatik personel, elçilik heyetinin diplomatik derecesi olan üyeleridir : Elçilik kâtipleri, ataşeler gibi... Diplomatik personele, diploması memuru denilmektedir. Diploması memurları ise, diplomatik ayrıcalıklardan ve muafliklardan (bağışlıklardan) TAM OLARAK FAYDALANIRLAR. Bunlar BİRİNCİ KATEGORİDE sayılan kimselerdir (14).

#### *İkinci Kategori :*

Elçilik heyetinin İdare ve teknik personeli ise Viyana 1961 Sözleşmesinin 37. maddesinin 2. fıkrasına göre, kabul eden devletin VATANDAŞI OLMAMAK ve daimi ikametgâhları kabul eden devletin ÜLKESİNDE BULUNMAMAK şartıyla, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan faydalanmaktadırlar. Ancak bunların idarî ve hukukî

(13) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, 2. Cilt, Sh : 41.

(14) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, 2. Cilt, Sh : 40.

bağışıklıkları, görevleri dışında işleyecekleri fiilleri kapsamamaktadır. Bu gibi kimseler İKİNCİ KATEGORİDE sayılmaktadır.

Elçilik müstahdemlerinin durumu daha farklı bulunmaktadır.

Bunlar arasında, mürebbiye, metrdotel, hizmetçi, garson, kavas, kapıcı, uşak, bahçivan, şoför, ahçı sayılabilir.

Müstahdemler konusunda, devletler farklı hükümler tanımaktadırlar. Memleketimizde müstahdemlere, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalık tanınmamıştır.

#### *Ayrıcalığın Başlaması ve Sonu :*

Diplomasi temsilcisinin tayin edildiği ülkeye ayak basmasıyla bu ayrıcalık başlar ve görev süresince devam eder. Ancak görevin bitmesi, derhal bu ayrıcalıkların son bulmasını gerektirmez. 1928 tarihli HAVANA SÖZLEŞMESİNİN 22. ve 1961 VİYANA SÖZLEŞMESİNİN 39/I. maddelerine göre; «Diplomasi temsilcileri ayrıcalıklardan, görevlendirildikleri Devletin sınırlarına girdikleri ve sıfatlarını bildirdikleri andan itibaren faydalanırlar. Ayrıcalıklar, memuriyetlerinin tatil uğraması hatta sona ermesi halinde dahi temsilcinin ve elçilik heyetinin hareketi için lazım olan bütün süre boyunca devam eder» (15).

#### **b) Konsolosların Dokunulmazlık ve Muaflıkları :**

Konsoloslar için durum daha da değişik bir manzara arz etmektedir. Konsolosların, Devletin ticaret ve gemicilik menfaatleriyle ilgili görevleri yapmak ve kendi vatandaşlarının menfaatlerini korumak ve kolaylaştırmak gibi bir görevi vardır. Diplomasi temsilcisiyle mukayese edilmek istenirse en bariz niteliği, konsolosların temsil sıfatlarının olmamasıdır.

Diğer bir fark da, diplomasi temsilcilerinin, hukukî statülerini belirten kaideler genel olarak *teamüli* olduğu halde, konsoloslarınki genel olarak *sözleşmeye* dayanır.

Konsolosların statülerini belirten sözleşmelerde, onların ayrıcalıkları da belirtilmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi konsolosların temsil yetkileri olmadığı için dokunulmazlık ve muafiyetleri de diplomasi memurlarınki gibi geniş tutulmamıştır. Bu itibarla ancak görevlerini ifada kolaylık sağlanması için ve yeterli ölçüde ayrıcalıklardan faydalanmaları kabul edilmektedir.

(15) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, 2. Cilt, Sh : 44.



Kişi dokunulmazlığı sadece ŞAHSINA tanınmıştır. AİLESİ bundan yararlanamaz.

KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ sınırları KONSOLOSLUK SÖZLEŞMELERİNDE belirtilmiştir. Örneğin Türk - İtalya Konsolosluk Sözleşmesinin 12. maddesine göre, en az üç yıl hapsi gerektiren bir suç olmadıkça, konsolos TUTUKLANMIYACAKTIR.

28 Nisan 1972 tarihinde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Belçika Krallığı arasındaki Konsolosluk Sözleşmesinin II/I. maddesi gereğince; kabul eden Devlet'in vatandaşı olmıyan Konsolosluk memurları ve konsolosluk hizmetlileri resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında ve işbu anlaşma ile kendilerine tanınan yetkiler sınırları içinde yapacakları işlerden dolayı anılan Devlet'in YARGISINA TABİ OLMUYACAKTIR.

Diğer taraftan aynı Sözleşmenin 12. maddesine göre;

Konsolosluk memurları, resmî görevlerinin yerine getirilmesi dışında yaptıkları fiillerden dolayı, ancak; Ağır suç halinde ve yetkili adli makamın kararı üzerine veya gönderen Devletin muvafakıyla TUTUKLANABİLİR veya GÖZALTINA alınabilirler. Yoksa yargılama devam eder.

Diğer taraftan konsolosluk memurları, bir ceza davası dolayısıyla verilmiş olan kesinleşmiş bir hüküm gereğince, hapis cezasının çektirilmesi için YAKALANABİLECEKTİR.

Konsolosluk memurları, aleyhlerine açılan bir dava sebebiyle mahkeme önüne çıkmakla yükümlüdürler. (Adı geçen sözleşme maddede 12/2).

Lâkin şahitlik için, mahkeme önüne çıkmasında usul farklıdır. Sözleşmenin 14. maddesinde konsolosluk mensupları, tanıklık yapmak üzere DAVET EDİLEBİLECEKLERDİR. Bu halde, kendilerine azamî kolaylık gösterilir. Ve görevlerinin aksatılmaması için gerekli bütün tedbirler alınır. Fakat konsolosluk memurlarının tanık olarak davet edilmeleri halinde değişik bir yöntem uygulanır. Onların beyanları İKAMETGAHLARINDA alınabilir. Hatta kabul eden Devletin mevzuatı müsait ise, Konsolosluk memurunun beyanı kendisinden yazılı olarak da alınabilir (16).

(16) Türkiye Cumhuriyeti ile Belçika Krallığı arasında Konsolosluk Sözleşmesi 1880 sayılı kanunla onaylanmıştır. Kanun 4.5.1975 gün ve 15226 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

**KONSOLOSLUK HAKKINDA VIYANA SÖZLEŞMESİ**, bu tür sözleşmelere örnek olacak niteliktedir (17). Bu itibarla bir kaç kelime ile de olsa hükümlerinden bahsetmekte yarar vardır.

Birleşmiş Milletler Diplomatik İlişkiler ve Bağışıklıklar Konferansının, 18 Nisan 1961 tarihinde imzaya açılmış bulunan Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'ni kabul etmiş olduğu nazara alınarak, bu sözleşme üzerinde anlaşmaya varılmış ve Türkiye'nin katılması 20.5.1975 gün ve 1901 sayılı kanunla uygun bulunmuştur (17).

Sözleşmenin 17. maddesi, gönderen Devlet'in diplomatik temsilciliği bulunmayan ve üçüncü bir Devlet diplomatik temsilciliği tarafından da temsil olunmayan bir Devlet'de, **Konsolosluk memuru**, kabul eden Devletin muvafakatiyle ve kendi konsolosluk statüsüne hanel gelmeksizin diplomatik görevi yerine getirmekle görevlendirilse bile, bu görevlerin yerine getirilmesi ona hiç bir diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık hakkı VERMEYECEĞİNİ tesbit etmektedir.

Konsolosluk memurlarının kişisel dokunulmazlıkları vardır. (madde 14) Konsolosluk memurları ağır bir suç işlenmesi hali müstesna, tutuklanamazlar veya gözaltına alınamazlar. Fakat tutuklu olmasa bile, aleyhine bir dava açılması halinde, mahkeme önüne çıkmakla mükelleftir.

Genel prensiplere uyularak, Konsolosluk memurları ve hizmetlileri, resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden Devlet'in adli ve idari makamlarının yargısına tabi değildirler. (Madde : 43)

Konsolosluk mensupları, adli ve idari davalar sırasında tanıklık yapmağa çağırılabilirler. Ancak bir konsolosluk memuru, tanıklık yapmağı reddettiği takdirde, ona hiçbir zorlayıcı tedbir veya başka müeyyide uygulanamayacaktır. (Madde : 44). İfade alacak makam, mutabakat halinde ,konsolosluk memurunun ikâmetgâhında veya konsoloslukta, ifadeyi alabileceği gibi, konsolosluk memurunun yazılı beyanını kabul edebilir. (Madde : 44/2, 3).

Gönderen Devlet, bir konsolosluk mensubu hakkında 41, 43 ve 44. maddelerde öngörülen ayrıcalık ve bağışıklıklardan FERAGAT edebilir.

Konsolosluk Hakkında Viyana Sözleşmesi, daha ileri bir anlayışla, konsolosların görevlerini daha serbestlikle yapabilmelerini sağlayacak nitelikte yeni hükümler getirmiştir.

Ancak Genel prensiplere uyularak Konsolosluk memurları ve hizmetlileri, RESMÎ GÖREVLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİ sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden Devlet'in adli ve idarî makamlarının YARGISINA TABİ OLMADIKLARINI belirtmiş-tik. Burada karşımıza bir problem çıkmaktadır.

Konsolosun söz konusu fiili RESMÎ GÖREVİNİ İFA SIRASIN-DA yapıp yapmadığını kim takdir edecektir. Yargı organı mı ?

Bu konuda da MİLLETLERARASI UYGULAMAYA diğer deyim-le teamüle bakılacaktır. Fiilin görev esnasında işlenip işlenmediği hususunun, milletlerarası uygulamada, konsolosun mensubu oldu-ğu yabancı misyon şefinden sormak suretiyle saptanması gerek-mektedir (18). Böyle bir durumla karşılaşıldığı takdirde, fiilin gö-revin yerine getirilmesi sırasında olup olmadığının Adalet Bakanlığı aracılığıyla Dışişleri Bakanlığından sorulması ve o kanalla tesbiti gerekmektedir.

80'i müteceviz Devlet tarafından imzalanmış bulunan Viyana Konsolosluk Sözleşmesi, konsolosluk ilişkileri alanında, çeşitli Dev-letlerce uygulanan ve bu suretle teamül haline gelmiş bulunan uy-gulamadan esinlenerek kaleme alındığını hatırdan çıkarmamak la-zımdır. İcabi halde, taraf olmayan devlet konsolosluk mensuplarına dahi uygulanacak nitelikte uluslararası kuralları muhtevindir.

#### D. DİPLOMATİK TEMSİLCİLERİN 3. DEVLET KARŞISINDA DURUMLARI :

Şimdiye kadarki açıklamalarımızda, diplomasi temsilcisinin hep görevli bulunduğu Devletteki durumunu ele almıştık. Ancak diplo-masi temsilcisi, BAŞKA BİR DEVLET TOPRAĞINDA BULUNUYOR-SA durum nasıl olacaktır. Üstelik başka devlet toprağından, HÜVİ-YETİNİ GİZLİYEREK bir turist gibi veya GÖREVİNE GİDERKEN veya KENDİ DEVLETİNE DÖNERKEN geçebilir. Bu hallerde de-ğerlendirme değişik olacaktır.

##### a) Kendini Tanıtmadan Geçme Hali :

Temsilci, görevli bulunmadığı üçüncü Devlet toprağından ken-dini tanıtmadan veya eğreti adla (INCOGNITO) geçmesi halinde, kendisine herhangi bir AYRICALIK TANINMAZ. Fakat bu kesin de-ğildir. Çeşitli devletlere göre değişik değerlendirilmektedir. Dokt-

(18) Bir Başkonsolosun işlediği suç sebebiyle Dışişleri Bakanlığımızın verdiği 17 Ekim 1975 gün ve KOGM/KOKKR - 2/471, S. 320 - 08607 sayılı mütaleası.



rinde bir fikir birliği yoktur. Ancak Amerika'da bu gibilere de ayrıcalıkların tanınması doğrultusunda bir uygulama vardır (19).

### **b) Göreve Gidiş veya Görevden Dönüş Hali :**

Diplomasi temsilcisi veya bu statüden yararlanan diplomasi memuru, ÜÇÜNCÜ devletin ülkesinden, tayin edildiği göreve giderken veya kendi Devletine dönerken geçiyorsa, durum farklı olacaktır.

Viyana 1961 Sözleşmesinin 40. maddesi bu meseleye ışık tutacak niteliktedir :

Diplomasi memuru, görevine giderken veya görevine veya kendi memleketine dönerken, üçüncü Devlet kendisine TRANSİT GEÇİŞİ sağlamak üzere gerekli dokunulmazlık ve diğer muafıkları tanımak zorunluğundadır. Kendisiyle birlikte veya kendisiyle buluşmak veya memleketine dönmek üzere yolculuk yapan AİLESİ ÜYELERİNİN durumu da aynıdır.

Aynı şartlar altında üçüncü Devletler, bir elçilik heyetinin idarî ve teknik personeli ile ailelerinin geçişini de engellememekle ödevlidirler.

Üçüncü Devletler, bir elçilik heyetinin, ülkelerinden geçen RESMÎ YAZIŞMALARINA, şifreli MESAJLARINA, Diplomatik KURYELERE VE ÇANTALARA da, kabul eden devletin yapacağı gibi aynı DOKUNULMAZLIĞI ve korumayı sağlamak zorundadır.

Mücbir sebeple ülkelerinde bulunma durumunda kalan bu gibi kişiler hakkında da ÜÇÜNCÜ Devletler aynı şekilde hareket edeceklerdir.

Bu konuda bir örnek vermek isterim :

Suriye Birleşmiş Milletler Bürosunda çalıştığı bildirilen A.R.Ch. nin memleketimizden geçerken işlemiş olduğu trafik kazasında, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanıp yararlanmayacağı hususu, 18 Nisan 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin 40. maddesi uyarınca halledilmiş ve diplomatik uygulama ve teamüllerin de buna benzer durumlarda üçüncü devlet diplomatlarına ayrıcalık ve bağışıklık sağladığı görüşünden de hareket edilerek Tunuslu diplomat A.R.C. nin elinde, (Laissez Passer) olmayıp «Birleşmiş Milletler Diplomatik Pasaportu» bulunması halini, diplomatik ve ayrıcalıklardan yararlanması için yeterli görülmüştür (20).

(19) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, 2. Cilt, Sh : 44, 45, 46.

(20) Dışişleri Bakanlığımızın 19.8.1972 gün ve 481 - 815 - PRGM - 6610 sayılı mütaleası.

### III — UYGULAMA :

Yukarda tafsilen açıkladığımız gibi, başta elçiler olmak üzere bir Devleti diğer Devlet topraklarında temsil eden diplomasi memurları vazife gördükleri memleket YARGISINA tabi değildirler. Haklarında Ceza Kanunu uygulanmaz, bir suç işleseler bile kovuşturulamazlar. Devlet Resileri de yabancı bir memlekete gittikleri zaman, ister resmen, ister özel olarak gitmiş bulunsunlar, mahalli yargıya tâbi olmamak imtiyazından istifade ettikleri gibi, özel bir vazife ile giden Dışişleri Bakanları, Resmî bir konferansa memur murahhaslar, Uluslararası Adalet Divanı üyeleri sözü geçen imtiyazdan istifade ederler (21).

Diplomasi temsilcilerinin suç işlemesi halinde nasıl bir usul uygulanacaktır. Uygulamada beraberliği sağlamak için bu hususu açıklamakta fayda mülhaza edilmiştir.

Ayrıca, kimlerin diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade ettiğinin bir bir açıklandığı 9 ARALIK 1931 Tarihli KARARNAME, bu konudaki teamüli hukuku yazılı halde teyid etmesi bakımından istifadeli olacağı için ondan da söz edeceğiz. Keza 4 Mayıs 1927 tarih ve 5107 sayılı KARARNAME de aynı nitelikte olduğu için ona da temas edeceğiz.

Son olarak YARGITAY'ın bu konudaki içtihatlarını da belirten kararlardan örnekler verilmek suretiyle meseleye daha da açıklık verilmeye çalışılacaktır.

#### A. SUÇ İŞLENMESİ HALİNDE TAKİP EDİLEN USUL VE MEVZUAT :

Diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselerden biri suç işlediği zaman; o, bu hüviyetini, hakkında soruşturmaya geçen C. Savcısına veya onun namına hareket eden zabıtaya haber verir. Sanık herhangi bir sebeple bunu demese bile halin icaplarından bu anlaşılıyorsa Zabıta işi derhal C. Savcılığına intikal ettirmelidir. C. Savcısı buna muttali olduğu zaman bir taraftan soruşturmayı ikmâl etmekle beraber diğer taraftan Adalet Bakanlığı aracılığıyla, faile isnat olunan suçu, zamanı ve yerini, failin hüviyetini etraflıca açıklıyarak, bu kimsenin diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselerden olup olmadığını sorar ve ikmal edilmiş evrak bu sorunun cevabını bekler. Gelecek cevap müs-

bet ise, sanık hakkında bu sebebe dayanarak kovuşturmanın kararı verir. Kusur veya delil durumunun münakaşasına girilmez. Verilen kovuşturmanın kararı ile soruşturma evrakı örneklerini çıkartarak birlikte Adalet Bakanlığına gönderir. Adalet Bakanlığı da bu evrakı olduğu gibi, ilgili kimsenin bulunduğu Büyükelçiliğe intikal ettirilmek üzere Dışişleri Bakanlığına tevdi eder. Elçilik, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kendi mensubu hakkında millî mevzuatı çerçevesinde işlem yapılmak üzere evrakı yetkili makamlarına iletir.

#### a) Yurt Dışında Görevden Dolayı Suç İşlenmesi :

Yabancı memleketlerde Türkiye namına memuriyet veya vazife deruhte etmiş olup da, bu memuriyet veya görevden dolayı bir cürüm işleyen kimse hakkında, bulunduğu memlekette kovuşturma yapılamıyacaktır. Hatta bu kimse bir konsolos olsa bile. Zira fiil, görevinden dolayı doğmaktadır. Bu takdirde Türk Ceza Kanununun 4. maddesinin son fıkrası uygulanacaktır.

Bu maddeye göre, yabancı memleketlerde Türkiye namına memuriyet veya vazife deruhte etmiş olanların bu memuriyet ve görevlerinden dolayı bir cürüm — tabiatıyla kabahatler söz konusu edilmeyecektir — işleyen kimse hakkında TÜRKİYE’de kovuşturma yapılacaktır.

Elçiler hakkında soruşturma Dışişleri Bakanlığınca yapılır. Keza Millî irade ile tayin olunan bir memur ise, Dışişleri Bakanlığında kurulacak bir heyet tarafından soruşturma ikmâl olunur. İkmâl olunan evrak, **Memurin Muhakemât** K. nun 4. maddesi gereğince Danıştay 2. Dairesine tevdi olunur. Bu Daire, men’i muhakeme veya lüzumu muhakeme hususlarında bir karar verir.

Memurin Muhakemat K. nun 7. maddesi, lüzumu muhakeme kararı üzerine, davaya bakacak mahkemeleri açıklamıştır. Elçiler hakkında Danıştay tarafından verilen lüzumu muhakeme kararları üzerine yetkili mahkeme YARGITAY CEZA DAİRESİ olup ikinci derecede mahkeme de YARGITAY CEZA GENEL KURULU’dur. Diğer taraftan millî irade ile tayin olunan merkez dairelerindeki memurlar için dahi durum aynıdır.

#### b) Yurt Dışında Şahsî Suç İşlenmesi :

Bir Türk diplomasi temsilcisinin veya diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimsenin, yabancı memlekette, şahsî



suç işlemesi halinde, bulunduğu ülkenin adli makamları, onun hakkında kovuşturma yapamayacakları cihetle düzenleyecekleri soruşturma evrakını — bizim yabancı diplomatlar için yaptığımız işlem gibi — elçilik aracılığıyla Adalet Bakanlığına intikal ettirdikten sonra, Adalet Bakanlığı bu evrakı, Türk Ceza K. nun 5. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere, yetkili C. Savcılığına intikal ettirir.

C. Savcısı, Türk Ceza K. nun 5. maddesi uyarınca soruşturma evrakını inceler ve Cürüm 4. maddede yazılan cürümlerden başka, Türk Kanunlarına göre aşağı haddi üç seneden eksik olmıyan şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezayı müstelzim nitelikte görürse ve fail TÜRKİYE’de BULUNURSA Türk K. larına göre cezalandırılması için gerekli davayı açar.

Eğer cürmün aşağı haddi üç seneden az şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı müstelzim ise, kovuşturma icrası zarar gören şahsın veya yabancı hükümetin ŞİKÂYETİNE bağlı olacaktır. Eğer mağdur yabancı ise; bu fiilin, işlendiği mahal kanunlarında da cezayı gerektirir olması şarttır.

Bu ahvalda davaya BAKACAK MAHKEME, farklı olacaktır. Ceza Muhakemeleri Usulü K. nun, hususi salâhiyetle ilgili 9. maddesi Diploması Temsilcilerine veya diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kişilere de uygulanacak mıdır ?

Kanun koyucu, bunlar için ayrı hükümler koymuştur. Ceza Muhakemeleri Usulü K. nun 10. maddesinde durum açıklanmıştır.

C.M.U.K. NUN 10. maddesi, yabancı memlekette işlenen suçlarda yetkili mahkemeleri tarif etmektedir. 1, 2, ve 3. fıkralarında; kısmen 9. maddenin bir ve ikinci fıkralarına atıfta bulunmakta ve neticeten, sanığın yakalandığı yer ve yakalanamamışsa ikametgâh mahkemesi, Türkiye’de ikamet etmiyorsa, sanığın Türkiye’de en son sakın olduğu ve bu suretle bakacak mahkeme tayin edilemiyorsa, mahkeme usulüne ait ilk muamelenin yapıldığı yer mahkemeleri yetkili olabileceği gibi, C. Savcısının veya sanığın talebi üzerine Yargıtay suçun işlendiği yere daha yakın olan yer mahkemesine salâhiyet verebilir.

Ancak YABANCI memlekette bulunup da, MUAFİYET İMTİ-YAZLARINDAN istifade eden Türk memurlarının ŞAHSİ SUÇLARINDAN dolayı salâhiyetli mahkeme yukarda anlatılan esaslara göre mi tayin edilecektir ?

Yabancı memlekette işlediği şahsi suçları sebebiyle diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimseler hakkında salâhiyetli mahkeme ANKARA MAHKEMESİ olacaktır. Suçun niteliğine göre bu mahkeme; Sulh, Asliye veya Ağır Ceza Mahkemelerinden biri olacaktır.

### c) Yabancı Diplomatların Yurt İçinde Suç İşlemeleri :

Kendi mevzuatımızdaki konumuzu ilgilendiren hususlara böylece temas ettikten sonra, uygulamada daha çok karşılaşılabileceği diğer konuya geçelim. Diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden bir kimsenin suç işlemesi halinde mekanizma nasıl çalışacaktır. Genel olarak uygulamada, yeteri kadar dil bilinmemesi veya olay mahallinde cürüm işleyen diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimsenin dilinden kimsenin anlamaması ve bir tercüman da bulunmaması gibi sebeplerle, diplomasi temsilcisi hakkında kamu davası açıldığına da tesadüf edilmektedir. Hatta dava mevcutlu açılmışsa aleyhlerinde mahkumiyet kararı da verildiği görülmektedir.

Esasen diplomasi temsilcisinin yanında, hüviyet varakaları vardır ve bu kimlik cüzdanları Dışişleri Bakanlığınca verilmiş olup, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselerden olduğu şerhini muhtevirdir. Veya bu manaya gelen cümleler vardır. Böyle bir halle karşılaşıldığı takdirde, kâfi derecede dil bilen bir tercümana rastlanılmasa bile derhal ve icabında en seri vasıta ile, sanığın diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselerden olup olmadığının Adalet Bakanlığı aracılığıyla Dışişleri Bakanlığından sorulması lazımdır.

Sanığın diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselerden olduğunun bildirilmesi üzerine, sanık hakkında; «takibat icrasına mahal olmadığına ve dosyanın onaylı örneğinin, sanığın mensup bulunduğu elçiliğe gönderilmek üzere C. Savcılığına tevdiine karar» verilmesi gerekmektedir. «Görevsizlik», «Muvakkat Tatil», «zaman aşımı sebebiyle düşme» gibi kararları vermek yanlışır. Ve böyle bir durumun mevcudiyeti halinde —mahkeme kararı kesinleşmiş ise — yazılı emir yoluyla bozulmasını istemek lâzımdır.

Bu konuda yapılacak işlemlere, YARGITAY kararlarından örnekler vermek suretiyle ayrı bir bölümde yeniden temas edeceğiz.

## B. DİPLOMASİ MASUNİYETİ İLE İLGİLİ BAKANLAR KURULU KARARNAMELERİ :

Diplomasi masuniyeti, yıllar boyu teamüli hukuk çerçevesinde yaşamış ve zaman zaman, bazan sözleşme metinlerinde, bazan da mahalli mevzuat içinde yazılı hale dökülmüş ve her halükârda uygulana gelmiştir.

Memleketimizde bu konuda BAKANLAR KURULUNCA verilmiş iki KARARNAME mevcuttur. Münderecatından bahsetmekte fayda görülmektedir. Bunlar bir taraftan uygulamacıların elinde birer mesnet teşkil etmeleri bakımından da ayrı bir değer taşımaktadır.

### a) 9 Aralık 1931 Tarihli Kararname (22) :

Türkiye'de diplomasi memur ve mensuplarına tanınan imtiyaz ve muafiyetler (bağışıklık ve ayrıcalıklar), bu kararnamede söz konusu edilmektedir :

Ez cümle, «...Hariç ez memleket hukukundan müstefit zevatın kimler olduğu ve bilhassa bu imtiyazatın misyonlarının bütün siyasi ve tâli memurlarına ve aileleri efradına şamil olup olmadığı ve bundan istifade için bahsi geçen zevatın temsil edilen devlet tebaasından olmaları iktiza edip etmediği...» hususları ele alınmış ve ekli cetvelde de bunlar 8 sınıf olarak gösterilmiştir :

aa — Tam Diplomatik Masuniyeti Olanlar, diplomatik kart verilenler, Devletler Hukuku Kaidelerince muayyen olan haller müstesna olmak üzere kendilerine tebliğat yapılamıyanlar ve ancak istisnaî ahvalde, Dışişleri Bakanlığı ve elçilik aracılığıyla tebliğat yapılanlar ki bunlar aşağıdadır:

**BİRİNCİ SINIF** : Büyükelçiler, elçiler, maslahatgüzar, sefaret müsteşarı ve sefaret kâtipleri, sefaret ataşeleri, ataşe militer, ataşe naval, hava ataşesi, ticaret ataşesi ve bunların muavinleri,

**İKİNCİ SINIF** : Birinci sınıftaki memurların zevceleri ve beraber ikamet eden çocukları ve diğer aile efradı,

bb — Diplomatik Masuniyetten İstifade Etmeleri lazım gelenler, Sefaret Memuru kartı verilenler, Dev-

(22) Prof. Dr. Seha L. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş II. Cilt, Sh : 563 ve mü. Doç. Dr. Ömer İlhan AKİPEK, Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler, 1966. Sh : 211 ve mü.



letler Hukuku kaidelerince muayyen olan haller müstesna olmak üzere kendilerine tebliğat yapılamıyanlar ve ancak istisnaî ahvalde Dışişleri Bakanlığı ile elçilik aracılığıyla tebliğat yapılanlar :

**ÜÇÜNCÜ SINIF** : Mensup oldukları Devlet Hukûmeti merkeziyesince o Devlet tebaasından memur sıfatıyla tâyin edilen ve sefaret resmî kadrosuna dahil olarak vazifei asliye ve münhasıraları sefarette hizmet olan sefaret rahibi, sefaret doktoru, sefaret hukuk müşaviri, kañçılara memurları (Kañçılara âmiri, kâtipleri, daktiloları, mütercimleri, evrak memurları)

**DÖRDÜNCÜ SINIF** : Üçüncü sınıftaki memurların zevceleri ve beraber ikamet eden çocukları ve diğfer efradı aileleri,

cc — Diplomatik Masuniyetten istifade ETMİ-  
YENLER ve kendilerinetebliğat yapılabilenler — bunlar elçilik dahilinde iseler Dışişleri Bakanlığı ile elçilik aracılığıyla tebliğat yapılacaktır :

**BEŞİNCİ SINIF** : Üçüncü sınıfta yazılı memurlardan Türk Vatandaşı olanlar.

**ALTINCI SINIF** : Üçüncü sınıfta yazılı olanlardan üçüncü bir devlet tabiiyetinde olanlar.

**YEDİNCİ SINIF** : Üçüncü maddede zikredilen şeraiti câmi olmiyanlar.

**SEKİZİNCİ SINIF** : Mürebbi, mürebbiye, metrdotel, hizmetçi, garson, kavas, kapıcı, uşak, bahçivan, şoför, ahçı ve saire gibi müstahdemler :

x Hizmetinde buldukları Devlet Tebaasından olanlar.

x Türk vatandaşı olanlar.

x Üçüncü bir Devlet tebaasından olanlar.

lar.

#### **b) 4 Mayıs 1927 Tarih ve 5107 Sayılı Kararname (23) :**

«Türkiye Cumhuriyeti Nezdindeki Kordiplomatığe mensup zevata bahsolunan hukuk ve imtiyazat ile ita edilecek siyasî hüviyet varakaları hakkında tanzim edilen talimatnamenin meriyete vazı hakkında kararnamede zikredilen talimatnamede :

1 — Türkiye Cumhuriyeti nezdinde memur sefirler ile bunların zevceleri ve çocukları Türkiye mahakimine tâbi olmayıp tevkif ve hapis edilemezler. İşbu zevat hakkında memurini zabıta tarafından doğrudan doğruya kendilerini iz'âç edecek bir gûna muamele yapılmaksızın hariciye Vekâletine müracaat edilecektir.

2 — Birinci maddede zikredilen zevata Hariciye Vekâletinden mûta siyasî hüviyet varakası, isbatı hüviyete kâfi vesika addedilir.

3 — Birinci maddede zikredilen zavatın ikametgâhları masuniyeti siyasiyeyi haiz olup evvelâ Hariciye Vekâleti ile temas olunmadan veyahut sefirin müsaadesi istihsal edilmeden mezkûr ikametgâhlara girilemez.

4 — Memurini askeriye ve mülkiye, müracaat vukuunda, kendilerini nezaketle kabul ederek kanunlar ve talimatnameler dahilinde her türlü muavenette bulunmakla mükelleftirler.»

Görüldüğü üzere bu talimatname, diplomasi masuniyetinden istifade edenlere karşı yapılacak işlemleri detaylı bir şekilde anlatmaktadır.

### c) Türkiye'de Kendilerine Tebliğat Yapılamıyanlar :

Diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselere şahit sıfatıyla de olsa davetiye tebliğ edilemez. Hatta, ilgililerin bilmemesi yüzünden bu tebliğat fiilen yapılmış olsa bile geçersizdir ve hüküm ifade etmez. Zira bu gibi kimselere tebliğat yapılamaz. Ancak bilgilerinin alınmasında zaruret görülüyorsa, yazılı beyanda bulunmaları için mahkemece yapılacak talebin, Adalet ve Dışişleri Bakanlıkları aracılığıyla ilgili elçiliğe intikal ettirilmesi lazımdır. (Tebliğat Kanunu madde 26)

Türkiye'de kendilerine tebliğat yapılamıyacak kimseler, Tebliğât Tüzüğü'nün 37. maddesi uyarınca her sene Resmî Gazete'de yayınlanır. Örneğin 18 Şubat 1975 gün ve 15153 sayılı Resmî Gazete'nin 6. sahifesinde bu kimseler açıklanmıştır :

1 — Büyükelçiler ve elçiler, maslahatgüzar, sefaret müsteşar ve kâtipleri, sefaret ataşeleri, ataşe militer, hava ataşesi, ataşe naval, ticaret ataşesi ve bunların muavinleri ile bu sayılanların eşleri ve beraber ikamet ettikleri çocukları ve diğer aile efradı ile diplomatik hak ve muafiyetlerinden istifadeleri tanınmış sair kimselere tebliğ yapılamaz.

2 — Memleketimizde bulunan bir yabancı gerçek veya Tüzel kişiye tebliğ yapıp yapılmıyacağı hususunda tereddüt ediliyorsa, keyfiyetin Dışişleri Bakanlığından sorulması gerekir.

### C. NATO MENSUBU VE DİPLOMATİK BAĞIŞIKLIK :

Diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıkları incelerken, Kuzey Atlantik Anlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme'deki hükümleri ayrı tutmak ve birbirine karıştırmak gerektiğine burada işaret etmekte fayda mülahaza ettik.

Kuzey Atlantik Anlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme (24) hükümlerine göre, suçun GÖREV İFA edilirken işlenmesi ve sanığın görevli olduğuna dair belge verilmesi halinde, gönderen Devletin Askeri makamları, bir KUVVET veya SİVİL UNSUR mensubu hakkında kaza salahiyetlerini RUÇHANIYETLE kullanmak hakkını haiz olacaklardır.

Yoksa, bir diplomatik bağışıklık ve ayrıcalık söz konusu değildir.

Ancak, (5 Aralık 1956 tarihli ve 6860 sayılı Kanunla tasdik edilen 22 Şubat 1956 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa'daki Müttefik Yüksek Kumandanı arasında, Avrupa Müttefik Kuvvetleri Yüksek Karargâhına tabi bulunan müttefik Karagâhlarının Türkiye ülkesinde tesisine ve faaliyetlerine tatbik olunacak hususi şeraite mütedair ANLAŞMA) nın 5. maddesinde de; imtiyaz ve muafiyetlerden yararlanmaları öngörülen generallerin açıklanmış olduğunun hatırdan çıkarılmaması lazımdır.

### D. YARGITAY İÇTİHATLARI :

Uygulamaya gerçekten ışık tutması ve yol göstermesi bakımından konumuzla ilgili Yargıtay içtihatlarını burada özetlemek istiyoruz.

Diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimsele-  
rin herhangi bir surette, bir suç işlemeleri halinde, suç mahallinin  
emsali olaylarla sık sık karşılaşılacak yerlerden olmaması sebebiyle  
çoğu defa tereddütlerle karşılaşılmasına sebep olmaktadır. Uygu-

(24) a — III. Tertip Düstur, 35. Cilt, Sh : 1659.

b — Resmî Gazete, 20.3.1954 gün ve 8663 sayılı nüsha.

c — 5. Tertip Düstur, 8/2. Cilt, Sh : 2380.

d — Resmî Gazete, 24.7.1969 gün ve 13257 sayılı nüsha.



lamadan gösterilecek örnekler, yeknesaklığı sağlamak bakımından da önemli görülmektedir.

1 — Sanığın, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselerden olup olmadığı bidayette anlaşılamadığından, tutulan Trafik zabtı, doğruca Trafik Mahkemesine gönderilmiş ve bilahere durum anlaşılınca Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 4.2.1969 tarihli kararıyle :

Sanığın diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanan kişilerden olduğu için C.M.U.K. nun 253. maddesine göre hakkındaki DURUŞMANIN TATİLİNE karar verilmiştir.

Bu karar aleyhine yazılı emir yoluna gidilmesi üzerine, YARGITAY 7. Ceza Dairesinin 20.5.1970 gün ve 5628/5479 sayılı ilâmiyle :

«Ehliyetsiz motosiklet kullandığı iddia edilen ve Amerika Büyükelçiliğinde İktisadî İşbirliği (AİD) Bütçe ve Hesap Uzmanı A.O. nun, diplomatik masuniyet ve muafiyeti haiz bulunduğu, dosya içindeki Dışişleri Bakanlığı Protokol Dairesi Genel Müdürlüğünün yazıları münderecatından anlaşılmış olmasına ve diplomatik muafiyetin, 5253 sayılı kanunla onaylanan Türkiye Cumhuriyeti Amerika Birleşik Devletleri arasında Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının VIII. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümden gelmekte bulunmasına nazaran; sanık hakkında takibat icrasına mahal olmadığına ve dosyanın onaylı örneğinin, sanığın mensup bulunduğu elçiliğe gönderilmek üzere C. Savcılığına tevdiine karar verilmesi gerekirken, usulün 253. maddesi uyarınca duruşmanın tatiline karar verilmiş olması kanuna aykırı görüldüğünden Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 4.2.1960 gün ve... sayılı kararın BOZULMASINA karar verilmiştir.

2 — Diğer taraftan tehlikeli vasıta kullanmaktan sanık A.B. Devletinin İzmir Konsolosluğundan memur... nm Türk Ceza K. nun 565 ve 647 sayılı K. nun 4. maddeleri uyarınca 60 lira hafif para cezasıyla mahkûmiyetine dair İzmir 4. Sulh Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 1917/1968 günlü hüküm aleyhine verilen yazılı emre müsteniden YARGITAY 2. Ceza Dairesinin 9.7.1969 gün ve 7509/6477 sayılı kararına istinaden :

«Dışişleri Bakanlığının, dosyada mevcut 29.5.1969 günlü yazısında belirtildiğine göre; adı geçenin, Devletler Hukuku kaideleri

gereğince suçunun, konsolosluk görevlerinin icrasına ilişkin olup olmadığı tahkik edilmediği gibi, aynı zamanda suçun, yazının 3 numaralı bendinde yazılı şekilde (Ağır cürümler)den değil, kabahat nev'inden bulunduğu da gözetilmeden, duruşma icrası suretiyle mahkûmiyet hükmü tesisinde isabet görülmediği» mucip sebebine dayanan yazılı emirdeki düşünce; suçun, konsolosluk görevleriyle ilişkisi olup olmadığının araştırılmaması bakımından yerinde görülmekle mezkûr hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Evvelce de açıklandığı üzere, konsolosların görevlerinden dolayı ika ettikleri suçlar sebebiyle diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade hakları vardır ve buldukları memleketin kazasına tabi tutulamazlar. Olayımızda konsolosun, bu suçu görevden mütevellit ika edip etmediği araştırılmamıştır.

3 — Bir numarada açıkladığımız içtihatla, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimseler hakkında «Takibat icrasına mahal olmadığına «karar verilmesi gerektiğini belirtmiştik. Nitekim, «Ceza tayinine mahal olmadığına» mütedair İzmir I. Sulh Ceza Mahkemesinin kararı da bu sebeple bozulmuş bulunmaktadır :

Karayolları Trafik Kanununa aykırı hareket etmekten sanık Amerikan uyruklu... nun yapılan muhakemesi neticesinde; diplomatik bağışıklığı haiz olması hasebiyle, hakkında **ceza tayinine mahal olmadığına ve davanın muvakkaten tatiline** dair İzmir I. Sulh Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 8.4.1969 tarihli karar aleyhine Adalet Bakanlığından verilen yazılı emre müsteniden dava dosyası C. Başsavcılığının 7.7.969 günlü tebliğnamesiyle Daireye gönderilmekle okundu :

Mezkûr tebliğnamede; Adı geçen sanığın diplomatik bağışıklığı haiz bulunması nedeniyle hakkında **hiç bir cezaî takibat yapılamıyacağı** cihetle, mensup olduğu Devletin Adliye Mahkemesince muktezası takdir ve ifa edilmek üzere, evrak suretlerinin Dışişleri Bakanlığına tevdiine karar verileceği yerde, yazılı şekilde karar ittihasında isabet görülmemiş ve mezkûr karar oybirliğiyle aynı sebeple bozulmuştur.

4 — Keza, Tehlikeli surette vasıta kullanmaktan sanık İngiliz uyruklu ...nın ve Pakistan uyruklu ...nın diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanan kişilerden oldukları için, Usulün 253. maddesine tevfikân **hakkındaki duruşmanın tatiline** dair Ankara

Sulh Ceza Mahkemesinin 20.4.1972 günlü kararı aleyhine verilen yazılı emre müsteniden YARGITAY 2. CEZA Dairesinin 3.5.1972 gün ve 3503/3503, 3504/3502 sayılı ilamlarıyla :

«Sanığın Cento'da görevli olup bu itibarla kendisine ikinci sınıf kimlik kartı verildiğinden diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlandığı Dışişleri Bakanlığından bildirildiğine göre, hakkında **karar ittihazına yer olmadığına ve gereği için mensup olduğu Devletin Büyükelçiliğine gönderilmek üzere dava dosyası örneğinin C. Savcılığına tevdiine karar verilmesi gerekeceği** gözetilmeden yazılı şekilde karar ittihazında isabet görülmediğinden bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.»

Yargıtay'ın ilamı iki ayrı sanığa aittir. Ve ayrı ayrıdır. Aynı mahiyette olduğu için birlikte bahsedilmiştir. Ancak mahkemece sanıklar hakkında; «karar ittihazına mahal olmadığına» yerine «takibat icrasına mahal olmadığına» diye karar verilmesi daha uygun olurdu.

Nitekim aynı konuda YARGITAY 7. Ceza Dairesinin 11.7.1972 gün ve 5941/5874 sayılı ilâmında : «Adı geçen İngiliz Büyükelçiliğince ikinci sınıf memur olup, kendisine diplomatik ikinci sınıf kimlik kartı verildiğinden bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanmakta olduğu Dışişleri Bakanlığının 10.4.1972 günlü yazısında bildirildiğine göre bu durum karşısında hakkında hiç bir cezaî işlem yapılamıyacağı cihetle, **TAKİBATA YER OLMADIĞINA VE EVRAK ÖRNEKLERİNİN MENSUP OLDUĞU DEVLET BÜYÜKELÇİLİĞİ** yolu ile adlî makamlarına intikal ettirilmek üzere C. Savcılığına tevdiine karar verilmesi gerekeceği mücip sebebiyle bozulmuş bulunmaktadır. Bu karar, istilahlı bakımından fiilin mahiyetine uygun düşmektedir.

5 — Sanığın diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade eden kimselerden olup olmadığı bidayette bilinmemesi sebebiyle sanık hakkında mahkemeye kamu davası açıldıktan ve keyfiyetin anlaşılmasından sonra Ankara 10. Sulh Ceza Mahkemesince sanığın Türk Ceza K. nun 565/I ve 59. maddeleri uyarınca 2 gün hafif hapis ve 5 lira hafif para cezasıyla mahkûmiyetine karar verilmiş ve bu karar kesinleşmişti.

Mezkûr karar aleyhine yazılı emir verilmesi üzerine karar, YARGITAY 2. Ceza Dairesinin 28.12.1972 gün ve 10560/10128 sayılı ilamıyla :



«Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıktan yararlanan adı geçen hakkında mahkûmiyet hükmü verilemeyeceği ve evrak suretleri çıkarılarak mensup olduğu Devlete gönderilmek üzere Büyükelçiliğe tevdi gerekeceği» mucip sebebiyle bozulmuştur.

Uygulamadan alınan örnekler, Devletlerarası teamüli hukukun aynen uygulanmakta olduğunu göstermektedir. Yoksa Ceza Kanunlarında bu hususta açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Konu derinleştirmeye çok yatkındır. Meslektaşlarıma bir nebze olsun yararı dokunacağı mülâhazasıyla bu inceleme, daha ziyade işin cezaî yönüne hasredilmiştir. Ve hukuk yönünden bağışıklık ve ayrıcalıkların üzerinde durulmamıştır.



## CEZALARIN İNFAZI HAKKINDAKİ KANUNUN BEŞİNCİ MADDESİNİN UYGULANMASI KONUSU

Yazan : M. MUHTAR ÇAĞLAYAN

### PLÂN :

- 1) TARİF
- 2) TAKSİTLE ÖDEME
- 3) KESİN HÜKÜM - PARA CEZASININ İNFAZI
- 4) C. SAVCISININ İNFAZDAKİ SORUMLULUĞU
- 5) PARA CEZASININ HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZAYA ÇEVİRİLMESİ
- 6) 1712 SAYILI KANUNUN GEÇİCİ 8. MADDESİ

### TARİF :

1) Cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik beşinci maddesine (Fıkra. 1) göre; «Para cezası, kanunda yazılı hadler arasında tayin olunacak bir miktar paranın, Devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir.»

Maddenin ikinci fıkrasında; «Asgari ve azami hadleri gösterilen para cezalarının miktarının, suçlunun iktisadî durumu, aile sorumluluğu, meşgale ve mesleki, yaş ve sağlık durumu, cezanın sosyal etkisi ve uyarma amacı gibi hususlar gözönünde tutularak tesbit edileceği» gösterilmiştir.

Kanun, maddesinde para cezasının aşağı ve yukarı hadlerine ilişkin bir hüküm sevkeylememiştir.

Şu halde, bu hususta, Türk Ceza Kanununun, 647 sayılı kanunla zımnen ilga edilmemiş olan 5435 sayılı kanunla değişik 19. maddesinin ilk fıkrası ile, 24 ncü maddesine başvurmamız gerekecektir.

Böylece; ağır para cezasının, onbin liradan yirmibeşbin liraya kadar; hafif para cezasının da, üç liradan bin liraya akdar tayin olunacak bir paranın devlet hazinesine ödenmesinden ibaret olduğu, sonucun varmış bulunacağız.

### TAKSİTLE ÖDEME :

2) Maddenin üçüncü fıkrasına göre; «Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde, hükmedeceği para cezasının, tayin edeceği sürelerde



ve belirli taksitlerle ödenmesine karar verebilir. Ancak, taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi halinde, geri kalan miktarın tamamının tahsili gerektiğini de kararda gösterir».

(Taksit süresinin iki yılı geçemeyeceği ve taksit miktarının dörtten eksik olamayacağı maddenin dördüncü fıkrasında gösterilmiştir.

Görülüyor ki mahkemeye; «...Hükmedeceği para cezasının, tayin edeceği sürelerde ve belirli taksitlerle ödenmesine karar vermek...» yetkisi tanınmıştır.

Türk Ceza Kanununun 5435 sayılı kanunla değişik 19. maddesinin beşinci fıkrası hükmünün de bu uygulama sırasında gözönünde bulundurulması lâzımdır. Filhakika bu fıkra; «Bir aylık süre içinde para cezasının üçte birini ödiyen hükümlünün isteği üzerine, geri kalan para cezasının birer aylık iki taksitte ödenmesine müsaade olunur. İkinci taksit vaktinde ödenmezse, üçüncü taksit müsaadesi hükümsüz kalır.» denmektedir.

Dikkat edilmiştir ki; 1712 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, anılan 19. maddenin üç ve onu takip eden fıkralarındaki esaslar, çok az değişiklikle beşinci maddeye alınmıştır. Özellikle para cezasının taksite bağlanması hususu, 19. maddede tesbit olunan esaslar dairesinde güvence altına alınmıştır. Bu itibarla, 6085 sayılı kanunun 58/B. maddesiyle tayin olunan (100) lira hafif paza cezasının def'aten tahsiline dair olan mahkeme hükmü; (647 sayılı kanunda aksine bir sarahat olmadığına göre; TCK.nun 19/5. maddesi hükmü gözetilmeden, para cezasının def'aten ödenmesine karar ittihazında isabet görülmediği...) yolundaki yazılı emre binaen bozulmuştur (1).

Yine, sanığın, malî durumunun iyi olduğu anlaşıldığından, taksit hükmüne mahal olmadığına ilişkin direnme hükmünün de bozulmasına karar verilmiştir (2).

Ceza genel kurulunun bu kararından şunu anlıyoruz : Beşinci maddenin 3 ncü fıkrasında; (Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde...) ibaresi kullanıldığına göre; gerekli gördüğü ahvalde, fıkra da öngörülen ölçü çerçevesi içerisinde, para cezasının belirlenen taksitle ödenmesine, karar verebilir. Uygun görmüyorsa, bu hususu meskût geçmelidir. Aksi halde, yâni «taksit hükmüne mahal olmadığına» diye karar vermesi kanuna uygun değildir.

(1) 7. CD. 10.9.1975 5688/5855.

(2) C.U.H. 20.10.1975 4/255 - 258.

Maddenin dördüncü fıkrasında; (Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten eksik olamaz.) yolunda bir hüküm sevk olunmuştur.

Bu fıkranın izahını da, Yargıtay içtihatlarının ışığı altında yapmak istiyoruz.

Tayin edilen (1800) lira hafif para cezasının bir ay süre ve üç taksitte ödenmesine dair verilen hüküm; (...Sanığın, mahkûm edildiği (1800) lira hafif para cezasının, 1712 sayılı kanunla değişik 647 sayılı yasanın 5. maddesi hükmüne aykırı olarak, üç taksitte tahsiline karar verilmesinin kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle bozulmuştur (3).

Tayin olunan para cezasının, her ay'ın birinden beşine kadar ellibeşer liradan beş taksitte alınmasına ilişkin direnme hükmü; (647 sayılı kanunun 5. maddesinin, taksitlerin ne suretle infaz edileceğine ilişkin hükmü hilâfına, bilfarz ay'ın altısında taksit ödenmesini önleyici nitelikte, infazda karışıklığa yol açan bir kaydı kapsar biçimde ve kanunun güttüğü amaca aykırı görülerek bozulmuştur (4).

Taksitle ödenmesine gerek görülen ahvalde, para cezasının taksit süresinin de karar yerinde belirtilmesi lâzımdır.

Tayin olunan (900 lira) ağır para cezasının, altı ay içerisinde, altı eşit taksitte ödenmesine ilişkin kararın; taksit sürelerinin birer ay olduğunu göstermeye yeterli olduğu öne sürülerek, verilen direnme kararı; (Mahkemenin, hükmolunan (900) lira para cezasını, altı ay içerisinde, altı eşit taksitte ödenmesine ilişkin hükmünün, taksit süresinin bir ay olduğu anlamına gelmiyeceği; örneğin, sanık beş ay süre ile, kendisine hükolunan (900) lira para cezasını ödemez, altı ay içerisinde, beşer günlük fasıllarla 150 lira öderse, cezasını altı ay içerisinde ve altı eşit taksitte ödemiş olacağı, bu itibarla mahkemenin, özel dairenin bozmasına uyararak, ve 647 sayılı yasanın 5. maddesinin 3 ncü fıkrası gereğince, taksit sürelerini karar yerinde belirterek, infaz sırasında tereddütlere yol açmaması gerekeceği...) yolundaki nedene dayanılarak bozulmuştur (5).

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezasının, dört ayda ve dört eşit taksitle alınmasına (6), ya da birer ay fasıla

(3) 2. CD. 13.10.1975 6838/6633.

(4) C.U.H. 9.6.1975 3/140 - 147.

(5) C.U.H. 31.3.1975 4/56 - 59.

(6) 6. CD. 6.3.1975 1147/1132.

ile dört taksitte ödenmesine (7) ilişkin kararlar kanuna uygun görülmüştür.

### **KESİN HÜKÜM - PARA CEZASININ İNFAZI :**

3) Bu ceza hükmünü bildiren ilâm kesinleşince, Cumhuriyet Savcılığına verilir. Cumhuriyet Savcısı, bir ay içinde para cezasını ödemesi için, hükümlüye usulü dairesinde bir ödeme emri tebliğ eder (Madde 5. Fıkra 5).

Bu fıkrada; (...ilâm kesinleşince...) denmektedir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 395. madesine göre; mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz.

Kanuna bu hükmün konulmasının nedeni; henüz kesin şeklini almamış olan mahkûmiyet hükmünün, kanun yoluna başvurulması sonucu, merciince bozularak, sanığın beraetine karar verilmesi, ya da daha hafif bir cezaya mahkûm edilmesi hâlinde, ileride telâfisi imkânsız olacak zararları önlemek düşüncesine dayanmaktadır.

Kesinleşme; tesis edilmiş olan hüküm hakkında, kanun yoluna başvurulamaması, bunun sonucu olarak, hükmün infaz edilmek zorunluluğu ile, aynı fiilden dolayı o kimse hakkında bir dâva açılmaması, demektir.

Hükümler, birkaç suretle kesinleşir :

a — Kanun, o hüküm aleyhine hiçbir kanun yoluna müracaat hakkı tanımamış olabilir. Örneğin; 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 232. sayılı kanunla değişik 70. Maddesinin birinci kısmı, Kaçakçılığın men ve takibine dair 1918. sayılı kanunun 6829 sayılı kanunla değişik 55. maddesinin son fıkrası gibi.

Şu ciheti de öncelikle belirtelim ki; 1918 sayılı kanunun 25. maddesinin 1 ve 2 nci fıkraları uygulanmak suretiyle, sulh ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin kesin olduğuna ilişkin, aynı kanunun 55. maddesinin son fıkrası, 15 Aralık 1970 gün ve 13695 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, Anayasa Mahkemesinin 29.4.1969 gün ve esas 1968/61 ve Karar 1969/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

b — Kanun yoluna müracaat için belli edilen süre içerisinde, bu yola gidilmemiş bulunulur. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 310. maddesi hükmü gibi.



c — Kanun yoluna başvurmayaya hakkı olan kimse, bu yola gitmek için belli süre içinde hakkından vazgeçmiş olabilir. Ancak; hükümlünün vazgeçmiş olmasına rağmen, Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurmuş olduğu ahvalde, hüküm kesinleşmiş olmaz ve merciince yapılacak inceleme sonucuna kadar cezanın infazı yola gidilemez.

d — Kanun yoluna vukubulan müracaat reddolunabilir. Bu takdirde hüküm kesinleşmiş sayılır.

e — Kanun yoluna vukubulan müracaata binaen yapılan inceleme sonucu, mahkûmiyet hükmü onandığı takdirde, hüküm kesinleşmiş olur.

Bir ceza hükmünün infazı, yerine getirilebilmesi için, mahkûmiyete ilişkin hükmün, yalnız hükümlü bakımından değil, fakat aynı zamanda Cumhuriyet Savcısı varsa şahsî ya da müdahil dâvacılar bakımından da kesinleşmiş olması lâzımdır.

Hüküm kesinleşmekle, «İnfaz olunabilirlik» niteliğini kazanır. Bunun için hükmün kesinleştiğinin, hükümlüye ya da diğer ilgilere bildirilmesine gerek yoktur.

Cezanın infaz kabiliyeti mahkûmiyet hükmünün kesin şeklini almasından itibaren başlayacağı cihetle, aynı hükümle birkaç kişinin birlikte mahkum edilmeleri hâlinde, hakkındaki hüküm kesinleşmiş olan kimsenin cezasının infazına derhal başlanmak lazımdır. Diğerlerinin, hüküm aleyhine temyiz yoluna başvurmalarının, buna bir etkisi söz konusu olamaz. Zira, usulün 312/1. maddesine göre; temyize müracaat, sadece müracaat edenler bakımından hükmün kesinleşmesine mâni olur.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 396. maddesine göre; (Cezanın infazı, mahkemededen verilen ve aslına mutabık ve icrası kaabil olduğu reis veya hâkim tarafından tasdik edilen hüküm fıkrası üzerine, Cumhuriyet Savcısı tarafından takip olunur).

#### **CUMHURİYET SAVCISININ SORUMLULUĞU :**

4) Bilindiği üzere, cezanın infazında en ağır sorumluluk Cumhuriyet Savcısının omuzlarına yüklenmiştir.

Cezanın infazı bahsinde Cumhuriyet Savcısı, mahkemece verilip kesinleşen ilâmla bir bakıma bağlı değildir. Bundan maksat; Cumhuriyet Savcısının önüne kesinleşmiş olan ve infazı lüzumu, mahkeme başkanı ya da hakim tarafından işaret edilmiş bulunan

bir ilâm geldiğinde, onu kendisi baştan sona kadar okuyup, kanun hükümlerine aykırı bir yönü olmadığına kanaat getirmedikçe, infaz işlemini yapamaz, yapmamalıdır.

Örneğin, tayin olunan cezadan, sanığın yaşı nedeniyle zühulen indirme yapılmadığını — ki bunlara, yazılı emir dolayısıyla çok sayıda tanık olmaktadır— ilâmı incelemesi sonucu gören Cumhuriyet Savcısı, kanun yoluna başvurmamakça, —nasıl olsa elimde kesinleşmiş bir ilâm vardır diye— cezanın infazına başlayamaz. Aksi halde, infaz tamamlandıktan sonra, durum meydana çıkarsa, sorumlu tutulur.

Onun içindir ki; kanun koyucu, Cumhuriyet savcısının bu husustaki yetkisini genişletmek maksadıyla, 402. madde hükmünü sevkeylemiştir.

Yine, aynı biçimde, ilâmda yazılı cezanın özel ya da genel affın kapsamı içine girdiği, yahut zamanaşımının gerçekleştiği hallerde de ceza hükmünü yerine getirmemesi ve bu hususta tereddüde düştüğü takdirde, CMUK'nun 402. maddesi hükmüne tevfikan mahkemenen bir karar istemesi icap eder.

Tutuk müzekkeresinin veya hapsen tazyik kararlarının yerine getirilmesinde de hal böyledir. Hapsen tazyikin; bir ceza değil; âme alacağının tahsilini sağlamak için konulmuş bir tazyik tedbiri olduğunda şüphe yoktur. Onu infaz edecek olan Cumhuriyet savcısı; hapsen tazyik kararının dayanağını teşkil eden amme alacağının, 1803 sayılı kanunla affın kapsamı içine konulmuş olup olmadığını inceleyip saptamak zorundadır. Zira, bu inceleme sonucu, âme alacağının affa uğradığının tesbiti halinde, hapsen tazyik kararı infaz edilebilir olmakla niteliğini kaybetmiş olur.

Bu itibarla, infaz edilmek üzere Cumhuriyet Savcılığına gönderilecek olan hapsen tazyik kararlarının titizlikle incelenerek, âme alacağının affın kapsamı dışında bırakılmış olup olmadığının kesinlikle tesbiti iktiza eder.

396. madde metnindeki «Cumhuriyet Savcısı»; Dâvayı ilk defa görmüş ve mahkumiyet hükmünü tesis eylemiş olan mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısıdır. Cumhuriyet Savcısının buradaki görevi; hükümlünün, cezasının tam ve doğru olarak infazı hususuna nezaret eylemekten ibarettir.

Kanun, cezaların infazının Cumhuriyet Savcısı tarafından takip olunacağı hükmünü sevkeylemiştir. Şu halde, infaz görevi kendisine

verilmiş olan Cumhuriyet Savcısı, kesinleşerek infaza herhangi bir engel bulunmayan ilâmlarda yazılı cezaları, geciktirmeksizin, yerine getirmekle yükümlüdür.

Elde, kesinleşmiş bir ilâm bulunduğuna göre; infazın tehirini gerektiren sebepler mevcut olmadıkça, cezanın infazının, kanunda tesbit olunan esaslar dairesinde yürütülmesi lâzımdır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 399 ve 400. maddelerinde tesbit olunan, cezaların infazının geriye bırakılması halleri, sadece hürriyetli bağlayıcı cezalarda uygulanmak gerekli olup, para cezalarının infazında uygulama yeri yoktur.

Ancak; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 ve 328. maddelerinde yer alan, ve infazın durmasını gerektiren nedenlerin mevcudiyeti hâlinde, ister doğrudan doğruya hükmedilmiş olsun, ister hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmiş bulunsun, para cezasına ilişkin infaz işleminin durdurulması mümkün olabilir, diye düşünmekteyiz.

Para cezasına hükümlü bir kimsenin yurt dışında bulunduğu, soruşturma sonucu saptanması hâlinde, iadesi yoluna gidilmeksizin; yurda döndüğünde infaz işlemi yürütülmek üzere, ceza zamanını hadine kadar takibine devam olunması iktiza eder.

Usulün 396. maddesi hükmünce, mahkumiyet hükmünü tesis eden mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısı, ilâmın infazını sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür.

Hükümlünün, nüfusa kayıtlı bulunduğu veya sair suretle sakin olduğu yer Cumhuriyet Savcısının, hükümlü kendi kaza sınırları içinde bulunduğu sürece, cezayı infaz edip, sonucunu mahkûmiyet hükmünü tesis eden mahkemenin bulunduğu yer Cumhuriyet savcısına bildirmesi veya hükümlünün başka yerde yahut yurt dışında bulunduğunu tesbit etmesi halinde, keyfiyeti izahla ilâmı, —ceza-yı infazla yükümlü olan— hükmü veren mahkeme nezdindeki Cumhuriyet savcısına iade etmekle görevlidir (8).

5) Gerek cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı kanunun ve gerek bu kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin 1712 sayılı kanunun 4 ve 5. maddelerinin sevkinden maksat; —ister doğrudan doğruya hükmedilmiş olsun, ve ister hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmiş bulunsun— para cezalarının yerine getirilmesidir (9).

(8) Düşünce. Ce. İş. 6.2.1970 5020.

(9) Düşünce. Ce. İş. 21.1.1974 1247.



Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 46. maddesine tevfikan, şahide hükmedilen para cezasının, 647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik 5 nci maddesine göre infazı gerekeceği; ancak, para cezasının niteliği bakımından, infazı takiben, infaz fişi doldurulmasına gerek bulunmadığı düşünülmüştür.

1587 sayılı Nüfus kanununun 52 nci maddesinin son fıkrasında; «para cezası, Türk Ceza Kanununun 24 ncü maddesine göre yürütülür ve zamanaşımına tâbi değildir» diye bir hüküm bulunmasına, hafif para cezasının tarifi ve yerine getiriliş şeklini ihtiva eden 24 ncü maddenin kapsamına giren para cezalarının, 647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik 5 nci maddesi hükmüne tevfikan infazı icap edeceğine, cezanın «idare kurulu»na tayininin buna bir etkisi olmayacağı cihetle, anılan maddede yer alan para cezalarının da ayrı bir deftere değil, ilâmet defterine kaydı gerekir (11).

Posta ile gönderilen para cezasının, zabıt kâtibi tarafından zimmete geçirilmiş olmasının, ödenmiş olan paranın yeniden tahsilini gerektirmeyeceği ve bu halde cezanın infaz edilmiş sayılmasının kabulü; ancak, zabıt kâtibinin mahkemece mahkûmiyeti ile birlikte, zimmete geçirilen miktar paranın da kendisinden alınmasına karar verildiği ahvalde, hüküm dairesinde paranın tahsili yoluna gidilmesi iktiza eder (12).

1712 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenmiş suçtan dolayı birlikte hükmedilmiş olan hürriyeti bağlayıcı ve para cezalarına ait kesinleşmiş ilâmların, ayrı ayrı infaza verilmesi lâzımdır (13).

Hükümlünün, hükmü veren mahkemenin bulunduğu yerden başka bir yerde ikamet etmesi hâlinde; ilâmın, infaz edilmek üzere, o yer Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi; Cumhuriyet savcılığınca da, ödeme emri tebliği üzerine, hükümlü müracaatla parayı ödiyeceğini bildirdiği ahvalde, tahsilat fişi ile birlikte, mahallin malme-murluğuna sevkolanarak, alınacak makbuzun — ikâmet defterindeki kayıt kapatıldıktan sonra — ilâma eklenerek mahkûmiyet hükmünü tesis eden mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesi ve infaz fişinin de anılan Cumhuriyet savcısı tarafından doldurulup, adli sicil müdürlüğü adresine postaya verilmesi ve ilâmın da ait olduğu mahkemeye tevdiî gerekir (14).

(10) Düşünce. Ce. İş. 23.10.1973 48674.

(11) Düşünce. Ce. İş. 29.9.1975 33932.

(12) Düşünce. Ce. İş. 5.7.1973 32453.

(13) Düşünce. Ce. İş. 4.7.1973 32033.

(14) Düşünce. Ce. İş. 4.7.1973 32033.

Hükümlünün, hürriyeti bağlayıcı cezasının infazı sırasında, ödeme emri tebliğine rağmen, parayı süresinde ödemediği ve taksit isteğinde de bulunmadığı takdirde, para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilerek, infaz edilmekte olan hürriyeti bağlayıcı cezanın bitiminde, tahliyesi icra kılınmaksızın, para cezasından çevrilme hürriyeti bağlayıcı cezanın infazına başlanmak iktiza eder (15).

### **PARA CEZASININ HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZAYA ÇEVİRİLMESİ :**

6) Maddenin altıncı fıkrasına göre; hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine, belli süre içerisinde para cezasını ödemezse, Cumhuriyet Savcısının kararı ile, bir gün on lira sayılmak üzere hapsedilir. Kesirler nazara alınmaz. Ancak; on liradan aşağı hukmolunan para cezaları bir gün hapse çevrilir. Haklarında Türk Ceza Kanununun 54 ve 55 nci maddeleri uygulanmak suretiyle hüküm giyenlerin para cezaları, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmiş olsa bile, hapse çevrilemez. İkinci taksit vaktinde ödenmezse, üçüncü taksit müsaadesi hükümsüz kalır.

Para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile, yukarıdaki hüküm Cumhuriyet Savcılığınca uygulanır.

1712 sayılı kanunun 4. maddesinin (1) sayılı bendine göre; hürriyeti bağlayıcı cezanın çevrildiği para cezasının, ödeme emri tebliğine ve belli sürenin geçmesine rağmen, ödenmemesi hâlinde, 1712 sayılı kanunun 4. maddesinin 7 nci fıkrasının açık hükmünce, bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza ne miktar para cezasına karşılık tutulmuş ise; aynı miktar üzerinden Cumhuriyet savcılığınca hürriyeti cezaya çevrilmesi gerekir (16).

On liradan aşağı düşen para cezalarının da, Türk ceza kanununun 30. maddesinin ikinci fıkrası gözönünde tutulmak suretiyle, kanunda belirlenen ölçü çerçevesi içinde, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi icap eder (17).

Bıçakla yaralamaktan sanık...ın TCK.nun 456/4, 457/1 ve 59. maddeleri uyarınca 211.90 lira ağır para cezasıyla hükümlülüğüne ve mevkuf kaldığı 16 gün için, beher gün karşılığı 20 lira hesabıyla, bulunan 320 liranın cezasından mahsubuna; ancak, neticesine göre infaza mahal olmadığına dair verilen hüküm; (Sanık hakkın-

(15) Düşünce. Ce. İş. 4.7.1973 33030.

(16) Düşünce. Ce. İş. 5.9.1973 40964.

(17) Düşünce. Ce. İş. 15.5.1975 18375.

da, mahkemece tayin olunan cezanın, hürriyeti bağlayıcı ceza olmayıp, para cezasına taalluk eylemesine nazaran; mevkuf kaldığı günler için, 647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik 4. maddesi hükmünün tatbikına mesaf bulunmadığı ve sözü geçen kanunun 5. maddesine tevfikan işlem yapılması gerekeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar ittihazında isabet görülmediği...) yolundaki yazılı emir üzerine bozulmuştur (18).

Hükümlünün tutuk kaldığı günlerin, T.C.K. nun 19 ncu maddesi uyarınca, üç lira bir gün sayılmak suretiyle cezasından mahsubuna dair verilen hükmün, bozulmasına ve 647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik 5 nci maddesinin onuncu fıkrası gereğince, hükümlünün tutuk kaldığı 20 gün için, mahkûm olduğu (200) lira ağır para cezasından, beher gün için on lira hesabıyla, (280) liranın indirilmesine karar verilmiştir (19).

Tedbirsizlik ve dikkatsizlikle ölüme sebebiyet vermekten sanık... ın T.C.K. nun 455/1 647 sayılı kanunun 4/1. maddeleri uyarınca (14850) lira ağır para cezasıyla mahkûmiyetine ve tutuk geçen günlerin, beher gün on lira hesabıyla icrayı mahsubuna dair... hüküm; (T.C.K. nun 455/1. maddesiyle tayin olunan iki sene hapis cezası, 647 sayılı kanunun değişik 4/1. maddesi ile, beher gün 20 lira üzerinden para cezasına çevrildiğine göre; tutuk kaldığı günlerin mahsubunda da bu ölçü dairesinde uygulama yapılması gerekeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar ittihazında isabet görülmemiştir (20).

Hükümlünün, nezarete kaldığı günlerin, bir gün on liraya karşılık tutulmak suretiyle, para cezasından mahsubu lâzımdır (21).

647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik 5 nci maddesi hükmüne tevfikan, para cezalarının infazında; mahkemece doğrudan doğruya hükmolunan para cezası ile, anılan kanunun 4/1. maddesine göre kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezası arasında bir ayrıntı yapılmamıştır (22).

Ödenmemesi nedeniyle, para cezasının çevrildiği hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında hükümlünün, para cezasının geri kalan kısmını ödiyeceği yolunda vukubulan isteğinin is'afiyle, para cezasının tamamının ödenmesi hâlinde, salıverilmesi ve mahsup işle-

(18) 2. CD. 7.2.1975 899/869.

(19) 7. CD. 2.4.1974 1816/1751. Aynı mahiyette 2. CD. 28.3.1974 2981/2615.

(20) 8. CD. 10.9.1975 5688/5402.

(21) 4. CD. 17.9.1975 4673/4595.

(22) Düşünce Ce. İş. 17.3.1975 9938.



minin de, hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya çevrildiği ölçü çerçevesi içinde uygulanması gerekir (23).

T.C.K. nun 363/1 ve 647 sayılı kanunun 4/1. maddeleri uyarınca (2600) lira ağır para cezasıyla mahkûm edilen... in; yapılan tebligata rağmen, parayı ödememesi nedeniyle, para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrildikten sonra, parayı tamamen ödemesi talebinin kabul edilerek, cezanın bu şekilde infaz edilmiş sayılmasına dair verilen... karara vukubulan itirazın kabulü ile, kararın ortadan kaldırılmasına ilişkin... tarihli karar; (Para cezasının, yapılan tebligata rağmen, kanunen belli edilen süre içerisinde, ödenmediği ahvalde, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmiş olsa dahi, ödiyeceği yolunda sebkedenden talebinin kabulü ile, cezanın bu tarzda infaz edilmiş sayılmasında, gerek 647 ve gerek 1712 sayılı kanunların konuluş gâyesine aykırı bir yön bulunmadığı gözetilmeden, itirazın reddi yerine, kabulünde isabet görülmediği..) yolundaki yazılı emre binaen bozulmuştur (24).

Esas Kaide; cezanın infazının, mahkûmiyet hükmünü tesis eden mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısına ait bulunduğu yolunda olmakla birlikte; hükümlünün başka bir yerde oturması hâlinde; örneğin, para cezasına ait ilâmın infaz edilmek üzere gönderildiği yer Cumhuriyet Savcılığınca, ödeme emri tebliğine ve kanunen belli edilen sürenin geçmesine rağmen, paranın ödenmemesi takdirinde, esasen cezanın infazı ile görevli olan, hükümlünün bulunduğu yer Cumhuriyet savcısının, 1712 sayılı kanunun beşinci maddesi hükmüne tevfikan, para cezasını hürriyeti bağlayıcı cezaya çevirerek, o cezanın infazına tevessül eylemek yetkisini haiz olup, ödeme emri tebliğ eyledikten, belli süre geçtikten sonra, «para cezası ödenmemiştir» diye, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi için, ilâmı; mahkûmiyet hükmünü tesis eden mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcılığına iade eylemesine gerek bulunmadığı, düşünülmüştür (25).

Ödeme emri tebliğine rağmen, kanunen belli edilen süre içerisinde ödemediği için, para cezası 647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik 5. maddesi hükmüne tevfikan Cumhuriyet Savcılığınca, bir gün on lira hesabıyla hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilen hükümlü için, bundan sonra hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesi söz konusu bulunduğu cihetle; hakkında, usulün 401. maddesi hükmünce işlem yapılması gerekli olup, vaktiyle ödeme emri tebli-

(23) Düşünce Ce. İş. 17.3.1975 9938. Aynı mahiyette. 20.11.1974 42775.

(24) 4. CD. 6.12.1974 9338/14111.

(25) Düşünce. Ce. İş. 3.4.1974 12590.

ğine rağmen para cezası ödenmemiş, ya da taksit isteğinde bulunulmamış olmasının; bu kerre, para cezasının çevrildiği hürriyeti bağlayıcı cezanın infazını sağlamak bakımından —kaçacağı hakkında şüphe uyandırması hâli saklı kalmak üzere— davetiyeden önce, ihzar ya da tevkif müzekkeresi verilmesini gerektirmez (26).

7) Mahkemece, para cezasının tahsilinde taksit öngörülmemiş ise; bir aylık süre içerisinde, para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine, geri kalan para cezasının, birer aylık iki taksitte ödenmesine müsaade olunur. İkinci taksit vaktinde ödenmezse, üçüncü taksit müsaadesi hükümsüz kalır (Madde. 5. Fıkra. 8).

Bu fıkra, mahkemece hükümde tayin olunan para cezasının taksitle ödenmesi hususunun meskût geçilmiş olması hâlinde uygulanır. Ancak, yukarıda da izah olunduğu üzere, para cezasının taksitle ödenmesine yer olmadığına ilişkin olarak verilen hüküm, kanuna aykırıdır.

Hükümlü, mahpus kaldığı her gün için, altıncı fıkra uyarınca on lira indirildikten sonra, geri kalan parayı öderse, hapisten çıkarılır (Madde. 5. Fıkra. 9).

1712 sayılı kanunun beşinci maddesinin dokuzuncu fıkrasında ödeneceği hükme bağlanan para cezasının; mahkemece hükmolunan para cezasının tamamı olması gerekeceği mütalâa olunmuştur (27).

Para cezası yerine çektirilen hapis cezası üç yılı geçemez. Türk Ceza Kanununun 84 ncü maddesi hükmü saklıdır.

Bu demektir ki, Tekerrür halinde hükmedilecek ağır para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi halinde, bu süre üç yılı geçebilir ve fakat beş yıldan fazla olamaz.

Kendi isteği üzerine hükümlü, para cezasından çevrilen hapis yerine; Devlet mahallî idare, kamu iktisadî teşebbüsü, ve sair kamu kurumlarının hizmetlerinde çalıştırılabilir. Rayice göre emsallerine ödenen ücret tutarından, hükümlünün iâşesi için lüzumlu miktar ayrıldıktan sonra, bakiyesi, hükmolunan cezadan mahsup edilir (Madde : 5, Fıkra : 11).

Hürriyeti bağlayıcı cezanın infazına başlamadan önce, hükümlünün çalışma isteğinin tervici ve 11 nci fıkrada yer alan kurum-

(26) Düşünce. Ce. İş. 27.4.1974 16461.

(27) Düşünce. Ce. İş. 11.10.1973 46427.

lardan birinde çalıştırılması hâlinde, rayice göre emsallerine ödenen ücret tutarından, hükümlünün işesi için lüzumlu miktar ayrıldıktan sonra, çalışma karşılığı alacağı para; cezasının miktarı işaret edilmek suretiyle, hükümlünün adı, soyadı, ilâmat numarasını da ihtiva eden bir makbuz karşılığında, paranın mahallî maliyesine yazılacak bir müzekkere ile, para cezasının ödenmesinin sağlanabileceği, düşünülmüştür (28).

Metinde; (...çalıştırılabilir.) ibaresi kullanıldığına göre; Cumhuriyet savcısı, istek vukuunda hükümlüye iş bulmak ve isteğini behemehal yerine getirmek zorunluğunda bulunmadığı cihetle; ödeme emri tebliğine rağmen, belli edilen süre içerisinde, para cezasının ödenmemesi halinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezasının, mahkemece hükümde bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza ne miktar para cezasına karşılık tutulmuş ise; aynı miktar üzerinden, hükümde sarahat bulunmayan diğer para cezalarının — 54 ve 55. maddeler uygulanmış olanlar hariç olmak üzere — bir gün on liraya sayılmak suretiyle bir hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi gerekir (29).

Çektirilen hapis süresi, para cezasını tamamiyle karşılamamış olursa; geri kalan paranın tahsili için, Cumhuriyet Savcılığınca mahallin en büyük mal memurluğuna verilir. Ve mal memurluğunca Âmme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki kanuna göre infaz edilir (Madde. 5. Fıkra. son).

Ceza ilâmının infazı Cumhuriyet savcısına ait olduğu gibi; para cezasının tahsil edilip edilmediğinin tesbiti, «tekerrür» hükümlerinin tatbiki ve infaz fişinin tanzimi bakımından zorunlu olduğu cihetle, mal memurluğuna tevdi olunan para cezası ilâmlarının, kayıtları kapatılmaksızın, ceza zamanaşımı haddine kadar infazının takibi gerekir (30).

## 1712 SAYILI KANUNUN GEÇİCİ SEKİZ MADDESİ :

8) 1712 sayılı kanunun geçici sekizinci maddesine göre; (Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işledikleri suçlardan dolayı, para cezasına mahkûm edilmiş ve edilecek olanlardan, usulüne göre ödeme emri tebliğ edilmiş ve belli süre içerisinde para cezasını ödememiş bulunanların ilâmları, mahallin en büyük mal memurlu-

(28) Düşünce. Ce. İş. 7.2.1974 3913.

(29) Düşünce. Ce. İş. 6.9.1973 41103.

(30) Düşünce. Ce. İş. 11.6.1973 28167.



ğuna verilir. Mal memurluğunca, âmme alacaklarının tahsili usulü hakkındaki kanuna göre infaz olunur).

Maddenin uygulanabilmesi için suçun, 1712 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 11 Mayıs 1973 gününden önce işlenmiş olması lâzımdır. Ödeme emri tebliğine rağmen, kanunî süresi içinde paranın ödenmemesi hâlinde, —hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmeksizin — ilâmın mal memurluğuna tevdi iktiza eder.

Hükümlünün başka bir yerde bulunması hâlinde; ilâmın, mahkûmiyet hükmünü tesis eden mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısı tarafından mı, yoksa hükümlünün bulunduğu yer Cumhuriyet Savcısı tarafından mı, mahallin mal memurluğuna verilmesi gerekeceği konusu, tatbikatçıları bir hayli tereddüde sevkeylemiş bulunmaktadır.

1712 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlardan dolayı hükmedilmiş veya edilecek olan ve hükümlüsü, hükmü veren mahkemenin bulunduğu yerden başka bir yerde bulunan ilâmın, hükümlü şahsın oturduğu yer Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesi halinde, Cumhuriyet Savcılığınca ödeme emri tebliğine rağmen, kanunen belli edilen süre içinde parayı ödemediği takdirde, kanunun geçici 8. maddesi hükmüne tevfikân; Cumhuriyet Savcısının ilâmı, hükümlünün bulunduğu yer mal memurluğuna doğrudan tevdi eyliyerek keyfiyeti, hükmü veren mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısına bildirmesi ve ilâmat defterindeki kaydı kapatmaksızın, ceza zamanaşımı haddine kadar da maliyeye tevdi eylediği ilâmın infaz olunup olunmadığını takip eylemesi; ya da ilâmı, hükmü veren mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcılığına iade eylemesi ve onun tarafından mahallî mal memurluğuna tevdi olunması gerekir (31).

Konunun kolayca anlaşılabilmesi için, bu hususta bir müşahhas örnek vermek isteriz :

Sanığın, 1712 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlediği suçtan ötürü para cezasiyle mahkûmiyetine, Bursa Asliye Ceza Mahkemesince karar verilmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Dosyadaki kayda göre adresi; Antalya'nın... mahallesinde... No.lu evde oturmaktadır, diye yazılıdır.

Cezanın asıl infazı görevi, mahkûmiyet hükmünü tesis eden mahkeme nezdindeki Cumhuriyet savcısına ait olduğu için, kesinle-

(31) Düşünce. 30.6.1973 31087.

Ően ilâm, Bursa Asliye Ceza Mahkemesince, infaz edilmek üzere, Antalya Cumhuriyet Savcılığına gönderilmeyecek, Bursa Cumhuriyet Savcılığına tevdi olunacaktır. Bursa Cumhuriyet Savcılığı ilâmı, Antalya Cumhuriyet Savcılığına gönderecek, onun tarafından hükümlünün ilâmda gösterilen adresine ödeme emri çıkarılacaktır.

Ödeme emrinin tebliği üzerine hükümlü, Antalya Cumhuriyet Savcılığına başvurarak, paranın tamamını ödiyeceğini beyan ederse; kendisi, herhalde Bursa Cumhuriyet Savcılığına sevkedilmeyecek, tahsil fişi ile birlikte mahallî mal memurluğuna gönderilerek, para mal sandığına yaratılıp, alınacak makbuz ilâma eklenerek, Bursa Cumhuriyet Savcılığına iade edilecektir. İnfaz fiŐini doldurarak adli sicil müdürlüğüne göndermek görevi, Bursa Cumhuriyet Savcılığına aittir. Bursa Cumhuriyet Savcısı, ilâmı alır almaz, infaz fiŐini dolduracak ve ilâmat defterindeki kaydı kapatarak ilâmı, mahkûmiyet hükmünü veren mahkemeye tevdi edilecektir.

Yine, anılan maddeye tevfikan, mahallin en büyük mal memurluğuna tevdi olunan para cezasına ilişkin ilâmların kayıtları kapatılmaksızın, tekerrür hükümlerinin tatbiki ve infaz fişinin doldurulması bakımlarından, ceza zamanaşımı haddine kadar takiplerine devam olunması ve aralıklı olarak da cezaların infaz edilip edilmediğinin sorulması gerekir (32).





## Medeni Yargılama Hukuku

### HUKUK DAVALARINDA İKRAR

NİHAT YAVUZ (\*)

#### İSTİFADE EDİLEN ESERLER

- 1 — *Prof. Dr. BAKİ KURU*, HUKUK MAHKEMELERİ USULU. Genişletilmiş, İkinci Baskı, 1968.
- 2 — *Prof. Dr. NECİP BİLGE*, MEDENİ YARGILAMA HUKUKU, İkinci Baskım, 1967.
- 3 — *Prof. Dr. İLHAN E. POSTACIOĞLU*, MEDENİ USUL HUKUKU DERSLERİ, Üçüncü Bası, 1966.
- 4 — *NUSRET OZANALP*, YARGITAY ÜYESİ. Tapulama Kanunu Şerhi, 1971.
- 5 — *ORHAN ONUR - A. OSMAN UZUN*, TESCİL VE TAPU İPTAL DAVALARI İLE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI, 1968.
- 6 — *FAHREDDİN ÖZTÜRK - OSMAN ERULUÇ, - ADİL AKCOLLU - ALİ ŞENTÜRK*, TEMYİZ MAHKEMESİ DÖRDÜNCÜ HUKUK DAİRESİ EMSAL KARARLARI, 1959.
- 7 — *İMRAN ÖKTEM*, HUKUK MAHKEMESİNDE HAK NASIL MÜDAFAA EDİLİR? 1938.
- 8 — *Prof. Dr. FARUK EREM*, CEZA MUHAKEMELERİ USULU, 1964.
- 9 — *YARGITAY KARARLARI*, HUKUK BÖLÜMÜ. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, 1945.
- 10 — *TEMYİZ KARARLARI. HUKUK KISMI*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1959.
- 11 — *ÇEŞİTLİ ADALET DERGİLERİ*.
- 12 — *ÇEŞİTLİ RESMİ KARARLAR DERGİLERİ*.

---

(\*) Kaman Hukuk Hâkimi.

## A — GİRİŞ :

İkrar H.M.U.K. 236. maddesinde hükme bağlanmış olup senet (M. 287 v.d.) yemin (M. 337 v.d.) kesin hüküm (M. 237) ile birlikte kesin delillermeyanında yer almaktadır. Doktrindeki hakim görüşte bu merkezdedir. Aşağıda sırası geldiğinde «İkrar»ın delil vasfında bulunup bulunmadığını tartışacağız. Fakat şimdilik H.M.U.K. 236. maddesinin sekizinci fasıl, birinci kısmın umumî hükümleri «Deliller ve ikâmesi» başlığı altında ilk madde olarak yer aldığını belirtip Ceza usulünde buna «İtiraf» müessesesinin tekâbul ettiğini işaret ettikten (Erem a.g.e.s. 338) ve İkrarın tarifini yaptıktan sonra mevzua girelim.

**İkrar :** Bir tarafın ileri sürdüğü vakıanın doğruluğunu diğer tarafın kabul etmesidir.

## B — İKRARIN KONUSU :

İkrara ancak maddî vakıalar konu teşkil edebilir. Bu mesele kazai ve ilmi içtihadlarda tartışmasıdır. Aynı zamanda karşı tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın olduğu gibi kabul edilmesi ile ikrar meydana gelir. Yoksa bir kimsenin kendi sürdüğü olayları kabul etmesi ikrara sebebiyet vermez. İkrarın konusu ile ilgili olarak şu içtihad dikkate değerdir. «Davalı, süresinde yetki itirazında bulunmuştur. 7.3.1963 tarihli oturumda nüfus kaydının Susurluk'ta bulunduğunu, halen Kahramanlar 1553 sokak 2 nolu evde ikâmet etmekte olduğunu söylemiş ve bu sözleri imzası ile doğrulamıştır. Bu bildirim (Beyan) davalının orada yerleşmek niyeti ile oturduğunu ispata yeterli değildir. Usulün 236. maddesinin birinci fıkrası hükmü ile 238. maddesi hükmünün dayandığı temellerden anlaşıldığı üzere, ikrar hukukî durumların neticelendirilmesi için olamaz; Hukukî durumları meydana getiren olaylar için (Yani maddî olaylar için) olabilir. Davalı İzmirde oturduğunu ve orada oturmasının yerleşmek arzusuna dayandığını söylemiş, bulunsaydı, veyahut kendisi bir hukukçu olsaydı, onun (İkâmet etmekteyim) sözleri yerleşmek niyeti ile oturma olaylarının ikrarı sayılabilirdi. Kaldıki davalının bu sözlerini kuvvetlendirici başka bir delilde (Meselâ İzmir'de bir ev satın alması gibi) yoktur. Bu bakımdan yasaya aykırı bulunan direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.» H.G.E. 14.10.1964; 1191/628 (Adalet Dergisi, Yıl 56, Temmuz - Ağustos 1965, Sayı 7 - 8 s. 941, 942). Zaten ikrarın konusu tarifinden de açık ve seçik olarak anlaşılacaktır.

## C — İKRARIN YAPILDIĞI YERE GÖRE TASNİFİ :

Bilindiği gibi İkrar ya taraflar teşkil edildikten sonra ve duruşma sırasında Hâkim önünde (Mahkeme içi ikrar) veyahutta duruşma sırasında ve başka bir vesile ile (Mahkeme dışı ikrar) olarak karşımıza çıkmaktadır.

### 1) Mahkeme İçi İkrar :

Görülmekte olan davada ve hâkim huzurunda taraflardan birinin, diğer tarafın ileri sürdüğü, bir vakıayı kabul etmesi veyahut dava ile ilgili olarak verilen evraklarda (Örneğin cevap lâyihasında) yapılan ikrara Mahkeme İçi İKRAR diyoruz. Böyle yapılan ikrarlar da hâkim ifadeyi zabta geçirir ve okuduktan sonra tarafa imza ettirmek suretiyle vakıayı tesbit etmiş olur. (H.M.U.K. 151/5, 236/1). Aksi hal bozmayı mücip olur. «H.U.M.K.'nin 151. maddesinin son fıkrasına göre iki tarafın ikrarlarına taallük eden ifadelerinin huzurlarında okunarak imza ettirilmesi gerekir. Davalıların son cel-sedeki davayı kabul eder tarzındaki beyanları kendilerine okunup imza ettirildiği tesbit edilmediğinden, temyiz itirazları bu itibarla yerinde olduğundan kabulü ile hükmün BOZULMASINA,....» 8. H.D. 22.2.1965, 695/739 (Onur - Uzun, Yargıtay Kararları a.g.e.s. 207)» H.U.M.K. nun 151. maddesinin son fıkrasında «İki tarafın.... İkrarına taallük eden tutanak bunların huzurunda okunarak kendilerine imza ettirilir,» denilmiş olmasına rağmen sözü edilen beyan okunmamış ve imza ile tevsik olunmamıştır. O yoldaki tutanağa bir ikrar olarak dayanılmaz. «H.G.K. 24.5.1967; 1378/274 (ABD. 967/4 s. 669). Görülüyorki bu hususta tereddüt bulunmamaktadır. Şu hususuda belirtelimki Yargıtay aynı mahkemede de olsa bile başka başka davalar sebebiyle yapılan ikrarı mahkeme içi ikrar olarak kabul etmemektedir.».... Bir davacının davaya esas olan bir vakıayı belli bir dava dolayısıyla gerçekten başka bir şekilde kabul etmesine engel olan bir kanun hükmü yoktur; ve beyanda bulunan davacı bu beyanın o dava bakımından muteber olduğunu ileri sürerse bu beyanın başka dava bakımından dahi muteber sayılması düşünülemez. Zira ortada afaki şekilde netice verecek bir beyan yoktur. Ve beyanda bulunanın kastı, ancak bir davanın karara bağlanmasını sağlamaktan ibarettir. Mahkemece bu hukukî esas göz önünde tutulmaksızın, yalnız sulh mahkemesindeki dava için vukuu bulan bir beyanın taraflar arasındaki aynı kira akdinden doğan diğer davada dahi davacının aleyhine olarak muteber sayılmış olması kanuna aykırıdır.» 4. H.D. 18.11.1958; 8108/7458 (EMSAL KARARLAR a.g.e.s.



463). O halde bu gibi ikrarları mahkeme dışı ikrar olarak kabul ve başka delillerle takviye edeceğiz.

## 2) Mahkeme Dışı İkrar :

Yargılama dışı ikrardır. Duruşma haricinde tarafların birisinin diğerinin ileri sürdüğü bir vakıayı tanıklar önünde kabul etmesidir veya duruşma haricinde bir tarafın diğer tarafa mektup göndererek ileri sürdüğü bir olayı mektupla kabul etmesi gibi çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Fakat bu hal hâkimi bağlayıcı olmayıp bu husus delili ve diğer emarelerle desteklendiği an hükme yeterli olduğu hâkim tarafından kabul edilebilir ve ona göre hüküm verilebilir. Yargıtay da böyle içtihad eylemiştir. «Davacı iddiasını ispat için her hangi bir yazılı delille istinad etmemiştir. Usulün 236. maddesinin son fıkrasına göre harici ikrara dayanılarak hüküm verilebilmesi için bu ikrarı teyid edebilecek delil ve emarelerinde mevcudiyeti şarttır. Hadisede ise harici ikrarı teyid edecek herhangi bir delil ve emare mevcut değildir. Mahkemenin bunu nazara almaksızın mücerret davalıların murisinin harici ikrarına dayanarak karar vermesi yolsuzdur.» 4. H.D. 5.12.1957; 2719/7135 (EMSAL KARARLAR. a.g.e.s. 465), burada Yargıtayın harici ikrarı destekleyen «Delil» ve «Emare»den maksat harici ikrarı doğrulayan «Belge» ve «Olaylar»dır. Nitekim H.G.K. da bir kararında bunu böyle belirtmektedir. «H.U.M.K. 236. maddesi hükmü uyarınca, harici ikrarı teyid edecek delil ve emareler varsa hâkim, buna hüküm verebilir. Burada kanunun ön gördüğü delil ve emare, hayatın mutad akışına göre harici ikrarı doğrulayan belgeler ve olaylardır. Mahkemece dinlenen tanıkların sözleri, harici ikrarı doğrulayan olaylara ilişkin bulunmamaktadır. Ve gerekçeden de yoksundur.» H.G.K. 25.1.1969; 1171/67 (OZANALP a.g.e.s. 545). Doktrinde bu hususta müttefiktir. «Hâkimin mahkeme harici ikrara istinad edebilmesi için bunu teyid edecek delail vesair emarelere ayrıca istinad etmesi lâzım gelmektedir. (Mad. 236/Son fıkra.)... Zira mahkeme harici ikrar takdiri bir delil hükmündedir. Ve üstelik diğer başkaca delillerle takviye edilmek icab eder.» (POSTACIOĞLU a.g.e.s. 420). «Fakat bu ikrar mahkemeyi bağlamaz. Kanuna göre, mahkeme dışı ikrarı teyid edecek delil ve emare mevcut ise, hâkim buna binaen hüküm verebilir. Şu halde mahkeme dışı ikrar takdiri bir delil olarak kabul edilebilir.» (BİLGE a.g.e.s. 454).

Peki görevsiz ve yetkisiz mahkeme huzurundaki ikrarı mahkeme içi ikrar sayabilecekmiyiz ? Bu hususta mahkeme huzurunda

yapılan ikrarı mahkeme dışı ikrar sayarken (BİLGE a.g.e.s. den (naklen s. 460). Aşağıda eserlerinden aldığımız pasajları dercedeceğimiz Prof. BİLGE, KURU ve POSTACIOĞLU aykırı fikri yani yetkisiz ve görevsiz mahkemede yapılan ikrarı görevli ve yetkili mahkemede yapılan mahkeme içi ikrar kadar kuvvetli ve geçerli sayıyorlar. «Mahkeme içi, ikrar yetkisiz veya görevsiz bir mahkemede vukuu bulmuş veya hasmın giyabında yapılmış olsa bile, aynı kuvveti haizdir.» (BİLGE a.g.e.s. 460). «Meselâ; Görevsiz mahkeme huzurunda yapılan ve tevsik edilen bir ikrar (M. 236, 151/Son) görevli mahkemede de kıymetini muhafaza eder; yani ikrar eden ikrarı ile bağlıdır.» (KURU a.g.e.s. 139). «Selâhiyetsiz veya vazifesiz bir mahkeme önünde de vaki ikrar bu suretle zabta geçirilip imzalatıldıktan sonra aynı delil kuvvetini haiz bulunur. Bu hususta, Fransız Doktrini ile Türk Hukuku arasında bir fark vardır. Bu farkta zannederek, ikrarın bizde zabta geçirilip ikrar sahibine imzalatılmasından ileri gelmektedir. Fransa'da ikrar imzalatılmadığı için selâhiyetsiz mahkeme önünde olan ikrarın selâhiyetli hâkim tarafından kanunî bir delil gibi nazara alınmasına imkân bulunmamaktadır.» (POSTACIOĞLU, a.g.e.s. 240). Kanaatımızca bu meselede usulün 193. maddesini gözden uzak tutmadan ve iki alternatifte göre düşünmek gerekir. Bilindiği gibi mahkemelerden verilen görevsizlik ve yetkisizlik kararlarının kesinleşmelerinden itibaren 10 gün içinde görevli ve yetkili mahkemeye davacının — tartışmalı olmakla birlikte veya davalının — müracaat ederek davalıya tebliğat yaptırması halinde (H.U.M.K. 193/23) yeniden harç alınmasını gerektirmez. Zira görevli veya yetkili mahkemede görülecek bu dava, görevsiz veya yetkisiz mahkemede açılmış davanın devamıdır. Kazanılmış haklarda saklı tutulur. Yargıtay'da aynı görüştedir. «Görevsiz mahkemeye açılan davada verilen görevsizlik kararı üzerine H.M.U.K. m. 193, hükmünce 10 günlük kanunî süresi içinde görevli mahkemeye başvurulması halinde, görevli mahkemedeki dava, önceki davanın devamı sayılır ve önceki davada kazanılmış olan haklar saklı tutulmuş olur.» H.G.K. 13.2.1963; 4/52-59 (KURU a.g.e. den naklen s. 135). Böyle bir durumda yani kanunî süresi içinde açılan davada görevsiz veya yetkisiz mahkemede yapılan ikrar nazara alınmalıdır. Zira dava devam etmektedir. Ancak 10 günlük kanunî müddet içinde görevli veya yetkili mahkemeden davacı tarafından davalıya tebliğat yaptırılmazsa dava açılmamış sayılır. (m. 193/4.) ve yeni bir dava açıldığından yeniden harç yatırmak durumu doğar. Eski dava ile yeni dava arasında bir münasebet kalmaz. Davacı eski dava zamanında henüz mevcut bulunmayan ve fakat yeni dava-

sını açtığı zaman doğan bazı haklarını talep edebilecektir. Örneğin; Önceki görevsiz veya yetkisiz mahkemede dava açtığı zaman muaccel olmayan ve dilekçesi görevsizlik veya yetkisizlik nedeniyle red olunup 10 günlük kanunî müddeti geçirdikten sonra açacağı yeni davada bu yeni muartel hale gelen alacağını isteyebilecektir. Her ne kadar Yargıtay bir kararında davacının 193/4. maddesi gereğince davası açılmamış sayılmasına rağmen davacının yeni açılan davada görevsiz veya yetkisiz mahkemede açılan davanın dilekçesinin davalıya tebliği tarihinden itibaren temerrüt faizine davalının mahkûm edilebileceğini kabul etmişse (H.G.K. 13.7.1955; 4/55-55). KURU a.g.e. den naklen s. 313). Borçlar Kanununun 101. maddesine göre muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının kendisine tebliğ edilen ihtari ile mütemerrit hale düşeceğinin hüküm altına alınması ve bu hükmün ışığı altında görevsiz veya yetkisiz mahkemeden davacının çıkarttığı tebliğatin davalı borçluyu mütemerrit hale koyacağını açık olması nedeniyle doğrudur ve fakat her iki dava arasında münasebet vardır kanısını desteklemeye yetmez. O halde her iki davayı yek diğerinden ayrı olarak düşünürsek görevsiz veya yetkisiz mahkemede yapılan ikrarın kesin delil niteliğini haiz mahkeme içi ikrar olarak kabul edemeyiz. Olsa olsa mahkeme dışı ikrar olarak nitelendirilebilir. Fakat Yargıtay'ımızın böyle ayırmalı görüşe başvurmadan görevsiz veya yetkisiz mahkemede yapılan tüm ikrarlara rağbet gösterdiğinde bu arada belirtelim. (4. H.D. 21.9.1965; 882/4329 sayılı kararını misal olarak verebiliriz). Bazı hallerde de tipik mahkeme dışı ikrarlara Yargıtay, kanunun konuluş - bilhassa tasfiye edici mahiyeti ile 766. Sayılı Tapulama kanununda olduğu gibi - gayesini de nazara alarak mahkeme içi ikrarın hüküm ve kuvvetini tanımaktadır. «Davacı Tapulama Komisyonu soruşturması sırasında, davalının savunmasında ileri sürdüğü olayların doğruluğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Tapulama Komisyonu önünde, taraflardan birinin maddî olayın oluş biçimine ilişkin olarak vaki beyanı o beyan sahibini bağlar.» 7. H.D. 29.4.1969; 2401/3474 (OZAN-ALP a.g.e. s. 551). Bu kararlarda görüldüğü gibi Tapulama'nın idarî evresindeki bir beyan Yargıtay tarafından mahkeme içi ikrar gibi kabul edilmiş ve beyan sahibini bağlamıştır. İkrar mahkeme haricinde başka her hangi bir adlî makam huzurunda da yapılırsa, mahkeme dışı ikrar olarak kabul edilmektedir. Meselâ savcı, huzurundaki ikrarı Yargıtay haklı olarak mahkeme dışı ikrardan saymıştır. «Davalıların murisi Musa'nın davacı tarafından yaralanmasını müteakip C. Savcısı tarafından alınan ifadesinde davalıya 1300 lira borcu olduğunu ikrar ettiği duruşma tutanağına geçirilen 3.8.1954 ta-



rihli suç zabıt varakasından anlaşılmakta isede, savcı huzurunda sevk eden ikrarın mahkeme huzurunda vukuu bulan ikrarlardan olmayıp mahkeme dışında vaki olan ikrarlardan sayılacağına,....» 4. H.D. 31.1.1947; 446/360 (Emsal Kararlar, a.g.e. s. 466).

#### **D — İKRARDAN DÖNME :**

İkrardan cayma mümkündür. Ancak kanun bunu bazı şartlara bağlamıştır. Usulün 236/2. maddesi şöyledir; «Maddî bir hatadan neş'et ettiği sabit olmadıkça ikrardan rücu olunamaz.» Demekki hukukî bir hata dönme sebebi yapılamaz. Maddî hata ise her türlü delil ile ispatlanabilir. Hatta karşı taraf kabul ettiği takdirde bütün hatalardan dönülebilir. (BİLGE a.g.e. s. 461). Fakat hasım kabul etmezse ikrardan dönmek isteyen taraf mutlaka şu hususları ispat ile mükelleftir. 1 — İkrar olunan vakı'a esasında gerçeğe uygun değildir. 2 — Yapılan ikrar hata sonucu olmuştur. Bu iki husus ispatlanamazsa ikrardan dönme hüküm ifade etmez. «Davacının alacağını 30 lira olduğunu söyleyerek terekeyi yazar hâkime müracaat etmiş olduğu tereke dosyasındaki dilekçeden anlaşılmakta iken bu ikrarın maddi bir hatadan ileri geldiği ispat edilmeksizin ve M.K. 571. maddesinde yazılı defter tutma muamelesinin yapılmış olup olmadığı, soruşturulmaksızın yazılı olduğu üzere 40 liranın tahsiline karar verilmiş, olması yolsuzdur. «Ticaret Dairesi 18.1.1945; 131/143 (Yargıtay Kararları Hukuk bölümü 1945. Adalet Bakanlığı, Yayın Müdürlüğü s. 56).

Aynı dairenin daha da yeni bir kararında durum iyice aydınlığa çıkmaktadır. «Dava hileli yollardan hata ile malûl 100.000 liralık bononun iptaline ilişkin bulunmaktadır. İptali istenilen senet 21.1.1971 vadeli 24 Aralık 1970 tarihli borçlusu E..... Ö..... ve davacı S.... Ö.... ve alacaklısı davalılardan M.... Y.... olan ve 100.000 liranın bedeli nakden alınması sebebiyle ödeme taahhüdünü tazammun eden bir bonodur. Bu bonoda yüz tarafında davacının pul üzerinde ve açıkta imzası vardır. Beyaz ciro ile ciro edilmiş olup hamili halen diğer davalı Y.... E.... dir. Davalılar damat ve kayınpederlerdir. Senet teatisi her ikisinin huzurunda olmuştur. Münker imzanın tetkiki için tayin edilen üç kişilik bilirkişi heyeti verdikleri 5.4.1972 tarihli raporda senedin pul üzerindeki imza açığındaki imzanın davacıya ait olmadığını bildirmişlerdir. Buna karşılık davacı vekili verdiği 12.5.1972 tarihli layihasında hile ile kendisine imza ettirilen senedin kullanılmadığını bu şekilde sahte senet düzenlenerek kullanıldığını bu vaziyette ikrarında maddî hataya müstenit olduğunu

bildirilmiştir. Filhakika davalılar tarafından düzenlenen senet suretlerinde malen kaydı vardır. Davacı aynı zamanda hileye dayanmıştır. Senet aslı ibraz edildikten ve gerçek durum belli olduktan sonra yaptığı ikrarın hatalı olduğunu anlayınca bu beyanından dönerek gerçek durumu mahkemeye bildirmeyi ve davasını buna istinat ettirmeye hakkı vardır. H.U.M.K. 236. maddesi ikrardan rücu edilebileceğini kabul etmiştir. Davacı açığa bir senet verdiğini ve davalıların takip ettiği senedin bu senet olduğunu zannederek yalnız pul üzerindeki imzayı inkâr etmiş iken bilirkişi tetkikatı sonunda bütün imzaların davacıya ait olmadığı anlaşılınca takip konusu 100.000 liralık senedin kendisinin açığa imza ettiği senet olmadığını ve bu suretle hata ettiğini ileri sürdüğünde iddianın tevsii veya tebdili bahis konusu olamaz. Bu itibarla davacının ikrardan dönemeceğinden bahisle karar verilmesi doğru değildir. «Ticaret Dairesi 1.2.1973; 173/274 (RKD. Yıl 8, Eylül, Ekim, Kasım 1973, Sayı 9, 10, 11). Bu arada şu hususuda belirtmeden geçemeyeceğiz. İzliyebildiğimiz kadarı ile Yargıtay 1. H.D. 1929 tarihli eski bir kararı ile «Veli'nin borç - ikrarı velâyeti altındaki küçüğe haizi tesir değildir.» (İmran ÖKTEM, Hak Nasıl Müdafaa Edilir ? s. 56), şeklinde ifade edilebilen görüşünü değiştirmiş durumdadır. Yani kabul ve ikrarın velâyeti altındaki çocuklara da şamil olacağı görüşü kabul edilmiştir ki bizcede doğrudur. «1 — Davalılardan K..... karısı F....., davaya uygun düşen kabul ve ikrarı velâyeti altındaki çocuklarada şamildir. 2 — Bu kabul ve ikrarın mücerret kendi şahsına münhasır kalacağı ve velâyeti altında bulunan diğer davalı çocuklara sâri olmayacağı mütâlaasiyle verilen hüküm yolsuzdur.» 4. H.D. 25.1.1951 270/555. (EMSAL KARARLAR, a.g.e. s. 466).

### E — İKRARIN NETİCELERİ :

Bunuda ikiye ayırarak incelemek gerekir; 1 — Mahkeme içi ikrar : Usulüne göre taraflar veya vekilleri tarafından sevkedip, zabta geçirildikten sonra imzalanması halinde - ikrar artık tartışma harici yapılmış sayılır. Yani o vakta artık ikrar edildiği gibi kabul olunur. İspat edilme durumundan çıkarılır. 2 — Mahkeme dışı ikrar : hâkimin edineceği diğer delil ve emarelere göre hükme esas alınabilir. Yani takdiri delil gibi hâkimin takdirine bırakılmıştır. Yalnız burada hâkim takdirini yanlış kullanmamalı, hataya düşmemelidir. Aksi hal bozma sebebi yapılabilir. Mahkeme olay hakkında bu gibi durumlarda tam bir kanaate varmadığı anda hâkimin ikrar eden tarafa resen yemin teklif edebilmesi gerekir. Yargıtay'ın da aynı zamanda olduğu söylenebilir.

## F — İKRAR NEVİLERİ :

### 1) Basit İkrar :

Taraflardan birinin ileri sürdüğü olayı kayıt ve şart eklenmeden vukuu bulan ikrara basit ikrar diyoruz. Burada ikrarda bulunan karşı tarafı ispat külfetinden ikrar olunan olay bakımından kurtarmaktadır. Örnek : Alacak davasında verilen paranın alındığını her hangi bir olay ve hukukî sonuç eklenmeden kabul edilmesi gibi. Kanaatımızca bu tip ikrar H.M.U.K. 92. maddesinde hükme bağlanan «Kabul» müessesesine sonuç bakımından en çok yaklaşan bir durum arzeder. Ancak yanlış anlaşılmalara meydan vermemek için tekrar edelim ki «Kabul» ve «İkrar» yekdiğerinden ayrıdırlar. Zira «Kabul» de neticei talep olduğu gibi kabul olunmakta, ikrarda ise taraflar arasında bulunan ve nizalı sayılan vakialardan birinin ikrar olunarak nizasız hale getirilmesi bahis mevzuudur.

### 2) Vasıflı İkrar :

Her zaman yukarıda bahsettiğimiz gibi taraflardan biri maddî vakıayı kayıtsız ve şartsız olduğu gibi kabul etmeyebilir. Filhakika ileri sürülen olayı kabul etmekle beraber ikrar edilen olaydan kendisine göre — Hukukî vasfının — değişik olması nedeni ile neticeler çıkarılabilir. Örneğin; yukarıda temas ettiğimiz olayda olduğu gibi verilen paranın alındığı, maddî vakıasını ikrar edip, lakin bu paranın bir borç değilde hibe edildiğini iddia, edebilmek gibi. Burada basit değil ve fakat vasıflı bir ikrar var demektir. Yani olay kabul edilmekte ancak olaydan çıkan hukukî vasıf, şart, mahiyet kabul edilmemektedir.

### 3) Bileşik İkrar :

Bazı hallerde ileri sürülen olay ikrar ediliyor ve fakat ikrar edilen olaydan sonra meydana gelen ve ikrar edilen olayla alâkası bulunmayan bazı vakıalar, olaylarda ikrara ekleniyor. İşte o zaman bileşik ikrar ile karşı karşıya gelmiş oluruz. Verdiğimiz misalde paranın alındığı, maddî vakıası kabul olunmakta ve ancak bu paranın ödendiği def'inde bulunulursa bileşik ikrara misal verilmiş olunur. Dikkat edilecek olursa burada ikrarı hükümden düşürmek için ileri sürülen «Parayı ödedim» olayı ikrar edilen olaydan sonra meydana gelmiş ve asıl borç münasebeti ile ilgisi bulunmayan bir olaydır. Bu ikrar şeklide kendi arasında ikiye ayrılmaktadır. a) Bağlantılı bileşik ikrar. İkrara konu olan vakıa ile onu hükümden düşürmek için eklenen olay bağlantılı ise bağlantılı bileşik ikrar meydana gelir.



Misalimiz olan para borcunda olduğu gibi «Parayı aldım, ancak ödedim» denirse bu tip ikrar meydana gelmiş olur. b) Bağlantısız bileşik ikrar : Eğer ikrar olunan vakıa ile ona sonradan eklenen vakıa arasında tabii bir bağlantı ve alâka yoksa bağlantısız bileşik ikrar doğmuş olur. Klâsik misalimizde «Parayı aldım, lâkin alman para karşı tarafın bende olan borcu ile takas ettim.» denmesi halinde bağlantısız bileşik ikrar doğmuş olur. Zira ikrar olunan para alma olayı ile ona eklenen takas olayı yek diğeri ile bağlantılı olaylar değildir.

### **G — İKRARIN BÖLÜNMESİ :**

Borçlu yukarıdan beri verdiğimiz misalde olduğu gibi maddî vakıa olan parayı aldığını kabul ve fakat ödediğini veya alacaklının kendisine olan borcundan ötürü takas ettiğini veyahut alınan paranın hibe olduğunu ileri sürerse sırasıyla ödeme olayını, veya takas için aralarında alacak borç münasebetinin bulunduğunu veyahutta paranın hibe olarak verildiğini bunu iddia eden taraf mı ispatlayacak, yoksa parayı talepte bulunan kişimi bütün bunların bulunmadığını iddia ve ispat edecektir ? İlk şıkkı kabul edersek ikrarın bölünmesi, ikinci şıkkı kabul edersek ikrarın bölünmediğini söylemiş oluruz.

Kıt'a Avrupa'sı hukukuna baktığımızda Fransız Medenî Kanununda ikrarın bölünmezliğinin kabul edilmiş, (Fransız M.K. m. 1356) Alman Usul Kanunu'nun genellikle ikrarın bölünmesi esasını benimsemiş (Al. ZHO. 289). İsviçre Federal Usulü ile İtalyan Hukuku'nda ise bölünme hususunda hâkime takdir yetkisi verilmiş olduğunu görüyoruz, (Federal Usul : M. 36; İtalyan M.K. M. 2754) (BİLGE. a.g.e. s. 456).

Bizde ise bu çetin sorun hakkında doktrin ve mahkeme kararları daha iyi anlaşılсын diye basit, vasıflı ve bileşik ikrar şıklarını yek diğerinden ayırarak inceliyeceğiz :

#### **1) Basit İkrar :**

Bu ikrar şeklinde bu husus yönünden ihtilaf yoktur. Zira ikrarın bölünmesi meselesi için lâzım olan ikrara bir ilâve bahis mevzuu olmadığından bölünmesi hususunda mümkün değildir.

#### **2) Vasıflı İkrar :**

Bu ikrarın bölünmezliği doktrin ve mahkeme içtihatlarında oy birliği ile kabul olunmaktadır. (POSTACIOĞLU, a.g.e. s. 413, 414;

BİLGE, a.g.e. s. 457; KURU, a.g.e. s. 385). Yargıtay Kararları'da bu hususta istikrarlıdır. Biz bunlardan sadece birisini misal kabilinden ve meselenin iyice anlaşılması için veriyoruz, «Davacı, davalı ile hayvan trampa ettiklerini ve davalının yüz lira üste vermeyi kabul ettiğini ve buna rağmen 100 lirayı vermediğini beyanla mezkûr meblağın tahsilini istemiştir. Davalı ise filhakika böyle bir trampa yaptıklarını ve fakat hayvanın gebe olması halinde 100 lira verilmesinin şart konulduğunu ve hayvan gebe çıkmadığı için 100 lirayı vermediğini ileri sürmüştür. Bunun üzerine davacı bu suretle mütabık kaldıklarını, ancak hayvanın gebe olması halinde 10 gün zarfında iadesinin kararlaştırıldığını ve halbuki davalının aradan iki sene geçtiği halde iade etmediğini bildirmiştir. Bu vaziyette davalının ikrarına borcun doğumunda dahil olan ve borcu bertaraf eyleyen bir takım vakıalar ve vasıflar eklediği ve bu ikrarın vasıflı ikrar mahiyetinde olup gerekçeli bir inkârdan ibaret bulunduğunu ve beyine külfetinin davacıya düştüğü göz önünde tutularak davacının hayvanın gebe çıkmaması halinde 10 gün içinde iadesinin şart koşulduğu takdirde davalının yine 100 lira vermesinin kararlaştırıldığı hakkındaki delillerinin istenmesi ve icabında bu konudaki yemin hakkının kullandırılması muktazi iken bundan zuhul ile davacıya resen yemin verilmek suretiyle yazılı şekilde tahsile karar verilmesi yolsuzdur.....» 3. H.D. 14.2.1961; 1470/1152. (Adalet Dergisi, Yıl 53, Ocak 1962, Sayı 1. s. 76 - 77). (Aynı mahiyette 3. H.D. 7.1.1957; 188/110. Temyiz Kararları Hukuk Kısmı 1959, s. 8).

### 3) Bileşik İkrar :

Burada da bağlantılı bileşik ikrar ve bağlantısız bileşik ikrar ayırımını yaparak inceleme yapmamız gerekir. Doktrinde bağlantılı bileşik ikrarın bölünemeyeceği temayülü kuvvetlidir. (POSTACIOĞLU, a.g.e. s. 412 vd.; BİLGE, a.g.e. s. 459; KURU, a.g.e. s. 386). Gerçekten gerek vasıflı ikrarda ve gerekse bağlantılı bileşik ikrarda, ikrarın bölünmemesi gerekir. Bu husustaki düşünceleri başlıca üç noktada toplayabiliriz : a) Ahlakî Yönden; Davalı iyi niyetle ikrar edeceği vakiayı ispat külfeti ile karşı karşıya kalırsa icabı halde ispat edememe endişesi ile inkâr yoluna başvurabilir. b) Beyanın kül olarak nazara alınması hususu; Mademki deniyor, taraflardan birisi diğerinin ikrarına dayanacak, o halde tüm olarak vâki ikrar beyanına istinat etmelidir. İşine gelen kısmı almak ve işine gelmeyen kısmı atarak, bununla karşı tarafı ispata zorlayamaz. Yani ikrar edenin iradesini parçalayamaz. c) Sosyal Fayda : Bazı hallerde taraf bir vakiayı ikrar eden amma tarafların durumu, iyi niyet, cemiyet kai-

deleri, örf ve adet vs. gibi hususlarında tesiri ile ikrar ettiği vakıayı hükümden düşürecek def'isini ispatlama olanağından yoksundur. Veyahut karşı tarafça bunun ispatlanması toplumun daha yararındadır. Örneğin, bakkaldan eşya alıyorsunuz ve parasını veriyorsunuz, bilahare bakkal aleyhinizde bedelin ödetilmesi davası açtığınızda davalı olarak alım - satım vakıasını kabul ettikten sonra parasını kabul ettikten sonra parasını da ödediğinizi def'an ileri sürüyorsunuz, bu durumda ikrarınızı bölüp parayı ödediğinizi ispat ediniz, dersek sizi hem icabından delil bulamamak, durumu ile karşı karşıya bırakmış oluruz ve hem de külliyen olayı inkâr — Suiniyetli olarak — etmediğinize pişman bir vaziyette sokarız. Hukuk daima iyi ve ahlâklı vatandaşıda korumak durumundadır. O halde iyi niyetli olarak ikrar ettiğiniz bir olayı hukukî durumdan düşüren münasebetleri mutlaka davacı ispat etmelidir. Yani misalimizde davacı, davasını kazanmak için paranın ödenmediğini ispat ile mükellef olacaktır. (POSTACIOĞLU, a.g.e. s. 412, 413). Yalnız bağlantılı bileşik ikrar hususunda Yargıtay'ın kararları istikrar kazanmamış gözüküyor. Yargıtay Ticaret Dairesi 13.7.1963; 3790/3096 (KURU, a.g.e. den naklen s. 387), kararı ile bağlantılı bileşik ikrarın bölünemeyeceğini — Çoğunlukla — belirtirken oy birliği ile aldığı bir H.G.K. kararı ile de bölünemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. «Davacının iddia, ettiği alacağın doğmuş bulunduğu davalının sözlerinden anlaşıldığına göre bu yönün ayrıca ispatına ihtiyaç yoktur. Mahkemenin ikrarın bölünemeyeceği esasına dayanan görüşü, eski Ticaret Kanununun 683. maddesi hükmüne göre doğrudur. Fakat bu hüküm yeni Ticaret Kanunu ile kabul edilmiş değildir. Pazarlarda yapılan satışlar gibi paranın hemen ödenmesi gereken işlemler ayırık olmak üzere, diğer bütün işlemlerde ve borçlarda borcun doğmuş olduğunu kabul eden borçlunun ödemeyi ispat etmesi, kanun hükümlerindedir ve Yargıtay'ın kökleşmiş, içtihatları da bu yoldadır. Borcu ödemek üzere verilen paranın tutarında uyuşmazlık halinde, bunun kendi dediği kadar olduğunu ispat ödevi borçluya düştüğü gibi bir para borcunun ödenmesi için para yerine mal verilmesinin kararlaştırılmış olduğu durumlarda verilen malın değerinin kendi dediği kadar olduğunu ispat ödevide yine borçluya düşer. Mahkemenin bu yönleri göz önünde tutarak bozma kararına uymamış olması, kanuna aykırıdır.» H.G.K. 24.4.1963; 3/9-7 (Adalet Dergisi, Yıl 54, Eylül - Ekim, 1963, Sayı : 9 - 10. Sayfa : 1046, 1047). NOT : Mahallî mahkeme 500 liranın davalılardan alınmasına fazla iddianın reddine karar vermiş, Yargıtay 3. H.D. «Davacı dükkân alış verişinden alacağı kalan 652 lira 50 kuruşun tahsilini istemiş



ve davalıların alışı veriş sonunda davacıya 1270 lira borçlandıklarını ve davacı ile anlaşarak kendisine bir radyo ve 7 koyun vermek suretiyle borçlarını kapattıklarını ileri sürmüşlerdir. Davalıların 500 lira değerinde bir radyo verdikleri subut bulunmuş ve bu konuda teklif edilen yemini de davacı eda etmiştir. Davacı duruşmada alacağı karşılığı olarak 7 koyunu 620 lira üzerinden kabul ettiğini ve o suretle anlaştığını ve geriye 150 lira ile radyonun teslim edilme-  
mesi sebebiyle 500 liraki cem'an 650 lira alacağı kaldığını beyan etmiştir. Bu vaziyette neticeden davalıların koyunların 770 lira karşılığında verildiğini ve davacı ise 620 lira karşılığında aldığını ifade etmiş olduklarından, aradaki 150 lira farka ilişkin ispat külfetinin fazla iddiada bulunan davalılara düştüğü, göz önünde tutularak...» gerekçesi ile kararı bozması üzerine mahalli mahkeme ısrar etmiş ve yukarıda dercettiğimiz kararı H.G.K. oy birliği ile almıştır. (Adalet Dergisi, Yıl 54, Eylül - Ekim, 1963, Sayı : 9 - 10, s. 1046, 1047).

Bağlantısız bileşik ikrarın ise bölünebileceği yine doktrinde hakim fikir halini sürdürmektedir. (BİLGE, a.g.e. s. 459; KURU, a.g.e. s. 388). Fakat POSTACIOĞLU burada dahi ikrarın bölünemeyeceği tezini müdafaa etmektedir. (POSTACIOĞLU, a.g.e. s. 417). Kanaatımızca bağlantısız bileşik ikrar bölünmelidir ve herkes ileri sürdüğü olayı ispatlamalıdır. Zira burada ileri sürülen vakıa karşı tarafın ileri sürdüğü, vakıa ile alâkasız ve her iki vakıa arasında bir irtibat yoktur. Eğer böyle bir bölme yoluna gitmezsek yapılan ikrar manasız ve karşı tarafın ispat imkânı zorlaşmış olacaktır. Yargıtay da bu yolda içtihad etmiştir. En yeni kararlardan bir iki örnek verelim. «Dava dilekçesinde, ödendiği belirtilip geri alınması ileri sürülen paranın geri alınmasını gerektiren hukuk dayanağı, nedeni nitelendirilmediği gibi, nitelendirilmesini gerektirecek ve sağlayacak olaylar açıklanmış değildir. Ancak davalının süresinden sonra verdiği dilekçe ve yaptığı açıklamalardan sonra, davalı müteahidin yaptırmakta olduğu bir apartmanın altındaki dükkânın kendisine satılmasının sözle vadedildiğini açıklayarak onun satış vadine mahsuben ödemelerde bulunduğu olayı açıklanmıştır. Böylece bütün dava dosyası bir kül olarak gözetilirse, geçersiz ve gerçekleşmeyen taşınmaz, mal satışı nedeniyle verilen paranın geri alınması olarak belirlemekte ve başka bir nitelendirme olanağı bulunmamaktadır. Davacının dayandığı, belgede her kalem ödemenin karşısında davalının imzası vardır. Bu kalemlerin her birinin ve sonunda toplamının alındığı, davalı tarafından inkâr değil, ikrar edilmiştir. O halde belgenin başındaki yazının inkarı ve mahkemece de kabul edilmemiş olması davanın sonucuna etkili değildir. Öte yandan; davalı aldığı

paraların, bu kalemlerin toplamının, davacıdan başka bir apartman katı satış parasına mahsuben alındığını savunmuştur. Bu savunma arada başka bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu ve buna dayanıldığı anlamındadır. Bu savunma ancak yazılı delil ile ispat edilebilir. Tanıkla ispatlanamaz. Yazılı delil gösterilmemiştir. Mahkemenin tanık dinlememiş olması doğru bir işlemdir. Geçersiz taşınmaz mal satım sözleşmesi yasa tarafından tanınmadığından, taraflar hukukça yok sayılan bu sözleşme uyarınca verdiklerini haksız iktisap kurallarınca geri isteyebilirler. Az yukarıda açıklandığı üzere, davacı buna dayanmıştır. Paranın haklı nedenle alındığını savunan davalı, bu yönü ispatlayamamıştır. Davacıya banka aracılığı ile ödenen bölüm konusundaki istek ileriye bırakıldığına göre davalının mal varlığına girdiğinde uyumsuzluk bulunmayan bölümün haksız iktisap kurallarınca ödetilmesine karar verilecek yerde davanın Red edilmesi bozmayı gerektirir» 4. H.D. 15.6.1972; 3653/5744, (RKD. Yıl 8, Nisan - Mayıs 1973, Sayı 4 - 5, s. 190, 191). «Davacı 1000 lira borç mukabilinde beşibirlik altının davalıya rehin ettiğini ileri sürerek bu 1000 liranın ödenmesi karşılığında beşibirliğin geri verilmesini istemiştir. Davalı rehin sözleşmesini kabul etmekle beraber, davalının zamanında borcunu ödemediğini ve davacı ile anlaşarak davacıya 800 lira daha vermek suretiyle beşibirliğin kendisine bırakılmış olduğunu savunmuştur. Böylece davalı rehin sözleşmesini ikrar etmiş ve sonunda bu işlemin satışa dönüştüğünü bildirmiş, yani varlığını ileri sürdüğü başka bir hukukî ilişkiye dayamıştır. Burada mürekkep, murtabit olmayan ikrar vardır. Ve gerek uygulamalar da, gerekse Doktrinde bu ikrarın parçalanabileceği kabul edilmektedir. O halde olayda ispat yükü başka bir hukukî ilişkinin varlığını ileri süren davalıya düşer. Mahkemece ispat yükünün davacıya yükletilmesi usüle aykırıdır....» 4. H.D. 26.9.1972; 1882/7632, (RKD. Yıl 8, Nisan - Mayıs, 1973, Sayı 4 - 5, s. 210).

## H — İKRAR BİR DELİL MİDİR ?

Şüphesiz ikrar bahsini deliller faslında inceleyen kanunumuza göre ikrar; senet, (M. 287 vd.) yemin, (M. 337 vd. ve kesin hükümle, (M. 337) birlikte hem de kesin delillerden sayılmaktadır. Bize göre ikrar bir delil değildir. Zira bir hakkın veya buna karşı ileri sürülen savunmaların doğru olup olmadığı, bunlara dayanak teşkil eden vakıaların ispat edilip edilmemesine bağlıdır. Bu vakıalar hakkında mahkemeye kanaat veya hâkimi olayların varlığı veya yokluğu hususunda inandırma işlemine de ispat denir. İşte bir vakia-

nın ispatı için baş vurulan vasıtalara ancak delil denmektedir. H.M.U.K. 238/1. maddesi delilli «Davanın haline tesir edebilecek münazaalı hususların ispatı için başvuru vasıtalarıdır.» şeklinde ifade etmektedir. Delilin konusu maddî vakialardır. Hukuk kaide-lerinin ispatı gerekmez. Bunlar hâkim tarafından resen nazara alınır. (H.M.U.K. 76). Yine usulün 238/2. maddesine göre maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususlar münazaalı sayılmaz, O halde bu hususlar için — Çekişmesiz bulduklarından — delil gösterilmesine lüzum yoktur. Bizatihi çekişme konusu olmayan ve delili gerektirmeyen ve de karşı tarafın kabulüne iktiran etmeyen bir irade tezahürü şeklinde tecelli eden beyana (İkrar) biz nasıl delil diyebiliriz. Zira bu beyan hâkimi her hangi bir vakianın varlığı veya yokluğu hususunda inandırmak için gösterilmiş, bir araç değildir. Sadece ileri sürülen bir vakianın doğruluğu tasdik edilmektedir. Aksi halde bu mantık silsilesi bizi «Kabul» ü de delil saymaya zorlar. Zira bir tarafın diğerinin neticei talebini kabul etmesi netice itibariyle geniş olarak diğer tarafın ileri sürdüğü tüm vakiaların doğruluğunu beyan etmesidir. Buna rağmen doktrinde Prof. BİLGE hariç ikrarın delil olduğu fikri ağır basmaktadır. (POSTACIOĞLU, a.g.e. s. 424; KURU, a.g.e. s. 379; Aksi fikirde BİLGE, a.g.e. s. 452).

Konuya son vermeden evvel ikrarın, taraflarca ihzar prensibinin cari olduğu hallerde geçerli olduğunu belirtelim. Resen araştırma prensibinin cari olduğu davalarda bu kaide tatbik edilemez. Bu gibi davalarda ikrar hâkim için takdiri delil mahiyetini arzeder. M.K. 150/3. (KURU, a.g.e. s. 384). Bilindiği üzere hukuk davalarında taraflarca ihzar prensibi, dava malzemesinin taraflarca hâkime bildirilmesi ve bildirilmeyen malzemelerin hâkim tarafından resen nazara alınmamasını; resen araştırma prensibinde dava malzemesinin hazırlanmasında tarafların yanında hâkimin de bununla yükümlü bulunmasını gerektirmektedir. Usulün 238/2. deki «İkrar olunan hususlar» ibaresi mehazimiz olan CODE de procédure civile de neuchâtel'de (CPCN) «Sadece tarafların iradesine tabi olan ihtilaf-larda, ikrar olunan vakialar...» (Mad. 212) Şeklinde olması hususunda nazara alınacak olursa ikrarın taraflarca ihzar prensibinin cari olduğu davalarda geçerli olacağı meselesi daha iyi anlaşılır.





## Medeni Yargılama Hukuku

### TAŞINMAZ MALLARA İLİŞKİN DAVALARDA SULH

Yazan : ORHAN YILMAZ (\*)

#### I — GENEL DÜŞÜNCELER :

Kanunlarımızda sulh bir müessese olarak düzenlenmiş değildir. Sulh Mahkeme dışında ve mahkeme önünde olmak üzere ikiye ayrılır. Mahkeme dışı sulh, borçlar hukuku alanına giren bir bağittir. Bu nedenle de Borçlar Kanununun akitlere ilişkin hükümlerine tabidir. Mahkeme dışı sulh sözleşmesi, kanunlarımızda bir müesse olarak düzenlenmemiş ise de bazı yasalarda, ezcümle Medeni Kanunun 379/1, 405/8, Borçlar Kanununun 191, 388/3'üncü ve Ticaret Kanununun 310'uncu maddelerinde işaret edilmiştir. Mahkeme önünde sulh gerek maddi hukuk gerekse yargılama hukuku karakterini haizdir. Bununla beraber mahkeme önündeki sulh, yargılama hukuku bakımından kanunlarımızda bir müessese olarak düzenlenmemiş ise de bazı yasalarda ezcümle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 63, 151/2, 213'üncü, İcra ve İflâs Kanununun 38, 226/2'nci, Medeni Kanununun 306/4'üncü ve Ticaret Kanununun 165 ve 219/2nci maddelerinde işaret edilmiştir. Gerek doktrinde ve gerekse mahkemeler tatbikatında mahkeme önünde sulh tarafların karşılıklı fedakârlıklarla aralarındaki uyuşmazlığa, ya da tereddütle bir duruma son vermeleridir (1).

Bununla beraber Adalet Bakanlığı'nca hazırlanıp Büyük Millet Meclisine sevk edilen Hukuk Yargılama Usulü Kanun Tasarısının 7'nci Bölümünün 2'nci ayırımının 107 - 113'üncü maddelerinde sulh bir müessese olarak düzenlenmiştir. Bu tasarının 107'nci maddesinde (Mahkeme önünde sulh, tarafların aralarındaki anlaşmazlığa son vermek için yaptıkları bir akit) olarak tanımlanmıştır (2).

Taşınmaz mallar hakkındaki davalarda sulh geçerli midir ? Kanunlarımızda taşınmaz mallara ilişkin davalarda sulh yapılmasını

(\*) Avukat.

(1) Dr. Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Sh. 2, KURU, Prof. Dr. Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2. Baskı. Sh. 521.

(2) Başbakanlığın 28.4.1967 gün ve 71 - 494/546 sayılı yazısıyla B.M.M. ne sevk edilen Hukuk Yargılama Usulü Kanun Tasarısı, Sh. 117.

yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Aksine 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri yasasının 30, 31 ve 33'üncü (3) ve Tüzüğü 44'üncü maddelerinde kadastroya ilişkin davalarda ve 766 sayılı Tapulama Yasasının 74/3'üncü maddesinde tapulamaya ilişkin uyuşmazlıklarda sulh yapılabileceği kabul edilmiştir. Bundan başka sözü geçen Hukuk Yargılama Tasarısının genel gerekçesinde (Taşınır ve taşınmaz mal veya alacak davaları tarafların mali anlaşmazlıklarına ilişkin olduğundan taraflar bu çeşit uyuşmazlıklarda tam bir tasarruf hakkına sahiptirler, üzerinde sulh olabilirler, isteklerinden vazgeçebilirler veya iddiayı aynen kabul edebilirler ve mahkeme bu durumlar karşısında taraflardan hangisinin haklı olup olmadığını aramaksızın sulh, davadan vazgeçme veya kabul dairesinde hüküm vermek zorunda olduğu) açıklanmıştır (4).

Doktrinde taşınmaz mallara ilişkin davalarda mahkeme önündeki sulhun geçerli olduğunda birlik vardır (5). Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir.

## II — SULHUN GEÇERLİĞİ İÇİN GEREKLİ ESAS VE ŞEKİL KOŞULLARI :

### A. SULHUN ESAS KOŞULU :

#### 1) Sulh Teklif Edenin Davanın Konusu Üzerinde Tasarruf Yeteneğini Haiz Olması :

Sulh teklif edenin dava konusu üzerinde tasarruf yeteneğini haiz olması icap eder. Taraf bu yeteneği haiz değilse sulhun yapılması mümkün değildir. Bundan başka sulhun geçerliliği için konusunun belirli veya belirlenebilir olması da gerekir. Ayrıca sulhun hukukun emredici kurallarına, kanuna veya kamu düzenine, ahlaka ve adaba aykırı olmaması da lâzımdır. Sonuç olarak sulh ancak tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda yapılabilir. Bu bakımdan taşınmaz mallar hakkındaki davalarda da sulh yapılması mümkündür. Gerek doktrinde (6) ve gerekse Yargıtay içtihatlarında (7)

(3) Mustafa GÜRSEL, En son İçtihatlarla - Açıklamalı Şehir Kadastro Davaları, Sh. 33-55, 57.

(4) Hukuk Yargılama Tasarısı, genel gerekçe, Sh. 6.

(5) a — Ord. Prof. Sabri Şakir ANSAY, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Sh. 186, b — BERKİ, Ali HİMMET, Davanın hitamı ve sulh, AD. 1937 - 4, Sh. 300 - 302, c — KARAHASAN, Mustafa Reşit, Gayrimenkul Hukuk Davaları, 1971, Sh. 55.

(6) a — BERKİ, Ali Himmet, AGM, AD. 1936-4, Sh. 300 - 301, b — KURU, Prof. Dr. Baki, AGE, Sh. 733 - 734.

(7) Yargıtay H. GN. Kurulu, 18.11.1964 gün ve 5/565-647 sayılı İçtihadı (AD. 1965-I, Sh. 46, İKİD. 1965-49, 3511-3512).



sulh ile taşınmaz malların temlikinin geçerli olduğu, ayrıca maddi hukuk bakımından gerekli şekil şartını haiz olacağı kabul edilmiştir.

## B. SULHUN ŞEKİL KOŞULLARI :

### 1) Sulhun Mahkemeye Bildirilmesi :

Mahkeme önünde sulh maddi ve usulî unsurlardan meydana gelen bir taraf anlaşmasıdır. Bu unsurlar birbirinden ayrı ve bağımsızdırlar. Şöyleki : Maddî unsuru teşkil eden taraflar arasındaki sulh sözleşmesi, bunun mahkemeye bildirilerek tutanağa geçirilmesi ve taraflarla hâkim ve tutanak kâtibi tarafından imzalanması suretile bir yargılama işlemile aynı zamanda usulî bir nitelik de kazanır. Bu suretle maddî ve Usulî karakterli bir hukuki teşekkül doğar (8). Benzetme caiz ise bu durum paranın iki yüzü gibidir. Bununla beraber mahkeme önündeki sulh bir paranın yazı ve tura yüzü gibi maddî ve usulî unsurlar bağımsızlıklarını muhafaza ederler. Şundan ötürü ki, bu unsurların aynı zamanda yapılması mümkün gibi bağımsız karakterleri icabı ayrı zaman ve yerlerde yapılması da mümkündür. Bu görüşe göre mahkeme dışında yapılan bir sulh sözleşmesi, daha sonraki bir oturumda hâkime bildirilebilir. Bu suretle taraflar arasındaki uyuşmazlığı ve davayı sona erdirmeye iradelerini mahkemeye arz ettikleri anda mahkeme önünde sulhun gerçekleşmesi için ilk adımı atmış olurlar. Mahkemeler tatbikatında sulh şöyle yapılmaktadır : Mahkemede bir taraf sulh teklifinde bulunmaktadır ki bu bir icap beyanıdır. Diğer tarafda teklif edilen bu sulhu kabul ederse bu da bir kabul beyanıdır. Tarafların bu şekildeki icap ve kabulü ile sulh sözleşmesinin gerçekleşmesi için ilk adımı atmış olurlar. Teklif edilen sulh o oturumda kabul edilmezse sulh sözleşmesi gerçekleşmez (9). Sulhun hâkim tarafından teklif edilmiş olması halinde de durum yine aynıdır. Hâkim tarafından yapılan sulh teklifini her iki taraf beyan ettikleri takdirde sulh sözleşmesinin gerçekleşmesi için gerekli ilk adımı atmış olurlar. Böyle bir halde de aslolan tarafların irade beyanlarıdır. Tarafların, mahkemeye yapmış oldukları sulh beyanı tek başına sulhun geçerliği için yeterli değildir. Tarafların sulh olduklarına ilişkin beyanlarının tutanağa geçirilmesi bir mahkeme işlemidir. Bundan sonra tutanağa geçirilen sulhun herhangi bir yanlışlığa mahal kalma-

(8) ÖNEN, Dr. Ergun, AGE, Sh. 41.

(9) Aynı görüş için Bk. POSTACIOĞLU, Prof. Dr. E. İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sh. 421, Dip Notu : 6.

mak üzere tarafların yüzüne karşı okunduktan sonra imzalamaları icap ederki bu bir taraf işlemidir. Ayrıca sulhun hâkim ve tutanak kâtibi tarafından onaylanması gerekir ki bu da bir mahkeme işlemidir. Ancak bütün bu işlemlerin tamamlanmasından sonradır ki geçerli bir sulh yapılmış olur. Şu açıklamalarımıza göre yapılan sulhun mahkemeye arzedilmesi, mahkeme önünde yapılan sulhun bünyesinde yer alan ilk yargılama işlemidir. Taraf işlemi olan bu irade beyanı safhası mahkeme önündeki sulhun aslî şekil koşulu olarak kabul edilmektedir. Gerçekten, ancak tarafların sulh hakkındaki irade beyanı ile maddî hukuktan yargılama hukukuna geçmek için şarttır. Çünkü, tarafların maddî hukuka ilişkin olarak yapmış oldukları sulh sözleşmesi hâkim tarafından kabul edildiği takdirde maddî hukuka ilişkin sulh sözleşmesi yargılamaya dahil edilir. Ancak bu suretle usulî bir karakter kazanır. Mahkeme, sulh sözleşmesini kabule şayan görmezse tarafların sulh hakkındaki beyanlarını red ederek yargılamaya devam eder.

## 2) Sulhun Tutanağa Geçirilmesi :

### a) Tutanağa Geçirme İşlemi :

Tarafların sulha ilişkin irade beyanları mahkemeye arzedilince mahkemenin yapacağı şey bu beyanları tutanağa geçirmektir. H.U.-M.K.'nin 151/5 inci fıkrasına göre sulhun tutanağa geçirilmesi zorunludur. Tarafların sulha ilişkin irade beyanlarını mahkemeye arzettikten sonra sulhu tutanağa geçirme işi hâkime ait bir vazifedir. Sulhu tutanağa geçirme işi oturumda hâkimin nezareti altında tutanak kâtibi tarafından tutanağa yazılır. Hâkim tarafların sulh hakkındaki beyanlarını dinledikten ve sulhun koşullarını tesbit ettikten sonra tutanağa yazdırır. Bu nokta çok önemlidir. Onun için sulh koşulları kesin bir şekilde belirtilmelidir. Sulh koşullarını kesin bir şekilde belirtmeyen sulha dayanılarak hüküm verilmesi usule aykırı olur. Yargıtay'ın görüşü de böyledir. Şöyleki, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 26.4.1955 gün ve 8321/4797 sayılı içtihadında (Anlaşma şekilleri kendilerine okunduktan sonra imza ettirilmek lâzım gelirken usulün 151'inci maddesi gereğince beyanları kendilerine okunmadan imzalarının alınması SULH ŞARTLARININ KE-SİN ŞEKİLDE BELİRTİLMEMESİNİ) yolsuz görmüştür (10). Başarısızlıkla sonuçlanan sulh tekliflerinin tutanağa geçirilmesine lü-

(10) ERSOY, Rifat, Notlu - İzahlı . İċtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Sh. 156.

zum yoktur. Çünkü, bu şekildeki bir sulh teklifi herhangi bir netice hasıl etmeyeceği cihetle tutanağa geçirilmesi lüzumsuzdur.

*b) Tutanağa Geçirilen Sulhun İmza Edilmesi ve Onaylanması :*

HUMK. nun 151 son fıkrasında (Sulh tutanağa geçirildikten sonra taraflar huzurunda okunarak kendilerine imza ettirilmesi gerektiği) kabul edilmiştir. Bu konuda iki noktaya dikkat edilmesi gerekir. Bunlardan biri, tutanağa geçirilen sulhun imzadan önce yüksek sesle okunmasıdır. Sulh metninin tarafların huzurunda okunmuş olduğunun ayrıca tutanakta belirtilmesi iktiza eder. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Ezcümle Yargıtay H. Gn. Kurulununun 30.12.1970 gün ve 145/70 - 738 sayılı (11), 2. Hukuk Dairesinin 20.2.1958 gün ve 702/921 sayılı (12), 6. Hukuk Dairesinin 1.2.1958 gün ve 452/857 sayılı (13) ve 7. Hukuk Dairesinin 10.12.1953 gün ve 9088/6767 sayılı (14) içtihatlarında bu esasa işaret edilmiştir. Tutanağa geçirilen sulhun okunmasından maksat nedir? Bundan maksat, sulhun tutanağa tarafların irade beyanlarına uygun olarak yazılmış olup olmadığının anlaşılması, herhangi bir yanlışlığa mahal kalmamasını temin etmek ve tarafların sulh beyanları üzerinde son bir defa daha düşünmelerini ve gereken düzeltme yapmalarını sağlamaktır. Yargıtay'ın da görüşü böyledir. Şöyleki, Yargıtay Ticaret Dairesi 24.6.1954 gün ve 4747/4750 sayılı içtihadında (Usulün 151 inci maddesinin son fıkrası hükmünce DAVACI-NINSULHA AİT BEYANININ KENDİSİNE OKUNMUŞ VE OKUNDUKTAN SONRA İMZASININ ALINMIŞ OLDUĞU YAZILI BULUNMAMIŞ OLMASINA VE DAVACININ İMZAYI ATTIKTAN SONRA NE İÇİN İMZALADIĞINI ANLAYINCA SULHU KABUL ETMEDİĞİNİ AÇIKCA MAHKEMEYE BİLDİRMİŞ BULUNMASINA GÖRE ZABITNAMEDEKİ BEYANIN SULH AKTİNE DELİL SAYILMASINA USULİ İMKÂN MEVCUT OLMADIĞINA) karar vermiştir (15). Bu içtihatlar görüşlerimize uygundur.

Bunlardan diğeri ise tutanağa geçirilen sulh metni okunduktan sonra taraflarca imzalanması gerekir. HUMK. nunun 151 inci maddesinin son fıkrasının emredici hükmü icabıdır. İmza bilmeyen ta-

(11) Son İçtihatlar Dergisi, 1971 - 282, Sh. 1031-34.

(12) Son İçtihatlar Dergisi, 1959 - 134, Sh. 3875-76.

(13) ÇATALKAYA, Cevdet - TARIKOĞULLARI, Abdurrahman - ÖZCAN, M. Hamdi, Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Sh. 175.

(14) ÖKTEM, İmran, Temyiz Mahkemesi, 7. H. Dairesi Emsal Kararları, 1956, Sh. 63.

(15) EDGÜ, Ekrem - ARVAS, Necmettin, Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi Emsal Kararları, Sh. 115-16.



raf tutanağa parmak basmak suretile onaylar. Sulhun bu suretle tevsik edilmesile onlar yönünden tamamlanmış olur. Taraflar artık bu sulhun hükümsüzlüğünü iddia edemeyecekleri (16) gibi rücu da edemezler.

Sulhun bu şekilde tevsik ettirilmesi HUMK. nunda kabul edilmişse de bunun bir geçerlik şekli mi ? Yoksa bir isbat şekli mi ? olduğu konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Doktrinde (17) ve uygulamada (18) sulhun tutana geçirilmesinin ve imzalanmasının bir geçerlik şekli olduğu kabul edilmiştir. Gerek doktrin ve gerekse uygulamadaki bu görüş doğrudur. Çünkü, bir şeye vücut veren şekildir. Şu halde, bu şekillere riayet edilmedikçe sulh vücut bulmaz. Şundan ötürüki, sulh sözleşmesinin sadece mahkemeye arz edilmesile mahkeme için sulh doğmuş olmaz. Tarafların sulh beyanları mahkemece tutanağa yazılıp tesbit edildikten ve taraflarca imza edildikten sonra usuli yönden muhakemeyi sona erdirecek sulh meydana gelir ve mahkemeyi sona erdirecek bir kuvvet kazanır. Ancak bu şekil şartlarını ihtiva eden sulh geçerli olur (19).

### c) Sulhun Sonuç Doğurması :

Arzedildiği şekilde yapılmış olan sulh bir takım sonuçlar doğurur. Bu sonuçlardan biri, mahkeme için sulhun davayı sona erdirmesidir. İkinci şekli yönden bir kesinliği haiz olmasıdır. Üçüncüsü ise mahkeme ilâmları gibi icra kabiliyeti kazanmasıdır.

## III — SULHUN TAŞINMAZ MAL DAVALARINDA ARZETTİĞİ ÖZELLİK NEDENİLE UYGULANMASI GEREKEN USUL :

### 1) Tapu Uygulanması Yapılması :

Taşınmaz mallara ilişkin davalarda sulhun geçerli olabilmesi için sulh teklif edenin her şeyden önce o taşınmaz mal üzerinde tasarruf yetkisini başka bir deyişle mülkiyet hakkını haiz olması gerekir. Aksi takdirde sulh geçerli olmaz. Bilindiği üzere tapu senetleri ve kayıtları mülkiyet hakkını gösteren ve isbata yarayan belge-

(16) Yargıtay H. Gn. Kurulununun 30.12.1970 gün ve 145/70-78 sayılı içtihadına Bk. (Son İçtihatlar Dergisi 1971-282, Sh. 1031-34.)

(17) a — ANSAY, Ord. Prof. Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Sh. 184, b — BİLGE, Prof. Dr. Necip, Medeni Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Sh. 268-69.

(18) Yargıtay H. Gn. K. nun 9.2.1058 gün ve 7-47/43 sayılı (ÇATALKAYA, Cevdet - TARIKOĞULLARI, Abdurrahman - ÖZCAN, M. Hamdi, AGE, Sh. 176), H. Gn. K. nun 15.4.1964 gün ve 1-171/315 sayılı İctihadı (ERSOY, Rifat, AGE, Sh. 155), H. Gn. K. nun 18.11.1965 gün ve 5-56/647 sayı (Son İctihatlar Dergisi 1966 - 221, Sh. 232) ı içtihatlarına Bk.

(19) Aynı Görüş için Bk. ÖNEN, Dr. Ergun, AGE, Sh. 122-23.

lerdir. Bununla beraber tapu senedinin ibraz edilmiş veya tapu kaydının celbedilmiş olması halinde mahkeme bu belgelere dayanarak hüküm veremez. Hüküm veremez, çünkü, tapu senedi veya tapu kaydı ancak arazide uygun geldiği yer üzerindeki mülkiyet hakkını isbat etmiş olur. Şu halde tapu senet ve kayıtları doğrudan doğruya bir delil olmayıp ancak bir takım tahkik işlemlerinden sonra delil olma kıymetini kazanan ve hakkın özünü teşkil eden bir delildir. Bu tahkik işlemi bilindiği üzere mahallinde yapılacak tapu uygulaması yapmak zorunluğu vardır (20). Çünkü, taşınmaz mal üzerindeki mülkiyetin temlikini tazammun eden bir sulhun geçerli olabilmesi için o taşınmaz malın temlik edene ait olması ve bu cihetin isbat edilmesi gerekir. Aksi takdirde sulh geçerli olmaz. Yüksek Mahkemenin görüşü de bu yöndedir. Şöyleki, Yargıtay H. Gn. Kurulu 16.11.1968 gün ve 1/177 esas ve 755 karar sayılı içtihadında (...Taraflar 11.6.1963 günlü keşifte sulh olduklarını söyleyerek sulh şartlarını tutanağa yazdırmışlardır. 26.12.1963 günlü oturumda davacı vekili sulh şartlarının açıkca belirtilmediğini ve bu hususun krokiye işlenmediğini, tapu kaydının yerine uygulamasını, durumu gösterir kroki yapılmasını istemiş, davalı buna karşı çıkmadığı için mahkemece yeniden keşif kararı verilmiş, tarafların TAPULARI MAHALLİNDE UYGULANMIŞ, BU UYGULAMADA MUNAZAALI YERE İKİ TARAF AİT TAPU KAYITLARININ UYMADIĞI SONUCUNA VARILMIŞTIR. Sonraki oturumlara davacı gelmediği için duruşma gıyabında sonuçlandırılmıştır. GAYRIMENKUL ÜZERİNDE MÜLKİYETİN TEKVİZİNİ TAZAMMUN EDEN BİR SULHUN MUTEBER OLMASI İÇİN O GAYRIMENKULÜN TEKVİZ EDENE AİT OLMASI VE BUNUN TAHAKKUK ETMESİ LÂZIMDIR. OLAYDA MUTEBER BİR SULHUN BULUNDUĞU DÜŞÜNÜLEMEZ. Bu sebeplerle sulhun bulunduğu hakkındaki direnme kararının bozulmasına) karar vermiştir. Yargıtay'ın bu içtihadı çok doğru ve isabetlidir (21).

Keşif mahallinde yapılmış olan sulh mahkeme önünde yapılmış bir sulhtur. Şundan ötürüki, Keşifte bir mahkeme oturumudur. Doğal zorunluluklar nedeniyle bu oturum mahkeme salonunun dışında yapılmaktadır. Mahkeme keşif gün ve saatında mahkeme salonu yerine keşif mahallinde faaliyet göstermektedir. Keşifte dahi hâkimin yanında tutanak kâtibinin bulunması zorunludur. Gerek doktrinde

(20) Tapu uygulamasının nasıl yapılacağı hakkında geniş bilgi için Hukukta Keşif adlı eserimize Bk.

(21) Resmi Kararlar Dergisi 1969-2, Sh. 24 - 25.

(22) ve gerekse uygulamada (23) bu konuda birlik vardır. Şu halde keşif sırasında yapılmış olan sulh mahkeme önünde yapılmış bir sulhtan başka bir şey değildir.

## 2) Sulh Şartlarına Uygun Keşif Yapılması,

### **Kroki Düzenlettilmesi ve İnfazı Kabil Bir Sulhun Tesbiti :**

Taraflar oturumda sulh olabilecekleri gibi keşif mahallinde de sulh olabilirler. Bu sulh yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Evvel emirde sulhda tereddütlü noktalar varsa bu noktaların aydınlığa kavuşturulması gerekir. Taraflar duruşma sırasında sulh olmuşlar ise sulh şartlarının duruşma tutanağında tesbit edilmesi iktiza eder. Şayet taraflar keşif mahallinde sulh olmuşlar ise keşif tutanağında sulh şartlarının tesbiti icap eder. Bundan başka bu sulh şartlarının mahallinde arazi başında da tesbiti zorunluğu vardır. Mahallinde yapılacak keşifte şu şekilde bir usul takip edilmelidir : Mülkiyet hakkını isbatı için ilk önce tapu kaydının araziye uygulanması gerekir. Bunun nedenini biraz evvel açıklamıştık. Bundan başka temlik edilen bir yer varsa bu yer arazi başında tesbit edilerek ifraz edilmesi ve iktiza eder. Ayrıca kroki düzenlettilmesi de zorunludur. Ancak bu suretle icrası kabil bir sulhun varlığı kabul edilir. Yargıtay'ın görüşleri de bu merkezdedir. Ezcümle Yargıtay I. Hukuk Dairesi 5.11.1954 gün ve 5318/8077 sayısını taşıyan içtihadında (Davacı, tapulu gayrimenkulünden davalının müdahalesinin menini talep etmiş ve bilahere taraflar müşterek bir istida vererek sulh olduklarını bildirmişlerdir. Sulh şartları gayrimenkule taalluk etmekte olup muayyen bir yerin bir kimseye bırakılacağı tasrih edilmiş bulunmasına göre tapuda kayıtlı yerlere taalluk eden böyle bir anlaşmada KİMİN TASARRUFU ALTINDA BULUNAN YERİN KİME TERK OLUNDUĞUNUN TESBİTİ LÂZİMDİR. Ayrıca tarafların beynindeki nizanın halledilmiş addolabilmesi için Medeni Kanunun aynı haklara taalluk eden amir hükümleri gözönünde tutularak İNFAZI KABİL BİR SULHUN MEVCUT OLUP OLMADIĞININ MAHKEMECE TAHKİK VE TESBİTİ LÂZİMDİR. Bunun için mahallinde ANLAŞMADA BAHSİ GEÇEN GAYRIMENKUL HAKKINDA BİR KROKİ YAPTIRILMASI VE DAVACI GAYRIMENKULÜN İFRAZ VE DAVALIYA TERKETMEYİ KASTEDİP ETMEDİĞİNİN ARAŞ-

(22) a — KURU, Prof. Dr. Baki, AGE, Sh. 522, b — ÖNEN, Dr. Ergun, AGE, Sh. 97, c — KARAHASAN, Mustafa Reşit, AGE, Sh. 56 - 57.

(23) H. Gn. K. nun 26.6.1963 gün ve 1/53-60 sayılı (ABD. 1963-5, Sh. 599 - 600, AD. 1964/78, Sh. 811-12), H. Gn. K. nun 15.5.1964 gün ve 1/171-315 sayılı (ERSOY, Rifat, AGE, Sh. 155), H. Gn. K. nun 10.11.1965 gün ve 6/757-41 sayılı (RKD. 1966-8, Sh. 145.47), H. Gn. K. nun 8.6.1968 gün ve 5/72-172 sayılı (SID. 1967-7, Sh. 202 - 203, İKİD 1967.



TIRILMASI, O GAYRİMENKUL ÜZERİNDE TASARRUF HAKKINI HAİZ BULUNAN KİMSENİN ANLAŞMADA VECİBE TAAHHÜT EDİP ETMEDİĞİNİN TAYİN OLUMASI ve ondan sonra İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesi mucibince İNFAZ KABİLİYETİNİ HAİZ İLÂM KIYMETİNDE BİR VESİKANIN ADDEDİLEBİLECEĞİ gözönünde tutularak bu yolda tahkikat yapıldıktan sonra hasıl olacak vaziyete göre bir karar verilmesi gerektiğine) karar vermiştir (24). Bundan başka Yargıtay H. Gn. K. nun 3.11.1954 gün ve 1/106 esas ve 12 karar sayılı içtihadı da bu merkezdedir (25). Şu açıklamalarımıza ve Yargıtay içtihatlarına göre taşınmaz mala ilişkin sulhlerde bu şekilde tahkikat yapmak ve sonucuna göre karar vermek gerekir.

#### IV — SULHTA DAVAYI SONA ERDİREN İŞLEM :

Mahkeme önünde yapılan sulhun görülmekte olan davayı sonuçlandıracağı hakkında kanunlarımızda açık seçik bir hüküm yoktur. Ancak İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesinde mahkeme önündeki sulhun mahkeme ilâmları gibi icra edilebileceği kabul edilmiş olmakla bu hüküm sulhun davayı sona erdireceğini kapalı olarak kabul etmiş demektir. Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada, mahkeme önünde yapılmış olan sulhun davayı sona erdireceği kabul edilmektedir. Ancak doğrudan doğruya davayı sona erdiren işlemin ne olduğunda fikir birliği mevcut değildir. Sulhun davayı sona erdireceği hakkında üç görüş vardır : Bunlardan birincisi, sulh halinde davayı mahkemenin kazai tasarrufunun sona erdireceği görüşü, İkincisi sulhtan sonra yapılan vazgeçme veya kabulün davayı sona erdireceği görüşü, üçüncüsü ise sulhun bizatihi davayı sona erdireceği görüşüdür. Türk doktrinde her üç görüşü temsil edenler olduğu gibi Uygulamada da her üç görüşü benimseyen içtihatlar vardır.

Bu konuda Türk hukukundaki hâkim görüş davanın sulhtan sonra mahkemenin vereceği bir kararla sona ereceği görüşüdür. Bu görüşe göre mahkeme önünde yapılan sulh davayı kendiliğinden sona erdirmez. Davanın sona ermesi ancak mahkemenin sulhu esas alarak vereceği bir hükümle mümkün olacağı kabul edilmektedir. Doktrinde bu görüşü kabul edenler vardır. (26) Uygulamadaki görüş de

(24) AKALIN, M. Fahri, Gayrimenkul Davaları, Sh. 86 - 87, No. 223.

(25) AKALIN, M. Fahri, AGE, Sh. 86, No. 221.

(26) a — KURU, Prof. Dr. Baki, AGE, Sh. 522-23, BERKİ, Prof. Dr. Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1959, Sh. 28, b — OLGAÇ, Senai - KÖYMEN, Haydar, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk İc. İf. Kanunu, Sh. 264-65, c — Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı, Sh. 6.

bu merkezdedir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 10.3.1960 gün ve 1023/1881 sayılı içtihadında (Sulha göre taksime karar verilmesi icap ettiğine) (27), 8. Hukuk Dairesi 21.4.1960 gün ve 5062/3099 sayılı içtihadında (Sulh aktinin bir taraflı beyanla bozulamayacağı ve bu akit usulen bozulmadıkça tarafları bağliyacağı mahkemece gözönüne alınarak sulh vechile karar verilmesi gerektiğine) (28), aynı daire 3.10.1968 gün ve 4774/4845 sayılı içtihadında (... Kesin mahiyet taşıyan bir hüküm vermesi gerekirken sulhun tasdiki şeklinde lüzumu halinde infaz kabiliyetini haiz olmayan müphem ve terditli bir karar vermesi usul ve kanuna uygun değilse de bu hususun düzeltilmesi yargılamanın tekrarlanmasını gerektirmeyeceğinden HÜKMÜN 10 MART 1968 TARİHİNDE 500 LİRANIN DAVALI HÜSEYİN-DEN ALINARAK DAVACI ARİF ÖZBEY'E VERİLMESİNE... şeklinde düzeltilerek onanmasına) (29) ve 7. Hukuk Dairesi de 25.11.1969 gün ve 6984/7911 sayılı içtihadında da (Taraflar arasındaki sulh keşif tutanağında tesbit ve tevsik edilmiş olmasına ve SULH GEREĞİNCE HÜKÜM VERİLMİŞ BULUNMASINA ve sulhtan caymayı gerektirir kabule şayan bir sebep de ileri sürülmemiş olduğundan hükmün onanmasına) karar vermiştir. (30) Bununla beraber Yargıtay'ın sulha göre ilzam edici hüküm verilemeyeceğine ilişkin içtihatları da vardır. (31) Uygulamadaki bu görüş aşağı yukarı Fransız Hukukunun anlaşmalı hüküm (Jugement d'expédient) müessesesine benzemektedir. Bize göre gerek doktrinde ve gerekse uygulamada mahkemenin sulha göre hüküm vermesi hakkındaki görüş doğrudur. Şundan ötürüki, mahkeme önündeki sulh bir akit olduğuna göre nasilki akitten doğan bir uyuşmazlığın akit hükümlerine göre hükme bağlanması gerekli ise sulh halindedeki uyuşmazlığın sulh şartlarına göre hükme bağlanması doğru olur. Sulha göre hüküm verilmediği takdirde, mahkeme önündeki sulh ile mahkeme dışındaki sulh arasında hiçbir fark kalmaz. Bundan başka taraflar mahkeme önündeki sulha göre bir talepte bulunmak isterlerse yeniden mahkemede dava açmak zorunda kalabilirler. (32) Konuyu bir örnekle açıklığa kavuşturalım. Bir tescil davasında tescile itiraz da-

(27) MALATYALIOĞLU, Kudsi - ERTAŞ, Hami, (İçtihatlı + Notlu) Paylaşırma ve Kat Mülkiyeti Davaları, Sh. 255.

(28) OKURER, Nihat - DERELİ, Mehmet Reşit - ONUR, Orhan, Yargıtay 8. H. Dairesi Emsal Kararları, Sh. 589-90.

(29) OKURER, Nihat - DERELİ, M. Reşit - ONUR, Orhan, AGE, Sh. 590.

(30) GÜRSEL, Mustafa, AGE, Sh. 97.

(31) Yargıtay 6. H.D. nin 9.9.1966 gün ve 1963/2972, 27.9.1965 gün ve 3943/4169 sayılı, 3.10.1963 gün ve 3549/3812 sayılı (MALATYALIOĞLU, Kudsi - ERTAŞ, Hami, AGE, Sh. 255) içtihatlarına Bk.

(32) Aynı görüş için Bk., KURU, Prof. Dr. Baki, AGE, Sh. 522, Dip notu : 523.

vası açıldığını kabul edelim. Tarafların mahkeme huzurunda taşınmaz malın yarı yarıya olmak üzere adlarına tescili hususunda sulh olduklarını düşünelim. Mahkeme bu sulha göre hüküm vermezse bu sulh İc. İf. Kanununun 38 inci maddesi gereğince ilâm niteliğinde sayılabilecek midir ? Bu konudaki sulh nasıl icra edilecektir ? Tapu dairesi bu sulha göre tescil işlemini yapabilir mi ? Bizce bu cihet şüphelidir. Halbuki mahkeme sulha göre hüküm verirse tapu dairesi tescil işlemini yapmak zorundadır. Hukuk yargılama usulü tasarısının 112 nci maddesinde (Sulh şartları tutanağa geçirilip okunduktan sonra taraflara imza ettirilir. Bu şartlar içinde taraflara tanınan haklar ve yükümler belirtilerek hüküm verileceği) kabul edilmiştir. (33) Tasarıdaki bu hüküm de görüşümüzün doğruluğunu teyit ve takviye etmektedir. Esasen mahkemelerin görevi önlere getirilen uyuşmazlıkları ileride herhangi bir ihtilâfa meydan vermeksizin kesin bir şekilde hal ederek icrasını sağlamaktır. Arzetmiş olduğumuz görüş kabul edilmediği takdirde ileride bir takım uyuşmazlıklar çıkabilir.





## Medeni Hukuk

### MİRASCILIK SIFATININ YİTİRİLMESİ VE BENZERİ HALLER

ESAT ŞENER (\*)

#### I — HATIRLATMA :

Mirasçı olmamak, mirastan pay istememek veya mirastan pay alamamak durumuna düşmek gibi sebeplerin hukuken biri birine benzerlikleri dolayısı ile hepsini bir arada incelemek istemiş ve «Mirasçılık sıfatının yitirilmesi» deyimini içine tümünü almayı uygun bulmuş, Mirastan ıskat sebeplerini evvelce açıklamıştık. Bu yazı ile de «Mirastan mahrumiyet ve Mirastan feragatı» inceleyeceğiz.

#### II — MİRASTAN MAHRUMİYET :

##### A) A M A C I :

Mirastan mahrumiyetin kanunlarda yer almasının iki önemli amacı vardır (1). Biri, bu yolla mirastan ıskat müessesesinin kuvvetlendirilip genişletilmesini sağlamak (2) iikncisi ise, miras bırakana yardım sağlamaktır. Çünkü Medenî Kanununun 520. maddesinde yer alan sebeplerin niteliği bakımından, miras bırakanın ıskat hakkını kullanması çok kez imkânsızdır. Ona böylesine fena davranan kişinin bir de onun mirasına sahip olmasına gözyummak insanî duyguları zedeler. Bu bakımdan, ölen kimsenin uğradığı bu haksızlığa karşı tepki göstermesi ve kanunî tedbir alması imkânı ortadan kalkmış bulunduğu için bu yolla, ölenin kuvvetle sezilen arzuları kanun eli ile ve kendisi adına yerine getirilmektedir (3).

(\*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı.

(\*\*) Yazının ıskatla ilgili bölümü Yargıtay Dergisinin 1976 yılı 1. sayısında yayınlanmıştır.

(1) Prof. Zahir İmre, Türk Miras Hukuku, 1968, Sh. 423; Prof. Nuşin Ayiter, Miras Hukuku, 1971, Sh. 168.

(2) Prof. A. Naim İnan, Miras Hukuku, 1969, Sh. 292.

(3) Prof. Rossel, Hâkimlere Mahsus Medenî Kanun şerhi, Adalet Bakanlığı yayını, Sh. 681, Ayiter, Age. Sh. 168.

## B) MİRASTAN İSKAT İLE MİRASTAN MAHRUMİYETİN AYRILAN YÖNLERİ :

a) Mirastan ıskat, ölüme bağlı tasarrufla (M.K. 478, 492) yapıldığı halde mirastan mahrumiyet kanundan doğmaktadır. (M.K. 520) yani kendiliğinden hukukî sonuç doğurur (4).

b) Mirastan ıskat, kural olarak gerçek kişiler hakkında sözkonusu iken, mirastan mahrumiyet hem gerçek, hem de tüzel kişiler bakımından öngörülmuş bir hukukî müessesedir (5).

Miras bırakan bir derneği, Sendikayı, benzeri bir tüzel kişiyi mirasçı nasp ettiği veya lehine vasiyet yaptığı takdirde, eğer tüzel kişinin organları (M.K. 49) miras bırakana karşı, Medenî Kanununun 520. maddesinde yer alan bir eylem ve davranışta bulunurlarsa, tüzel kişilik mirastan mahrum olur. Ancak Hazine bu kuralın istisnasıdır. Çünkü : Medenî Kanununun 448. maddesi gereğince, bir kimsenin kanunî veya mansup mirasçısı bulunmazsa, terekesinin tümü Hazineye geçer. Bu bakımdan hazine her halde miras bırakmanın son halefi olduğu için mahrumiyet söz konusu olmaz. Zira : Mahrumiyet hükümünün amacı, terekeyi, haksız eylemde bulunandan alıp diğer hak sahiplerine iletmektir. Hazine ise son hak sahibidir. Öyle ise Devlet mirastan mahrum edilemez.

c) Kanunda mirastan ıskat sebepleri (misalî) yani örnekler verilerek ve genel nitelikte belirtilmiş iken (M.K. 457) Mirastan mahrumiyet sebepleri ise (tadadî) yani birer birer sayılmak suretiyle ifade edilmiştir (6).

d) Mirastan ıskat, saklı pay sahibi mirasçılar için öngörülen, bazen cezaî (M.K. 457) bazen koruyucu (M.K. 460) nitelikte bir tasarruftur. Oysa, mirastan mahrumiyet, yalnız saklı pay sahipleri hakkında değil, tüm kanunî mirasçılar ile mansup mirasçılar ve lehlerine vasiyet yapılan kişiler hakkında uygulanır (7).

e) Mirastan mahrumiyet sadece miras bırakana karşı yapılan eylemlerden ötürü sözkonusudur. İskat ise yalnız miras bırakana

(4) Prof. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri Sh. 258; Prof. A. Samim Gönensay - Prof. Kemalettin Birsen, Miras Hukuku. 1956 Sh. 176; Prof. Mustafa Reşit Belgesay, Türk Medeni Kanunu Şerhi, Miras 1952, Sh. 127 No-3; İmre, Age. Sh. 424.

(5) İmre, Age. Sh. 424; İnan, Age. Sh. 292; (İnan d:p not da, Escher'in bu konuda müte-reddit olduğunu, buna karşılık, HUGGLER'in açıkça, tüzel kişilerin mirastan mahrum edilemeyeceği düşüncesinde bulunduğunu beyan etmektedir).

(6) İmre, Age. Sh. 424; İnan, Age. Sh. 292; Ayiter, Age. Sh. 171.

(7) İmre, Age. Sh. 424; İnan, Age. Sh. 292; Oğuzman, Age. Sh. 255; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 180.



değil, onun yakınlarına (M.K. 457/1) veya ailesine (M.K. 457/2) karşı yapılan eylemlerden dolayıda olur (7a).

### C) MİRASTAN MAHRUMİYETLE MİRASTAN İSKATIN ORTAK YÖNLERİ :

a) (Koruyucu iskat) ayrık olmak üzere, mirastan ıskatta da mirastan mahrumiyette de, mirasçı uygunsuz davranışı yüzünden ölenin terekesinden hak almaktan yoksun kalmaktadır.

b) İkisi de şahsîdir. Yani gerek mirastan ıskat edilenin, gerekse mirastan mahrum olanın fûruu bu cezanın kapsamı dışında kalıp mirasçılık hakları halele uğramaz.

c) İskatta da, mahrumiyette de şartları gerçekleştiğinde, miras bırakanın tasarruf nisabı çoğalır (7b).

### 2 — Mahrumiyetle ilgili bazı bilgiler :

#### a) İslâm Hukukundan Örnekler :

##### aa) Din ayrılığı :

Bugünkü hukukumuzda, yani Medenî Kanunda din ayrılığı mahrumiyet sebebi sayılmadığı halde, islamî hukuktan Kaynağını alan eski hukukumuzda Din ayrılığı (İhtilâfî din) mirastan mahrumiyeti gerektirirdi. Bu da «kâfir, müslümâna, müslüman da kâfire varis olamaz» şeklindeki «hadis»ten ileri gelmektedir. Bu kural, müslümanlarla, müslim olmayanlar yönünden geçerlidir. Onun dışındaki kişiler hangi dinden olurlarsa olsunlar, biri birine mirasçı olurlar. Örnek olarak : Musevi, Budistin, Hristiyan ise Musevinin mirasçısı olur (8).

Eski Hukukta «ihtida» ve «irtidat» hükümleri de mirasla doğrudan doğruya ilgilidir. İhtida, bir kimsenin isteyerek din değiştirip müslümanlığı seçmesidir ki, böyle bir kişi öz soyundaki mirasçılık hakkını yitirir, buna karşılık müslümanlara mirasçı olmak hakkını kazanır.

(7a) Belgesay, Age. Sh. 129.

(7b) İmre, Age. Sh. 430; Göncensay - Birsen, Age. 180; Ayiter, Age. Sh. 172.

(8) A. Himmet Berki, Miras ve Tatbikat, 1946, Sh. 21 ve 216; Hayrettin Karaman, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku, 1974, Sh. 372; Göncensay, Age. Sh. 177; dip not 2; İmre, Age. Sh. 427, Dip not 25; Yargıtay 2. H.D. 27/9/1956 günlü ve 4713/4671 sayılı kararı ve Y. 1. H.D. nin 29/1/1951 günlü ve 2395/1827 sayılı kararı.

İrtidat, müslümanın islâm dininden çıkıp başka bir dini seçmesidir ki, İslâm hukukunda dinden çıkan (Mürted) manen ölmüş sayılacağı için o artık bir müslümanın mirasçısı olamaz (9).

Din farkı ölüm anındaki hale göre irse tesir eder. Ölümden sonraki değişmeler mirasa etkili olmaz.

*bb) Tâbiyet ayrılığı (değişik uyrukluluk) :*

İslâm Hukukunda tâbiyet ayrılığı (ihtilâfî dâr) irse engeldir. Yâni bir Devletin uyruğundaki kişi başka Devlet uyruğunda olanın ne mirasçısı, ne de miras bırakanı olur. Bunun ayrık hükmü din birliğidir. Yâni müslümanlar ayrı ayrı devletlerin tâbiyetinde olsalar bile, biri öbürünün mirasçısı olur. Şöyleki : Bir Suriye'li, Iraklı'nın mirasçısıdır. Bunlar her ne kadar ayrı ayrı Devletlerin uyrukluğunda iseler de ikisi de müslüman olduğu için biri diğerinin mirasçısı olabilir (10). Ancak iki müslüman devlet harp halinde ise mirasçılık kalkar. Yani iki müslüman biri birinin mirasçısı olamaz (11).

*cc) Cehâlet :*

Bir kimse kendi çocuğu ile birlikte başkasının çocuğunu da emzirdiği sırada ölür ve hangi çocuğun gerçek çocuğu olduğu belli olmazsa, çocukların ikisi de kadına mirasçı olamaz. Bu hal, müslümanlıkta mâhrumiyet sebebi olarak kabul edilmiştir (12).

*dd) Kölelik :*

Köle bütün varlığı ile başkasının malı sayıldığı için, bu durum mirasa engeldir. Ancak İmamiyye mezhebine göre kölenin azad edilmesi halinde miras hakkı olabilir (13). Bu gün bu müessese kalktığı için ayrıntıya gerek yoktur. Tarihi bilgi olmak üzere bu kadarını yeterli buluyoruz.

*ee) Diğer sebepler :*

İslâm Hukukunda aşağıdaki haller de mirastan mahrum olma sebebidir. Zina edip lanetlenen yâni (Mûlaane)ye tâbi kadının doğurduğu çocuğun nesebi sahih olmadığı için sadece o, anasının mi-

(9) Karaman, Age. Sh. 373; Berki, Age. Sh. 21.

(10) Berki, Age. Sh. 21 - 22; Karaman, Age. Sh. 373; İmre, Age. Sh. 427, Dip not 26.

(11) Karaman, Age. Sh. 374.

(12) Gönensay - Birsan, Age. Sh. 178, Dip not; Karaman, Age. Sh. 374.

(13) Karaman, Age. Sh. 373; Berki, Age. Sh. 19, Dip not 1.

rasçısı olur. Başkasının mirasından mahrumdur. Öte yandan kimin daha önce öldüğü belli olmazsa miras hakkı da yitirilir. Yani biri diğerinin mirasçısı olmaz (14).

### b) Tartışmalı bir konu :

Türk vatandaşlığından çıkarılma (ıskat) mirasçılığa engelmidir ? Bu konu bir süre Yargıtay'da tartışmalı olmakla beraber görevi bakımından anılan konuları incelemekte olan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi son yıllardaki kararlı uygulaması ile vatandaşlıktan çıkarılmanın mirasçılığa engel olmayacağını kabul etmektedir. Bilimsel görüşler de bu doğrultudadır (15). Dairenin görüşünü yansıtan (16). Bir kararını, o dairenin başkanı sıfatıyla kaleme alan kişi olarak aynen yazmayı uygun bulduk :

«Ecânibin hakkı istimplâki» hakkındaki 21 Şubat 1298 tarihli kanunun 2. maddesinde (Devleti Aliyyeden mezuniyeti resmiye istih-sal etmeksizin tebdili tâbiyyet edipte tarafı Devleti Aliyyece tâbiyyetten ıskat olunan eşhasın Memaliki Osmaniye'de istimplâk ve tevarüs hakkından mahrum) olacaklarına işaret edilmiştir. Bu hüküm Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra dahi bir süre yürürlükte kalmış, sonradan kabul edilen kanunlarla oratadan kalkmıştır. Şöyleki :

1 — 2644 sayılı Tapu Kanunu hazırlanırken 21 Şubat 1298 tarihli kanunun 2. maddesine paralel hükümler 11. madde olarak tasarıda yer almış iken, Danıştay Genel Kurulundan istişarî olarak alınan mütalaada, bu hükmün gerek Medenî Kanun, gerekse Lozan ahitnamesine aykırı olduğu belirtildiği için (Türkiye Büyük Millet Meclis zabıt Ceridesi Cilt 25, Sayı 61, Sahife 4 - 5) Mecliste aksine hiçbir düşünce bile ileri sürülmeden tasarıdan çıkarılmış, 35. maddeye tahdit ve mütekabiliyet esasına dayanan hükümler konmuş ve 38. madde ile de 21 Şubat 1298 tarihli kanun zımnen yürürlükten kaldırılmıştır. (Prof. Dr. Hicrî Fişek Türkiye'de - Yabancıların aynı haklardan istifadesi, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1950 Cilt 7 Sayı 3 - 4, Sh. 435 - 440).

2 — 1298 tarihli kanun esasen 2644 sayılı kanunla yürürlükten kalkmış olmakla beraber, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun

(14) Berki, Age. Sh. 22; Karaman, Age. Sh. 374.

(15) Dr. Tuğrul Arat, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Türk Vatandaşlığından ıskat edilen kişilerin miras hakları, 1974, Sh. 356 - 357; İmre, Age. Sh. 427, Dip not 27; Ayiter, Age. Sh. 170 - 171; Prof. Erdoğan Göğer, Türk Tâbiyyet Hukuku, 1974 Sh. 153.

(16) Y. 2. H.D. 26/6/1973 günlü ve 3425/4214 sayılı kararı (Adalet Bakanlığı, Kararları Dergisi, 1973, Sh. 486 - 487).



26 ve 35. maddesinde vatandaşlıktan çıkarılanların durumu düzenlenmiş, böylece 1298 tarihli kanun, bu düzenlemeye aykırı hükümler taşıdığı için 46. madde ile fiilen yürürlükten kaldırılmıştır.

Aslında 1298 tarihli kanun 403 sayılı kanunun 46. maddesi ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 38. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olmakla beraber, bu hükümler ilgayı kabule elverişli olmadığı düşünülse bile, başka bir sebeple de zımnî ilganın mevcut olduğu inkâr edilemez. Zira; mevcut bir kanunda yer alan hükümler sonradan çıkan yeni bir kanunla yeni baştan düzenlendiği takdirde, önceki kanun zımnî ortadan kaldırılmış sayılır. İlk hükmün özel bir kanun olması ve sonradan çıkan kanunun genel nitelik taşıması da buna engel değildir. Bu bakımdan 1298 tarihli kanun engeç 403 sayılı kanunun yürürlük tarihi olan 11/2/1964 tarihinde ömrünü tamamlayıp yürürlükten kalkmıştır.

Vatandaşlıktan ıskat, kişiyi miras hakkından mahrum bırakmaz. Çünkü : Medenî Kanunun 520. maddesinde mirastan mahrumiyet sebepleri arasında bu ve buna benzer hüküm yoktur. (Prof. Dr. Erdoğan Göğër, Türk Tabiiyet Hukuku 1972 Sahife 144 - 145). Diğer taraftan vatandaşlıktan ıskat edilen kişilerin mallarının Hazinece tasfiye edileceğine ilişkin 403 Sayılı Kanunun 35. maddesindeki hüküm, Türkiye'ye dönemiyen kişinin hukukunu korumak için öngörülen bir tedbirden ibaret olduğu, hiç bir suretle müsadere veya cezaî nitelik taşımadığı aşikârdır.

1974 yılında Dr. Tuğrul Arat bu konuda Yargıtay Kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi için içtihadî Birleştirme yoluna gidilmesini istemiş, birinci Başkanlıkça istek yerinde görülmemiştir (17). Aynı görüşü paylaşıyoruz.

(17) «Gerek 1221 sayılı Temyiz Teşkilâtı Kanununun 8. gerekse onun yerini alan 1730 sayılı Yargıtay Kanununun 20. maddesinin sözlere bakılırsa, biribiri ile çelişen hemen her karar için içtihadî birleştirme yoluna başvurulması gerekir ise de, bugünkü genel eğilim kanunların özüne ve özellikle amacına göre yorumlanıp uygulanması doğrultusunda olduğundan ve İctihadî Birleştirme Kararları da, hukukun gelişmesini engelleyen ve bir anlamda hukuku kalıplaştıran nitelik taşıdıklarından, kesin zorunluk olmadıkça, bundan kaçınmak lâzımdır. İşte bu yüzden Türk Yargıtayı azönce açıklanan titizlik içindedir.

Gerçekten (Ecâibin hakkı istimlâki hakkındaki) 21 Şubat 1298 tarihli kanunun 2. maddesinin yürürlükte olup olmadığı, diğer bir deyimle 403 sayılı ve ondan evvelki 1312 sayılı «Türk vatandaşlık» Kanunları ile sözü edilen kanunun hükümlerinin ortadan kalkıp kalkmadığı hususunda uygulamada tereddütler doğmuş, bu yüzden de Yargıtay Genel Kurulunun 24/2/1965 gün 11/79 sayılı kararı ile daire kararları arasında zaman zaman çelişme meydana gelmiş ise de, Yargıtay'ın bu konu ile ilgili özel Dairesinin son yıllardaki uygulamasını 1298 tarihli kanunun yürürlükte olmadığı bakımından kararlılık ifade ettiği gibi Genel Kurul ve diğer dairelerin de aksine kararına rastlanmamıştır. Böylece bu gün için bir çelişme söz konusu olmadığı gözetilerek ve özellikle hukukun gelişmesini engellemek amacı ile İctihadî Birleştirme yoluna başvurulmaması uygun bulunmuştur.»

Sonuç olarak : Vatandaşlıktan iskat mirastan mahrumiyet sebebi değildir.

#### D) MAHRUMİYET SEBEBİNİN TESBİTİ :

a) Mahrumiyetin hukukî sonuç doğurması hâkimin karar vermesine bağlı değildir. Ölümle birlikte mirastan mahrum olma gerçekleşir. Bununla beraber, mahrum olan kişinin karşı koyması, ya da mirasçılardan tereddüde düşmeleri halinde dava yolu ile de sebeplerin tesbitine engel yoktur (18). Bu da iki türlü olabilir : Ya doğrudan doğruya mirasçılık sıfatının yitirilmesine dayanılarak mirasçılık belgesi verilmesi istenir (19) veya mirastan mahrum olanın zilyetliğindekiler için Medenî Kanununun 577. maddesine göre miras sebebi ile istihkak davası açılarak, bu yolla mahrumiyetin tesbiti talep edilir (20). Kendi açısından yarar gördüğü takdirde mirastan mahrum olan mirasçı da dava açabilir (21).

b) Ceza Mahkemesinden verilen mahkûmiyet kararları Hukuk Hâkimini bağlayıcı nitelikte ise de, sorumluluğun tesbit edilemediğinden söz edilerek verilen beraet kararları Hukuk Hâkimini bağlamaz (22). Ancak maddi bir olayı tesbit eden beraet kararlara ise Hukuk Hâkimi uymak zorundadır. Bu yön B. K. nun 53. maddesi gereğindedir (23).

### III — MAHRUMİYET SEBEPLERİ :

#### 1 — Kasden ve haksız yere miras bırakanın öldürülmesi veya öldürülmeye teşebbüs edilmesi :

##### A — ÖLDÜRME :

Öldürme başlı başına mirastan mahrum olmayı gerektirmez. «Mirastan Mahrumiyet» için, öldürme kastının bulunması zorunludur. Kasıt sadece öldürmeye yönelik olmalıdır. Tasarlama (Taamüt)

- 
- (18) İnan, Age. 298; Dip not 75; Rossel, Age. Sh. 683; Ayiter, Age. Sh. 172; İmre, Age. Sh. 428; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 176.
- (19) Y. 2. H.D. 30/4/1971 günlü 2528/2813 sayılı kararı; Y. 2. H.D. 24/1/1972 günlü ve 194/352 sayılı kararı; Y. 2. H.D. 15/10/1973 günlü ve 6051/5820 S. kararı.
- (20) İmre, Age. Sh. 428; İnan, Age. Sh. 298; Ayiter, Age. Sh. 172; Roussel, Age. Sh. 683; Oğuzman, Age. Sh. 258.
- (21) İnan, Age. Sh. 298; Oğuzman, Age. Sh. 259, Dip not 32; İmre, Age. Sh. 428; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 178.
- (22) Gönensay - Birsen, Age. Sh. 178; Prof. Von Turh, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1952, Cevat Edege çevirisi, Cilt 1, Sh. 412; Prof. Kenan Tunçomağ, Borçlar Kanunu, 1974, Cilt I, Sh. 505 - 507, Y.H.G.K. 16/5/1973 günlü 577/427 S. kararı.
- (23) Y. 4. H.D. 14/5/1975 günlü 2342/6310 sayılı kararı (Senai Olgaç, Borçlar Kanunu Şerhi, 1976, Cilt 1, Sh. 905).

şart değildir. Tehevvüren de olsa öldürmek mirastan mahrum olmayı gerektirir. Ölenin tahrik etmesi (T.C.K. 51) eylemi ortadan kaldırmaz. Tahrik ağır da olsa mirastan mahrumluk doğurur. Öldürmenin kasıt aşılarak veya telefi nefis (T.C.K. 452, 458) şeklinde olması ya da zina yahut yasak ilişkiler sırasında işlenmiş bulunması da (T.C.K. 462) mirastan mahrumiyete engel değildir. Çünkü : Kanun koyucu, «kasıt yani hukuka aykırılığı» cezalandırmak (24) istemiştir. Eski hukukta da, öldürmek mirastan mahrum olmak sonucu doğurmakta idi (25).

Bir kimsenin tarlasında açtığı handeğe miras bırakanın düşüp ölmesi halinde «Tesebbüb» suretiyle bir ölüm yani ölüme sebep olma söz konusu olup bu yön islâm hukukunda tartışmalıdır (26).

Kural kasıt ve kanuna aykırılık olduğuna göre;

1) Tıbbî bir operasyon sırasında, 2) Taksirli bir suç sonucu Tedbirsizlikle, (T.C.K. 455), 3) İztirar hali ve meşru müdafaa sonucu (T.C.K. 49), 4) Harp halinde, karşılıklı çarpışırken veya yanlışlıkla, yahut istenmiyerek de olsa harp kurallarına uyularak, 5) Boks, Güreş gibi tehlikeli sporlar yapılırken, 6) Cezaî sorumluluk saklı kalmak (27) üzere iyileşmesi mümkün olmayan kişiyi rızası ile, 7) Meşru sayıldığı dönemde düello sırasında, 8) Kanunî bir hakka dayanarak, (Polis tedbiri sırasında) meydana gelen ölüm ile benzeri hallerde mirastan mahrumiyet söz konusu olamaz (28). Çünkü : Azönce de belirtildiği gibi kanun koyucu hukuka aykırılık yüzünden mirastan mahrum olmayı gerekli bulmuştur. İşlâm Hukukunda ise hata sonucu öldürmek bile mirastan mahrumiyeti gerektirmektedir ki bu, (29) hak duygusuna ters düşer.

Eylem ister eksik ister tam teşebbüs şeklinde (T.C.K. 61, 62) olsun her iki haldede suçu işleyen, mirastan mahrum olur.

(24) İmre, Age. Sh. 425; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 177; Rossel, Age. Sh. 682; Ayiter, Age. Sh. 169; İnan, Age. Sh. 203; Oğuzman, Age. Sh. 256 - 257; Y. 2. H.D. 30/4/1971 günlü 2528/2813 sayılı kararı, Y. 2. H.D. 24/1/1972 günlü 194/352 sayılı kararı, Y. 2. H.D. 15/10/1973 günlü 6051/5280 sayılı kararı.

(25) Berki, Age. Sh. 20, 216; Karaman, Age. Sh. 370; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 177.

(26) İslâm Hukukunda bu konu mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefilere göre teşebbüs mirasçılığa engeldir. Şafiiler ise aksi düşüncededirler. (Karaman, Age. Sh. 371, Berki, Age. Sh. 21).

Not : Merhum Hocam Gönensay'ın eserinde «Tesebbüb» yanlışlıkla teşebbüs olarak kabul edilmişirki bu açık bir yanılmadır. (Gönensay, Age. Sh. 177).

(27) Avukat Arif Bilgin, Hayat için elzem organların naklinde başlıca hukukî problemler ve çözüm yolları, 1968, Sh. 51 - 53.

(28) Berki, Age. Sh. 217; Rossel, Age. Sh. 683; Oğuzman, Age. 256; Karaman, Age. Sh. 371; Gönensay - Birsen, Age. 178; İmre, Age. Sh. 425; Ayiter, Age. Sh. 169.

(29) Berki, Age. Sh. 20, Karaman, Age. Sh. 371.



Eylemin doğrudan doğruya olması gerekmez. Başkaları ile birleşerek Ceza Kanununun deyimi ile «hem fiil» olarak, veya başkasını öldürmeye «azim ettirerek» Miras bırakanın ölümüne yolaçan (T.C.K. 64) kişi ile, her ne şekilde olursa olsun öldürme eyleminde «fer'an zimethal» olanlar (T.C.K. 65) Yâni, suça teşvik eden, suç işleme kararını destekleyen eylemden sonra yardımda bulunan, suç araçlarını sağlayan, suçun işlenişi için talimat veren, yol gösteren, suçun işlenişini kolaylaştıranlar da mirastan mahrum olurlar (30).

Hasta olan miras bırakanı bilerek tedavi etmeyip ölümüne yolaçan kimse de mirastan yoksun kalır (31).

Kurtarma imkânına sahip iken miras bırakanın denizde boğulmasına göz yuman, geçirdiği hastalık krizi sırasında bilerek ilacını vermeyerek ölümüne sebep olan mirasçı da mirastan mahrum edilir (32).

Kasten arabası ile miras bırakanı ezen de mirastan mahrum kalır (33).

Mahkûmiyet zorunlu değildir. Genel Af (Anayasa 64, T.C.K. 97) özel af (Anayasa 97, T.C.K. 98) zaman aşımı (T.C.K. 102, 112) gibi sebeplerle sanığa ceza verilmemiş olması veya cezanın ortadan kaldırılmış bulunması da mirastan mahrum olmayı önleyemez (34).

Suçtan beraet etmek de yeterli değildir. Beraete rağmen Hukuk Hâkimi eylemi sabit görebilir. Meğerki : Beraet, olayın sanık tarafından işlenmediği şeklinde olsun (35).

Bir noktaya dikkat edilmesinde yarar vardır. Öldürme ve öldürmeye teşebbüs kasta dayanan eylemlerdir. Öyle ise mümeyyiz olmayanların eylemleri (T.C.K. 54) mirastan olmaya yol açmaz (36). Bu kural islâmî Hukukta da aynen mevcuttur (37).

Bir kimse kendi isteği ile, örnek olarak, içki içerek geçici şekilde temyiz kudretini yitirdiği sırada suç işlemişse mirastan mah-

(30) İnan, Age. Sh. 293; İmre, Age. Sh. 426; Oğuzman, Age. Sh. 256.

(31) Oğuzman, Age. Sh. 256.

(32) İnan, Age. Sh. 293; İmre, Age. Sh. 425.

(33) İmre, Age. Sh. 425.

(34) İnan, Age. Sh. 294. Oğuzman, Age. Sh. 256; Y. 2. H.D. 29/11/1952 günlü ve 4173/4497 sayılı kararı.

(35) B.K. 53, Gönensay - Birsen, Age. Sh. 178; Tuhr, Age. Sh. 412; Tunçomağ, Age. Sh. 505 - 507; Oğuzman, Age. Sh. 256; Rossel, Age. Sh. 683; İmre, Age. Sh. 426; İnan, Age. Sh. 300; Belgesay, 129.

(36) İmre, Age. Sh. 425; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 177; Belgesay, Age. Sh. 129; İnan, Age. Sh. 293.

(37) Karaman, Age. Sh. 371; Berki, Age. Sh. 20 - 21.

rum olması gerekir. Esasen, temyiz kudreti, nisbî bir kavramdır. Belli bir yaş da yoktur. Kişiden kişiye değişir. Ama Medenî Kanununun 12, 88, 449 ve T.C.K. 54. maddelerinin birlikte incelenmesinden çıkarılan sonuca göre kanun koyucu, 15 yaşın bitirenin mümeyyiz olacağını kabul etmektedir. Oysa 14 yaşındaki kişinin bile öldürmenin suç niteliğini (yani iyi bir şey olmadığını) bildiği inkâr olunamaz. Hal böyle iken onu şeklen mümeyyiz saymamak ve miras bırakanı öldürmesine rağmen mirastan mahrum etmemek hak duygularını incitici bir haldir. Sayın İmre de bu görüşü savunmaktadır (38).

## 2 — Kasden veya haksız yere miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarrufta bulunamayacak hale getirilmesi :

Kasıt ve haksızlık unsuru bakımından yukarıda açıkladıklarımız bu konuda da geçerlidir. Onun için tekrarı gereksiz buluyorum. Sadece bir kaç cümle ile konuyu aydınlığa kavuşturmak isterim.

a) Miras bırakana «eza cefa» yaparak şuurunu kaybetmesine yol açmak,

b) Dilinin kesilmesi sureti ile konuşamayacak ve yazı ile bile meramını anlatamayacak hale getirmek,

c) Hürriyetini devamlı şekilde kısıtlıyarak ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına engel olmak ve benzeri eylemlerde bulunmak mirastan mahrum olmayı gerektirir.

Bu durumun sürekli ve ölüme kadar devam etmesi zorunlu. dur Eğer bu hal geçici olupta, miras bırakan iyileşir ve ölüme bağlı tasarrufta bulunabilecek kadar kendine gelmiş olursa artık mahrumiyet söz konusu olamaz (39). Miras bırakana kötülük yapan mirasçı, saklı pay sahibi ise bu davranışı sebebi ile mirastan ıskat (M. K. 457) edilebilir. Saklı payı yoksa ıskata bile gerek kalmaz. Vasiyet yolu ile tüm tereke başkalarına devir olunabilir.

## 3 — Hile, tehdit veya cebir ile miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmasına veya böyle bir tasarrufu fesih etmesine çalışılması yahut buna engel olunması :

Bu hükümlerle dört hal öngörülmüştür :

a) Arzusu dışında miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmaya sevk edilmesi,

(38) İmre, Age. Sh. 425.

(39) Belgesay, Age. Sh. 129; Gönensay, Age. Sh. 178; İmre, Age. Sh. 429; Oğuzman, Age. Sh. 257; Ayiter, Age. Sh. 169; Rossel, Age. Sh. 682.

b) Ölümüne bağlı tasarrufta bulunmamaya miras bırakanın zorlanması,

c) Yapılmış ölüme bağlı bir tasarruftan dönmeye icbar edilmesi,

d) Yapılmış bir ölüme bağlı tasarruftan dönmek isteyen miras bırakana engel olunması,

Yukarıda 1 ve 2 numaralarda yazılan kurallar bu konuda da geçerlidir. Hile, tehdit ve cebirin devamlılığı gerekmez. Hile, cebir ve tehditin uygun süre, yani amaç elde edilecek kadar devam etmiş olması ile mahrumiyet sebebi doğar (40). Eğer hile, cebir ve tehdit sona erdikten sonra, dönüşü gerektirecek kadar bir zaman geçmiş, yâni, engel olunan ölüme bağlı tasarrufun düzenlenmesi, yahut feshedilen tasarrufun yeniden uygun şekilde yapılması mümkün hale gelmiş ise, mahrumiyet sebebi ortadan kalkar. Buna karşılık ıskat sebebi doğar.

Bu hükümlerle, M.K. nun 499. maddesindeki sebepler birbirine benzemekte ise de konuları değişiktir. Şöyleki Medenî Kanununun 499. maddesi gereğince ölüme bağlı tasarrufun hile cebir ve tehdit ile yapıldığı ispatlanırken, Medenî Kanununun 520/3. maddesine göre, arzu edilen ölüme bağlı bir tasarrufun yapılmasına engel olduğu ispatlanır.

Öte yandan, Medenî Kanununun 499. maddesi; cebir, hile ve tehdit ile dönülen ölüme bağlı bir tasarruf ile ilgili iken, Medenî Kanununun 520/3. maddesi, yapılmak istendiği halde buna imkân verilmeyen ölüme bağlı bir tasarrufa ilişkindir (41).

#### **4 — Miras bırakanın artık bir daha yeniden yapamayacağı bir durum ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufunun kasden ve haksız yere gizlenmesi veya bozulması :**

Miras bırakanın, bir daha iyileşmeyeceği bir dimağ hastalığı yüzünden temyiz kudretini yitirdiği veya tekrar çıkamayacak şekilde bir komaya girdiği sırada, ölüme bağlı bir tasarrufla ilgili belgenin (el yazısı ile vasiyetnamenin) yakılması, imha edilmesi (yok edilmesi) imzasının okunmayacak hale getirilmesi, yahut el yazısı ile yapılmış vasiyetin kanunen geçersiz hale (M.K. 485) sokulması, yahut ele geçmesini önlemek üzere gizlenmesi, mirastan mahrum ol-

(40) İnan, Age. Sh. 296; Karşı görüş, Gönensay - Birsen, Age. Sh. 179, No. 3.

(41) Ayiter, Age. Sh. 170; İnan, Age. Sh. 296; Oğuzman, Age. Sh. 257.



mayı gerektirir. Ölümünden sonra dahi bu işlemlerin yapılması aynı sonucu doğurur (42).

Ölüme bağlı bir tasarrufun esasen geçersiz olması halinde mahrumiyet söz konusu olmaz (43).

Evrak arasındaki el yazısı ile vasiyetname, yanlışlıkla yırtılıp imha edilirse mirastan mahrumiyet olmaz. Miras bırakanın sağlığında, kasten vasiyetnamesi yırtılmış olupta kendisi bunu öğrenmiş ve yenisini düzenleyecek kadar yaşamış ise yine mirastan mahrumiyet söz konusu olmaz (44).

Mahrumiyet için temyiz kudreti şarttır (45). Çünkü : Kasten haksızlık yapılması zorunludur.

#### IV — MİRASTAN MAHRUM OLMANIN HUKUKİ SONUÇLARI :

##### A) MAHRUMİYET ŞAHSİDİR :

Mirastan mahrum edilen kişi daha önce ölmüş gibi, furuu mirasçı olur (M.K. 521). Bu hükümlerle kanun koyucu, sadece kanunî mirasçının furuunu öngörmüştür.

Mansup mirasçı veya lehine vasiyet yapılan kişi miras bırakanın önce ölürse kural olarak vasiyet hükümsüz kalır. (M.K. 523) yani onların yerini halefiyet yolu ile mirasçıları almaz. Oysa M.K. 521. maddesinde, mirastan mahrum edilen mirasçının miras bırakanın önce öldüğü farz edilerek furuunun mirasa hak kazanacağı öngörülmüştür (46). Sayın Oğuzman başka bir görüşü savunarak diyor ki : mirastan mahrum olanın furuu, doğrudan doğruya kendi miras bırakanından bir hak almamakta, o aradan çekilmekle bir üstteki mirasçıdan halefiyet yolu ile miras payı almaktadırlar. Yani kendileri de esasen miras bırakanın mirasçısı oldukları için mirastan mahrum edilenin yerine geçmektedirler. Hal böyle olunca, mirastan mahrum olanın başkasından olma çocuğu varsa, bunlar miras bira-

(42) Oğuzman, Age. Sh. 258; İnan, Age. Sh. 297; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 179; Belgesay, Age. Sh. 130; Berki, Age. Sh. 219; Ayiter, Age. Sh. 170.

(43) Berki, Age. Sh. 219; İnan, Sh. 297; Oğuzman, Age. Sh. 258; Belgesay, Age. Sh. 130; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 179.

(44) Berki, Age. Sh. 219.

(45) Berki, Age. Sh. 219; Ayiter, Age. Sh. 170.

(46) Y. 2. H.D. 24/1/1972 günlü 194/352 sayılı kararı, Y. 2. H.D. 30/4/1971 günlü ve 2528/2813 sayılı kararı, İmre, Age. Sh. 429; Ayiter, Age. Sh. 172; İnan, Age. Sh. 300; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 180; Berki, Age. Sh. 218; Belgesay, Age. Sh. 131; (Rossel Age. Sh. 684 de Fransız Medeni Kanununda Furuun bu durumda mirasçı olarak sadece saklı pay isteyebileceğini, tam mirasa hak kazanamayacağını öngördüğünü açıkladıktan sonra İsviçre Medeni Kanununun daha insancıl olduğunu savunmaktadır).

kanın mirasçısı olmadıkları için 521. maddeden yararlanamayacakları gibi, mirastan mahrum olanın evlatlığı da aynı kural gereğince mirasa nail olamaz (47). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü bu düşünce biçimi 551. madde ile çelişmektedir.

Medenî Kanununun 523/2. maddesinde (...aksi, tasarruftan anlaşılmadıkça lehine vasiyet yapılanın, miras bırakandan önce ölmesi halinde malın terekeye) döneceği yani vasiyetnamenin hükümsüz kalacağı öngörülmüştür. Metinden de anlaşıldığı gibi, vasiyetçi bu kuralın aksine bir şekil kabul edebilir. Meselâ alelâde ikame (M.K. 467) yolu ile vasiyetçinin kendisinden önce ölmesi halinde furuuna malın geçeceğini belirtebilir. İşte bu durumda, lehine vasiyet yapılan, mirastan mahrum olursa Medenî Kanununun 467, 523/2. maddeleri uyarınca o, miras bırakandan önce ölmüş gibi furuu vasiyetten yararlanır (48).

#### B) MİRASTAN MAHRUMİYET NİSBİDİR :

Mirastan mahrum olan kişi, sadece kendisine karşı eylemde bulunduğu kişinin mirasından mahrum olur. Mahrumiyet, ondan başkasının mirasını etkilemez (48a). Şöyleki : Babasını öldüren kişi sonradan ölen anası ve kardeşinin mirasçısı olur (49). Ancak babasını öldüren kişiyi anası ve kardeşi mirastan ıskat edebilirler (50).

#### C) MİRASTAN MAHRUMİYET GERİYE YÜRÜR :

Bu kural sadece Medenî Kanununun 521/3. maddesinde söz konusu olabilir. Diğer sebepler yönünden zaten miras bırakan öldüğü zaman mahrumiyet sebebi doğmuştur (51). Bu ayrık hükme şöyle bir misal verebiliriz. Ölenin evrakı arasındaki vasiyetnameyi ölümden sonra gizleyen, imha eden kişi Mirastan mahrum olur. Görülüyorki Eylem ölümden sonra gerçekleştiği halde geriye doğru giderek ölüm gününde sonuç doğurur.

#### D) MAHRUMİYET KENDİLİĞİNDEN HÜKÜM DOĞURUR :

Mirastan mahrumiyet hâkim kararına gerek kalmadan sonuç doğurur. Yani mirasın açılması ile mirastan mahrum olma hali ger-

(47) Oğuzman, Age. Sh. 259.

(48) İnan, Age. Sh. 299, 300; Oğuzman, Age. Sh. 259.

(48a) Y. 2. H.D. 24/4/1956 günlü ve 2416/2383 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Sh 1146).

(49) İmre, Age. Sh. 429; İnan, Age. Sh. 299; Y. 2. H.D. 30/4/1971 günlü ve 2528/2813 sayılı kararı.

(50) Oğuzman, Age. Sh. 259, Dip not 32a.

(51) İmre, Age. Sh. 429.

çekleşir. Bununla beraber mirastan mahrum olan kişi sebebin mevcut olmadığını ileri sürer veya terekeye zilyet durumunda bulunursa diğer mirasçıların mahkemeye başvurmasına da engel yoktur (52). Hâttâ zorunluk vardır. Bu konuda yukarıda (II - 2 de de «Mahrumiyet sebebinin tesbiti» adı altında ayrıntılı bilgi verilmiştir).

### E) MİRASTAN MAHRUMİYET TASARRUF NİSABINI ETKİLER :

Mahrum olan kişi ölenin fûruundan olup, onun da fûruu varsa tasarruf nisabı değişmez. Fakat mahrumiyete uğrayan fûru değilse miras bırakanın tasarruf nisabı çoğalır (53). Bir örnekle açıklarsak : Ölenin kardeşi mirastan mahrum olursa, onun yerine fûruu geçer. Yani miras bırakanın yeğenleri mirasçı olurlar. Kardeşin saklı payı vardır. Fakat yeğenlerin yoktur (M.K. 453). Öyle ise bu durumda miras bırakanın tasarruf nisabı çoğalmış olur. Bu örnekler çoğaltılabilir. Ama gereği yoktur.

Bu konuya son vermeden önce özel bir mahrumiyet sebebine değinmek isterim.

Eşler mal ortaklığını geçmiş iseler kural olarak mamelek aralarında yarı yarıya mülkiyete tâbi olur (M.K. 222). Bununla beraber aksini kararlaştırmak mümkündür. Ancak, fûruun payının dörtte birden az olmasına yol açacak bir oran kabul edilemez. Böylece fûruun saklı payı açısından bir sınırlama yapılmıştır.

Karı kocadan biri mirastan mahrum olursa (M.K. 520). Ortak mallardan, boşanma halinde alabileceği miktarı alabilir (M.K. 221/2). Medenî Kanununun 146. maddesine göre; hangi mal rejimini kabul etmiş olurlarsa olsunlar, boşanma halinde herkes, kendi şahsî malınır alır (54). Ortaklık sözleşmesinde başka bir oran kabul edilebile mahrumiyet sebebi doğunca şart batıl olup, Medenî Kanununun 146/3 maddesi hükmün uygulanır.

Yeri gelmişken bir noktaya işaret edelim : Uygulamada henüz böyle bir uyuşmazlıkla karşılaşmış değiliz. Bununla beraber M.K. 222. maddesinin saklı payı zedelemek için bir kapı araladığını ve tehlikeli bir çığır açtığını kabullenmek gerekir (55).

(52) İmre, Age. Sh. 428; İnan, Age. Sh. 298; Dip not 75; Rossel, Age. Sh. 683; Ayiter, Age. Sh. 172; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 176.

(53) İmre, Age. Sh. 430; Gönensay - Birsen, Age. 180; Ayiter, Age. Sh. 172.

(54) Ayiter, Age. Sh. 172.

(55) Prof. S. Sulhi Tekinay, Aile Hukuku, 1971, Sh. 306.



**V — AF :**

İskatın aksine mirastan mahrumiyet, afla ortadan kalkar (M.K. 520/son).

Gerçekten bu hükmün uygulama alanı dar olmakla beraber, insanî olduğu da söz götürmez. Ancak, kötü uygulamaya (gizlice tehdit gibi) yol açabileceği de sözgötürmez (56).

Söz konusu olan Af, miras bırakanın kullanacağı bir af olup, genel veya hususî afla (T.C.K. 97, 98, Anayasa 64, 97) ilgili değildir (57).

Af edenin temyiz kudretine sahip olması şarttır (58). Ancak mümeyyiz küçükler ile mahcurlar (M.K. 16) Af yetkisini, kullanabilirler.

Af açık olacağı gibi zımnî de olabilir. Af için belli bir şekil de öngörülmemiştir (59).

Aftan dönülemez. Bu kural M.K. 129, 130. maddelerine paraleldir (60).

Affı ispat elbette bunu ileri sürene düşer.

**VI — KANUNLAR İHTİLÂFI :**

Mirastan mahrumiyet konusu Devletler Hususi Hukukunda tartışmalıdır.

a) Bir kısım hukukçular, mahrumiyetin Türk Kamu düzenini ilgilendirdiğini, bu itibarla intikal kanununa yani (Lex Successionis'e) tâbi olacağını (61) savunmaktadırlar.

b) Bir kısım hukukçular ise, mirastan mahrumiyetin ehliyetle ilgili olduğunu, bu bakımdan millî kanunun uygulanacağını beyan etmekte *af ile mahrumiyet ortadan kalktığına göre, olayda kamu düzeni söz konusu olamayacağını, onun için miras bırakanın millî kanunda yazılı sebeplerin araştırılacağını zorunlu görmekte, bunun-*

(56) Ayiter, Age. Sh. 172; Rossel, Age. Sh. 681; Oğuzman, Age. Sh. 260; İnan, Age. Sh. 300; İmre, Age. Sh. 431; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 179.

Not : Sayın Gönensay, Affa karşı çıktığıktan sonra, esasen İsviçre Medenî Kanunun ilk Projesinde af hükmü yokken, sonradan metne konduğunu açıklamaktadır. (Gönensay - Birsen, Age. Sh. 179).

(57) Y. 7. H.D. 29/11/1952 günlü ve 4173/4447 sayılı kararı.

(58) İnan, Age. Sh. 300; Oğuzman, Age. Sh. 260.

(59) İnan, Age. Sh. 301; Oğuzman, Age. Sh. 260.

(60) Ayiter, Age. Sh. 172; Oğuzman, Age. Sh. 260; İmre, Age. Sh. 431; Belgesay, Age. Sh. 130.

(61) Prof. Osman Fazıl Berkî, Türk Hukukunda Kanunlar İhtilâfı 1971, Sh. 137 - 138.

la beraber, dinî ve siyasî nitelikteki mahrumiyet sebepleri Türk Devletinin Kamu düzenini ilgilendirdiğinden Türkiye’de uygulanamayacağını ileri sürmektedirler (62). Biz de bu görüşe katılıyoruz. Nitekim Yargıtay’da ehliyetin millî kanuna tâbi olacağı eğilimindedir (63).

## VII — MİRASTAN FERAGAT (VAZGEÇME) :

### 1 — Niteliği :

Mirastan feragat, miras hakkının değil fakat mirasçılık sıfatının yitirilmesidir (64). Yani vazgeçen kişi, miras açıldığı zaman mirasçı olarak hak istemekten yoksundur. Miras hakkı ise haktan istifade (yararlanma) olup bundan vazgeçme Medenî Kanununun 23. maddesi gereğince «şahsiyet haklarından» vaz geçme niteliği taşır ki, buna hukuk açısından imkân yoktur. Esasen Medenî Kanununun 475. maddesi Fransızca metinden çevrildiği için bu iltibas (Yanlış anlama) meydana gelmektedir. Metindeki «*Miras hakkının zayi olacağı*» yolundaki cümle Almanca aslına uygun olarak «*Mirasçılık sıfatını yitirir*» şeklinde anlaşılmalıdır (65). Çünkü : Yukarıda açıklandığı gibi, miras haktan vazgeçilemez. Sadece mirasçı olarak terekeden bir şey istemek hakkı feragatle ortadan kaldırılabilir. Zira aksi düşünülürse, fûrua da etkili sonuçlar doğarki buna imkân yoktur. O halde feragat ne gibi sonuçlar doğurur ? Feragat eden kural olarak miras payı isteyemeyeceği gibi terekenin borcundan da sorumlu olmaz (66). Kanunda ön görülen ayrık hükümler saklıdır. Bunun kaçınılmaz sonucu olarakta mirastan vazgeçen kişi, terekenin tesbitini, mühürlenmesini, defterinin tutulmasını ve benzeri işlerin yapılmasını isteyemeyeceği (67) gibi taksime de katılamaz.

Mirastan feragat eden, mirasın açıldığı sırada, sağ değilmiş gibi miras dışı kalır.

Şüphe yok ki mirastan feragat saklı payla ilgilidir. Buna rağmen sözleşmede tasarruf nisabındaki haktan da vazgeçildiği açıklanabilir. Ancak, miras bırakan, esasen tasarruf nisabı üzerinde mutlak

(62) Berki, Age. Sh. 137 - 138, Prof. Vedat Raşit Sevig, Kanunlar İhtilâfı 1974, Sh. 90.

(63) Y. 2. H.D. 15/4/1963 günlü ve 2257/2397 sayılı kararı.

(64) Prof. A. Escher, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Miras, Şakir Ansay çevirisi. 1949 Sh. 293, No. 2; İmre, Age. Sh. 284; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 162; İnan, Age. Sh. 181.

(65) İmre, Age. Sh. 163; Oğuzman, Age. Sh. 169.

(66) Escher, Age. Sh. 293, No. 2; İmre, Age. Sh. 284; Belgesay, Age. Sh. 63; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 162.

(67) Escher, Age. Sh. 295; İmre, Age. Sh. 284.

ve tartışmasız bir hakka sahip olduğu için bu yönün mirastan feraget sözleşmesinde yer almasında pratik bir yarar yoktur (68).

Mirastan feraget saklı payın tamamı hakkında olabileceği gibi bir kısmı için de söz konusu olabilir (69).

Eski hukukumuzda, yâni islâmda, mirastan feraget müessesesi yoktur (70). İslâm Hukukunda, ölüm sırasında ne olacağı belli olmayan ve ihtimallere dayanan ve aldatıcı olabilen sözleşmelere değer verilmemiştir. Öyleki; Vasiyet yolu ile bir kimsenin malının üçte birinden fazlasını birisine vermesine, o kişi sağken mirasçılar razı bile olsalar bu vasiyet yine geçerli olmaz. Çünkü : Bu hukuk düzeninde ölümden önceki irade açıklamaları hükümsüz sayılmıştır.

a) Mirastan feragetin hukukî niteliği tartışmalıdır. Mirastan feraget sözleşmesini, sözleşme ile yâni karşılıklı irade ile mirastan ıskat sayanlar vardır (71). Bu görüşe katılmak güçtür. Zira; ıvazlı feragette fûru, miras ile ilgisini keser. Iskatta ise fûru ıskattan zarar görmez (M.K. 458, 460). Elbette miras bırakanın ayrı bir düzenleme yapması hakkı saklıdır.

b) Bir kısım hukukçulara göre, mirastan feraget, sonucu bakımından, bir çeşit mirası red yükümlüğü altına girmektir (72). Bu düşünüş biçimi, ıvazsız feragetler için belki pek itiraza uğramaz. Ancak ıvazlı feragetlerde bu çözüm şekline katılmak mümkün olmaz. Çünkü : Red halinde, fûru red edenin yerine geçer (M.K. 551). Oysa ıvazlı feragette fûruun halefiyeti yoktur. Yeterki sözleşme ile bu hak onlara tanınsın. O halde bu görüş tam bir tanımlama sayılamaz.

Bazıları ise mirastan ferageti tenkis davası açmaktan vazgeçme şeklinde nitelendirmektedirler (73).

Bu düşünce şeklinin de aksak yönleri vardır. Şöyleki : İvazsız feragette, feraget edenin fûruu Mirasçılık sıfatını yitirmediği için tenkis davası açmak hakları mevcuttur.

(68) Escher, Age. Sh. 293; İmre, Age. Sh. 281; İnan, Age. Sh. 180.

(69) İmre, Age. Sh. 284; Escher, Age. Sh. 294; No. 5; Oğuzman, Age. Sh. 169, Dip not 392; Ayiter, Age. Sh. 103; İnan, Age. Sh. 181.

(70) Karaman, Age. Sh. 438; İnan, Age. Sh. 281, Dip not 3; Berki, Age. Sh. 222; Prof. Şakir Berki, Miras Hukuku, 1975, Sh. 49 - 50.

(71) Escher, Age. Sh. 295 No. 6 (Prof. Tuor da bu fikirdedir.)

(72) Gönensay - Birsen, Age. Sh. 162.

(73) Gönensay - Birsen, Age. Sh. 162.



## 2 — Etkileri :

Mirastan feraget, kural olarak onun fer'ilerini (furuunu) etkiler. İvazsız feragetlerin furua etkili olamayacağı tartışmasızdır. Bununla beraber sözleşme ile bu etki ortadan kaldırılabılır. Öte yandan, bu etki kendiliğinden de değersiz hale gelebilir. Şöyleki : Feraget belli mirasçılar yararına yapıpta bu kişiler miras bırakan dan önce ölürlerse veya haklı sebeplerle mirastan feraget sözleşmesi bozulursa (M.K. 494) yahut yararına mirastan vazgeçen mirasçılar mirastan iskat edilir. (M.K. 457) ya da mirastan mahrum olurlarsa (M.K. 520) mirastan vazgeçenin ferilerine (furuuna) etkisi ortadan kalkar (74).

Yeri gelmişken kaynak kanunla Türk Medenî Kanunu arasında bu konudaki bir metin farkına işaret edelim : M.K. 475/3. maddesine göre «aksi kararlaştırılmamış ise ıvazlı feraget sözleşmelerinin, feraget edenin furuunu da bağliıyacağı» ilkesine yer verilmişken, İsviçre Medenî Kanununun bizim maddenin karşılığı olan 495/3 de «aksi şart edilmemişse ıvazlı feraget sözleşmelerinin furua da etkili olacağı» öngörölmüştür. Görölyüorki, İsviçre'de ıvazsız feragetler de dahi furu mirastan pay almak hakkını kural olarak yitirmekte iken (75) bizde ıvazsız feragette böyle bir zorunluk yoktur. Ancak ıvazsız feragetin dahi furua etkili olacağı kararlaştırılabilir (76). Çünkü : Bu hüküm emredici değil, tamamlayıcıdır.

## 3 — Mirastan Feragetin Şekli :

Mirastan feraget, ölüme bağli tasarrufla olur (77). O halde tek taraflı olabileceği gibi (M.K. 461, 478) karşılıklı irade açıklaması şeklinde de (M.K. 492) olabilir. Her ne kadar 19/6/1934 günlü 1858/997 sayılı bir Yargıtay kararında (78) mirastan feragetin şekle tâbi olmadığı belirtilmekte ise de, azönce açıklanan İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında anılan kararın bir yanlışlığa dayandığı açıktır.

(74) Escher, Age. Sh. 295, No. 7; İmre, Age. Sh. 285, No. 2; İnan, Age. Sh. 179.

(75) İmre, Age. Sh. 285; Berki, Age. Sh. 224; Escher, Age. Sh. 295; Belgesay, Age. Sh. 63; Günnensay - Birsen, Age. Sh. 163; Oğuzman, Age. Sh. 169, Dip not 393; Ayiter, Age. Sh. 104; İnan, Age. Sh. 182.

(76) İmre, Age. Sh. 285; Aksi görüş, Oğuzman, Age. Sh. 169, Dip not 395.

(77) 11/2/1959 günlü ve 16/14 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre (Bütün miras sözleşmeleri gibi, mirastan feraget sözleşmesinin de Medenî Kanununun 492. maddesi hükmünce resmi vasiyet şeklinde yapılması gerekir.) Berki (Şakir), Age. Sh. 51; Ayiter, Age. Sh. 102; İnan, Age. Sh. 180; Y. 2. H.D. 5/5/1972 gün 2899/2815 sayılı kararı, Y. 2. H.D. 1/3/1962 gün ve 1107/1391 sayılı kararı ve Y. 2. H.D. 30/12/1954 gün 6786/6157 sayılı kararı.

(78) Berki, Age. Sh. 223, Dip not 1.

Alman Medenî Kanununun 2396 ve 2348 maddelerine göre mirastan feraget sözleşmesinin ölüme bağli tasarrufla yapılması zorunluğuy yoktur. (İmre, Age. Sh. 281 Dip not 4).

Mademki İctihadı Birleştirme Kararı ölüme bağlı tasarruftan söz etmiştir. Öyle ise bu hem vasiyet yolu ile, hem de miras mukavelesi şeklinde olabilir. Yani ya bir mirasçı, tek taraflı bir beyanla mirastan feraget eder ki bu ıvazsız feragetlerde mümkün olabilir. Ya da mirasçı ile miras bırakan bir araya gelerek feraget sözleşmesi yaparlar. Bu hem ıvazlı, hem de ıvazsız feragetlerde söz konusu olur (79). Bazan da iki taraf bir yandan mirastan feraget eden, bir yandan da bunu kabul eden kişi durumunda olabilirler. Böyle bir sözleşme ancak karşılıklı olarak biri diğerinin mirasçısı olduğu zamanlarda söz konusu olur. Bu tür feraget genellikle karı koca arasında yapılır (80).

#### 4 — Mirastan feragetin tarafları :

a) Mirastan feraget tek taraflı ise, mirasçıdan başkasına zaten gerek yoktur (81).

b) Mirastan feraget karşılıklı ise yani mirasçı ile miras bırakan arasında bir sözleşme yapılırsa iki kişi var demektir.

c) Bazen iki mirasçı kendi aralarında veya 3. kişi ile bir araya gelip tereke üzerinde, yani muntazar hakları bakımından sözleşme yaparlar (M.K. 613). Bu işleme miras bırakan katılmamış ise zaten sözleşme geçersizdir. Şayet miras bırakan da buna katılır ve mirasçılardan biri diğeri yararına feragette bulunursa bu anlaşma, miras haklarının devri niteliği taşır. Yani mirastan feraget sayılamaz (82).

d) Miras bırakanla bir kaç mirasçı birlikte ferageti gerektiren bir sözleşme yapabilirler. Bu yolda bir feragette geçerlidir.

#### 5 — Ehliyet :

Mirastan feraget için bir miras mukavelesi yapılması halinde iki tarafın da reşit olması zorunludur (M.K. 450). Eğer vasiyet yolu seçilmiş ise yani tek taraflı bir feraget söz konusu olursa mümeyyiz olup 15 yaşını bitirmiş olmak yeterlidir (M.K. 449). Hâtta 14 yaşını bitirmiş olup hâkimin izni ile evlenmiş (M.K. 88) kişi de vasiyet yapabilir.

(79) İmre, Age. Sh. 281.

(80) İmre, Age. Sh. 281.

(81) İmre, Age. Sh. 283.

(82) İnan, Age. Sh. 180; İmre, Age. Sh. 283 - 284; Oğuzman, Age. Sh. 135 Dip not 290; Belgesay Age. Sh. 260 - 261; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 348.

M.K. 450. maddesinde rüşten bahsedilmiş ise de, bunun temyiz kudretini de kapsadığı tabiidir (83). Onun için evlenme ile reşit olan (M.K. 11). Yahut kazaî şekilde rüşte eren (M.K. 12) kişiler de miras mukavelesi yapabilirler. Mutlak butlan ile sakat olan evlenmeler de, butlana kadar geçerli bir evlenmenin sonuçlarını doğuracağı için M.K. 124) iptâlden önce yapılmış mirastan feraget sözleşmesi geçerliğini korur. Çünkü : O kişi 18 yaşını doldurmamış bile olsa evlenmekle reşit olmuştur. İptâl ile bu hak ortadan kalkmaz Bir yanlışlığı önlemek için işaret edelimki, feraget karı koca arasında ise butlanla mirasçılık hakkı ortadan kalkacağı için feragette geçersiz hale gelir. Onun için verilen örnek eşler dışındaki mirasçılarla yapılan feragetler için söz konusudur.

Kanunî müşavir tayin edilen mahdud ehliyetsizler de yalnız başlarına mirastan feraget sözleşmesi yapabilirler. Mümeyyiz mahcurlar (M.K. 357) meselâ mahkûmlar Sulh Hâkiminin izni ve Asliye Hâkiminin muvafakatı ile (M.K. 406/5) vasileri aracılığı ile mirastan feraget sözleşmesi yapabilirler (84).

Mirastan feraget sözleşmesi yapan evli kadının bu işlemi hâkimin onamasına tâbi değildir (85). Çünkü : M.K. 169 maddesi tahdidî olup sadece, kadının kocası yararına 3. kişilere karşı borç altına girmesini Hâkimin onamına bağlı tutmuştur.

## 7 — Mirastan feraget sözleşmesinin sebebi ve çeşitleri :

### a) *İvazlı feraget :*

Bu müessese hayatın zorlaması veya insan ilişkilerinin zorunlu kıldığı sebep ve şartlar yüzünden kanunda yer almıştır. Şöyleki : Bir kimse, iş kurmak ve benzeri bir sebeple terekedeki muntazar hakkına karşılık miras bırakandan, sağlığında miras payını peşin olarak alır ve böylece mirastan feraget eder. Yahut bir kız evlenirken, ileride ailesine maddî yönden muhtaç olmayacağını umarak, özellikle evlenme sırasında arzuladığı şeyleri almak amacı ile miras bırakanla anlaşıp miras payını peşin alır ve mirastan feraget eder. Bazan da miras bırakan, ölümünden sonra çıkacak anlaşmazlığı sağlığında önlemek amacı ile mirasçıyla feraget mukavelesi yapabilir (86). Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. İşte bu tip fera-

(83) Berki (Şakir), Age. Sh. 50.

(84) Berki (Şakir), Age. Sh. 50.

(85) İmre, Age. Sh. 282, Dip not 7; İnan, Age. Sh. 179, Dip not 263.

(86) Oğuzman, Age. Sh. 168, Dip not 391; Ayiter, Age. Sh. 103.



getlere ıvazlı feraget deniyorki, doktrininde, «Mirasın satın alınması» diye tanımlanmaktadır (87).

*b) İvazsız feraget :*

Bazan malî durumu iyi olan ve ileride bu durumu devam ettireceğini uman kişi diğer mirasçılar yararına mirastan feraget edebilir. Burada ya feragetten yararlanan kişi belli edilir veya edilemez. Asıl olan bir mirasçının durumunun düzeltilmesidir (88).

**8 — Mirastan feraget sözleşmesinin feshi :**

Taraflar her zaman, mirastan feraget sözleşmesini yazılı şekilde feshedebilirler (M.K. 393). Yazılı olması yeterli olup, özel bir şekil söz konusu değildir.

Tek taraflı olarak fesih ise belli bir şekle tâbi tutulmamıştır. (M.K. 494). Zaten, aksi de düşünülemez. Borçlar Kanununun 101-108 maddeleri çerçevesinde fesih mümkündür (89). Öte yandan iradeyi sakatlayan sebeplerden dolayı veya şekil eksikliğine dayanılarak ta mirastan feraget sözleşmesi tek taraflı irade beyanı ile feshedilebilir.

**VIII — MİRASTAN FERAGETİN FÜRUA TESİRİ :**

**1 — Mirastan feragetin ıvazsız veya ıvazlı oluşuna göre durum değişir :**

**A) İVAZLI FERAGETTE :**

Mirastan feraget ıvazlı ise, kural olarak feraget edenin füruu terekeden bir istekte bulunamaz (M.K. 475/3). Ancak sözleşmede bunun aksi kararlaştırılabilir. Ayrık tutmanın bu halde feraget sözleşmesinde yazılı olması gerekmez (90) sonradan yapılan bir sözleşme ile de yapılabilir.

Miras bırakan tek taraflı bir irade beyanı (Vasiyetname) ile feraget edenin füruu yararına ölüme bağlı bir teberruda bulunabilir.

(87) Escher, Age. Sh. 294, No. 2; İmre, Age. Sh. 282; Ayiter, Age. Sh. 103; İnan, Age. Sh. 181; Oğuzman, Age. Sh. 168; Dip not 391; Y. 2. H.D. 9/1/1947 günlü ve 3194/114 sayılı kararı.

(88) Oğuzman, Age. Sh. 168; İmre, Age. Sh. 282; Escher, Age. Sh. 294; Ayiter, Age. Sh. 103; İnan, Age. Sh.181.

(89) İmre, Age. Sh. 277, 283, 290; İnan, Age. Sh. 181; Escher, Age. Sh. 294, No. 4; Belgesay, Age. Sh. 63 - 89.

(90) İmre, Age. Sh. 285; Aksi görüş : Belgesay, Age. Sh. 63; (Curti'ye atfen).

## B) İVAZSIZ FERAGETTE :

Mirastan feraget ıvazsız ise Medenî Kanununun 475/3. maddesinin mefhumu muhalifine (Karşı anlamına) göre fûru saklı pay hakkından yoksun kalmaz. Meğerki, feraget sözleşmesinde bunun aksi işaret edilmiş olsun (91) İsviçre Medenî Kanununun 495/3. maddesinde, ıvazlı ve ıvazsız ayırımı yapılmadığı için bizdekinin aksine asıl olan fûruun miras payı alamamasıdır.

Bizim metnin daha haklı ve daha makul olduğu söz götürmez (92).

## 2 — Mirastan feragetin fûruu da kapsamı içine almış olması :

Eğer mirastan feraget sözleşmesi fûruu da kapsamına alacak şekilde düzenlenmiş ise, bu takdirde ne yapılacağını çeşitli ihtimale göre anlatmak gerekir.

## A) FERAGET BELLİ KİŞİ VEYA KİŞİLER YARARINA OLMAMIŞTIR.

Gerçekten Medenî Kanununun 476/2. maddesi, mirastan feragetin kişi belirtilmeden yapılabileceğini müdkün kılmıştır. Yani bir mirasçı ıvazlı veya ıvazsız olarak mirastan feraget ettiğini ifade etmekle yetinir. Bunu kimin yararına yaptığını açıklamaz. Miras bırakan da bu çeşit feraget açıklamasına karşı koymaz. Yani o da feragetten yararlanacak kişinin açıklanmamış olmasını uygun bulur. Bazan da isim ve sıfat belirtilmeden «mirasçılar yararına» mirastan feraget edilir. Sözleşme bu yolda düzenlenir. İşte böyle bir feraget söz konusu ise :

a) Eğer feraget ıvazsız ise, feraget edenin miras payı kendi fûruuna geçer. Fûruu yoksa aşağıdaki kural uygulanır.

b) Şayet mirastan feraget ıvazlı ise, ya da feraget edenin fûruu yoksa iki ihtimal hatıra gelebilir.

aa) Ya miras bırakan feraget edenin payını birine vasiyet etmiştir. Bu takdirde vasitanmeye göre işlem yapılır.

bb) Ya da miras bırakanın vasiyeti yoktur. Bu durumda mirastan feraget edenin miras payı en yakın ortak üst mirasçının (aslı

(91) İmre, Age. Sh. 285.

(92) İmre, Age. Sh. 285; Berki, Age. Sh. 224; Belgesay, Age. Sh. 63; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 163; Oğuzman, Age. Sh. 169, Dip not 393; Ayiter, Age. Sh. 104; İnan, Age. Sh. 182.

müşterekin) fûruuna geçer. Bunu bri örnekle açıklıyalım : Bir kimse mirastan feraget etmiştir. Fûruu da yoktur. En yakın mirasçı baba ve anasıdır. Bunlardan hangisinin mirasından feraget etmişse onun fûruu mirasçı olur. Bunlar da kardeşleri ile onların ferileridir.

cc) Eğer en yakın üst ortak mirasçının (aslı müsterekin) ferileri yoksa mirastan feraget geçersiz ve hükümsüz olup miras payı yine feraget edene döner (93).

## B) FERAGETİN AÇIKÇA BELLİ KİŞİ VEYA KİŞİLER YARARINA YAPILMIŞ OLMASI :

a) Bir kimse, belli bir veya bir kaç mirasçı yararına mirastan feraget edebilir. Yararına mirastan feraget edilen mirasçının mahrumiyet (M.K. 520). Iskat (M.K. 457) red (M.K. 545) gibi sebeplerle mirasçılık sıfatını yitirmesi veya miras bırakandan önce ölmesi halinde feraget hükümsüz (keenlenyekûn) olur. Yâni feraget edenin miras payı yine kendisine döner (94).

b) Lehine ıvazsız olarak mirastan feraget edilen kişiler birden çok olupta bunlardan birisi mirasçılık sıfatını yitirirse (M.K. 457, 520, 545 ve ölüm) Ölenin payı miras sözleşmesindeki şarta göre işleme tâbi tutulur. Şayet bu yönden sözleşmede bir açıklık yoksa onun payı feraget edene değil, feragetten yararlanan öteki mirasçılara geçer (95).

Feraget ıvazlı ise M.K. 476/I. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Bazı Hukukçulara göre, M.K. 476/I. maddesinde bir ayırım yapılmadığını bu bakımdan feraget ister ıvazlı ister ıvazsız olsun her iki halde de, lehine mirastan feraget edilenin mirasçılık sıfatını yitirmesi halinde feraget hükümsüz olup miras, feraget edene döner (96).

(93) İmre, Age. Sh. 288; Belgesay, Age. Sh. 64; Ayiter, Age. Sh. 106; İnan, Age. Sh. 183; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 164; Escher, Age. Sh. 298, No. 4; Berki, Age. Sh. 225; Rossel, Age. Sh. 608.

(94) İmre, Age. Sh. 286; Belgesay, Age. Sh. 64; Gönensay - Birsen, Age. 163; İnan, Age. Sh. 182; Ayiter, Age. Sh. 106; Oğuzman, Age. Sh. 171, Dip not 400; Escher, Age. Sh. 298; Berki, Age. Sh. 224.

(95) İmre, Age. Sh. 286; Oğuzman, Age. Sh. 171, Dip not 400; Karşı görüş; İnan, Age. Sh. 182; Belgesay, Age. Sh. 64; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 163.

(96) Gönensay - Birsen, Age. Sh. 163; Rossel, Age. Sh. 608; İmre, Age. Sh. 287; Ayiter, Age. Sh. 106; Berki, Age. Sh. 224.



Bazı Hukukçulara göre ise, feraget ıvazlı ise Medenî Kanununun 476/I. maddesinin uygulanmayacağını, sözleşmenin geçerli kalacağını savunmakta ve demektedirlerki, Feraget eden esasen ıvaz almış iken tekrar miras payının ona dönmesi haksızlık olur. Ancak, aldığı ıvaz miras payından az ise fazlası için feraget hükümsüz olur (97).

Yararına mirastan feraget edilen kişinin miras sözleşmesinde belli edilmesi zorunludur. Sonradan bir vasiyetle açıklanması halinde bu kişi mansup mirasçı olur. Onun için Medenî Kanununun 476/I. maddesi onun hakkında uygulanmaz (İmre Age. Sh. 287).

### 3 — İvazlı feraget sebebi ile miras bırakanın alacaklılarının durumu :

Kural olarak mirastan feraget eden, terekenin borçlarından sorumlu değildir. Çünkü: O, mirastan feraget etmekle mirasçılık sıfatını yitirmiştir. Ancak, miras açıldığı zaman miras bırakan aciz halinde, yani alacakları borçlarına yetinemeyecek durumda olup, feraget etmeyen mirasçıları da borçları ödemekten aciz halde olurlar yahut mirası red ederler ise, mirastan ıvazla feraget eden mirasçı, ölümden önceki beş yıl içinde miras bırakandan ıvaz olarak aldığı şeyden elinde kalanla sınırlı olmak üzere terekenin borçlarından sorumlu olur. Şu hale göre :

aa) Miras bırakan aciz halinde olmalı,

bb) Feraget etmeyen mirasçıların mirası red etmeleri veya resmî tarfiye isteğinde bulunmaları, ya da aciz içinde olmaları şarttır.

Şu var ki mirastan feraget eden mirasçı aldığını her halde geri vermek zorunda değildir. Ölümden 5 sene içinde aldıklarından elinde kalanla sorumludur. Onun için,

aa) Ölümden 5 seneden daha önce alınan ıvaz mirastan feraget edene kalır. Yani terekenin alacaklıları feraget edene karşı bir takipte bulunamazlar :

bb) Mirastan feraget eden beş yıl içinde aldığı ıvazdan ise sadece elinde kalan ile sorumludur. Şüphe yokki kötü niyetle elden çıkarılan ıvaz bu kuralın kapsamına girmez. Öte yandan miras bı-

rakan aldığı ıvazı başka şeyle değiştirmişse onun yerine geçen şey de terekenin borcu için bir karşılık sayılır (98).

## IX — MİRASTAN FERAGAT HALİNDE TENKİS :

### 1 — Kural :

Mirastan Feraget eden mirasçının, miras bırakandan aldığı ıvaz, diğer mirasçılardan saklı paylarını zedelemiş olursa saklı pay sahibi mirasçılar, tenkis isteğinde bulunabilirler (M.K. 515). Bu hüküm makul ve haklıdır. Aksi halde bu yolla saklı pay sahipleri zarara uğratılırlardı. İşte kanun koyucu bunu önlemek için anılan hükmü gerekli bulmuştur.

Gerçekten alınan ıvaz saklı payı aşmışsa, aştığı oranda tenkise tâbidir. Mahsup konusunda ise mirasta iadeye paralel (M.K. 607) hüküm öngörümüştür (99) .

### 2 — Seçimlik hak :

Mirastan feraget eden mirasçı tenkis isteği ile karşılaştığında, dilerse aldığı ıvazın tamamını geri verir ve taksime iştirak eder. Dilerse saklı payı aşan kısmı verir artanı alıkor (M.K. 616). Bu hüküm Medenî Kanununun 605. maddesine paraleldir (100).

**Not :** Devamı gelecek sayıda.

(98) İmre, Age. Sh. 288 - 289; Belgesay, Age. Sh. 65; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 165; İnan, Age. Sh. 184 - 185.

(99) İmre, Age. 289 - 290; Oğuzman, Age. Sh. 246; Ayiter, Age. Sh. 104; İnan, Age. Sh. 184; Belgesay, Age. Sh. 119; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 166.

(100) İmre, Age. Sh. 290; Oğuzman, Age. Sh. 246; Ayiter, Age. Sh. 104; İnan, Age. Sh. 184; Belgesay, Age. Sh. 120; Gönensay - Birsen, Age. 166.





**Medeni Hukuk :**

**SAĞ KALAN EŞİN İNTIFAINDA TEMİNAT MÜESSESESİ**

**Dr. NİSİM İ. FRANKO**

**PLÂN :**

**§ 1 — MEŞTELENİN VAZİ**

**§ 2 — SAĞ KALAN EŞİN TEMİNAT GÖSTERME BORCU**

I — TEMİNAT GÖSTERME BORCUNUN HİKMETİ VÜCUDU

II — TEMİNAT GÖSTERME BORCUNDA MURİSİN TASARRUF  
SELÂHIYETİ

III — TEMİNAT BORCUNUN ALACAKLISI

IV — TEMİNAT GÖSTERME BORCUNUN ŞARTLARI

V — TEMİNATIN NEV'İ VE ŞÜMÜLÜ

VI — TEMİNAT GÖSTERMEMENİN NETİCELERİ

**§ 3 — MÜŞTEREK MİRASÇILARIN SAĞ KALAN EŞE TEMİNAT  
GÖSTERME BORCU**

I — MESNEDİ

II — TEMİNATIN ŞÜMÜLÜ VE NEV'İ

III — TEMİNAT GÖSTERMEMENİN NETİCELERİ

**BİBLİYOGRAFYA**

**AKİPEK J. :** TÜRK EŞYA HUKUKU (*Aynî Haklar*) 3. Kitap : Mahdut aynî haklar (*Menkul Rehni Hariç*), Ankara 1974.

**AYİTER N. :** MİRAS HUKUKU, Ankara 1964.

**BELGESAY M. R. :** TÜRK KANUNU MEDENİSİ ŞERHİ, 3. Kitap : Miras Hukuku, İstanbul 1952.

**BERKİ A. H. :** MİRAS VE TATBİKATI, 2. t. 1968.

**BERKİ Ş. :** TÜRK MEDENİ KANUNUNDA MİRAS HUKUKUNUN ESASLARI, AHFD XXVIII 1971.

- CANSEL E. : MİRAS HUKUKU (*Tekrir Ders Notu*), Ankara 1963.
- CURTİ - FORRER E. : Commentaire du Code Civil Suisse Neuchâtel, 1912.
- FULPIUS J. : Le Conjoint Survivant en Droit Matrimonial et Successoral Suisse Geneve, 1968.
- GÖNENSAY A. S. - BİRSEN K. : MİRAS HUKUKU, 2. t. 1963.
- HOMBERGER A. - MARTİ F. : FJS No. 565.
- İNAN A. N. : MİRAS HUKUKU, Ankara 1969.
- İMRE Z. : TÜRK MİRAS HUKUKU. 3. t. İstanbul 1972.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : MİRAS HUKUKUNA GİRİŞ - GENEL BİLGİLER, 2. t. İstanbul.
- KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : SINIRLI AYNİ HAKLAR, İstanbul 1973.
- LADOR - MİNET - HINDERMANN : Héritiers et Testateurs Genève 1954.
- LEUBA P. : Du Régime successoral en Droit Français et en Droit Suisse Comparé Genève 1924.
- MARDİN E. : MEDENİ HUKUK DERSLERİ, C. V. Miras, İstanbul 1939.
- MARQUIS G. V. : Les Droits Successoraux du Conjoint Survivant, Lausanne 1915.
- OĞUZMAN K. : MİRAS HUKUKU DERSLERİ, İstanbul 1972.
- ÖZTRAK İ. : MİRAS HUKUKU (*Giriş - Kanundan Doğan Mirasçılık - Ölüme Bağlı Tasarruflar*), Ankara 1968.
- PIAGET J. E. : De la Situation Juridique et Plus, Spécialement Des Droits Successoraux du Conjoint Survivant Genève, 1910.
- PIOTET P. : Les Usufruits du Conjoint Survivant en Droit Successoral Suisse Berne, 1970.
- RHAM E. de : Les Sûretés Dûes Par L'usufruitier au nu - propriétaire Lausanne. 1925.
- ROSSEL V. - MENTHA F. H. : Manuel de Droit Civil Suisse - Tome Deuxième - Des Successions, Des Droits Réels Lère Partie Lausanne/Genève, 1922.
- SAYMEN F. H. : TÜRK EŞYA HUKUKU (*Ayni Haklar*), İstanbul 1954.
- SAYMEN F. H. - ELBİR H. K. : TÜRK EŞYA HUKUKU DERSLERİ, İstanbul 1963.
- TEKİNAY S. S. : EŞYA HUKUKU, İstanbul 1970/1971.
- TUOR P. : LE CODE CIVIL SUISSE, Zurich 1942.
- TUOR P. : LE CONJOINT SURVIVANT FJS No. : 544.
- WIELAND C. : KANUNU MEDENİDE AYNİ HAKLAR, Ankara 1946.

## § 1 — MES'ELENİN VAZİ :

Medeni Kanunumuz, sağ kalan eşin miras hakkını tanzim ederken, müteveffanın birinci zümre mirasçıları ile içtima ettiği takdirde; terekede 1/4 mülkiyet hakkı ile terekenin 1/2 si üzerinde intifa hakkını seçmek imkânını vermiştir.

Sağ kalan eş, diğer zümre mirasçıları ile içtima ettiği takdirde, içtima olunan mirasçıların müteveffaya olan yakınlık veya uzaklığa göre; artan ve değişen bir nisbette hem mülkiyeti hem de intifa hakkını haiz bulunmaktadır.

Sağ kalan eşin, seçim neticesinde, intifa hakkı sahib olması halinde eş bir taraftan teminat gösterme borcu altına girmekte (M.K. 446); diğer taraftan ise mirasçılardan kendisine teminat gösterilmesini talep edebilmektedir (M.K. 445).

Mezkûr teminat nev'i ve mahiyeti itibariyle ayniyet arz etmekle beraber; fonksiyonu tamamiyle berakistir. İFlhakika : M.K. 446 ya göre müşterek mirasçılara teminat gösterme borcunun hikmeti vücudu ile, M.K. 445'e göre müşterek mirasçıların sağ kalan eşe teminat gösterme borcunun fonksiyonu ayrıdır. Bunun tafsilatını ileriki paragraflarda göreceğiz.

Şunu belirtelim ki, sağ kalan eşin mirasçılara teminat gösterme borcu, umumî kaideye bir istisna vazetmektedir. Zira, intifayı tanzim eden hükümlerde, intifa sahibinin kuru mülkiyet sahiplerine teminat ödemeleri şeklinde umumî bir kaide yoktur (1).

Şimdi, evvelâ sağ kalan eşin müşterek mirasçılara teminat gösterme borcunu; saniyen mirasçıların mukabil borcunu tetkik edelim.

## § 2 — SAĞ KALAN EŞİN TEMİNAT GÖSTERME BORCU

### I — TEMİNAT GÖSTERME BORCUNUN HİKMETİ VÜCUDU :

İntifa hakkını seçen sağ kalan eş, intifama mevzu malların zilyetliğini ve idaresini haiz olur (2). Umumî olarak, intifa hakkı sahi-

(1) BELGESAY M. R. : Türk Kanunu Medenisi Şerhi, 3. Kitap, Miras Hukuku, İstanbul 1952, 24; RHAM E. de : Les suretes dues par l'usufruitier au propriétaire, Lausanne 1925, 55, aksi kanaat II H.D. 2.11.1952 t. E. 6698 K. 566 Ad. Der. 1953, No. 6, 645.

(2) AKİPEK J. : Türk Eşya Hukuku (Aynı haklar), 3. Kitap, mahdut aynı haklar menkul rehni hariç, Ankara 1974, 101; KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : Sınırlı aynı haklar, İstanbul 1972/1973, 97; SAYMEN F. H. - ELBİR H. K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, 475; HOMBERGER A. -MARTİ : FJS. No. 565, 3; IV. HD. 17.4.1970 t. E. 1301 K. 1740 İBD. 1970 Sh. 11 - 12, 911.



binin zilyetlik ve idaresi altında olan malları iade edeceği hususunda malike karşı teminat vermek borcu yoktur (3). Ancak, intifa hakkı sahibinin mallara ziyat bulunması onlara doğrudan doğruya tesir etmek imkânını verir (4). Bundan dolayıdır ki, Kanun vazı zilyetlik ve idaresi intifa hakkı sahibini ait olan işbu malların; intifa sonunda malikine iade edilmemesi ihtimaline mebni, bazı tedbirler almak lüzümünü hisetmiştir. Bu itibarlardır ki, eğer, intifa mevzuu mallar eşe terk edilmemiş ise, onu kuru mülkiyet sahibine birgüne teminat gösterme mecburiyeti yoktur.

## II — TEMİNAT GÖSTERME BORCUNDA MURİSİN TASARRUF SELÂHİYETİ :

Sağ kalan eşin, bu teminat gösterme borcunun, murisin ölüme bağlı tasarrufu ile refedilip edilemeyeceği tetkik edilmelidir. İsviçre’de müdafaa edilen bir fikre göre (5) teminat borcunun sebebi, eşin yeniden evlenmesi ise; murisin ölüme bağlı tasarrufu ile bu teminat gösterme borcunun kaldırılabilceği şüphesizdir. Zira, ikinci evlenme tereke mallarının duçar olabilecekleri tehlikeyi hiç bir surette artırmış olmaz (6).

Murisin, teminat bakımından bir tasarrufta bulunabilip bulunamayacağı hususunda kanunumuzda sarahat yoktur (7). Bu itibarla mes’elenin halli doktrine kalmıştır. Doktrinin burada varmış olduğu netice şudur : Sağ kalan eşin teminat gösterme borcu, murisin tasarrufu ile refedilebilir. Ancak, bunun makbul olabilmesi için, mahfuz hisseli mirasçılardan bu hisseleri ihlâl edilmemiş olmalıdır. Başka bir tabirle, eğer mirasçılar arasında, mahfuz hisseli olanlar mevcutsa teminat göstermeden muafiyet; patlarını ihlâl ettiği nisbetle makbul değildir.

Buna karşılık, mirasçılar mahfuz hisseli değillerse, bu takdirde murisin ölüme bağlı tasarrufu ile tesis olunan teminat göstermek borcundan muafiyet muteber olur (8).

(3) Bk. 1 sayılı atıftaki eserler.

(4) AYİTER N. : Miras Hukuku, Ankara 1964, 28.

(5) MARQUIS G. V. : Les droits successoraux du conjoint survivant, Lausannes 1915, 76.

(6) İbid.

(7) İMRE Z. : Türk Miras Hukuku 3. t. İstanbul 1972, 73; RHAM de. E : 42.

(8) İMRE Z. : 73; PIOTET P. : Les usufruits du conjoint survivant en droit successoral suisse Berne 1970, 130 ve dip notundaki eserler; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : Miras Hukukuna Giriş - Genel Bilgiler, 2. t. İstanbul 1966, 100. RHAM E. de : 42 ve dip notu 2 de gerekçe 118; OĞUZMAN K. : Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, 90; İNAN A. N. : Miras Hukuku, Ankara 1969, 83.

Kanaatimizce, doktrinin varmış olduğu bu netice kabul edilmelidir. Zira, miras hukukuna göre, mahfuz hisse her hâl ve kârda mirasçılara temin edilmesi gerekli paydır. Bu itibarla, murisin ölüme bağlı tasarrufu ile, bu mirasçılarının mahfuz hisselerini tehlikeye düşürmemesi gerekir.

### III — TEMİNAT BORCUNUN ALACAKLISI :

Sağ kalan eşten teminat talep edebilecek olanlar müşterek mirasçılardır. Bu talebi dermeyeran ederken iki hususu nazarı dikkate almalıdır. Eğer, miras paylaşılmamış ise, teminat talebi bütün mirasçılar tarafından dermeyeran edilmelidir (9).

Eğer, miras paylaşılmış ise, her mirasçı bu talebi münferiden yapabilir (10). Bu takdirde, her mirasçının diğerine nazaran münferit ve diğerinin hakkından müstakil bir talep hakkı mevcuttur (11).

Ancak, talep tek bir mirasçı tarafından yapıldığı takdirde; teminatın bir mirasçının payı için mi, yoksa bütün mirasçılarının payları için mi verileceği hususu tayin edilmelidir. Bunu tayin eden, intifa hakkı mevzuunun mahiyetidir (12).

### IV — TEMİNAT GÖSTERME BORCUNUN ŞARTLARI :

Medeni Kanunumuz 446. maddesinde teminatın hangi şartlarla talep edileceğini tespit etmiştir. Bunlar, maddenin sarahatine göre iki tanedir ve ikisi ayrı ayrı teminat verilmesi borcunu tevhit eder. Bu şartlar şunlardır : sağ kalan eşin diğer mirasçılarının haklarını tehlikeye maruz bırakması ve sağ kalan eşin tekrar evlenmesidir. Bu şartları ayrı ayrı tetkik edelim :

#### 1. HAKLARIN TEHLİKEYE MARUZ BIRAKILMASI :

##### A) Tehlikenin Mahiyeti :

Sağ kalan eş, mirasçılarının haklarını tehlikeye soktuğu takdirde onlara teminat göstermek mecburiyetindedir (13). Burada, üzerin-

(9) OĞUZMAN K. : 89.

(10) İbid.

(11) CURTI - FORRER E. : Commentaire du Code Civil Suisse, Neuchâtel 1912, 366.

(12) CURTI - FORRER E. : 366; GÖNENSAY A. S. - BİRSEN K. : Miras Hukuku 2. t. 1963, 3.

(13) BERKİ Ş. : Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları, AHFD XXVIII, 197, Sh. 1-4, 314; TUOR P. : FJS No. 544, 6; BELGESAY M. R. : 24; FULPIUS J. : Le conjoint survivant en droit matrimonial et successoral suisse, Genève 1968, 2 dip notu 29; CANSEL E. : Miras Hukuku (teksir ders notu), Ankara 1963, 98; II. H. 6.4.1967 t. E. 1834 K. 1855.

de durulması gereken ilk nokta; bu tehlikenin neden ibaret olduğunun tayinidir. Mezkür tehlike, intifa mevzuu mallarını, intifa sonunda tekrar mirasçılara avdet edecekleri hususundaki endişede tezahür eder (14). Filhakika : İntifa hakkı sahibi malları kullanırken, onlara zarar verecek şekilde hareket etmiş olabilir. Malların zilyetliğinden çıkarmış olması, ortada bir tehlike bulunduğunu kabul ettirmeğe kâfi bir durumdur (15). Burada en büyük tehlike intifa mevzuu menkullerin, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsa devredilmiş olmalarıdır (16). Zira, bu takdirde mirasçıların bu malların suiniyetle iktisap edilmiş olduklarını ispat etmeleri gerekir. Halbuki, böyle bir ispat daima mümkün olmiyabilir (17).

İntifa mevzuu malların tehlikeye maruz bırakılmaları; onların haksız bir şekilde kullanılmaları mefhumundan daha geniş bir mefhumdur. Bu itibarla, tehlikenin mevcudiyeti, malların intifa hakkı sahibi tarafından, muhakkak haksız bir şekilde kullanılmış olmalarını tazammun etmez (18).

Kanun, tehlikenin neden ibaret olduğunu tayin etmiş değildir. Bu itibarla, sağ kalan eşin el koyduğu sermayeyi tehlikeli işlere yatırması, kıymetini düşürmesi, hor kullanması, spekülasyona girişmesi tehlikenin tahakkuk şekillerinden bazıları olabilir (19). Bunun yanında, bir teşebbüsün sırlarının ifşasını intaç eden veya müşterilerin kaçırılması şeklinde görülen fiiller dahi; tehlike mefhumu içerisine girer (20).

### B) Tehlikenin Tahakkuku :

Sağ kalan eşin teminat gösterme mecburiyetinin mesnedi, hakların tehlikeye duçar olmasıdır. Ancak, bu borcun yerine getirilmesi için, tehlikenin tahakkuk etmesi şarttır. Bu itibarla, tahakkuku muhtemel ve fakat hiç bir emare ile teyid edilmemiş olan bir tehlike için teminat gösterilmesi talep edilemez (21).

### C) Tehlikenin Objektif Vasfı :

Mirasçılarının teminat talebine mesned teşkil eden tehlikenin mevcut olup olmadığı, objektif esaslara göre takdir edilmelidir. Bu iti-

(14) CURTİ - FORRER E. : 366.

(15) İNAN A. N. : 82; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 97; RHAM E. de : 48.

(16) RHAM E. de : 50.

(17) İbid.

(18) RHAM E. de : 48.

(19) BELGESAY M. R. : 24.

(20) RHAM E. de : 51.

(21) LADOR - MINET - HİNDERMANN : Héritiers et Testateurs, Genève 1954, 37.



barla, bunun tahakkukunda, sağ kalan eşin kusurunun mevcut olup olmaması ehemmiyeti haiz değildir (22). Dolayısıyla; tehlike sağ kalan eşin kusuru mevzubahis edilemeyecek olan, tecrübesizliği idarede becereksizliğinden doğsa bile teminat göstermek mecburiyeti devam eder (23).

Tehlikenin, bu objektif vasfı dolayısıyledir ki; sağ kalan eş tehlikenin meydana gelmesinde hiç bir kusuru olmadığını ispat etse dahi, yine teminat göstermekten kurtulamaz.

### D) Tehlikenin İspatı :

#### a) Alelâde mallarda :

Medeni Kanununun 446. maddesine göre, teminat talebi tehlikenin ispat edilmiş olmasına bağlıdır. Bu ispat külfeti mirasçılara aittir (24).

#### b) Kıymetli evrakta ve istihlâk eşyasında :

Alelâde mallar intifa mevzuu hakkının mevzuu olduğu takdirde, tehlikeyi ispat külfetinin mirasçılara aidiyeti hiçbir şüpheye mahal vermez. Ancak; intifa mevzuu mallar, kıymetli evrak veya istihlâk eşyası ise mes'ele ihtilâflıdır.

Medeni Kanununun 732/11 maddesi hükmüne göre; intifa mevzuu kıymetli evrak veya istihlâki kabil eşyalar ise, malik tehlikeyi ispat etmeksizin dahi intifa hakkı sahibinden teminat gösterilmesini isteyebilir (25). Burada, tetkiki gereken husus, sağ kalan eşin intifa hakkında dahi mirasçılarının tehlikeyi ispat külfetinin bertaraf edilip edilmediğidir (26). Problemin teferruatına girmeksizin, şunu belirtmelidir ki, doktrinde bu husus ihtilâfıdır :

Bir görüşe göre (27), sağ kalan eşin intifai, kıymetli evraka veya istihlâki kabil eşyaya taalluk ettiği zaman; mirasçılar tehlikeyi ispat etmeden dahi teminat istiyebilirler. Zira M.K. 446. maddesi, kıymetli evrakta ve istihlâki kabil eşyada teminatı tanzim eden M.K.

(22) CANSEL E. : 89; OĞUZMAN K. : 89; İMRE Z. : 78; PİOTET P. : 130; RHAM E. de : 45.

(23) İMRE Z. : 73.

(24) PIAGET J. E. : De la situation juridique et plus, spécialement des droits successoraux du conjoint survivant, Genève 1910, 108; CANSEL E. : 98; HOMBERGER A. - MARTI H. : FJS No. 565, 6; CURTI - FORRER E. : 366.

(25) HOMBERGER A. - MARTI H. : FJS. No. 565, 6; RHAM E. de : 78; SAYMEN F. H. : - ELBİR H. K. : 484; TEKİNAY S. S. : Eşya Hukuku İstanbul 1970/1971, 491; GELGESAY M. R. : 24 - 25; AYİTER N. : 29.

(26) PİOTET P. : 132.

(27) RHAM E de : 53; PİOTET P. : 131; BELGESAY M. R. : 246; LEUBA P. : Du régimes successoral en droit français et en droit suisse - étude comparé Genève 1924, 61.

732 inci maddesinin bir istisnası değildir. Onu itmam eden bir hükümdür.

İkinci görüşe gelince (28) : Medeni Kanunun 446. maddesi, 732. maddeyi itmam eden bir hüküm değildir. M.K. 732/II kanunî intifa hallerinde teminat verme mecburiyetini hususî hükümlerle tanzim edileceğini beyan etmiştir. Sağ kalan eşin intifa hakkı ise, kanunî bir intifa hakkıdır. Bu itibarla, intifa mevzuu kıymetli evrak veya istihlâki kabil eşya dahi olsa; mirasçılarının teminat talebi tehlikenin ispatına bağlı bulunmaktadır.

Kanaatimizce, intifain mevzuu kıymetli evrak veya istihlâki kabil eşya olsa dahi; mirasçılarının tehlikeyi ispat etmeleri gerekir. Zira, eski ve terk edilmiş bir görüşe rağmen (29), sağ kalan eşin intifa hakkının kanunî intifa hakkı olduğu şüphesizdir (30). Medeni Kanunun 732/II ye göre ise, kanunî intifa haklarında teminat isteme hakkı hususi hükümlere tabi olduğuna göre, sağ kalan eşin intifainda bundan ayrılmak için sebep yoktur.

## 2. SAĞ KALAN EŞİN TEKRAR EVLENMESİ :

### A) Filhal Evlilik :

Medeni Kanunun 446. maddesine göre, sağ kalan eşin tekrar evlenmesi halinde, mirasçılarının eşten teminat talep etmek hakları mevcuttur (31). Tekrar evlenen eşin, mirasçılara teminat verme mükellefiyeti, sırf bu evlenme sebebiyle doğar. Mirasçılarının, ayrıca bu evlenme dolayısıyla haklarının tehlikeye düşürülmüş olduğunu ispat etmelerine lüzum yoktur (32). Sağ kalan eşin tekrar evlenmiş olması sebebiyle, mirasçılara teminat göstermek mecburiyetinin sebebi; bu evlenmenin bizzatihi kendisi bir tehlike kaynağı olmasıdır (33). Filhakika : Eş tekrar evlendiği zaman intifa mevzuu mal-

(28) AYİTER K. : 29; OĞUZMAN K. : 88; CANSEL E. : 98 - 99; İMRE Z. : 73 ve II. HD. 18.1.1965 t. 7030/256; TEKİNAY S. S. : 493; WIELAND C. : Kanunu Medenide Aynı Haklar, Ankara 1946, 452.

(29) WIELAND : Md. 761; THILO E. : JDT. 1943, 1 491, 492; GUT : 98 - 99; RUSCH : 206 - 7; PIOTET'den : 132, dip notu 4.

(30) AYİTER N. : 29; OĞUZMAN K. : 89; İMRE Z. : 73.

(31) MARQUIS G. V. : 76; TUOR P. : FJS No. 544, 6; FULPIUS J. : 28 dip notu 29; CANSEL E. : 98; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 97; LADOR - MINET - HINDERMANN : 27; ÖZTRAK İ. : Miras Hukuku (giriş — kanundan doğan mirasçılık — ölüme bağlı tasarruflar), Ankara 1968, 79; TUOR P. : 345; İNAN A. N. : 82; AYİTER N. : 28.

(32) PIOTET P. : 131; TUOR P. : FJS No. 544, 2; OĞUZMAN K. : 89; BELGESAY M. R. : 24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 97.

(33) BELGESAY M. R. : 24; ROSSEL F. - MENTHA F. H. : Manuel de droit civil suisse tome deuxième - des successions, des droits réels lere partie Lausanne Genève 1922, 24; AYİTER N. : 28.

ların idaresinde, yeni bir şahsın dahil olabilir. Ayrıca yeni ailenin ihtiyaçları fazla olabileceği gibi; bu yeni ailenin aile fertlerinin menfaatleri, mirasçılarının menfaatleri ile kabili telif olmayabilir (34).

Yeniden evlenme halinde; eğer sağ kalan eş kadın ise, tehlike hususî bir şekil arzeder. Zira : Karı - Koca mal rejimlerine göre, kocanın karının mallarını idare ve onlardan istifade etmek hakkı mevcuttur. Yeni kocanın, bu hakkını suistimal ederek, mirasçılarının menfaatlerini tehlikeye düşürmesi daima varit olabilir (35).

Sağ kalan eşin tekrar evlenmesi dolayısıyla, teminat istemenin yeğane şartı, böyle bir evlenmenin mevcudiyetini ispat etmektir (36). Bu teminat isteme hakkı, evlenmenin akdi ile birlikte doğar (37).

### B) Zail Olan Evlilik :

Sağ kalan eşin, tekrar evlenmesi sebebiyle, teminat talep hakkının; zail olan bir evlenme halinde de devam edip etmeyeceği tetkik edilmelidir. Doktrin, sağ kalan eşin evliliği zail olsa dahi, mirasçılarının teminat istemek hakkını haiz olduklarını kabul etmiştir (38).

Kanaatimizce, bu aşırı bir görüştür. Filhakika : Sağ kalan eşin tekrar evlenmesi halinde; mirasçılara teminat gösterme mecburiyetinin asıl sebebi intifa mevzuu malların mukadderatında yeni bir şahsın nüfuzu olmasıdır (39). Bunun yanında diğer bir sebep te, evlenme dolayısıyla ortaya çıkması muhtemel menfaatler ihtilafıdır (40).

Her iki halde de, tehlikeyi tevlit eden hâdise evliliğin mevcut olmasıdır. Bu itibarla, evlenme zail olduğu takdirde, sağ kalan eşin mirasçılara teminat vermesi için sebep kalmaz. Aksini düşünmek, sağ kalan eşin tekrar evlenmiş olması dolayısıyla cezalandırılması demek olur. Teminat verme mecburiyeti şu şekilde teyid edilmiştir : «... artık bizim bu eşten sıtkımız sıyrılmıştır, eş evlenmenin zevaline rağmen, teminat iraesine mecbur tutulmalıdır» (41).

(34) PIAGET J. E. : 109; BELGESAY M. R. : 24; aksi kanaat; MARQUIS G. V. : 76.

(35) PIOTET P. : 131.

(36) CURTİ - FORRER E. : 366.

(37) İbid.

(38) BELGESAY M. R. : 25; MARDİN E. : Medeni Hukuk Dersleri, C. V. Miras, İstanbul, 1939, 95; CURTİ - FORRER E. : 366.

(39) MARDİN E. : 87; BERKİ Ş. : Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları, AHFD 1971, Sh. 1 - 4, 314; ROSSEL V. - MENTHA F. H. : 24.

(40) PIAGET J. E. : 109.

(41) MARDİN E. : 95.



Yeniden evlenme sebebiyle, teminat itası mecburiyeti, ihtiyaçların fazlalaşmış olması vakıasına dayanır. Halbuki, masrafın çoğalmasını tevlit eden «evlenme» zail olduğuna göre; bu mucip sebepte ortada kalkmış demektir. Burada teminatın talep edilmesi tehlikenin ispatına bağlı değildir.

Sağ kalan eşe terettüp eden alelittlak teminat gösterme mecburiyeti bakımından, şu fikir ileri sürülmüştür (42) : Eğer sağ kalan eş bir istifade şirketi «communauté de jouissance» azası ise, kendisine M.K. 446 ya göre teminat göstermek mükellefiyeti yüklenmemelidir. Zira, bu ortaklık mallarda istifade ve onları idare etmek; bütün azaların müttefikan alacakları kararlara bağlıdır. Bu halde, sağ kalan eş, tek başına bir muamele yapamayacağı için, mirasçılardan haklarının da tehlikeye düşmesi mevzubahis olmaz. Buna mukabil, sağ kalan eş tek başına mallara zilyet ise; onları idare etmekte ise bu takdirde diğer mirasçılara teminat gösterme borcundan sözedilebilir.

Kanaatimizce; bu fikir yeni bir görüş getirmiyor. Fikir hülasa olarak, ittifakla hareket mecburiyeti sebebiyle ortada bir «tehlike»nin zuhuruna imkân olmadığı; bilâkis eş tek başına hareket etmek imkânını haiz olduğu takdirde böyle bir tehlikenin mevcut olacaktır. Umumî kaideye göre, teminat göstermek borcu, tehlikenin mevcudiyetine bağlı tutulduğuna göre; ileri sürülen fikir «tehlike yoksa teminat dahi yoktur» bedahateni tekrardan ileri gitmiyor demektir.

## V — TEMİNAT'IN NEV'İ VE ŞÜMULÜ :

### 1. TEMİNATIN NEV'İ :

Medenî Kanununun 446. maddesinde, Alman Medenî Kanunu'nun aksine (43) sağ kalan eşin göstermek mecburiyetinde kalacağı teminat'ın nev'ini tayin etmiş değildir (44). Bu itibarladır ki, bu teminat'ın nev'ini tayin doktrine terk edilmiştir. Doktrine göre, teminat aynı veya şahsî olabileceği gibi (45), bunlardan farklı bir şekilde de olabilir.

Gösterilecek teminatın nev'i bakımından, mirasçılar ve sağ kalan eş, mirasçıların haklarını temin edecek her türlü yola tevessül

(43) PIOTET P. : 130.

(43) RHAM E. de : 62.

(44) MARQUIS G. V. : 39; RHAM E. de : 62; MARDİN E. : 93 - 94.

edebilirler. Ezcümle, sağ kalan eş ve mirasçılar müşterek bir mümessil dahi tayin edebilirler (45).

### A) Aynî Teminat :

Eş tarafından gösterilmesi istenilen teminatın birinci nev'i aynî olanıdır (47). Bu, teminat gayri menkul rehinin her nev'i ve menkul rehnidir (48).

### B) Şahsî Teminat :

Sağ kalan eşten talep edilebilecek diğer teminat nev'i şahsî olanıdır (49). Bundan maksat sağ kalan eşin kefil göstermesidir. Ancak, mirasçılarının bu kefaleti kabul etmeleri için, kefilin iktisadî durumunun intifa hakkı sahibin eşin durumundan daha iyi olması gereklidir (50).

Kefalet hususunda, üzerinde durulması gerekli bir nokta da şudur. Kefilin iktisadî durumunun yalnız Noterlikçe veya alelittlak diğer bir makam tarafından tasdik olunan bir vesikaya istinad etmesi kifayet etmez. Bu kefilin iktisadî durumunun sağlam olduğu «mütemenil» (51) ispat edilmelidir. Bu itibarla, mirasçılar mücerret bir tasdik keyfiyeti ile intifa etmiyebilirler (52).

Sağ kalan eşin, şahsî teminat olarak, banka teminat mektubu da göstermesi mümkündür (53).

Gösterilen teminat, ister aynî ister şahsî olsun, eğer zamanla kıymetleri azalır ve yahut teminat omaktan çıkarsa, bu takdirde sağ kalan eş eksilen teminatı ikmal veya yeniden teminat göstermek mecburiyetindedir (54). Bununla beraber, teminat mevzuu kıymetli evrak olduğu ve tevdi edildiği ahvalde; bunların borsa kıymetlerinin azalması takdirinde, ikmal edilmeleri mevzubahis olmadığı iddia olunmuştur (55).

(45) CANSEL E. : 101; KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : 109; ÖZTRAK İ. : 29.

(46) RHAM E. de : 62.

(47) OĞUZMAN K. : 89; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 97; İMRE Z. : 73; MARDİN E. : 93.

(48) İbid.

(49) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 97; İMRE Z. : 73.

(50) RHAM E. de : 62.

(51) MARDİN E. : 93; aksi kanaat; BERKİ A. H. : BERKİ A. H. : Miras ve Tatbikat, 2. t. 1968, 96.

(52) MARDİN E. : 93.

(53) BERKİ A. H. : 196.

(54) BERKİ A. H. : 196; MARDİN E. : 94; BELGESAY M. R. : 25.

(55) MARDİN E. : 93.

**C) Diğer Teminat :***a) Tevdi :*

Sağ kalan eşin intifa mevzuu kıymetli evraktan ibaret ise; M.K. 732 ye göre, bunların mücerret tevdi edilmesi teminatı teşkil eder (56).

*b) Zilyetliğin ve idarenin geri alınması :*

Mirasçılardan talebi ile, sağ kalan eşin zilyetliğinde olan malların zilyetliğinin ve idaresinin kendisinden alınması da teminatın diğer bir nev'ini teşkil eder (57).

*c) MK. 759 ve 763. maddedeki vasıtalardan :*

Nihayet, mirasçıların haklarını muhafaza bakımından, sağ kalan eş hakkında M.K. nun 759 ve 763 maddesinde bahsedilmiş olan yollara tevessül edilmesi dahi; teminat teşkil edebilir (58).

**D) Teminatın Verilme Usulü :**

Sağ kalan eşten talep olunan teminatın nev'i ne olursa olsun; burada üzerinde durulması gerekli bir nokta da şudur : Teminat talep edildikte, hâkim bizzat kendi kararı ile bunu tesis edebilir mi ?

Kabul olunan fikre göre (59), hâkimin bu halde vermiş olduğu karar tamamen ihzaridir. Başka bir tâbirle, hâkim vermiş olduğu kararlar taraflara, ancak teminat vermek mükellefiyeti yükler. Yoksa kendisi bilfarz, tapuda bir gayri menkul ipotegini tescil ettiremez (60). Bu takdirde, tarafların bir mukavele akderek ipotegi bu mukavele mucibince bizzat kendilerinin tescili yapmaları gerekir (61). Sağ kalan eş, hâkimin kararını yerine getirmedigi takdirde : aleyhine teminat ita edilmediği için ona müteallik hükümler tatbik olunabilir.

Taraflar, verilecek teminatın nev'i ve miktarı hakkında, anlaşamazlarsa; ihtilaf hâkim hükmü ile hallolunur (62). Teminatı göster-

(56) OGUZMAN K. : 80; AKİPEK J. : 111; KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : 109; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU : 98.

(57) İMRE Z. : 73; HOMBERGER A. - MARTİ A. : FJS No. 565, 6; KÖPRÜLP B. - KANETİ S. : 1.

(58) İMRE Z. : 73.

(59) RHAM E. de : 63; WIELAND C. : 453.

(60) RHAM E. de : 63 vm.

(61) WIELAND C. : 453.

(62) MARQUIS G. V. : 39; RHAM E. de : 63.



me bakımından sağ kalan eşin kusurlu olup olmaması haizi ehemmiyet değildir (63).

## 2. TEMİNATIN ŞUMULÜ :

Medenî Kanununun 446. maddesi dairesinde, sağ kalan eşin, göstermek mecburiyetinde kalacağı teminatın şumülünü kat'ı bir şekilde tespit etmek mümkün değildir. Burada, ancak umumî mülahazalar ileri sürülebilir (64).

Ancak, şunu belirtmelidir ki, muayyen ve müşahhas hâdisede, teminat ya intifa mevzuu malların küllü için verilir veyahut tahaddüsü muhtemel tehlikeyi bertaraf edecek kadarı ile iktifa olunur (65).

Eğer, intifa mevzuu mallar, istihlâki kabil mallar ise veya sağ kalan eşe değerlendirilmek suretiyle teslim olunmuş menkuller ise; veyahut kıymetli evraktan ibaretiseler teminat intifa mevzuunun бүtүнünü karşılamalıdır (66).

Buna karşılık, intifa mevzuu bir gayrimenkul ise, bu gayrimenkulün uğrıyacağı değer kaybını karşılayacak miktarda teminatla iktifa olunmalıdır (67).

## VI — TEMİNAT GÖSTERMEMENİN NETİCELERİ :

İntifa hakkı sahibi sağ kalan eşin teminat gösterme borcunu ihlâl ettiği takdirde, bundan doğacak neticeleri tetkik etmelidir. Burada derhal tespiti gerekli mühim bir nokta vardır : Sağ kalan eşin, mirasçılarının taleplerine karşı, teminat göstermemesi; mallar üzerindeki intifa hakkının nez'ini intaç etmez (68). Kanun vazı burada, zilyetliğin kaldırılması ve kayyımaya tevdi yolunu tercih etmiştir (69).

### 1. SAĞ KALAN EŞE İHTAR ÇEKİLMESİ :

Teminat gösterme şartı mevcut olmasına rağmen, sağ kalan eş teminat göstermezse; M.K. 734 e göre, kendisine münasip bir mehil verilerek teminat göstermesi talep edilecektir (70). Bununla be-

(63) İNAN A. N. : 82.

(64) RHAM E. de : 62 . 63.

(65) İbid.

(66) KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : 109 ve dip notu 41 de Leemann madde 761, No. 10.

(67) KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : 109.

(68) KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : 110; İMRE Z. : 72.

(69) Mealen RHAM E. de : 54; İMRE Z. : 72 ve dip notu 4.

(70) AKİPEK J. : 112; TEKİNAY S. S. : 493; ÖZTRAK İ. : 29; RHAM E. de : 52; İNAN : 82.

raber, eğer sağ kalan eşin durumu, teminat vermek hususunda aşıkâr bir aciz ifade etmekte ise; eşe ihtar çekilmeden daha doğrudan doğruya tevdi yoluna tevessül edileceği iddia edilmiştir (71). Burada, Borçlar Kanundaki hükmün tatbiki yerindedir.

## 2. MALLARIN KAYYIMA TEVDİİ :

Sağ kalan eş, M.K. 734 e göre, yapılan ihtara rağmen teminat göstermezse hâkim intifa mevzuu üzerindeki zilyetliğini kaldırır ve malların idaresini bir kayyıma tevdi eder (72). Malların kayyıma tevdi selahiyettar mahkeme, sağ kalan eşin intifa mevzuu mallar üzerindeki zilyetliğini kaldıran mahkemedir (73).

Malların kayyıma tevdiî muvakkat bir tedbirdir. Bu tedbir Mahkemece mallar hakkında bir mukteza tayin edilinceye kadar devam eder. Sağ kalan eşle mirasçılar anlaşmaları takdirde, bu tedbir kaldırılabilir gibi; malların bir yeddi adle veyahut satılarak intifaın bedeline intikali de mümkündür (74). Sağ kalan eş teminat gösterdiği takdirde, kayyıma tevdiin hükmü kalmaz (75). Malların zilyetliği eşe iade olunur.

### A) Malların Kayyıma Tevdiinin Tesiri :

Teminatın verilmemesi intifaın nez'ini icap ettirmediği gibi; malların kayyıma tevdiî halinde de, bu malların intifaı sağ kalan eşe aittir. Bu itibarla, sağ kalan eş intifaa ettiği malların semerelerini almak hakkını haizdir (76). Bununla beraber, kayyım bu semereleri, onları elde etmek için sarfettiği bütün masrafları tenzil ettikten sonra sağ kalan eşe teslim eder (77).

### B) Kayyımın Fonksiyonu :

Medeni Kanunun 734. maddesinde derpiş olunan kayyımlığın mahiyeti ihtilâflıdır. Bir fikre göre (78) bu kayyım, ifa etmiş olduğu fonksiyon icabı, Aile Hukukuna dahil, bir kayyımlığı icra eder. Diğer bir fikre göre (79) burada teknik manada bir kayyımlık mev-

(71) RHAM E. de : 52.

(72) TEKİNAY S. S. : 493; ÖZTRAK İ. : 29; RHAM E. de : 47; MARQUIS G. V. : 39; SAYMEN F. H. - ELBİR H. K. : 486.

(73) SAYMEN F. H. : Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İstanbul 1954, 528.

(74) TEKİNAY S. S. : 493; İMRE Z. : 72 ve dip notu 5 te Zurich Mahkemesinin 13.4.1954 tarihli kararı; İNAN A. N. : 82.

(75) İMRE Z. : 72; RHAM E. de : 75 - 76.

(76) İMRE Z. : 72 dip notu 6; MARDİN E. : 96; HOMBERGER A. - MARTİ : FJS No. 565, 6.

(77) İbid.

(78) RHAM E. de : 71.

(79) PIOTET P. : 131 ve dip notu 3.

cut olmayıp; mevzubahis olan malların idaresi kendisine tevdi olunan kimsedir.

Fonksiyon itibariyle M.K. 734'e göre tayin olunan kayyımın çift vazifesi mevcuttur. Malike karşı, intifa hakkı sahibinin haklarına sahip ve onun müfkellefiyetlerini taşır (80). İntifa hakkı sahibine karşı da, bir malın idaresi için tayin olunan kayyımın vazifelerini haizdir (81).

İşaret edelim ki, kanaatimizce, buradaki kayyımın tayini gayesi nazarı dikkate alınır; bu bir idare organından ileri gitmez. Bu itibarla, onu Aile Hukuku dairesinde tayin olunan kayyımdan ayrıran görüş yerindedir.

### Ş 3 — MÜŞTEREK MİRASÇILARIN SAĞ KALAN EŞE TEMİNAT GÖSTERME BORCU :

#### I — MESNEDİ :

Medeni Kanun 445. maddesinde, intifa hakkı irade tahvil edilmiş olan sağ kalan eşin mirasçılardan teminat talep edebileceğini derpiş etmiştir (82). Sağ kalan eşin bu hakkının mesnedi şudur : İntifam irade tahvi ile, aynı bir hak olan intifa bir alacak hakkına tahvül eder. Bu itibarla, herkese karşı dermeyan edilebilme imkânı kalkan bu nisbî hakkın temini için, sağ kalan eşe teminat talep etmek hakkı tanınmıştır (83).

#### II — TEMİNAT'IN ŞUMULÜ, NEV'İ :

İntifam irade tahvili halinde, gösterilmesi gerekli teminatla alakalı mes'eleler, sağ kalan eşin mirasçılara teminat göstermesi halindeki mes'elelerin aynidir. Bu itibarla, orada vermiş olduğumuz izahata atıfla iktifa ediyoruz. Şunu belirtelim ki teminatın itası bakımından, burada M.K. 446. maddedeki şartlar aranmaz. İrada mücerret tahvil hususu, teminatın verilmesi için lâzım ve kâfidir.

#### III — TEMİNAT GÖSTERMEMENİN NETİCELERİ :

Mirasçıların M.K. 445. madde şartları mevcut olduğu takdirde, teminat borcunu yerine getirmemeleri halinde; neticeler M.K. 446. maddesinde tanzim olunanlardan farklıdır. Bu neticelerin ne-

(80) RHAM E. de : 71.

(81) İMRE Z. : 72 dip notu 6; RHAM E. de : 71.

(82) TUOR P. : 347; BELGESAY M. R. : 23; BERKİ A. H. : 195.

(83) İNAN A. N. : 85; KOCAYUSUFAŞAOĞLU N. : 101.



lerden ibaret olduğu hususu ihtilâflıdır. Filhakika; Doktrin şu neticeler üzerinde durmuştur : intifaa rücu, teminatın cebren istihsa-i, M.K. 734. maddenin tatbiki. Bunları kısaca görelim :

### 1. İNTİFAA RÜCU :

Bir fikre göre (84), sağ kalan eşin teminat talebi kabul edilmediği takdirde; sağ kalan eşin intifa hakkını tekrar elde edeceği kabul edilmiştir. Bu fikrin mucip sebebi zikredilmiş değildir.

### 2. CEBREN İCRA ZARURETİ :

İkinci fikre göre ise (85), sağ kalan eşin teminat talebi yerine getirilmediği takdirde; eşin intifaa rücuu mümkün değildir. Bu evle emirde intifai irade tahvil eden hukukî muamelenin mahiyetinden doğar. Bu takdirde; sağ kalan eşin teminat borcunu ifa ettirmek için, Borçlar Kanununun, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun ve İcra ve İflas Kanununun hükümleri dairesinde, teminatı cebren istihsal etmesi gereklidir (86).

### 3. M.K. 734/II MADDESİ HÜKÜMLERİNİN TATBİKİ :

Nihayet üçüncü bir fikre göre (87), irat alacaklısı sağ kalan eşin, mirasçılardan ademî ifası halinde, M.K. 734/II nin tatbikini istemek hakkı mevcuttur. Burada, zilyetliğin kaldırılması ve kayıma teslim mevzubahistir.

Haklı olarak işaret olunduğu üzere (88), sağ kalan eşin böyle bir yola gitme imkânı yoktur. Zira, bu imkân, intifa hakkını seçmiş olan eş aleyhine mirasçılara tanınmıştır (89).

Bu fikirler hakkında ne düşünülmelidir ?

Kanaatimizce, mirasçılardan teminat gösterme borçlarını ihlâleri

Kanaatimizce, mirasçılardan teminat gösterme borçlarını ihlâleri tir. Filhakika, yenilik doğuran haktan rücu mümkün olmadığı gibi; sağ kalan eşin mirasçılara teminat gösterme borcunun ihlâl için tanzim olunan müesseseyi (M.K. 734/II); sağ kalan eşin ademî ifasına tatbikte isabet yoktur.

(84) ROSSEL V. - MENTHA F. H. : 24; BERKİ A. H. : 195; BELGESAY M. R. : GÖNENSAY-BİRSEN K. : 34; İNAN A. : 85 dip notu 100 de Gut'a affen.

(85) TUOR P. : Mad. 463 No. 17, İnan'dan : 85 dip notu 100; İMRE Z. : 81; PIOTET P. : 128.

(86) İNAN A. N. : 85; İMRE Z. : 81; CANSEL E. : 101.

(87) PIAGET J. E. : 108.

(88) İMRE Z. : 81 dip notu 26.

(89) İbid.

## TAPULAMA DAVALARINDA İHYA

Yazan : A. HAYDAR KARAHACIOĞLU (\*)

### PLÂN :

- 1 — TANIM
- 2 — YASA MADDESİ
- 3 — İHYA EDİLEBİLECEK ARAZİ
- 4 — İHYA EDİLEMEYECEK ARAZİ
- 5 — İHYANIN ŞEKLİ
- 6 — İHYADA İSBAT VE DELİLLER
- 7 — İHYA ZAMANI
- 8 — KAYNAKLAR

**TANIM :** Genel anlamda ihya yoktan varetmek anlamına gelmektedir. Bir taşınmaz malın ihyası sözkonusu olunca tarıma elverişli olmayan arazinin büyük emek ve para sarfı sureti ile tarıma elverişli hale getirilmesidir.

Mecellenin 1051. maddesinde ihya (imar, araziye tarıma elverişli hale sokmak) olarak tanımlanmıştır.

2644 sayılı Tapu Yasasının 4753 sayılı Yasa ile kaldırılan 6. maddesi taşlık, pırnallık olan toprakların masraf ve emek sarfı ile tarla, bağ ve meyvelik haline konulmasını imar saymıştır.

4753 Sayılı Yasanın geçici maddesi ham toprağı açmayı ve araziye ağaç dikerek bağ ve bahçe haline getirmeyi ihya saymış ve bunu yapanlara bazı haklar tanımıştır.

766 sayılı Tapulama Yasası da (Kamu hizmetlerine ayrılmayan taşlık ve delicelik araziden masraf ve emek sarfı ile bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik veya tarla haline getirmek sureti ile ihya) demek suretiyle ihyayı bir nevi tanımlamıştır.

**YASA MADDESİ :** 766 sayılı Tapulama Yasasının 37. maddesi (çiftçiyi topraklandırma Kanunu hükümlerine göre; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup kamu hizmetlerine tahsis olunmayan taşlık ve delicelik araziden 27/3/950 tarihinden önce masraf ve emek sarfı ile bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik veya tarla haline getirilmek suretiyle ihya edilmiş gayrimenkuller, hazine adına tes-

(\*) Yargıtay Genel Sekreter Yrd. ve Tetkik Hâkimi.

bit ve tescil olunur.. İhya edenlerle kanuni veya akti halefleri tutanakta ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir. Bu gibi yerler hakkında yetkili mercilere Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun muadil geçici maddesi hükmü uygulanır.

Bu nevi gayrimenkuller üzerinde hazine tarafından Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun o yerde tatbik edilinceye kadar ahara temlik tasarrufla bulunulamayacağı gibi ihya edenlerle haleflerinin zilyetlikleri ihlal olunamaz. Bu cihet tapulama tutanağında belirtilir. Ve kütüğün şerhler hanesine işaret olunur.

Bu hükümler dışında ihya edilmiş veya ihyasına başlanmış olan gayrimenkuller doğrudan doğruya hazine adına tesbit ve tescil olunur. Özel kanunlar hükümleri saklıdır.

Bu maddede yazılı gayrimenkuller hakkında şartları uygun bulunduğu takdirde 33. madde hükmü uygulanır.

1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Öntedbirler Kanununun 23. maddesi hükmüne göre maddenin son fıkrası 26 Temmuz 1972 tarihinden itibaren yürürlükte kaldırılmıştır.

37. madde ihya edilen taşınmaz malların nelerden ibaret olduğunu ve ne biçimde tesbitlerinin yapılacağını göstermektedir.

### **İHYA EDİLEBİLECEK ARAZI :**

a — İhya edilecek arazi Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan arazi olmalıdır.

b — Kamu hizmetlerine ayrılmamış bulunmalıdır.

c — Taşlık, delicelik, çalılık gibi araziler ihyaya konu olabilir. Yasada taşlık, delicelik denmişse de bunlar tahditi değildir. 37. maddenin kaynağını teşkil eden Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu değiştiren 5618 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinin 2. fıkrası taşlık ve deliceliklerle pırnallıkları da kapsar.

d — Belediye sınırı içindeki yerlerin de ihya ile iktisabı mümkündür. (4753 sayılı yasanın geçici maddesine göre belediye sınırı içindeki yerlerin ihyası mümkün değilken 5618 sayılı kanunla değişen geçici maddesi bunu mümkün kılmıştır).

Esasen bir köyde tapulama yapılıyorsa o köyde belediye teşkilatı kurulmuşsa Tapulama Yasası hükümleri uygulanmaktadır.



e — Çay metrûkatının da temizlenerek, toprak taşınarak emek ve para sarfı ile arazi haline getirilmesi ihyadır (1).

f — 11/6/958 gün ve 8-7 tarihli tevhide içtihat kararına göre 4753 sayılı Yasanın 5618 Sayılı Yasanın 3. maddesi ile değiştirilen geçici maddesinin ikinci fıkrası hükmü gözönüne alınarak delicelik (yabani zeytinlik) lerin imarı için masraf ve emek sarfı ile zeytinlik haline getirilmesi tapulama yasanının uygulanması bakımından ihya sayılır.

### İHYA EDİLEMİYECEK ARAZİ :

a — Hali araziye tarımsal arazi yapmak ihya değildir. Zira, ya-sa üstün emek ve para sarfını ihya için kabul etmiştir. Hali araziye sürmek, üzerinde ziraat yapış zilyet olmak ihya değildir.

b — Devletin özel müykiyetinde bulunan yerler ihyaya konu olamazlar.

c — Tapulu yerler, mer'alar ihya olunamaz.

d — Devlet ormanları ihya ile iktisap olunamaz.

e — Hazinenin başkasına tefviz veya tahsis ettiği yerde de ih-ya caiz değildir.

**İHYANIN ŞEKLİ :** İhya edilen araziye ihya eden bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik veya tarla haline getirmelidir. Söğüt ve kavak dikmek ihya sayılmaz (2). Bir araziden taşları ayıklayarak bina yapmak ihya değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi üstün para ve emek sarfı ile tarıma elverişli arazi meydana getirmek gerekir.

**İHYADA İSPAT VE DELİLLER :** Tapulama Yasasında açıklık olmamakla beraber ihyada da takdiri delil sistemini benimseyebil-riiz. Bir razinin ihyasından söz edilince :

a — Taşınmaz malın ihyadan önceki durumunu,

b — Üstün emek ve para sarfı olup olmadığını,

c — Kim tarafından ihya edildiğini,

d — Ne zaman ihya edildiğini geniş olarak incelemek gerekir.

Mahalli bilirkişilerin ve tanıkların sözleri değerlendirilmeli, müte-hassis bilirkişi mütalaası alındıktan sonra deliller birlikte değer-lendirilmelidir. Bir arazinin ihya yolu ile iktisabı söz konusu olunca tanıklar 30 yıl önce bağ ve bahçe haline getirildiğini haber vermiş-

(1) Y. 7. H.D.E.K. 10491 - 10904, 27.10.1956 gün

Yazı eksik herhalde.

(2) Bk : Nusret OZANALP, Tapulama Kanunu Şerhi 1971, Sh. 179.

lerse bağın ve bahçenin birkaç yıllık olduğu gözlemlendiğinde ziraatçi bilirkişilerden mütalâa alınmalı deliller birlikte değerlendirilerek takdir edilmelidir. Soyut beyanlara değer verilmemelidir.

**İYHA ZAMANI :** 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Öted-birler Yasasının yürürlük tarihi olan 26/7/972 gününe kadar uygulama 766 Sayılı Yasanın 37 / son maddesine göre :

1 — İhya işleminin 27/3/950 tarihinden önce tamamlanmış olmak kaydı ile zilyedin taşınmaz mal üzerinde aralıksız ve kavgasız ve malik sıfatı ile 20 yılı aşkın zilyetliği bulunuyorsa o taşınmaz mal ihya eden adına tescil edilebiliyordu.

Ancak, 1617 Sayılı Yasanın 23. maddesi ile 766 Sayılı Tapulama Yasasının 37. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırıldığından bu kaldırma hükmü 24. madde gereğince yasanın yayını tarihinde yürürlüğe gireceği öngörüldüğünden bu tarihten önce açılmış davalarda kaldırma hükmü uygulanamaz. Gene 37. maddeye göre, iktisabı mümkündür (3). Ancak, yürürlük tarihinden sonra açılmış davalarda 37 / son madde kaldırıldığından Tapulama Yasasının 33. maddesine göre iktisab şartları gerçekleşse bile ihyaya dayanılarak iktisab mümkün değildir.

2 — İhyanın 27/3/950 tarihinden önce (5618 Sayılı Kanunun yürürlük tarihi) yapılmış ve zilyedin zilyetlik müddeti 20 yıldan az ise taşınmaz mal hazine adına tesbit ve tescil edilmekle beraber ihyada bulunanlarla bunların kanuni ve akti haleflerinin (satın alanlar, bağışlananlar, taksim ve trampa gibi sebeplerle gayrimenkulde zilyet bulunanlar) adları ve soyadları tutanakta ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir. Ayrıca bu yerler üzerinde hazine tarafından Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu o yerde uygulanıncaya kadar ahara temlik tasarrufla bulunulmayacağı, ihya edenlerle haleflerinin zilyetliklerinin ihlâl olunamayacağı 766 sayılı Tapulama Yasasının 37. maddesi ile takyitlidir şeklinde kütüğün ve tutanağın şerhler hanesine yazılır. (766 Sayılı Tapulama Yasası 37/2).

1557 Sayılı Toprak ve Tarım Feformu Kanunu ile 4753 Sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Yasası yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece Tapulama Yasasının 37. maddesinin Hazinenin tasarruf hakkını kısıtlayan hükmünün sonunu tayin eden hüküm de ortadan kalkmıştır. Bu durumda ne olacaktır. Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi (Kanun koyucunun her zaman bu boşluğu doldurabileceğini, yeni bir

(3) Bk. Y. 7. H.D. 10.9.1973 gün 973/7327-5577.

kanunla sonu belli edilebileceği o halde mahkemece kanun koyucu tarafından yeni bir yasa ile hazinenin mülkiyet hakkının zilyet yararına kısıtlanması süresi belli edilinceye kadar ihya eden ve haleflerinin zilyetliklerinin ihlal olunamayacağı ve hazine tarafından temlik tasarruflarda bulunulamayacağı biçiminde karar verileceğini bildirerek (4) bu hususta açıklık getirmiştir.

O halde yeni bir Kanunla 766 sayılı Yasanın 37. maddesinin Hazinenin tasarruf hakkını kısıtlayan hükmünün sonu belli edilinceye kadar daha önce zilyet bulunanın hakkına dokunulamayacak ve hazine bu yer hakkında temlik tasarruflarda bulunamayacaktır. Tapulama Hâkimleri de bu gibi durumlarda kanun koyucu tarafından yeni bir yasa ile Hazinenin mülkiyet hakkının zilyet yararına kısıtlanması süresi belli edilinceye kadar ihya eden ve haleflerinin zilyetliklerinin ihlal olunamayacağı ve hazine tarafından temlik tasarruflardan bulunamayacağı yolunda karar vereceklerdir.

37. madde hükmü dışında ihya edilmiş veya ihyasına başlanmış taşınmaz mallar yasanın 37/3. maddesine göre doğrudan doğruya hazine adına tesbit ve tescil edilir.

Ancak, 3573 sayılı zeytinliklerin islahı ve yabancı zeytinlerin aşılması ve 5516 sayılı bataklıkların kurtulması ve bundan elde edilecek topraklar gibi özel kanunların ihyaya ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur.

27/3/950 tarihinden sonra ihya edilmiş bir yerin artık 37. maddeye göre tescili istenemez. Ancak, iktisap şartları mevcut ise tarıma elverişli bir arazide zilyet kavgasız ve aralıksız malik sıfatı ile 20 yıldır zilyetse o takdirde 766 sayılı Tapulama Yasasının 33. maddesine dayanarak taşınmaz malın tescilini isteyebilir.

#### KAYNAKLAR :

- 1 — NUSRET OZANALP, TAPULAMA KANUNU ŞERHİ, 1971.
- 2 — MUSTAFA GÜRSEL - İRFAN DÖNMEZ, TAPULAMA KANUNU, 1965.
- 3 — REŞİT ALGAN - MUSTAFA TÜRKAY, TAPULAMA KANUNU VE UYGULAMASI, 1966.
- 4 — YARGITAY KARARLARI.
- 5 — 4753, 2644, 5613, 1617, 1757 SAYILI YASALAR.

(4) Bk. Y. 7. H.D. 29.9.1975 gün 974/5798-975/5033 K.





## Borçlar Hukuku - Trafik Hukuku

# İSVİÇRE HUKUKUNDA OTOMOBİL İŞLETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE HUKUKİ SORUMLULUK SİGORTASI

Yazan : SALİM ÖZDEMİR (\*)

### PLÂN :

#### 1 — GİRİŞ

#### 2 — HUKUKİ SORUMLULUGUN ÖZELLİĞİ

- a) Objektif Sorumluluk
- b) Tehlike Sorumluluğu

#### 3 — YASANIN UYGULAMA ALANI

- a) Kullanılan Araç Bakımından
- b) Kullanılan Yer Bakımından
- c) Zarar Gören Kişiler Bakımından

#### 4 — SORUMLULUĞUN YASAL KOŞULLARI

- a) Sorumluluk İçin Gerekli Genel Koşullar
  - aa) Zarar
  - bb) İlliyet Bağı
- b) Sorumluluk İçin Gerekli Özel Koşullar
  - aa) Sorumluluk Süjesi
  - bb) Sorumluluğun Kaynağı

#### 5 — İŞLETİCİNİN HUKUKİ SORUMLULUK SİGORTASI

##### a) Sigorta Zorunluğu

- 1 — Genel Prensip
- 2 — Sigortanın Konusu
- 3 — Sigortanın Kapsamı

##### b) Sigortacıya Karşı Dava

---

(\*) Adalet Bakanlığı Huk. İş. Gn. Md. lüğü Müşaviri.

## 1 — GİRİŞ :

İsviçre'de otomobil işleticilerinin hukuki sorumlulukları, Trafik Yasasının 58 - 89. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Sorumlulukla ilgili ilkeler, yukarıda belirtilen maddeler arasında ve beş bölümde yer almıştır.

Birinci bölüm (Mad. 58 - 62) hukuki sorumluluk, ikinci bölüm (Mad. 63 - 68) ve dördüncü bölüm (Mad. 80 - 81) zorunlu sigorta, üçüncü bölüm (Madde. 69 - 79) bazı özel kurallara, beşinci bölüm de (Mad. 82 - 89) ortak hükümlerle ilgili konuları içermektedir.

İsviçre'de 1933 yılına kadar, otomobil işleticilerinin hukuki sorumlulukları genel hükümler çerçevesinde çözümlenmekte idi. Bu nedenle zarar görenin, mutlaka araç kullananın kusurlu olduğunu kanıtlaması gerekiyordu.

Ancak, 15.3.1932 tarihli Trafik Yasasının kabul edilmesi ile, kusur esasına dayanan sorumluluk ilkesi terkedilerek, objektif sorumluluk ilkesi uygulanmaya başlandı. Bu yasanın getirdiği diğer bir yenilik de, zorunlu hukuki sorumluluk sigortasıdır. Artık hiç bir işletici, hukuki sorumluluk sigortası yaptırmadan aracını trafiğe çıkaramayacaktır.

Getirdiği büyük yeniliklere rağmen 1932 tarihli Trafik Yasasının da, ihtiyaçlara cevap vermediği ve yeniden gözden geçirilmesi gerektiği konusunda, 1945 yılında itibaren yoğun eleştiriler yapılmaya başlandı.

Nihayet, uzun çalışmalar sonunda, 19.12.1958 tarihinde yeni trafik Yasası yürürlüğe kondu.

Federal Konsey, işleticinin objektif hukuki sorumluluğunun yasa ile saptanan azami sigorta haddi ile sınırlı olmasını önermişse de, bu öneri Federal Meclis tarafından reddedilmiştir (1).

## 2 — HUKUKİ SORUMLULUĞUN ÖZELLİĞİ :

Yeni Trafik Yasasının öngördüğü hukuki sorumluluğun başlıca özelliği şunlardır :

### a) Objektif Sorumluluk :

Yasa hükmüne göre, otomobil işleticisinin sorumluluğu objektif sorumluluktur. Eğer otomobil işletilmesinden bir zarar meydana gelmişse, işletici bundan sorumludur. Yani işletici, kusuru ol-

(1) La Responsabilité Civile - H. Deschenaux - P.Tercier. Edition Staempfli, Bern. Sh. 139.



masa bile, zararı gidermek zorundadır. Hatta işletici bu yasaya göre, beklenmedik hallerden dolayı da sorumludur.

### **b) Tehlike Sorumluluğu :**

Yeni Yasa ile, işleticinin sorumluluğu otomobil kullanılmasının doğurduğu tehlikeler sebebiyle, tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmiştir. Bu tehlike, yalnız araç içinde bulunanlara karşı değil, daha çok yolu kullanan diğer kişilere karşı varlığını hissettirmektedir. Bu bakımdan, aracın kullanılmasıyla birlikte tehlikenin varlığını kabul etmek gerekir.

## **3 — YASANIN UYGULAMA ALANI :**

### **a) Kullanılan Araç Bakımından :**

Trafik Yasasında öngörülen hukuki sorumluluk, bir otomobil tarafından meydana getirilen zararların giderilmesi ile sınırlıdır (2). Bu sorumluluk kuralının uygulanabilmesi için, zararı meydana getiren aracın şu özelliklere sahip olması gerekmektedir :

1 — Aracın hareket etme kabiliyeti olacak.

2 — Araç bir itme sistemine sahip olacak. Yani, hareket için gerekli enerjiyi bizzat üretebilen veya değiştirebilen bir sisteme sahip olacak.

3 — Prensipten olarak, toprak üzerinde hareket etmek üzere yapılmış olacak.

4 — Bir demir yolunu izlemek zorunda kalmayacak.

Yasanın 7. maddesindeki araç tarifine göre, toprağa bağlı ve fakat çalışabilen makinalarla, insan, hayvan, rüzgâr ve ağırlık kuvvetleri ile hareket eden araçlarla, havada ve suda hareket etmek üzere yapılmış olan araçlar, Trafik Yasasının kapsamı dışında kalmaktadırlar.

### **b) Kullanılan Yer Bakımından :**

Sorumluluk kurallarının uygulanması ile ilgili olarak, yerleşmiş uygulamaya göre herhangi bir sınırlama yoktur (3).

(2) L'art. 7. Al. Ide LCR «Tout véhicule pourvu d'un propre dispositif de propulsion lui permettant de circuler sur terre sans devoir suivre une voie ferrée.»

(3) OFTINGER, zararın meydana geldiği yerin, araçların trafiğe çıktığı umumi yolların dışında bir yer olması halinde, Trafik Yasasının sorumluluk kurallarının uygulanamayacağı görülmüştür. (a.g.e.)

### c) Zarar Gören Kişiler Bakımından :

Prensip olarak, eğer işleticinin hukuki sorumluluk şartları gerçekleşmişse, herkes otomobil kullanılmasından ileri gelen zararlarını tazmin ettirmek hakkına sahiptir. Zarara uğrayanın, otomobilin içinde veya dışında bulunmasının büyük bir önemi yoktur. Bununla beraber, bazı istisnai durumların da mevcut olduğunu belirtmek gerekir.

### 4 — SORUMLULUĞUN YASAL KOŞULLARI :

Trafik Yasasının 58. maddesinde «Eğer, otomobil taşıtının kullanılması sonucu bir kimse ölür veya yaralanır veya maddi bir hasar meydana gelirse, işletici hukuken sorumludur.» hükmü yer almaktadır (4).

Bu hüküm, bir taraftan 2. ve 3. fıkralarla genişletilirken, diğer taraftan da 59. madde ile, bazı işleticilere sorumluluktan kurtuluş olanakları getirilmek suretiyle, daraltılmaktadır.

#### a) Sorumluluk İçin Gerekli Genel Koşullar :

*aa) Zarar :* İşleticinin sorumlu tutulabilmesi için ortada mutlaka meydana gelmiş bir zararın bulunması gerekir. Zarar, vücutta meydana gelebileceği gibi, taşınır ve taşınmaz mallarda da meydana gelebilir. Maddi zarar olabileceği gibi, manevi zarar da olabilir. (Mad. 62/1). Oysaki 1932 tarihli Trafik Yasasının 42. maddesine göre manevi zarardan sorumluluk için ayrıca işleticinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduklarının kanıtlanması gerekiyordu.

*bb) İlliyet Bağı :* Araç işleticisinin sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen zararlar araç işletilmesi arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Yasanın 59. maddesine göre, işletici, kazanın mücbir sebepten veya mağdurun veya üçüncü şahsın ağır kusurundan ileri geldiğini ve kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bulunmadığını ve araçtaki bir bozukluğun da kazada etken olmadığını kanıtlamadıkça, hukuki sorumluluktan kurtulamaz (5).

#### b) Sorumluluk İçin Gerekli Özel Koşullar :

Sorumluluk için gerekli genel koşullara, aşağıdaki iki özel koşulun da eklenmesi gerekmektedir.

(4) La Responsabilité Civile, H. Deschenaux - P. Tercier, Sh. 145.

(5) Aynı eser, Sh. 146.

aa) Sorumluluk süjesi.

bb) Sorumluluğun kaynağı.

Bu iki koşulu ayrıntılarıyla incelemek yararlı olacaktır.

*aa) Sorumluluk Süjesi:*

Trafik Yasasının 58. maddesinde sorumluluk süjesi olarak işletici (Détenteur) «Halter» gösterilmiştir. Fakat bazı hallerde yasa, gerçek anlamda araç işleticisi olmayanların da, meydana gelen zardan sorumlu tutulabileceklerini hükme bağlamıştır. Burada işletici - benzeri veya «fiktif işletici» denilmektedir.

**Gerçek İşletici:** 58. madde işleticiyi «Araç üzerinde gerçek hakimiyeti bulunan ve onu kendi hesabına ve kendi sorumluluğu altında kullanan» diye tanımlamaktadır. Bu tanıma göre işletici, her şeyden önce gerçekten ve doğrudan doğruya bir araca tasarruf eden kişidir. Normal olarak hangi koşullarda ve kimin yönetiminde aracın trafiğe çıkarılması hususundaki karar verme yetkisi ona aittir. Araçtan devamlı ve birinci derecede yarar sağlayan ve kullanma, bakım ve ekipman giderlerini karşılayan kişi, yasa hükmüne göre işleticidir. Buna karşılık, başkasına ait bir aracı bir sözleşme veya başka bir hukuki ilişkiye dayanarak kullanan kişiler işletici sayılmazlar. Bu gibilerin işletici sayılabilmesi için, aracın onlara uzun bir süre için verilmiş olması ve aracın bakım ve işletme sorumluluğunun da onlara ait olması gerekmektedir.

**Fiktif İşletici:** Yasa, gerçek işleticiler yerine, bazı kişileri de sorumlu tutmaktadır. Gerçek anlamda işletici olmayan ve fakat, hukuki sorumluluk bakımından işletici yerine geçen bu gibi kişilere fiktif işletici denilmektedir. Aşağıda gösterilen kişiler, fiktif işleticilerdir.

**Garaj Sahipleri, Kaportacılar, tamirciler v.s.**

58. madde hükmüne göre, aracını bir garaja veya tamirhaneye bırakan kişinin işleticiliği sona ermemektedir. Ancak, bu gibi yerlere bırakılan araçların sebep oldukları zararlardan, 71. madde hükmüne göre araç işleticileri değil, tamirciler, kaportacılar ve garaj sahipleri sorumludurlar.

**Hız Yarışı Organizatörleri:** Yasakoyucu, hız yarışlarının umumi yol üzerinde ortaya çıkaracağı tehlikeleri gözönünde tutarak, özel bir sorumluluk ilkesinin getirilmesini uygun görmüştür. Hız yarışı organizatörleri, yarışa katılanların üçüncü şahıslara verdikleri zararlardan, işletenler yerine sorumlu tutulmuşlardır.



Esasen bunlar, yarış için önceden izin almak ve meydana gelebilecek zararları karşılamak üzere özel bir sigorta sözleşmesi yapmak zorundadırlar. Organizatörlerin sorumlulukları, zarar gören üçüncü şahıslara karşıdır (Mad. 72). Yarışa katılanların uğradıkları zararlar, 72. maddenin kapsamı dışında kalmaktadır.

#### Aracı haksız olarak alıp kullananlar :

Bir aracı hakkı olmadan alıp kullananlar, bu kullanmadan dolayı üçüncü şahısların uğradıkları zararları gidermek zorundadırlar. Aracın haksız olarak ele geçtiğini bilen veya bilmek durumunda olan sürücüler de aracı haksız olarak ele geçirenlerle birlikte, meydana gelen zarardan sorumludurlar. Yasada bu husus sadece kullanma hırsızlığı olarak, yer almış bulunmaktadır (Mad. 75).

**Diğer fiktif İşleticiler :** Yasakoyucu, mağdurun uğradığı zararı mutlak olarak garanti altına almak istediğinden, bazı hallerde zararın giderilmesi konusunda Federasyona ve Kantonlara mükellefiyetler yüklemiştir.

76. madde, kime ait olduğu belli olmayan araçların sebep oldukları zararlar, sigortasız araçların sebep oldukları zararların Konfederasyon tarafından tazmin edileceğini hükme bağlamıştır.

77. madde hükmüne göre de, sigortası olmayan araçlara trafik ruhsatı veren Kantonlar, meydana gelen zararları gidermek zorundadırlar.

**İşleticilerin, eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler :** İşletici diğer bütün objektif sorumluluk hallerinde olduğu gibi, işletici yardımcılarının eylemlerinden de sorumludur. O, zararın meydana gelmemesi için bütün dikkat ve itinada bulunduğunu veya dikkat ve itinada bulunsa bile zararın meydana gelmesine engel olamayacağını kanıtlaya da, sorumluluktan kurtulamaz. Bu husus 58. maddede «İşletici, sürücünün ve araç işletmesiyle ilgili yardımcılarının kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur» şeklinde ifade edilmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan işleticiler, sürücülerle yardımcılarının uğradıkları zararları da gidermek zorundadırlar.

Sürücüden maksat, aracı kullanan kişidir. Aracı, işleticinin açık veya zımnî muvafakati ile kullananlara «müsadeli sürücü», **izinsiz kullananlara da «müsadesez sürücü»** denilmektedir.

Prencip olarak sürücüler, işleticinin yardımcısıdırlar. Eğer sürücünün meydana gelen zararda bir kusuru varsa, zarar gören İ.B.K. 41. maddesi hükmü gereğince, sürücü hakkında da dava açabilir. Eğer zararı işletici ödemiş ve sürücü de kusurlu bulunmuşsa, işletici sürücüye rücu edebilir.

Araç İşletme Hizmetlerini yapan kişiler:

Deyimden, aracı kullanmaksızın, hukuki veya fiili bir ilişkiyle araç işletme hizmetlerinde çalışan kişilerin anlaşılması gerekir. Sü-rücü yardımcıları, aracın manevrasını yaptıranlar, aracı yükleyen kişiler bu deyimden kapsamı içine girerler.

*bb) Sorumluluğun Kaynağı:*

Trafik Yasasının 58. maddesi hükmü ancak, kullanılmakta olan araçların sebep oldukları zararlar hakkında uygulanır. Fakat Yasa-koyucu, bazı özel durumlarda işleticinin, kullanılmakta olmayan araçların sebep oldukları zararlardan da sorumlu tutulmalarını hük-me bağlanmıştır.

Bu durumda, kullanılmakta olan araç ile kullanılmakta olma-yan araç terimleri üzerinde biraz durmak gerekecektir.

*Aracın kullanılması:* Aracın sebep olduğu kaza özel bir rizkin gerçekleşmesinden veya aracın mekanik organlarının kullanılması sonunda meydana gelmişse, araç kullanılma halinde demektir.

Strasbourg Konvansiyonu bu durumu, zarara atıfta bulunarak tanımlamaktadır.

*Kullanılmakta Olmayan Araç:* Sorumluluğu sadece aracın kul-lanılması haliyle sınırlı tutmak, çoğu kez haksız sonuçların doğ-masına yol açar. Bu nedenle 58. maddenin 2. fıkrası, kullanılmakta olmayan araçların sebep oldukları zararların da giderilmesi ama-cıyla konulmuştur. Ancak, zararın gene de bir trafik kazası sonun-da meydana gelmiş olması gerekir. 58. maddenin 2. fıkrası aşağı-daki üç halde uygulanmaktadır.

1 — *İşleticinin kusurlu olması halinde:*

Bu durumda kuşkusuz, bir haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Fakat buradaki hasız fiil sorumluluğu, özel sorumluluk pren-sipleriyle takviye edilmiş bir sorumluluktur.

2 — *İşleticinin, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, kusur lu olması halinde:*

Burada da, özel bir objektif sorumluluk hali söz konusudur. Ancak işletici, İ.B.K. nunun 55. maddesindeki kurtuluş beyyinele-rinden yararlanamaz.

3 — *Araçta bir bozukluğun bulunması halinde:*

Araçtaki bir bozukluk, işleticiyi, sorumluluktan kurtaramaz. Buradaki sorumluluk da, gene objektif sorumluluktur.

## 5 — İŞLETİCİNİN HUKUKİ SORUMLULUK SİGORTASI :

### a) Sigorta Zorunluğu :

#### 1 — Genel Prensip :

İsviçre Trafik Kanununun 63/1. nci maddesi hükmüne göre, hiç bir motorlu taşıt aracı, bu kanun hükümlerine uygun şekilde hukuki sorumluluk sigortası yaptırmadan umumi yolda trafiğe çıkamaz. Ancak, Federasyon ve Kantonlara ait taşıtlar için hukuki sorumluluk sigortası yaptırılması zorunluğu yoktur. Eğer Federasyon ve Kantonlara ait araçlar, sigorta ettirilmemişlerse meydana gelen zararları Federasyon ve Kantonlar tazmin etmek zorundadırlar.

Diğer taraftan, sigortası yapılmamış araçlara trafik ruhsatı verilmeyeceği gibi, plâka da verilmez. Eğer sigorta süresi sona ermiş ve sigorta sözleşmesi yenilenmemişse trafik ruhsatı ile plâka geri alınır.

#### 2 — Sigortanın Konusu :

Trafik Kanununun 63/2. maddesine göre sigorta, işleticinin ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin hukuki sorumluluklarını karşılar. Burada söz konusu olan sigorta, sigortalıyı koruyan bir patrimonium sigortasıdır. Dolaylı olarak bu sigorta, işleticinin acze düşmesi hallerinde de mağdurları koruyucu niteliktedir.

Hukuki sorumluluk sigortası, maddi ve manevi bütün zararları karşılar. Bununla birlikte, bazı olaylardan ileri gelen zararlar, sigorta kapsamı dışında tutulabilir.

#### 3 — Sigortanın Kapsamı :

Yasa hükmüne göre işletici, meydana gelebilecek bütün zararları sınırsız olarak karşılayacak şekilde sigorta sözleşmesi yapmak zorunda değildir. Yasa bu konuda iki istisna kabul etmiş bulunmaktadır.

*aa) Sigorta miktarı yönünden :* Mağdurun zararını karşılayacak asgari sigorta sınırını tayin ve tesbit etme yetkisi Federal Konseye aittir. Eğer, zarar sigorta sınırını aşmışsa, bu kısmın tazmininden işletici sorumludur.



*bb) Sigorta edilen kişiler yönünden:* Yasanın 63/3. maddesi, mağdurların bazı taleplerinin sigorta kapsamı dışında tutulmasına olanak tanımıştır. Bu talepleri şöylece sıralamak mümkündür.

1 — İşleticinin, hukuken eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler hakkındaki talepleri.

2 — İşleticinin yakınlarının, münhasıran maddi zararlarla ilgili talepleri.

3 — Trafik Kanununun 59. maddesinin 4. fıkrasının hariç tuttuğu maddi zararlarla ilgili talepleri.

4 — Sür'at yarışları sırasında meydana gelen kazlar dolayısıyla ileri sürülen talepler (6).

#### **b) Sigortacıya karşı dava :**

Yasanın 65/1. maddesi, mağdura sigorta sözleşmesinde tesbit edilen miktarla sınırlı olarak, doğrudan doğruya sigortacıya karşı dava açma olanağını tanımış bulunmaktadır. Bununla beraber, doğrudan doğruya sigortacıya karşı dava açabilme hakkı iki şartın gerçekleşmiş olmasına bağlı tutulmuştur.

1 — Sigortacının, kanuni zorunluğa dayanan bir hukuki sorumluluk sigortası sözleşmesi ile bağlı olması.

2 — Sigortalının (işletici veya eyemlerinden sorumlu olduğu kişiler) hukuki sorumluluğunun sigortacı tarafından taahhüt edilmiş olması.

Eğer davada mağdur haklı çıkmışsa, sigortacı zararı tazmin etmek zorundadır. Bununla beraber, sigortacının sorumluluğu, sigortalının sorumluluğundan fazla olamaz. Fakat daha az olması mümkündür. Eğer zarar sigorta edilen miktardan fazla ise, sigortacı, sigortalıdan daha az sorumlu tutulur. Birden fazla mağdur varsa ve zararları da sigorta edilen miktarı aşıyorsa, her talep, sigorta edilen miktara olan oranları ölçüsünde indirime tabi tutulur.

Bu durumu şöyle formüle etmek mümkündür.

$$\text{Mağdurun talebi} = \frac{\text{Zarar miktarı} \times \text{sigorta edilen miktar}}{\text{Toplam zarar}}$$

(6) Trafik Kanununun 72. maddesi sür'at yarışları için ayrı bir sigorta sistemi öngörmüştür.

Örneğin A. 100.000, B, 80.000 ve C de 20.000 Franklık zarara maruz kalsalar ve toplam zarar da 200.000 Frank olup, sigorta edilen miktar 100.000 Franksa olsa,

$$A = \frac{100.000 \times 100.000}{200.000} = 50.000 \text{ Fr.}$$

$$B = \frac{80.000 \times 100.000}{200.000} = 40.000 \text{ Fr.}$$

$$C = \frac{20.000 \times 100.000}{200.000} = 10.000 \text{ Fr.} \quad \text{alacaklardır.}$$

## **Yargıtay'dan Haberler :**

### **ARAMIZDAN AYRILANLAR VEFAT VE EMEKLİLİK NEDENİYLE**

#### **M. Nurettin ÖZEN**

1911 yılında Avonos'ta dünyaya gelen Özen, 1932 senesinde Ankara Hukuk Fakültesini bitirdikten bir yıl sonra Midyat C. Savcısı olarak göreve başlamış, daha sonraları Afyon ve Manisa C. Savcı Yardımcılıkları ile Adalet Müfettişliği ve Baş Müfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

1958 yılında Yargıtay Üyeliğine atanan M. Nurettin Özen, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi bulunduğu sırada Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliğine seçilmiş ve birinci bölüm başkanlığını yapmıştır. Aynı çatı altında üyelik görevini sürdürürken 2.4.1976 da emekliye ayrılmıştır.

#### **Hayrünnisa FER**

1912 yılında Ödemiş'te doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesini 1936 da bitirdikten sonra, aynı yıl Muğla Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına başlayan Fer, Bolu Sulh Hâkimliği, Yargıtay Rapörtörlüğü, Baş Savcı Yardımcılığı ve C. Savcılığı görevlerinde meslek hayatını sürdürmüştür.

1962 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Hayrünnisa Fer, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 9.6.1976 günü emekliye ayrılmıştır.

#### **Ömer GÖNCÜ**

1911 yılında Kayseri'de doğan ve 1933 yılında İstanbul Hukuk Fakültesinden mezun olan Göncü, ilk kez 30 Aralık 1934 tarihinde Karaisalı C. Savcısı olarak mesleğe başlamış, daha sonraları Siverek Ceza Hakimliği, Kırkağaç ve Aksaray C. Savcılığı, Üsküdar Sulh Hukuk Hâkimliği, Kadıköy Asliye Hukuk Hâkimliği gibi görevlerle çeşitli yurt yörelerinde meslek hayatını sürdürmüştür.

1957 yılında Yargıtay Üyeliğine atanan Ömer Göncü, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi Başkanı bulunduğu sırada dünyaya gözlerini 20.6.1976 da kapamıştır.

#### **Veli Yalçın İNANÇ**

1911 yılında Manisa'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesinden 1936 tarihinde mezun olduktan sonra, 1 Eylül 1939 da Ak-



çadağ C. Savcısı olarak mesleğe girmiş, daha sonraları meslek hayatını Gördes, Alaşehir, Turgutlu, Çatalca C. Savcılıkları, Adalet Müfettişliği, Silifke, Salihli ve Vezirköprü C. Savcılıkları yaparak sürdüren İnanç; Ankara Hâkimliği, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müşavir Hâkimliği ile Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü görevlerinde de bulunmuştur.

26 Mayıs 1962 tarihinde Yargıtay C. Başsavcılığına atanan Veli Yalçın İnanç, Yüksek Savcılar Kurulu Üyesi ve aynı zamanda Yedinci Ceza Dairesi Başkanı iken 13 Temmuz 1976 da emekliye ayrılmıştır.

### **Adil SANAL**

1911 yılında Elmalı'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra, 1941 yılında Finike C. Savcı Yardımcısı olan Sanal, sırasıyla Gediz, Kastamonu, C. Savcı Yardımcılıkları, Akşehir C. Savcılığı, Adalet Müfettişliği ve Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

17 Haziran 1967 de Yargıtay Üyeliğine seçilen Adil Sanal, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi iken 13 Temmuz 1976 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

### **Müslim GÖKGÖL**

1911 yılında Revan'da dünyaya gelen ve Ankara Hukuk Fakültesini 1936 da bitererek ilk meslek hayatına Şavşat C. Savcısı olarak 1936 tarihinde başlayan Gökgöl, Yusufeli Hâkimliği, Zonguldak C. Savcı Yardımcılığı, Ankara Sulh Hâkimliği, Sungurlu C. Savcılığı, Mardin ve Yozgat Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlıkları gibi çeşitli görevlerde de bulunmuştur.

1960 yılında Yargıtay Üyesi olan Müslim Gökgöl, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyeliğinde bulunduğu sırada 13 Temmuz 1976 da emekliye ayrılmıştır.

*VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILAN  
GÖNCÜ'YE TANRIDAN RAHMET, EMEKLİLİK  
NEDENİYLE DE ARAMIZDAN AYRILAN ÖZEN,  
FER, İNANÇ, SANAL VE GÖKGÖL'E DE  
YAŞAMLARI BOYUNCA SAĞLIK VE MUTLULUKLAR  
DİLERİZ.*