



KURULUŞ: OCAK – 1975, YIL: 18, SIRA SAYI: 70

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 18

OCAK – NİSAN 1992

SAYI : 1-2

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü Ali Rıza GENİŞ

YAYIN KURULU

Başkan : Tahir ALP (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : Gönen ERİŞ (11. Hukuk Dairesi Üyesi)
Ahmet Cemal GÖĞÜŞ (5. Hukuk Dairesi Üyesi)
Şener GÜNGÖR (10. Ceza Dairesi Üyesi)
A. Müfit YÜKSEL (13. Hukuk Dairesi Üyesi)

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

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce üç ayda bir yayınlanır.
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (9-4) 425 16 32 - 425 16 49; 417 53 80/2385, 2484, 2486.
 - % 6 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1992 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 53.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304/110 sayılı veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı hesaplarımızdan birine aktararak yada PTT. kanalıyla gönderilerek veya Müdürlüğümüz Veznesine yatırılarak abone olunur.**
 - **Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.**
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla **Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
-

İ Ç İ N D E K İ L E R

Sayfa

1 – GENEL KONULAR

- a) Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN: Bir Hâkim Çocuğunun Anıları 5-18
- b) Doç. Dr. Sami SELÇUK : Yargıtayın (Bozma Mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları 19-44

2 – CEZA HUKUKU

- a) Prof. Dr. Faruk EREM : Yargılamanın Yenilenmesi ve Zamanaşımı 45-47
- b) Erol ÇETİN : Devlete Ait Mühürler ve Damgalarla Sair Alâmetlerin Taklidi Suçları Üzerine Bir İnceleme 48-59
- c) Dr. Mustafa T. YÜCEL : Ceza Adaleti 60-100
- d) Ö. Faruk EMİNAĞAOĞLU: Ceza Hukukunda Küçüklerin Tedbir Sorumluluğuna İlişkin Birkaç Problem 101-111

3 – MİRAS HUKUKU

- a) Tahir ALP : Mahfuz Hisseli Mirasçı Tenkis Davası Sonunda Ne Alabilir 112-128
- b) Nedim TURHAN : Miras Hukukunun Temel Terimlerinin Açıklanması 129-147

4 – BORÇLAR HUKUKU

- a) Nihat YAVUZ : Ecrimisil Davalarının Uygulamada Duraksama Yaratan Bazı Sorunları (II) 148-168
- b) Ramazan TUNÇ : Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (II) 169-187
- c) Temel DOĞANGÜN : Haksız Fiillerde Zamanaşımı Süreleri ve Bu Sürelerin Başlangıcı (BK. m. 60). 188-219

5 - FEDERAL MAHKEME

İÇTİHATLARI

a) Dr. Kemal DAYINLARLI : Borçlar Hukuku 220-223

6 - TÜRK HUKUKUNUN

YABANCI MAHKEMELERCE

UYGULANMASI

a) Doç. Dr. Şeref ÜNAL : Türklerin Boşanmalarında Yetki
ve Uygulanacak Hukuk 224-227

7 - YARGITAYDAN HABERLER

a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler; Emeklilik Nede-
niyle Aramızdan Ayrılanlar 228-230
Yasalar, Kanun Hükmünde Karar-
nameler, Tüzükler, Yönetmelik-
ler 231-234

• GENEL KONULAR

BİR HÂKİM ÇOCUĞUNUN ANILARI (*)

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN (**)

Sayın Başkan, Yargıtay'ın değerli başkan ve üyeleri, aziz meslekdaşlarım,

Sizler gibi meslek hayatını Türk adalet hayatına vakfetmiş ve çeşitli kademelerde Yargıtay'da hizmet vermiş bir hâkimin çocuğu olarak hatırladıklarımı sunabilmek, geriye bakarak en aşağı 50 yıllık bir dönem içinde belirtmeğe değer olayları açıklayabilmek fırsatını bulabildiğim için nasıl mutlu olduğumu anlatamam! Yargıtay'ın değerli yüksek hâkimleri huzurunda bana bu fırsatı veren sayın Başkan İsmet Ocakçıoğlu'na candan teşekkür ederim.

1944 yılında Ankara Hukuk Fakültesini bitirip ticaret hukuku asistanı olarak hukuk ve üniversite hayatına girinceye kadar çocukluk ve gençlik hayatım babamın hâkim arkadaşları arasındaki konuşmaları, bazan çok heyecanlı geçen tartışmaları dinlemekle geçmişti.

Hukuk ahlâkı ile hukukçuluk zevkini, rahmetli babamdan ve değerli hâkim arkadaşlarından bu ortamda aldığımı söyleyebilirim.

* * *

1868 yılında Divan-ı Ahkâmı Adliye adıyla kurulan ve 123 yıllık bir geçmişi olan Mahkeme-i Temyiz'in – bugünkü adıyla Yargıtay'ın –1966 yılına kadar geçirdiği safhaları, **Abdurrahman Adil**'in 1312 (1896) yılında yayınladığı "Mahkeme-i Temyiz" başlıklı kitabında, **Nejat Oğuz**'un 1944 yılında yayınladığı "Temyiz Mahkemesi" adlı kitabında ve Yargıtay'ın pek güçlü birinci başkanlarından rahmetli Dr. **Recal Seçkin**'in 1966 yılında yayınladığı "Yargıtay. Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi" adlı kitabında incelenmiştir. 1966 yılından sonraki 25 yıllık dönem, benim bildiğime göre, henüz bir inceleme ve yayın konusu olmamıştır. Bu boşluğun bir an önce doldurulması, bu dönemle ilgili gelişmelerin ve problemlerin bir kitapta yer alması gerekmektedir.

(*) 20.12.1991 günü sunulan konferans.

(**) **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Müdürü.**

Temyiz Mahkemesi 1888 yılından 1922 yılına kadar İstanbul'da, T.B.M.M. Hükümeti döneminde 1920-1923 yıllarında üç yıl dört ay kadar "Muvakkat Temyiz Heyeti" adıyla Sivas'da, 1923-1935 yıllarında Eskişehir'de faaliyette bulunmuş, 1935'de Ankara'ya nakledilmiştir.

Babam Sivas'da "Muvakkat Temyiz" Heyetinde mümeyyiz olarak çalışmış, 1933 yılında Temyiz Mahkemesinde raportörlük ihdas edilince Samsun Asliye Hukuk Mahkemesi Başkanlığından Eskişehir'deki Temyiz Mahkemesi raportörlüğüne tayin edilmiş; 1935 yılında Temyiz Mahkemesi Ankara'ya nakledildikten sonra Tunceli Hukuk Mahkemesi Hâkimliğine, Elazığ'a tayin edilmiş, Elazığ'da 4 yıl hizmet verdikten sonra Bursa Hukuk Hâkimi olarak görev yapmış, 1940 yılında Temyiz Mahkemesi üyeliğine tayin edilmiştir. Birinci Hukuk Dairesinde altı yıl üye olarak çalışan babam, 1947 yılı başında bu dairenin başkanlığına tayin edilmiş, 13 Temmuz 1947'de yaş haddi dolayısıyla emekli olmuştur.

Babam **Ahmet Gallp Karayalçın**'ın Yargıtay hâkimliği dönemi ile ilgili anılarım 1933-1935, 1940-1947 yıllarına rastlar.

Bu sohbetle babamın sadece Yargıtay'da toplam olarak on yıl süren hizmet yıllarına ait gözlemlerimi belirtmeyeceğim. Bir hâkim çocuğu olarak hâfızamda yer etmiş olan olayları, kendi meslek hayatımda tanıdığı olduğum ve hâkimlik mesleğini, adalet hayatımızı yakından ilgilendiren bazı olaylarla birlikte, bir saatlik konuşma süresi içine sığdırmaya çalışacağım. Sorular olursa görüşlerimi, hatırladıklarımı açmaya gayret edeceğim.

İki nesil: Ben Cumhuriyet çocuğuyum. Babam Sivas'da Muvakkat Temyiz Heyetinde mümeyyiz iken 1923 yılında doğdum. Çocukluk yıllarım Atatürk Türkiye'sinin idealist, heyecanlı dönemine rastlar. O dönemin hizmet heyecanı, "her şey ülkemizin, mesleğimizin itibarı ve yükselmesi için" ilkesi bütün hayatımı etkilemiştir.

Zaman zaman düşünürüm: Bizim nesil mi çok büyük sosyal ve teknolojik değişikliklere tanık oldu, yoksa babamın nesli mi?

Bizler kağıt, çarık ve lâmbadan otomobil, elektrik, radyo-televizyon ve nihayet bilgisayar dönemine geldik. Atom bombasının dehşetine, aya giden insanın teknik gücüne, son yıllarda XX. asrın siyasî hayatının en önemli olayı olan komünist toplum ideolojisinin, Sovyetler Birliğinin, aynı siyasî düzeni benimsemiş diğer devletlerin çöküşüne tanık olduk. "On yıl" marşını heye-

canla söylediğimiz yıllarda 15 milyonluk bir toplum iken 50 yıl sonra, köklü değişikliklerden geçmiş olarak 60 milyonluk bir toplum haline gelmiş bulunuyoruz.

Bizim neslin yaşadığı bu baş döndürücü hızlı gelişme ve değişme ile babamın neslinin yaşadığı toplumdaki ve çağdaki değişim ve gelişmeleri mukayese ederek nasıl bir sonuca varabiliriz?

Babamın nesli Osmanlı devlet düzeninden Cumhuriyet dönemine, sarıktan şapkaya, şeriatan lâikliğe, tümü ile Batı hukukuna geçişin sıkıntı ve sarsıntılarını yaşamışlardı. Toplumdaki bu kültür ve düzen değişmesi yanında fikir ve siyaset hayatında ilk defa komünist toplum ideolojisini gerçekleştirmek amacıyla komşumuz Rusya'da Sovyetler Birliği ortaya çıkmıştı. Osmanlı toplum düzeninde yetişmiş olanların Cumhuriyet dönemine geçiş ve intibak dönemindeki hayatları, bu sosyal deprem ve yeniden doğuş dönemindeki kişisel ve meslekî problemleri bizim neslimizdekinden çok farklı idi. O dönemdeki adalet hayatını, adalet hayatının temel unsuru olan hâkimlerin kişisel veya meslek hayatını, yaşadıkları sıkıntı ve sarsıntıları, çözmek zorunda kaldıkları ruhî ve meslekî problemleri gözönüne almadan yapılacak değerlendirmelerin, gerçekçi olamayacağı kanaatindeyim.

Sosyal hareketlilik: Sosyal hareketlilik yani bir kişinin veya ailenin toplum piramidinde aşağı ve yukarı doğru yer değiştirmesi, işinde, gelirinde, prestijinde, hayat tarzında değişiklik olması ülkemiz açısından üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Sosyal hareketlilik oranının yüksek olması bir taraftan sevinilecek, iftihar edilecek bir olaydır; diğer taraftan bu süratli, özellikle yukarı doğru yer değiştirmeler statünün gerektirdiği düzeye erken ve çabuk ulaşmanın sıkıntılarına sebep olmaktadır.

Birinci Cihan Harbinden ve Kurtuluş savaşından, zaten sayısı fazla olmayan yetişmiş insanlarını büyük ölçüde kaybetmiş olarak çıkan Türkiye'de Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında her alanda kadrolar sayı ve kalite bakımından yetersizdi. 1927 yılında ilk nüfus sayımında 13,6 milyon kişiden sadece % 10,6'sı okur yazardı. Önceleri boş kadroları doldurmak amacıyla, sonraki yıllarda ayrıca kabiliyetli kişilere yetiştirme ve yükselme fırsatı vermek amacıyla Cumhuriyet döneminde orta ve yüksek öğretimde ücretsiz yatılılık, ayrıca Devlet kuruluşları tarafından yurt dışına öğrenci gönderme siyaseti sürekli olarak uygulanmıştır. Böylece sosyal hareketlilik bir devlet siyaseti olarak ayrıca desteklenmiş, bir nesil içinde köyde veya gelişmemiş bir kasa-

bada fakir, okur yazar olmayan bir ailenin çocuğu dahi süratle yükselmek, en üst düzeye devlet hizmeti vermek imkânına kavuşmuştur.

Sosyal hareketliliğin ve bu alandaki başarılı siyasetin sonuçları adalet hayatımızda da görülmüştür. Fakir, câhil, kültür düzeyi çok düşük ailelerden yargı hayatının en yüksek kademelerine kadar hizmet veren değerli hâkimlerimiz çıkmıştır.

Sosyal hareketlilik açısından hâkimlerimiz arasında bir araştırma yapıp yapılmadığını bilmiyorum.

Eskişehir ve Ankara'daki Temyiz Mahkemesi'nde ilk 20-25 yıl içinde hâkimlik yapanlar arasında İbradı ve Hemşin kökenli olanlar sayı olarak da dikkati çekiyordu; toprak, her iki bölgede artan nüfusu geçindirecek verimde değildi.

Babam Hemşin'in bir köyünde doğmuş, Rusya'da çalışan dedemin teşviki ve malî desteği ile Erzurum'da zor şartlar altında medresede okumuş; İstanbul'da Mekteb-i Kuzat'ın giriş sınavını kazanarak öğrenimini tamamladıktan sonra sarık ve cübbesi ile kadı olarak meslek hayatına atılmıştı. Medreselerde okuyup Kadılar Okulunda İslâm hukukuna göre yetişmiş kadılar, İstanbul'daki Mekteb-i Hukuku Şahane'de Osmanlı hukukunu okumuş olanlarla birlikde, hukuk devriminin yeni yasalarını öğrenmek ve uygulamak mecburiyetinde kaldılar! Bu dönemde görev yapan hâkimlerimizin ruhî ve meslekî sıkıntılarını ve problemlerini, sonraki nesiller yaşamamıştır.

Bilgi birikimi: Batı hukuku ailesine mensup ülkelerde hukukçular Hukuk Fakültelerinde ve ihtisas kütüphanelerinde asırlarca süren bir bilgi ve içtihat birikiminden yararlanarak yetişmek ve olgunlaşmak imkânına sahiptirler. Osmanlı döneminde yalnızca Ceza ve Ticaret hukuku alanında Batı hukuku ile bir yakınlaşma başlamıştı. Cumhuriyetin ilk yıllarında yürürlüğe konulan Medenî Kanun, Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu, İcra ve İflâs Kanunu gibi temel yasalarla ilgili kitaplar mevcut değildi. Alt yapısı olmayan bu alanlarda hâkimlerimiz çözecekleri hukukî problemlerle ilgili hükümlerin hangi kanunlarda yer aldıklarını tesbit edecekler, bu hükümleri anlayıp yorumlayıp uygulayacaklardı. Bu dönemin hâkimleri, başka deyimle, işe nere-de ise sıfırdan başlayacaklardı!

Evimizde eski harflerle basılmış büyük boy bir kaç kitap vardı. Majno'nun 4 cilt olarak 1927-28'de yayınlanan "Ceza Kanunu Şerhi", Rossel'in

1926-27'de yayınlanan 4 ciltlik "Kanun-u Medenî Şerhi Nazariyeleri" bu dönemin hukukçuları için hemen hemen tek kaynaktı.

Babamın arkadaşları arasında yapılan meslekî tartışmalarda hep Rosel veya Majno isimleri geçiyordu. Çocukluk yıllarımda kulağımda yer eden bu sözcüklerin meşhur İsviçreli ve İtalyan hukukçuların adları olduğunu, Ankara Hukuk Fakültesindeki öğrencilik yıllarımda anladım.

Bilgi birikimsizliği, tabiatıyla, Cumhuriyet döneminde hukuk fakültelerinde öğretim üyeliği yapanlar için de ciddî bir sorundu.

Bir Batı diline hâkim olamayan öğretim üyeleri ve Yargıtay düzeyinde içtihat oluşturmak görevini yerine getirecek yüksek hâkimler bu bilgi birikimsizliğinin, araştırma ve yayın yetersizliğinin ezikliğini yaşamışlardır. Bu dönemde, meslekî imkânsızlıklar içinde görevlerini en iyi bir şekilde yapabilmek için çırpınan yüksek hâkimlerimizi ve hocalarımızı hukuk hayatımızın "kahramanları", **Max Weber**'in deyimiyile "eşrafı" (Honoratioren) olarak tanımlamak gerekir.

Bu konuşmanın amacı sizlere babamın hayatını, çocukluk ve gençlik anılarımı anlatmak değildir. Bana anlatılanlardan ve benim gördüklerimden adalât hayatı bakımından, siz değerli meslekdaşlarımızın bilmesi açısından gerekli ve önemli gördüklerimi özetlemeye çalışacağım.

Önce birkaç cümle ile babamı tanıtayım: Uzun boylu, sivri sakallı, çok dürüst, çok çalışkan, kendine güveni olan, hukuk mantığı kuvvetli, arkadaş ve dost canlısı, hoş sohbet, fıkra anlatmaktan zevk alan, medrese ve kadı okulunda yetişmiş olmasına rağmen yobazlıktan, taassupdan nefret eden, medenî, müsamahalı, sağ duyulu, geniş görüşlü bir insan.

1881 yılında Hemşin'in bir köyünde doğmuş. Çocukluğu belki on yaşına kadar köyde geçmiş. Hemşinliler, daha doğrusu doğu Karadenizliler Rus ihtilâline kadar geçinmek, iş bulmak, para kazanmak için en yakın ve zengin ülke olan Rusyaya gitmek zorunda idiler. Oraya gidenler arasında çok para kazananlar olmuştur. Bölgemizdeki şahane ahşap konaklar Rusya'da kazanılan altınlarla yapılmıştır. İş adamı olup para kazananlar, dün olduğu gibi bugün de çocuklarını okutmak isterler. Babam daha delikanlı olmadan babam gibi ilerde hâkimlik mesleğini seçen amcam **Hamdi Danişoğlu** ile birlikte Erzurum'da yakınlarımızın yanına okumaya, zamanın büyük ismi **Yetim Hoca**'ya gönderiliyor. Fırın köşelerinde yatıp kalkmak ve çalışmakla, Ye-

tim Hocadan feyz almakla geçen birkaç yıldan, medrese öğrenimi bitirdikten sonra babam İstanbul'a gidiyor. Rusya'da para kazanan dedem, oğlunun yetişmesi için, sınırlı malî imkânlarını seve seve kullanıyor.

Bundan sonra babamın öğrencilik ve meslek hayatı ile ilgili olarak duyduklarımı ve gördüklerimi bir süzgeçten geçirerek şöyle özetlemek isterim.

Mekteb-İ Kuzat ve Yetim Hoca: O dönemdeki Mekteb-İ Kuzat'a sınavla öğrenci alınır mış. Yalnız "zadegân"lar sınavsız Kadı Okuluna girebilirlermiş. Yetim Hocanın öğrencileri olan babam ve amcam rahatlıkla sınavı kazanırlar. Yetim Hocanın yetiştirdiği öğrencilerin İstanbul'daki öğrencilik hayatında Yetim Hoca'nın kişiliği, sevgisi, Yetim Hoca'yı mahcup etmemek, ona lâıyk olmak duyguları hâkimdir.

Babamdan, amcam Hamdi Danişoğlu'ndan, Yetim Hocanın diğer öğrencilerinden çocukluğumda, gençliğimde hep Yetim Hoca ismini duydum.

Bu gücü ve etkisi dolayısıyla, Yetim Hoca, saygı ve hayranlık duyduğum ilk hoca oldu!

Bir baskın kâbusu: Babam 1913-1922 yılları arasında on yıl Erbaa'da kadılık ve bir süre kaymakam vekilliği yaptı. Birinci Cihan Harbinin ve İstiklâl harbinin sıkıntılı yılları bu görevde geçti. Annemin, o gecenin dehşetini yaşıyormuş gibi, heyecanla anlattığı hâdise şu: Eşkiya/Ermeni Çetelerinin Erbaa'yı basacağı ve herkesi öldüreceği haberi alındığı gün babam, anneme bir tüfek göstererek onun nasıl kullanılacağını anlatıyor. Bu gece eşkiya baskını olursa hep beraber sonuna kadar kendimizi savunacağız. Onların eline düşmeyeceğiz. Başaramazsak önce sizleri öldüreceğim, sonra intihar edeceğim diyor.

Kâbus dolu gecede beklenen gerçekleşmiyor. Fakat aile o gecenin dehşetini yaşıyor.

Erbaa'da geçen yıllar Anadolu'nun yaşadığı korku, endişe, amansız mücadele ve ümit yılları olmuş! Dış düşmanla harp eden Anadolu, içimizdeki düşmanların ihaneti ile de silahla mücadele vermek zorunda kalmıştır. Anlattığım olay, çocukluğumda anlatılan çok değişik hadiseler arasında beni en çok etkileyen, unutamadığım olay olmuştur.

Yıllanmış dosyalar - Baroda panik: Babam 1927-1932 yıllarında altı yıl Samsun'da göreve başladığı vakit, yıllarca süren davalar dolayısıyla dosyalar birikmiş, avukatlar hazırlanmadan duruşmalara geliyorlar ve davanın

özü ile ilgili olmayan konuşmalar yapıyorlar; böylece davalar uzayıp gidiyor-muş. Bu durumda babam dosyaları iyice inceleyerek duruşmaya çıkmış ve alıştıkları şekilde hazırlıksız gelen taraf vekillerine davanın esası ile ilgili su-alleri sorarak cevapları zapta geçirip kararını vermiş. Bu uygulama, bir taraf-tan avukatlar arasında panik ve heyecana sebep olurken diğer taraftan sü-ratli adalet dağıtımı ve tarafsız davranışları ile Samsun'da hâkim olarak bü-yük bir prestij kazanmasına sebep olmuş. Avukatlar hazırlanmadan duruş-maya gelemez olmuşlar.

İyi bir hâkimin hiç şüphe yok, avukatların da başarılı bir meslektaş ol-masında eğitici ve yönlendirici bir rolü vardır.

Bir savcı: Babamdan duyduğum şu olayı unutamam: Genç hâkimlerin yetişmesi için onlarla çok yakından ilgilenen babamı savcı şöyle ikaz ediyor, "bu gençleri yetiştirsek yarın bize rakip olurlar" diyor.

Değişen bir şey yok. Her meslekte olduğu gibi adalet ve yüksek öğre-tim hayatında da yetersiz ve kendine güveni olmayan kişi, rakibin iyi yetiş-mesini istemez.

"Biz kendi düdüğümüzü çalarız": Hâkimin vatandaşlarla ilişkileri ül-kemizde çok hassas bir konu olagelmıştır. Babam dost ve arkadaşlığa çok önem verir; fakat görev yaparken dostluk ilişkilerinin etkisi altında kalmazdı. Objektiflik ve tarafsızlık konusunda genel bir kanaat olduğu için dedikodu tehlikesine de önem vermezdi.

O yıllarda otomobil sahibi olmak, otomobille dolaşmak, bir yere gitmek olağanüstü bir olaydı. Otomobili olan ve zengin bir şahsın otomobille bir ge-zi yapalım önerisi karşısında hâkim arkadaşları tereddüt geçirirler. Babam bir sakınca görmez; fakat gezi sonunda şu sözleri söylemeyi de faydalı bu-lur: "Biz dostlarımızın arabasına bineriz ama kendi düdüğümüzü çalarız".

Adliyedeki ilk görevim: 8-9 yaşında iken tatil zamanında babam bana adliyede, kalemde çalışacağımı, ayrıca maaş alacağımı söylediği zaman çok sevinmiştim. Babamın çok sevdiği ve takdir ettiği Başkâtip amcanın yanında işe başlamıştım. İlk defa daktilo tuşlarına vurmayı orada denemişim. Fayda-lı bir hizmet yaptığımı inancı ile kalemde bulunmaktan, zaman zaman duruş-maları takip etmekten zevk alıyordum. Babamın aylığından bana kalemde ödenen ücretin indirildiğini zarfdaki hesaptan anlayınca çok üzüldüm. Fa-kat, bu durum Adliye'deki ilk görevimden ayrılmama sebep olmadı.

Yıllar sonra, hukuk fakültesinin son sınıfına geldiği halde Adliye'yi hiç görmemiş öğrencilerime acır; bana Adliye havasını çocukluğumda tattıran babamı rahmetle ve şükranla anardım.

Yazılı olmayan iki kural: Babamın Samsun'da altı yıl süre ile hâkimlik yaptığını duyanlar hayretlerini gizlememişlerdir. O yıllarda bir devlet memuru, hâkim bir yerde görevinde üç yıldan fazla bırakılmazdı ve bir memura, kendi bölgesinde hizmet verilmezdi. Devlet bürokrasisinde yazılı olmayan bu iki kuralın ne kadar önemli olduğunu aradan yıllar geçtikten, Türkiye'de anarşik olaylar başladıktan sonra çok daha iyi anladım.

Bir öğle yemeğinde bunu o dönemin başbakanına anlatmıştım. Üzerinde durmadı. Bir süre sonra ben yurtdışında iken, dekanlık yapmış olanlar arasından Millî Güvenlik Kurulu, Üniversite Denetim Kurulu üyeliğine beni seçmiş. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterini bu vesile ile ziyaret ettiğim vakit, bu konuyu ona da söylemeyi bir hizmet saymıştım. Aldığım cevap şu oldu: "Biz bu konuyu defalarca Kurul'da anlatmaya çalıştık; başarılı olamadık". Sivillere o zaman anlatılamayan konuda askerî hükümet bu iki kuralı uygulayabildi mi sorusunun cevabını bulabilmiş değilim!

Çuvallar içinde gelen dosyalar: 1933 yılında Yargıtay'da raportörlük ihdas edildiği vakit babam Samsun Hukuk Reisliğinden Temyiz Mahkemesi raportörlüğüne tayin edildi. İlk okulun 4 ve 5. sınıflarını, Orta okulun 1. sınıfını Eskişehir'de okudum. Odun Pazarının üst tarafında Ağasuyu çeşmesinin bulunduğu bir evi kiralamıştık. Dosyalar çuvallar içinde, çuvallar bir at arabası içinde eve getirilirdi. Babam, taktir günleri dışında evde çalışırdı. Bazen "gel şu yazıları bana oku" derdi ! Anlamadığım belgeleri ben okurken babam notlarını alırdı. Fakat bir süre sonra esnemeye başladım. Bu, benim Adliye'deki ikinci görevim olmuştu!

Yargıtay'da dün raportörlerin yaptığı hizmeti bugün tetkik hâkimleri veriyor! Yine dosyalar, dosyalar! Belki çuval içinde araba ile eve gönderilmiyorlar ama değişen sadece zarf!

Babamdan sık sık duyduğum, emekli olacağı günlerde dahi tekrarladığı şu sözü hiç unutamam: "Yükseldikçe Devlet memurunun işi azalır, mesuliyeti artar; hâkimlikde ise yükseldikçe hem mesuliyetin, hem de işin artar".

Temyiz allesi: Eskişehir küçük bir şehirdi, radyo ve evleviyetle televizyon yoktu. Temyiz Mahkemesinin hâkimleri de sayıca fazla değildi. O dö-

nemde gelişen ailevî bağlar, ziyaretler, karşılıklı sevgi ve saygıya dayanan dostluklar ile Temyiz Mahkemesinin hâkimleri, eşleri ve çocukları kendilerini Temyiz Mahkemesi ailesinin mensupları olarak görüyorlardı.

Eskişehir'de başlayan bu hava, 1935 yılında Temyiz Mahkemesinin Ankara'ya nakledilmesinden sonra da devam etti.

Bizler, bu ailenin çocukları aynı duyguları paylaştık. Değerli meslekdaşlarım **Ali Bozer**, **Mukbil Özyörük**, rahmetli **Jale Gural (Akipek)**, **Turgut Kalpsüz**, **Fırat Öztan** ve **Sabih Arkan** ile aramızdaki bağlar aynı Fakültenin öğretim üyeleri olmanın çok ötesinde Temyiz ailesinin çocukları arasındaki sevgi ve saygı bağlarıdır.

Yargıtay mensuplarına taksitle arsa satışı: Eskişehir'den Ankara'ya nakledilen Temyiz Mahkemesinin mensuplarına Selânik Caddesi, Meşrutiyet Caddesi ve civarındaki arsalar tahsis edilmişti. O tarihlerde Ankara'nın süratle imarı, konut sıkıntısının giderilmesi ve bu arada Devlet memurlarının ev sahibi olmaları için Hükümet taksitle arsa satışı siyasetini benimsemişti.

Bunun kendileri, çocukları, hatta torunları için ne kadar hayırlı bir karar olduğunu kavrayamayan bazı hâkimler kendi aralarındaki konuşmalarda Devlet de olsa kimsenin kendilerini arsa satın almaya mecbur edemeyecekleri görüşünü savunuyorlardı.

O günlerde babam böyle bir altın fırsatı kaçırdı. Taksitle satıştan raporörler faydalanamadığı için mi, raportör olarak taksit ödemeye gücü yetmediği için mi, yoksa borçlanmaktan korktuğu için mi, bilemiyorum.

Bir Robert College hikâyesi: 1935 yılında Ankara'ya nakledilen Temyiz Mahkemesinde bir kaç ay raportör olarak çalıştıktan sonra babam Tunceli Hukuk Hâkimliğine Elazığ'a tayin edildi. Bir memur çocuğunun kaderinde babası yer değiştirdikçe okul değiştirmek vardır. Lisesi olmayan Elazığ'da ortaokulu bitirdiğim vakit ailemiz şu problem karşısında kalmıştı: Hangi lisede okuyacaktım?

Robert College'e kaydolup çok iyi İngilizce öğrenmek, iyi bir tahsil yapmak istiyordum. Robert College'e mektup yazıp kayıt şartlarını öğrenmek istedim. Bir süre sonra büyük bir zarf geldi. Heyecanla Adliye'ye koştum. Zarfı babama verdim. Okudu, okudu, uzun uzun düşündü ve ağzından şu sözler döküldü: "Oğlum, ben senin için hiç bir fedakârlıktan çekinmem. Fakat

Robert College'in istediği parayı verirsek geriye bize bir şey kalmaz". Babamın o andaki üzüntüsünü, ezikliğini hiç unutamadım.

Mürafaa: Bir yıl Bursa Hukuk Hâkimliğinden sonra 1940 yılının yazında babam Yargıtay üyeliğine tayin edildi ve daha önce 1933-1935 yıllarında raportör iken çalıştığı 1. Hukuk Dairesinde görevlendirildi. 1. Hukuk Dairesi taşınmaz hukuku davalarına bakıyordu. Medenî hukuk alanında doktrin açısından en geç ve güç işlenmiş olan alan eşya hukukudur. Çünkü Türkiye'nin özel şartları dolayısıyla çıkartılmış olan hususî kanunlar, benimsenmiş olan içtihatlar İsviçre hukukunda bu alanda yayınlanmış eserlerden kolaylıkla faydalanmak imkânını vermiyordu. Liseyi bitirdiğim 1940 yıllarında babamın Ankara'da Yargıtay'a tayin edilmesi ile yüksek öğrenimi yapacağım Fakülte de belli olmuştu: Ankara Hukuk Fakültesinde okumaya karar vermiştim.

Ankara Hukuk Fakültesindeki öğrenciliğim sırasında bugün 11. Hukuk Dairesinin bulunduğu yerdeki 1. Hukuk Dairesinin mürafaalarını dinlemeye giderdim. Fakültemde doçent olduktan sonra, üçüncü sınıfta ticarî işletme dersi okuturken öğrencilerimle Yargıtay'a gelip Ticaret Dairesindeki mürafaaları dinler; sonra sınıfta tartışmasını yapardık.

Benimle öğrencilerimin hukuk dairelerindeki duruşmalarda dikkatimizi çeken konu, uygulamadaki şekli ile, mürafaaların ne dereceye kadar faydalı olduğu konusu idi. Zamanın önemli bir kısmı, temyiz eden taraf avukatının davayı, mahkeme kararını ve temyiz sebeplerini anlatmasıyla geçiyordu. Heyetin, duruşma konusu davayı daha önce raportörden dinleyip dinlemediği belli değildi. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 319. maddesinde tesbit edilen usul (yani Yargıtay'da duruşmanın raportör aza tarafından işin izahı ile başlaması bu azanın duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ederek dosyaya koymuş olması) acaba hukuk dairelerindeki duruşmalar için de benimsenmemeli mi? Benim görüşüm hep şu yönde olmuştur: Duruşmada önce rapor okunmalı, böylece temyizeden taraf vekilinin davayı ve mahkeme kararını anlatmakla geçecek ve çok defa bir hayli zaman alan safhadan tasarruf edilmeli, taraf vekilleri sadece temyiz sebeplerini ve karşı görüşlerini açıklamalıdır. Böylece hem zamandan tasarruf edilecek, hem de Heyet taraf vekillerinin açıklamalarını daha kolay takip edebilecektir. Bu çözümlerin bir yararı da, şüphesiz, taraflarda veya vekillerinde dava ve mahkeme kararı raportörün raporundan tam olarak öğrenildikten sonra, Heyetin taraf vekillerini dinlediği yolunda kesin bir kanaatin yerleşmesidir.

Babam 1. Hukuk Dairesi Başkanlığına tayin edildikten sonra duruşmaları nasıl yöneteceğini görmek amacı ile bir gün Yargıtay'a gitmiştim. Sonradan Adalet Bakanlığı yapacak bir meslekdaşım uzun uzun anlatıyor, Heyetten ziyade müvekkili için konuşuyordu. Avukatın prestijini sarsmamak için sabırla onu dinleyen babam "Açıklamalarınıza teşekkür ederim. Ancak şu konuda siz ne düşünüyorsunuz" dediği vakit yaşlıca avukatın alnındaki terleri mendili ile silecek kadar sıkıntılı anlar geçirdiğini gördüm.

Bir Adalet Bakanı: Yargıtay üyeliği ve başkanlığına Adalet Bakanlığının önerisi ile tayin yapıldığı yıllarda Adalet Bakanlarının tarafsız davranmadıkları ileri sürülmüştür. Bu konuda benimsenen sistem ne olursa olsun, sistemlerin beklentilere uygun şekilde, siyasî veya kişisel sebeplerin etkisi altında kalmadan işlemesi, karar verenin veya verenlerin kişiliğine ve tutumuna bağlıdır.

1. Hukuk Dairesi Başkanı emekliye ayrıldığı vakit Adalet Bakanı **Şinasi Devrin**, Zatişleri Müdüründen bu göreve yapılacak tayin hakkında görüşünü öğrenmek ister. Zatişleri Müdürü "Ahmet Galip Bey, fakat yaş haddi dolayısıyla 6-7 ay sonra emekli olacaktır" deyince Bakan Şinasi Devrin, "önemli olan, bu görevleri lâıyk olan kişilere vermektir" diyerek kararını verir.

Babamdan duyduğum bu olayı, tayin ve terfi işlerinde tarafsız ve dürüst davranan bir Adalet Bakanının örnek davranışını belirtmek amacıyla açıklıyorum.

Sevgi ve saygı dolu güçlü bir kadro: O dönemin imkânları içinde Yargıtay'da güçlü bir kadro oluşturulabilmiştir. Eskişehir'de başlayan dost, sıcak, sevgi ve saygı dolu ilişkiler Yargıtay ailesi içinde Ankara'da gelişerek sürdürülmüştür.

Babamın Yargıtay'daki hizmet yıllarında Yargıtay birinci başkanları olarak **Halil Özyörük** ve **Fevzi Bozer**, daire başkanları olarak **Fuat Hulûsi Demirelli**, **Ali Himmet Berki**, **Osman Remzi Memişoğlu**, **Cevat Gücün**, **Mehmet Gönenli**, **Abdullah Aytemiz** Beyleri tanımak bahtiyarlığına kavuştum. Vakur, birbirlerine karşı son derece saygılı ve aynı zamanda dost yüksek hâkimlerin oluşturduğu sıcak ortam içinde, bu ailenin bir çocuğu olarak, onların sevgi, ilgi ve takdirlerine mazhar olmak benim için gerçekten büyük bir bahtiyarlıktı.

Nazif Topçuoğlu, **Fevzi Onat**, **Mehmet Gönenli** Beyler ailemizin en yakın dostları idi. Yıllarca 1. Ceza Dairesi Başkanlığını yapan dayım **Osman**

Remzi Memişoğlu'nun konuşmalarına ve muhakeme gücüne hayran olurdum.

Bir de yabancı dil bilselerdi: O yıllarda Yargıtay'da üye ve başkan olarak hizmet verenler arasında hukuk hayatına kitap yazarak hizmet edenler –az da olsa– vardı. **Ali Himmet Berki, Fuat Hulûsi Demirelli, Cevat Gücün** Beyleri bu arada zikredebilirim.

Bunlar arasında Ali Himmet Berki Beyle bir süre çalışmak, onu daha yakından tanımak imkânına sahip oldum. 1955 yılının son aylarında kurulan ve 1956 yılının başında faaliyete geçen Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Müdürü olarak, Osmanlı döneminde yayınlanmış ve çalışma alanımızla ilgili temel yasaları yeni harflerle bastırmak gerektiği kanaatindeydim. En güç olan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye'nin yeni harflerle bastırılması idi. Bu hizmeti önce hocam **Sabri Şakir Ansay** beyden rica ettim. Maalesef bir süre sonra rahatsızlandı ve bu çalışmaya devam edemedi. Bu işi en iyi yapabilecek kişi şüphesiz **Ali Himmet Berki** idi. Durumu anlatarak bize yardımcı olmasını rica ettim. Bu vesile ile onun titizliğini, her kelimenin doğru şekilde yazılması ve basılması için ne kadar uğraştığını, emek verdiğini yakından gördüm.

Ali Himmet Berki ve dayım Osman Remzi Memişoğlu başta olmak üzere babamın ve değerli arkadaşlarının bir Avrupa dilini bilmemelerinden Türk adalet ve hukuk hayatı pek çok şey kaybetmiştir. Babamın hizmet yıllarını hatırladıkça hep "Ah, bir de yabancı dil bilselerdi" demişimdir.

Bir hâkim çocuğu olarak özetlediğim hatıralarıma, Yargıtay'ımızın değerli hâkimlerini ilgilindirecek şu görüş ve hâtıralarımı ilâve etmek istiyorum.

Bir örnek başkan; Recai Seçkin, Cenevre'de hukuk doktorası yaptıktan sonra adalet hayatımızda Yargıtay 1. Başkanlığına kadar yükselen ve özellikle 4. Hukuk Dairesindeki etkinliği ile içtihatlaraya yön veren, ayrıca değerli yayınlar ile Türk hukukuna hizmet veren çok güçlü bir meslekdaşımızdır.

Onun 27 Mayıs 1960'dan hemen sonra 21 Haziran'da Yargıtay'ı ziyaret eden Devlet Başkanı'nın konuşmasına verdiği cevapda yer alan şu sözler unutulmamalıdır: *"Her çiçek belli şartlar altında gelişir. Adalet denilen kutsal çiçek ise tarafsız çalışma ve sadece vicdanı ve bilgisi ile başbaşa kalmak iklimi içinde bulunan hâkimlerin ve yüksek seviyeli hukukçuların ruhlarında yetişir"* (Adalet Dergisi, Temmuz 1960, s. 340-341).

Yadırgadığım İki olay: Bir hukukçu olarak meslek hayatımda Yargıtay'la ilgili olarak iki olayı yadırgadığımı da belirtmek istiyorum. Yassıada'daki Yüksek Adalet Divanı Baş Hâkiminin askerî dönem sona erdikten sonra kurulan Anayasa Mahkemesi üyeliğine Yargıtay tarafından seçilmesini, Adalet Yılı'nın açılışı dolayısıyla 1. Başkan İmran Öktem'in Ankara Hukuk Fakültesinde Eylül 1966'da yapılan törende, bir Yargıtay Başkanı olarak Atatürk'e ait olduğu tartışılan Bursa nutkundan bahsetmesini benimseyemedim.

"Kötü hâkime düşmek": 1967 yılında Ankara Hukuk Fakültesi dekanlığına seçilmiştim. Bir sabah, sekreterim, adını belirterek bir Yargıtay üyesinin beni ziyaret etmek istediğini söyledi. Şahsen tanıdığım, aramızda dostluk ilişkisi olan bu meslekdaşım bana kendisiyle ilgili bir davayı nasıl kaybettiğini ayrıntılı bir şekilde anlattıktan sonra "Yaşar Bey, kötü hâkime düşmek ne demekmiş bunu anladım ve bu erken saatte size bunu söylemek için geldim" dedi.

Bunun üzerine "Siz en aşağı 20-25 sene hâkimlik yaptınız. Kötü hâkime düşmenin ne demek olduğunu anlamak için başınıza böyle bir hadise gelmesi mi gerekirdi" dedim.

O gün bazı acı gerçekleri yaşamadan öğrenemiyenler varmış diye hayret etmiştim.

"Şu Avukatlık ne kadar zormuş": Olayları hep bir açıdan, kürsünün sadece bir tarafından görmenin veya yaşamının, taraf veya avukat açısından yaşanan problemlerden uzak kalmanın tipik bir sonucunu, emekliye ayrıldıktan sonra avukatlığa başlayan Yargıtay hâkimlerinden ayrı ayrı ve defalarca duyduğum şu cümlede gördüm: "Yaşar Bey, şu avukatlık ne kadar zormuş!"

İki Yargıtay: Cumhuriyet döneminin ilk 30 yılındaki Yargıtay ile ondan sonraki yılların Yargıtay'ı arasında şüphesiz çok fark vardır ve olması da gerekir. Her iki dönemde elbette ciddi problemler olmuştur; zaman ve toplum şartları değiştiğçe, daha iyi hizmet verebilmek için yeni problemleri de halletmek elbette gerekecektir.

Benim önce bir hâkim çocuğu olarak, sonra bir hukukçu olarak tanıdığım Yargıtay ilk dönemde içe dönük, kendi dışındaki araştırma ve yayın çalışmaları için kendisini pek hazır hissetmeyen; fakat Cumhuriyetin hukuk devrimine inanmış, Batı hukukuna dayanan yasalarımızı en iyi şekilde uygu-

layabilmek için bütün gücü ile çalışan, adaleti, meslek ahlâkını ve haysiyetini en yüksek değer olarak kabul eden yüksek hâkimlerden oluşmuştu. Bu dönemin bütün hâkimleri, tabiatın değişmez kanunu gereği, artık ebediyete intikal etmiştir. Onları huzurunuzda, rahmetle, minnetle ve saygı ile anıyorum.

O dönemin hâkimleri bugünkü Yargıtay'ı tanıyacak kadar yaşayabilselerdi, her yıl daha çok dışa açılan, baro ve hukuk fakülteleri ile yapılan ortak toplantılarda meslekdaşları ile kendi verdikleri kararları tartışan ve yayın hayatına önemli katkıları bulunan bugünkü Yargıtay karşısında hayretler içinde kalır, şüphe yok çok mutlu olur, iftihar ederler, yeni ciddî problemlerin de bir an önce halledilmesini dilerlerdi.

Geçmişini çok iyi tanımadan, yıllar boyunca oluşan gelenek ve değerlere sahip çıkmadan gerçek anlamda kurumlaşma tamamlanmış olmaz.

Sayın Birinci Başkan **İsmet Ocakçioğlu**'nun başlattığı bu konuşmaların Yargıtay'ın ikinci (yani bugünkü) dönemini de kapsayacak şekilde sürdürülmesini dilerken babamın ve değerli arkadaşlarının yıllarca emek verdiği Yargıtay'da bana o güzel günleri hatırlatma fırsatını veren yöneticilere ve bu toplantıya katılan çok değerli meslekdaşlarıma saygı ve sevgilerimi, içten teşekkürlerimi sunarım.

YARGITAYIN (BOZMA MAHKEMESİNİN) VE TEMYİZ YOLUNUN İYİ ALGILANMASI VE KURUMSALLAŞMASI SORUNLARI

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

Daniel Defoe sorar: "Gerçeği bulan kimse, başkaları ayrı düşünüyorlar diye, onu söylemekten çekiniyorsa, hem budala, hem de alçaktır. Bir insanın "Benden başka herkes aldaniyor" demesi kuşkusuz güçtür. Ama gerçekten aldaniyorsa o ne yapsın?"

Yunus Emre yanıtlar: "Gelin tanış olalım / İşi kolay kılalım."

• **ANLATIM DÜZENİ I- Giriş. II- Yargıtayın Niteliği Ve Varlık Nedeni. III- Yargıtayın Tekliği İlkesi. IV- Yargıtay Denetiminin Kapsamı. A- Yargıtayın Olayları Değerlendirememesi Ve Bu Konuda Hüküm Kuramaması İlkesi. a- Olay Kanı Yargılaması. b- Hukuki Tanı Yargılaması. B- Temyiz Yoluna Başvurmanın Sonucu. V- Yargıtayın Olay Yargısı Kurmasının Tehlikeleri. A- Yagılama Boyutundaki Tehlikeler. B- Yargıtay Boyutundaki Tehlikeler. C- Hukuk Boyutundaki Sonuçlar. VI- S o n u ç .**

I – GİRİŞ

Niye saklamalı? Türkiye bir yargılama sendromu yaşamaktadır. Evet, biz de büyük devletler kurmuş bir ulusuz. Latince'deki "justitia fundamentum regnorum", Arapça'daki "el adl-ü essas-ül mülk" karşılığı "adalet mülkün temelidir" özdeyişini benimsemişiz. Ama, bu ülkü bizim için bugün de düş. Üstelik, bizdeki yalnızca adalet bunalımı değil, hem adalet ve hem de yargı bunalımı. Hukuka karşı direnenlerin sayısı, ondan hak umanlar azaldıkça, ters orantılı olarak artıyor. Buna karşın, adalete işi düşmemiş aile yok gibidir. İnsanlarımız âdeta "yargısallaşıyor".

Diyesim şu: Türkiye'de insan ve yasa, hatta yasa maddesince sorun var. Hukukun, hukuk bunalımından daha büyük olduğu sürgit unutulduğun-

(*) Yargıtay 4. CD. Başkanı

dan, getirilen yapay, yüzeysel ve geçici çözümler, sorunları çözmek şöyle dursun, bunalımı daha da artırmıştır.

Yargı bunalımınının dolaşık ve doğuluca çilesini iplik iplik çözmek için, bu sendromun başlıca semptomlarını biliyoruz. "Gereği düşünüldülerle" uzatmalı duruşmalar; bu uzatmalı duruşmalarda, ilkeleri belli diyalektiğe boşvermeler; "tutanaklar okundu" yargılama saptırmalarıyla (détournement de procédure) hukuku, hukuka aykırılığın sıvası yapan girişimler; dünyanın her yanında tartışma dendiği halde, olması gerekeni değil, gerçeği iyi yansıttığı için "dur" kökünden türetilen "duruşma" kavramı ve duruşmanın görünüşteiiği; duruşma boyunca değişen yargıçtan yargıca tutanaklarla aktarılan kanı yargıları; duruşma bilincinin yok edilmesi; denetim yargılaması aşamasındaki yetkisel sınır ihlalleri; tarafların gittikçe seyirci durumuna düşürüldüğü için yargılanmış şeye (chose jugée: kesin hüküm) saygının yitmesi; olay içtihatlarıyla gittikçe saymacalaşan (kozuistikleşen) yasalar; bilimselleşecek yerde, bilimi kendimize benzetme çabaları; herkese aynı cezayı veren, insan boyutundan yoksun adalet şeyleşmesi (réification) daha ve daha birçok dert.

Ölümünden on yıl önce, 78 yaşında yazdığı (1980) bir yazıda ünlü cezacı Marc Ancel, "1889 Zanardelli Yasası, Türk uygulamasında önemli yozlaşmalara uğradı" diyorsa, başımızı ellerimiz arasına alıp uzun uzun düşünmeliyiz. Kızmak yok; düşünmek var. Eğer bir ülke Ceza Yasasını İtalya'dan alır,ama Fransız ceza hukukuna göre onu yorumlar ve uygularsa elbette büyük yanlışlıklar yapılır. Türkiye Batıdan yasa almış; ama yasanın kavramlarını yaratan hukuk bilimini bir yana itmiş, henüz yeterli bir kavramlar ve terimler sözlüğü yaratamamıştır.

Yasalar aynı bile olsa her ülkede hukuk başka gelişir avutmacalarıyla kimse kendini aldatmasın. Hukuk, bir bilimdir. Kavramlar ve terimler dünyasında üretilir ve tüketilir. Aynı hukuk sisteminin değişik ülkelerde başka başka geliştiği doğrudur. Ama eksik bir doğrudur. Ayrı gelişmek başkadır; sistemi başkalaştırmak başkadır. Bu ikincisi eylemli (de facto) bir durumdur, anarşidir. Hukuk bunu reddeder. Başkalığın sınırları bilim açısından bellidir. Gerçekten hukuk bilimi, kurallar ve kavramlar disiplini içinde kimileyin birden çok çözüme ulaşır. Sistemi aynı ülkeler, başka başka çözümleri benimseyebilirler. Bu bir. Kimileyin de, hukukun (yasanın) kendisi buna izin verir. Sözgelimi, hukuk yerel gelenek ve görenekleri, durum ve koşulları kaynak yapar. Bunlar değişik olduğunda, değişik sonuçlara ulaşılması doğaldır. Bu

iki. Eğer aynı yasa, bunların dışında, iki ülkede ayrı ayrı uygulanıyorsa, bunlardan biri kesinkes yanlıştır. O yüzden, bu ölçülerin dışına çıkan bir hukuk çokluğu hastalık belirtisidir; "ulusal hukuk" kandırmacasıyla açıklanamaz, hoşgörülemez. Tutarlı bütünlük demek olan (hukuk) sistemde çatlak var demektir (Carbonnier).

Bu sendromu yoğun bakıma almamız. Agnostik boyun büküklüğüyle, boşunalık duygusuna kapılamayız. Yapılacak iş bellidir. Bilimsel araştırmalara dayanan ciddi yaklaşımlarla çözümler geliştirmek. Bu olanaklıdır. Esasen "olanaksız" Türkçe değildir.

Ben buna, Yargıtay sorunsalıyla başlamak istiyorum. Bunu yaparken ileride daha geniş boyutlu incelemelere temel olacak düşüncelere şimdilik özetle değinmekle yetineceğim.

II – YARGITAYIN NİTELİĞİ VE VARLIK NEDENİ

Konuya geçmeden önce, Yargıtay nedir ve hangi amacı gerçekleştirmek için kurulmuştur sorularını yanıtlamak istiyorum.

Hemen belirteyim ki, bir çok ülkelerde olduğu gibi Türk Yargıtayı da, hukuk tekniği ve terimi anlamında bir Yüksek Mahkeme değildir. Denetim yargılaması yapan bir organın yüksek mahkeme olabilmesi için, gerektiğinde istinaf yetkisini kullanabilmesi, bir başka deyişle ilk (olay) mahkeme gibi kanıtlarla yüzyüze gelerek tarafların etkin biçimde katıldığı tartışmalı ve herkese açık bir duruşma, bilimsel deyişle öğrenme yargılaması (cognizione, cognitio causae) yapabilme; bu nedenle de maddi olayları ve kanıtları değerlendirerek davanın esasına karar verebilme yetkilerini ve de çoğu kez görüldüğü gibi, Anayasa yargılaması yetkisini de haiz olması gerekir. Amerika, Louisiana, Kaliforniya, Kanada, İngiltere, Hollanda, Japonya, Romanya Fildişi Kıyısı gibi ülkelerde durum budur.

Oysa Almanya, Fransa, İtalya, İspanya, İsviçre gibi bir çok Avrupa ve bunlardan esinlenen Latin Amerika ve bir çok Afrika ülkeleriyle Türkiye'de yargısal iyerarşinin başında "bozma mahkemesi" (Cour de cassation, Corte di cassazione) anlamında bir denetim organı vardır. Biz buna anlam açısından yetersiz bir terimle, Yargıtay diyoruz. Yargıtaylarda (bozma mahkemelerinde), ilk mahkemedeki gibi duruşma (öğrenme yargılaması) yapılmadığı, kanıtlarla yüzyüze gelinmediği için denetim organı, ilk mahkemenin yerine geçerek kanıt değerlendirmesi yapamaz. Yeniden duruşma yaparak yolla-

ma yargılmasıyla esaslı çözmek üzere hükmü bozmakla yetinmek ve dava dosyasını olay (ilk ya da varsa istinaf) mahkemesine göndermek zorundadır. Bir çok ülkede ve bizde (Anayasamızda) Yargıtaya yüksek mahkeme denmesinin nedeni, yargı iyerarşisinin en yüksek noktasında bulunduğunu belirtmek içindir; teknik anlamda değildir (Perrot, Colbert, Picca) (*).

Eğer bir ülkede bir denetim organı, duruşma yapmadığı için sadece yol-lama yargılamasını gerektiren bozma mahkemesi işlevini yerine getirmek zorunda olmasına karşın; dosya tutanaklarına göre kanıtları değerlendirerek maddi olayları çözüme bağlıyorsa; o artık ne isnatftır, ne de Yargıtaydır (bozma mahkemesidir). Çünkü, duruşma yapmadığı için istinaf değildir. Öte yandan maddi olayları incelediği için de Yargıtay değildir. Dünyada da bir benzeri yoktur. Böyle bir organın, istinaf ve temyiz yolu yetkilerini bir arada kullandığını söylemek ise, her iki yolu birbirine karıştırmaktır. Çünkü bu anlayış, Yargıtay kurumunun yalnızca tarihsel ortaya çıkışına, evrimine ve var olma nedenine, amacına, özüne, dogmatik yapılaşma sürecine ve işleyişine ters düşmekle kalmaz; eşyanın doğasından kaynaklanan determinist sonuçlar doğurarak, bir çok temel kurum ve süzme kavramlarının yıkımına da yol açar.

Bizimki gibi, en eski bozma mahkemesi, bildiğim kadarıyla, bugün 202 yaşındaki Fransız Yargıtayıdır. 1789 devriminin ürünüdür. Halkın iradesini temsil eden yasamanın çıkardığı yasaların, yargıçlarca ülke çapında bir örnek uygulamalarını sağlamak amacıyla kurulmuştur (özellikle Robespierre, Chabroud, Prieur, Condorcet, Barnave, Le Chapelier, Maury, Cambon'un meclis konuşmalarına bakınız). Bu tarihsel ortaya çıkış, var olma ve evrim bütün ülke Yargıtayları açısından da doğrudur ve bugün de sürmektedir.

III – YARGITAYIN TEKLİĞİ İLKESİ

İster yüksek mahkeme, isterse bozma mahkemesi olsun, hukuk metinlerinde geçen kavramların, normların bir örnek tanım ve yorumlarını sağlayan mahkeme her ülkede taktır. Oysa olay yargılması da yapan ilk (ve varsa üst) mahkemeler bütün dünyada birden çaktır.

Gerçekten, hukuksal metinlerin tanımları, yorumları her ülkede taktır. Bu teklilik bilimsel gelişme sürecinde değişerek sürer. Sözelimi hırsızlık,

(*) Esasen yüksek mahkeme sisteminin benimsenmediği ülkemizde, bu anlamda, Anayasa Mahkemesi dahil, yüksek mahkeme yoktur. Zira, bir ülkede birden çok yüksek mahkeme olamaz. Anayasamızda kullanılan "yüksek mahkeme" terimini de, yargılama hiyerarşisinin doruğunda bulunan "yüksek dereceli mahkeme" olarak anlamak gerekir.

haksız eylem, evliliğin öğeleri ve tanımları böyledir. Hukuksal metinlerde ve kavramlarda bu tek olabilirlik, içtihat terimleriyle anlatılır. Hukukta güvenlik ve süreklilik tanım ve kavramlardadır. Bu da içtihatla kotarılır. O yüzden, bu teklifi sağlayan Yargıtay da her ülkede tektir. Demek, Yargıtay tek olduğu için içtihatla birlik istenmiyor; içtihatla birlik istendiği için Yargıtay tek oluyor. Bu nedenle teklifi bozan her tutumdan (daire, kurul, bölüm çokluğu) olabildiğince kaçınmak gerekir. Esasen temyiz yolu, taraflara hak, adalet dağıtmak için değil, adalet dağıtan olay mahkemelerinde bir örnek hukuka uygun kararı gerçekleştirmek içindir; kişilerden çok toplum yararı içindir.

Buna karşılık, olaylar, bir durum (hastalık, düşme), bir etkinlik (söz, jest), bir ruhsal sergileyiş (irade bildirimi, kasıt), bir davranışın ürünü (yazı) olabilirler. Aynı türden olsa ve aynı sanıkça işlense bile sözgelimi duvar delerek hırsızlık, adam öldürmeye kalkışma gibi olaylar, oluştukları zaman, yer, kullanılan araçlar v.b. onlarca, yüzlerce başlıklar ve etkenler nedeniyle birer bir çakışmak şöyle dursun, birbirlerine asla benzemezler. Bu yüzden her birinin kanıtları ve koşulları başkadır, birbirlerine asla emsal olmazlar. Tek olabilirlik şansları yoktur. Bu olaylar, duruşma (doğrusu tartışma: débat: dibattimento) denilen laboratuvardaki verilere göre oluşan kanı yargısıyla saptanırlar. Bu saptamayı yapabilmek için hukukçu olmaya gerek yoktur. Yalnızca saptanılan olaya hukuki tanı (teşhis) koyabilmek için hukuk bilgisi gereklidir. Bu kanı, elbet her olaya göre değişecektir. O nedenle her ülkede olay (ilk-istinaf) mahkemeleri birden çoktur; olayla ilgili saptama sorunları ne içtihat ne de emsal olabilirler.

Görülüyor ki, olaylar birbirine benzemediği için içtihadla konu olamıyorlar; o yüzden de olay mahkemeleri birden çoktur.

Bu yüzden "Yargıtayın teklifi ilkesini" örseleyecek her türlü işlem ve grışimden özenle kaçınmak gerekir.

Bunlardan birincisi, daire ve üye sayısının çokluğudur. İtalyan, Fransız, Alman, Belçika, v.b. ülkelerdeki daire ve üye sayısı, Türk Yargıtayına gelen iş sayısı gözetildiğinde, gerçekten, bu sayı çok az ve fakat oransal açıdan fazladır. Ancak, karşılaştırmalı hukukta, sayılar önemsizdir ve karşılaştırmada gözetilmezler. Karşılaştırılması gereken, vazgeçilmez koordinatları içinde sistemlerdir. Anılan ülkelerdeki Yargıtayların denetim yetkisini yürütürken hem kullanılan yöntem ve hem de çizilen kapsam, büsbütün ayrıdır; Türk Yargıtayıyla hiç bir benzerlik sergilememektedir. Bırakınız bizimki gibi bir çırpıda beş daire kurulmasını -ki dünya rekoru bizdedir- iş davaları için yeni bir

daire kurulmasının Yargıtayın teklifini bozup bozmayacağı Fransa'da yıllarca tartışılmıştır. Burada önemli olan şudur: İş hukukunun, medenî hukukla, ticaret, icra ve iflâs ya da ceza hukuklarıyla hemen hemen hiç bir ilgisi yoktur. Buna karşın, teklik ilkesinin örselenmemesi için Fransa'da bu konuda aşırı bir duyarlılık gösterilmiştir. Oysa Türkiye'de özdeş işlere bakan dairelerin iş yükünü azaltmak ve işbölümünü çoğaltmak için yeni daireler, hemen hemen hiç tartışılmadan kurulabilmiştir. Bu konuda duyarlı davranmak ve bu örneklerden ders almak şöyle dursun, gelişmiş ülkelerde de bunlara rastlanıldığı ve üstelik oralarda üst (istinaf) mahkemelerin bulunmasına karşın bu yola gidildiği belirtilerek, bu yanlış yöntem adeta özendirilmiştir. Bu hoşgörülemez. Çünkü, ilkin, bu tutum, ilkenin üzerine titremek değil, tersine Yargıtay kavramı konusunda gösterilen bir duyarsızlıktır, kayıtsızlıktır. İkincisi de, istinaf yolu ile temyiz yolunu birbirine karıştırmaktır. Bu bağışlanmaz bir yanılıdır. Buna ileride kısaca değineceğim.

Bizde bu görüşler savunulurken Fransa'da 6 Ocak 1989 ve 7 Ocak 1991 açış konuşmalarında Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, daire, bölüm ve üye sayısının artmasının; Yargıtayı içtihat mahkemesi olmaktan çıkaracağını; bu türden salt mekanist ve matematik çözüm anlayışının Yargıtay içinde küçük yargıtaylar yaratarak, Yargıtayın teklifi ilkesini bozacağını vurgulamıştır. Başkan Drai'ye göre, Yargıtayın gücü ve saygınlığı, hukuk uygulamasında, hukukta sağladığı birlikte ölçülür. Daire, bölüm ve üye sayısının artması bunu kesinkes sarsacaktır; yok edecektir.

Daire ve üye sayısı koşutunda bir başka konu da iş sayısının artmasıdır. Batı Yargıtayları arasında işi en çok olanın yaklaşık on katı olan Yargıtayın, bu koşullarda öz görevini yerine getirdiğini ileri sürmek, gerçeği gizlemektir. Böyle bir mahkemede ne dosya incelemeye, ne de gerekçeli karar yazmaya zaman bulunamaz. Anayasa ve Yargılama Yasaları, kararların ve hatta karşı görüşlerin gerekçeli olmalarını buyurmuştur. Gerekçe kamu düzeniyle ilgilidir. O yüzden gerekçesine yollama yapılması gerekçe değildir.

Fransız örneğini sürdürürsek durum şudur: Fransız Yargıtayına gelen iş sayısı bizim onda birimiz kadardır. Buna karşın aynı konuşmalarda hem Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, hem de Başsavcı Pierre Bézio, buna tezelden bir çözüm bulunmasını istiyorlar. Çünkü bu çözüm bulunmazsa, Yargıtay içtihat mahkemesi öz görevini yitirecek (Tunc) ve Yargıtay eski Başkanlarından ve (Adalet) Bakanlardan Arpaillange'ın dediği gibi, Yargıtayı yalnızca bir ilk mahkemeye değil, dahası bir suçüstü ilk mahkemesine dö-

nüştürecektir. Buna kimsenin hakkı yoktur. Böyle diyor Draï. Bézio ise daha ileri giderek, Yargıtay mensuplarını buna boyun eğmemeye çağırıyor. Bir de şunu söyleyelim: Draï'nin bu konuda önerdiği çözüm asla, bir kesim davaların temyize gelmesini önlemek değildir. Çünkü Draï'ye göre, iş akımını kesmek için kimi davalara temyiz yolunu kapamak, davalar ve hukuk kurumları arasında seçkinci bir seçim (tercih) (un choix élististe) ve eşitlik yaratacaktır. Bu da demokrasiyi örseleyeceği gibi, kimi hukuk yorumlarında bir örnek içtihat yaratılmasını da önleyecektir.

Yargıtay başkan, üye ve yargıçlarının özverili ve çalışkan olmalarıyla, daire, üye ve iş çokluğu sorunlarının yarattığı sakıncalar asla aşılamaz. Bu sistemle kişileri birbirine karıştıran bir yaklaşımdır.

Eğer, yargıçların güçleri, olanaklarının son sınırına dayanmışsa, sağlık pahasına çalışılıyorsa, bu esasen sağlıksızdır. Hukukta kimseden kahramanlık istenemez.

Dahası her kahramanlıkta bir kayıp vardır.

IV – YARGITAY DENETİMİNİN KAPSAMI

A – Yargıtayın olayları değerlendirememesi ve bu konuda hüküm kuramaması ilkesi:

Yukarıda, olay kavramına, bunların neler olabileceklerine değinmiş; olayların kanıtlanması ve var olup olmadıklarının saptanılması (sübut) için, yargılamada en önemli aşamayı oluşturan, duruşma evresinin yaratıldığını belirtmiştim.

Bunu bir şema üzerinde göstermek istiyorum (Şema - 1).

Bu şema dikkatle incelendiğinde şu sonuçlara kolaylıkla ulaşılabacaktır:

Her hükümde bir tasım (syllogisme) işlemi vardır. Tıpkı şuna benzer: Her insan (canlı) ölümlüdür (büyük önerme); Atatürk de insandır (küçük önerme); öyleyse o da ölümlüdür (sonuç). Hukuksal tasımda küçük önerme, var olup olmadığı kanıtlarla saptanacak olan olaydır. Büyük önerme ise, bu olaya uyan yazılı hukuk kuralıdır. Olaya uygun hukuk kuralı bulununca, olayın hukuk karşısında ne olduğu belirlenecek, yani hukukî tanı konulacak ve oradan da sonuca (yaptırım v.b.) ulaşılabacaktır.

HÜKÜM (Décision: jugement)
(Tasım (syllogisme, kıyas) işlemi)

A- OLAY YARGILAMASI
(küçük önerme)

Ektileşim ve
geçişim (osmose)

A- HUKUKİ TANI YARGILAMASI
(büyük önerme ve sonuç)

Kanı (gerçeklik) yargısı
(jugement de réalité) oluşur.
(conviction (İngilizce/Fransızca), (=con-
victio) (Latince) (1), convizione, convinci-
mento (İtalyanca), convencimiento, convic-
ción (İspanyolca), überführung (Almanca).

- Özneler: İddia-savunma-karar makamları
var (üç makam).

- Yöntem: Ontolojik gözlemlere dayanan öğ-
renme yargılaması (cognizione)
var ve zorunlu.

- İlkeler: a. Açıklık, b. Sözlülük, c. Yüzyü-
zelik/doğrudanlık, ç. Yoğunluk
(kişi, yer, zaman). Gerçeklik yar-
gısı için kurulan bu diyalektik ve
bu diyalektik için de ilkelere uy-
gulaması zorunlu.

-Yetki: Yalnızca olay yargısı yapan mah-
kemenindir.

-Kararın niteliği, uzmanlık istemediğinden
hukuksal değildir.
(Compétence extrajudiciaire).

-Yasal dayanak : C. Yargılama Yasası, m.
254, Hukuk Yargılama Yasası, md. 240,
388/3.

Hukukî tanı (normatif = değer) yargısı (juge-
ment de valeur) oluşur.
(Sentence: sententia, sentenza, sentencia,
rechssgruch) (Sol kesimdeki yabancı dil sıra-
sına göre).

- Özneler: Yalnızca karar makamı var (tek
makam).

- Yöntem: Öğrenme yargılaması hiç yok ve
zorunlu değil.

- İlkeler: a. Gizlilik, b. Yazılılık, c. Yokluk.

Diyalektik yok ya da duruşma varsa az yo-
ğunlukta.

- Yetki: Hukukî tanı yargısı yapabilen her
mahkemenindir.

-Kararın niteliği, uzmanlık ister, hukuksal-
dır.
(Compétence intrajudiciaire).

-Yasal dayanak : C. Yargılama Yasası, m.
307, Hukuk Yargılama Yasası, md. 388/3,
428.

Ortak ilke: Tantum judicatum, quantum conclusum.
(Yargılandığın oranda sonuç çıkar)

İLK/İSTİNAF MAHKEMESİ (2)

YARGITAY (BOZMA MAHKEMESİ)(3)

(1) Convictio sözlüğü, Latince "cum vince-
re" (birlikte yenmek) sözcüklerinin kay-
naşmasından oluşmuştur. Olayın meydana
gelip gelmediği; meydana gelmişse
fail ya da davalı/davacı tarafından işlenip
işlenmediği konusundaki kuşku; diyalek-
tik ilkelerine göre yapılan öğrenme yar-
gılaması (cognizione) yöntemiyle yenile-
cektir. Taraflar bu yargılamaya etkin bi-
çimde katıldıkları için kuşkunun yenil-
mesiyle oluşan yargı herkesi bağlar; her-
kes ona saygılıdır (kesin hüküm otorite-
si).

(2) İlk mahkeme olay yargılamasını yaptığı
için önce kanı yargısını; sonra da bu ka-
nıya göre hukuk yargısını oluşturur.

(3) Yargıtay (bozma mahkemesi), olay yar-
gılaması yapmadığı ve bu olanak elinde
olmadığı için kanı yargısı oluşturamaz;
ilk mahkemenin kanı yargısının sadece
gerekçesini inceler. Ancak, ilk mahke-
meyle özdeş olanaklara sahip olduğu için
hukukî tanı yargısı oluşturur.

a) Olay kanı yargılaması:

Bu durumda ilk işlem, küçük önerme dediğimiz olayın kanıtlanması olacaktır. Olayın kanıtlanması için hukukun bulduğu yöntem, duruşma (tartışma) denilen, olayın benzerinin kanıtlarla, keşif gibi uygulamalarla yeniden yaşandığı aşamadır. Bu aşama, yargılamanın en önemli evresidir. Çünkü, geçmişte yaşandığı ileri sürülen olayın gerçek olmadığı ortaya çıkarsa, daha sonraki aşamalara geçmeye gerek kalmayacaktır. Bu yüzden, duruşma aşamasına, kararı verecek olan yargıçların yanı sıra taraflar; hukukta davacı ve davalı, cezada savcı, katılan ve sanık da etkin biçimde katılmalıdır. Duruşma herkesin gözü önünde yapılır; açıktır. Eğer, kanıtlama işlemi kapalı duruşmada yapılırsa, esasen o rejimin ve yargılamanın adları değişir; totalitarizm ve engizisyonudur. Açıklık da yetmez. Duruşmada, kanı yargısını oluşturacak makamlar, kanıt kaynaklarıyla (tanıklar, belgeler, bilirkişiler v.b.) yüzyüze gelirler, doğrudan doğruya ilişki kurarlar. Bu kaynakların sergiledikleri durumlar, açık duruşmada yüksek sesle (sözlülük) tartışılır. Bu tartışmayı izleyen ve olayın varlığı, yokluğu, var ise onun kim tarafından gerçekleştirildiği konularında kanı yargısına varacak yargıçlar; tutanaklara göre değil, böyle yapılan bir duruşmadaki izlenimlere göre kanı oluştururlar. Tersi durumda yargılamanın ilkeleri bir yana itilmiş; terlemeyen, kekelemeyen, cansız tutanaklara göre karar verilmiş olur. Bu nedenle, duruşmaya katılmamış yargıçların kanı oluşturması, yoğunluk ilkesi gereğince yasaktır; bu yüzden de duruşma yapanla hüküm kuran yargıçlar aynıdır, değişmezler (C. Yargılama Yasası, md. 381, Hukuk Yargılama Yasası, md. 383).

Görülüyor ki, yargılama, her zaman, doğru ya da yalan olmak üzere iki yanlı ve kolektif bir kuşkuyla başlamaktadır. İddia ve savunmaya dayanan, en azından iki olasılıklı bir kuşkuyu sergileyen bu duruma, mantıkta diyalog ilkesi denilmektedir. Tarafların seyirci değil, etkin biçimde katıldıkları duruşmada, duruşmanın vazgeçilmez ilkeleri (açıklık, doğrudanlık, yüzyüzelik, sözlülük, yoğunluk) seferber edilerek, yargıçlarca, olay hakkındaki kanı yargısı oluşturulacaktır. Bu yapay bir olgu değil; insanlığın dahice bulduğu bir kolokyumdur. Bu ilkelere uyularak ulaşılan bir "olay kanı yargısı" elbette yalnızca yargıcın (yargıçların) değil, yargılamaya katılanların da katkısıyla oluşan bir yargıdır; ortak bir yapıttır. Kuşku ortaklaşa yenilmiştir. Yenilenen, iddia ya da savunmadan biri değil; baştaki ortak kuşkudur. O yüzden ulaşılan yapıt da ortaktır; bir tür çoklu birliktir (unitas multiplex). Böyle oduğu, yani herkesin bu ortak yapıtta payı bulunduğu içindir ki, taraflar ona saygı duyarlar. Kesin hük-

mün otoritesi ve bağlayıcılığı bundan kaynaklanır. Eğer taraflar seyirci duruma düşer, bu yapıtta payları bulunmazsa, kesin hüküm otoritesi maddi gücünü ve meşruluğunu yitirir, yalnızca biçimsel gücüyle başbaşa kalır. Bu yüzden de böyle bir hükme kimse saygı duymaz. Bir başka deyişle, duruşma, onsuz olmaz ilkelere göre yapılmaz, yalnızca duruşmayı yapan yargıçlarca hüküm kurulmazsa; o hükme kimse inanmaz.

Bu nedenlerledir ki, olayla ilgili kanı yargısını oluşturacak yargı organları, dünyanın her yerinde yalnızca duruşma yapan mahkemelerdir. Eğer, kanıtlarla yüzyüze gelerek açık duruşma yapıyorsa, elbette Yargıtay yargıçları da buna yetkilidirler. Tersî durumda ise yetkili değildirler. Çünkü, bunu yapabilmek için gerekli olanak ve gereç ellerinde yoktur. Üstelik, bir olayın gerçek olup olmadığını kanıtları değerlendirerek saptamak için, hukuk eğitime de gerek yoktur. Herkes bunu yapabilir. Jürilerin haklılık nedeni de bu gerçeğe dayanır. Hukuk eğitimi ve uzmanlığı, olaya hukuka göre tanı koymada zorunludur. Bunun içinse duruşma yapmaya gerek yoktur. Olay bir kez kanıtlanınca, kapalı odasına çekilen yargıç bu tanıyı koyabilecektir.

Böylece yargılamanın ikinci aşamasına, yani şemanın sağ kesimine gelmiş oluyoruz.

b) Hukukî tanı yargılaması:

Bu yargı için elbette duruşma yapılması gerekmez. Olay(iar) kanıtlanmamışsa sonuç bellidir. Olay(lar) kanıtlanmışsa, yargıç odasına çekilecek, bu olayın yazılı hukukta nasıl değerlendirildiğine bakacaktır. Kanıtlanan olay, hırsızlıktır, dolandırıcılıktır, sahteciliktir, evlilik, boşanmadır v.b. diye bir tanı konulacaktır. Olayın hukuki adını (nomen juris) koymak için, artık tarafların hazır bulunmasına gerek yoktur. Yargıç yasalarla başbaşadır. Açık, doğrudan, yoğun, yüzyüze, sözlü duruşma da gereksizdir. Yargıç, diyalektiği olay ve hukuk arasında kuracaktır. Duruşmayı yapan ya da yapmayan her yargıç buna yetkilidir. Ancak, bu hukuki tanıyı koyabilmek için hukukta uzman olmak zorunludur.

Şemanın sağ tarafında yer alan hukuki tanı yargılamasında bu olgu somut olarak görünmektedir. Demek, bu aşamada duruşmada hazır olan yargıçla (olay yargıç) olmayan yargıç (Yargıtay yargıç gibi) olanaklar ve gereçler açısından eşit düzeydedirler. O yüzden, hukuki tanı yargısına ulaşma konusunda her ikisi de tam yetkilidirler.

B – Temyiz yoluna başvurunun sonucu :

Temyiz yoluna başvurunun davayı aktarıcı etkisi (eflet dévolutif) yalnızca olaya konulan hukuki tanıyla sınırlıdır. Yargıtay, bu tanıyı bütünüyle inceler ve ilk (olay) mahkemenin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilir. Ancak, olay kesimi Yargıtaya gelmez, gelemez.

Özetle, Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargıcıdır.

Şimdi şu sorulacaktır: Yargıtay olay yargılamasına hiç mi karışamayacaktır? Elbette karışacaktır. Ancak bu yalnızca bir denetleme olacaktır, asla ilk mahkemenin yerine geçerek, eylemin varlığı/yokluğu, sözgelimi bir tanığın yalancılığı/içtenliği, kanıtların inandırıcılığı/kesinliği gibi yargılarda bulunamayacaktır. Çünkü, bu yargıları oluşturacak gereçlerden ve olanaklardan Yargıtay yargıcı yoksundur.

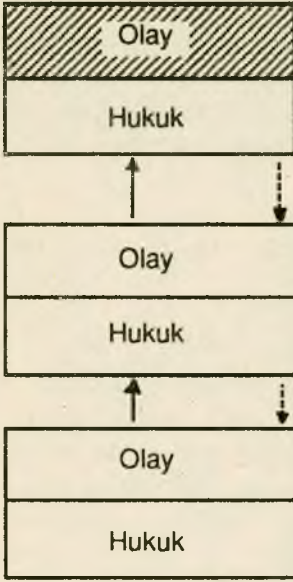
Olay yargılamasını denetlemenin boyutları, sınırları ise bellidir.

Yargıtay, ilkin, maddi olayların Yargılama Yasasına uygun biçimde saptanıp saptanmadığını inceleyecektir. Buna aykırılık (vitium in procedendo) söz konusu ise, karar elbette bozulacaktır.

İkinci olarak, hükmün yargıcı olan Yargıtay yargıcı, bu hükmün gerekçesini de inceleyecektir. Maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığını ve yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanıtların tartışılıp tartışılmadığını; bu tartışma yapılırken, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyecektir. Eğer, gerekçede eksiklik, çelişki, yetersizlik varsa, hüküm yine bozulacaktır. Böylece Yargıtayın, normatif, yargıçları eğitici görevi ve gerekçelerde disiplini sağlayıcı işlevi ortaya çıkmaktadır. Ancak, Yargıtay, gerekçe denetimi bahanesiyle hiç bir suretle, olay kanısı yargısı yaparak kesin sonuçlara ulaşamayacak; hükmü gerekçe kusuru nedeniyle bozduktan sonra, yeniden duruşma yaparak hüküm kurması için ilk mahkemeye geri yollayacaktır.

Bu süreci ikinci bir şema üzerinde göstermek istiyorum (Şema - 2).

YARGITAYIN (BOZMA MAHKEMESİNİN) VE TEMYİZ YOLUNUN İYİ ALGILANMASI VE KURUMSALLAŞMASI SORUNLARI



– Yargıtay: derece değil: hukuki denetim/bozma mahkemesi

– Üst (istinaf) mahkeme: İkinci derece (Eğer üst mahkeme varsa)

– İlk mahkeme: Birinci derece

Bu şemada, olay yargılamasını Yargıtayın inceleyemeyeceği, yalnızca gerekçe yoluyla bu denetimin yapılacağı gözetilerek, bu aşamadaki inceleme çizgilerle belirtilmiştir.

Bu şema çarpıcı bir biçimde göstermektedir ki, Yargıtay yalnızca hüküm yargıcidir, asla davanın değil.

Bu dünyanın her yerinde böyledir. Yargıtayın yargıtaylığını ve saygınlığını korumak için bu temel kurallara gelişmiş/gelişmemiş her ülkede büyük özen gösterilir. O yüzden 1930 İtalyan Ceza Yargılama Yasasında "gerekçe eksikliğini ya da çelişkisini" bozma nedeni sayan madde bendi (475/3), duruşmada saptanacak ve değerlendirilecek olayla ilgili sorunlara Yargıtayın el atmasını kolaylaştıracak bir Truva atı gibi gösterilmişti. Bugün dahi Cordero gibi bunu olay yargılaması sayanlar vardır. Ancak, İtalyan Yargıtayının duyarlılığı sayesinde bu sakınca gerçekleşmediğinden 24.10.1989'da yürürlüğe giren 1988 İtalyan Ceza Yargılama Yasası, Amerikan sistemini büyük ölçüde benimsediği halde, bu hüküm yerine "gerekçede eksiklik ve belirgin mantıksızlık" deyişini benimsemiştir (md. 606/e) (Cristiani, Manuale del nuovo processo penale, 1989, s. 448).

Bu konuda öncülük Fransız Yargıtayınındır. Aynı nedenlerle olayları gerekçe yoluyla denetleme önceleri yargıcın olayları saptamadaki kanı özgür-

lüğünü sınırılıyor, duruşma yapmadığı halde "kapağı örtülü dosyayı karara bağlıyor" (Pageaud), yetkisini kötüye kullanıyor (iletin: Boré n. 3852) diye eleştirilmiş, Yargıtay Başkanlarından Bellet böyle bir denetime karşı çıkmıştır. Ancak Fransız Yargıtayı yalnızca olay denetimi yaptı, ama olaylarla ilgili saptamalarda asla bulunmadı. Bugün de bulunmuyor. Bu denetimin alanı saydamdır. Külrenge değildir.

Fransa'daki bu gelişme, ikinci dünya savaşından sonra, Fransa kadar olmasa bile, Belçika, İsviçre, Almanya ve İsveç'te (ki yüksek mahkeme vardır) de görüldü (Boré n. 3846; Habscheid, s. 90). 1974'te ilk kez Gerhard Fezer, sistemli bir incelemeyle Almanya'dak gelişmeye parmak bastı, "genişletilmiş temyiz yetkisi" terimini (1) ortaya attı ve Alman Yargıtayının salt hukuki inceleme yetkisini aşmayı meşrulaştırmak mı istediğini sordu. Kleinknocht-Meyer şerhinin 37. basısında (1987, md. 337) Fezer'in bu terimi eleştirilmiş, Löwe-Roserberg'in Hanack'ça hazırlanan şerhlerinin 24. basısında (1988) deneyim kuralına aykırılığın da gerekçe denetimi kapsamına girdiği belirtilmiştir. Freiburg'da uzun uzun görüştüğüm Prof. Jescheck de, Alman Yargıtayının olayları ve kanıtları asla değerlendirmediyini ve bu konuda kanı yargısı oluşturmadığını; ancak gerekçe denetimi yaptığını ve Fransız Yargıtayına bütünüyle yaklaştığını söyledi. Albin Eser, Gropp, Yargıtay 4. C. Dairesi Başkanı Jähnke de bunu doğruladılar. Jähnke ayrıca, Fezer'in kendilerini uyardığını da açık yürekle belirtti.

Yargılama Yasalarımıza göre, Türk Yargıtayı için de durum aynıdır.

İşte gerçek budur. Duruşma yapmayan Yargıtay hiç bir ülkeden olayları hükme bağlamaz. Yalnızca gerekçe denetimi yapar. Denetim başka şeydir; ilk mahkemenin yerine geçerek olayı hükme bağlamak büsbütün başka şeydir.

Diyeceğim özetle şudur: Salt hukukta eşitlik, içtihadta birörneklığı; içtihadta birörneklilik, Yargıtayda tekliği doğurmuştur, gerektirmiştir. Gerçekten birörneklilik, aynı olayın sonsuza dek çeşitlenen türlerinde bile görülemez; yalnızca hukuki kavram ve yorumlarda sağlanabilir. O yüzden olayı öğrenme (cognizione) yargılaması yapan olay (ilk/istinaf) mahkemeleri her ülkede çoktur. Olay yargılaması (duruşma) yapmayan ve bu nedenle de tek olup

(1) 1988 Yargı yılı açış konuşmasında, "Yargıtaya genişletilmiş bir temyiz yolunun açılarak" maddi olayı en geniş biçimde inceleme olanağının sağlanması istenilmiştir. Maddi olayı değerlendirdiği ileri sürülen bir organın, yetkisini genişletilmesinden değil, olsa olsa daraltılmasından söz edilmek gerekmez mi?

içtihatla birliği sağlayan Yargıtayın ise, olayı denetleme yetkisi, gerekçeyle sınırlı; kesinleyip çözmesi yasaktır.

Nasıl belli ortamda saf suyun yüz derecede kaynaması önlenemezse, neden-sonuç (zorunluluk) ilişkisi içinde matematik kesinlikle eşyanın doğasından çıkan bu sonuçlar da değiştirilemez. "Bize özgü" ya da "biz bize benzeriz" yollu sığ/yüzeysel bahanelerle bilime karşı konamaz. Bilim kumar oynamaz, buna izin de vermez. Buna kalkışılırsa bedeli ağır ödenir.

Dünyada bu bedeli ödemeyi göze alan tek ülke yoktur. Yalnız bizimki gibi bozma mahkemesi (Yargıtay) sistemini benimseyenler değil; istinaf, yani duruşmayla olay yargılaması yapabilen yüksek mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde bile bu kurallara kesinkes uyulmaktadır. Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi, Kuruluş Yasasına göre, ceza ve hukukta tam istinaf yetkisine sahiptir (md. 34,52). Dokuz yargıçtan oluşur. Bunlardan Yargıç C. D. Gonthier, mahkemenin bu yetkisini hemen hemen hiç kullanmadığını, duruşma yapmadığı için de kanıt değerlendirmesine girerek olaya ilişkin hüküm kurmadığını kesin bir dille bana açıklamıştır. Hollanda, İngiltere, Kaliforniya, Romanya, Louisiana, Japonya, Fildişi Kıyısı (2) gibi yüksek mahkemelerde de durum budur.

Bozma mahkemelerinde (Yargıtay) ise her zaman böyledir. Sözgelimi, Avrupa ülkeleri, Almanya (12), Fransa (42), Belçika (16), İsviçre (5), İspanya (13), Rusya, Polonya (2), İtalya (42); Latin Amerika ülkeleri, Venezuela (3), Uruguay (3), Kolombiya (8), Peru (2), Meksika (2), Guatemala (2), Dominik (3), Şili (2); Afrika ülkeleri, Fas, Kongo, Kamerun, Zaire gibi.

Yer darlığından yararlandığım ya da dört ülkede görüştüğüm yazarların ve yargıçların yalnızca sayılarıyla yetindim, adlarını veremedim. 28 ülke ikiyüze yakın kaynak. Bunları ilerideki incelememde ayrı ayrı belirteceğim (2).

Bütün bu ülkelerde, tüm kaynaklar derler (ve yargıçlar uyguladılar) ki, Yargıtayın, kavramın tam anlamıyla Yargıtay olabilmesi ve kalabilmesi için, onsuz olmaz (sine qua non) asgari koşul, incelemesini hukuk alanı içinde yapmak, kanıt değerlendirmesine asla girmemek ve olaya ilişkin hüküm kurmamaktır. Üye, daire, iş sayıları, yani biçimler az çok değişebiliyor. Ama

(2) Bu konuda yetkin bir örnek olan Fransa'daki durumu bilmek isteyen meslektaşlarıma şu incelemeye başvurularını salık verebilirim: Sami SELÇUK, Les voies de recours en France, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XLV, Sayı 1-4 Ocak-Aralık 1990, sayfa: 119-184.

bu temel ilke hiç mi hiç değişmiyor. Ona ödünsüz uyuluyor. Çünkü Yargı-tayların, ülke boyutunda hukukta birlik ve sürekliliği gerçekleştiren normatif; ve gerekçelerle tutarlılığı sağlayan disiplin özgörevlerini (misyon) yapabilmeleri bu ilkedен sapmamaya bağlıdır. O yüzden kim ki, duruşma yapmayan Yargıtayın kanıtları değerlendirdiğini ve istinaf/temyiz işlevlerini birlikte yerine getirdiğini söyler; o yalnızca hukuka, bilime, mantığa, eşyanın doğasına, dünyaya ters düşmekle kalmaz; bir olmazın, yeryüzünde örneği görülmeyen bir sistemsiz yapılanmanın getireceği tehlikeleri de savunmuş olur (3).

- (3) Kimi meslektaşlarımız, bu konuda gerekçe incelemesinin yetersiz kalacağını, kendi değişleriyle "ilk mahkemelerin kararlarına saygı göstermenin" onları denetimsiz ve başıboş bırakacağını, bunun da keyfiliğe yol açabileceğini ileri sürmektedir.

Bu görüş, yerinde değildir. Gerçekten bir görüşe saygılı olmak demek, ona uymak ya da teslim olmak yahut da kimi tartışmalarda görüldüğü gibi, incelik gereği "saygı-lıym" diye geçiştirmek değildir. Bunlar görünüşte ya da sözde saygılılıktır. Batılca değil, doğuluca bir yöntemdir. O yüzden, bir görüşe gerçekte ve özde saygılı olmak demek; o görüşü derinlemesine incelemeye, eleştirmeye, üzerinde durup değerlendirmeye değer bulmak demektir. Böyle yapıldığı takdirde ulaşılabilecek sonuç, ilk mahkeme kararlarını gerekçe açısından değerlendirmenin; kanıt değerlendirmesi yaparak onun yerine geçerek karar vermekten daha geniş bir denetim ve karar bozulduğu takdirde de daha zengin olanaklar sağladığı açıkça görülür. Nitekim, dünyadaki ve bizdeki denetimler de bunu göstermektedir. Sözgelimi, dinlenen tanıklardan A ve B sanığın suçlu işlediğini, C ise işlemediğini söylemiş; yerel mahkeme gerekçe göstermeden A ve B'nin anlatımlarına göre hüküm kurmuşsa; kanıt değerlendirmesi yaparak ve ilk mahkemenin yerine geçerek karar verme anlayışıyla denetim yapma görüşünün burada takınacağı tutum, çoğu zaman şudur: Eğer kanıt değerlendirmesinde A ve B'nin anlatımlarını daha inandırıcı buluyorsa, çelişkiye karşın, dava ekonomisi nedeniyle zaman yitirmemek için kararı onamak. Eğer, kanıt değerlendirmesinde, C'nin anlatımını daha inandırıcı buluyorsa, buna göre karar verilmesi için hükmü bozmak. Hep-sinden kuşku duyuyorsa, çelişkinin giderilmesi açısından yine hükmü bozmak. Oysa, kanıt değerlendirmesi yapmayan, bunu duruşma yapan organa bırakarak gerekçe açısından hükmü denetleyen anlayışın burada yapacağı iş bellidir: A ve B ile C'nin anlatımları arasındaki çelişki giderilmemişse, ilkin C. Yargılama Yasasının hükmüne (md. 54/2) uyulmadığından karar bozulacaktır. Çelişki giderilmek istenilmiş ve fakat giderilememişse, hangi anlatımın hangi neden(ler)le üstün tutulduğu açıklanmadığı için, gerekçe kusurundan hüküm bozulacaktır. Böyle bir bozma karşısında, ilk mahkemenin, soruşturmalarda ve gerekçelerde daha ciddi ve duyarlı olacağı açıktır. Bu tutum ise, denetim yargılaması yapan organın, ilk mahkeme kararını bir görüş (mülâ-a, opinion, opinione) olarak değerlendirmeye değer bularak saygı göstermesinin çarpıcı bir örneğidir ve "ilk mahkeme kararına saygı göstermenin" gerçek anlamı da budur. Bu yüzden de, 4. Ceza Dairesi: "temyiz davasının esastan reddiyle onama" kararlarında gerekçeye yönelik denetlemesini genellikle şu biçimde açıklamaktadır: "...Sanığa yükletilen bıçakla yaralama ve saldırgan sarhoşluk eylemleriyle ulaşılan çö-zümü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu eylemlerin sanık tarafından işlendiğinin Yasaya uygun olarak yütürülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşama-larda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin, tu-tarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı,

"Yargıtay, davanın değil, hükmün yargıcısı" ilkesinin önemli bir sonucu da şudur: Bir iddia (olay, işlem, eylem, suç) nedeniyle açılan dava hakkında hüküm kurulmamışsa, Yargıtayın inceleme yapacağı konu da yok demektir. Sözelimi, cezada konut dokunulmazlığını bozma ve sarkıntılık suçlarından ya da hukukta taşınmazı boşaltma ve kirayı artırma nedenlerinden iki dava açılmış ve fakat yargıç bunlardan yalnız biri hakkında hüküm kurmuş, öbürü hakkında hüküm kurmayı unutmuşsa, bundan zarar gören (katılan, savcı, davacı) kararı "hüküm kurulmaması" gerekçesiyle temyiz etmişse; hüküm bozu-

Eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği ve Yasada öngörülen suç tiplerine uyduğu,

Cezaların yasal bağlamda uygulandığı,

Anlaşıldığından sanık Ü.Y. müdafinin ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKÜMLERİN ONANMASINA" Y. 4. C. D. 20.11.1991 6217-7065)... Bu yoğun özetlemede, gerekçe denetiminde çok şeyin arandığı, kimileyin bir sözcüğün anlattığının tersi yapıldığında kararın bozulacağı açıklanmaktadır. Sözelimi, "eksiklik", "çelişki" varsa, kararın gerekçe kusuru nedeniyle kesinkes bozulacağı bildirisi, ilk mahkemeye ulaştırılmaktadır.

Hukuk, her zaman bir nedene dayanır. O yüzden gerekçesiz karara asla göz yumulamaz. Göstermelik, görünüşte gerekçe de gerekçe değildir. Sözelimi, yıllarca ilk mahkemeler, temel cezanın üzerinde bir cezayı öngörürken şu sözcüklerle yetinmişlerdir: "takteren" ya da "takteren ve teşdiden". Bu ise, gerçekte değil, görüşünde bir gerekçeydi; ancak, kimi durumlarda da, suçun işlenişinde bir özellik olmadığı gerekçesiyle hükmü bozuyordu. Kimi kararları onamak, kimilerini de bu tür açıklanması zor bir gerekçeyle bozma elbette yasalar önünde eşitlik ilkesine ters düşüyordu. 4. Ceza Dairesi T. Ceza Yasasının 29. maddesinde 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten önce, ilk mahkemelerin "takteren", "takteren ve teşdiden" sözcüklerine dayanan görüşlerini, görünüşte "saygılıym" diyerek değerlendirme dışı bırakmadı. Değerlendirerek saygı gösterdi ve bu tür gerekçeye dayanan tüm kararları, bu saygıya dayanan değerlendirme sonucunda gerekçe açısından yetersiz bularak, ayırım gözetmeksizin şu gerekçeyle bozdu: "Korunan hukuki (ve varsa maddi) konunun önem ve değeri, suçtan doğan zarar ya da tehlikenin nitelik ve niceliği, eylemin hukuka aykırılık boyutu, işleniş biçimi, yer ve zamanı, kullanılan araçlar **gibi nesnel**; sanığın suça iten güdü, amaç, irade ve kusurluluktaki yoğunluk, suç işleme becerisi, sanığın kişiliği, geçmişi ve yaşamı, eylem anında, öncesinde ve sonrasındaki davranışları, ailesel, ekonomik ve toplumsal ilişkileri ve konumu **gibi öznel ölçütler** gözlemlenmedi; temel cezanın, sanığın kişiliğini ve eylemini dışlayan "takteren" sözcüğüyle ve yetersiz gerekçeyle alt sınırın üzerinde verilmesi, yasaya aykırı..." .

Dikkat edilirse, 4. C. Dairesinin yol gösterici nitelikte verdiği değerlendirme örnekleri, değişen maddede öngörülen örneklerden fazladır ve değişiklikten sonra da bu bozma gerekçesi bilinçle sürdürülmüştür (örneğin, Y. 4. Ceza Dairesi, 19.11.1991, 5836-6996; 24.12.1991, 7319-8223, 21.1.1992, 7658-260). Böylece ilk mahkemelerde şu bildiri verilmek istendi: Gerekçesiz karar olamaz. Temel cezanın üzerinde ceza verilmesinin gerekçesi ise sonsuz gözlem ve nedenlere dayanabilir. Yeter ki, bunlar dosyadaki verilerle çelişmesin. Çelişirse karar elbette bozulacak; çelişmezse, onlarcası, yüzlercesi, binlercesi arasında denetim organının istediği gerekçelerden biri gösterilmedi diye bozulamayacaktır.

lamaz. Çünkü her dava ve hakkında kurulan hüküm, öbür dava ve hüküm karşısında bağımsızdır. Bir başka dava sonuçlanmadı diye, sonuçlanan davanın kararı bozulamaz. Hüküm kurulmayan dava aleyhine temyize gidilmişse, Yargıtay, temyiz incelemesine konu hüküm bulunmadığından "karar vermeye yer olmadığına" (non-lieu à statuer) ilişkin bir karar vermekle yetinmek zorundadır. Bu ilgilileri uyarmaya yeterlidir. Bizde ise, "Yargıtay davanın değil, hükmün yargıcıdır" ve "hükümlerin bağımsızlıkları" ilkeleri gözetilmediğinden, açılan dava hakkında hüküm kurulmadığı gerekçesiyle, öbür hükümlerin de bozulduğu gözlenmektedir. Bu elbette doğru değildir (4).

T. Ceza Yasasının 59. maddesi konusunda da durum, ne yazık ki, aynı Yasanın 29. maddesi değişikliğinden önceki gibidir. T.C. Yasasının 59. maddesinin uygulanması, uygulanmaması elbette gerekçe açısından denetlenmelidir. Ancak, yalnızca bu açıdan. Eğer, gösterilen gerekçe dosya içeriğine uymuyorsa, sözgelimi, "sanığın ikrarı" gerekçesine dayanılmışsa ve fakat böyle bir ikrar yoksa, karar elbette bozulacaktır. Ancak, mahkeme, ikrara karşın, bu maddeyi uygulamaktan, binlerce gerekçeden birini, sözgelimi, suçun işleniş biçimini, sanığın mahkemedeki davranışlarını göstererek kaçınmış ise, "ikrar vardır, T.C. Yasasının 59. maddesi uygulanmalıdır" denilerek karar bozulamaz. Tersine de yapılamaz. Yani, sanığın ikrarı gerekçe gözetilerek madde uygulanmış ise, Yargıtay, suçun özelliğinden ya da sanığın eğiliminden, tutumundan geçmişinden söz ederek, ilk mahkemeyi maddenin uygulanmasına zorlayamaz. Bu tutum, hem yasalar önünde eşitlik ilkesine aykırı, hem de yetki aşımıyla sakat kararlara yol açacaktır. Çünkü, ilk mahkemenin gösterebileceği öbür gerekçeler dışlanmış, onun yerine geçilmiştir.

Şunu da eklemeliyim ki, Yargıtayın bozma nedeni olarak başvurduğu öznel değerlendirmeler de son derece tehlikelidir. Sözgelimi, yazılı hukukun değil, hukuk felsefesinin konusunu, üstelik en tartışmalı konusunu oluşturan "hak ve nasafet" kavramlarının gerekçe yapılması bu konuda çarpıcı bir örnektir.

Görülüyor ki, maddi olayların gerekçe açısından incelenmesi, sanılann tersine, denetimi çok genişletmekte, dahası ilk mahkemeleri derinliğine irdelemeye ve gerekçe göstermeye iterek, sıkı düzeni sağlamaktadır.

- (4) Yargıtay 4. Ceza Dairesi, açılan davalardan biri hakkında hüküm kurulmadığı takdirde, buna yönelik temyizde şöyle karar vermektedir: "sanık hakkında yaralama suçundan açılan ve henüz sonuçlanmamış bulunan kamu davası hakkında zamanaşımı içinde hüküm kurabileceği ve **yasa yoluna konu bir hükmün de bulunmadığı**, anlaşıldığından, temyiz davası isteği hakkında bir **KARAR VERMEYE YER OLMADIĞINA** ve dosyanın incelenmeksizin karar mahkemesine **GERİ GÖNDERİLMESİNE**" (Y. 4. Ceza Dairesi, 24.9.1991, 4336-5167, 19.12.1991, 7050 - 8124). Geri gönderme kararı üzerine, dava sürdüğünden, elbette yargılama da sürececek ve bir karar verilecektir. Yerel mahkeme davadan elini çekmiş olamaz.

Hukukta konu yahut da cezada sanık ya da suç çokluğu nedenleriyle birden çok dava açılmış ve hepsi hakkında hüküm kurulmuşsa ve hepsi temyiz edilmişse, bunlar birbirlerinden bağımsız olarak denetleneceklerdir. Bu yüzden de bozma ya da onama kararları ayrı ayrı olacaktır. Hepsi hukuka uygunsa, tekil değil, çoğul anlatım kullanılacak ve "temyiz davalarının esastan reddiyle hükümlerin onanmasına (onanmalarına)" karar verilecektir.

V – YARGITAYIN OLAY YARGISI KURMASININ TEHLİKELERİ

A - Yargılama boyutundaki tehlikeler :

a) Duruşma evresi anlamsızlaşır, hiçleşir. Daha önce söylediğim gibi, yargılamanın en önemli bölümü duruşmadır; duruşmasız yargılama, yargılama değildir; o artık başka bir şeydir. Tüm kurallar, görkemli tartışmalar, vazgeçilmez vektör ilkelerin hep birlikte oluşturmak için seferber edildikleri kanı yargısı yadsınır, yok edilir. Onun yerine tez/ântitezin temsilcisi tarafların bulunmadığı kapalı odalarda, sözlülük, yüzyüzelik, doğrudanlık, açıklık, yoğunluk ilkelerini yıkma pahasına, cansız tutanaklardan sezgi gücüyle çıkarılan tutanak bağımlısı yargılar geçer. Bozmadan sonra yapılan duruşmalı yollama yargılaması da gereksizleşir. Gerek duruşma, gerek yollama yargılaması, tümü de davayı uzatan avare kasnak gibi gereksiz/anlamsız birer aşama olup çıkarlar. Öyle ya denetim organı açık duruşma sonunda çözülecek olaya ilişkin sorunları duruşmasız da çözecekse, açık duruşma yapıp insanları tedirgin etmeye, onca yorgunluğa neden gerek duyulmuştur? Bir yargıcın soruşturmayı yapması, kanıtları toplaması, kanısını içeren bir özetle (fezleke) dosyayı Yargıtaya göndermesi daha iyi olmaz mı?

Duruşmasız olaya ilişkin kanı yargısı oluşturmanın sakıncaları saymakla bitmez:

aa) Bir kere daha kötü araçlara, olanaklara sahip olanın ya da olmayanın yargısı, duruşma laboratuvarında daha yetkin araçlar ve olanaklarla donatılanın yargısının yerine geçer. Hastasını doğrudan muayene eden hekimin tanısı, telefonla aldığı bilgiye göre sonuçlar çıkaran hekimin tanısına kurban edilmiştir. Kılıcın atomu yenmesi gibi, kapalı dosya tutanakları, açık yargılamanın gerçek kanıtlarını ve izlenimlerini yenmiştir. "Yargıladığın oranda daha sonuç çıkar: tantum judicatum quantum conclusum" hukuk/mantık kuralı dışlanmış, çiğnenmiştir.

bb) Adli yargı olasılığı artar. Çünkü olay kanı yargısı, adı üstünde, ancak kanı oluşturan kanıtlarla doğrudan ilişki kurularak oluşturulursa, sağlıklı olabilir. Kovanı dışında bal arısı nasıl sıradan/niteliksiz bir arıysa, duruşma dışında oluşturulan olay yargısı da, kusurlarla yüklü bir yargıdır.

cc) Kendi olay/kanı yargılarının değersizleştiğini gören ilk derece (olay) yargıçları ciddi duruşma yapmazlar. Yargılama yöntemi saptırmalarına (détournement de procédure), boşvericiliğe sık sık başvurulur. Tarafları, ta-

nıkları özenle dinleyecek yerde, bizim icadımız "gereği düşünülür"lerle bol oturumlu tartışmasız duruşmalarda "eski anlatımını yinelerim"li, "eski tutanaklar okundu"lu tutanaklarla yetinirler. Yargıçlar, insanlarla (taraf, tanıklar) ve olayla diyalektik kuracak yerde, tutanak, yazman ve daktiloyla boğuşurlar. Çoğu olay sorunlarının çözümünü, Yargıtaya bırakırlar, kolaycılığa kaçarlar. Her yargı kararı, gerekçesinde sorunları tek tek yanıtlayıp çözen, mantıkî ve hukukî bütünlük sergileyen bir yapıt olmak zorundadır (İtalyan Yargıtayı, 20.12.1989). Değil mi ki, olaya ilişkin kanı yargısı kapalı dosya tutanaklarına göre oluşturuluyor, öyleyse "dosya içeriğine göre"li gerekçeler niye yetmesin? Yasalar istedikleri kadar "kanıtların tartışmasından, ret ve üstün tutma nedenlerinden" (H.Y.Y. md. 388/3), "hüküm gerekçesinden" ve "gerekçesizliğin" kesin bozma nedeni olduğundan (Anayasa, md. 141/3, C.Y.Y. md. 32, 268, 308/7) söz etsinler, "İddiaya, dosya içeriğine göre"li kusurları peçeleyen (Boré, n. 1379) görünüşte gerekçeler, açık vermemek kaygısıyla, bir kurtarıcı gibi, yeğlenirler. Duruşma bilinci, gerekçeli karar bilinci oluşmaz. Olanı da yok olur.

Duruşmaya katılmamış bir yargıcın tutanaklara göre olaya ilişkin karar vermesinin kesin butlan nedeni sayıldığı bir dünyada, görünüşte duruşmanın (dibattimento apparente) da ötesinde hiç duruşma yapmamışların yargısı elbette haydi haydi (a fortiori) geçersiz olur.

dd) Gereksizliğin doğurduğu bir sakınca da, Yargıtayın eğitici (pedagojik) ve disiplin ölgörevlerini yerine getirememesi nedeniyle, yargıçların gerekçe gereçlerine, hukuk yapıtlarına başvurmamasıdır. Bu onların yetişmesini önler.

b) Gereksizlik ya da görünüşte gerekçe, gizli adalettir. Adalet başvuranların âdil yargılanma haklarını hile-i şer'iyyeyle yıkan bir gizli adalettir. Bu nedenle Anayasalarda kararların gerekçeli olması buyurulmuştur (md. 141/3). Gerekçeli karar 1789 Fransız Devriminin adalet yolunda eşsiz bir fethidir (Boré, n. 1986). Görünüşte duruşmanın, görünüşte gerekçenin (daha doğrusu gereksizliğin) ve Yargıtay bile olsa kapalı odalarda gizli olay yargısı oluşturmanın, bu üç etkenin birleşmesiyle ulaşılabilecek noktanın ne olduğunu bilmek istiyorsanız, şu iki kaynağa başvurun yeter: Picca-Colbert, La Cour de cassation, 1986, s. 35 ve 2.4.1941 tarihli içtihat birleştirmede Fahrettin Beyin konuşması).

B – Yargıtay boyutundaki tehlikelere gelince

a) İlk (olay) mahkemede sonuç alamayanlar, Yargıtayda olay yargısını kendi yararlarına çevirmeye çalışırlar. Nelerin tartışıldığı bilinmediğinden, gizli oturum yargıları, sonuçta Yargıtayın saygınlığını örseler.

b) Yargıtaya başvuru artar. İş çöğalan ve bundan bunalan Yargıtay, Anayasaya karşın, temyiz edilen sorunları bir bir karşılayan gerekçeler yerine, zaman darlığı nedeniyle, toptancı ve ilk mahkeme kararına yollamalı gerekçelerle yetinmeye zorlanır. Bunun çaresi bellidir. Bu çare doğrultusunda çözüm getirecek yerde, gerekçesizliği savunmak, yanlış yanılıyla savunmaktır; olur şey değildir.

c) Temyiz yolu kamu yararı yerine taraf (kişi) yararına işler; yörungesinden uzaklaşır.

d) Yargıtay özgörevlerini yerine getiremez. İctihat mahkemesi olmaktan çıkar. Başarılı olamaz. Nicelik açısından çok iş çıkabilir, çıkar da. Nitelik açısından da belki pek az kararında çağdaş hukuku yakalayabilir. Ama bütünüyle başarılı olması için zaman yetmez. Kimi sonuçlar, genellemelerle büyütülerek, gerçek örtülemez. Mesafeli, önyargısız, metodik yaklaşımlarla yapılacak bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasıdır ki, bu başarının derecesini ortaya koyabilir. Bunu karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan yansız bilim adamlarına bırakalım. Sistemsizliğin kurumsallaşmasına destek olmayalım. Yargıtay iş bitirme mahkemesi değil, içtihat mahkemesidir.

C – Hukuk boyutundaki sonuçlar da ağırdır

a) Kesin hükme (doğru terim: yargılanmış şey) saygı azalır. Çünkü, görünüşte değil, ancak gerçek duruşma, düşünceler cumhuriyetini somutlaştırarak çoğul "cogito" mucizesini gerçekleştirdiği için, olay yargısının oluşmasında duruşmaya katılan herkesin payı vardır. Kuşku, bir kişiyle değil, birlikte yenilmiştir. Kanı (conviction) terimi, bu yüzden, Latince birlikte yenmek (cum vincere) sözcüklerinden oluşmuştur. Bu yargı duruşmada değil de, duruşmasız kapalı odada oluşursa, kimsenin payı olmayacak, bu nedenle de ona kimse sahip çıkmayacak, dahası kuşkuyla bakacaktır. O artık bir başkasının yargısıdır. Böyle bir yargıya kimse saygılı olmaz. Böylece kesin hükmün otoritesi yok olur, en azından zayıflar.

Şu unutulmamalıdır. Her bozma kararında, adli yanılığın olasılığının katkısı da fazladır. Çünkü, yargılanan olay değişmediği halde, kanıtları değer-

lendirme değişik ve ulaşılan sonuç da ayrı olmuştur. Bunu yaşanan somut bir olayla açıklamak yararlı olacaktır: İddia sarkıntılıktır. Yerel mahkeme olayın kanıtlandığı sonucuna ulaşmıştır. Özel daire, ilk mahkemenin yerine geçerek, oyçokluğuyla (bire karşı dört) kararı bozmuş ve olayın kanıtlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme direnmiştir. Ceza Genel Kurulunda ilk görüşmede 16 onama, 10 bozma oyu kullanılmış; onama ağırlıklı olduğu halde ilk görüşmede istenen üçte iki çoğunluk sağlanamadığından inceleme ikinci görüşmeye kalmıştır. İkinci görüşmede ise oylar eşit (13) çıkınca, üçüncü görüşmede 9 onama oyuna karşılık 14 bozma oyuyla hüküm bozulmuş ve eylemin gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır. Burada ortaya çıkan olgu şudur: Olayın kanıtlanması konusunda kullanılan tüm oylardan onamalı oy sayısı bozmalı oydan fazladır, ama karar bozulmuştur. Elbette tersi de olabilir.

Bu sonuç çok düşündürücüdür. Verdiğim ve yaşanan bu gerçek üzerinde herkesiz durmaya çağırıyorum.

b) İçtihat kavramı yozlaşır. Çünkü olaylarda içtihat birliği sağlama çabası olanaksız olanaklı kılma zorlamasıdır. Bunu bir örnekle açıklamak istiyorum. Suç kastının varlığı ve hangi suçla ilgili olduğu, sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olay sorunudur, hukuk sorunu değildir. Çoğu kez yargıcın önüne külrenge bir alanda gelir. Sözgelimi, birini ağır biçimde yaralayan fail, yaralama mı yoksa adam öldürme kastıyla mı davranmıştır? Çünkü adam öldürme kastını sergileyen ipuçları sonsuzdur. Bir kaç ölçüte indirgenemezler. Diyelim ki, en çok kullanılan araç türü açısından bunlar üç olsun. Silahın cinsi, uzaklık, vuruş (atış) sayısı, saik, suç öncesi ve sonrası davranışlar, failin karakteri, husumet v.b. gibi on rakamının üzerinde bu üç ölçütün her birine eklenebilen ve her eylemde değişen etkenler gözetildiğinde, bu konuda birbirine benzer iki olay bulabilmek için üç üzeri on (3^{10}) sayısına ulaşılacaktır. Bunun da rakam olarak anlatımı şudur: 55049. Demek, diğer tüm olasılıkları bir yana bıraksak bile, üç tür silah olsa ve yalnızca on olasılıkla bile (ki bu olasılıklar sayılara sığmaz, sonsuzdur) birbirine benzer iki olay yakalayabilmek için, en azından 59049 olay bulmak zorunludur.

Bir başka örnek de şudur: Gerçek içtimadan müteselsil suçu ayıran öge, **aynı suç kararı** ögesidir. Bu sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olaydır. Hukuk sorunu değildir. O yüzden duruşmadaki kanıtlara göre ilk mahkemece saptanacaktır. Olaylardaki benzerlik, zaman aralığı, sanığın davranışları, kanıtlar, hukuki konunun türü, mağdur başkılığı ve aynılığı, oluş biçimi v.b. etkenlerle sonuca ulaşılacaktır. Çünkü olaylar birbiriyle bu olasılıklar gö-

zetildiğinde asla çakışmazlar. Önceden (a priori), bir ay içinde aynı mağdur üç kez dolandırma, birden çok kişiye tek sözle ya da ardı ardına sövme, aynı anda birden çok sahte bono düzenleme müteselsil suç dendi mi, bu olayların hepsi çakışır; failerin hepsi de aynı suçu karar birliğiyle işlemiştir anlamına gelir ki; bu yanlıştır; gerçeklere uymayan, yüzeysel ve de aldatici bir karardır.

Buna benzer olaylarda, Yargıtayın yapacağı iş, adam öldürmede, aynı suç kararında aranacak verileri, bu kavramların tanımını yaparak bir içtihat boyutunda ortaya koymaktır. Adam öldürme kastının, suç kararında birliğin tanım ve öğelerini ortaya koyan, her uygulamada ilk mahkemeden bu öğeleri aramasını ve gerekçede yansıtmasını isteyen bir karar, gerçek bir içtihatdır; içtihat birliği ancak böyle kurulabilir. Bu içtihat doğrultusunda kurulmayan karar ve oluşturulmayan gerekçe ise yetersizdir; bozulmaya yargılıdır.

Son bir örnek daha vermek istiyorum. T.C. Yasasının 491/2. madde ve bendinde, gelenek ya da özgüleniş nedeniyle kamunun bekçiliğine bırakılmış eşya hırsızlığı cezalandırılmıştır. Hükmün can noktası, kamu bekçiliğine bırakmanın bu iki durumdan birinin sonucu olmasıdır. Yerel mahkeme bu durumlardan birini ya da ikisini saptayacak ve kararında belirtecektir. İşte bu gelenek olduğu içindir ki, 1983'ten beri, sokağa bırakılan otomobiller bu maddeye girmektedirler. Ancak, maddeki öngörülen öğelerin izdüşümü olaya uyduğu için bu sonuca varılmıştır. Bir başka deyişle, maddeden ve maddedeki öğelerin izdüşümünden olaya ulaşılmıştır, olaydan ve olayın izdüşümünden değil. Yani, yola bırakılan bütün otomobiller, kamunun bekçiliğine bırakılmış eşya hırsızlığına girer ya da tersi biçiminde bir kural söz konusu değildir. Olamaz da. Olursa yasa önünde eşitsizlik yaratılır. Şöyle ki; bir kentte bütün otomobiller gelenek gereği yola bırakıldığı halde, hiç bir otomobil bu maddeye girmez demek, mağdurlar zararına, failer yararına bir eşitsizlik yaratır. Yine aynı kentte böyle bir gelenek kentin eski bölgesinde oluşmuş; her binada park yeri olduğu için yeni kurulan bölgesinde bu gelenek oluşmamış ise; tüm otomobiller bu maddeye giremez denildiğinde, yeni bölgedeki hırsızlıklarda doğru karar verilmiş olur. Ama eski bölgedekiler için, karar fail yararına, mağdur zararına olacaktır. Tersine, bütün otomobiller bu maddeye girer denilirse, yeni bölgede failer zararına, mağdurlar yararına, karar verilmiş olur. Bu yanlıştır. Doğrusu ise şudur: Maddedeki öğelere göre olaylara tanı koymak, olaylara göre değil. Olaylarda bir örnek uygulama yaratma kaygısıyla içtihat birliği sağlanamaz; tersine içtihat aykırılığına ve eşitsizliğe yol açılır. Ama, maddenin yorumunda içtihat birliği ve

eşitliği sağlamak olanaklıdır; doğrusu da budur; içtihat da esasen bu kesimde söz konusudur.

Özetle, içtihat olgusu kesirle anlatılacak olursa, paydada, hukuk kural ve kavramlarının tanım, öge ve yorumlarını açıklayan içtihat; payda ise sonuza değin değışen olaylar yer alacaktır. Yargıtay paydadaki görüşe göre olayları değerlendirmeyen kararları bozacaktır. Bir başka deyişle, payın paydaya yetip yetmediğini ilk mahkeme saptayacak; Yargıtay bunu denetleyecek; ama payı paydaya uydurmaya asla kalkışmayacaktır. Eğer buna kalkışılırsa, örneklerden de anlaşılacağı gibi, şu tehlikeli sonuçlara katlanmak zorunda kalınır:

aa) Önce eşitlik bozulur. Çünkü olaylarda eşitlik yaratma kaygısı, benzer sanılan olaylarda aynı hükümlerin verilmesini sonuçlar.

bb) Bu benzerlik ne yapılırsa yapılsın yaratılmadığından, olay yargıları içtihat diye algılanırsa, Yargıtayın sık sık karar değıştirdiği inancı yaygınlaşır, güven sarsılır.

cc) Hukukta anakronizme yol açar. Gerçekten tarihsel evrimde hukuk ve yasalar, somuttan soyuta doğru ilerlemiştir. Ortaçağ ya da Osmanlı yasaları "bir koyun çalan şu kadar, bir inek çalan bu kadar akçe ceza öder" derken, çağdaş yasalar hırsızlığı öğeleriyle tanımlamakla yetinirler. Olay içtihadı çağdaş hukukun ve yasaların reddettiği saymaca (kazuistik) hukuka ve yasalar dönemine tersin tersin yol almak demektir.

dd) Olay içtihadı, hukukun ilerlemesini önler. Hiç kimse artık hukuk normlarının yorumuyla uğraşmaz. "Şu olayda T.C. Yasasının 71, şu olayda 80. maddesi uygulanır" diyen, yalnızca sonucu ezberleyen hukukçular yetişir. Böyle bir sistemde iyi hukukçu yetişemez. Normlar ve onların yorumu yerine, hazır antibiyotikler gibi yutulan olay içtihatları geçer. Hukukta şeyleşme (réification) başlar, hukukun insan ve bilim boyutu yiter.

ee) Bilim ilerlemez. Normları, kurum ve kavramları irdeleyip yorumlayan yapıtları; olay içtihatlarını derleyen kitaplar, kötü paranın iyi parayı kovması gibi, piyasadan sürerler. Bunda suç, derlemecinin, basımcının değil, düpedüz sistemindir. Sistem, ekonomik yasaları işletecek, kişiler de elbette bu sonuçlara uyacaktır. Gerçek içtihat yapıtlarına da elbette gerek vardır; bunlar küçümsenemezler. Ama ömürsüz, yarısız olay içtihatlarının ön plana geçmesi, bilimsel yapıtların kullanımdan düşmesi, bilimi de hukuku da yıkıma götürür.

Görülüyor ki, Yargıtayın maddi olayları inceleyip çözmeyenin sakıncaları saymakla bitmiyor. Yargıtayın salt hukuk sorunlarını çözen bir hukuki derece mahkemesi olmasıyla bir çok sorun birden çözülecektir. Çağı yakalamanın biricik yolu buna bağlıdır. Bu özgörevi hakkıyla yerine getiren Fransız Yargıtayında iş, üye ve daire çokluğu nedeniyle Başkan Draï'nin "Yargıtay istinaflaşmamalı"; Mitterand'ın "Yargıtay istinafı ikinci bir dairesi olmamalı"; yukarıda adlarını veremediğim onlarca yazarın, yargıcın ve İtalyan Yargıtayının "Yargıtay, olay değerlendirmesi yetkisini ilk mahkemenin elinden almaz" (30.10.1989), "kanıt kaynaklarını değerlendirmek ilk mahkemeye aittir. Yargıtay yalnızca gerekçeyi denetler; ilk mahkemenin yerine geçerek olayı çözemez" (11.2.1990) demelerinin nedenleri işte bunlardır.

Yasalarımız da bu doğrultudadır. Hukuk Yargılaması Yasasındaki "maddi meselenin takdirinde hatadan" amaçlanan "maddi hukukta, yani olayı hukuki nitelirmede, tanıda yanılıdır" (md. 428/5, ayrıca md. 388/3, 240, Ceza Yargılama Yasası md. 254, 307, 308/7, 382, 383). Özetle yasalarımızı gereğince uygulamamız sorunu çözmeye yeterlidir.

VI – SONUÇ

Son olarak şunu da eklemek isterim.

Hiç kimse, Türk Yargıtayının üst (istinaf) mahkeme yokluğu nedeniyle olay yargısı kurduğunu, bunda haklı olduğunu ileri süremez. Çünkü istinaf yolu asla temyiz yolunun boşluğunu dolduran bir yol değildir. Bir başka deyişle, ne istinaf temyiz, ne de temyiz istinafın yerini doldurabilir. Zira istinafı doğuran gerekçe şudur: Özellikle maddi olay sorunlarının var ya da yok olduklarının, ilk mahkemeden sonra ikinci kez yeni baştan incelenmelerini sağlamak. Bu da ancak "sözlülük, açıklık, yüzyüzelik, yoğunluk ilkelerine" göre tarafların, tanıkların, tüm kanıt kaynaklarının katıldıkları bir duruşmayla, öğrenme yargılamasıyla (cognizione) olanaklıdır. İlk mahkemenin özellikle olaya ve bu arada hukuka, yaptırıma (sonuca) ilişkin yargıları böylece ikinci kez denetlenmiş olacaktır. Eksiksiz duruşmanın yapıldığı asıl, tipik, klasik istinaf budur. Kimileyin istinaf mahkemesi kanıt değerlendirmesinde, yargılamada, gerekçede hukuka aykırılık, eksiklik v.b. bir sakatlık görmez ve bunlara ilişmek gereğini duymaz. O zaman duruşmada yalnızca tarafları dinlemekle yetinir. Bu nedenle de, sınırlı bir denetleme yaparak hukuki tanıyı ya da yaptırımı (sonucu) değiştirir, ya da olduğu gibi benimser. Bu dar anlamda/atipik istinaftır. Burada bizim için önemli olan şudur: İlk mahkeme gibi

tam duruşma yapılmadığı durumlarda istinaf mahkemesi olay sorunlarını incelememekte, yargıladığı oranda denetleme yapmakta, duruşma koşulunu asla göz ardı etmemektedir.

Istinafın evrensel tanımı da budur: Olayın (sözgelimi suçluluğun) doğru olup olmadığının ikinci kez incelenmesi (16.12.1966 B. Milletler New York sözleşmesi, md. 14/5).

Görülüyor ki, istinafın amacı içtihat birliğini sağlamak değil, maddi olayların yeniden duruşmayla incelenmesini gerçekleştirmektir. O nedenle, bir ikinci derecedir. Nitelik açısından düzeltme (réformation) yoludur. Çünkü esasa hükmeder. Yollama yargılaması ilke olarak söz konusu değildir. Temyizin amacı ise, içtihat birliğini sağlamaktır. Maddi olay yargılaması (duruşma) yapılmadığından ne ikinci ne de üçüncü derecedir. Düzeltme değil, bozma (cossation) yoludur. Esasa hükmetmez. Kapısı ancak yollama yargılamasına açıılır.

Demek, istinafla temyiz yolları arasında hiçbir organik bağ, bir arada yaşama koşulu (symbiose) ve tematik ortaklık yoktur. Nitekim, 48 yıl önce 1944 yargı yılı açış konuşmasında bu köklü başkalık isabetle vurgulanmıştır.

Eğer istinaf böyle anlaşılmaz da, sanki temyiz yolundan önce temyiz yolu gibi bir denetim yargılaması diye algılanırsa, yanlış üstüne yanlış yapılır; her şey alt üst olur.

Bütün meslektaşlarımı, önyargısız olarak, bu tehlikelerden kurtulmak ve bunların tersinin gerçekleşmesini sağlamak için, Yargıtay denetimi konusundaki görüşlerini yeni baştan gözden geçirmeye çağırıyorum. Yapılacak iş bellidir.

İki bin yıldır Batı hukuku bilimin ışığında ilerliyor. Bu hukukun kapısından, ancak Kartezyen mantıkla girilebilir. Türkiye, benimsemek iddiasıyla çıktığı Batı hukukuyla iç içe yaşamak, bilgi aktarımını sağlıklı yapmak zorundadır. Dünyası dar Bekçi Murtaza anlayışıyla sorunlara yaklaşırsa, Batıyla yalnızca kan uyuşmazlığına düşülmez; bunun da ötesinde, yalnızlığa, otarşıye, otizme itilir; itildikçe de gelişmez pıhtılaşır. Bu "şapkanın fes gibi giyilmesi" demektir. Böyle bir hukuk, protez gibi iğretidir. Taşralı, marjinal, prefabrikedir. Özünden soyutlanmıştır.

Önerim özetle şudur: "Bilgi üretme ve tüketme çağını yaşıyoruz" (Garaudy). Bilgiler, Max Weber'in uzak görüşü doğrultusunda, on yıla kalmadan eskiyor. Yapabilen için her kayada bir Venüs heykeli vardır. Bilimin ivmesine ayak uydurmamızdır. Uyduramazsak ve "kabımızı küçük tutarsak, denizden yakınmaya hakkımız olamaz" (Mevlâna). Kendi kendisiyle yetinenler, yakın akraba evlilikleri gibi hastalıklı ürünler devşirmeye yargılıdır. Bu ülkeyi kurtaranlara, insanımıza, gelecek kuşaklara karşı sorumluyuz. Kurumları ve kavramları oturmuş bir hukuk sözlüğünü tezelden oluşturmalıyız. Yeni şeyler icadına gerek yok. Örnekler önümüzde. Bir içtihat mahkemesine, içtihat ve gerekçe kavramına, uzatmalı duruşmalardan uzak bir yargılamaya ancak böyle ulaşabiliriz.

Bu çağrı, kayayla tepeye tırmanan Sizifos direncinin ya da total ayağıyla Hicaz'a gitmeye kalkışan total karınca azminin öyküsü değildir. Bilime dayalı bir savaşımdır, olanaklıdır. "Olanaksız Fransızca değilse" (Napolyon) niye Türkçe olsun ki?

● CEZA HUKUKU

YARGILAMANIN YENİLENMESİ VE ZAMANAŞIMI

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** 1- Konu. 2- Kesin Hüküm Engeli. 3- Zamanaşımı. 4- Yargılamanın Yenilenmesi. 5- S o n u ç .

1 – KONU

Yargılamanın yenilenmesine karar verilmesinde, işlemler devam ederken, evvelki "dava zamanaşımı" dolmuş olursa, davanın düşmesine karar verilebilirmi? Bu soru, yargılama hukuku ile maddi ceza hukuku arasında yer alan bir konu halinde gözükmektedir.

Doktrinde yalnız Özgen (1) konuya değinmiş, şöyle demiştir: "Zamanaşımının, muhakemenin yenilenmesi talebine tesir edip etmiyeceği hususunda kanunumuzda bir hüküm mevcut değildir. Bunun, muhakemenin lehe yenilenmesi taleplerine bir tesiri olmayacağı kabul edilmektedir. Bu mantiki bir neticedir. Infazdan ve hatta mahkumun ölümünden sonra dahi muhakemenin yenilenmesini kabul eden kanunun, zamanaşımını lehe muhakemenin yenilenmesine mani bir hal saymasına imkan yoktur.

Fakat zamanaşımı, muhakemenin aleyhe yenilenmesine mani olur. Zira zamanaşımı, devletin ceza vermek hakkından feragatini ifade eder. Yalnız zamanaşımının başlangıç zamanını tesbit bazı hallerde zorluk gösterebilir. Suçta vasıf değişikliği gibi durumlarda (mesela kasıtlı adam öldürme iddiasından beraat eden sanık aleyhine taksiri adam öldürmeden muhakemenin yenilenmesinin düşünüldüğü bir halde) bu zorluk ortaya çıkar. Bu mesele konumuzla ancak dolayısı ile ilgili olup esas olarak maddi ceza hukuku kaidelerine (bkz. TCK. m. 102-106) göre çözülmesi gerektiğinden, burada münakaşasını yapmıyoruz".

İçtihad ise şöyledir: "Kesinleşen hükümlerin muhakemenin iadesi yoluyla yeniden tetkikinde müruruzaman mevzuu bahis olamaz" (2). Ceza Genel

(*) **Avukat.**

(1) Özgen (E.), *Ceza Muhakemesi'nin Yenilenmesi* (Ankara, 1968 s. 53).

(2) CGK. 12.1.1952, 4/16

Kuruluna göre: "Muhakemenin iadesine karar verilmekle asli dava avdet etmiş olamayacağından müruruzaman mevzuu bahis olamazsa da eski hüküm 341. maddeye göre iptal olunur da yeniden hüküm tesisi lazım gelirse müruruzaman nazara alınabilir. Şayet, eski hüküm iptal edilmez de tasdik olunursa müruruzamandan bahis ile hüküm bozulamaz" (3).

Görüldüğü üzere konu berrak bir sonuca bağlanmamıştır. Ceza Genel Kurulu kararı yenileme talebinin kabulü, fakat henüz hüküm verilmeden zamanaşımının dolması halini çözüme bağlamamıştır.

2 – KESİN HÜKÜM ENGELİ

Kesin hükmün değişmezliği cezanın muhakkak oluşu ile de ilgilidir. Kesin hükmün değişmezliği kabul edilmemiş olsa idi, Adaletten kuşku sürecektir bu ise cezanın muhakkaklığını azaltacak sebeplerden biri olacaktır.

Bununla beraber "Hukukî düşüncede masum olduğu halde mahkum edilmiş şahıs mevcut olamaz" yolundaki Kelsen'in mütalâası (4) doğru değildir. Kanunlar, yargılamanın yenilenmesini açık hükümlerle belirtmiş olmaları nedeni ile Adaletin de "Hata" edebileceğini kabul etmişlerdir. Kanunlar hata ihtimalini azaltabilirler, fakat hatayı ortadan kaldırmağa muktedir değildirler. "CMUK.da kesin hüküm kabul edildiğini gösteren bir tanımlamaya tesadüf edilemez. 1973 yılında 253. madde yeniden düzenlenmiş, 3. fıkraya (aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm...var ise davanın reddine karar verilir) denerek kesin hükmün önleme etkisinden dolayı olarak söz edilmiştir" (5).

O halde kesin hükmün, yeni delillerle eski hükmün değiştirilmesini engelleyici bir kudreti yoktur.

Kaldığı "içtihat değişmesi vakıası ile meydana çıkan hatanın da muhakemenin yenilenmesi yolu ile giderilebileceği" (6) yolundaki fikir akımı isabetlidir.

(3) CGK. 29.5.1954, 84; Erem, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku (6 Baskı, Ankara 1986) s. 710.

(4) Kelsen, Teoria Generale del diritto e dello stato s. 139 bk. Leone (Trattato..., 1961) III, s. 324, nt. 10; Manzini Istituzioni di diritto processuale penale (padova, 1934), ss. 825.

(5) Yurtcan (E.), Ceza Yargılamasında kesin hüküm (2. Bası, İstanbul, 1987), s. 9

(6) Kunter (N.), İçtihat değişmesi nedeniyle ceza muhakemesinin yenilenmesi sorunu (Yargıtay Dergisi, Ocak 1988, n. 1-2) s. 48.

3 – ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, kesin hüküm kadar önemli bir müessesedir. Zamanaşımının esası, ister "manevi ceza", "arada uslanma", ister "cezanın önleme hassasının kaybı", "takibatın terki", "psikolojik değişme", "sosyal faydanın kayboluşu", "delillerin toplanamaması" düşüncesine dayansın, zamanaşımı küçümsecek, ihmal edilecek bir konu değildir.

4 – YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına kararı "mahkeme" verir. Mahkeme yargılamanın yenilenmesine karar verip kanıtların tartışılmasına başlarsa ve bu sırada eskiden işlemeğe başlayan dava zamanaşımı dolmuş olursa davanın düşmesine karar verilmesi gerekecektir. Zira "yeniden yapılacak duruşma neticesinde mahkeme... evvelki hükmü iptal ile yeni baştan hüküm" verecektir.

(CMUK. 341) demekki "duruşma" açılacak ve "hüküm" verilecektir. Kanıtların tartışılması ya "yeni deliller" in veya eski delillerle yenilerin birlikte incelenmesini gerektirecektir (CMUK. 327/5). O halde yenilenen dosya "ihya" olunmuştur. Mahkeme "muhakemenin iadesine ve yeniden duruşmanın icrasına karar verir" (CMUK. 338/2). O halde yargılama iade olunacak, eski duruşma yeniden açılacaktır. Böyle olunca zamanaşımı ileri sürülebilecektir.

5 – S O N U Ç

"Kanun yollarına müracaat hakkındaki umumi hükümler muhakemenin iadesi hakkında dahi caridir" (CMUK. 333). Yargılamanın yenilenmesi konusunda usul hükümleri konulmuş fakat bunların noksan olduğuna böylece işaret olunmuştur. İçtihaden boşluğun aleyhe doldurulması mümkün değildir. Yargılama yasasının bu boşluğu (7) kanun koyucu tarafından giderilmelidir.

(7) bk. Arena (P. La revisione dei giudicati (Milano, 1910).

DEVLETE AİT MÜHÜRLER VE DAMGALARLA SAİR ALÂMETLERİN TAKLİDİ SUÇLARI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Erol ÇETİN (*)

• *ANLATIM DÜZENİ I- Sunuş. II- Devlet Mührünü Taklit Veya Kullanma. III- Resmî Mühür Veya Âletleri Taklit Veya Kullanma. IV- Mühür Veya Âletlerin İzlerinin Taklidi. V- Taklit Edilmiş İzleri Taşıyan Eşyayı Satmak Ve Almak. VI- Resmî Mühür Veya Âletleri Ele Geçirip Kullanmak. VII- Damgası Veya Kendisi Taklit Veya Tağyir Edilmiş Ölçü Veya Tartı Âletlerini Kullanma — Bulundurma. VIII- Ölçü Ve Tartı Âletlerinin Tanımı.*

I – SUNUŞ

Ceza yasamızın 2. kitap, 6. bab, 1. faslında yer alan "Devlete ait mühürler ve damgalarla sair alâmetlerin taklidi" suçları yasa sistematiğimiz içinde **kamunun güvenine** karşı işlenen suçlandandır.

Kamu güveni, Devletin hukuksal düzenlemelerle isbat gücü tanıdığı bazı şeylere toplumun duyduğu güvendir. Bir arada yaşayan insanlar toplum hayatının zorunlu bir gereği olarak bazı şeylerin doğru olup olmadığını araştırmadan onların doğruluğuna inanmak zorunluğundadır. Dar anlamda **sahtecilik** ise, fertlerin güvenmesi gereken bazı şeyleri, taklit ve tağyir gibi hileli işlemlerle olduklarından başka biçimde göstermeye yönelik davranışlardır.

Bu fasılda yazılı suçlardan 332. maddede Devlet mühürünü taklit veya taklit edilmiş mühürü kullanma; 333. maddede resmi daire veya kamu kurumlarının mühür veya aletlerini taklit veya taklit edilmiş mühür veya aleti kullanma; 334. maddede önceki iki maddede gösterilen mühür veya aletlerin izlerini taklit veya taklit edilen izleri taşıyan şeyi kullanma; 335. maddede taklit edilen izleri taşıyan şeyi satma, satın alma veya alma; 336. maddede resmi mühürlerle aletleri ele geçirip kullanma; 337. maddede damgası veya kendisi taklit veya tağyir edilmiş ölçü ve tartı aletlerini kullanmaya veya tica-

(*) Yargıtay 4. CD. Üyesi.

ret yapılan yerde bulundurma eylemleri cezalandırılmakta; 338. maddede ölçü ve tartı aletlerinin tanımı yapılmaktadır.

Bu yazımızda, sözü edilen suçları öğretideki açıklamalar ve Yargıtay kararları ışığında madde madde inceleyip uygulayıcılarımızın yararlanmalarına sunmayı amaçladık.

II – DEVLET MÜHÜRÜNÜ TAKLİT VEYA KULLANMA

Madde: 332 (Değişik) – Hükümetin emir ve kararları üzerine konulmağa mahsus olan Devlet mühürünü taklit eden veya taklit fiiline iştirak etmeksizin başkaları tarafından taklit olunan mühürü kullanan kimse, üç seneden on seneye kadar hapis ve elli liradan beşyüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur (Asliye).

Değiştiren Kanun No : 2275

Not: Bu maddede yazılı ağır para cezası 180 misli artırmaya tabidir. T.C.Y.nın 3506 sayılı Yasa ile değişik 19. maddesine göre 1989 yılı için 20.000, 1990 yılı için 40.000, 1991 yılı için 60.000 liradan aşağı olamaz.

Açıklama :

Bu maddede, **Devlet mühürünü** taklit etme veya taklit edilmiş mühürü kullanma eylemleri cezalandırılmaktadır.

332. maddedeki suç ile 333. maddenin 1. fıkrasındaki suçun unsurları aynıdır. Ayrıldıkları tek yön birincisindeki mühürün **Devlet mühürü**, ikincisindekinin ise **resmi daire** veya **kamu kurumları mühürü** olmasıdır.

Devlet mühürü : Bu mühüre "büyük mühür" de denilmekte ve doktrininde değişik tanımlamaları yapılmaktadır.

Erem'e göre, Hükümetin kararlarına resmiyet vermek, tasdik ve tevsiki sağlamak maksadıyla kullanılan mühürdür (T.C.H. Özel Hk.ler, Cilt: 2, Sh: 29); **Erman'a** göre, Bakanlar Kurulunun emir ve kararları ile bu kurulca çıkarılan tüzüklere konulan mühürdür ve Bakanlıklarca kullanılan mühürler bu kavramın dışındadır (Sahtekarlık Suçları, Sh: 188); **Gözübüyük'e** göre, her bakanlığın kullandığı mühür de bu kavrama dahildir (Açılama, Cilt: 3, Sh: 598).

Yasada, "**hükümetin emir ve kararları üzerine konulmağa mahsus mühür**" olarak nitelendirilen bu mühüre bakanlıklarca kullanılan mühürlerin

dahil olup olmadığı tartışmalı isede, bakanlıklardan daha alt kademede yer alan kuruluşlara ait mühürlerin bu kavrama dahil olmadığına görüş birliği vardır.

Bakanlıklarca kullanılan mühürler Devlet mühürü kavramına dahil edilse dahi, bu mühürleri ele geçirip taklit etmek çok güç olduğundan 332. maddedeki suç hemen hemen hiç işlenmemektedir (Aynı düşünce Erman, Sh: 188).

Taklit etmek : Gerçek mühür veya damgaların eser ve izlerinin aynısını meydana getirmeye elverişli bir mühür veya damgayı yapmaktır.

Yapılanın gerçeğe benzemesi gerekir. Ancak bu benzerliğin herkesi aldatabilecek surette tam ve mükemmel olmasına ihtiyaç yoktur. Belirsiz sayıda birçok kişileri aldatma yeteneğini haiz bulunmaları yeterlidir. Fakat bu yeteneğin resmi merci ve memurları bile aldatabilecek bir dereceye varmış olması gerekmez. Korunan menfaat kamunun güveninden ibaret olduğundan sahtekarlığın kamuyu, yani halkı aldatabilmesi yeterlidir (Erman, a.g.e., Sh: 195).

Sahte mühür veya damgayı yapıp bitirmekle taklit eylemi tamamlanmış olur. Yaparken yakalanma halinde eksik teşebbüs vardır. Taklide tam teşebbüs mümkün değildir (Erem, Sh: 31 - Erman, Sh: 196).

Kanun bu mühür ve damgaların tagyirini suç saymamıştır. Fakat eğer fiil, tagyir niteliğini aşmış da taklit kavramına girerse failin cezalandırılacağı tabiidir (Erman a.g.e., Sh: 195).

Kullanmak : Taklit fiiline katılmadan, başkaları tarafından yapılmış sahte mühür veya damgayı tasdik (onaylama) veya tevsik (belgelendirme) işlemlerinde kullanmaktır.

Mühür veya damgayı taklit etmiş olan kimsenin bunu kullanması halinde müterakki suç vardır ve fail tek suç işlemiş sayılır. Sanık, sahte mühür veya damgayı kullanmadan yakalanırsa eksik teşebbüs, kullandıktan sonra izin soluk veya okunamaz olması halinde tam teşebbüs söz konusu olur (Erman, a.g.e., Sh: 196-197).

III – RESMİ MÜHÜR VEYA ALETLERİ TAKLİT VEYA KULLANMA

Madde: 333 (Değişik) – Resmi dairelerden veya âmm müesseselerinden birinin mühürünü taklit eden veya taklit fiiline iştirak etmeksizin başka-

ları tarafından taklit olunan mühürü kullanan kimse bir seneden beş seneye kadar hapis ve yirmi liradan ikiyüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Âmmeye itimat vermek için kullanılan tasdik ve tevsik muamelelerine mahsus sair âlet ve vasıtaları taklit eden veya taklit fiiline iştirak etmeksizin bunları kullanan kimseye de aynı ceza verilir (Asliye).

Değiştiren Kanun No : 2275

Not: Bu maddede yazılı ağır para cezası 180 misli artırmaya tabidir. T.C.Y.nın 3506 sayılı Yasa ile değişik 19. maddesine göre 1989 yılı için 20.000, 1990 yılı için 40.000, 1991 yılı için 60.000 liradan aşağı olamaz.

Açıklama :

Maddenin 1. fıkrasında, **resmi daire** veya **kamu kurumları** mühürünü taklit veya kullanma, 2. fıkrasında kamuya güven vermek için kullanılan tasdik veya tevsik işlemlerine mahsus **alet ve vasıtaları** taklit veya kullanma eylemleri cezalandırılmaktadır.

Resmi daire ve kamu kurumu mühürü : 332. maddede açıklanan "Devlet mühürü" dışında kalan bütün **resmi mühürler** bu kavrama dahildir. Yüksek mahkemeler de dahil bütün mahkeme mühürleri, genel müdürlüklerin mühürleri, valilik, kaymakamlık, belediyelerin mühürleri, bakanlıkların merkez ve taşra örgütüne ait mühürler, köy ve mahalle muhtarlıklarının mühürleri, kamu iktisadi teşebbüslerine ve Türk silahlı kuvvetlerine ait mühürler v.b. gibi.

Resmi mühürlerin ortalarında bir ay-yıldız bulunup, kenarlarında T.C. rumuzundan başka, daire ve müesseselerin başlığını taşırlar. Bakanlık mühürleri, noter ve baroların mühürleri bu guruba girer (Erman, a.g.e., Sh: 189).

Kamuya güven vermek için kullanılan başka alet ve vasıtalar : Mühürler dışında kalan tasdik (onaylama) ve tevsik (belgelendirme) âletleridir.

Herhangi bir âlet veya vasıtanın taklidi veya kullanılması kâfi değildir. Kanun hükmü (mesela orman damgaları için Orman Kanunu hükmü) veya hükümetin kararı ile ammeye itimat vermek için tasdik veya tevsik muamelelerinde kullanılması kabul edilmiş olan alet ve vasıtalar bahis konusu ol-

malıdır. Bu unsurun mevcut olup olmadığı, ancak her hadisede ayrıca tetkik olunabilir (Erem, a.g.e., Cilt: 2, Sh: 32).

Bunlar, mühürlere gayri bütün diğer mekanik araç ve âletlerdir. Mesele posta pullarını iptal için kullanılan damgalar, kesilmiş etlere mezbahalarca vurulan damgalar, bazı eşya ve hayvanların Milli Savunma Bakanlığına ait olduğunu gösteren alâmetler, tekel maddelerine tekel idaresince konulan işaretlemler, altın ve gümüş eşya üzerine konulan ayar zimbaları, ölçü ve tartı aletlerinin doğruluğunu gösteren damgalar, ormanlardan kesilmiş olan ağaçların orman idaresinin izniyle kesildiklerini belirten damga çekiçleri bu guruba girerler. Bu vasıta ve aletlerin lastikden yapılmaları, yahut hakk edilmiş bulunmaları önemli olmadığı gibi, bunların istampa veya mürekkeple ya da balmumu yakılmak suretiyle konulmaları da önemli değildir (Erman, a.g.e., Sh: 193).

"Kullanılan aletin kuruma ait mühür olmayıp, orman damgası bulunmasına göre T.C.K.nun 333. maddesinin 2. fıkrası yerine 1. fıkrası ile uygulama yapılması, her iki fıkranın aynı cezayı taşıması nedeniyle sonuca etkili görülmemiştir" (4. C.D. 5.11.1975, 5635 - 5661).

Resmi tasdik : Bir vesikanın gerçek olan aslının kamu idaresi veya kamu makamı tarafından resmi nitelikte doğrulanması; **resmi tevsik** ise; kamu makamının bir muamelenin yapıldığını isbat eden veya bir şeyin esasını, durumunu veya niteliğini gösteren vasfın doğrulanmasıdır (Gözübüyük, a.g.e., Cilt: 3, Sh: 602).

"Orman idaresine ait damgayı taklit ederek kullanmak fiili damganın amme-ye itimat vermek için kullanılan tasdik ve tevsik muamelelerine mahsus bir alet olması bakımından T.C.K.nun 333. maddesinin tatbik olunması yerindedir" (C.G.K. 31.9.1955, 53 - 49).

"Orman damgasını kullanmaktan maksat bir amme müessesesi olan orman idaresinin idare ve kontrolünü elinde bulundurduğu orman mahsullerinin itimatlı olarak alış ve satışını temin ve halka itimat vermek olmasına göre, taklit edilmiş orman damgasını kullanmak fiilinde 333. madde yerine 337. maddenin uygulanması yolsuzdur" (6. C.D. 29.3.1960, 60/3277).

Resmi tasdik veya tevsikten maksat, Türk makamları tarafından yapılanlardır. Bu itibarla, yabancı resmi makamlarca yapılan tasdik veya tevsik âletlerinin taklidi veya kullanılması 333. madde kapsamına girmez (Gözübüyük, a.g.e., Cilt: 3, Sh: 602).

"Oluş ve dosya kapsamına göre, devlete ait resmi dairelerden ya da kamu kuruluşlarından bulunmayan ve yabancı bir resmi makam olan Belçika Konsolosluğuna ait mühür ve klişeyi sahte olarak imal edip kullandıkları tesbit olunan sanıkların eylemlerinde T.C.K.nun 333/1. maddesinde yazılı suç unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (4. C.D. 27.10.1987, 6485 - 6684).

"Eylemde kullanılan suçun maddi konusu mühürlerin bir kısmının yabancı konsolosluklara ait bulunduğu da gözetilerek T.C.Y.nın 333. maddesi kapsamına girip girmediğinin, eylem sahtecilik bulunduğu göre, mühürler bu kapsamda buldukları takdirde, kamu güvenini sarsacak boyutta aldatma gücünü taşıyıp taşımadıklarının gerektiğinde bilirkişi de dinlenerek saptanılması gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır" (4. CD. 15.9.1990, 3859-4288).

Taklit ve kullanma kavramları 332. maddede açıklanmıştır.

IV – MÜHÜR VEYA ALETLERİN İZLERİNİN TAKLİDİ

Madde: 334 (Değişik) – Evvelki maddelerde yazılı olan âletlerin işaret veya eserlerini taklit eden veya taklit fiiline iştiraki olmaksızın, taklit olunan eseri havi olan şeyi kullanan kimse hakkında fiilin mahiyetine göre bu maddelerdeki cezalar üçte bir nisbetinde indirilerek tatbik olunur.

Değiştiren Kanun No : 2275

Açıklama :

Önceki iki maddede resmi mühür veya aleti taklit eden veya taklit edilmiş mühür veya aleti kullanan kimse cezalandırıldığı halde, 334. maddede yalnızca bunların **işaret veya eserlerini (izlerini)** taklit eden veya taklit edilmiş izi taşıyan eşyayı kullanan kimse cezalandırılmaktadır.

Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için, izi taklit edilen şeyin 332 veya 333. maddelerde gösterilen Devlet mühürü veya resmi daire veya kamu kurumu mühürü veya kamuya güven vermek için tasdik veya tevsikte kullanılan bir alet olması gerekir.

Fail, sözü geçen aletlerin eserlerini bu aletlerde tahrifatta bulunmaksızın taklit etmiş olmalıdır. Şayet bu eserleri taklit etmek için daha önce mühür veya damgayı taklit etmiş ve bunu kullanmışsa müterakki suç durumu ortaya çıkar ve taklit edilen mühür veya damganın niteliğine göre ya 332, ya da 333. maddenin uygulanması gerekir (Erman, a.g.e., Sh: 201).

Örneğin: Orman idaresine ait damga çekicini taklit eden veya başkaları tarafından taklit edilmiş çekici kullanarak bir ağacı damgalayan sanığın eylemi 333. maddenin 2. fıkrasına uyduğu halde, çekici taklit etmeden veya başkaları tarafından taklit edilmiş çekici kullanmadan, yalnızca çekicinin ağaç üzerinde bırakacağı izi taklit yoluyla meydana getiren veya üzerindeki iz bu biçimde meydana getirilmiş bir ağacı kullanan sanığın eylemi 334. maddeye uyacaktır. Ancak, sanığın bu izi nasıl meydana getirdiği araştırılmalı, taklit edilmiş çekiçle meydana getirdiği saptanamadığı takdirde 334. madde ile cezadan indirim yapılmalıdır.

"Taklit edilen damga eseri olmayıp da damganın kendisi olduğunu subuta vardır delil bulunmamasına göre 334. maddenin uygulanması gerekir" (4. C.D. 27.1.1951, 8990 - 8990).

"334. madde tekerrürü kabil olmayacak suret ve vasıta ile eser ve alâmetleri taklit veya bu şekilde taklit edilmiş şeyi kullananlara kabili tatbik olup hadisede ise taklit edilen mühür tahliye müzekkerelerine ve buna merbut kararlara tatbik edilmek suretiyle 4 defa kullanılmış olmasına göre bu madde ile cezadan indirme yapılması yolsuzdur" (1. C.D. 1.6.1955, 1913 - 1930).

Taklidin halkı aldatabilecek yetenekde olması gerekir. İz veya eserleri mürekkepli kalemle taklit etmek halinde de suç meydana gelir. Ancak, taklidin aldatma yeteneğini haiz olması da gereklidir. Bu itibarla okunamıyan veya hangi müessesenin mühürü olduğu anlaşılamiyan iz veya eserlerin meydana getirilmesi halinde taklidin varlığından söz edilemez (Erman, Sah. Suç. Sh: 201).

Tagyir için 332. madde açıklamasına bakınız.

Ceza uygulaması : İz taklit edilen mühür Devlet mühürü ise 332., diğer resmi mühürler veya aletler ise 333. madde ile ceza verilmeli ve bu ceza 334. madde ile üçte bir oranında indirilmelidir.

Yargıtay Kararları

1- Mühür eserlerinin taklidi bahse konu olduğunun adli tıp işleri raporunda tasrih edilmesine göre 334. maddenin gözetilmemesi yolsuzdur (4. C.D. 4.5.1948, 1679 - 5298).

2- Saniğa İnebolu Orman İşletmesi'ne ait taklit edilmiş orman damgasını kullanmaktan ibaret eylemi nedeniyle verilen cezaların yasaya uygun bulunma-

yan bir gerekçe ile T.C.K.nun 334. maddesiyle indirilmesi yasaya aykırıdır (4. C.D. 6.4.1988, 2036 - 2488).

V – TAKLİT EDİLMİŞ İZLERİ TAŞIYAN EŞYAYI SATMAK VE ALMAK

Madde: 335 (Değişik) – Yukarıda yazılı maddelerdeki suçlara iştirak haricinde, taklit edilmiş olan işaret veya eserleri havi olan evrak veya eşya ve vesikaları satan veya satın alan veya her ne suretle olursa olsun alan kimse, bu suçlar için muayyen olan cezalarla cezalandırılır.

Değiştiren Kanun No : 2275

Açıklama :

Bu madde, T.C.Y.nın 332, 333 ve 334. maddelerinde yazılı suçlara katılmaksızın, üzerinde taklit edilmiş izler taşıyan evrak veya eşya ve vesikaları satan, satın alan veya her ne suretle olursa olsun alan kimsenin eylemini cezalandırmaktadır.

Alan ve satanın, suç konusu evrak, eşya veya vesikanın üzerindeki izin taklit edilmiş olduğunu bilmeleri gerekir.

"Sanıkların sahte olduklarını bilerek suç konusu ehliyetnameleri para mukabilinde satın aldıkları anlaşılmasına, bu eylemlerinden ötürü haklarında dava açılmış bulunduğu göre iğfal kabiliyeti bulunmaması sebebiyle sahte evrak kullanmak suçunun unsurları mevcut değilse ... T.C.K.nun 335. maddesinin unsurları mevcut olup olmadığı da tartışılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir" (6. C.D. 24.2.1969, 911 - 1027).

Ceza uygulaması : Satılan veya alınan şey, üzerine taklit mühür veya damga basılarak oluşturulmuşsa basılan mühür veya damganın niteliğine göre T.C.Y.nın 332 veya 333. maddeleri uygulanacak, sahte şey, mühür veya damganın izi taklit edilerek oluşturulmuşsa 334. madde ile ceza verilecektir.

VI – RESMİ MÜHÜR VEYA ALETLERİ ELE GEÇİRİP KULLANMAK

Madde: 336 (Değişik) – Hakiki mühürleri ve âmmeye itimat vermek için kullanılan tasdik ve tevsika mahsus âlet ve vasıtaları ele geçirerek bunları başkalarının zararına veya kendi veya başkalarının menfaatine kullanan kimse altı aydan üç seneye kadar hapis ve yüz liradan beşyüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır (Asliye).

Değiştiren Kanun No : 2275

Not: Bu maddede yazılı ağır para cezası 180 misli artırmaya tabidir. T.C.Y.nın 3506 sayılı Yasa ile değişik 19. maddesine göre 1989 yılı için 20.000, 1990 yılı için 40.000, 1991 yılı için 60.000 liradan aşağı olamaz.

Açıklama :

Bu maddede, gerçek resmi mühür veya aletin **ele geçirilip** başkalarının zararına veya kendisinin veya başkalarının yararına kullanma eylemi cezalandırılmaktadır.

Önceki maddelerde yazılı suçların oluşumu için resmi mühür veya aletlerin veya bunların izlerinin taklidi gerektiği halde, bu maddede bir taklit söz konusu değildir.

Ele geçirmekten maksat, söz konusu mühür veya aletin meşru olmaksızın edinilmesidir. Bu itibarla ele geçirme meşru ise 336. maddedeki suç doğmaz. Örneğin, memur görevi gereği elinde bulundurduğu resmi mühür veya aleti haksız surette kullanırsa 336. madde değil 240. madde uygulanmalıdır (Gözübüyük, a.g.e., Cilt: 3, Sh: 607).

"Ağaçları damgalamak üzere giden orman bölge şefinin çantasından orman damga çekicini fırsatını bularak alıp kullandıktan sonra yine yerine bırakmaktan ibaret bulunan eylemde 491/3. maddenin değil 336. maddenin uygulanması gerekir" (4. C.D. 4.7.1953, 5069 - 7389).

"Sanığın hareketi sahte ilmuhaber yapmak değil, görevi icabı muhafazası altında bulunan odadaki resmi mühürü başkasının menfaatine kullanmaktan ibaret olmasına göre 336. maddenin uygulanması yolsuzdur" (4. C.D. 22.6.1948, 7419 - 7868).

"Tapu dairesinde odacı olarak çalışan sanığın dairede kullanılan resmi kağıtları tanzim ederek dairenin resmi mühürünü basıp memurun da imzasını taklit etmek suretiyle sahte tapu kaydı tesis etmesi T.C.K.nun 336. maddesine değil 342. maddesine aykırı bir eylemdir" (6. C.D. 26.3.1965, 1954 - 1855).

Haksız olarak ele geçirilen mühür veya alet başkalarının zararına veya kendisinin veya başkalarının yararına **kullanılmış** olmalıdır.

Suçun oluşumu, zararın gerçekleşmesine veya menfaatin sağlanmasına bağlı değildir (Erman a.g.e., Sh: 204).

Yargıtay Kararları

1- Saniğin başka araca ait trafik plakasını kendi arabasında kullanmaktan ibaret bulunan eyleminin T.C.K.nun 336. maddesine girmediği ve Trafik Kanununun 19. maddesi delaletiyle aynı kanununun 57/B ve Trafik Tüzüğü'nün 34/2. maddelerine göre işlem yapılması gerekeceği düşünülmeden T.C.K.nun 336. maddesi gereğince mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir (4. C.D. 11.2.1976, 874 - 902).

2- Galeride teşhir edilen otomobile, başka bir otomobilin plakasını takmaktan ibaret olan eylemin, T.C.K.nun 336. maddesi kapsamına giren suçu oluşturmayacağı gözetilmeden, anılan madde ile mahkûmiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır (4. C.D. 18.4.1979, 2242 - 2259).

VII – DAMGASI VEYA KENDİSİ TAKLİT VEYA TAGYİR EDİLMİŞ ÖLÇÜ VEYA TARTI ALETİNİ KULLANMA–BULUNDURMA

Madde: 337 (Değişik) – Taklit veya tagyir edilmiş olan kanuni damga veya işaretleri veya her ne suretle olursa olsun tagyir edilmiş olan ölçü veya tartı âletlerini başkalarının zararına kullanan kimse iki aydan bir seneye kadar hapis ve on liradan ikiyüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Ticaret yaparken veya âmmeye açık olan ticaret yerlerinde taklit veya tagyir edilmiş olan kanuni damga veya işaretleri veya her ne suretle olursa olsun, tagyir edilmiş olan ölçü ve tartı âletlerini elinde bulunduran kimseye de aynı ceza verilir (Asliye).

Değiştiren Kanun No : 2275

Not: Bu maddede yazılı ağır para cezası 180 misli artırmaya tabidir. T.C.Y. nın 3506 sayılı Yasa ile değişik 19. maddesine göre 1989 yılı için 20.000, 1990 yılı için 40.000, 1991 yılı için 60.000 liradan aşağı olamaz.

Açıklama :

Bu maddede, üzerindeki damga taklit veya tagyir edilmiş olan veya damgasına dokunmaksızın, kendisi tagyir edilmiş olan (boyunu kısaltmak veya ayarını bozmak gibi işlemlerle) bir ölçü veya tartı aletinin kullanılması veya bulundurulması eylemleri cezalandırılmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasındaki suçun maddi unsuru, sahte ölçü veya tartı aletini **başkalarının zararına kullanmaktır**. Kullananın kimliği veya kullanılı-

diği yer suçun oluşumunu etkilemez. Kim nerede kullanırsa kullansın suçtur. Ancak bu kullanma nedeniyle bir kimsenin zarar görmüş olması gerekir. Ortada zarar yoksa kullanma suçu değil, şartları bulunduğu takdirde ikinci fıkradaki "bulundurma" suçu oluşur (Erman, a.g.e., Sh: 212).

İkinci fıkradaki suçun oluşumu için, yukarda açıklanan biçimde taklit veya tagyir edilmiş olan sahte ölçü veya tartı aletinin ticaret yaparken veya kamuya açık ticaret yerlerinde **bulundurulması** gerekir.

Herhangi bir yerde bulundurma bu suçu oluşturmaz. Failin, bir ticari faaliyette bulunduğu sırada sahte aleti "**bulundurmuş**" olması lâzımdır (Gözübüyük, a.g.e., Sh: 609).

Yargıtay Kararları

1- Eşya konan terazinin kefesinin altına ağırlık koymanın 337. maddeye uygun bulunup bulunmadığı tartışılmadan 503. madde ile ceza tayini yasaya aykırıdır (4. C.D. 21.3.1944, 2671 - 3033).

2- İptal edilmiş baskülü kullanmak suçu Ölçüler Kanununa temas eden bir suç olup, 337. madde ile ceza tayini yolsuzdur (4. C.D. 19.6.1952, 6365 - 6544).

3- Sanığın sahte damgalı keresteleri bilerek satın alıp yanında bulundurduğu kabul edildiği halde 337. madde ile mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur (4. C.D. 21.6.1955, 8579 - 6955).

4- Taklit edilmiş orman damgasını kullanmak fiili 337. maddeye nümas bir suç teşkil etmeyip 333. maddenin tatbiki icap eder (C.G.K. 31.1.1955, 53 - 69).

VIII – ÖLÇÜ VE TARTI ALETLERİNİN TANIMI

Madde: 338 (Değişik) – Ceza Kanunu tatbikatında ölçü ve tartı âletleri tâbirinde; ölçmeye ve tartmaya yarayan herhangi bir âlet dahil sayılır.

Değiştiren Kanun No : 2275

Açıklama :

Bu maddeye göre, ölçmeye ve tartmaya yarayan herhangi bir alet ceza yasası uygulamasında ölçü ve tartı aleti sayılır.

11 Ocak 1989 gün ve 3516 sayılı Ölçüler ve Ayar Yasasının 2. maddesine göre: "uzunluk, alan, hacim, ağırlık ölçüleri, areometreler, hububat mu-

ayene aletleri, elektrik, su, havagazı, doğalgaz, akaryakıt sayaçları, taksimetreler, naklimetreler, akım ve gerilim ölçü transformatörleri ile demiryolu yük ve sarnıçlı vagonlarının muayenesi, ayarlanması ve damgalanması bu kanun hükümlerine göre yapılır". 13. maddesine göre de, muayeneleri sonucu doğru olduğu anlaşılan aletlerden damgalanmaya elverişli olanlar damgalanır. Elverişli olmayanlar için damga yerine geçmek üzere bir belge verilir.

CEZA ADALETİ

Dr. Mustafa T. YÜCEL (*)

● **ANLATIM DÜZENİ 1- CUMHURİYET BAŞSAVCILIKLARI. 1.1- Genel Bilgiler. 1.2- DGM. Cumhuriyet Başsavcılıkları. 1.3- Cumhuriyet Başsavcılıkları. 2- CEZA MAHKEMELERİ. 2.1- Devlet Güvenlik Mahkemeleri. 2.1.1- Genel Bilgiler. 2.1.2- Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri. 2.2- Ağır Ceza Mahkemeleri. 2.2.1- Genel Bilgiler. 2.2.2- Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri. 2.3- Asliye Ceza Mahkemeleri. 2.3.1- Genel Bilgiler. 2.3.2- Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri. 2.4- Sulh Ceza Mahkemeleri. 2.4.1- Genel Bilgiler. 2.4.2- Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri. 2.5- Çocuk Mahkemeleri. 2.5.1- Ankara Çocuk Mahkemesi. 2.5.2- İstanbul Çocuk Mahkemesi. 2.5.3- İzmir Çocuk Mahkemesi. 2.5.4- Trabzon Çocuk Mahkemesi. 2.6- Mahkemelerdeki Genel Görünüm. 2.6.1- İşlemlerde Akılcılık. 2.6.2- İddianamenin Reddi. 2.6.3- Şahsi Delil (Tanık). 2.4.6- Yargılamada Makul Süre. 2.6.4.1- Çocuklara Karşı İşlenen Suçlarda Ortalama Yargılama Süresi ve Dağılımları. 2.6.4.2- Yargılama Süresi Uzunluğunun Sakıncaları. 2.6.5- Avukatların Rolü. 2.6.6- Karar Türü Dağılımı. 2.6.7- Ceza Uygulamasında Farklılıklar. 2.6.8- Mahkemelerin Yapısı ve Uzmanlaşma. 2.6.9- Koordinasyon. 3- YARGITAY. 3.1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı. 3.2- Ceza Daireleri. 3.3- Ceza Genel Kurulu. 3.4- Üst Mahkeme Yanılgısı. 4- CEZAEVLERİ. 5- S O N U Ç .**

GİRİŞ

Kolluk (polis ve jandarma), Cumhuriyet Savcılığı, ceza mahkemeleri ve cezaevleri öğelerinden oluşan ceza adaleti sisteminin sadeleştirilmesi ve etkinleştirilmesine yönelik yapısal analiz gereği güncelliğini koruya gelmiştir.

Yapısal analize niçin ihtiyaç duyulduğu sorusunun yanıtı ise çok boyutlu olup; iş yükü artışı, yargılamanın uzaması (adli kilitleme) savları, kararlardan tatminsizlik gibi nedenlerle adalet mekanizmasının devamlı olarak eleştirilmesi, adli reform istem ve taleplerinin kişi, kuruluş ve siyasi kurumlarca dile getirilmesi hak arayışı ve hukuk arasında yabancılaşma sürecinin

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

sebebiyet verdiği kriz ile adliyeye olan güvenin sarsılması görünümü yapısal analiz gereğini ortaya koymaktadır (1).

Her sistem, her obje, kurum ve örgüt gibi yapıt denilen bir iç düzene sahiptir. Yapıt objeyi oluşturan unsurları ve onların nasıl birlikte bulunduğunu kapsamaktadır. Yapıt nevarki, gerçeğin tümünden şablon üretilmesi anlamında olmayıp, objeye denge ve devamlılık sağlayıcı seçilmiş unsurlar bütünüdür. Yapısal analiz böylece, objenin oluşum şekli; diğer bir anlatımla, unsurların ve onlar arasındaki bağlantıların belirlenmesi anlamına gelmektedir.

İşte kamu güvenliği ve insan hakları açısından önemi gittikçe artmakta olan ceza adaleti sistemindeki yapıyı ortaya koymak üzere mevcut sistemin öğelerine ait göstergelerin analize tabi tutulması amaçlanan ve çok kapsamlı görünen bu çalışmada konunun istatistiki görünümü ağırlıklı olarak, olanaklar elverdiğince yabancı ülke uygulamalarına yollama yapılması yöntemi seçilmiştir (2).

1 – CUMHURİYET BAŞSAVCILIKLARI

1.1. Genel Bilgiler

Cumhuriyet Başsavcılıkları, suçların takibi, hazırlık soruşturmaları, davaların takibi, ceza mahkemelerine dava açılması, duruşmalarda iddia makamının işgal edilmesi, verilen mahkeme ve hakim kararlarının hukuka uygun görülmediği takdirde olağan ve olağanüstü kanun yollarına gidilmesi, cezaların infazı ve yerine getirilmesi, adli sicil hizmetleri, istinabe hizmetleri, mahkeme kararlarının icrası ve tebliğleri, özel hukuk hükümleri ile verilen görev-

(1) İst. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuk ve Kriminoloji Enstitüsü. **Şehirleşmenin Doğurduğu Ceza Adaleti Sorunları Sempozyumu** (17-19 Aralık 1973) İst, 1974.

"Adalet Sistemi Değiştirilmeli" **Türkiye** (19.6.1991) s. 11

E. Özkök. "Türk Halkı Kimlere Güveniyor" **Hürriyet** (15.7.1991)

Kanada Environics Araştırma Lmt. Şti. nce Kanada Ceza Adaleti sistem ve işleyişi hakkında yapılan kamuoyu araştırması sonuçları göre;

- * Kanada halkının ceza adaleti hakkında olumlu olmak yerine fazlaca olumsuz görüş beslediği;
- * Sistemde suçlulara mağdurlardan fazla adil davranıldığı;
- * Zenginlerin kayırıldığı; kadınlar ile az gelirliler Kanadalılara karşı aleyhte davranıldığı;
- * Suçlu sayısı ile başedebilecek yeterli mahkeme ve hakim bulunmadığı;
- * İnfaz müesseselerinin birer ceza infaz kurumu olmak yerine mesire yerleri olarak görüldüğü saptanmıştır. LET'S TALK August 1990.

(2) Yabancı Ülkeler ceza sistemleri hakkında genel görünüm bkz. HEUNI. **Criminal Justice Systems in Europe and North America**, Helsinki, Finland, 1990.

lerin Hukuk Mahkemelerinde takibi, nüfus davalarında bulunulması ve hazırlık dosyalarına müteala verilmesi ve basının takibi gibi adli görevlerle birlikte verilen idari görevleri yerine getirmekle yükümlüdür.

Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Başsavcılıkları çalışmaları (hazırlık tahkikatı) inceleme konusu yapılacaktır. Ceza Mahkemelerinde optimum çalışma hızı, savcılıkta açılan kamu davasındaki isabet yüzdesi ile ilişkilidir. Davanın hakim önüne gelmeden iyi bir süzgeçten geçirilmesi; "yeterli delil" olmadığında kamu davası açılmaması gerekmektedir. Sistemin bütünlüğü içerisinde yer alan hazırlık tahkikatında ortalama tahkikat süresinin (makul süre) kısalığı ve açılan kamu davası oranlarının düşüklüğü sayıcılık çalışmaları için istenen özelliklerdir. Hazırlık evresinde güncelliğini koruyan tutuklama, Anayasa güvencesi altındaki kişilerin temel hak ve hürriyetlerine yine Anayasa normu ile konulmuş en önemli kısıtlamadır. Toplumsal suçluluk çerçevesinin çizilmesi bakımından tutuklama yüzdesi ve 100.000 risk grubundaki tutuklama oranları hesaplanmıştır. Yıllar itibarıyla cezaevine giren tutuklu sayısı ve tutuklulukta geçen ortalama süre aşağıdaki tablo ile gösterilmiştir.

| Yıllar | Çezaevine Giren Tutuklu Sayısı | Tutuklulukta Geçen Ortalama Süre (Gün) |
|--------|-----------------------------------|---|
| 1986 | 80.130 | 98 |
| 1987 | 85.130 | 81 |
| 1988 | 92.049 | 73 |
| 1989 | 90.452 | 73 |

İngiltere için bu süre erkek ve kadın tutuklular için şöyledir:

| Yıl | ERKEK | | | KADIN | | |
|------|-------|-------|-----|-------|------|-----|
| | (A) | (B) | (C) | (A) | (B) | (C) |
| 1987 | 8743 | 56515 | 56 | 331 | 2695 | 45 |
| 1988 | 8395 | 55009 | 56 | 403 | 2867 | 51 |
| 1989 | 8204 | 56687 | 53 | 372 | 3085 | 44 |

A : Tutuktevelerindeki Ortalama Tutuklu Sayısı

B : Tutukevine yıl içinde girenler

C : Tutukevelerinde ortalama kalış süresi (Gün)

İngiltere'de tutuklu sayısında belirli ölçüde bir azalma sağlamak amacıyla 17 Nisan 1978 tarihinde yürürlüğe giren Kefalet Kanunu ile sanığın kefaletle salıverilmesinin asıl olduğu yolundaki varsayım ekseri mahkemelerce kabul görmüş ve bu yaklaşım ceza yargılama hukukunun bir kuralı olarak yer etmiştir. Sanık, artık, bazı istisnai durumlar dışında salıverilmesini bir hak olarak talep edebilmektedir.

Türk yargılama hukukunda önemli bir gelişme "...üç yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı müstelzim fiillerinden dolayı kovuşturma ve yargılama safhasında küçükler hakkında tutuklama kararı verilemez" hükmünün vaz edilmesidir (Kanun No. 3412 T.C. Resmî Gazete, Yayın T. 2.3.1988, S. 19742).

Kuşkusuz, uzun tutukluluk süresi ekseri ülkeler için en önemli bir sorundur. Kanunlarında bir zaman sınırına yer verilmeyen ülkelerde davaların mahkemeye intikali sırasında geçen ortalama süre ile yargılama aşamasında geçen sürenin fazla olduğu görülmektedir. Belçika ve Fransa'da ölüme sebebiyet, adam öldürme ve mevsuf dolandırıcılık hallerinde sanıkların duruşma öncesi iki yıl kadar mahalli bir cezaevinde tutuklu kalması hiçte ender görülen hususlardan değildir. Zaman sınırının yer aldığı ülkelerden İskoçya (iddianameden itibaren 110 gün) ve Hollanda'da (tutuklama tarihinden itibaren 102 gün) ortalama geçen süre oldukça kısadır. Hollanda örneğinde 1983 yılında bu sürenin 54 gün olduğu saptanmıştır (3). Ne varki, Hollandalı sanıkların uzun süreli ve hatta 102 günü aşar bir süre tutuklu kalması önlenememektedir. Mahkemece "fazla bilgi"ye ihtiyaç duyulması nedeniyle duruşmanın ertelenmesi bu durumun başlıca nedeni olmaktadır. Yalnız, Hollanda'da iki yıl süren bir tutukluluk halinin oldukça ender olduğu belirtilmektedir.

1.2. D.G.M. Cumhuriyet Başsavcılıkları

Devlet Güvenlik Mahkemeleri Cumhuriyet Başsavcılıklarında ortalama tahkikat süresi 143 gündür. Gelen 4.644 işten % 65'i yıl içinde sonuçlanır-

(3) Amerika Birleşik Devletlerinde, suçların ve mükerrirlik tehlikesinin hızlı yargılama ile azaltılması; tutuklu olmayan sanıkların yoğun gözetimi ve diğer amaçlara hizmet etmek üzere çıkarılmış bulunan Federal Hızlı Yargılama Kanunu'nda tutuklanma ve kendisine telimat çıkarılma tarihinden duruşmanın açılmasına kadar geçen sürenin 100 günü (tutuklu işlerde ise 90 günü) aşmaması; Kore Ceza Yargılamasında tutuklu işlerde tutuklanma tarihinden (Kore Ceza Yargılama Kanunu, Madde 92) ve tutuksuz işlerde de iddianamenin verildiği tarihten itibaren (Süratli Yargılama ... Özel Kanunu, Madde 21) altı ay içerisinde davaların bitirilmesi öngörülmüştür.

ken, bunlardan % 49.6 sında kamu davası açılmış ve % 27.2'sinde takipsizlik kararı verilmiştir.

Hazırlık Tahkikatında Çıkan İşlerin Oransal Dağılımı

| Yıllar | Takipsizlik Kararı | Kamu Davası | Yetkisizlik ve Birleştirme Kararı |
|--------|--------------------|-------------|-----------------------------------|
| 1986 | 25.4 | 39.8 | 34.8 |
| 1987 | 28.9 | 40.7 | 30.4 |
| 1988 | 24.5 | 47.8 | 27.7 |
| 1989 | 27.2 | 49.6 | 23.2 |

1.3. Cumhuriyet Başsavcılıkları

Cumhuriyet Başsavcılıklarından ortalama tahkikat süresi 87 gündür. Gelen 1.443.889 işten % 79.76'sı yıl içinde sonuçlanırken bunlardan % 45.8'inde kamu davası açılmış ve % 45.5'inde ise takipsizlik kararı verilmiştir. Cezaevlerinde tutuklulukta geçen ortalama süre 73 gündür.

Yıllar itibarıyla tutuklama yüzdesi ve 100.000 risk grubundaki tutuklama oranı incelendiğinde olumlu bir gelişmenin varlığı gözlenmektedir.

Yıllar itibarıyla Tutuklama Yüzdesi

| Yıllar | Tutuklama % | 100.000 risk grubunda tutuklama oranı |
|--------|-------------|---------------------------------------|
| 1983 | 11 | 10.767 |
| 1984 | 12 | 12.415 |
| 1985 | 12 | 11.944 |
| 1986 | 12 | 12.389 |
| 1987 | 13 | 12.980 |
| 1988 | 9 | 9.098 |
| 1989 | 9 | 8.834 |

Hazırlık Tahkikatında Çıkan İşlerin Oransal Dağılımı

| Yıllar | Takipsizlik | Kamu Davası | Yetkisizlik ve Birleştirme Kararı |
|--------|-------------|-------------|-----------------------------------|
| 1986 | 48.8 | 44.2 | 7.2 |
| 1987 | 48.4 | 43.4 | 8.2 |
| 1988 | 47.7 | 44.5 | 8.8 |
| 1989 | 45.5 | 45.8 | 8.7 |

Ceza yargılama hukukumuzda "iddianamenin reddi veya kabulü" diye bir kurum olmadığından özellikle ağır cezalı işlerde açılacak kamu davasının ciddi soruşturma ve kovuşturmalar sonucu elde edilen yeterli delille desteklenmesine özen gösterilmesi *de facto* yargılamanın saygınlığı açısından önem arz etmektedir. Kamu davası açılması evresinde sorgu hakimi kapasitesinde verilecek kararların dava ekonomisi, kişi hakları ve kamu güvenliği açısından önemi göz ardı edilemez. Uygulamada yeknesaklık sağlamak üzere zaman zaman Cumhuriyet Savcıları için düzenlenecek seminerlerde "itham siyaseti" konusu irdelenmelidir.

$$\text{iddianame} \\ (\text{itham yüzdesi} = \frac{\text{iddianame}}{\text{iddianame} + \text{Takipsizlik} + \text{ön ödeme}} \times 100)$$

1988 yılında % 48.31 iken 1989 yılında 1.91 artışla % 50.22 olduğu görülmüştür. Ön ödemenin kapsam itibariyle genişletilmiş olmasına karşın (..... cezanın yukarı haddinin bir aydan üç aya çıkarılması T.C.K. 119. md.) itham siyasetindeki yıllık artış da "seminer" düzenleme gereğini vurgulamaktadır.

Ceza adaleti sürecinin ilk evresinde çözümlenebilecek işlerin süzgeçlenmesi hem ekonomik verimlilik, hemde kamu güvenliği açısından ele alınmalıdır. Nitekim, İsveç'te 1988 yılı içinde suçluluğu sabit görülen 163.000 kişiden yalnızca 68.000'i (% 42) ceza mahkemesinde yargılanmıştır.

Ceza adaleti sistemine zorunlu olarak giren suçlar bakımından ehemmiyetsiz türden olanlarının mahkemeye intikal ettirilmeksizin Cumhuriyet Savcılığı aşamasında halledilmesi rasyonel bir tedbir olacaktır. Kanun tarafından Savcılık makamınca zanlıya yapılacak teklife dayanak olacak şartlar şunlar olmalıdır:

- Devlete veya bir kamu veya hayır kurumuna bir miktar paranın ödemesi;
- Suç ürünü mal veya menfaatlerin iadesi;
- Uygun bir tazminatın mağdura savcılıkça meselenin çözümlenmesi öncesi veya onun bir kısmı olarak ödemesi.

Savcılık makamının bu öneriyi yapabilme yetkisi ile bu yetkinin uygulanabileceği suç türleri kanun tarafından belirlenmelidir. Gerektiğinde, zanlının

itirazı üzerine Savcılıkça önerilen tedbir zanlı yararına olmak üzere değiştirilebilir.

Bu amaçla Ceza Kanununda düzenlenmiş bulunan "ön ödeme müessesesi"nin bu bilgiler tahtında yeniden değerlendirilerek muhtevası ve uygulama alanının genişletilmesi oldukça yerinde olacaktır.

2 – CEZA MAHKEMELERİ

Anayasamızın 38. maddesinde, suç ve cezalara ait genel esaslar belirtilmiş, Anayasanın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir şeklindeki hükme ve 140/1. maddesinde; "Hakimler ve Savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılarını olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür" hükmüne paralel ve aşağıda yer alan mevzuat çerçevesinde ceza mahkemeleri işlevlerini sürdürmektedir.

Ceza mahkemelerinin yasal dayanağı şunlardır:

- * 469 sayılı Mehakimi Şeriyenin Ilgasına ve Mehakim Teşkilatına ait Ahkamı Muaddil Kanun,
- * 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu,
- * 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu,
- * 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu,
- * 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun,
- * 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun.

Ceza Mahkemelerinde davaların süratle sonuçlandırılması; tutuklu kişilerin makul süre içinde yargılamayı isteme hakları anayasal norm olarak hukuk sisteminde yer almış; süratli yargılama kavramı adaletin bir gereksinmesi olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ile Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinde ifadesini bulmuştur.

Ceza Mahkemelerine gelen 1.325.599 davadan % 64'ü yıl içinde karara bağlanırken, bunlardan % 15'inde beraat, % 54'ünde mahkumiyet ve % 31'inde ise Görevsizlik, Yetkisizlik, Davanın Düşürülmesi ve Birleştirme kararı verilmiştir. Ancak bu oranların varyansı (değişkenliği) mahkeme türleri-

ne göre büyük olacağından, Ceza Mahkemeleri türlerine göre ayrı ayrı incelenecektir (4).

1962 yılında ceza mahkemesince verilen karar türü dağılımı incelendiğinde, 431.780 karardan % 50'si mahkumiyet, % 21'inin beraat ve % 29'unun ise Görevsizlik, Yetkisizlik, Davanın Düşürülmesi ve Birleştirme ile sonuçlandığı görülmekte ve aradan geçen 27 yıla karşın mahkumiyet yüzdesinde % 4'lük bir artışa tanık olunması ceza adaleti sistemi bakımından hiç de iyimsel bir tablo çizmemektedir.

2.1. DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ

2.1.1. Genel Bilgiler

Devlet Güvenlik Mahkemeleri ülkesi ve devleti ile bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri, Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmak üzere sekiz il merkezinde kurulmuştur.

2.1.2. Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri

Devlet Güvenlik Mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 165 gün olup, açılan 2760 davadan % 54.8'i yıl içinde karar bağlanırken % 44.1'i beraat, % 27.3'ü mahkumiyet, % 28.6'sı ise Görevsizlik, Yetkisizlik, Davanın Düşmesi ve Birleştirme kararı ile sonuçlanmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemelerince verilen mahkumiyet kararlarının oldukça düşük olduğu gözlenmektedir. Bunun nedeni D.G.M. Cumhuriyet Başsavcılıklarınca açılan kamu davalarındaki isabet yüzdesinin düşük oluşudur.

Devlet Güvenlik Mahkemelerinde uygulama yoğunluğu gösteren davaların başında uyuşturucu maddelerle ilgili suçlar ilk sırayı alırken T.C.K.nun 141-142. maddeleri ile T.C.K.nun 169. maddelerindeki suçlar ikinci ve üçüncü sırayı almaktadır. Uygulama yoğunluğu gösteren davalara ilişkin ortalama yargılama süresi (5) incelendiğinde, genel ortalamadan T.C.K.nun 125. ve 163. maddeleri olumsuz yönde sapma gösterirken 2911 ve 6136 sayılı

(4) Yabancı ülkelerdeki ceza yargılaması görünümü bkz. S. Bedford. **The Faces of Justice**, New York, 1961

(5) Ortalama yargılama süresi formülü bkz. Adalet Bakanlığı. **Adalet İstatistikleri**, 1989 Ank., 1991 s. 40; A. Korkmaz "Yargının Hızlılığı" **Verimlilik (MPH)** 1988/10, 55 ss. 8-11.

kanunlara muhalefetten açılan davaların olumlu yönde sapma gösterdiği ortaya çıkmaktadır (6). Uygulama yoğunluğu gösteren dava ve sanık sayıları ile ortalama yargılama süreleri aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Yıl İçinde Açılan ve Karara Bağlanan Dava Oranları

| Uygulanan Kanun M. | Dava Sayısı | % | Sanık Sayısı | M |
|--------------------|--------------|--------------|--------------|----------|
| T.C.K. 125 | 79 | 5.2 | 421 | 291 |
| T.C.K. 141-142 | 317 | 21.8 | 837 | 130 |
| T.C.K. 163 | 61 | 4.0 | 193 | 227 |
| T.C.K. 168 | 147 | 9.6 | 759 | 102 |
| T.C.K. 169 | 233 | 15.3 | 693 | 139 |
| T.C.K. 403-404 | 344 | 22.6 | 952 | 145 |
| 1918 Sayılı Kanun | 94 | 6.2 | 460 | 201 |
| 2911 Sayılı Kanun | 50 | 3.2 | 798 | 44 |
| 6136 Sayılı Kanun | 54 | 3.5 | 175 | 61 |
| Diğer | 136 | 8.6 | 496 | - |
| Toplam | 1.515 | 100.0 | 5.784 | - |

M : Ortalama Yargılama Süresi (Gün)

2.2. AĞIR CEZA MAHKEMELERİ

2.2.1. Genel Bilgiler

Ağır Ceza Mahkemeleri Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun 421. maddesinde yazılı suçlara ait davaları görmek üzere 126 merkezde kurulmuştur. Ağır Ceza Mahkemeleri 1 başkan ve 2 üyeden oluşmakta ve duruşmalarına Cumhuriyet Savcısı katılmaktadır.

2.2.2 Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri

Ağır Ceza Mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 256 gündür. Açılan 57.755 davadan % 58.69'u yıl içinde karara bağlanırken, bunlardan % 54.71'i mahkumiyet, % 30.75'i beraat ve % 14.54'ü Görevsizlik, Yetkisizlik, Davanın düşmesi ve Birleştirme kararı ile sonuçlanmıştır. Ağır Ceza Mahkemelerince verilen mahkumiyetlerde karar oranı Devlet Güvenlik Mahkemelerine nazaran daha olumlu olmasına rağmen yeterli değildir.

(6) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 23/c maddesi ile T.C.K.nun 140, 141, 142 ve 163 ncü maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. T.C. Resmî Gazete (12.4.1991) Sayı: 20843 Mükerrer.

Ağır Ceza Mahkemelerinde uygulama yoğunluğu gösteren davaların başında Adam Öldürme suçları ilk sırayı alırken Cinsel suçlar ve Sahtecilik ikinci ve üçüncü sırayı almaktadır. Uygulama yoğunluğu gösteren davalara ilişkin ortalama yargılama süresi incelendiğinde genel ortalamadan T.C.K. nun 202, 448-450 ve 1918 sayılı kanuna muhalefetten açılan davalar olumsuz yönde sapma gösterirken, T.C.K.'nun 429-430. maddeleri ve 6136 sayılı kanuna muhalefetten açılan davalar olumlu yönde sapma göstermektedir. Dava türlerine ilişkin dava ve sanık sayıları ile ortalama yargılama süreleri aşağıdaki tabloda verilmiştir.

Yıl İçinde Açılan ve Karara Bağlanan Dava Oranları

| Uygulanan Kanun M. | Dava Sayısı | % | Sanık Sayısı | M |
|--------------------|---------------|---------------|---------------|----------|
| T.C.K. 141-142 | 529 | 1.56 | 579 | 211 |
| T.C.K. 202 | 1.508 | 4.44 | 3.027 | 365 |
| T.C.K. 342 | 4.472 | 13.19 | 7.061 | 321 |
| T.C.K. 403-404 | 876 | 2.58 | 1.605 | 308 |
| T.C.K. 414-416 | 6.086 | 17.95 | 9.892 | 226 |
| T.C.K. 429-430 | 1.528 | 4.51 | 3.056 | 169 |
| T.C.K. 448-450 | 5.564 | 16.41 | 11.615 | 343 |
| T.C.K. 456 | 1.406 | 4.15 | 2.668 | 322 |
| 1918 Sayılı Kanun | 1.869 | 5.51 | 4.830 | 412 |
| 2863 Sayılı Kanun | 622 | 1.83 | 1.231 | 183 |
| 6136 Sayılı Kanun | 498 | 1.47 | 962 | 191 |
| Diğer | 8.534 | 26.40 | 17.089 | - |
| Toplam | 33.899 | 100.00 | 63.615 | - |

M : Ortalama Yargılama Süresi (Gün)

2.3. ASLİYE CEZA MAHKEMELERİ

2.3.1. Genel Bilgiler

825 sayılı Yürürlük Kanununa göre 1 başkan ve 2 üyeden kurulu iken, 952 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ağır cezalı olmayan işlere bakan asliye mahkemelerinin tek hakimden oluşabileceği zimnen kabul edilmektedir. Her asliye ceza mahkemesi nezdinde bir Cumhuriyet başsavcısı ile yeterli kadar Cumhuriyet savcısı bulunmaktadır.

2.3.2. Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri

Asliye Ceza Mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 260 gündür. Açılan 476.879 davadan % 54.56'sı yıl içinde karara bağlanırken, bunlardan % 52.48'i mahkumiyet, % 26.88'i beraat ve % 20.64'ü Görevsizlik, Yetkisizlik, Davanın düşmesi ve Birleştirme kararı ile sonuçlanmıştır.

Asliye Ceza Mahkemelerinde uygulama yoğunluğu gösteren davaların başında Müessir Fiil suçları ilk sırayı alırken 3167 sayılı Çek Kanunu ile ilgili suçlar ve Hırsızlık suçları ikinci ve üçüncü sırayı almaktadır. Uygulama yoğunluğu gösteren davalara ilişkin ortalama yargılama süreleri incelendiğinde Dolandırıcılık suçları ve kaçakçılık suçları genel ortalamadan olumsuz yönde sapma gösterirken Vergi Usul Kanununa muhalefet, 1567 sayılı kanuna muhalefet ve Yedimlilik görevini suistimal suçları olumlu yönde sapma göstermektedir. Uygulama yoğunluğu gösteren dava türlerine ilişkin dava sanık sayıları ile ortalama yargılama süreleri aşağıda verilmiştir.

Yıl İçinde Açılan ve Karara Bağlanan Dava Oranları

| Uygulanan Kanun M. | Dava Sayısı | % | Sanık Sayısı | M |
|--------------------|---------------|---------------|---------------|----------|
| T.C.K. 188 | 3.628 | 1.39 | 5.136 | 236 |
| T.C.K. 191-193 | 9.585 | 3.68 | 14.467 | 236 |
| T.C.K. 230 | 3.608 | 1.38 | 5.244 | 256 |
| T.C.K. 258 | 2.257 | 0.86 | 3.596 | 219 |
| T.C.K. 266 | 4.358 | 1.67 | 6.062 | 234 |
| T.C.K. 276 | 9.695 | 3.72 | 10.674 | 167 |
| T.C.K. 414-416 | 4.674 | 1.79 | 5.943 | 229 |
| T.C.K. 430 | 4.124 | 1.59 | 5.003 | 194 |
| T.C.K. 440 | 2.548 | 0.98 | 4.649 | 276 |
| T.C.K. 491-493 | 23.824 | 9.16 | 44.721 | 292 |
| T.C.K. 503 | 8.859 | 3.40 | 11.227 | 322 |
| T.C.K. 508 | 3.605 | 1.39 | 4.452 | 275 |
| 213 Sayılı Kanun | 6.205 | 2.38 | 7.129 | 116 |
| 1567 Sayılı Kanun | 1.967 | 0.76 | 2.398 | 105 |
| 1918 Sayılı Kanun | 5.768 | 2.22 | 7.265 | 342 |
| 3167 Sayılı Kanun | 43.620 | 16.76 | 47.058 | 172 |
| 6136 Sayılı Kanun | 7.380 | 2.84 | 9.598 | 193 |
| Diğer | 57.233 | 22.02 | 75.428 | - |
| Toplam | 33.899 | 100.00 | 63.615 | - |

M : Ortalama Yargılama Süresi (Gün)

2.4. SULH CEZA MAHKEMELERİ

2.4.1. Genel Bilgiler

Sulh Ceza Mahkemeleri tek hakimli olup, her il ve ilçede en az bir tane kurulmuş olup, duruşmalarına Cumhuriyet savcısı katılmamaktadır.

2.4.2 Açılan ve Karara Bağlanan Dava Türleri

Sulh Ceza Mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 180 gündür. Açılan 559.678 davadan % 68.69'sı yıl içinde karara bağlanırken, bunlardan % 58.75'i mahkumiyet, % 10.64'ü beraat ve % 30.1'i de Görevsizlik, Yetkisizlik, Davanın düşmesi ve Birleştirme kararı ile sonuçlanmıştır.

Sulh Ceza Mahkemelerinde uygulama yoğunluğu gösteren davaların başında Trafik Suçları ilk sırayı alırken Orman Suçları ile 3167 sayılı Çek Kanunu ile ilgili suçlar ikinci ve üçüncü sırayı almaktadır. Uygulama yoğunluğu gösteren dava türlerinin ortalama yargılama süreleri incelendiğinde, Orman ve hırsızlık suçları genel ortalamadan olumsuz yönde sapma gösterirken, Tehlikeli vasıta kullanma, trafik ve 3167 sayılı çek kanununa muhalefet suçları olumlu yönde sapma göstermektedir. Uygulama yoğunluğu gösteren dava türlerine ilişkin dava ve sanık sayıları ile ortalama yargılama süreleri aşağıda verilmiştir.

Yıl İçinde Açılan ve Karara Bağlanan Dava Oranları

| Uygulanan Kanun M. | Dava Sayısı | % | Sanık Sayısı | M |
|--------------------|----------------|---------------|----------------|----------|
| T.C.K. 191-193 | 7.930 | 2.06 | 10.883 | 218 |
| T.C.K. 421 | 3.494 | 0.91 | 4.094 | 191 |
| T.C.K. 456-459 | 38.548 | 10.03 | 56.674 | 256 |
| T.C.K. 482 | 16.061 | 4.18 | 23.294 | 188 |
| T.C.K. 491-493 | 30.915 | 8.04 | 41.910 | 299 |
| T.C.K. 513 | 11.525 | 2.99 | 16.651 | 507 |
| T.C.K. 516 | 4.317 | 1.13 | 6.766 | 258 |
| T.C.K. 526 | 10.727 | 2.79 | 13.026 | 100 |
| T.C.K. 565 | 16.584 | 4.31 | 18.638 | 41 |
| T.C.K. 567 | 7.946 | 2.07 | 11.576 | 105 |
| T.C.K. 572 | 10.831 | 2.82 | 14.518 | 192 |
| 2918 Sayılı Kanun | 65.211 | 16.96 | 65.876 | 72 |
| 3167 Sayılı Kanun | 43.661 | 11.36 | 45.523 | 56 |
| 6831 Sayılı Kanun | 54.276 | 14.12 | 63.416 | 387 |
| Diğer | 62.399 | 16.23 | 72.868 | - |
| Toplam | 384.465 | 100.00 | 465.713 | - |

M : Ortalama Yargılama Süresi (Gün)

2.5. ÇOCUK MAHKEMELERİ

6 Kasım 1981 tarihinde çıkarılan 2552 sayılı Kanunun, getirdiği değişikliklerle yürürlüğe girmesi beklenirken, olanaksızlıklar nedeni ile ancak, 29.1.1987 tarihli Adalet Bakanlığı onayı ile mahkemeler oluşturulabilmiş ve ilk çocuk mahkemeleri 5.10.1987 tarihinde Ankara, İstanbul, İzmir ve Trabzon'da göreve başlamıştır. Önümüzdeki 10 yıl içerisinde ise çocuk mahkemelerinin tüm yurttan yaygınlaştırılması ve nüfusu 100.000'in üzerindeki her ilçede oluşturulması öngörülmektedir (ÇMK. 7).

Türkiye'deki çocuk mahkemeleri, suçu işlediği tarihte 11 yaşını bitirmiş olup da 15 yaşını bitirmemiş çocukları kapsamaktadır. 15 yaşından büyük çocuklar ise yetişkinlere ait genel mahkemelerde yargılanmaktadır. Çocuk Mahkemesi bir Başkan ve iki Hakim, C. Savcısı ile Sosyal Hizmet Uzmanı, Pedagog ve Psikoloğu içeren Uzman grubundan oluşmaktadır.

Kuruluş amacı suç işlemiş çocukları cezalandırmak değil topluma uyumlu hale getirmek; yeniden topluma kazandırmak olduğundan 2253 sayılı kanunun 10. maddesinde tedbirlere öncelik verilmiştir.

Kanunda gösterilen bu tedbirler ile yargılama sırasında ve yargılama sonrası mahkemenin koruyucu müdahalesi gündeme gelmektedir.

Çocuk mahkemelerine gelen davaların (*) % 59.33'ü karara bağlanmış olup; bu kararların % 62'si mahkumiyet, % 18'i beraat ile sonuçlanmıştır. Mahkumiyetteki yaptırım türü dağılımına bakıldığında hürriyeti bağlayıcı cezaya çok az ölçüde başvurulduğu (Erteleme % 55.1, Para Cezası % 31.7, Hürriyeti bağlayıcı ceza % 2.3 ve Diğer Tedbirler % 0.1) ve mahkemelerde suçlu çocuklara yönelik hassasiyetin olduğu saptanmaktadır.

Çocuk Mahkemelerinde ortalama yargılama süresinin 141 gün olduğu saptanmıştır.

Çocuk mahkemelerine gelen ve karara bağlanan davalardaki suç türü bakımından hırsızlık % 69.39 ile ilk sırayı alırken, bunu % 12.73 ile müessir fiil izlemektedir. Dava türlerine ilişkin ortalama yargılama sürelerine bakıldığında ırza geçme ve müessir fiil suçlarına ilişkin davaların ortalama olumsuz yönde sapma gösterdikleri görülmektedir.

(*) Gelen dava olarak; geçen yıldan kalan, yıl içinde açılan ve bozularak gelen davalar alınmıştır.

Karara bağlanan davalardaki suç türlerine ilişkin ortalama yargılama süreleri, dava ve sanık sayıları ile % değerler aşağıda tabloda gösterilmiştir.

| Suç Türü | Dava | | Sanık Sayısı | | Ortalama Yargılama Süresi (Gün) |
|----------------------|-------------|---------------|--------------|------------|---------------------------------|
| | Sayısı | % | Erkek | Kadın | |
| Adam Öldürme | 57 | 1.79 | 60 | 2 | 1.64 |
| Müessir Fiil | 405 | 12.73 | 412 | 23 | 11.52 |
| Irza Geçme, Alkoymak | | | | | |
| Sarkıntılık | 203 | 6.38 | 229 | - | 6.06 |
| Hırsızlık | 2206 | 69.39 | 2493 | 106 | 68.88 |
| Trafik K. Muhalefet | 29 | 0.91 | 30 | - | 0.79 |
| Diğer Suçlar | 279 | 8.77 | 396 | 22 | 11.07 |
| Toplam | 3179 | 100.00 | 3620 | 153 | 100.00 |

Çocuk mahkemelerinde ortalama yargılama süresi bakımından farklılık vardır. İstanbul Çocuk Mahkemesi bu bakımdan olumsuz yönde sapma gösterirken; Trabzon Çocuk Mahkemesi'nde bu sapma olumlu yöndedir. Bunun nedeni ise yıl içinde çıkan dava oranı % 39'da kalırken, İstanbul Çocuk Mahkemesine gelen davaların, toplam çocuk mahkemelerine gelen davaların % 48'ini oluşturmasıdır. Bu oran Trabzon Çocuk Mahkemesi için % 89'dur. Çocuk mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 141 gün iken; bu İstanbul Çocuk Mahkemesinde 207 gün, Trabzon Çocuk Mahkemesinde 76 gündür.

2.5.1. Ankara Çocuk Mahkemesi

Ankara Çocuk Mahkemesine 1989 yılında gelen davalardan % 76'sı karara bağlanmış ve bu kararların % 68'i mahkumiyet, % 21'i beraat ile sonuçlanmış.

Ankara Çocuk Mahkemesinde ortalama yargılama süresinin 133 gün olduğu saptanmıştır.

Ankara Çocuk Mahkemesine gelen ve karara bağlanan davalardaki suç türü bakımından hırsızlık % 66.67 ile ilk sırayı alırken bunu % 14.52 ile müessir fiil takip etmektedir. Dava türlerine ilişkin ortalama yargılama sürelerine bakıldığında, trafik, irza geçme, alkoyma ve sarkıntılık suçlarına ilişkin davaların ortalamadan olumsuz yönde sapma gösterdiği görülmektedir.

Karara bağlanan davalardaki suç türlerine ilişkin ortalama yargılama süreleri, dava ve sanık sayıları ile % değerler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

| Suç Türü | Dava Sayısı | % | Sanık Sayısı | | % | Ortalama Yargılama Süresi (Gün) |
|-----------------------|-------------|---------------|--------------|-----------|---------------|---------------------------------|
| | | | Erkek | Kadın | | |
| Adam Öldürme | 23 | 2.27 | 27 | 1 | 2.28 | 159 |
| Müessir Fiil | 147 | 14.52 | 153 | 2 | 12.66 | 171 |
| Irza Geçme, Alıkoymak | | | | | | |
| Sarkıntılık | 72 | 7.11 | 78 | - | 6.37 | 182 |
| Hırsızlık | 654 | 64.62 | 810 | 7 | 66.17 | 109 |
| Trafik K. Muhalefet | 18 | 1.77 | 18 | - | 1.47 | 243 |
| Diğer Suçlar | 98 | 9.71 | 123 | 5 | 11.05 | 183 |
| Toplam | 1012 | 100.00 | 1209 | 15 | 100.00 | 133 |

2.5.2. İstanbul Çocuk Mahkemesi

İstanbul Çocuk Mahkemesine 1989 yılında gelen davalardan % 39'u karara bağlanmış olup; bu kararların % 50'si mahkumiyet, % 19'u beraat ile sonuçlanmıştır.

İstanbul Çocuk Mahkemesinde ortalama yargılama süresinin 207 gün olduğu saptanmıştır. Bu süre diğer üç mahkemeye nazaran oldukça uzundur. Bu duruma, İstanbul Çocuk Mahkemesine açılan davaların daha yoğun olması nedeniyle yıl içinde çıkan dava oranının düşük olması sebep olarak gösterilebilir (Yılı içinde karara bağlanan dava oranı diğer üç mahkemede % 80 civarında iken bu mahkemede % 39'dur).

İstanbul Çocuk Mahkemesine gelen ve karara bağlanan davalardaki suç türü bakımından hırsızlık % 75.4 ile ilk sırayı almaktadır.

Karara bağlanan davalardaki suç türlerine ilişkin ortalama yargılama süreleri, dava ve sanık sayıları ile % değerler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

| Suç Türü | Dava | | Sanık Sayısı | | % | Ortalama Yargılama Süresi (Gün) |
|-----------------------|-------------|---------------|--------------|-----------|---------------|---------------------------------|
| | Sayısı | % | Erkek | Kadın | | |
| Adam Öldürme | 24 | 2.4 | 24 | – | 2.0 | 167 |
| Müessir Fiil | 100 | 10.0 | 100 | – | 8.0 | 234 |
| Irza Geçme, Alıkoymak | | | | | | |
| Sarkıntılık | 57 | 5.7 | 57 | – | 4.8 | 189 |
| Hırsızlık | 762 | 75.4 | 780 | 60 | 70.7 | 209 |
| Trafik K. Muhalefet | 2 | 0.2 | 2 | – | 0.2 | – |
| Diğer Suçlar | 65 | 6.4 | 165 | – | 13.9 | 196 |
| Toplam | 1010 | 100.00 | 1128 | 60 | 100.00 | 207 |

2.5.3. İzmir Çocuk Mahkemesi

İzmir Çocuk Mahkemesine 1989 yılında gelen davalardan % 75'i karara bağlanmış ve bu kararların % 61'i mahkumiyet, % 21'i beraat ile sonuçlanmıştır.

İzmir Çocuk Mahkemesinde ortalama yargılama süresinin 92 gün olduğu saptanmıştır.

İzmir Çocuk Mahkemesine gelen ve karara bağlanan davalardaki suç türü bakımından hırsızlık % 69.32 ile ilk sırayı alırken bunu % 13.47 ile müessir fiil takip etmektedir. Dava türlerine ilişkin ortalama yargılama sürelerine bakıldığında irza geçme, alıkoyma ve sarkıntılık suçlarına ilişkin davaların ortalamadan olumsuz yönde sapma gösterdiği görülmektedir.

Karara bağlanan davalardaki suç türlerine ilişkin ortalama yargılama süreleri, dava ve sanık sayıları ile % değerler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

| Suç Türü | Dava | | Sanık Sayısı | | % | Ortalama Yargılama Süresi (Gün) |
|-----------------------|-------------|---------------|--------------|-----------|---------------|---------------------------------|
| | Sayısı | % | Erkek | Kadın | | |
| Adam Öldürme | 7 | 0.72 | 7 | – | 0.61 | 52 |
| Müessir Fiil | 130 | 13.47 | 133 | 19 | 13.34 | 87 |
| Irza Geçme, Alıkoymak | | | | | | |
| Sarkıntılık | 62 | 6.42 | 82 | – | 7.19 | 135 |
| Hırsızlık | 669 | 69.32 | 755 | 39 | 69.71 | 97 |
| Trafik K. Muhalefet | 7 | 0.72 | 8 | – | 0.70 | * |
| Diğer Suçlar | 90 | 9.32 | 79 | 17 | 8.42 | 45 |
| Toplam | 1010 | 100.00 | 1128 | 60 | 100.00 | 92 |

2.5.4. Trabzon Çocuk Mahkemesi

Trabzon Çocuk Mahkemesine 1989 yılında gelen davalardan % 89'u karara bağlanmış olup; bu kararların % 68'i mahkumiyet, % 13'ü beraat ile sonuçlanmıştır.

Trabzon Çocuk Mahkemesinde ortalama yargılama süresinin 76 gün olduğu saptanmıştır.

Trabzon Çocuk Mahkemelerine gelen ve karara bağlanan davalardaki suç türü bakımından hırsızlık % 63.02 ile ilk sırayı alırken bunu % 14.58 ile müessir fiil takip etmektedir. Dava türlerine ilişkin ortalama yargılama sürelerine bakıldığında adam öldürme, ırza geçme, alıkoyma ve sarkıntılık suçlarına ilişkin davaların ortalamadan olumsuz yönde sapma gösterdiği görülmektedir.

Karara bağlanan davalardaki suç türlerine ilişkin ortalama yargılama süreleri, dava ve sanık sayıları ile % değerler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

| Suç Türü | Dava | | Sanık Sayısı | | % | Ortalama Yargılama Süresi (Gün) |
|-----------------------|------------|---------------|--------------|----------|---------------|---------------------------------|
| | Sayısı | % | Erkek | Kadın | % | |
| Adam Öldürme | 3 | 1.56 | 2 | 1 | 1.35 | 122 |
| Müessir Fiil | 28 | 14.58 | 26 | 2 | 12.61 | 91 |
| Irza Geçme, Alıkoymak | | | | | | |
| Sarkıntılık | 12 | 6.25 | 12 | - | 5.40 | 122 |
| Hırsızlık | 121 | 63.02 | 148 | - | 66.66 | 63 |
| Trafik K. Muhalefet | 2 | 1.04 | 2 | - | 0.90 | - |
| Diğer Suçlar | 26 | 13.54 | 29 | - | 13.06 | 98 |
| Toplam | 192 | 100.00 | 219 | 3 | 100.00 | 76 |

2.6. MAHKEMELERDEKİ GENEL GÖRÜNÜM

Ceza mahkemelerine gelen toplam davanın mahkeme türlerine göre yüzde dağılımı (DGM 0.21; Ağır Ceza 4.36; Asliye Ceza 35.97 ve Sulh Ceza 42.22) iş yükünün prami yapısını koruduğunu göstermektedir.

Bu mahkemelerin çıkardığı iş yüzdesi (çıkan işin toplam davaya oranı) ise farklı bir yapı oluşturmaktadır.

Şöyleki, DGM'de 54.89; Ağır Ceza'da 58.69; Asliye Ceza'da 54.56 ve Sulh Ceza'da ise 68.69'dur.

Kuşkusuz, mahkeme evresinde işin sonuçlandırılmış olmasının adaleti somutlaştırmak anlamına gelmediği Yargıtay'daki iş akışı ve karar türleri incelendiğinde görülecektir.

2.6.1. İşlemlerde akılcılık

Ceza adaletinde akılcılık kavramının ana öğeleri arasında; kararlar arasında belirgin bir rabita kurulması, kararların uygun bir gerekçesi olması, verilerin ve düzenleyici normların istikrar içeren yorumu yer almaktadır. Bu görünümü ile ceza adaletinde akılcılık üç farklı biçimde tanımlanabilir.

- a) Hukuk ilkelerinin benzeri olaylara uygulanmasında aynılık; hukukun özel bir alanına giren davaların algılanmasında kesinlik ve birlik;
- b) Adli kararlarda yeknesaklık sağlanarak benzer durumdaki suçluların benzer cezai yaptırımlara hükmedilmesi;
- c) Ceza adaleti genel ilkelerinin pratik ceza adaleti siyasetine dönüştürülmesi (bireysel davalardaki kararlarda mevcut kaynakların sınırlamaları ve dolayısıyla farklı cezai yaptırımların uygulama kapsam ve genişliğini de içermek üzere) şeklinde devamlılık.

Akılcılığa duyulan ilgi teorik bir lüks olmanın ötesinde ceza adaleti sürecinde verilen kararların ne şekilde verildiği sorusunun odağını teşkil etmektedir. Kararlarda akılcılık, hukuku ve kanuni yaptırımları ayrı ayrı davalara uygulamak durumunda olan C. Savcılarını ile hakimlerin uygulamada yeknesak bir davranış göstermeleri için "rehber ilkeler" vaz edilmesini öngörmektedir. Nitekim, bu durum 1987 yılında düzenlenen Hakimler ve C. Savcılarını Trabzon sempozyumunda dile getirildiği üzere TCK 522. madde uygulamasında "pek fahiş" "hafif" ve "pek hafif" kavramlarına bir ölçüt getirilememesi eleştiriler şeklinde kendini göstermiştir. Rehber ilke ve ölçütlerin hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif tedbir ve cezalar ile erteleme uygulaması bakımından da önderlik etmesi gerekmektedir. Buna duyulan gereksinme 31.12.1987 tarihi itibarıyla cezaevlerinde bulunan kısa süreli hükümlülerin ağır ceza merkezleri itibarıyla dağılımını ile 3506 sayılı Kanunun Geçici 3. maddesi uygulamasında "ertelenmesi yönünden yeniden yapılan inceleme"de aynı cezaevinde bulunan hükümlüler bakımından beliren farklı sonuçlarla bir kere daha vurgulanmıştır.

2.6.2. İddianamenin reddi

Cumhuriyet Savcılığınca yürütülen hazırlık soruşturmasının yeterli olması nedeniyle açılan kamu davalarında zaman zaman C. Savcısının duruşmada sanığın beraatını istediğine tanık olunmaktadır. Kuşkusuz, yeterli veya delil olmamasına karşın açılan kamu davaları mahkemeler için yapay bir iş yükü doğurmakta ve dava akışı gereksiz yere yavaşlamaktadır. Bu gibi durumlarda "iddianamenin reddi" veya başkaca bir tedbirle iddianamenin C. Savcılığına geri gönderilmesi rasyonel bir çözümlene olacaktır (7). Nitekim, Çin Halk Cumhuriyeti'nde buna imkan veren Ceza Usul Hukuku normu vardır: Halk Savcılığı tarafından açılan kamu davası hakkında halk mahkemesince aşağıda yer alan kararlardan biri verilmektedir.

- a) Dava dosyasındaki gerçekler sarîh ve delil yeterli olup; sanığın cezai sorumluluğu varsa, halk mahkemesi gecikmesiz duruşmaya başlar.
- b) Dosyadaki başlıca gerçekler sarîh olmayıp, delil yetersiz ise, halk mahkemesi ek soruşturma için dosyayı halk savcılığına iade eder.
- c) Suç için kanunda öngörülen cezanın zorunlu olmaması halinde halk savcılığınca iddianamenin geri alınmasını ister.

Davanın halk mahkemesinde görülme süresi bakımından da, mahkemenin davaya bakarken zamanı çok iyi değerlendirmesi ve kanunda öngörülen sürede davayı sonuçlandırması gerekmektedir. Ceza Usulü Kanununa göre, halk mahkemesi açılan kamu davasını kabul ettikten sonraki bir aylık sürede hüküm verilemediğinde; süre, en fazla onbeş gün uzatılabilmektedir. İkinci derece halk mahkemesi ise itirazın veya temyizden görmekte olduğu davalarda bir ay veya en fazla birbuçuk ay içinde hüküm tesis etmemektedir. Son derece güç ve karmaşık davalarda onbeş günlük ek süreden sonra bidayet mahkemesi veya ikinci derece halk mahkemesi hüküm tesis edemediğinde süre uzatımı ancak Ulusal Halk Meclisi Daimi Komitesi'nin onayı ile gerçekleştirilebilmektedir.

2.6.3. Şahsi Delil (Tanık)

Tanığın görevi bir şey saklamaksızın ve bir şey katmaksızın, kimseden korkmayarak, bir tesire kapılmaksızın bildiğini söylemesidir (C.M.U.K. 57).

(7) N. Kunter. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İst., 1986 s. 825; F. Yenisey. *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, İst., 1987, s. 10

Yalnız bildiği "doğru" mu? Her tanık doğruyu görebilir mi? Bilebilir mi? Doğru gördüğünü doğru hatırlayabilir mi?

Bu soruların yanıtı ise, tanıkların söylediklerinden ancak yarısının doğru, geri kalanının ise yanlış olduğu (yalan veya hata ile yapıldığı) gerçeğinde saklıdır. Buna karşın hukuk eğitiminde kurumlar, temel yasalar ve ilgili maddeleri; staj sırasında, pratik, önem kazanmakta iken; yargılamanın özü olan "gerçeğin ne olduğunu saptama" konusuna çok az değinilmektedir. Ne var ki, ceza yargılamasındaki can alıcı soru: "oldu mu? veya olmadı mı?" şeklindeki bileşik önermenin kavranmasına yönelik olmalıdır (8). Diğer bir deyişle, pratik hukukta normatif kılıf bulma egemen gibi gözükürse de, ceza yargılamalarının % 90'ı, hukuk yargılamalarının ise % 70'inde salt hukuka ilişkin sorular söz konusu bile edilmemektedir.

İşte, Almanya'da yalancı tanıklık üzerine yapılan bir çalışma, bu gerçeği tüm çıplaklığı ile gözler önüne sermektedir. Şöyleki, bu çalışmada 1100 iade-i muhakeme dosyası incelenmiş ve sonuç olarak 50 ağır cezalı davada tanık olarak gösterilenlerin sanık aleyhine yalan beyanda buldukları belirlenmiştir (9). Bunun doğal uzantısı olarak da her yıl birkaç bin mahkeme kararının hatalı verilmesi pek tabiidir.

Tanık müessesesini farklı bir açıdan ele aldığımızda ise; görürüz ki, hakim yaşam ve mesleki deneyimlerine dayalı olarak; bazen de kehanetle sonuç çıkarma durumunda kalmaktadır. Hiç kuşkusuz, tanıkların güvenilirliği konusunda ciddi testlere tabi tutulmaları halinde bu yaklaşım gereksiz olacaktır, hedefe varmak için hakimlere yardımcı "adli psikologlar" görevlendirilmesi halinde tanıkların tanıklığını irdilemede daha çabuk sonuca ulaşılabacaktır. Aksi takdirde, tanıkların tanıklığını yapan duruşma hakimleri yanılgıya düşmekten kurtulamayacaktır. Psikologların yargılama sürecinde görev alması yerleşmiş myth'lerin (sanık susuyorsa, suçlu olduğunun kanıtı olarak yorumlanması; tehevüren konuşursa suçlu olduğunu göstermesi) giderilmesini kolaylaştıracak gibi tanık psikolojisinin önemini birkat daha artıracaktır.

Tanıklık psikolojisine göre, doğru ifadelerin fazla ayrıntı içermesi; kişinin tekrarlanan sorgulamadaki yanıtlarının, büyük ölçüde aynılık göstermesi, bu

(8) Bkz. Ian M.L. Hunter. **Mermory-Facts and Fallacies**, Penguin Books, 1961.
H. Münsterberg. **On the Withness Stand**, New York, 1908 pp. 39-69

9) German Courts too gullible, says legal study. **The German Tribune**, 5.2.1984 p. 14

tür tanıkların daha doğal, spontane; içerik ve gramer bakımından düzensiz bir ifade vermelerine sebep olmaktadır (10).

Maddi delil bakımından Kriminal Polis Laboratuvarları (Balistik, grafoloji, sahtecilik, patlayıcı maddeler, kimya, mikro analiz ve biyolojik bölümleri) ile Adli Tıp'taki gelişmeler incelendiğinde -şahsi delil psikoloji bilincinin- (Sorgulama ve çapraz sorgulama tekniklerinde içermek üzere) Hukuk Fakülteleri ile Eğitim Merkezinde sağlanmasına çaba gösterilmelidir. Bunların şahsi delil müessesesine katkılarının inkar edilemez boyutlara ulaştığı görülecektir. Bu yüzden de tanıklık psikolojisi hukuk fakülteleri ile eğitim merkezinde kriminoloji dersleri içinde bir yan dal olarak okutulmalıdır.

Hakimlerce yukarıda değinilen hususlar ışığında aşağıda yer alan faktörlerin her tanık bakımından test edilmesi gerekmektedir (11).

- 1- Tanık anlatımının kendi içinde ve diğer tanık beyanlarıyla tutarlılığı;
- 2- Bu beyanların belgesel delil veya tartışma götürmeyen gerçeklerle gelişmesi;
- 3- Tanığın fiziki (örneğin, görme bozukluğu veya zayıflığı, renk körlüğü) veya akli sakatlığına (patolojik amnesia) ilişkin bulgular ile dürüstlüğü hakkında yaygın kuşku gözönüne alınarak tanığın güvenirliliği;
- 4- Tanık ifadesindeki hususların olasılık derecesi (12).

Özet olarak, tanıkların bilmeyerek insanların mutsuzluğuna, hürriyetten yoksunluğuna sebebiyet vermemesi için yukarıda sunduğumuz faktörlerin değerlendirilmesi; önemli davalarda tanık beyanlarının video çekimi yapılarak hüküm öncesinde izlenmesi çağdaş psikolojik bulgular karşısında artık kaçınılmaz bir gerekliliktir (13).

(10) Çocukların tanıklığı bkz. F. Erem. **Adalet Psikolojisi** Ank, 1977 ss. 310-311; C. Hedderman. **Children's evidence, the need for corroboration**, Home Office, London 1987.

(11) J. Vennard. **Contested Trials in Magistrates' Courts**. Home Office, London 1982 p. 23

(12) Bkz. F. Erem a.g.e., ss. 316-317.

(13) Japonya'da yalancı tanıklığa karşı "çapraz sorgulama" çoklukla başvurulan bir kurum olup, bu oran % 80 civarındadır. M.T. YÜCEL. "Japon Ceza Adaleti Sistemi" **Yargıtay Dergisi** c. 11 (Ocak-Nisan 1985), Sayı: 1-2, s. 62; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/d. maddesindeki "çapraz sorgulama"nın usul hukuku ve pratiğine intikali için düzenleme yapılmalıdır. Bkz. O. Akbal. "Tanıklık üzerine" **Cumhuriyet** (21.1.1974); H. Pulur. "Tanıklık Deyip Öteye Geçmeyin" **Milliyet** (22.4.1976) s. 5.

Yargılama sırasındaki tanık beyanlarında dahil tüm ifadelerin doğrudan zapta geçirilmesi yöntemi benimsenmelidir. Aksi takdirde önemli duruşmalardaki tanık beyanlarının video çekimi zorunlu hale getirilmelidir.

2.6.4. Yargılamada makul süre

Davaların süratle sonuçlandırılması; tutuklu kişilerin, makul süre içinde yargılamayı isteme hakları anayasal norm olarak hukuk sisteminde yer almış, süratli yargılama kavramı adaletin bir gereksinmesi olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 ve 6. maddesinde ifadesini bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Divanın süre konusundaki kararlarına bakıldığında, her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği; soruşturma ve kovuşturmanın uzunluğunun yalnızca dosyanın girift olmasına bağlanamayacağı gibi mahkemelerdeki iş yükü yoğunluğunda yargılama-daki gecikmeyi haklı gösteremeyeceğine; ne varki, uzamadan mağdur olan şikayetçi kişinin uzamaya sebebiyet vermemiş olması gerektiği önemli unsurlar olarak belirlemektedir. Komisyonca (Daniel Vallon - İtalyan davası) Genca İstinaf Mahkemesince onanan adam öldürme dosyasında yargılanmanın 3 yıl 7 ay sürmesi "makul süre"nin ihlali olarak nitelendirilmiştir. Luberti - İtalyan davasında adam öldürme suçlusu Luberti'nin azaltılmış cezai sorumluluğu nedeniyle beraatine ve 2 yıl süre ile akıl hastanesine konulmasına ilişkin karara karşı 19 Kasım 1979 tarihinde cezaların infazından sorumlu Roma Bölge Mahkemesine salıverilmesi için yaptığı başvurunun 5 Ağustos 1980 tarihinde görevsizlik kararı ile sonuçlanması ve Luberti'nin yaptığı diğer başvurularında süratle karara bağlanmaması Komisyon ve Divanca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 4. fıkrası ihlali; Duinhof ve Duijf - Hollanda davasında da hürriyetten yoksunluğa ilişkin davanın 8-14 günlük bir süre geçtikten sonra duruşmasının yapılması ve karara bağlanması anılan sözleşmenin 5. maddesi 3. fıkrasında öngörülen limitleri (makul süre...) Divanca aşar duumda görülmüştür (14).

Yargılama süresinin gereğinden fazla uzaması halinde Sözleşme ve özellikle Anayasa hükümlerine uyulduğu söylenemez. Zaman geçtikçe tanıkların hafızası zayıflamakta; hatta bazı tanıkların ortadan kaybolması veya vefatı sözkonusu olabilmektedir. Sanığın geçen süre zarfında sürekli olarak

(14) Council of Europe. **Stock-Taking on European Convention on Human Rights. Supplement 1984**, Strasbourg 1985 p. 101; S. Donay. **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İst. 1982 ss. 95-109; İnsan Hakları Araştırma ve Interights. **Judicial Colloquium, Ank, The Domestic Application of International Human Rights Norms. (13-14 September 1990)** pp. 8-9; Ank., Ü. Siy. Bil. Fak. **İnsan Haklarının Korunması Hakkında Temel Belgeler**, Ank., 1990, ss.13-14.

Excessive length of criminal proceedings-ECHR At 6(1) **Interright bulletin**, Vol 26 1991 N. 1 pp. 11-16.

tutuklu kalması halinde de, sanığın özgür kalma hakkına hanel gelmekte ve sanık belirsizlik ortamı içine sürüklenmektedir. Kuşkusuz, tarafların davranışları ve davanın karmaşıklığı makul sürenin belirlenmesinde önemli unsurlardır.

Özet olarak, tutuklama ile hüküm arasındaki sürenin ve yargılama süresinin makul olup olmadığını saptayabilmek için, soyut, *in abstracto* değil, her davanın somut verileri gözönünde tutularak bir sonuca varılmalıdır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Baker v. Wingo* (1972) davasında sanığın süratli yargılama hakkından yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirlemede ağırlığı olacak dört unsur vaz etmiştir:

- * Gecikmenin uzunluğu;
- * Gecikme nedeni;
- * Sanığın gecikmeye sebebiyet verip vermediği;
- * Gecikmenin sanığın davasını aleyhe etkileyip etkilemediği.

Amerika'da kronik gecikmelerin yer aldığı Devlet Mahkemeleri dışındaki ceza davalarının çoğu 6 ay veya daha az sürede karara bağlanmaktadır.

Amerika'da Devlet ve Federal düzeyde yer alan kanunlarla sanıkların "hızlı yargılanma hakkı" güvence altına alınmıştır. Bu kanunlarda hızlı yargılanma güvencesine açıklık getirmek ve mazur görülmeyecek gecikmeyi belirlemek için süreler yer verilmiştir.

1974 tarihli Federal Hızlı Yargılama Kanunu, Federal Yargılama sürecinde her evredeki zaman dilimlerini belirlemiştir: Tutuklamadan iddianameye kadar ki süre 30 gün; iddianame ile yargılama arasında geçmesi gereken süre 70 gündür. Belirli süreler örneğin savunma avukatınca talep edilen taliklerin neden olduğu gecikmeler geçen süreden sayılmamaktadır. Öngörülen süreler itibariyle limit aşıldığında dava düşülebilmektedir.

Yargılama süresi bakımından Almanya ve Fransa'da ceza davaları bakımından adli istatistiklerin sunulmasında yarar görüldüğünden bunların döküm ve değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

ALMANYA

Asliye Ceza Mahkemeleri (1988)

| Süreler | Sonuçlanan Dava Sayısı | Sonuçlanan Dava Say. % | ...den az sürede son. Dava Say. % |
|-----------------------|---------------------------|---------------------------|--------------------------------------|
| Bir aya kadar | 1081 | 8.3 | - |
| 1 aydan 3 aya kadar | 3133 | 24.1 | 32.4 |
| 3 aydan 6 aya kadar | 3479 | 36.7 | 59.1 |
| 6 aydan 12 aya kadar | 2604 | 20.0 | 79.2 |
| 12 aydan 24 aya kadar | 1592 | 12.2 | 91.4 |
| 24 aydan 36 aya kadar | 528 | 4.1 | 95.5 |
| 36 aydan fazla | 590 | 4.5 | 100.0 |

Sulh Ceza Mahkemeleri (1988)

| Süreler | Sonuçlanan Dava Sayısı | Sonuçlanan Dava Say. % | ...den az sürede son. Dava Say. % |
|-----------------------|---------------------------|---------------------------|--------------------------------------|
| Bir aya kadar | 160978 | 23.8 | - |
| 1 aydan 3 aya kadar | 328500 | 48.6 | 72.5 |
| 3 aydan 6 aya kadar | 120404 | 17.8 | 90.2 |
| 6 aydan 12 aya kadar | 48145 | 7.1 | 97.3 |
| 12 aydan 24 aya kadar | 13246 | 2.0 | 99.2 |
| 24 aydan 36 aya kadar | 2943 | 0.4 | 99.7 |
| 36 aydan fazla | 2287 | 0.3 | 100.0 |

FRANSA

Adli makama başvurma tarihi bilinmediğinden, suç tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasında geçen süre dava süresini kapsamakta; suçun niteliği ve kararın türüne göre değişmektedir.

Ağır cezalı davalarda ortalama süre 32 aydır. Bu davaların 4/10'u 2 yılın sonunda tamamlanırken geriye kalanın 4/10'u da 2 ile 3,5 yıl arasında sonuçlandırılmaktadır.

Asliye cezalı davalarda ortalama süre 15,5 aydır. Yalnız bu davaların yarısından fazlası bir yıl sonunda bitmektedir.

5. sınıf kabahat türünden suçlar için süre 10 aydır; kararların 9/10'u 1,5 yıl sonunda kesinlik kazanmıştır. Burada süreyi belirleyici olan kararın tef-

him şeklindedir. Ceza kararlarının sadeleştirilmiş usulü, sürenin kararların vicahi olmasındakinden daha kısa olmasına yol açar. Vicahi kararların % 27'si bu durumdayken, ceza kararları için davaların % 86'sı bir yıldan az bir sürede tamamlanmıştır. Gerçekte, fark kısa süreye ilişkin olup; ceza kararlarının % 27'si, vicahi kararların ise yalnızca % 9'u 4 aydan az bir sürede sonuçlanmıştır.

2.6.4.1 Çocuklara karşı işlenen suçlarda ortalama yargılama süreleri ve dağılımları

1989 yılında kesinleşen ceza mahkumiyetleri esas alınarak Merkezi Adli Sicil veri tabanında yapılan ceza fişi taraması sonucunda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan "çocukların ... cinsel sömürüye karşı korunması" bakımından çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar (TCK. 414, 415, 416, 418 ve 430. maddeler) yargılama süresi açısından incelenmiştir.

TCK. 414. MADDE

Bu maddeye ait 1989 yılı ceza mahkumiyetlerinde ortalama yargılama süresi 575 gündür. Yargılama süresinin yoğunluğu 12-18 ay arasında olup, 108 ay süren davalar da vardır. Aşağıda bu maddeye ait yargılama sürelerinin dağılımı, % dağılımı ve birikimli % dağılımı (...den az) gösterilmiştir.

| Süre (Ay) | Ceza Mahkumiyeti Sayısı | Ceza Mahkumiyeti Sayısı % | ...den az süredeki Ceza Mahkumiyeti % |
|-----------|-------------------------|---------------------------|---------------------------------------|
| 6 | 131 | 29.0 | 29.0 |
| 12 | 83 | 18.3 | 47.3 |
| 18 | 73 | 16.1 | 63.4 |
| 24 | 43 | 9.5 | 72.9 |
| 30 | 32 | 7.0 | 79.9 |
| 36 | 19 | 4.2 | 84.1 |
| 48 | 24 | 5.3 | 89.4 |
| 60 | 20 | 4.4 | 93.8 |
| 72 | 22 | 4.8 | 98.6 |
| 84 | 4 | 0.9 | 99.5 |
| 96 | 0 | 0.0 | 99.5 |
| 108 | 2 | 0.5 | 100.0 |

TCK. 415. MADDE

Bu maddeye ait 1989 yılı ceza mahkumiyetlerinde ortalama yargılama süresi 475 gündür. Yargılama süresinin yoğunluğu 6–12 ay arasında olup, 96 ay süren davalar da vardır. Aşağıda bu maddeye ait yargılama sürelerinin dağılımı, % dağılımı ve birikimli % dağılımı (...den az) gösterilmiştir.

| Süre (Ay) | Ceza Mahkumiyeti Sayısı | Ceza Mahkumiyeti Sayısı % | ...den az süredeki Ceza Mahkumiyeti % |
|-----------|-------------------------|---------------------------|---------------------------------------|
| 6 | 122 | 28.9 | 28.9 |
| 12 | 103 | 24.4 | 53.3 |
| 18 | 66 | 15.6 | 68.9 |
| 24 | 38 | 9.0 | 77.9 |
| 30 | 31 | 7.3 | 85.2 |
| 36 | 27 | 6.4 | 91.6 |
| 48 | 14 | 3.3 | 94.9 |
| 60 | 12 | 2.8 | 97.7 |
| 72 | 7 | 1.7 | 99.4 |
| 84 | 1 | 0.3 | 99.7 |
| 96 | 1 | 0.3 | 100.0 |

TCK. 416. MADDE

Bu maddeye ait 1989 yılı ceza mahkumiyetlerinde ortalama yargılama süresi 555 gündür. Yargılama süresinin yoğunluğu 12–18 ay arasında olup, 96 ay süren davalar da vardır. Aşağıda bu maddeye ait yargılama sürelerinin dağılımı, % dağılımı ve birikimli % dağılımı (...den az) gösterilmiştir.

| Süre (Ay) | Ceza Mahkumiyeti Sayısı | Ceza Mahkumiyeti Sayısı % | ...den az süredeki Ceza Mahkumiyeti % |
|-----------|-------------------------|---------------------------|---------------------------------------|
| 6 | 296 | 26.0 | 26.0 |
| 12 | 228 | 20.0 | 46.0 |
| 18 | 175 | 15.4 | 61.4 |
| 24 | 119 | 10.4 | 71.8 |
| 30 | 96 | 8.5 | 80.3 |
| 36 | 75 | 6.6 | 86.9 |
| 48 | 62 | 5.5 | 92.4 |
| 60 | 44 | 3.9 | 96.3 |
| 72 | 23 | 2.1 | 98.3 |
| 84 | 13 | 1.2 | 99.5 |
| 96 | 4 | 0.4 | 100.0 |

TCK. 418. MADDE

Bu maddeye ait 1989 yılı ceza mahkumiyetlerinde ortalama yargılama süresi 636 gündür. Yargılama süresinin yoğunluğu 12-18 ay arasında olup, 108 ay süren davalar da vardır. Aşağıda bu maddeye ait yargılama sürelerinin dağılımı, % dağılımı ve birikimli % dağılımı (...den az) gösterilmiştir.

| Süre (Ay) | Ceza Mahkumiyeti Sayısı | Ceza Mahkumiyeti Sayısı % | ...den az süredeki Ceza Mahkumiyeti % |
|-----------|-------------------------|---------------------------|---------------------------------------|
| 6 | 110 | 16.6 | 16.6 |
| 12 | 139 | 21.0 | 37.6 |
| 18 | 117 | 17.7 | 55.3 |
| 24 | 86 | 13.0 | 68.3 |
| 30 | 56 | 8.4 | 76.7 |
| 36 | 46 | 7.0 | 83.7 |
| 48 | 44 | 6.6 | 90.3 |
| 60 | 31 | 4.7 | 95.0 |
| 72 | 21 | 3.2 | 98.2 |
| 84 | 7 | 1.0 | 99.2 |
| 96 | 2 | 0.4 | 99.6 |
| 108 | 2 | 0.4 | 100.0 |

TCK. 430. MADDE

Bu maddeye ait 1989 yılı ceza mahkumiyetlerinde ortalama yargılama süresi 484 gündür. Yargılama süresinin yoğunluğu 12-18 ay arasında olup, 96 ay süren davalar da vardır. Aşağıda bu maddeye ait yargılama sürelerinin dağılımı, % dağılımı ve birikimli % dağılımı (...den az) gösterilmiştir.

| Süre (Ay) | Ceza Mahkumiyeti Sayısı | Ceza Mahkumiyeti Sayısı % | ...den az süredeki Ceza Mahkumiyeti % |
|-----------|-------------------------|---------------------------|---------------------------------------|
| 6 | 408 | 28.5 | 28.5 |
| 12 | 302 | 21.0 | 49.5 |
| 18 | 257 | 17.9 | 67.4 |
| 24 | 164 | 11.4 | 78.8 |
| 30 | 103 | 7.2 | 86.0 |
| 36 | 68 | 4.7 | 90.7 |
| 48 | 64 | 4.4 | 95.1 |
| 60 | 33 | 2.3 | 97.4 |
| 72 | 20 | 1.4 | 98.8 |
| 84 | 9 | 0.9 | 99.7 |
| 96 | 4 | 0.3 | 100.0 |

2.6.4.2 Yargılama süresi uzunluğunun sakıncaları

Mağdur açısından

Yukarıda sunulduğu üzere, bu maddelerden açılan bir dava 9 yıla kadar sürebilmektedir. Somut bir örnekle, 14 yaşındaki bir mağdur ancak 22 yaşında suçlunun cezalandırıldığını görebilmektedir.

Bu tür suçlara karşı toplumsal tepki sürecinde suçlu kadar suç mağduru da toplumdan soyutlanmaktadır. Cinsel suç mağduru küçüğün bir an önce bu olayın şokundan kurtulup, topluma adapte olması gerekirken, uzun süren yargılamalarla bu konunun gündemde tutulması, kişinin uzun süreli mağduriyetine sebep olmaktadır.

Sanık açısından

Ceza davalarındaki uzun süren yargılamalar, cezaların önleyici hassasını zedelemekte; suçluların suçla ceza arasında ilişki kurmasını güçleştirmektedir.

Cezanın şahsiliği ilkesine göre, ceza suçu işleyen kişiye verilir. Uzun yargılama süreçlerinde, suç işleyen kişi pişman olmuş, değişmiş, yeni bir düşünce ve duygu kalıbına girmiş olabilir. Bu durumdaki birine ceza vermenin, "ceza suç işleyen kişiye verilecek" ilkesine ters düştüğü ileri sürülebilir. Bu konuda Adalet Bakanlarından Sayın M. Oltan SUNGURLU'nun Gazeteci Yazar Emin ÇÖLAŞAN'la yaptığı söyleşide "Sanık, duruşması başlanan suç 10 yıl önce işlemiş ise, mahkum edilen kişi acaba hala aynı suçlu mudur? Aynı insan mıdır?" diyerek, suçlunun cezasını sığağı sığağına uygulaması gerektiği belirtilmiş, böylece cezadan hem mağdurun, hem toplumun, hem de suçlunun etkilenmesinin sağlanabileceği vurgulanmıştır.

2.6.5 Avukatların Rolü

İster ceza davalarında olduğu gibi hakimın katılımı aktif; isterse ilke olarak hukuk davalarındaki gibi pasif olsun, mahkemelerce karara bağlanan iş sayındaki artışa avukatların aktif katılımı oldukça etkili olmaktadır. Almanya'da yapılan bir araştırma bu savımızı teyid etmektedir. Nitekim, Ceza ve Hukuk Yargılama Usulü Kanunlarımızda hızlandırmaya yönelik düzenleme-

(15) **Hürriyet Gazetesi** (8.3.1987) s. 9; U. İbrahimhakkıoğlu. **Adalet Reformu ve Adli Mevzuat**. Ank. 1987, s. 73

lerin istenilen sonucu vermediği; ceza usulünün 24 kez, hukuk usulünün 28 kez değiştirildiği görülmüştür. Hızlandırmaya yönelik düzenlemelerin bir sınırı olduğu, bu sınır aşıldığında yargılamanın daha da yavaşlayacağı göz ardı edilmemelidir. Bu sınır aşıldığında avukatların frenleme işlevine yönelecekleri meşhur İtalyan usülcüsü Piere CLEMENDREI tarafından ifade edilmiştir (16).

2.6.6. Karar Türü Dağılımı

Ceza mahkemelerinde verilen kararların türü itibariyle oransal (%) dağılımı şöyledir:

| Türü | % |
|----------------------------|------|
| Mahkumiyet | 54.2 |
| Davanın düşmesi | 25.9 |
| Beraat | 15.1 |
| Görevsizlik ve Yetkisizlik | 3.5 |
| Birleştirme | 1.3 |

Bu dağılım, mahkemelerde "verimlilik" ilkelerine ters düşen bir görünüm sunmakta; mahkemelerin büyük ölçüde biçimsel süreç doğrultusunda ağır iş yüküyle karşılaşmasının göstergesi olmaktadır. "Ne demektir bu? Koca ceza adaleti mekanizması bedava mı çalışıyor, diğer bir anlatımla boşuna mı çalışıyor (17)?"

1970-1978 yıllarını kapsayan devrede ise Fransız ceza mahkemelerindeki yıllık mahkumiyet yüzdesi 98.2 ila 98.9 arasında iken (18) Japonya bölge ceza mahkemelerinde bu oran % 99.99'a yükselmektedir.

Ülkemizde iş yükünün yoğunluğu özellikle metropol kent mahkemelerinde hakimleri verimsiz ve stresli çalışmaya zorlamanın ötesinde taraflara verilmesi gereken savunma sürelerini de azaltmaktadır.

2.6.7. Ceza uygulamasında farklılıklar

Ülkeler bakımından, ceza uygulaması ve uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezaların süresi bakımından farklılıklar olduğu gibi aynı ülkede mahkemeler

(16) P. Calamandrei. **Procedure and Democracy**, New York, 1956, p. 82.

(17) Bkz. Ord. Prof. S. Dönmezer. "Geç Adalet, Adaletsizliktir" **Günaydın** (8.4.1990) s. 7

(18) Ministère de la Justice. **Compte General de L'Administration de la Justice Penale**, Paris 1982, p. 25

uygulanması bakımından da farklılıklar vardır. Bu tür ülke içi mukayeseler Kanada, Avusturalya, U.S.A. ile İngiltere ve Galler için yapılmıştır. İngiltere ve Galler'deki 30 Sulh Mahkemesinde ceza tayini karşılaştırılmasında bir mahkeme önüne gelen suçluların % 46'sını para cezasına mahkum ettiği halde diğerinde bu uygulamanın % 76'ya ulaştığı; hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması bakımından ise bu oranın yüzde 3'den 19'a kadar değişme gösterdiği saptanmıştır. Yalnız mahkemelerde yıllar itibariyle değişime tanık olunmamıştır (19).

Ülkeler bakımından yaptırım türleri dağılımında farklılık olağan ise de; belirgin ortak yan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının azalma eğilimi gösterirken, para cezalarının Avrupa Konseyi Üyesi devletlerde artma eğilimi göstermesidir (20). Nitekim Türkiye ile İsveç'deki uygulama yüzdeleri karşılaştırıldığında bu özellik kanıtlanmaktadır:

| | Türkiye (%) | İsveç (%) |
|--------------------------|----------------|--------------|
| Para Cezası | 65.7 | 44 |
| Erteleme | 16.2 | 15 |
| Probasyon | ... | 10 |
| Hürriyeti bağlayıcı ceza | 14.3 | 24 |
| Diğer | 3.8 | 7 |

Mahkemelerce uygulanan cezalar arasında farklılığın yalnızca bir kısmı önlerine gelen suçların tiplerindeki farklılıkla ve / veya halkın tepkisi ile açıklanabilir. Türkiye için ceza uygulamasına ilişkin mukayeseli bir araştırma yok ise de, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif ceza ve tedbir uygulamasındaki değişkenliği belirlemek üzere 31.12.1986 tarihinde ağır ceza merkezlerinde altı aydan az süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü olanların dağılımının karşılaştırılması yapılmıştır. Türkiye genelinde bu oran % 9 iken, Ağır Ceza Merkezleri arasında bu yüzdenin (0)'dan (3)'e kadar değiştiği görülmüştür. Bu değişimde Ağır Ceza Mahkemelerinden % 73'ü Türkiye ortalamasının altında (Bergama, Ceyhan, Dinar, Karaman, Sandıklı, Siverek ve Zile 0 iken) % 27'si ise ortalamanın üstünde bir yüzde görünümü (en

(19) Home Office. *Sentencing Practice in Magistrates' Courts*. London 1979, p. 43; Ayrıca bkz. H. Pulur " 2 İngiliz yargıcı, 2 esrar kaçakçısı" *Milliyet* (5.3.1972), s. 5.

(20) Osmanlılarda para cezası uygulaması bkz. U. Heyd. *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973, p. 283.

fazla yüzde gösteren merkezlerden 6 aydan az cezaya hükümlü yüzdesinin 30'dan fazla olduğu Bakırköy, Boğazlıyan ve Kartal) vermektedir.

2.6.8. Mahkemelerin yapısı ve uzmanlaşma

Anayasa ve adli geleneklerimizin el verdiği ölçüde, mahkemelerin teşekkülü, isnat edilen suçun ağırlığı, mahiyeti, teknik yanı ve griftliği gözönüne alınarak belirlenmelidir.

Kurul tarafından görülen davalarda kuruldaki hakim sayısı minimum olmalı (üç) ve davanın ciddiyeti elverdiğinde de, özellikle sanığın suçunu itiraf ettiği halde tek hakimle yetinilmeli ve sanığın tutuklu olması halinde de kuruldaki sayı hiçbir zaman üçten fazla olmamalıdır (21).

Ceza mahkemelerinin kuruluşu uzmanlaşma unsurunu da beraberinde getirmektedir. Ceza davalarında özellikle ekonomik yanı ağır basan suçlara ilişkin olanlarının yargılanması gittikçe zorlaştığından; bunları yargılayacak hakimlerin yeterli eğitim ve tecrübe sahibi olması da artık bir gereklilik arz etmektedir. Aynı gereksinme kovuşturma ve itham makamları içinde geçerlidir. Bunların ekonomi, psikoloji, muhasebe, adli tıp alanlarında yeterli bilgi veya uzmanlığa ihtiyacı bulunmaktadır. Nitekim bu ihtiyacın gereği Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1985-1989) 1987 yılı programında, bir tedbir olarak ekonomik suçların yoğunluk gösterdiği ağır ceza merkezlerindeki Cumhuriyet Savcılarının işletme ve ekonomi ihtisas alanlarında özel bir eğitime tabi tutulması... öngörülmüştür. Bu ihtiyaç bazı ülkelerde çok önceleri algılanmış, Belçika, Almanya, U.S.A. ve Japonya örneklerinde ekonomik suçlar için uzman savcılık büroları oluşturulmuştur.

Özet olarak, gittikçe griftleşen suçlar hakkında algıların anlamlı olması için genelde bilgilerin artırılmasına duyulan gereksinme yanında soruşturma, savcılık ve mahkeme evrelerinde de ekonomi, finansman, muhasebe, adli psikoloji, tıp, psikiyatri ve adli tıp alanlarındaki yeterli sayıda uzman kişinin yardımına başvurulabilmelidir.

2.6.9. Koordinasyon

Sanığın duruşmaya çıkarılmaksızın aylardır tutuklu kalması adil olmadığı gibi ciddi bir suçla itham edilen sanığın duruşmasız aylardır serbest kal-

(21) Conseil De L'Europe. **Simplification de la justice penale**. Strasbourg 1988, pp. 36-37.

ması da o derece adil değildir. Gecikme uğruna gecikme ekseriye tutuksuz sanık ve kefalete rapten salıverilmiş sanık lehine olmaktadır. İşte bu nedenle kamu güvenliği açısından ağırlıklı suçlara önemle eğilmek üzere; sistem-girdisinde iş yükü azaltılmasına yönelik olarak sistemin çeşitli evrelerinde karar verme durumundaki kuruluş ve birimler arasında iletişim ve işbirliği yoğun ölçüde gerçekleştirilmeli, sistemin işlevinde gerekli olan iletişim ve işbirliğinin etkinliği için üst düzey kuruluş temsilcilerinin katıldığı irdeleme ve koordinasyon toplantıları yapılmalıdır. Böylece sistemin öğeleri arasındaki irtibatlandırma bilinçli hale getirilebilecek ve 1980 yılı öncesi Türkiye'sinde olduğu gibi kollukça "biz yakalıyoruz, mahkemeler serbest bırakıyor" şeklindeki şikayetlere tanık olunmayacaktır. Üzerinde önemli durulması gereken bir hususta istatistiki verilerdir. Zira sisteme bütünlük sağlamanın en asli şartı-sistem girdisinden çıktısına kadar geçen sürede olgular ve insanlar hakkında verilen karara dair istatistik tablolarının çıkarılması için işlevsel istatistiklerin kolluk biriminde tutulması ve yayınlanmasının sağlanmasıdır.

3 – YARGITAY

Mahkemelerin hükümlerini yargısal denetime yetkili yüksek mahkeme olan Yargıtay 18.10.1982 gün ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 154. maddesinde Yüksek Mahkemeler kapsamında ele alınmış ve Anayasa'ya göre yapılan düzenleme sonucu hazırlanan 2797 sayılı Yargıtay Kanunu 8.2.1983'de yürürlüğe girmiştir. Bu tarihte 16 Hukuk ve 9 Ceza Dairesinden oluşan Yargıtay'a 3749 sayılı Kanunla 5 Daire ilave edilerek Yargıtay'da 20 Hukuk, 10 Ceza Dairesi olarak; toplam daire sayısı 30 ve toplam üye kadrosu da 236'ya yükselmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Cumhuriyet Başsavcısı, Cumhuriyet Başsavcı Vekili ile Cumhuriyet Savcılarından oluşmaktadır.

Çeşitli ülkelerin mahkeme sistemi ve iş yükü dağılımını içeren aşağıdaki tablo incelendiğinde, Türk Yargıtay'ının *sui generis* bir üst mahkeme niteliğinde olduğu ve istinaf mahkemeleri kurulmadığında Yargıtay'a yeni daireler eklenmesinin kaçınılmaz olacağı gözardı edilmemelidir.

(1989)

| Ülke | Temyiz Mahkemesi Statüsündeki Mahkemeler | Yıllık Karar Sayısı | Istinaf Mahkemesi Sayısı | Yıllık Karar Sayısı | Bidayet Mahkeme Sayısı | Yıllık Karar Sayısı |
|------------|--|---------------------|--------------------------|---------------------|------------------------|---------------------|
| Avusturya | Yargıtay | 4.700 | 4 | 26.000 | 230 | 4.000.000 |
| | Anayasa Mah. | 2.000 | - | - | - | - |
| | Danıştay | 41.000 | - | - | - | - |
| Belçika | Yargıtay | 3.200 | 5 | 38.000 | - | 6.000.000 |
| Danimarka | Anayasa Mah. | 300 | 2 | 9000 | 84 | 250.000 |
| Almanya | Anayasa Mah. | 2.600 | 9 | - | - | 2.600 |
| | Yargıtay | 8.000 | 20 | 63.000 | - | 2.100.000 |
| | Sosyal Mah. | 700 | 11 | 8.000 | - | 56.000 |
| | İş Mahkemesi | 500 | 24 | 7.000 | - | 92.000 |
| | Mali Mah. | 2.800 | - | - | - | 23.000 |
| | Danıştay | 3.400 | 10 | 15.000 | - | 18.000 |
| Finlandiya | Yargıtay | 3.800 | 4 | 12.000 | 105 | 160.000 |
| | Danıştay | 5.900 | 3 | 7.000 | 18 | 47.000 |
| Norveç | Yargıtay | 800 | 5 | 4.100 | 96 | 37.000 |
| Portekiz | Anayasa Mah. | 400 | 1 | 1.000 | - | - |
| | Yargıtay | 1.800 | 4 | 15.000 | - | 1.130.000 |
| | Danıştay | 2.200 | - | - | - | - |
| İsveç | Yargıtay | 200 | - | - | - | - |
| | Yük. İdari Mah. | 300 | - | - | - | - |
| | Yük. İş Mah. | 200 | 10 | 48.000 | 124 | 300.000 |
| | Yüksek Konut Mah. | 700 | - | - | - | - |
| | Yük. Sos. Sig. Mah. | 1.100 | - | - | - | - |
| İsviçre | Federal Mah. | 4.100 | 26 | Veri Yok | - | Veri Yok |
| Türkiye | Anayasa Mah. | 56 | - | - | - | - |
| | Uyuşmazlık Mah. | 115 | - | - | - | - |
| | Yargıtay | 243.799 (*) | - | - | 646 (**) | 2.398.405 |
| | Danıştay | 21.662 | 22 | 9482 | 22 | 89.735 |

(*) Yargıtay yıllık karar sayısında ilgili daireye gönderme, red ve iadeye ilişkin kararlar toplama dahil edilmemiştir.

(**) Bidayet mahkeme sayısı il ve ilçe bazında alınmıştır.

3.1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gelen 102.016 dosyadan % 85'i yıl içinde sonuçlanırken, ortalama sürenin 35 gün olduğu hesaplanmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gelen ve çıkan dava ile değişimlerin yıllara göre dağılımı ve ortalama bekleme süresi aşağıda gösterilmiştir.

| Yıllar | Gelen | Değişim % | Çıkan | Değişim % | M |
|--------|---------|-----------|---------|-----------|-----|
| 1983 | 80.101 | 100 | 71.800 | 100 | 136 |
| 1984 | 88.167 | 110 | 90.423 | 126 | 128 |
| 1985 | 90.687 | 113 | 88.150 | 123 | 128 |
| 1986 | 105.772 | 132 | 103.127 | 144 | 119 |
| 1987 | 95.888 | 120 | 119.880 | 167 | 79 |
| 1988 | 78.769 | 98 | 88.037 | 123 | 31 |
| 1989 | 102.016 | 127 | 86.696 | 121 | 35 |

1988 yılındaki azalma eğilimi 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4. maddesinin 4. fıkrasının değiştirilmesi hakkındaki kanunla (uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir) hükmü sonucu olup; 1988 yılında değişim 120'den 98'e kadar inmiştir (Kanun no: 3335 Kabul Tarihi: 15.4.1987). Ne varki, 3506 sayılı kanunun 6. maddesi ile getirilen (bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez) hüküm bu trendi durdurmuştur (Kanun no: 3506 Kabul T: 7.12.1988).

3.2. Ceza Daireleri

1989 yılı itibarıyla 9 ceza dairesinde toplam 102.506 dosyadan % 84'ü sonuçlandırılırken ortalama süre 77 gün olarak hesaplanmıştır. Ceza Dairelerinde verilen kararların oransal dağılımı ile ortalama yargılama süresinin yıllara göre dağılımı ise aşağıda verilmiştir.

| Yıllar | Onama | Bozma | Diğer | M |
|--------|-------|-------|-------|----|
| 1983 | 57.2 | 33.4 | 9.4 | 28 |
| 1984 | 55.5 | 32.2 | 12.3 | 30 |
| 1985 | 54.8 | 36.3 | 8.9 | 38 |
| 1986 | 57.1 | 33.0 | 9.9 | 48 |
| 1987 | 57.1 | 28.5 | 14.4 | 74 |
| 1988 | 52.5 | 27.9 | 19.6 | 98 |
| 1989 | 45.6 | 41.5 | 12.9 | 77 |

3.3. Ceza Genel Kurulu

Ceza Genel Kuruluna gelen 446 dosyadan %95'i yıl içinde karara bağlanırken, ortalama süre 39 gün olarak hesaplanmıştır. Ceza Genel Kurulunca verilen kararların oransal dağılımı ile ortalama yargılama süresinin yıllara göre dağılımı ise aşağıda verilmiştir.

| Yıllar | Onama | Bozma | Diğer | M |
|--------|-------|-------|-------|----|
| 1983 | 57.2 | 33.4 | 9.4 | 28 |
| 1984 | 55.5 | 32.2 | 12.3 | 30 |
| 1985 | 54.8 | 36.3 | 8.9 | 38 |
| 1986 | 57.1 | 33.0 | 9.9 | 48 |
| 1987 | 57.1 | 28.5 | 14.4 | 74 |
| 1988 | 52.5 | 27.9 | 19.6 | 98 |
| 1989 | 45.6 | 41.5 | 12.9 | 77 |

3.4. Üst mahkeme yanılığı

Bir sanatı icra etmenin zorluğu, onun akli dışı veya dikkatsizce icra edilmesi için özür teşkil etmemelidir. Ekseri davalarda, objektif geçmiş ve gerçekler hakkında mutlak anlamda doğru bilgi edinilmesinin insan gücü ötesinde oluşu yadsınamaz ise de, davanın gerçeklerine azami ölçüde yaklaşılması amacı yargıya egemen olmalıdır. Gerçekleri belirleme ihtimaline dayalı olduğundan, davaların gerçek olgularını belirlemede ihtimal oranının mümkün olduğunca yüksek olması için olanaklar zorlanmalıdır.

Hukuksal mitolojide, oldukça yaygın ve zararlı bir yanılığı üst mahkemelerin mahkemeler yönetiminin kalbini teşkil ettiğiidir. Bu yanılığı, kişileri duruşma hakimlerinin iyi eğitilmiş, adil ve onurlu kişilerden olup olmamasının önemli bulunmadığı gibi hatalı bir inanişaya yöneltmektedir. Bu inaniş ise büyük ölçüde, yüksek mahkemeler gözetimindeki kanun hükümlerinin kararları kontrol etmesi şeklindeki yanıltıcı fikirden kaynaklanmakta; yüksek mahkemelerin temyiz üzerine duruşma hakiminin gerçeği tespitteki hatalarına karşı tarafları koruyabileceği şeklindeki üst mahkeme yanılığıyla da destek bulunmaktadır. Ne varki, yukarıda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca verilen onama kararlarındaki yüzde oranları karşısında, bu savların "myth" olma özelliği dışında bir değeri olmayacaktır.

Temyiz aşamasında ise görüleceği üzere; delillerin algılanma ve değerlendirilmesinde şekli unsurların rol oynaması sebebiyle birinci derece mah-

kemelerinin görevi oldukça önemlidir. Bu yüzdendirki, yasama organınca vaz edilen normlar veya üst mahkeme kararları uyarınca hakimde gerçekte var olmayan bir yetenek yaratılmıyacağına göre onun deneyimleriyle kazandığı vasıfların periyodik eğitimlerle perçinlenmesi zorunludur. Aynı derecede güncelliğini koruyan bir sorunda bazı hakimlerin yeteneksiz, güçsüz, ön yargılı veya görev için başka nedenlerle uygun olmamasına rağmen bu türdekilerin sayısını enaza indirmek için ne yapıyoruz sorusu olacaktır. Çünkü, zayıf karakterli ve alması gereken eğitimden nasibini alamamış hakimlerin sayısı "kaçınılmaz" olandan daha fazla ise o zaman hiçte tatminkar olmayacak bir adalet sistemimiz olduğu gün ışığına çıkacaktır. Buda Türkiye'deki mevcut Hukuk Fakültesi sayısını artırmak yerine eğitimde kaliteyi arttırmaya yönelik çalışmalar çerçevesinde lisans ve hizmet öncesi aşamalarda yüksek bir standarda ulaşılmasını zorunluluk haline getirmektedir.

4 – CEZAEVLERİ

Ceza ve infaz siyasetine egemen olan temel ilkelerden başlıcaları şunlardır:

- * Cezaevi yönetiminin hükümlüleri hukuka uyarlı bir vatandaş olaları yolunda teşvik ederek toplumun korunmasına katkıda bulunması;
- * Kişilerin onuruna, toplum üyesi olarak bireylerin haklarına ve insanın gelişme potansiyeline saygı duyulması;
- * Hükümlünün hukuka uyarlı bir yaşam sürme potansiyeline sahip olduğunun tanınması;
- * Ceza infaz kurumlarının belirlenen amaçlarına ulaşmasında ana kaynağının kendi personeli olduğu ve tüm çabalarda temel unsurun insani ilişkilerde odaklandığı gerçeğinin yadsınamaması;
- * Amaç görevlerin gerçekleştirilmesi için ulusal ve uluslararası düzeydeki kavram, bilgi, değer ve deneyimlerin personele mal edilmesi;
- * Hizmetin kamuoyunda şeffaflık sağlayıcı; vakar verici nitelikte yürütülmesi; yıllık raporlarla kamuoyunun bilgilendirilmesi; basın mensuplarıyla zaman zaman yuvarlak masa toplantıları düzenlenmesi.

Bu ilkeler Avrupa Cezaevi kurallarında ayrıntılı bir şekilde formüle edilmiştir. Şöyleki, Kuralların birinci maddesine göre hürriyetten yoksunluk insana saygıyı sağlayıcı maddi ve manevi koşullarda ve bu kurallara uygunluk içerisinde gerçekleşir (22). Buna göre cezaevlerinin kamuoyu denetimine

(22) Avrupa Konseyi. **Avrupa Cezaevi Kuralları** Strasbourg 1987 (Ter. M. T. YÜCEL) Ank. 1987; Ç. Emeç. "İnsanca" **Hürriyet** (23.1.1991) s. 5

açılması; gerek T.B.M.M. İnsan Hakları İnceleme Komisyonunun ziyaretlerinde ve gerekse Avrupa İşkence Sözleşmesi uyarınca kurulan İşkence Komitesinin üyelerine bahsettiği denetim hakkında kendini gösterirken arzuladığı yasal teminata da kavuşmuştur. Bu kurallara uyum sağlama sürecinde cezaevi nüfusunun kapasitesini aşmasında ayrı bir sorundur. Her ne kadar geçmişte bu sorunu gidermek için af kanunlarına başvurulmuşsa da; bu kanunlar, ceza infaz siyasetindeki gelişmeler sonucu cezaevleri girdisi ile kalış süresinde beliren azalma sonucu artık bir gereksinme olmaktan çıkmıştır. Yıllar itibarıyla cezaevlerinde yüzbin nüfusa karşılık bulunan mahsup (hükümlü ve tutuklu) sayısı Avrupa ölçeğinde nüfus yoğunluğuna göre 2. sırada iken son zamanlarda 5. sıraya düşmüştür. Altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü olanların oranı 1962 yılında % 91 iken 1989 yılında % 52'ye inmiştir (23).

Hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlülerin ceza sürelerine göre dağılımı (1962)

| Süre | Sayı | % |
|-------------------------|----------------|------------|
| 6 Aya kadar | 189.173 | 91 |
| 6 Aydan 1 Yıla Kadar | 8.567 | 4 |
| 1 Yıldan 3 Yıla Kadar | 5.987 | |
| 3 Yıldan 10 Yıla Kadar | 2.371 | |
| 10 Yıldan 15 Yıla Kadar | 776 | 5 |
| 15 Yıldan yukarı | 796 | |
| Müebbet Hapis | 52 | |
| Toplam | 207.722 | 100 |

Cezaevlerine 1989 yılı içinde 41.028 hükümlü girerken, 42.739 hükümlü çıkmıştır. Cezaevlerinde bulunan hükümlülerin yaşlarına ilişkin mod 22-39 yaş grubudur. Cezaevi hükümlü nüfusunun % 65'i bu grupta bulunmaktadır. Hükümlülerin ceza süreleri incelendiğinde 1 gün – 1 ay mod grubunda olanların oranının % 37.1; ve 3 yıl veya daha az ceza süresine hükümlü oranının % 85.2 olduğu görülmektedir.

Cezaevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların yıl ortası itibarıyla yıllara göre değişimi ve dağılımı aşağıda gösterilmiştir.

(23) M. Lopez-Rey. **Türkiye'de Suçluların İslahı Üzerine Rapor**, (Ter. M. T. YÜCEL) Ank. 1967, s.; F. Gölcüklü. **Türk Ceza Sistemi**, Ank., 1966, s.98.

| Yıllar | Hükümlü | % | Değişim | Tutuklu | % | Değişim |
|----------|---------|------|---------|---------|------|---------|
| 1.6.1983 | 46.935 | 62.1 | 100 | 28.597 | 37.9 | 100 |
| 1.6.1984 | 46.431 | 64.5 | 99 | 25.539 | 35.5 | 89 |
| 1.6.1985 | 46.508 | 65.3 | 99 | 24.727 | 34.7 | 97 |
| 1.6.1986 | 33.543 | 64.1 | 72 | 18.770 | 35.9 | 66 |
| 1.6.1987 | 30.919 | 62.4 | 66 | 18.614 | 37.8 | 65 |
| 1.6.1988 | 31.677 | 63.4 | 67 | 18291 | 36.6 | 64 |
| 1.6.1989 | 29.452 | 62.1 | 63 | 18.355 | 37.9 | 64 |

SONUÇ

Nüfus artışını da kapsayan sosyal yapıdaki gelişmeler, toplumsal dinamiklerdeki hareketlenme sonucu oluşan yeni suç türleri ile klasik suçlardaki artışın ortaya çıkardığı sistem girdisindeki iş yükünü "makul sürede" çözümlenememektedir. Bu durum karşısında ceza adaletinin iflas ettiği, kozmetik bir vasıta olma ötesinde bir işlev görmediği şeklindeki uç görüşlere tanık olduğumuz Avrupa'da; sistem girdisinin azaltmaya yönelik tedbirlere başvurulmaktadır. İndirgeci siyaset olarak adlandırılan bu tedbirlerden başlıcaları şunlardır:

- * Önleme (suçların önlenmesi)
- * *De-kriminalizasyon* (kanunen suç olmaktan çıkarma)
- * *De-facto de-kriminalizasyon* (toplumsal hoşgörü sonucu bazı suçlar hakkında takibata girilmesi)
- * Kolluk ve C. Savcılığı evrelerinde süzgeçleme
- * Sosyal yaklaşım.

Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin çoğunda son kırk yıllık sürede ceza hukukunun egemenlik alanı daralmış ve tümü ceza hukuku ile dolu olması gereken suçlulukla mücadele bardağın yarısı boşaltılmıştır. İşte bu boşalan kısım için Avrupa Konseyi XIX Kriminolojik Araştırma Konferansında (26-29 Kasım 90 Strasbourg) sosyal stratejilerin öngörüldüğü ceza adaleti dışındaki tedbir ve müesseseler tavsiye olunmasına rağmen konuya ne yalnızca ceza hukuku ve ne de sosyal stratejilerle yaklaşılmalı; her tekeli gibi "ceza" tekeli veya "sosyal" tekelin tehlikesi gözönüne alınarak her ikisinin dengeli varlığı üzerinde durulmalıdır. Ceza adaleti mekanizmamız için artık konunun sosyal yanından yola çıkarak dengenin kurulması zamanı gelmiştir.

Bu anlayış doğrultusunda Türkiye'de çağdaş ceza siyaseti gereğince 13.7.1965 tarihli Cezaların İnfazı hakkındaki kanun oldukça önemli bir başlangıç olmuş; anılan kanunda 16 kez yapılan değişiklikle sistemin son hal-kasında yer alan cezaevlerindeki nüfus 100.000 nüfusa oranla önemli bir ölçüde azalma kaydetmiştir. İşte, "cezaevlerindeki girdi" sayısında sağlanan azalma (alternatif tedbir ve cevazlar ile erteleme sınırlarının genişletilmesi sonucu) yanında cezaevinde "kalış süresinin" kısaltılmasıyla (şartla salıverilme oranının yükseltilmesi ile özel indirim) geçimişin periyodik olarak çıkartılan af kanunlarına gerek kalmamıştır (24). Normatif düzenlemedeki bu çağdaş gelişmelere karşın ceza adaleti pratiğinde hızlı, nitelikli ve adil bir düzen sağlanamadığından 1991 yılı ilk beş ayında beraatle cezaevinden çıkan tutuklu oranı % 7 iken; son 27 yıllık sürede, ceza mahkemelerince verilen mahkumiyetlerde yalnızca % 4'lük bir artış gözlenmesi, yargılama sürecinde makul süreyi aşan örneklerin gün geçtikçe artmasına yol açmıştır.

Ceza adaleti sisteminde yer alan kuruluş ve birimlerin, kendi hizmet öncelikleri ve hedefleri doğrultusunda, tüm sisteme egemen olması gereken amaçlar silsilesiyle bağlantıdan yoksun olarak işlemleri yürütmesi ve her evredeki birimin verdiği kararlar, dosyayı bir sonraki birime göndermesi, artık sağlıklı bir iş akışı değildir. Bunun sonucu olarak ortaya çıkan gereksiz kamu davası – tutuklama – beraat zinciri – insan hakları ve verimlilik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

İşte ceza adaletindeki tüm olumlu düzenlemelerin istenilen sonucu verebilmesi bakımından adalet hizmetlerine yönelik aşağıda yer alan kavram ve ilkelerin "Adalet Bildirgesi" niteliğinde rehber olarak alınmasıyla mümkün olacaktır (25).

Bu kavram ve ilkeler üç ana grupta toplanmaktadır.

(24) Avrupa ölçeğinde geçerliliği için bkz. Conseil De L'Europe. **La gestion des établissements penitentiaires**. Strasbourg 1983 pp. 28-31.

Yeni düzenleme ile şartla salıverilmeden sonra yeniden suç işlenmesi halinde, yeni suç tarihinden sonra bakiye kalan cezanın çektirilmesi için şartlı salıverilmenin geri alınması söz konusu olmaktadır. Kriminolojik açıdan oldukça ileri olduğu kadar, mukayeseli ceza hukuku açısından ilk örnek düzenlemedir (T.C. Resmî Gazete Sayı 20019 T. 14.12.1988, 3506 sayılı Kanunla, 765 sayılı T.C.K. 17. maddesinin birinci fıkrasının değişik şekli).

(25) Ayrıca Bkz. Altıncı Beş Yıllık Kalkınma Planı (1990-1994) "Adalet Hizmetleri" T.C. Resmî Gazete (6.7.1989) Mükerrer ss. 193-194.

1 – Amaçlar :

- * Halkın adalete başvurusunu kolaylaştırmak;
- * Hukuk hakimiyetini korumak ve geliştirmek;
- * Ulusal ve uluslararası alanda yasal haklar ve sorumlulukların etkin bir şekilde tanınması ve tenfizini sağlamak;
- * Yargının bağımsızlığını korumak ve kollamak;
- * Adli personelin atamalarında yüksek standartlara uyumunu temin etmek;
- * ihtilafları hızlı, adil ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırmak;
- * Türk hukukunda iyileştirme ve/veya reform çalışmalarını sürdürmektir.

2 – Stratejik Hedefler :

- * Hukukçuların yeteneklerini ve mahkemelerin etkinliğini geliştirmek suretiyle, taraflara daha iyi ve oldukça etkili hizmet sunmak;
- * Adli yardım kurumu ile adalete başvuruyu sağlamak;
- * Birinci derece mahkemeler ile üst mahkemelerle gerekli kaynaklar arasında daha iyi bir denge kurmak;
- * Hukuku sadeleştirmek;
- * Adli araştırma ve çalışmalar ile eğitim imkanlarını geliştirmektir.

3 – Vasıtalar :

- * Tümünden adli müdahaleyi gerektirmeyecek türdeki ihtilafları mahkemelerden almak veya mahkemelerin müdahalesi kapsamını daraltmak.
- * Ceza adaletini bir sistem bütünlüğünde (Kolluk – C. Savcılığı – Mahkemeler – infaz) geliştirmek;
- * Ceza adaletindeki iş yükünü *de-kriminalizasyonu* süreci (suç olmaktan çıkartmak – idari cezaya dönüştürmek) ve "ön ödeme" ile azaltmak;
- * Hakimleri mahkemedeki iş yükü ve niteliğine göre eşlendirmek ve mahkemelerdeki görev dağılım dengesini korumak;
- * İhtilafların hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlandırılması amacıyla davalardaki birim maliyetini azaltacak elektronik destekli dava yönetimini sağlamaktır.

Hiç kuşkusuz, her düzenlemenin, siyaset oluşum döngüsünde, araştırma, değerlendirme, seçenekleri saptama, karar verme, uygulama, izleme ve yeniden değerlendirme aşamalarını içermesi gerekmekte olup; çözümler "kaynak sorun veya sorunlara" yöneltilmelidir (26). Bu bağlamda, istatistiki verilerle sistemin her evresindeki iş akışı niceliği gözönünde bulundurulmalı; darboğazlar giderilmelidir. Tüm bu süreçlerde kişilerin temel hak ve hürriyetlerine saygınlık temel olmalıdır (27).

Özet olarak, sorunlara analizci bir yaklaşımla eğilinmeli; sistemin bir evresinde yapılacak değişikliğin diğerleri üzerindeki etkisine göre gerekli önlemler alınmalıdır. Bu tür yaklaşım ise, araştırma ve planlamayı öngördüğünden, kriminolojik araştırmalara ulusal düzeyde ağırlık verilmesi bir zorunluluktur. Umudumuz, türünde yapılmış ilk araştırma örneği olarak bu çalışmanın ceza adaleti üzerine yapılacak çok yönlü araştırma projelerine yardımcı olmasıdır (28).

(26) T. Titiz. **Sorun Nasıl Çözülmez** Ank., 1990 s. 30.

(27) F. Erem. **Ceza Usulü Hukuku**, Ank., 1973, s. 31.; M. T. Yücel. **Kriminoloji - Suç ve Ceza**. Ank., 1986, s. 404; "Çocuk Suçluluğu ve Mahkemeler" **Türkiye'de Çocuğun Durumu** (1990'ların Çocuk Politikası Kongresi) Ank., 1989, s. 173.

(28) Bkz. Council of Europe. **Historical Research on Crime and Criminal Justice**, Strasbourg, 1985.

CEZA HUKUKUNDA KÜÇÜKLERİN TEDBİR SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BİRKAÇ PROBLEM

Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU (*)

• ANLATIM DÜZENİ 1- GİRİŞ. 2- FİİLİ İŞLEDİĞİ TARİHTE ONBİR YAŞINI DOLDURMAMIŞ OLAN KÜÇÜKLER. 2.1- TEDBİR SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI. 2.1.1- Yasal Düzenleme. 2.1.2- İşlenen Fiilin Bir Seneden Fazla Hapis Veya Daha Ağır Bir Cezayı Gerektirmesi. 2.1.3- İşlenen Fiilin Cürüm, Kabahat, Kasti Veya Taksirli Bir Fiil Olması Sorunu. 2.2- TEDBİR KARARINI VERECEK MAKAM. 2.2.1- Yasal Düzenleme. 2.2.2- Görevli Makam. 2.2.3- Tedbir Talebi. 2.3- TEDBİR UYGULAMASI. 3- FİİLİ İŞLEDİĞİ TARİHTE ONBİR YAŞINI BİTİRMİŞ OLUP ONBEŞ YAŞINI DOLDURMAMIŞ VE FARİK VE MÜMEYYİZ OLMAYAN KÜÇÜKLER. 3.1- TEDBİR SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI. 3.1.1- Yasal Düzenleme. 3.1.2- Tedbir Sorumluluğu İçin İşlenen Fiillerin Cezasının Belirli Ağırılıkta Olup Olmaması Sorunu. 3.1.3- İşlenen Fiilin Cürüm, Kabahat, Kasti veya Taksirli Bir Fiil Olması Sorunu. 3.2- TEDBİR KARARINI VERECEK MAKAM. 3.2.1- Yasal Düzenleme. 3.2.2- Görevli Makam. 3.2.3- Tedbir Talebi. 3.3- TEDBİR UYGULAMASI. 4- FİİLİ İŞLEDİĞİ TARİHTE ONBEŞ YAŞINI DOLDURMAMIŞ OLAN SAĞIR VE DİLSİZLER. 4.1- TEDBİR SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI. 4.1.1- Yasal Düzenleme. 4.1.2- Tedbir Sorumluluğu İçin İşlenen Fiillerin Cezasının Belirli Ağırılıkta Olup Olmadığı Sorunu. 4.1.3- İşlenen Fiilin Cürüm, Kabahat, Kasti Veya Taksirli Bir Fiil Olması Sorunu. 4.2- TEDBİR KARARINI VERECEK MAKAM. 4.2.1- Yasal Düzenleme. 4.2.2- Görevli Makam. 4.2.3- Tedbir Talebi. 4.3- TEDBİR UYGULAMASI. 5- DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ AÇISINDAN SORUNUN İNCELENMESİ. 6- TÜRK CEZA KANUNU İLE ÇOCUK MAHKEMELERİ KANUNU ARASINDAKİ İLİŞKİ.

1 - GİRİŞ

2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun genelde Türk Ceza Kanunu'na paralel düzenlemelerde bulunmasına rağmen, bazı durumlarda TCK.nu ile çatışmakta, bazen de ortaya yeni sorunların çıkmasına neden olmaktadır. Biz bu çalışmamızda çocuk mahkemeleri tarafından küçüklere tedbir uygulanması durumunda karşılaşılabilecek birkaç problem üzerinde durmak istiyoruz.

(*) Ankara Adli Yargı Hâkim Adayı.

2 – FİİLİ İŞLEDİĞİ TARİHTE ONBİR YAŞINI DOLDURMAMIŞ OLAN KÜÇÜKLER

2.1 TEDBİR SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

2.1.1 Yasal Düzenleme

TCK.nun 53. maddesinin ikinci fıkrasında "... fiil kanunen bir seneden ziyade hapis veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm olduğu takdirde..." tedbir uygulanır denirken; Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrasında "... fiil kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır bir cezayı müstelzim ise ... tedbir uygulanır" denmektedir.

2.1.2 İşlenen fiilin bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektirmesi

Her iki kanun maddesinde tedbir sorumluluğu için bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir ceza tabirini kullanmıştır. Bir seneden fazla hapis ne demektir? İlgili fiil için öngörülen cezanın üst haddinin bir seneyi aşması demektir (1). Üst haddi bir yıl ise kanımızca tedbir uygulanmayacaktır. Bir yıllık üst had her bir fiil için ayrı ayrı dikkate alınacaktır.

Her iki kanunda "daha ağır ceza" tabiri geçmektedir. Bir yıldan fazla hapisten daha ağır ceza, ağır hapis ve bir yıldan fazla hapis cezası mı demektir? Bir yıldan fazla hafif hapis cezası daha ağır ceza sayılmayacak mıdır? Ağır hapiste bir yıl şartı aranmayacak mıdır? Kanımızca "bir yıldan fazla hapis cezasından daha ağır ceza" tabirinden, süre olarak bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza anlaşılmalıdır. Aslında sorun hapis veya daha ağır hapis değil, özgürlüğü bağlayıcı ceza tabiri kullanılarak tartışmasız kılınabildi. Asıl tartışma, özgürlüğü bağlayıcı cezaların ülkemizde gereksiz yere hafif hapis, hapis, ağır hapis ve ölüm cezası olarak alt gruplara ayrılmasından çıkmaktadır.

Tedbir uygulaması konusunda olması gereken, üst had tesbit etmek-tense, somut duruma göre mahkemeye takdir hakkı tanımadır.

2.1.3 İşlenen fiilin cürüm, kabahat, kasti veya taksirli bir fiil olması sorunu

İşlenen fiilin cürüm, kabahat, kasti veya taksirli bir fiil olmasının tedbir sorumluluğuna etkisi var mıdır? Gerek ÇMK., gerekse TCK. işlenen fiilin

(1) 4. CD., 24.6.1986, 4086/4929

kasti veya taksirli olması konusunda bir ayırıma gitmemişler, her iki durumda da tedbir sorumluluğunu kabul etmişlerdir. Kast, "bilme ve isteme" olarak tanımlanırsa, tasirli suçlarda isteme unsuru bulunmayacağından tedbire hiç başvurulmamalıdır. Ancak kanun koyucu böyle bir fiil işlemekle tehlikeli kişiliğini ve kötü ahlâkını ortaya koyan küçüğü islah etmek ve bu arada toplumu korumak için bu halde de tedbir sorumluluğunu kabul etmiştir.

İşlenen fiilin cürüm veya kabahat olması tedbir sorumluluğuna etki eder mi? TCK.nun 53. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça "bir seneden fazla hapis veya daha ağır cezayı gerektiren cürüm" tabiri kullanılmışken, ÇKK.nun 11. maddesinin ikinci fıkrasında "bir yıldan fazla hapis veya daha ağır cezayı gerektiren fiil" ifadesi kullanılmıştır. Bu durumda TCK.nun sistemine göre üst haddi ne olursa olsun, kabahatler tedbir sorumluluğunu gerektirmeyecektir, çünkü kanunda açıkça cürüm lafı kullanılmıştır. Ancak ÇMK.nunda böyle bir ayırıma gidilmediğinden kabahatler de tedbir sorumluluğunu gerektirir diyebilecek miyiz? Sorun "bir yıldan fazla hapisten daha ağır ceza" tabirinden ne anlaşıldığına bağlıdır. Eğer ağır hapis veya ölüm cezası anlaşılıyorsa, kabahatler tedbir sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Yok eğer, süre olarak bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza anlaşılıyorsa, kabahatler için uygulanan hafif hapis cezası da özgürlüğü bağlayıcı ceza olduğundan kabahatler de tedbir sorumluluğunu gerektirebilecektir. Kanımızca ikinci görüş daha isabetli olduğundan, ÇMK.nu açısından kabahatler de tedbir sorumluluğunu gerektirir.

ÇMK.nun 42. maddesinde "diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri küçük suçlular hakkında uygulanmaz" denmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere TCK.nun 53. maddesinin ikinci fıkrası, ÇMK.nun 11. maddesinin ikinci fıkrası ile çatışmaktadır. Ayrıca TCK., ÇMK.na göre hem genel hem de önceki yasa hükmündedir. ÇMK.nun sonraki ve özel yasa olması ve de 42. madde nedeniyle kabahatler de tedbir sorumluluğunu gerektirecektir.

2.2 TEDBİR KARARINI VERECEK MAKAM

2.2.1 Yasal düzenleme

TCK.nun 53. maddesinin ikinci fıkrasında "...cumhuriyet savcısının talebi üzerine mahkeme başkanı..." tabiri kullanılmışken, ÇMK.nun 11. maddesinin üçüncü fıkrasında "... mahkeme..." ifadesi kullanılmıştır.

2.2.2 Görevli makam

11 yaşını doldurmamış küçükler hakkında yanlışlıkla dava açılmışsa, muhakeme şartı yokluğu nedeniyle mahkeme düşme kararı verecektir (2). Düşme kararını mahkeme verdiği göre, tedbir sorumluluğuna ilişkin kararı kim verecektir? TCK.nun sistemini kabul ederek, düşme kararını mahkeme, tedbir kararını ise mahkeme başkanı vermelidir demek mantığa aykırıdır. Mehz kanunda da baştan tabiri kullanılmasına rağmen (3), bu çözüm tarzı kanımızca yanlıştır. ÇMK.nda mahkeme tabiri kullanıldığına göre ve de ÇMK. nun 42. maddesinin yanısıra, 2253 sayılı Yasanın özel ve sonraki yasa olması nedeniyle bu konuda TCK.nun çözüm tarzı benimesemez ve ÇMK. uygulanır.

2.2.3. Tedbir talebi

TCK.nda tedir kararının cumhuriyet savcısının talebi üzerine verilebileceği belirtilmesine rağmen, ÇMK.nda bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Çocuk mahkemesinin re'sen de tedbir kararı verebilemesi savunulabilirse de, uygulama savcının talepte bulunması yönündedir.

2.3 TEDBİR UYGULANMASI

Onbir yaşını doldurmamış küçük tarafından işlenen fiil, bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, TCK.nun 53. maddesinin ikinci fıkrasında ve ÇMK.nun 11. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere hakkında tedbir uygulanması gerekecektir. Anılan iki madde hukukun genel ilkelerinden olan ve 1982 Anayasası'nın da 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ve 2. maddesinde ifadesini bulan "hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" şeklinde özetlenen masumluk karinesine aykırıdır (4). Çünkü hakkında yargılama yapılamayan, son soruşturmaya başlanamayan veya yanlışlıkla başlanılmışsa derhal son verilen, kısaca suçlu olduğuna

(2) Fazla bilgi için bakınız: Ömer Faruk Eminağaoğlu, "Ceza Hukukunda Isnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 1991, sayı 2, s. 231 vd.

Yargıtay, yargılamanın durdurulması kararı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir (CGK., 4.5.1987, 6-121/251; YKD., Ocak 1988, s. 95-99).

(3) Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 582.

(4) Eralp Özgen, "Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemelerine Sunulan Yayınlanmamış Tebliğ", Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi, Ankara, 22-23 Haziran 1983

karar verilemeyen bir kişiye, sırf hakkında tedbir uygulanmasını gerektiren bir dava açılmış diye, yargılama yapmadan onu suçlu sayarak yasada belirtilen tedbirlerin uygulanması açıkça bu ilkenin ihlalidir. Bu maddeler nedeniyle onbir yaşından küçük olan bir kişi üzerine, bir seneden fazla hapis veya daha ağır cezayı gerektiren bir suç atılmış ise, hemen sanığa yasada belirtilen tedbirler uygulanacaktır. Oysa üzerine böyle bir suç atılmış olsa bile küçük, o suçun faili olmayabilir. Çünkü suçluluğu hakkında bir karar verilemeyen, yani hükmen suçluluğu sabit olmayan bir kişiye, sırf hakkında bir dava var diye masumluk karinesini bertaraf edip, yargılama yapmadan onu suçlu sayarak tedbir uygulamak mantığa ve hukuka aykırıdır.

O halde yasanın bu hükümleri yürürlükte kaldığı sürece ne yapılabilir? Eğer işlenen fiil tedbir uygulanmasını gerektiriyorsa, bu durumda mahkeme hemen düşme kararı vermemeli ve tedbir uygulamamalı, küçüğün o fiilin faili olduğu konusunda yeterli kanaat getirdikten sonra düşme kararı vererek tedbir uygulamasına karar verilmelidir. Yaş küçüklüğü nedeniyle muhakeme şartı yokluğundan hemen düşme kararı verilmesi gerekirken, hukuka aykırı bu maddeler nedeniyle, sorun ancak bu şekilde çözülebilmektedir.

3 – FİİLİ İŞLEDİĞİ TARİHTE ONBİR YAŞINI BİTİRMİŞ OLUP ONBEŞ YAŞINI DOLDURMAMIŞ VE FARİK VE MÜMEYYİZ OLMAYAN KÜÇÜKLER

3.1 TEDBİR SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

3.1.1 Yasal düzenleme

TCK.nun 54. maddesinin ikinci fıkrasında fail farik ve mümeyyiz değilse ve işlenen fiil bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı içeren cürümlerden ise, 53. madde hükümleri uygulanır demektedir. ÇMK.nun 12. maddesinin birinci fıkrasında ise "fiili işlediği sırada onbir yaşını bitirmiş olup da, onbeş yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında 20. maddeye göre yapılan inceleme, ceza tertibini gerektirmiyorsa mahkemece 10. maddede yazılı tedbirlerden biri uygulanabilir" şeklinde düzenlemede bulunulmuştur.

3.1.2 Tedbir sorumluluğu için işlenen fiillerin cezasının belirli ağırlıkta olup olmaması sorunu

TCK.nun 54. maddesinde işlenen fiil bir yıldan fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiren cürüm ise 53. madde delaletiyle tedbir uygulanır

denirken; ÇMK.nun 12. maddesinde böyle bir şart belirtilmemiştir. O halde ÇMK.nun sistemi kabul edilirse, küçüğe işlediği fiilin üst haddine bakılmaksızın, suç olan bir fiil işlemesi durumunda her halükarda tedbir uygulanacak mıdır? Yoksa bu hal boşluk kabul edilerek TCK.nun 54. maddesine göre doldurulacak mıdır?

Yukarıda başka vesilelerle belirtildiği gibi ÇMK.nun 42. maddesi ve ÇMK.nun sonraki ve özel yasa olması nedeniyle, TCK.nun 54. maddesi değil, ÇMK. dikkate alınacaktır. Ayrıca ÇMK.nun geçici 2. maddesinde "Küçükler hakkında bu kanunda gösterilen tedbir ve cezalar uygulanır" denmektedir. Ancak bu durum ortaya bir sorunun çıkmasına neden olmaktadır. Şöyle ki, onbir yaşını doldurmamış küçük hakkında, işlenen fiil bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa tedbir uygulanacak; ancak onbir yaşını bitirmiş olup onbeş yaşını doldurmamış ve farik ve mümeyyiz olmayan küçükler için böyle bir şart aranmadan her halükarda tedbir uygulanabilecektir.

Kanun koyucunun unutkanlığından ileri geldiğini sandığımız bu duruma rağmen, kıyas veya başka yollarla TCK.nun 54. maddesi bu dönemdeki küçüklere uygulanamayacaktır. Yargıtay yeni bir kararında, ÇMK.nun geçici 2. maddesinde "küçükler hakkında bu kanunda gösterilen tedbir ve cezalar uygulanır" denmesi ve de 12. maddede herhangi bir şart belirtilmemesi nedeniyle, bu dönemdeki küçükler hakkında TCK.nun 54. maddesi ve bu maddenin gönderilmesiyle 53. maddenin uygulanamayacağı, herhangi bir fiil işlenmesi durumunda üst haddine bakılmaksızın ÇMK.nun 12. maddesinin göndermesiyle 10. maddedeki tedbirlerin uygulanabileceği görüşünü benimsemiştir (5). Yargıtay'ın bu görüşü mevcut düzenlemeler açısından isabetlidir.

Olması gereken açısından üst had tesbit edilmiyerek somut duruma göre tedbir uygulanması mahkemenin takdirine bırakıldığı için bu düzenleme

(5) 2. CD., 11.07.1991, 7491/8593 (Yayımlanmamış karar).

İsabetsiz olarak 4. CD., 24.06.1986, 4086/4929 sayılı içtihatla, TCK.nun 54. maddesinin ikinci fıkrası nedeniyle ÇMK.nun 10. maddesi uygulanır denmekteydi. Gene CGK., 4.12.1989, 3-330/386 sayılı kararında bu dönemdeki küçüklere tedbir uygulanabilmesi için işledikleri fiillerin cezasının bir yıldan fazla hapis veya daha ağır bir ceza olması gerektiğini kabul etmiştir (YKD, Kasım 1990, s. 1684-1685). Yargıtay 4. CD., ve CGK., 11 yaşından küçüklerle, 11 yaşını bitirip 15 yaşını doldurmamış ve farik ve mümeyyiz olmayan küçükler hakkında tedbir konusunda yasalardan kaynaklanan farklılığı gidermek için böyle kararlar vermişlerdir. Ancak bu farklılık nedeniyle ortaya çıkan çarpık durum içtihatla değil, yasa değişikliği ile düzeltilebilir.

savunulsa bile, onbir yaşından küçükler için de benimsenmediğinden bir ilişki doğmuştur ve bu nedenle sistematik düzenleme kuralından sapılmıştır.

3.1.3 İşlenen fiilin cürüm, kabahat, kastı veya taksirli bir fiil olması sorunu

Onbir yaşından küçükler bölümünde de anlatıldığı üzere işlenen fiilin cürüm, kabahat, taksirli veya kastı bir fiil olmasının önemi yoktur. Her ne kadar TCK.nun 54. maddesinde cürüm tabiri kullanılmış ise de ÇMK.nun 12. maddesinde böyle bir sınırlama getirilmediğinden, TCK.nun çözüm tarzı benimsenemez.

3.2 TEDBİR KARARINI VERECEK MAKAM

3.2.1 Yasal düzenleme

TCK.nun 54. maddesi bu konuda 53. maddeye gönderme yapmakta olup, 53. maddeye göre tedbir kararını mahkeme başkanı verecektir. ÇMK.nun 12. maddesinin birinci fıkrasında ise tedbiri mahkeme verir demektir.

3.2.2 Görevli makam

TCK.na göre tedbir kararını mahkeme başkanı, ÇMK.na göre ise mahkeme verecektir. Bu aykırılık nasıl giderilecektir?

Küçük hakkında mahkeme duruşmayı açacak, işlediği ileri sürülen fiili araştırarak, küçüğün farik ve mümeyyiz olup olmadığı hususunu aydınlatacak, kararını verecek, ancak iş tedbir kararı vermeye gelince bu kararı mahkeme değil, başkan mı verecek diyeceğiz? Bütün bu işlemleri yapan mahkeme, tedbir kararını da kendisi verecektir. ÇMK.nun düzenlemesi de bu doğrultudadır. Sorun TCK.ndan kaynaklanmaktadır. Mehzaz kanunda tedbirin hakim tarafından verileceği belirtilmesine rağmen, yapılan tercümelemler sırasında bu ibare kanunumuza alınmamış ve doğrudan 53. maddeye atıf yapılarak mehazdan da ayrılmıştır (6). Ancak yapılan bu hata ÇMK. yürürlüğe girdiği için artık bizi etkilemeyecektir.

3.2.3 Tedbir talebi

TCK.nun 54. maddesi 53. maddeye göndermede bulunduğundan cumhuriyet savcısının talebi üzerine tedbir kararı verilebilir. ÇMK.nun 12. mad-

(6) Erem, age., s. 582

desinde ise böyle bir talep şartına yer verilmemiştir. Sonuç olarak bu dönemde yer alan küçükler hakkında şartları oluştuğunda mahkeme talep olmadan tedbir kararı verebilecektir. Savcı iddianamesinde küçüğe tedbir uygulanması yolunda bir talepte bulunmamışsa veya unutmussa, uygulamada yapıldığı gibi CMUK.nun 258. maddesine göre tedbir uygulanması için sanığa ek savunma hakkı vermek doğru değildir, böyle bir durum 258. madde ile amaçlanmamıştır.

3.3 TEDBİR UYGULANMASI

TCK.nun 53. ve ÇMK.nun 11. maddesine göre onbir yaşını doldurmuş küçükler hakkında tedbir sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde mahkemece tedbir kararı verilmesi zorunludur.

Onbir yaşını bitirmiş olup onbeş yaşını doldurmamış ve farik ve mümeyyiz olmayan küçükler hakkında sorun farklı çözümlenmiştir. TCK.nun 54. maddesinde "53. madde hükümleri uygulanır" demekle emredici bir kural konmuştur. 53. maddede de emredicilik sözkonusudur O halde TCK.na göre bu dönemdeki küçüklere şartları oluştuğunda tedbir uygulanması zorunludur.

Ancak ÇMK.nun 12. maddesinde "...tedbirlerden biri uygulanabilir" diyerek emredicilik bertaraf edilmiştir. Yukarıda çeşitli nedenlerle belirtildiği üzere, bu konuda da ÇMK. uygulanacaktır. O halde şartları oluştuğunda tedbir kararı verip vermemek mahkemenin takdirindedir. Bu çözüm tarzı isabetlidir. Ancak uygulamada makemeler bu takdir haklarını onbir yaşından küçükler hakkındaki düzenleme ile paralellik kurulsun diye bir yıldan fazla hapis veya daha ağır cezayı gerektirmeyen suçlar için kullanmayı pek tercih etmemektedirler.

4 – FİİLİ İŞLEDİĞİ TARİHTE ONBEŞ YAŞINI DOLDURMAMIŞ OLAN SAĞIR VE DİLSİZLER

4.1 TEDBİR SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

4.1.1 Yasal düzenleme

TCK.nun 57. maddesinde "... bunlar hakkında... 53. maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanabilir" diyerek onbir yaşını doldurmamış bulunan küçüklere ilişkin düzenlemenin 57. madde kapsamındaki sağır ve dilsizlere uygulanabileceği belirtilmiştir. ÇMK.nun 12. maddesinin dördüncü fıkrasında ise

"... bunlar hakkında 10. maddede yazılı tedbirlerden biri uygulanır" denmektedir.

4.1.2 Tedbir sorumluluğu için işlenen fiillerin cezasının belirli ağırlıkta olup olmaması sorunu

TCK.nun 57. maddesi 53. maddeye göndermede bulunarak tedbir sorumluluğu için bir yıldan fazla hapis veya daha ağır cezayı gerektiren fiillerin işlenmiş olması gerektiğini kabul etmiştir. ÇMK.nun 12. maddesinin dördüncü fıkrasında ise tedbir sorumluluğu için işlenen fiillerin cezasının belirli ağırlıkta olması yönünde bir ibare yer almadığından cezayı gerektiren her fiil tedbir için yeterlidir. Onbir yaşını bitirmiş olup onbeş yaşını doldurmamış ve farik ve mümeyyiz olmayanlar için anlatılanlar burası için de geçerlidir. O halde sonuç olarak ÇMK.nun düzenlenmesi geçerlidir.

4.1.3 İşlenen fiilin cürüm, kabahat, kasti veya taksirli bir fiil olması sorunu

Daha önceki bölümlerde anlatıldığı üzere işlenen fiillerin kasti veya taksirli olup olmaması önemli değildir. Cürüm veya kabahat sorununa gelince; TCK.nun 57. maddesi 53. maddeye gönderme yapmış olup, 53. maddede tedbir sorumluluğu için açıkça cürüm şartı aranmıştır. Oysa ÇMK.nun 12. maddesinde bu konuda bir ayırıma gidilmemiş ve genel bir ifade kullanılmıştır, dolayısıyla işlenen fiilin cürüm veya kabahat olması ÇMK. açısından önemli değildir. Sonuç olarak sonraki ve özel yasa olan ÇMK.nun çözümü'nün geçerli olduğu aşikardır.

4.2 TEDBİR KARARINI VERECEK MAKAM

4.2.1 Yasal düzenleme

TCK.nun 57. maddesinin göndermede bulunduğu 53. madde "... cumhuriyet savcısının talebi ile mahkeme başkanı... karar verir" derken, ÇMK. nun 12. maddesinin dördüncü fıkrasında tedbire kimin karar vereceği konusunda bir hüküm yer almamaktadır.

4.2.2 Görevli makam

ÇMK.nda açık bir hüküm yer almamasına rağmen, bu kanun bütün düzenlemelerinde tedbirlere mahkeme karar verir diyerek herhangi bir istisna kabul etmemiştir. Bu nedenle kanun koyucunun bu konuda bir hüküm koy-

maması, kanımızca eksiklik anlamına gelmez. Mahkeme tedbir kararını verir. Yukarıda detaylıca belirtildiği üzere TCK.nun sistemi benimsenemez.

4.2.3 Tedbir talebi

TCK.nun 57. maddesinin göndermede bulunduğu 53. maddede cumhuriyet savcısının talebi ile karar verilir denmesine rağmen, ÇMK.nda bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Tedbir talebini mahkeme re'sen de verebilir, ancak uygulamada savcının talebi aranmaktadır.

4.3 TEDBİR UYGULANMASI

TCK.nun 57. maddesi "53. maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanabilir" diyerek yargıca takdir hakkı tanımıştır. Ancak ÇMK.nun 12. maddesinin dördüncü fıkrasında "... 10. maddede yazılı tedbirlerden biri uygulanır" diyerek yargıca takdir hakkı tanımamıştır. İki yasa arasındaki çelişki sonraki ve özel yasa olan ÇMK.nun düzenlenmesinin geçerli olduğu kabul edilerek giderilir.

5 – DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ AÇISINDAN SORUNUN İNCELENMESİ

Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun 6. maddesinin üçüncü fıkrasında Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçların küçükler tarafından işlenmesi durumunda davaya Çocuk Mahkemelerinin değil Devlet Güvenlik Mahkemelerinin bakacağı; dolayısıyla haklarında ÇMK. değil TCK. nun uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre:

Fiili işlediği sırada onbir yaşını doldurmamış bulunan küçükler hakkında TCK.nun 53. maddesi gereğince işlenen fiil bir yıldan fazla hapis veya daha ağır cezayı gerektiren bir cürüm ise, cumhuriyet savcısının talebi üzerine Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanınca tedbir uygulanacaktır.

Fiili işlediği sırada onbir yaşını bitirmiş olup onbeş yaşını doldurmamış ve farik ve mümeyyiz olmayan küçükler hakkında TCK.nun 54. maddesi nedeniyle işledikleri fiiller bir yıldan fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiren cürümlerden ise, haklarında 53. madde gereği cumhuriyet savcısının talebi üzerine Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanınca tedbir kararı verilecektir (7).

(7) 3. CD, 28.12.1977, 9232/9466 sayılı Yargıtay kararında bu dönemdeki küçüklere tedbir kararını mahkemenin vereceği kabul edilmiştir. İsabetsiz de olsa yasa değişikliği yapılmadan, bu şekilde bir çözüm kabul edilmesi doğru olmasa gerekir. Hele aynı düzenleme karşısında 54. maddeye girenler hakkında tedbir kararının mahkemece, 53. maddeye girenler hakkında ise mahkeme başkanınca verileceğini kabul etmek kolay kolay izah edilemez.

Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış bulunan sağır ve dilsizler hakkında TCK.nun 57. maddesine göre işlenen fiil bir yıldan fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiren cürüm ise cumhuriyet savcısının talebi üzerine mahkeme başkanı tedbir kararı verebilecektir. Bu durumda yargıca, daha doğrusu başkana takdir hakkı tanınmıştır.

Genel mahkemelerin göre alanına giren suçları nedeniyle küçük kabul edilip Çocuk Mahkemelerinde yargılanan küçükler; Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri zaman, Çocuk Mahkemelerinde değil Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yargılanmakta ve bu durum eleştirilere neden olmaktadır. Küçüklerin işlemiş olduğu ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda da Çocuk Mahkemelerinin görevli olacağı hususu yapılacak bir yasa değişikliği ile kabul edilirse, bu konudaki tartışmalar da sona erecektir.

6 – TÜRK CEZA KANUNU İLE ÇOCUK MAHKEMELERİ KANUNU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yukarıda ileri sürdüğümüz görüşler akla şu soruyu getirecektir. ÇMK.nun kapsamına giren konularda TCK.nun hükümleri uygulama kabiliyetlerini kaybetmiş midir veya tamamen yürürlükten kalkmış mıdır?

ÇMK.nun kapsamına giren konularda TCK.nun hükümleri tamamen yürürlükten kalkmamıştır. ÇMK. ile çatışan veya ÇMK.nun başka türlü düzenlediği konularda TCK.nun hükümleri uygulanamayacaktır. ÇMK.nun 42. maddesi de "diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri çocuk suçlular hakkında uygulanamaz" demektedir. Ayrıca ÇMK.nun TCK.nundan farklı düzenlemelerde bulunduğu konularda, ÇMK.nun sonraki ve özel kanun olması nedeniyle ÇMK.nun hükümleri uygulanacaktır.

ÇMK.nun düzenlediği konulara ilişkin TCK. hükümleri ÇMK ile çatışmıyorsa, bu iki kanunun hükümleri eşdeğerdedir ve aynı derecede uygulanırlık gücüne sahiptirler.

Çocuk Mahkemeleri kurulan yerlerde bu mahkemeler doğal olarak küçükler hakkında tedbir veya ceza verirken ÇMK.nu uygulayacaklardır. Çocuk Mahkemeleri teşkilatı kurulmamış olan yerlerde genel mahkemeler küçüklerle ilgili davalara bakarken, ÇMK.nun geçici 2. maddesi gereğince küçükler hakkında ÇMK.nda yer alan tedbir ve cezaları uygulayacaklardır.

• MİRAS HUKUKU

MAHFUZ HİSSELİ MİRASÇI TENKİS DAVASI SONUNDA NE ALABİLİR

Tahir ALP (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** I- Tenkis Davası Açabilecek Olanlar. II- Tenkis Davasında Davalı. III- Tenkis Davasının Konusu. A- Ölüme Bağlı Tasarruflar. 1- Vasiyetler. 2- Miras Muhavelesi. B- Sağlar Arası İşlemler. C- Ölüme Karşı Sigortalar. IV- Tenkis Davasında Müddeabihin Değeri. V- Tenkis Davasında Yetki ve Görev. VI- Dava Veya Cevap Dilekçesinde Hangi Bilgiler Mahkemeye Arzedilmelidir. VII- Tereke Aktif Ve Pasifinin Belirlenmesi. VIII- Tenkiste Sıra. a- Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi. b- Sağlar Arası Teberrular. IX- Tenkis Hükümü. a- Tasarrufun Tenkisle Tamamen Kalkması. b- Tasarrufun Kısmen Tenkisi. c- Taksimi Mümkün Olmayan Mala İlişkin Tasarrufun Tenkisi. d- Taksimi Kabil olmayan Mala İlişkin Tasarrufun Tenkisi Halinde Taraflardan Birine Ödenecek Tazminat.

Murisin tasarruf nisabını aşan ölüme bağlı veya sağlar arası kazandırmalarının kanuni hadde indirilmesi amacıyla açılan davalara tenkis davası denmektedir. Bu dava murisin hukuken geçerli tasarruflarına karşı açılabilir. Murisin muteber olmayan tasarrufları butlan veya iptal davasına konu olurlar. Murisin iltizami muamelelerine karşı dava açmakta hukuki bir yarar olmayacağı, bunlara karşı Butlan-iptal veya tenkis def'inin her zaman dermeyan edebileceği gözden uzak tutulmalıdır (MK. 513/2, 501/son), (Y. 2. HD.nin 17.4.1947 günlü, 5474/2163 sayılı; 13.4.1990 günlü, 13016/3986 sayılı kararı). Ancak murisin mirascı nasp ettiği ölüme bağlı tasarrufları iltizami nitelikte olmakla beraber, mansup mirascıda kanuni mirascılar gibi mirasın açılmasıyla (ölüm ile) tereke malını iktisap edeceğinden mirascı nasbına ilişkin tasarrufi muamelede ölümle tamamlanmış olmaktadır. Bu yön gözetilerek mirascı nasbına ilişkin tasarruf hakkında kanunda öngörülen süre geçirilmeden dava açılmalıdır.

I – TENKİS DAVASI AÇABİLECEK OLANLAR :

Yukarıda yer alan açıklamalardan anlaşılacağı gibi, dava hakkı kural olarak mahfuz hisse sahibi mirascılara aittir. Medeni Kanun bunları furu, ana ve baba, erkek ve kız kardeşler ile sağ kalan eş olarak sınırlamıştır

(*) Yargıtay 2. HD. Üyesi.

(MK. 452–453). Görüldüğü gibi burada parantel sistemden vaz geçilmiş, ismen belirleme yapılmıştır. Kanunda yer alan furu tabirine evlatlığın, sahih nesepli furu yanında, nesebi tashih edilenlerle, nesebi sahih olmayanlarında (Tanınan veya babalığı hükmen karara bağlananlar) dahil olduğuna tereddütleri gidermek bakımından işaret etmekte yarar vardır.

Konumuz, söz konusu kişilerin alacaklıları ile iflas idarelerinin veya resmi tasfiye memurlarının da dava açabilmelerine imkân tanımıştır (MK. 504/1).

Birden çok mahfuz hisseli mirascının tek başına veya birlikte dava açmaları mümkündür. Daha açık bir ifade ile burada ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. Ancak bu davanın araştırma yoğunluğu dikkate alınıp, en ucuz ve çabuk yargı prensibinden hareketle, hak sahibi olanların birlikte dava açmalarında büyük faydalar mülâhaza edilmektedir.

Tenkis davası açabilmek için mahfuz hisseli mirascı olmak yeterli değildir. Bunun yanı sıra mahfuz hisseli mirascının mirasa iştirak hakkının da bulunması gerekir. Örneğin, daha yakın mirascı bulunması sebebiyle mirasa iştirak edemiyenler bu davayı açamazlar. Kardeşler mahfuz hisseli kişilerdir. Ancak furu bunların mirascı olmasına engel olduklarından furu olan kişinin ölümü üzerine kardeşleri tenkis davası açamazlar. Öte yandan mirascılık sıfatını kaldıran ıskat, mahrumiyet, mirasın reddi ve mirastan feragat halleri bu kişilerin açacakları tenkis davasının dinlenmesine engel oluşturur. Ancak ıskatın iptali davasında Medenî Kanununun 459. madde şartlarının oluşması halinde davaya tenkis davası imiş gibi devam edilmesi gerektiğine burada işaret etmek isterim (Y. 2. HD.nin 4.4.1991 günlü, 3606–6143 sayılı ve Y.H.G.K.nun 1.4.1990 günlü, 2/130–239 sayılı kararı).

Tenkis davası açma hakkı şahsa bağlı haklardan değildir. Mirasın açılmasından sonra ölen mahfuz hisseli mirascıların külli halefleri de bu davayı açabileceği gibi, açılmış davaları da takip edebilirler. Ancak bu gibi halde mahfuz hisseli mirascının külli halefleri arasında varasette iştirak doğduğunu ve tek başlarına dava açamayacaklarının gözden uzak tutulmaması gerekir.

II – TENKİS DAVASINDA DAVALI :

Davanın, murisin tasarrufundan yararlanan lehtara karşı açılacağı kabul edilmektedir. Lehtar tasarrufun konusunu üçüncü şahsa devretmiş olması halinde, kötü niyetli üçüncü şahıs karşıda davanın açılabileceğini Yargıtayımız kabul etmektedir (13.1.1975 tarih, 7/1 sayılı İçtihadı Birleştirme). Davalı-

ların aynı zamanda kanuni mirasçılardan olmaları sonucu değiştirmeyeceği gibi, hükmi şahıslara karşı da bu dava açılabilir. Ancak lehtar henüz hükmi şahsiyet kazanmamış bir vakıf, cemiyet veya cemaat ise kanuni temsilcilerine veya tayin ettirecek kayyırma dava tevcih edilmelidir (M.K. 519/3). Lehtarın birden çok olması halinde davacı bunların hepsini dava etmek zorunda değildir. Lehtarların bir kısmı hakkında dava açılmamış olması, onlara yapılan kazandırmaların hesaplamalar sırasında dikkate alınmamasını icap ettirmez. Bu hal davacının onlarda doğabilecek haklarını almaktan vazgeçtiğini gösterir.

III – TENKİS DAVASININ KONUSU :

Genel olarak davanın konusu, murisin mahfuz hisseyi ihlâl eden teberularıdır. Kanunda teberru sözcüğü ile ifade edilen işlem; murisin karşılığında eşit bir ivaz almadan, kendi mamelekenden veya terekesinden, diğer bir kimseye yaptığı tüm kazandırmaları ifade etmektedir. Daha açık bir sözle murisin ivazsız kalan veya ivazsız yapılan kazandırmaları kaideten tenkis davasına konu olur. Bunlar Medenî Kanununun 502, 503, 504, 507 ve 509. maddelerinde gösterilmiştir.

Burada Medenî Kanununun 502/2. maddesinde konulan kurala da değinmekte yarar vardır. "Müteveffanın hilafına kastettiği tasarruftan anlaşılmadıkça kanuni mirasçılarının hisselerine dair tasarrufta mevcut hükümler, alelade taksim kaideleri gibi telâkki olunur". Vasiyetname veya miras mukavelesi içinde yer alan taksim kuralı hukuki mahiyeti itibarıyla ölüme bağlı tasarruf olmakla beraber yukarıda açıklandığı üzere tenkis davasına konu olamaz. Bu tasarrufla mirasçılarının payları arasında bulunması gereken eşitlik ihlâl edilmişse bu eşitsizlik kural olarak tenkis davası ile değilde Medenî Kanununun 587/2. madde hükümlerinden yararlanılarak giderilir. Ancak bu eşitliğin kurulabilmesi yine murisin iradesine bağlı olup murisin yasaklama getirmiş olması halinde tenkis kurallarına başvurmak gerekli olabilir.

13.7.1967 gününde yürürlüğe giren 903 sayılı ve 13.12.1973 tarihinde yürürlüğe giren 1659 sayılı kanunlarla Medenî Kanununun 453. maddesinde yapılan değişikliklerden de söz etmek gerekmektedir. Kanunda gösterilen nitelikte kurulan vakıfların ve vakfa tahsis edilen malların gelirinin % 20'si kendisine bırakılan saklı pay sahibinin, tenkis isteme hakkının bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Ancak bu kayıtlama 23.11.1990 günü yürürlüğe giren 3678 sayılı kanunla kaldırılmış, söz konusu mirasçılara tenkis isteme hakkı yeniden verilmiştir.

Kanunun 512. maddesinde ölüme bağlı tasarrufların öncelikle tenkis edileceği hükme bağlanmıştır. Şu halde bizde bu öncelik sıralamasına uyarak tenkise konu olabilecek tasarrufları inceleyelim.

A – Ölüme bağlı tasarruflar

1 – Vasiyetler :

Ölüme bağlı tasarruf deyince ilk akla gelen vasiyettir. Bu tasarruflar murisin kanunda gösterilen şekil şartlarına uyarak açıkladığı irade beyanı ile oluşur. Bu tasarrufla muayyen mal veya mallar vasiyet edilebileceği gibi mirascı da nasbedilebilir. Evlilik dışı doğan çocuğun tanınması, vasiyeti tenfiz memuru tayini gibi vasiyetname içeriğinde yer alan işlemler ölüme bağlı teberru niteliğinde olmadığından tenkis davasına konu olamazlar.

Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalar (B.K. 240/2) bu cümledendir. Bu sebeptendir ki söz konusu kazandırmalar sağlararası kazandırmalardan önce tenkise tabi tutulurlar.

2 – Miras mukavelesi :

Ölüme bağlı teberrunun bir diğer biçimi de miras mukavelesi yolu ile yapılanlardır. Miras mukavelesi içinde yer alan ivazsız kazandırmaların tenkis edilebileceğini, ivazlı kazandırmaların bu kapsam dışında olduğunu gözden uzak tutmamalıdır.

B – Sağlar arası işlemler

a) Miras hissesine mahsuben verilmiş olupda iadeye (MK. 603) tabi olmayan teberrular (MK. 507/1):

Bu hüküm Medenî Kanununun 603. maddesi karşısında gereksiz gibi görünüyor isede, mahfuz hisseli mirasçıya seçimlik hak tanındığını kabul etmek uygun olur. Öte yandan mirasçının mirası reddi, ıskatı veya mahrumiyeti sebepleri ile hakkında iade davası açılmıyacak kimselere karşı mahfuz hisseli mirasçılar korunmaktadır. Kural olarak iadeye tabi olmakla beraber murisin iadeden muaf tuttuğu teberular ile Medenî Kanununun 603. maddesi uyarınca mahiyetleri icabı iadeye tabi olmayan teberruların da Medenî Kanununun 507/1. maddesi kapsamında olduğu göz önünde tutulmalıdır.

b) Miras haklarının bervechi peşin tasfiyesi maksadıyla yapılan teberrular (MK. 515):

Burada murisin miras hakkından feragat eden bir mirascısına, bu feragat karşılığında sağlar arası tasarruflarla vermiş olduğu bir teberru söz konusudur. Hemen şuna işaret etmek gerekir ki miras hakkından feragat karşılığında verilen, ölüme bağlı ise o zaman Medenî Kanununun 507/2. maddesi değil Medenî Kanununun 502. maddesi uygulanmaktadır.

c) Sağlar arası bağışlamalar (MK. 507/3):

"Bağışlayanın, kayıtsız şartsız rucua hakkı olan bağışlamalar ile adet üzere verilen hediyeler müstesna olarak, vefatından evvelki bir sene içinde yapılmış bağışlamalar" tenkise tabiidir.

Bilindiği gibi bağışlama ivazsız kazandırmadır. Kazandırılan malın karşılığında cüzi bir ivaz alınması halinde karma bağış söz konusudur. Ancak tasarrufun karma bağış niteliği kazanabilmesi için ivazlar arasında dengesizlik yeterli olmayıp, işlemin taraflarının bu nisbetsizliğin bağışlama kastıyla yapıldığı yönünde iradelerinin birleşmesi gerekir.

Şu halde:

aa) Murisin serbestce rucu edilebileceği bağışlar,

bb) Adet üzere verilen hediyeler hariç olmak üzere murisin vefatından evvelki bir sene içinde yaptığı tüm bağışların (mahdut aynı haklar dahil) mutlak tenkise tabi olduğunu ifade etmek yanlış olmaz,

Hemen işaret etmek gerekir ki kanunda gösterilen sürelerin hesabında ölüm anı ile bağışın ifa anının gözetilmesi gerekir. Murisin iltizami muameleleri tenkise tabi olmadığından bağış vaadi Medenî Kanununun 507/3. maddesi uyarınca tenkise konu olamaz (Y.H.G.K.nun 22.1.1969 günlü, 1626/58 sayılı kararı). Ancak murisin sağlar arası iltizami muamelelerinin de Medenî Kanununun 507/3. maddesi uyarınca tenkise tabi olacağı bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir (Prof. İmre, Türk Miras Hukuku, S. 365; Prof. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, S. 364; Prof. Fikret Eren, Türk Medenî Hukukunda Tenkis Davası, S. 90; E. Şener, Miras Hukuku, s. 490).

Henüz iktisap edilmemiş bir haktan feragat, mirasın reddi ve B.K.nun 234/3. maddesi uyarınca ahlaki bir vazifenin ifası zımında verilenler, mutat hediyeler, tabii borcun ödenmesi bağışlama olmadığından bu çerçevede tenkise tabi tutulmazlar.

d) Mahfuz hisse kurallarını bertaraf etmek kastıyla yapıldığı aşikâr olan temlikler (M.K. 507/4):

Görüldüğü gibi yukarıda açıklanan tasarruflarda objektif unsurların tesbiti tenkis için yeterlidir. Fakat kanunda mahfuz hisse kurallarının kasten her türlü ihlâline cevaz verilmemek istenmiş, geniş kapsamlı olarak düzenleme yoluna gidilmiştir. Burada murisin iç hayatı, hedefi, gayesi önem taşımaktadır. Bu kanunda "temlikin mahfuz hisse kurallarını bertaraf etmek KASTIY-LA" sözleriyle açıklanmıştır. Bu yönün ispatının son derece zor olduğu aşikârdır. Bu bakımdan bazı objektif unsurlar belirlenmiştir. Bunlar şöyle sıralanabilir:

1- Söz konusu tasarrufun yapıldığı anda mahfuz anda mahfuz hisseli mirasçı olabilecek bir kişi bulunmalıdır.

2 - Muris, tasarrufu yaptığı anda, bu tasarrufun mahfuz hisseyi ihlâl ettiğini bilmelidir (Y. 2. HD.nin 22.1.1991 günlü, 10212/867 sayılı kararı). Tasarrufun sonradan vukua gelen değişiklikler sebebiyle mahfuz hisseyi ihlâl eder niteliğe girmesi halinde Medenî Kanununun 507/4. madde uygulanmaz.

3- Yukarıda da açıklandığı üzere karma bağışlarda tenkise tabidir. Bunlarda ödenen ivaz ile işlem anında gerçek değer arasındaki aşırı fark saklı payı giderme amacının bir unsuru olarak kabul edilmektedir (Y. 2. HD. nin 16.10.1970 günlü, 4761/5351 sayılı ve Y.H.G.K.nun 3.6.1964 günlü, 335/397 sayılı kararı). Elbette murisin mali sıkıntı, veya kazanma yapan kişiye karşı minnet borcunun ifası gibi amaçlarla yaptığı tasarruflar da ve açıkca başka delil yoksa ölünceye kadar bakma aktinin ivazları arasındaki dengesizlik bu kapsamda kabul edilemez (Y. 2. HD.nin 2.7.1991 günlü, 5723/9788 sayılı; Y.H.G.K.nun 16.3.1988 günlü, 2/814/247 sayılı kararı).

4- Bir kimsenin mal varlığının tümünü bağışlaması, bağışlananın ikinci eş veya erkek evlat olması, makul (akla uygun) saygıya layık bir hal olduktan yapılan bağışlar gibi olgular murisin duygu ve düşüncelerini taktirde etkili vakıalar olarak kabul edilmektedir.

5- Söz konusu tasarruf yapılırken murisin, lehtarın ve mirasçıların içinde bulunduğu her türlü hali belirleyen, doktor raporu, hastahane müşahade kayıtları, dava dosyaları gibi belgeler ve şahadet murisin mahfuz hisse kurallarını ihlal amacı ile hareket edip etmediğini belirlemede subjektif delil kabul edilir.

Bir kerre daha tekrarlamak gerekirse murisin muteber tasarrufları için tenkis istenebileceğinden, murisin muvazaa sebebiyle iptali mümkün gayrimenkul kazandırmaları (1.4.1974 günlü, 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı) bedelsiz borç ikrarları veya teahütleri tenkis davasına konu olamaz (Y.H.G.K. nun 22.1.1969 günlü, 2/1626-58 sayılı kararı). Ancak iptali mümkün tasarrufların iptali istenmeyip sıhat izafe ile tenkis istenmişse bu istekle bağlanarak isteğin kabul edilmesi mümkün olabilir (Y.H.G.K.nun 3.6.1964 günlü, 2/30-68 sayılı kararı).

C – Ölümüne karşı sigortalar :

(M.K. 509). "Müteveffa tarafından vefatı halinde tediye edilmek üzere kendi namına ve başkası lehine aktedilen veya kendi namına aktedilip de hayatta vaki veya ölümüne bağlı bir tasarruf ile başkasına devir yahut müteveffanın hayatında ivazsız ahara temlik olunan sigortalar, işira kıymetleri nisbetinde tenkise tabidir" (M.K. 509).

Bu kazandırma ne sağlar arası nede ölümüne bağlı tasarruflara uygun düşmediği için kanunda ayrıca düzenlenmiştir.

Burada tenkise konu olan sigortacının belirli bir pirim karşılığında lehtar, sigorta ettirenin ölümü halinde ödemeyi teahüt ettiği meblağdır. Madde nin kapsamında olan ölümüne karşı sigortalarla, yaşama sigortalarını karıştırmamak gereklidir. Belirli bir tarihte hayatta olma şartı ile muayyen bir meblağın ödenmesi teahüdü niteliğindeki (yaşama sigortası) sigortaların bu madde kapsamında olmadığını gözden uzak tutmamalıdır. Karma nitelikte yapılan sigortalardan ölüm şartının oluşması üzerine vaki ödemeleri Medenî Kanununun 509. maddesi kapsamında kabul etmek doğru olur sanırım. Murisin pirimini kendisi ödeyerek karısı veya çocukları gibi üçüncü şahısları ölümüne karşı sigorta ettirmesi halinde de Medenî Kanununun 509. maddesini uygulamak mümkün değildir. Öte yandan murisin sigorta poliçesinde lehtar gösterdiği kişiden bir ivaz almaması ve sigorta bedelinin doğrudan o lehtara ait olması da kanunun bu hükmünün uygulanabilmesi için baş şarttır.

Bu incelemenin konusu mahfuz hisse kurallarını bertaraf eden muris tasarrufları olduğu için Medenî Kanununun 222. maddesinde yer alan karı koca mal ortaklığının tasfiyesi halinde taksim tarzına ilişkin anlaşmanın furu tarafından tenkisinin istenmesi; 466/1. maddesinde yer alan vasiyet borçlarının tenkisi; 474. maddesinde yer alan murisin miras mukavelesi ile bağdaşmayan bağış ve ölümüne bağlı tasarruflarının tenkisi; 508. maddede yer alan mi-

ras mukavelesi ile kazanmada bulunan kimsenin tenkise muhatap olması halinde murise verilen ivazın tenkisi; açıklamaların dışında bırakılmıştır.

Tüm bu açıklamalara ilaveten tenkis davası açılabilmesi için tasarrufun, mahfuz hisseyi, ifa anında değilde, terekenin açıldığı anda (ölüm anında) ihlal etmesi gerektiğini ilave etmek isterim.

IV – TENKİS DAVASINDA MÜDDEABİHİN DEĞERİ

Tenkis davası kural olarak terekeye dahil veya dahil olması gereken malın aynısını almayı hedefleyen bir davadır. Diğer ayın davalarında olduğu gibi müddeabihe para ile karşılık biçmek mümkün olduğu için tasarrufla te-cavüze uğrayan mahfuz hisse veya mahfuz hisse bölümünün tahmini değeri; Medeni Kanununun 504. maddesine dayanılarak açılan davalarda alacak daha az ise o değer dava dilekçesinde gösterilmelidir. Aksi halde Harçlar Kanununun 16/3. maddesi uyarınca davacıya değeri belirlemesi için mehil verilir. Mehle uyulmaz ise dava dilekçesi muameleye konamaz.

V – TENKİS DAVASINDA YETKİ VE GÖREV

Tenkis davası ölenin ikametgahı mahkemesinde açılır (M.K. 518). Bu yetki kuralı kesin yetki olup kamu düzenine ilişkin bulunduğundan resen gözetilmesi gerekir. İkametgah ölenin yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir (M.K. 19). Her Türk, Türkiye'de ikametgahının veya sonradan ikamet edindiği yerin nüfus memurluğuna kendisini yazdırmaya mecburdur (1587 sayılı Nüfus Kanunu m. 4). Bu sebeple nüfus kayıtlarının ikametgaha karine oluşturduğu ve bu karinenin aksinin her türlü delille ispat edilebileceği gözden uzak tutulmalıdır.

Tenkis davasında görevli Mahkeme HUMK.nun 8. maddesi uyarınca, müddeabihin değerine göre tayin olunur. Ancak sözü geçen kanun hükmünde vakfa ilişkin tüm davalara Asliye Mahkemesinde bakılacağı belirlendiğinden, vakıflarla ilgili tenkis davalarında değer ne olursa olsun davaya Asliye Mahkemesinde bakılacağı gözetilmelidir.

VI – DAVA VEYA CEVAP DİLEKÇESİNDE HANGİ BİLGİLER MAHKEMEYE ARZ EDİLMELİDİR

Her şeyden önce murisle irs ilişkisini gösteren veraset ilamı; mahfuz hisseli mirascı yerine dava açılıyorsa temsilci olduğunu gösteren vekaletname; mirascı mahcur ise vesayet ilamı, dava açılmasına izin verildiğine da-

ir vesayet makamı kararı; mahfuz hisseli mirasçı iflas etmişse iflas kararı veya borç ödemekten aciz ise aciz belgesi; mahfuz hisseli bir mirasçı iskat edilmişse iskata dair ölüme bağlı tasarruf belgesi ve Medenî Kanununun 504. maddesi uyarınca yapılan ihtara ilişkin vesika dava dilekçesine eklenmelidir.

Miras mukaveleleri, ölüme bağlı tasarruflara ait belgeler ile vasiyetlerin açılmasına ilişkin dosyalar; lehtar davalı veya başka kişiler olan ve tenkis edilebilecek sağlar arası veya ölüme bağlı tüm tasarruflar ile terekenin aktif ve pasifini tesbite yarayan ve murisin ölümünde birlikte oturanlarla ilgili tüm bilgi ve belgeler mahkemeye sunulmalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere Medenî Kanununun 507/4. maddesinde gösterilen tasarrufların tenkisi için en önemli unsur, murisin bu tasarrufları yaptığı sırada mahfuz hisse kurallarını bertaraf amacı ile hareket etmiş olup olmadığına tesbitidir. Bu konuyu ispata yarayacak nüfus kaydı, doktor raporu, hastahane müşahade kayıtları, dava dosyaları gibi belgeler ile şahitlerin isim ve adreslerinin ilk etapta mahkemeye arzında büyük yarar vardır.

Sağlar arasında yapılan tasarrufların yapıldıkları ve tenkis günündeki değerleri ile tüm tereke malının ölüm günündeki para olarak gerçek karşılıklarının belirlenmesinde, davanın sağlıklı çözümü için zaruret vardır. Bu belirleme için dayanak olabilecek emsal satışlara ait tapu numaraları ile diğer belgelerin dava dilekçesine eklenmesi davayı sür'atlendirecek bir tedbir olarak düşünülebilir.

"Tenkis davası, mirasçılar mahfuz hisselerine tecavüz edildiğini öğrendikleri günden itibaren bir sene ve her halde vasiyetnameler hakkında açıldıkları tarihten, diğer tasarruflar hakkında mirasın açılmasından itibaren 5 sene geçmekle sakıt olur. Bir tasarrufun iptali bir diğerini ihya ediyorsa, mururu zaman müddetleri ancak butlan kararının suduru tarihinden itibaren cereyan eder" (M.K. 513). Kanunda her ne kadar dava hakkının sukutundan söz edilmekte isede yerleşmiş Yargıtay uygulaması ile (Y.H.G.K.nun 11.1.1969 gün, 2/252-28 sayılı kararı) bu sürenin zamanaşımı olduğu belirlenmiştir. Böyle bir hal varsa yukarıda açıklanan bilgilerle birlikte zaman aşımı def'inin cevap layıhasında gösterilmesi zorunludur. Yeri gelmişken şuna da işaret edeyim ki Yargıtay, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu uyarınca verilen beyanname tarihinde kanunî mirasçılarının tereke hakkında tam bilgi edindiklerini kabul etmektedir (Y. 2. HD.nin 30.1.1979, 8585-612 ve 19.6.1990 günlü, 3547-6257 sayılı kararları). Bu sebeple söz konusu beyanname hakkında bilgi verilmesi savunmanın isbatına katkı da bulunacaktır.

Mirası red eden veya ıskat olunan mahfuz hisseli mirascı tenkis davası açma hakkını kaybeder. Buna rağmen tenkis davası açılmışsa bu işlemler hakkında cevap layıhası ile Mahkemeye sunulacak bilgi ve belgelerle davanın pek kısa zamanda sonuçlanabileceği gözetilmelidir.

VII – TEREKE AKTİF VE PASİFİNİN BELİRLENMESİ

Olumlu veya olumsuz dava şartları incelendikten sonra ilk yapılacak iş terekenin belirlenmesi olmalıdır. Zira tenkis davasının kabul edilebilmesi için murisin teberruları ile mahfuz hisseye tecavüz etmiş olması gerekir.

Mirascı nasb edilmişse veya terekenin belirli bir kesri teberru edilmişse tereke değerinin para olarak ölüm gününe göre belirlenmesine gerek yoktur. Teberru edilen pay eğer mahfuz paya tecavüz teşkil ediyorsa tenkisi icap eder. Ancak muayyen mal vasiyeti veya sağlar arası kazandırmalarda gerek tereke aktifinin ve gerekse davalı ve diğer kişilere yapılan teberruların ölüm günündeki hallerine göre ölüm günündeki para karşılıklarının bulunması zorunludur. Zira Kanunda bir oran olarak gösterilmiş olan mahfuz hisseye tecavüz edilip edilmediğini belirlemeye yarayan tüm mal varlığını birlikte ifade edebilecek başka bir ölçü yoktur. Bu sebeptendir ki Medenî Kanununun 454 ve 517. maddelerinde terekenin vefat günündeki haline göre yapılacak hesaplardan söz edilmiştir.

Murisin ölüm anında fiilen bırakmış olduğu menkul, gayrimenkul malları ile her türlü hak ve alacakları; murisin sağlığında miras hissesine mahsuben verdiği ve iadeye tabi teberruları ile tenkisi istenebilecek tüm teberrular (M.K. 455) ölüme karşı sigortalar (M.K. 456) terekenin aktifini oluşturur. Ancak murisin ölümü ile son bulacak intifa ve sükna hakları ile iratlar; daha açık bir ifade ile murisin sağlığı ile kaim olan kıymetlerin terek aktifine katılmıyacağı gözetilmelidir.

Murisin borçları, terekenin mühürlenmesi ve defterinin tutulması masrafları ve murisle bir arada yaşayan kimselerin (mirascı veya akraba olup olmadıklarına bakılmaz) bir aylık iâşe giderleri (M.K. 454/2), murisin ölümünden henüz eğitim ve öğretimleri tamamlanmamış olan veya malul bulunan çocuklara taksim esnasında verilecek münasip tazminat (M.K. 608/2) ile ileriye sürüldüğü takdirde ana baba ile birlikte yaşayıp emek ve gelirini onlara tahsis eden reşit evlada ödenecek tazminatlar (M.K. 610) terekenin pasifini oluşturur.

İşte tereke aktifinden tereke pasifi çıkarılıp net terekeden mahfuz hisseli mirascının miras hissesine ne düşeceği hesaplanır. Daha sonra terekede fiilen bulunan aktiften pasifler çıkarılıp aynı biçimde hesaplama yapılarak elde edilecek sonuca bakılır. Bu sonuç mahfuz hisseden az olursa davanın kabul edilebilir nitelikte olduğu ortaya çıkar.

Burada mahfuz hisseli mirascılar ve saklı payları hakkında kısa bir bilgi tazelenmesinde fayda vardır. Yukarıda açıkladığım gibi mahfuz hisseli mirascılar furu, ana ve baba, erkek ve kız kardeşler ile sağ kalan eşlerdir.

1- Nesebi sahipler (M.K. 241), Özel Kanunlar (2230, 4727, 5524, 6652, 554, 1826, 2526 ve 3716 sayılı kanunlar) uyarınca tescil edilen evlilik dışı ilişkiden doğanlar, nesebi düzeltilenler, (M.K. 249); aksi kararlaştırılmadıkça (M.K. 257) evlatlıklar (M.K. 447); tanınanlar (M.K. 291); babalık davası sonunda irs ilişkisi kurulanlar (M.K. 295 ve müteakip mad). kanunda furu olarak adlandırılan mirascılardır. Bunların mahfuz hisseleri, kanunî miras paylarının 3/4'dir.

2- Sağ kalan eş, ölenin mirascıları ile birleştiği takdirde mirastaki mülkiyet hakkının tamamı, başka mirascı yoksa mirasın yarısı mahfuz hissesi idi. Ancak 23.11.1990 günü yürürlüğe giren 3678 sayılı kanunla bu düzenleme "sağ kaian eş için mahfuz hisse furu ile birlikte mirascı olması halinde kanunî miras hakkının tümü, diğer hallerde kanunî miras hakkının yarısı"dir, biçiminde değişmiştir.

3- Ana ve babanın mahfuz hissesi kanuni hissenin yarısıdır.

4- Erkek ve kız kardeşlerin kanunî hisselerinin 1/4'i saklı paylarını oluşturur.

Ancak, 13.7.1967 günü yürürlüğe giren 903 sayılı kanunla Medenî Kanununun 453. maddesinde yapılan değişikliğe göre kamu yararına yapılan bağışlamalar ile gelininin yarısından fazlası kamu görevi niteliğinde işlerin yapımına bırakılarak kurulacak vakıflara yapılan tahsislerde mahfuz hisse mirascının sosyal durumuna uygun nafakadan az olmamak üzere yukarıda belirtilen miktarların 1/3 ne indirilmiştir.

Burada iki noktayı dikkatlere arz etmek isterim. Birincisi, 13.2.1973 gününde 1659 sayılı kanunla yapılan bir başka değişiklikle vakıf kurulması suretiyle yapılan bağışlarda vakfın veya tahsis edilen malların gelininin % 20'si kendisine bırakılan saklı pay sahibinin tenkis davası açamayacağı hükmü-

dür. İkinci husus 23.11.1990 günü yürürlüğe giren 3678 sayılı kanunla aynı maddede yapılan değişiklik ile azaltılmış mahfuz hissenin 2/3 olarak düzenlenmiş bulunması ve vakıf kurulması halinde gelir tahsis edilenlerin dava açamayacaklarına ilişkin fıkranın kaldırılmış olmasıdır.

Son değişikliğe göre azaltılmış saklı paydan yararlanacak kurumlar daraltılmıştır.

Hemen söylemek gerekirse miras hangi tarihte açılmışsa o tarihte (murisin ölüm gününde) yürürlükte olan kanun hükmü uygulanarak mahfuz hisseyi hesap etmek gerekmektedir.

Böylece murisin tenkise tabi tüm tasarrufları ile saklı paya tecavüz bir bayağı kesir rakamına dönüşmüş olacaktır. İşte bu oran tasarrufların tenkisi için daima esas alınacaktır.

VIII – TENKİSTE SIRA

Murisin mahfuz hisseyi bir veya daha fazla teberru ile ihlâl etmesi mümkündür. Mahfuz hissenin bir teberru ile ihlal edilmesi halinde iş çok kolaydır. Yukarıda açıklanan oran uygulanarak tenkis icra edilir. Fakat birden çok tasarruf yapılmış olması halinde "tenkis mahfuz hisse tamam oluncaya kadar evvel emirde ölüme bağlı tasarruflardan ve kafi gelmediği takdirde en son tarihli olandan başlanarak en evvel vaki olana doğru çıkmak şartıyla ölüme bağlı olmayan teberrular üzerinden icra olunur" (M.K. 512).

Medenî Kanununun 512. maddesinde yer alan sıranın emredici olduğu, 505/1. maddenin münhasıran ölüme bağlı tasarruflarda uygulanabileceği kabul edilmelidir. Zira aksi düşünce, Borçlar Kanununun (B.K. 242/1 ve 244 vd.) şartları oluşmadan murise hibeden rucu imkanı tanır ki buda kanun hükümleri arasında çelişki teşkil ettiğinden kabul edilemez.

Şu halde tenkise tabi tüm teberruları ölüme bağlı olanlar ve sağlar arasında yapılanlar olmak üzere iki guruba ayırmak ve sağlar arasındakileri de kazandırma tarihlerine göre sıralamak gerekmektedir.

a) Ölüme bağlı tasarrufların tenkisi

1– Mahfuz hisseli mirascılara ölüme bağlı tasarruflarla yapılan ve tasarruf nisabını aşan teberrular, bu mirascıların her birinin saklı payını aşan tutarla orantılı olarak tenkis edilir (M.K. 503). Görülüyorki bu gibi hallerde ka-

nun vazıı tenkisi gereken teberru olarak mahfuz hisseli mirascının mahfuz hissesinden fazla yapılan bağışlamayı kabul etmektedir.

2- Mahfuz hisseli mirascı olmayan kişilere ölüme bağılı tasarruflarla yapılan teberrular teberrunun tamamı üzerinden mütenasiben yapılır. Ancak "tasarrufu yapan kimsenin hilafını kastettiğinin" anlaşılması gereklidir (M.K. 505/1). Görüldüğü gibi burada murisin iradesi ön plana alınmış, murise tenkiste bir tertip ve sıra öngörme imkânı tanınmıştır. Murisin böyle bir iradesi yorum yoluyla olsa bile ortaya çıkarsa öncelikle murisin koyduğu kuralın uygulanması zorunludur.

3- Mahfuz hisseli mirascılara yapılan teberrular ile bu nitelikte olmayan kişilere yapılan teberruların tenkisi gerekirse Medenî Kanununun 503 ve 505/1. maddeleri hükümlerinin birlikte uygulanması gerekir. Mahfuz hisseli mirascıya yapılan teberrunun mahfuz hissesini aşan bölümü ile diğerlerine yapılan teberrunun tamamı tenasübün tesbitinde dikkate alınmalıdır.

b) Sağlar arası teberrular

Yukarıda işaret edildiği üzere Medenî Kanununun 512. maddesi uyarınca ölüme bağılı tüm tasarruflar tenkis edildikten sonra mirascının mahfuz hissesi tamamlanmamış ise; sıra sağlar arası tasarrufların tenkisine gelecektir. Bu tasarruflarında kendi aralarına kazandırma tarihi sırasına göre tenkis edileceği kanunda açıkca belli edilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 5.12.1991 günlü 11948-15131 sayılı kararında murisin mahfuz hisseli mirascısına, sağlar arası tasarrufla kazandırmalarının, kazananın mahfuz hissesinden fazlasının tenkis edilmesi gerektiğini, M.K. 503. maddesinde yer alan kurala uygun biçimde lehtarın mahfuz hissesine dokunulamayacağı kuralını belirlemiştir.

Sağlar arası bir tasarrufla üçüncü şahıs lehine tesis veya temlik edilen ölüme karşı sigortanın, tarihi itibarıyla en önce tenkisi gereken tasarruf olduğuna hemen işaret etmek isterim, Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.1.1969 günlü, 1626-58 sayılı kararında murisin iltizami muamelelerinin tenkise tabi olmadığını tasarruf muamelelerinin tenkis edileceğini kabul etmiştir. Şu halde sağlar arası tasarrufları tarih sırasına koyarken tasarrufi muamelenin yapıldığı tarihi gözetmek zaruridir. Aynı gün ve saatte yapılan tasarruflar için tenkisin ne suretle yapılacağı yönünde kanunda hüküm yoktur. Mütenasiben tenkis Medenî Kanununun 4. maddesinde yer alan hakkaniyet kurallarına uygun düşer sanırım.

Yukarıda açıklandığı üzere Medenî Kanununun 453. maddesinde yapılan değişiklikle kamu yararına yapılan teberrularda murisin tasarruf nisabı artırılmış mahfuz hisse azaltılmıştır. Tenkise tabi tüm tasarrufun kamu yararına bağlı olması halinde büyük bir problem ortaya çıkmamaktadır. Ancak murisin hem alalade teberru ve hemde kamu yararına teberrunun birlikte tenkisi gerekmesi halinde yapılacak işlemlerde karışıklık doğmaktadır. Kanaatimce düzenleme amacı dikkate alınarak kolay bir çözüm tarzı bulunabilir. Kanun vazıı kamu yararına yapılan teberrularda tenkis miktarını azaltmak istemiş, ancak Medenî Kanununun 505 ve 512. maddesi hükmünde bir değişiklik yapmamıştır. Şu halde ölüme bağlı tasarrufların mütenasiben, sağlar arası tasarrufun sıra ile tenkisi kurallarına riayet edilecektir. Tasarrufun tamamı alalade tasarruf imiş gibi mahfuz hisseye tecavüzün her tasarrufa isabet eden miktarı hepaslandıktan sonra kamu yararına tasarruftan yapılacak tenkisi kanun da gösterilen (23.11.1990'a kadar 2/3, bu tarihten sonra 1/3) orana azaltmak kolay bir hesap tarzı olacak ve sonuçta da murisin kamu hizmetine tahsis ettiği teberrunun miktarı daha fazla kalacaktır.

IX – TENKİS HÜKMÜ

a) Tasarrufun tenkisle tamamen kalkması

Yukarıda işaret edildiği üzere tenkis davası muristen intikal eden mal ve haklara aynen tesahüp edebilmeyi hedeflemektedir. Her şeyden önce murisin davalıya veya dava dışı kişilere yaptığı kazandırmalarda davacının mahfuz hissesine ne kadar tecavüz ettiğinin ve her bir tasarrufun ne miktar tenkisi gerektiğinin, bu safhaya kadar yararlanılan ölüm günündeki değerlere göre belirlenmesi gerekir. Davacının bazı lehtarlar aleyhine dava açmamış olması davalılar zararına bir hal doğuramaz (Y.H.G.K.nun 6.12.1989 günlü, 480-644 sayılı kararı). Bu sebeple tenkisi gereken her tasarruf ve ne miktar tenkis edileceği, dava konusu olup olmadığına bakılmaksızın hesaplamada belli edilmelidir. Tenkis davasının davada davacı ve davalı olanlar bakımından sonuç doğuracağı dikkate alındığında, davacının dava etmediği kimselerde kalan haklarını aldığı kabul edilmeli ve yalnızca davalı yararına olan tasarruftan ne miktar tenkis edileceği ortaya konmalıdır. Davalıya yapılan tüm kazandırmanın tenkisinin gerekmesi halinde bir problem ortaya çıkmaz. Zira, bu gibi halde ölüme bağlı tasarrufun o bölümü tenkis edilerek ortadan kaldırılır. Davalı ölüme bağlı tasarrufun yerine getirilmesini isteme hakkını kaybeder. Sağlar arası tasarrufun tamamen tenkisi gerekir ise tasarrufa konu mal davalıdan alınıp davacıya verilmek suretiyle hükmün eda bölümü tamamlanmış olur.

b) Tasarrufun kısmen tenkisi

"Kıymetine noksan gelmeksizin taksimi kâbul olmayan bir mal vasiyet edilipte iş bu vasiyet tenkise tabi olursa, lehine vasiyet yapılan kimse, dilerse tasarruf nisabı miktarını nakden alır. Dilerse tenkisi lazım gelen miktarın kıymetini verip o malı talep eder" (M.K. 506).

Ölüme bağlı tasarrufla muayyen mal vasiyeti hali için yapılan bu düzenleme ölüme bağlı olmayan tasarruflar içinde uygulanmaktadır (Y. 2. HD.nin 3.3.1972 günlü, 3833-1244 sayılı kararı). Görüldüğü gibi evvel emirde muayyen mala ilişkin tasarrufun aynen taksiminin mümkün olup olmadığını araştırmak bunun içinde her şeyden önce bir paylaşırma oranı kurmak gerekmektedir. Bilindiği gibi tenkis davasında tüm hesaplamalarda tereke mallarının ölüm günündeki değerleri dikkate alınmaktadır. İşte kısmen tenkisi gereken muayyen malda mahfuz hisseye tecavüz teşkil eden bölümün bu şekilde bulunan değeri ile tasarrufun tamamının değeri arasındaki oran aynen taksimde davanın taraflarının paylaşırma oranı olacaktır. (Y. 2 HD.nin 4.11.1976 T., 6866-7756 sayılı kararı). Bu oran bundan sonraki işlemler için esas alınmalıdır. Sayın Prof. N. Kocayusufpaşaoğlu'nun Yasa Hukuk Dergisi'nin 1986/8. sayısında yayınladığı makalede yer alan "değişmez tenkis oranı" nitelemesinde büyük isabet görmekteyiz. Bilhassa gayrimenkule ilişkin paylaşırmalarda kanunda gösterilen kıymetinde eksik hasil olmaması şartının yanında İmar kanunu gibi kamu düzenine ilişkin kanunlardan kaynaklanan kayıtlamalar da dikkate alınmalıdır. 5519 sayılı kanunun 2. maddesinin amir hükmü uyarınca tapu fen memuru veya mühendisi bilirkişiden bu oran çerçevesinde taşınmaz malın bölünmeden dolayı kıymetini kaybettirmeyecek bir taksim plânı almak gerekmektedir (Y. 2. HD.nin 31.5.1977 T., 2114-4531 sayılı kararı). İmar Kanunu uyarınca Belediye Hudutları içinde olan yerler için belediye imar müdürlüklerinden, diğer yerlerde İl imar müdürlüklerinden bu taksim projesi uyarınca ifraz ve taksimin mümkün olup olmadığı sorulmalıdır (3194 sayılı kanun Md. 15, 16 ve 5/11). Bu şartlar altında dava konusu taşınmaz malın birinin veya hepsinin taksimi mümkün görülür ise taksimi mümkün olanlar proje uyarınca taraflar adına tescil edilerek davanın taksimi mümkün mallar için eda bölümü çözümlenmelidir.

c) Taksimi mümkün olmayan mala ilişkin tasarrufun tenkisi

Medenî Kanunun 506. maddesinde kurala bağlanan ikinci ihtimal taksimi mümkün olmayan malda tenkisin nasıl icra edileceği yönündedir. Kanun

vazı bu gibi hallerde mal alıp tazminat ödemek veya tazminat alıp malı davacıya vermek gibi iki seçenektan birini tercih hakkını davalıya tanımıştır. Tapu fen memuru veya mühendisi bilirkişinin raporu yahut imar müdürlüğünün olumsuz mütalası üzerine malın taksiminin mümkün olmadığı anlaşılırsa, hakim re'sen davalı taraftan tercih hakkını sormalı, kendisinden açık ve net cevap almalıdır. Tanınan süre içinde bu tercih davalı tarafca kullanılmadığı takdirde tercihi belirleme hakkının davacıya geçeceği Yargıtayın yerleşmiş görüşü cümlesindedir (Y. 2. HD.nin 11.5.1972 günlü, 2831-2982 sayılı kararı). Davalı bu yönde isticvap edilmeden veya isticvap için açıkca davet edilmeden davacının tercih hakkını kullanamayacağına dikkatleri çekmek isterim.

d) Taksimli kabil olmayan mala ilişkin tasarrufun tenkisi halinde taraflardan birine ödenecek tazminat

Yukarıdaki açıklamalarda görüldüğü üzere, muayyen mala ilişkin tasarrufun tenkisi halinde tazminat ödeyecerek taraflar arasında denkleştirmeyi sağlamak aynen edan imkansızlığının sonucudur. Şu halde ödenecek tazminatın, malın aynen verilmesi halinde mal varlığına yapacağı etkiyi yapması zorunludur. Aksi düşünce (tazminat) karşılık fikri ile bağdaşmaz. 506. maddede düzenlemenin bir tazminat düzenlemesi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Her ne kadar bu güne kadar vaki uygulama Medenî Kanununun 454 ve 517. maddesinde yer alan "terekenin ölüm günündeki haline göre hesaplama yapılacağı" kuralından hareketle ölüm günündeki para karşılığının tazminat olarak verilmesiyolunda isede, bu uygulama ağır enflasyonist baskılar ve tenkis davalarının uzun araştırmalarla yıllarca devam etmekte oluşu geçekleri karşısında kabul edilemez haksızlıklara yol açmaktadır.

Ne "tasarruf nisabı, terekenin vefat günündeki haline göre hesap olunur" (M.K. 454), ne de "Miras, ölüm ile açılır. Murisin ölüme bağlı olmayan teberru ve taksimleri, mirasa alakaları noktasından mirasın açıldığı gündeki haline göre taktir edilir" sözleri, M.K. 506. maddesi uyarınca tayin edilecek tazminata, kanundaki tabirle "tasarruf nisabı miktarının karşılığı nakte" ilişkin değildir. Burada terekeye dahil bir MALIN HALİNDEN söz edilmektedir. Bu kavram o malın para olarak karşılığı anlamına gelmez. Bu ifade o malın ölüm anındaki vasıf ve niteliklerinin gözetileceğini anlatmaktadır. Söz konusu ifadenin malın, ölüm anındaki para karşılığı anlamına geldiği kabul edilse bile, M.K. 506. maddesi uyarınca tayin edilecek tazminatı da kapsamına alacak nitelikte olduğu yönündeki yorum, maksadı aşan ve bir tarafa haksız kazanç sağlayan, davaları uzatmada yarar yaratan bir yorum olmaktadır.

Yukarıdan beri açıklandığı üzere M.K. 506. maddede yer alan kuralda bir paylaşırma kuralıdır. Şu halde kanunda yer alan paylaşırma kurallarında benimsenen yöntemden ayrılmayı gerektiren özel ve mukni bir hal ortaya konmadıkça, maddeyi oradaki yöntemler çerçevesinde yorumlamak, kanunun tümünden çıkan zorunlu bir sonuçtur. Terekenin taksimine ilişkin M.K.nun 581 ve müteakip maddelerinde, kanun vazıı, taksim anındaki değerlerin paylaşılmasını kabul etmiştir. "Kıymetine ehemmiyetli bir noksan arız olmaksızın taksimi kabil olmayan mal,satılıp bedeli taksim edilir" (M.K. 591) demek suretiyle kanunun kabul ettiği sistemin, tasfiye anında elde edilen değer olacağı, açık biçimde ifade edilmiştir.

Kanunun amacını ve özellikle "zamanın ihtiyaçlarını ve devrin telakkilerini gözden uzak tutmamak" suretiyle yorum, hukuku yaşatan, hedefi olan cemiyet nizamını ayakta tutan bir yorum biçimidir. Yıllar yılı süren bir tenkis davası sonunda davacıyı dava açtığına pişman edecek, yıllar öncesinin (ölüm gününün) parası üzerinden bir tazminat vermenin haksızlığı ortadadır. Şu halde bölünemeyen malın tenkis (karar) gününe en yakın tarihteki gerçek değeri ile "Değişmez tenkis oranı"nın çarpılmasından elde edilen miktar (tazminat) karşılık olarak verilmeli, vicdanları sızlatan bu haksızlık kapısı artık kapanmalıdır.

KAYNAKLAR

- Dr. N. Ayıter – Dr. A. Kılıçoğlu : Miras Hukuku, Ankara 1989.
 Dr. Ş. Berki : Miras Hukuku, Ankara 1959.
 Dr. F. Eren : Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973.
 Dr. Z. İmre : Türk Miras Hukuku, İstanbul 1978.
 Dr. Z. İmre – Dr. H. Erman : Miras Hukuku, İstanbul 1989.
 Dr. N. Kocayusufpaşaoğlu : Miras Hukukuna Giriş, İstanbul 1972.
 Dr. N. Kocayusufpaşaoğlu : Tenkis Konusu Kazandırmalarda Mirasın Açılmasından Sonra Ekonomik İstikrarsızlık Sebebiyle Gerçekleşen Değer Değişiklikleri (MK. 454 ile 506. arasındaki ilişkiler), Yasa Hukuk Dergisi, 1986, sayı: 8.
 Dr. Bülent Köprülü : Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1976.
 Esat Şener : Eski ve Yeni Miras Hukuk, 1981.
 Hilmi Yazıscı – Hasan Atasoy : Şahıs ve Aile Miras Hukuku, 1970.

MİRAS HUKUKUNUN TEMEL TERİMLERİNİN AÇIKLANMASI

Nedim TURHAN (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** § 1- *Miras Hukuku İle İlgili Genel Bilgiler.* 1- *Miras Hukukunun Medenî Kanun İçindeki Yeri.* 2- *Miras Hukukunun Konusu.* 3- *Miras Hukukunun Tanımı.* § 2- *Miras Hukukunda Önem Arzeden Kavramlar.* 1- *Tanımlar.* 2- *Kavramların Medenî Kanunda Kullanılış Biçimi.* § 3- *Miras Hukuku İle İlgili Yasal Düzenlemeler.* 1- *Medenî Kanundaki Düzenlemelerle Bazı Özel Yasalardaki Düzenlemeler.* 2- *Borçlar Yasasındaki İlgili Düzenlemeler.* 3- *Davletler Özel Hukukundaki İlgili Düzenleme.* 4- *864 Sayılı Medenî Kanunun Yürürlüğüne Dair Yasadaki Geçici Düzenleme.* 5- *Yargı Ve Doktrinler Görüş Ve Kararlarla Oluşan Düzenlemeler.* § 4- *Miras Hakkına İlişkin Görüşler.* a- *Miras Hakkı Tanımayan Görüş.* b- *Miras Hakkını Sınırlayan Görüş.* § 5- *Miras Hukukunun Varlığını Savunan Görüşler.* a- *Tarihçe.* b- *Mirasın En Yakın Kan Hısımlarına Geçmişini Öngören Görüş.* c- *Miras Hakkının Kişi Ve Toplum Üzerindeki Etkileri.* § 6- *Miras Hukukunun Düzenlemesini Etkileyen Görüşler.* 1- *Genel Bilgi.* a- *Aileyi Koruyan Görüş.* b- *Miras Bırakanı Koruyan Görüş.* § 7- *Mirasi Hukukunun Genel Prensipleri.* 1- *Halefîyet (Ardalık).* a- *Genel Olarak Halefîyet Tanımı.* b- *Halefîyetin Çeşitleri.* 2- *Halefîyetin Medenî Kanunun Sistematiği İçindeki Sonuçları.* 3- *Cüz'i Halefîyet (Bireysel Ardalık).* 4- *Vasiyet Alacaklarının (Musalleh) Durumu.* 5- *Külli Cüz'i Halefîyet Farklılıkları.* 6- *Mirasçıların Sorumluluğu.* a- *Sınırlı Sorumluluk.* b- *Sınırsız Sorumluluk.*

§ 1 – MİRAS HUKUKU İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

1 – Miras Hukukunun Medenî Kanunun İçindeki Yeri:

Miras Hukuku, dört ana konuyu bir arada düzenleyen Medenî Kanun üçüncü kitabını oluşturmaktadır. Bilindiği gibi Medenî Kanunun birinci kitabı şahsın hukukuna, ikinci kitabı aile hukukuna ve dördüncü kitabı eşya hukukuna (aynî haklara) ilişkin düzenlemeleri içermektedir. İsviçre Türk sistemi bu düzenleme ile modern Pandekt ve alman Medenî Kanununun mirası beşinci kitap olarak benimseyen sistematiğinden ayrılmıştır.

(*) Yargıtay 2. HD. Üyesi.

2 – Miras Hukukunun konusu:

Miras kelimesi gibi miras hukuku da Medenî Kanunda iki ayrı anlamda kullanılmıştır.

a) *Geniş anlamda miras hukuku*: Ölen kimsenin mirascılarına geçmesi (intikali) olanaklı özel hukuk ilişkilerini ifade etmek üzere,

b) *Dar anlamda miras hukuku*: Mirascıların miras haklarını ifade etmek üzere kullanılmıştır (Medenî Kanunun 146/2, 257/1, 316/443/1-2c, 447, 448, 522, 523, 531, 577).

3 – Miras Hukukunun tanımı:

Gerçek kişilerin ölümü sonucu onlara ait mal varlığının ve özel hukuk ilişkilerinin geleceğinin (akibetinin) nasıl olacağını inceleyen Hukuk dalıdır (N. Kocayusufopaşaoğlu, Miras Hukuku, 1987, 3. Bası, Sh. 3; Tour Einel, N. 2.11; Eseher, Einl N. 4, K.Ş.Ş. Ansay Çevirisi).

Ş 2 – MİRAS HUKUKUNDA ÖNEM ARZEDEN KAVRAMLAR

1 – Tanımlar:

a) Miras: Bir kimsenin ölümüyle mirascılarına geçen özel hukuk ilişkilerinin tümünü ifade eder (M.K. 533, 537, 547). Miras: Medenî Kanunun 517/1 m ile belirlenen "miras ölümle açılır" cümlesiyle ise mirasın mirascılara geçişini ifade etmek üzere kullanılmıştır (Kocayusufopaşaoğlu Age Sh. 30).

Diğer tanımlar: "Ölen bir kimsenin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmayan özel ilişkilerinin tümünü ifade eder" (A. Escher, Miras Hukuku, Ansay 1953, Çevirisi, Sh. 5).

– "Miras bırakanın ölümüyle mirascılarına geçen hukuki münasebetlerinin tümü" (Dr. A. N. İnan Miras hukuku 1969 Sn. 20).

– "Ölen kimsenin mameleki yani mallarının, hak ve borçlarının heyeti mecmuası" (Z. İmre, T. Miras Hukuku, 1960, Sh. 47).

2 – Medenî Kanunun kullanılmasına göre anlamı:

Medenî Kanunda miras sözcüğü:

a) Ölen gerçek kişiden arta kalan mal varlığını (M. 537).

b) Miras bırakanın ölümüyle mirascının elde ettiği haklarını (miras haklarını) (M.K. 541),

c) Miras bırakanın ölümüyle mirasın (tereke) mirascıya geçişini (intikalini) (M.K. 517) ifade etmek üzere çeşitli anlamlarda kullanılmıştır.

Miras sözcüğü ile (tereke) eş anlamda veya onun büyük bir bölümünü ifade etmek üzere Medenî Kanunda geçen ve mal varlığını ifade etmek üzere seçilen sözcüklerde de birlik bulunmamaktadır. Medenî Kanununun 440, 452/1, 518, 529. maddelerinde "maliar", 526 madde "mal" 461 madde "şey", 455 madde "tereke" deyimleri kullanılmıştır.

d) **Miras bırakan:** Ölümü sonucu kendisine ait özel hukuk ilişkilerinin hukuki geleceği düzenlenen gerçek kişi veya ölümüyle miras hukuku kurallarının uygulanmasını harekete geçiren kişi. Medenî Kanunda miras bırakan "Müteveffa" (M.K. m. 439, 442, 444, 446, 454, 460, 509, 518, 520, 531) "vefat eden" (M.K. 44, 448, 523, 551) "Vasiyetci" (M.K. 482, 485, 488, 489, 497, 498, 523). "Muris" (514, 517), Gaip (m. 526, 528, 529) kelimeleriyle ifade edilmiştir. Tanımında anlaşılacağı gibi ölen kimseden (muristen) amaçlanan gerçek kişilerdir. Tüzel kişilerin malları miras hukukunun kapsamı dışında M.K. ve Borçlar ve Ticaret Hukuku kurallarına göre tasfiyeye tabiidir (M.K. m. 50 vd.; T.T.K. m. 206 vd.; 267, 434 vd., 552. maddelerinde özel hükümler yer almaktadır).

e) **Mirascı:** Miras bırakanın mal varlığından ve özel hukuk ilişkilerinden yararlanabilen gerçek ve tüzel kişilerdir. Miras bırakanın ölümüyle onun mal varlığından yararlanan kişi olarak tanımlanan mirascılar :

a) Yasal mirascı: (saklı pay sahibi ve alelade olmak üzere),

b) İradi mirascı: Mirascılık sıfatını ölenin ölümüne bağlı kazandırıcı bir işlemle kazanan kişi,

c) Ön mirascı: Nakil ile yükümlü mirascı M.K. m. 467,

d) Aday (namzet son mirascı) olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi tüzel kişiler miras bırakan olamamalarına karşın mirascı olabilmektedirler. Şu hususuda açıklamakta yarar var. Miras hukuku, miras bırakanla mirascılarının özel hukuk ilişkileri ve mal varlıklarının geleceği ile ilgilidir. Bu kişilerin kamu hukukuna giren ilişkileri miras hukukunun dışında kalır.

f) Tereke: Tereke sözcüğünde mirası, mal varlığını ifade etmek üzere kullanılmış isede; mirascılara geçen mal varlığını, (M.K. 449, 452, 461, 518). Bir başka anlatımla ölenin kalan mal varlığını ifade eder. Ancak mal varlığı ile tereke arasında da bazı farklılıklar bulunabilir. Mal varlığında görünmesine karşın terekeye girmeyen veya mal varlığında bulunmadığı halde terekeye girebilen özel hukuk ilişkileri bulunabilir. Mal varlığından doğan haklardan olan yararlanma (intifa) Medenî Kanununu 721.) sükna (oturma) (Medeni Kanununun 748.) hakları kişinin özüne bağlı haklar olup ölümle son bulduğundan mal varlığında bulunmasına rağmen terekeye giremezler. Bunun gibi miras bırakının yaptığı hizmet sözleşmesi, ölümden sonra devam edeceğine ilişkin hüküm taşımayan vekalet sözleşmeleri ilişkileri (Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı 22.2.1941 gün 87 sayı, ölümden sonra dahi devam eden vekalet - Mandutum Post Norten). Yine ölümden önce kabul edilmiş veya miras bırakan tarafından dava konusu yapılmamış olan manevi ödence isteği hakkı mal varlığında görünen özel hukuk ilişkisi oluşturduğu halde terekeye dahil olmaz. Ancak ölümden önce karşı tarafca kabul edilen veya dava konusu edilmiş olan manevi ödence isteme hakkı mirascılara aynen intikal eder (Halefiyet yolu ile). Mal varlığında bulunmamakla beraber miras bırakan tarafından açılan evlenme ilişkisinin (sözleşme) bozulması (butlan) (Medenî Kanununun 127.) kendisinin açtığı veya kendisi aleyhine açılan babalık davasına ilişkin (Medenî Kanununun 295) hukuki ilişkiler terekeye girebilmektedir. Mal varlığında ve terekede bulunmadığı halde mirascının ve 3.kişinin kişiliğine bağlı olarak gerçekleşip intikal gören haklara da değinilmekte yarar olacaktır. Bunlar ölenin desteğinden yoksun kalanların isteyebileceği ödence (B.K. m. 45) ölenin yakınlarına tanınan manevi ödence hakkı (BK. m. 47) Emekli Sandığının ölenin dul ve yetimlerine bağladığı aylıklar, 205 sayılı Ordu Yardımlaşma Yasasının m. 25 uyarınca beyannamesinde belirtilen mirascılarına bağlanan emeklilik ve sosyal yardımı içeren ödemelerdir. Ölenin yalnız ölüme bağlı olmayarak mirascılarına veya belirlediği kişilere verilecek hayat sigortası bedeli de aynı hükümlere tabidir (bak., Olgaç, Senai, Medenî Kanunu Şerhi, küçük kitap Sh. 387), (Ayrıca bak., M.K. m. 509).

g) Hısımlık: M.K. m. 17-18:

1- *Tanımı*: Gerçek kişiler arasındaki kan bağından veya yasaların bir sözleşmeye dayalı olarak oluşturduğunu kabul ettiği yakınlıktır.

2 – Çeşitleri:**A- Kan hısımlığının türleri:****b- Doğrudan hısımlığın türleri:****1 – Doğrudan kan hısımlığı:**

Birbirinin soyundan gelenler arasındaki tabii yakınlıktır.

a) Alt-Üst soy (ıusul-fürü) hısımlığı,

b) Alt soy hısımlığı evlilikle oluşur. Ancak evlilik dışı ilişki veya yapay (sun'i) olarakta oluşturulabilir. Alt soy ile ana arasındaki tabii hısımlıkta olmanın evlilik içinde veya dışında veya yapay olarak oluşması önem taşımaktadır (M.K. m. 290 ile çocuk ile ana arasındaki yakınlık doğumla gerçekleşmektedir. Çocuğun anası onu doğuran kadındır).

Baba yönünden ise; hukuki bağın oluşması bazı yasal koşullarla gerçekleşir. Evlilik içinde doğan çocuk hükmen red edilmiş olmadıkça soy ilişkisi kendiliğinden var demektir. Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında hukuki hısımlık (alt soyluk) bağının oluşabilmesi için tanınmış veya babalığın hakim hükmü ile gerçekleşmiş olması gerekir (M.K. m. 295-296).

Alt-Üst soy hısımlığının derecesi kuşak (göbek) adediyle belirlenir.

2 – Çevre (civar-yan) hısımlığı:

Birbirlerinin soyundan olmamakla beraber ortak bir kökte birleşenler arasında oluşan yakınlıktır (Amca-teyze, dayı, kardeş gibi). Alt-üst soy hısımlığında hısımlık derecesini gösteren kuşak (göbek) adedi, çevre hısımlığının derecesini göstermede isabetli sonucu vermediğinden derecenin belirlenmesi aradaki çizgi adediyle belirlenmektedir (Geniş bilgi için bak., Prof. Dr. Köprülü Bülent, M. H. Genel Prensipler, Ct. 1-2, 2. bası, 1984, Sh. 329, 350). Çevre hısımlığı da tam ve yarım olmak üzere ayrı ayrı düşünülebilir (üvey kardeşlikte olduğu gibi).

B – Sözleşme hısımlığı:**1 – Tanımı:** Bir hukuki olay veya sözleşme ile oluşan yakınlıktır.

(1) Bazı düşünürler babanın da babalık davasını açmasını engelleyen yasal bir düzenlemenin bulunmadığını savunmaktadırlar.

2 – Çeşitleri:

a) Evlenme ile oluşan hısımlık (M.K. m. 18). Tanımı: Evlenen kişilerden (eşlerden) biri ile diğerinin kan hısımları arasında, karşılıklı olarak ve hısımlık derecelerine göre oluşan yakınlıktır. Şu hususu hemen belirtelimki, hısımlık karı kocanın kan hısımlarıdır. Yapay hısımları kapsamaz. Bir diğer önemli yön karı-koca arasında bir hısımlığı olmayışıdır. Toplumumuzda bu tür hısımlığa dünür veya kayın hısımlığı denilmektedir.

b) Evlat edinme ile oluşan hısımlık, Evlat edinen ile evlatlık arasında sözleşmeyle gerçekleşen yakınlıktır (M.K. m. 213-256).

c) Hısımlığın miras yönünden değeri ve önemi: Medeni Kanun m. 439-442 gereği yasal mirascılar, kural olarak miras bırakanın kan hısımlarından oluşur. Her kuralda olduğu gibi bu kuralında ayrıcalıkları vardır. Devletin eşin ve evlatlığın mirascılığı gibi, Devlet ve eşin mirascılığı yasadan, evlatlığın mirascılığı sözleşmeden kaynaklanır.

d) Hısımlığın diğer hükümleri: Konumuz miras ve mirascılığın hükümlerinin incelenmesini içerdiğinden konu dışında kalan bu hususlara başlıklarla değinilmeye yetinilecektir.

a) Evlenme yasağı (alt-üst soy, yan ve yapay hısımların 2 ve 3. dereceleri arasında M.K. m. 92/1, 112/3). Bu yasak evlat edinenle evlatlık arasında da geçerli isede aralarında evlenme gerçekleşmiş ise diğer evlenme yasaklarında olduğu gibi bu evlilik geçersiz hale gelmez. Evlatlık ilişkisi ortadan kalkar.

b) Nafaka yükümlülüğü: M.K. 315– 316: Doğrudan kan hısımları arasında her derecede, kardeşler arasında hali refahda olmak koşuluyla birbirlerine yardım yükümlülüğü vardır.

c) Oy verebilme yasağı (M.K. m. 61, T.T.K., m. 374, 394).

d) Tanıklıktan çekilebilme hakkı (HUMK. m. 245, M.K. m. 483).

§ 3 – 1 – MİRAS HUKUKU İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

a) Medenî Kanununun (439-617 m.).

b) Medenî Kanun dışında özel yasalarla yapılmış düzenlemeler.

5.12.1951 gün, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası (63-65 m.); 24.7.1965 gün, 6/5100 Kararnameyle yürürlüğe konulan T. Medenî Kanu-

nun Velayet Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük (R.G. No: 12102). 86-1959 gün, 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Yasası, 7.11.1982 gün, 2709 sayılı Anayasa m. 35; Ayrıca bu konuda Emekli Sandığı, 506 sayılı SSK. Bağkur, Ordu Yardımlaşma Yasalarında da mirasın düzenlenmesini gerçekleştiren hükümler yer almaktadır. Yine T. Medenî Kanununun uygulanmasına ilişkin 864 SY. 16-17. maddelerinde geçiş hükümleri yer almaktadır.

c- Borçlar Yasasının sözleşmelerin düzenlenmesi, bozulması, alacağın devri, borcun nakli gibi temel kuralların miras hukuku düzenlemelerinde de uygulanma olanağı bulunabilir. Ancak Borçlar Yasasıyla öngörülen genel düzenlemelerin mirası ilgilendiren konularda dikkate alınabilmesi için;

ca) Miras hukukunda konuya ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması

cb) Borçlar yasasındaki düzenlemenin miras hukukunun genel ve özel kurallarıyla bağdaşabilir olmasıdır. Bir başka anlatımla miras hukukunun yapısı ve niteliğine aykırı olmamalıdır. Belirtilen koşullarla Medenî Kanunun 5. m. uyarınca Borçlar yasasının sözleşmelerin düzenlenmesi (Md. 1-40) hükümlerine (m. 67-108), sukutuna (m. 113-140) ait hükümlerinin, ayrıca şartı düzenleyen (m. 149) zincirleme sorumluluğu düzenleyen (m. 141 vd.) haksız kazanmayı düzenleyen (m. 61 vd.) hükümleri miras hukukunda da uygulama olanağına sahiptir (fazla bilgi için bk., Şener Esat, Miras Hukuku, Cilt: 1, 1977, Sh. 50; İnan Ali Naim, Miras Hukuku, 1969, Sh. 18; Oğuzman, Miras Hukuku, 1978, Sh. 14-23).

3 - Miras Hukuku hakkında hüküm taşıyan bir başka kaynak Devletler özel hukukudur.

4 - Yürürlükten kalkmakla beraber tatbikat kanununca düzenlenen kazanılmış hak kurallarına göre halen baş vurulabilen arazi kanunu ve Fıkıhın Feraiz Hükümleri (2).

(2) İslam hukukunda mirasın açılması intikali sonuçları ve yarattığı haklar bakımından düzenli ve birleştirici hükümler yerine eşyanın niteliğine göre oluşan çeşitli düzenlemeler oluşturulmuştur. Taşınır malla, alacaklar, mülk topraklar, emlak sırfa (miri ve vakıf arazi üzerinde yapılan binalar, dikilen ağaçlar) Fıkıhın Feraiz hükümlerine tabi olduğu halde; miri toprak, vakıf topraklar İslam hukuku dışında düzenlenmiş yasal hükümlere tabiidir (Geniş bilgi için Bak. Ebul'Ula Mardin Medenî Hukuk Dersleri ct. 5; Toprak Hukuku Dersleri 1947, Nasuhi Bilmen, Hukuku İslamiye İstiklatı Fıkıhiyye Konusu ct. IV, Sabri Aksüyek Medenî Kanun Hükümlerine Göre Kanuni Mirasçılar ve Eski Kanun Hükümlerine Nazaran Miri Arazi ve Musakkafat ve Müstegallatı Vakfiyenin Sureti İntikaline Dair Esaslar 1947, A. Himmet Berki eski Hadiselerde, Tatbiki Lâzım Genel İrs ve İntikal 1938, Esat Şener Miras Hukuku 11. kitap 1977, Sh. 57 vd.

5 – Yargı ve doktriner görüş ve kararlarında mirası düzenleyen kurallar arasında saymakta yarar vardır.

6 – Anayasa madde 35 ile "Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak Kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olmaz". Görüldüğü gibi mirasın geçişi Anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Devlet, Özel Hukuk düzenlemelerine dayanarak bu hakkı kısıtlamayaz. Hakkın kısıtlanması ancak kamu yararı düşüncesiyle olanaklıdır. Tabii ki mirascılarda bu haklarını toplumun yararına aykırı düşecek bir biçimde kullanamazlar.

Ş 4 – MİRAS HAKKINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1 – Mirasla geçen hakka karşı çıkan görüş

a) Kominist manifestosu (beyanamesi) özel mülkiyet ile beraber miras hakkına da karşı çıkmaktadır. Bu itibarla kominizm tümünden mülkiyet ve miras hakkına karşıdır (konuya ileride geniş biçimde değinilecektir 5/c).

b) Miras hakkına sınırlı olarak karşı çıkan görüş

Mülkiyet hakkını yasallaştıran öge, onun emekle elde edilmesidir. Emeye dayanmayan haktan söz edilemez. Başkasının, emeği ile kazanılan mülkiyetin miras yolu ile emeği olmayan başkasına geçirilmesibir kısım kimse-ler için tanınmış bir ayrıcalık (imtiyaz) oluşturur (Hanlan Eugene Read). Varlıklı kimselerle varlıksız kimselerin alt soyları arasında beşikle başlayan bir eşitsizlikten söz edilmektedir. Rignano (İtalyan Prof.) bu eşitsizliğin giderilmesi bakımından terekenin bir kısmına devletin el koyması (devletin mirascılığı) nı ön görmektedir. Ona göre mirasın düzenleme biçimi, varlıklı sınıflara varlıklarını ebedileştirme imkanı sağlamaktadır. Eleştiriler tarihi gerçeklere dayanmaktadır. Avrupadaki feodalite bu sayede varlığını uzun süre devam ettirebilmiştir. Yasamız bu sakıncaları dikkate alarak (Medenî Kanununun 322. madde ile) bir malın devir ve ferağ edilmemek üzere bir aileye özgölenmesini sağlayan her türlü işlemi yasaklamıştır. Hatta bu amaçla vakıf dahi kurulmasına olanak tanımamıştır. Yine M.K. m. 468/1-c-3'te yer alan görüşle fevkalade ikame ile alt mirascıya (namzet) mirası bir başkasına geçirme yükümlülüğünün yüklenemeyeceğini benimsemiştir. Ancak bu önlemleri yeterli görmeyen ve mirası zenginliğin devamlılığını sağlayan bir araç sayan Saint Simon-ekolü, terekenin yegane sahibinin devlet olması ve Devletin terekeyi en iyi şekilde idare edecek verimliliğini sağlayıp arttıracak teknolojik değiş-

melerle uyum sağlayacak eh-yiet ve kabiliyetteki mirascıyı veya mirascıları tesbit edip mirasın bunlara teslim edilmesini önermektedir.

Bu konuda yapılan, diğer bir eleştiri ise; aile birliğini oluşturan akraba topluluğu arasında, dargınlık, düşmanlık yaratması çirkin isnatlara, kavgalara yol açması miras bırakanın bu konuda manevi etki altına alınması, bir kısım mirascılar yararına bazı işlemlerle ayrıcalıklara neden olmasının sağlanması, çokaz olmakla beraber miras bırakanın çabuk ölmesinin istenmesi, bazende bunun yollarının aranması gibi insan karakterine ters düşen eylemlere neden olmasındır.

§ 5 – MİRAS HUKUKUNUN VARLIĞINI SAVUNAN GÖRÜŞLER

a) Tarihçe: Miras hukuku alie kavramının oluşmasıyla başlamıştır. ilkel dönemlerde mülkiyet, alieye aittir. Mal varlığı aile bireyleri yerine, alie kurumuna geçmektedir. Ölen reisin yerini alan kişi aileye ait malların idaresini de üstlenmiş olurdu. Mal varlığının bu nedenle hiç bir değişikliğe uğramadan nesilden nesile intikali sağlanıyordu. Aile mülkiyeti şeklinde geçen mal varlığı zamanla yerini aile mirası kavramına bırakmıştır. Gerçek anlamda miras hukuku aile mirası kavramı ile başlar. Bu fikir bazı değişikliklerle zamanımıza gelmiş ve çeşitli milletlerin yasalarında kendi öz benlikleri doğrultusunda yasal kurallara dönüştürülmüştür. Anayasamızın toplumun temelini ailenin oluşturduğunu kabul etmesinde de bu tarihi gelişimin izleri vardır. Medenî Kanun mirasın intikalinde öncelikle kan bağına esas almıştır. Bununla beraber yapay bağlar içinde mirascılığı öngörmeyi de ihmal etmemiştir (Evlilik bağı – Evlilik bağı gibi M.K. m. 444-447).

Kan hısımlığının mirascılığında da farklı görüşler bulunmaktadır.

Birinci görüş: Hısımlık derecesine bakılmaksızın (yakın–uzak) miras bırakana kan bağı ile bağlı olan herkes yasal mirascı olmalıdır.

İkinci görüş: Mirascılığı, miras bırakana belirli bir dereceye kadar yakın olan kan hısımları için öngörülmektedir. İlk görüşü savunan tabii hukukcular okulu, ölenin iradesine önem vermekte, ona, terekese üzerinde serbestce işlem yapma hakkını tanımaktadırlar. Arzusunu, ölüme bağlı bir işlemle belirtmeyen miras bırakanın amacı mirasından kendisine kan bağı ile bağlı olan tüm mirascılarının yararlanmasını sağlamaktadır (Hugu Grotios; Samuel Pufen drof.).

Mirastan yararlanacak kan hısımları için bir sınırlama koyan düşünürler ise (Hegel-Stahl) ailenin biyolojik bir kavram olmadığı, ailenin temel varlığını,

maddi, manevi değerlerini sonraki nesillere taşıyarak sosyal bir kavram olmasından hareket etmekte ve ayrıca değişen toplum, alie ve bireylerin yaşamındaki etkenleri (ailenin küçülmesi, birlikte yaşamın zorlaşması, taşınmanın ayrı ev sahibi olmanın kolaylaşması, bireylerin yaşadıkları yerlerden başka yerlere gitmek oralarda yaşamlarını sürdürmek zorunluluğu gibi) esas almaktadırlar.

Alman Medenî Yasası birinci görüşten etkilenecek düzenlenmiştir. İsviçre Türk Medenî Kanunları bu görüşten ayrılmış mirascı olabilecek kan hısımlarına bir sınır getirmiştir. Gerçekte birinci görüş bu günün koşulları ile değerini tümü ile yitirmiştir. Zira miras bırakanı hiç tanımayan onun varlığından dahi bilgisiz olan çok uzak bir kan hısımları dahi (milli piyangodan para çıkmış gibi) mirascı olabilmektedir. Bunlara Almanca konuşulan ülkelerde "Gülen mirascılar" "neşeli mirascılar" (N. Kocayusufoğlu, age., Sh. 19) denilmektedir. Gülen mirascı ile miras bırakanın arasında bir yakınlık olmadığı için ölümünden dolayı üzüme olayı yerini sevinme olgusuna bırakmaktadır. Bu nedendenirki İsviçre Türk miras sisteminde mirascılık 3. parantele (zümreye) kadar uzanmaktadır. Medenî Kanununun 441/2. maddesinde 3678 sayılı Yasa ile yapılan son değişiklikle (miras bırakandan önce ölen büyük ana-babasının mirascığı eşin sağ olmamasın bağlanmıştır). Bu husus daha da daralmıştır. Birinci görüşü benimseyen yasalar devletin mirascılığına çöküzak bir ihtimal olarak yer vermiş olmaktadır. Buna karşılık ikinci görüşü benimseyen düzenlemelerle, belirlenmiş zümrelerde mirascı bulunmaması, mirasın devlete geçmesine olanak sağlamakta ve devleti de yasal mirascılar arasına almış olmaktadır.

b) Mirasın yakın kan hısımlarına geçmesinin sağlanması, kişileri çalışmaya daha çok kazanmaya yöneltir. Şayet bu hak tanınmasaydı, insanlar kendileri ve dar anlamda aliesinin günlük gereksinmelerinden fazlasını kazanmaya gerek duymayacaklardı. Çalışmak, çok çalışmak, işini büyütmek teknolojinin gereklerine uydurmak ve bunun sonucu fazla mal ve para sahibi olmaya iten duygu tabiki yalnız miras kavramıyla sınırlı değildir. Miras kavramı dışında insanları çalışmaya mal üretmeye, teknoloji yaratmaya iten başka nedenlerde vardır. Bunlar insan, vatan, millet sevgisi, kişisel onur dürtüsü, kendisini kantılama duygusu gibi olgularda olailir. Önemli olan, neslin ve ait olduğu topluluğun varlığını sürdürebilme olayına kendi ölçüleri içinde katkıda bulunma, var olan uygarlığı biraz daha ileriye götürme isteğidir.

c) Miras hakkı ve hukuku Totaliter bir devletin yapılanmasını engeller. Liberal düşünce kişilere toplum yararı ve kamu düzeni ile sınırlı olmak üye-

re dilediğince yaşama olanağı tanırken, Totaliter idareler kişiyi köle gibi çalıştırmaktadır. Sovyet Rusya, Kominist marifentosuyla kabul edilen ilkeden etkilenerek 1918 tarihli bir kararname ile yasal ve iradi mirascılığı kaldırmıştır. Yegane mirascı devlettir. Belirtilen kararname ile sınırlı da olsa miras hakkı tanındığı halde kominist rejim bu hükümlerin çalışmasına hiç bir zaman müsaade etmemiştir. 1922 yılında yine sınırlı olarak yasal ve iradi mirascılık hakkı tanınmıştır. 1927'de ve 1943-1945'te çıkarılan yasalarda bu durum kişiler yararına iyileştirilmiştir. Ancak Rus anayasası Mülkiyet hakkı ile mirascılığı birlikte değerlendirmiş ve mülkiyet ile mirascılık hakkını sadece tüketim malları ve yeterli konut için tanınmıştır. Geniş anlamda özel mülkiyeti red edilmiştir. Bunun sonucu olarak miras hakkında geniş ölçüde devlete tanınmıştır. Kominizm ilkesinin esasını oluşturan Marksizm (Bilimsel Sosyalizm) sömürü mülkiyeti ve ona bağlı olarak mirası (üretim araçları üzerindeki mülkiyeti) red etmektedir. İnsan tabiatına aykırı düşen bu düşünce biçiminin topluma verdiği zarar, kişide yarattığı tembellik zamanla his edilmiş ve 1962, 1964 yıllarında miras zümreleri genişletilmiş, ayrıca kişiye sınırlı olmakla beraber iradi mirascı seçme hakkı tanınmıştır. Bugün ise uygar toplumların kabul ettiği mülkiyet ve miras düzenini getirme ve uygulama eylemi ve özlemi başlamıştır. Gerçek şu ki; mülkiyet ve miras hakkının kısıtlanması bireysel girişimleri yok etmekte, hür fikrin, hür teşebbüsün oluşup gelişmesini önlemektedir.

1 – Miras hukukunun düzenlenmesini etkileyen görüşler

Bir hakkın varlığı, ona sahip olacak kişinin varlığı ile mümkündür. Kişilikle hak birbirini tamamlayan unsurlardır. Hak olmadan da kişilik olabildiği halde kişilik olmadan haktan söz etmek ona varlık tanımak olanaksızdır. Kişiliğin sona ermesi ile ona bağlı olarak hüküm ifade eden haklar askıda kalır, yeniden hukuki kimlik sahibi olmaları için bir başka kişilikle ilgi kurması gerekir. Çeşitli görüşler hakkı, mirascılarla, devletle aile ile veya miras bırakanın öngöreceği dier kimselerle ilgilendirilerek sürdürme şeklinde gelişmiştir.

2 – Bu görüşler

a) Aileyi korumaya yönelik görüş:

Yukarıda tarihi gelişim bahsinde de değinildiği gibi ilk miras ilişkileri aile ile başlar, tüm mal varlığı aileye aittir. Aile reisinin bu mallar üzerinde sadece yararlanma ve yönetim hakkı vardır. İşte yeni aile reisine intikal edecek miras aileye ait malların yönetim hakkıdır. Bir kısım düşünürler, toplumu

oluşturan öge aile olduğuna göre mirasın aile bireyleri yerine aileye ait olması gereğini savunmuşlardır. Aile bu sayede varlığını ve devamlılığını sağlayabilir. Bu görüşün izlerine bugünkü hukuk sistemlerinde de rastlamak mümkündür. Anayasa madde 41 "Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır....."M.K. m. 581". Mirascı birden fazla ise, terekedeki haklar ve borçlar taksime kadar muşa kalır. Tereke mirascıların mülkü olup, mukavele veya kanun ile muayyen temsil ve idare hakları mahfuz kalmak üzere mirascılar, bunda müşterek tasarruf ederler, mirascılardan birinin talebi üzerine hakim taksiminin icrasına kadar miras şirketine bir mümessil tayin edebilir "mirasın en yakın mirascılara kalmasını yeğleyen dönemlerde aileyi koruyan görüşün izleri vardır. Türk hukukundaki yasal mirascılık, saklı paylı mirascılığı ve bunun bir sonucu olan tenkis davası, yine mirasta iade hükümleri aile mallarını korumaya yönelik düzenlemelerdir (Z. İmre, age., Sh. 36). Bir farkla ki aileye ait malların aileye aidiyeti yerine, aile bireyelerine intikali tercih edilmiştir.

Bu görüş çeşitli evrelerden geçerek önce tüm kan hısımlarının mirascılığı öngörülmüş sonradan kan hısımlarının mirascılıklarının sınırlandırılmalarının gereksinimi duyulmuş ve böylece aile yerine kişilerin mirascılığı fikri gelişmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi kan hısımlığında sınır tanımayan Alman Hukuku gülen mirascıların oluşmasını sağlamıştır. Türk İsviçre hukukunda mirascılık belirli bir zümreyle sınırlandırılarak dar aile sistemi tercih edilmiştir.

b) Miras bırakanı koruyan görüş (Ferdietçi görüş), (Endiüdüalist):

Bu görüş miras bırakanın sağlığında olduğu gibi ölümünden sonrada mal varlığını ve ilişkilerini düzenleme hakkına sahip olmasıdır. Yukarıda da değinildiği gibi bu görüşün sahipleri (Hugo Grotius, samuel pufendorf) "Asıl olan iradi mirascılıktır. Miras bırakanın ölüme bağlı kazandırıcı işlemlerle mal varlığını dilediğine bırakabilmesidir (Mal vasiyeti gibi). Bir kimseye mal varlığının geleceğini belirleme hürriyetinin verilmesi onu daha çok çalışmaya, daha çok mal sahibi olmaya, daha çok daha kaliteli üretime özendirir. Ancak böyle bir hak miras bırakana huzurlu anlamlı bir yaşam sağlar. Ferdietçi görüş Roma hukukundan kaynaklanmaktadır. Roma hukuku kişinin iradesine dolayısıyla vasiyetine önem vermiş, iradi mirascılığı yasal mirascılıktan üstün tutmuştur. Buna karşılık Cermen Hukuku ferdi görüşü kesinlikle red etmiştir. Bu nedenledirki yazar Tacitus "Cermanya" adlı yapıtında "Cer-

menlerde mirascıyı tanıyı tayin eder" görüşüne yer vermiştir. Yine bu nedenledirki cermen hukukunda vasiyet müessesesine yer verilmemiştir. Bu iki görüş modern hukuklarda gidenilmiş orta yol tercih edilmiştir. Osmanlı dönemi hukukunda vakıf olarak gelişen sistemde de aileyi koruma, toplumu koruma ve miras bırakanı korumanın (ferdiyetçi sistem) karma izlerine rastlamak mümkündür. Özellikle zürri vakıflarda ailenin varlığını sürdürme amacı baskındır. Bu itibarla vakıf aileyi koruyan görüş doğrultusunda gelişmiştir. Ancak miras bırakan dilediği kadar malı vakıf yolu ile yönlendirebildiğinden müessesede ferdi koruyan görüşün izleri de bulunmaktadır.

c) Toplumı koruma görüşü (kollektivist görüş):

Yukarıda tarihi gelişim dolayısıyla verilen bilgiler arasında da değinildiği gibi, bu görüşün taraflarla mülkiyeti, özellikle kişisel mülkiyet red ederler. Bunun sonucu miras hukukunda kabul etmezler. Tüketim malları üzerinde sınırlı mülkiyet hakkı tanıyan bu görüşte üretim malları üzerinde özel mülkiyet kesinlikle red edilmektedir.

Bu günün pozitif (yürürlükteki) hukuk sistemlerinde bu görüşlerin aynen benimsenip uygulandığına rastlanılamamaktadır. Ülkeler kendi gelenek ve göreneklerine, toplum yapılarına, kültürlerine en uygun gördükleri yönleri almak suretiyle karma düzenlemeleri yeğlemişlerdir. M.K. Sistematiğinde de her üç görüşün izleri vardır.

2 – Türk Medenî Yasasının benimsediği görüş:

Yukarıda da açıklandığı gibi MK. belirtilen görüşlerin yararlı bulunduğu yönlerini alarak karma görüşü benimsenmiştir. Bir taraftan devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul ettiği mallarda özel mülkiyet dolayısıyla miras hakkına yer vermezken diğer yönden saklı pay sahibi mirascılıkla aileyi, mirascı seçebilme ve mal vasiyetiyle iradi mirascılığada sınırlı olarak yer vermekle ferdiyetçi görüşe birlikte yer vermiştir.

Tabiki baskın olan düzenleme yasal mirascılığın ön safta olmasıdır. Bu konuda bazı duraksamalar bulunmakla beraber saklı pay sahiplerinin geniş, buna karşılık iradi (vasiyet) mirascılığının sınırlı tutulmuş olması yasal mirascılığa öncelik tanıdığını göstermektedir (İradi denen hak sahipliğinde bi bakıma kanuna dayanır. Zira miras bırakanın irade beyanlarına, bu beyanın yönelmediği hukuki sonuçları tanıyan kanundur. Kanuni hak sahipliği için irade beyanı gerekli değilken, iradi hak sahipliğinde, kanun istenen sonucu yapı-

lan beyana tanımaktadır. Bu beyan sonucun zaruri unsuru olmaktadır. N. Kocayusufpaşaoğlu, age., Sh. 33).

§ 5 – MİRAS HUKUKUNUN TEMEL PRENSİPLERİ

1 – Halefiyet (Ardalık):

a) *Halefiyet*: Sözlük anlamında başkasının yerine geçmeyi ifade eder. Hukuki terim olarak ise: Bir hukuki olay (ölüm veya hukuki işlem) ile bir kimsenin hukuki işlemlerinin tümüyle veya kısmen bir başkasına geçmesi olayını ifade eder. M.K.nun 439, 441, 444, 448, 461, 539. maddeleriyle yasal ardılığı M.K. 463. m. ile de iradi ardılığı düzenlemiştir.

b) Çeşitleri:

1– *Tümel (külli) ardalık (halefiyet)*:

Ardalık (halefiyet) (M.K. 939, 461, 464), bir kimseye ait hakların tüm olarak ve tekbir olayla özel bir şekil şartı aranmaksızın başkasına geçmesi olayıdır. Bunun karşıtı olan cüz'î (bireysel) ardalık bireysel hak ve ilişkilerin, birinin diğerine geçmesidir. Tümel ardalık yasadan kaynaklandığı halde bireysel ardalık iradi işleme oluşabilir.

Medenî Kanununun 539. maddesi kaynak İsviçre M.K.nun 560. maddesi (Almanca metin)'ne uygun olarak (tümel ardılığı: Miras bırakanın ölümü ile mirascılar yasa gereği terekeye tüm olarak sahip olurlar. Yasai ayrıcalıklar saklı olmak koşulu ile miras bırakana ait alacak, mülkiyet hakları, kısıtlı aynı haklar ve zilyetlik kendiliğinden mirascılara geçer. Mirascılar miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumludurlar) şeklinde özetlenebilir.

Yasal tanımlamadan çıkan sonuca göre:

a) Miras bırakana ait haklar, borçlar, alacaklar ve özel hukuki ilişkileri tek bir olayla (ölüm) tüm olarak mirascılara geçer. Bu kuralın zorunlu sonucuna göre; taşınmaz mallar tapu siciline işlenmesine, taşınır malların zilyetliğinin devrine (kısa elden teslim) gerek olmaksızın alacaklar ve borçlar yazılı bir iradeye ihtiyaç olmaksızın mirascılara geçer (M.K. 633-687; B.K. 163-164).

(M.K. 211/2 gereği mal ortaklığı sözleşmesiyle karı kocaya ait malları karı kocanın iştirak halinde malik oldukları mülk haline gelir. Burada da yasanın aradığı mülkiyetin geçişini gerçekleştirecek şekil koşullarının hiç birisine gerek duyulmaz).

Germen hukukunda tümel ardalık yerine tereke cins cins gruplara ayrılarak birinin diğerinden bağımsız olarak geçiş sistemini benimsemiştir. Hukukumuzda genel kural toplu geçiş olmakla beraber özel yasalarda bir kısım tereke veya özel hukuk ilişkilerinin Germen hukukunda olduğu gibi bireysel olarak geçişini sağlayacak düzenlemelerde yer almaktadır (İstiklal madalyası Yasası 29.11.1926 gün, 66 nolu Yasayı değiştiren 525 sayılı yasa m. 2 İstiklal madalyası erkek çocukların en büyüğüne, erkek çocuk yoksa en büyük kız çocuğuna, çocuk yoksa Babaya..... vs. intikal eder. 27.7.1967 gün, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasasının 199. madesiyle de madalya ve nişanla ilişkili olmak üzere benzer bir bireysel geçiş kuralı konulmuştur. Yine 18.5.1955 gün, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiralarına ait Yasanın 13. maddesi ile aynı şekilde bir ayrıcalık getirilmiştir (bak., 13. m. metnine). Buna göre kiracının ölümü ile kiracılık ilişkisi onunla birlikte kiralananda oturan kişilere geçer. Bu kişilerin mirasçı olmasına gerek yoktur. Ölen kiracı ile birlikte kiralananda oturan herkes bu ilkedan yararlanır. Örnek, kardeşi ile oturan kiracının ölümü ile mirası tüm olarak çocuklarına geçtiği halde kiracılıktan kaynaklanan özel hukuk ilişkisi ayrı bir miras geçişine tabi olarak çocuğun yerine kardeşine geçer).

Sayın *Kocayusufopaşaoğlu*, madalya ve nişanlarla ilgili düzenlemeleri bir nev'i yasal vasiyet olarak değerlendirmekte ve münferit bir iki istisnanın bulunması ana kuralın zedelendiği sonucu çıkarılmaz... (age., Sh. 44) görüşüne yer vermektedir.

Genel kuralın bir diğer ayrıcalığına 23.2.1330 tarihli Memaliki Osmaniye'de Mukim Tebayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunun geçici 4. maddesinde rastlanmaktadır. Bu kurala göre yabancıların Türkiye'de sahip oldukları taşınır malları kendi hukuklarına, taşınmaz mallara ilişkin hukuki sorunlar ise taşınmazın bulunduğu devletin (Türk) hukukuna tabiidir. Böylece taşınırlar ayrı, taşınmazlar ayrı bir hukuki kurala tabi olmaktadır (1330 sayılı yasa 2679 sayılı yasanın 46. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeler için bak., 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hükümleri Hakkında Kanun m. 8, 10, 11, 12, 22, 23).

2 – M.K. sistematliğinde tümel ardalığın gerçekleştirdiği sonuçlar kısaca:

a) Yalın ölüm veya ona denk gaiplik olayı ile geçişe (intikale) elverişli tüm özel hukuk ilişkileri yasa gereği (*ipso jure*) mirascılara geçer (M.K. 539).

b) Geçiş olayının hukuki sonuç doğurması için yasaların aradığı özel koşulların gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur (M.K. 633, 634, 687, 901).

c) Geçişe elverişli tereke mirascılarına tüm olarak geçer.

d) Terekenin tümel geçişi sonucu mirascılar arasında yasadan kaynaklanan (M.K. 581) miras ortaklığı (birlikte iştirak halinde mülkiyet ortaklığı) oluşur.

e) Terekenin borçlarından mirascılar zincirleme (B.K. 141 vd.-M.K. 616) ve kişisel sorumluluk esaslarına göre sorumlu olurlar (M.K. 839/1-582). Buna dokdirinde sınırsız sorumlulukta denilmektedir. Ancak yasal mirascı olmasına rağmen devlet ve intifa hakkı sahibi mirascılar bu kuralın dışında tutulmuştur. Devlet ve intifa hakkı sahibinin sorumluluğu kendisine geçen tereke ile sınırlıdır. Bunların kişisel (kendi mal varlığıyla) sorumluluğu bulunmaktadır (M.K. 540 ve 571), (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı 7.4.1954 gün, 13/12 sayılı). (Yasa mirascıların tereke ile sınırlı olarak sorumlu olabileceğine ilişkin bir ayrıcalık daha getirmiştir. Mirascılar resmi tasfiye istemişlerse sorumlulukları kendilerine geçmesi gereken tereke mevcuduyla sınırlıdır (M.K. 572).

Genel kural olarak borcun nakli (B.K. 174) alacaklarının onayına bağlıdır. Yani naklin hukuki sonuca ulaşması için alacaklı ile yeni borçlu arasında bir sözleşmenin varlığı zorunludur. Oysa miras bırakanın alacaklıları belirtilen yasal koşula gerek kalmaksızın mirascısının alacaklısı durumuna girerler.

Yazılı olmadıkça alacağın temliki (B.K. 162) de hüküm ifade etmediği halde miras bırakanın alacakları yasal koşulun gerçekleşmesine gerek olmadan mirascılarına geçer.

3- Cüz'i halefiyet (Bireysel ardalık):

Mirasın açılmasıyla tereke tümel mirascılarına geçer. Bireysel ardaların tümel ardalara karşı kişisel bir alacak hakkı oluşur. Bu hakkın alınması ise yasaların koyduğu kurallara tabiidir.

Tümel geçişte olduğu gibi ölüm olayı yeterli değildir.

Sayın E. Şener, Cüz'i halefiyeti: Hukuki bir olay sonunda bir kimsenin geçişe elverişli bir hukuki ilişkisinin (belli bir mal veya hakkın) başkasına

geçmesi olarak tanımlamaktadır (age., sh. 43). Burada hakkın geçişi yerine cümlelerin (..... geçişe elverişli belli bir mal veya hak üzerinde başkasına kişisel hak sağlanması) olarak anlaşılması daha uygun olur. Zira ölüm olayı cüz'i halefler için mülkiyet hakkının geçişini sağlamaz. Onlar için tümel ardalardan istenebilecek kişisel bir hakkın varlığını gerçekleştirir.

Cüz'i halefler : a) Kendilerine belirli bir mal vasiyet edilenler ile

b) Yasal intifa hakkı sahipleri (M.K. 442/2) ve Devlet,

c) Ölenle birlikte yaşayanların 1 aylık geçimliği (M.K. 454) resmi tasfiye sonucu artan mala sahip olan mirascılar malul (sakat) olup terekeden tazminat isteyebilen çocuklar (M.K. 608)'dan ibarettir.

Özellikleri: 1- Bireysel (Cüz'i) ardalıkta geçiş (intikal) ancak taşınmazların tapuya tescil edilmesi, taşınırlarda zilyetliğin devir edilmesi, alacaklarda yazılı şekilde uyularak yapılan temlikle gerçekleşir.

2- Bunların tereke borçlarından sorumluluğu, kendilerine geçen tereke değeri ile sınırlıdır. Yasal intifa hakkı sahipleri de tereke borçlarından kişisel mallarıyla sorumlu tutulmazlar (Yargıtay İç. Bir. 7.4.1954 gün ve 13/12 sayılı kararı) ancak tereke alacaklarının hakları yasal intifa hakkı sahiplerinden önde gelir. Alacaklardan artakalanlar intifa hakkı sahiplerine verilir (M.K. 540). Mirasın intikalinde tümel ardalardan hukuki durumunda bulunan intifa hakkı sahipleri intikalin hukuki sonuçları itibarıyla bireysel ardalık hükümlerine tabidirler (Kişisel sorumsuzluk).

4- Vasiyet alacaklıları (Musalleh):

Tanımı: Miras açıldığında (Miras bırakanın bir vasiyeti nedeniyle onun tümel mirascılarına karşı bir alacak hakkı doğan kişiye Musalleh (kendisine belirli bir mal vasiyet edilen) denir. Vasiyet alacaklısı tümel mirascıların ardası olmaktadır. Ancak vasiyet borçlusu mirascılarda, tümel arda olduklarından vasiyet alacaklısı dolaylı olarak miras bırakanın bireysel ardası durumunda bulunmaktadır (Daha fazla bilgi için, N. Kocayusufoğlu, age., Sh. 50-51 vd. bak).

5- Tümel ve Bireysel ardalık farkı:

Yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuçlara göre

a- Tümel ardalık bir tek hukuki olayla (ölümle) gerçekleşebilir. Bunlar hem kendilerine geçen tereke ve hemde kendi mal varlıklarıyla tereke ala-

caklarına karşı sorumludurlar. Alacaklılar ve musallehler terekeden olan alacaklarını tümel ardalardan istemek zorundadırlar. Yasal koşullar bulunmadıkça (mirası red edilmiş olması, borca batık olması, resmi tasfiye istenmiş olması halleri dışında) terekeye başvuruda bulunarak alacaklarını isteme hakları bulunmamaktadır. Mal vasiyetinde mirascıdan veya vasiyeti yerine getirmekle görevli (tenfiz memuru) kişiden malın teslimini isteme intifa hakkı mirascılığında zilyetliğin devrini istemek gibi.

b) Tümel ardalıkda hakkın geçişi için yasalarca öngörülen şekil koşullarının gerçekleşmesine gerek yoktur.

c) Yasa mirascı sözcüğünü tümel ardalık için kullanmıştır. Bu nedenledir ki tenkis, resmi tasfiye (M.K. 573 hükümleri saklı olmak üzere) tutulacak defter gereğince kabul, mirascı red-miras sebebiyle istihkak davası açma, terekenin paylaşılmasını istemek ve mirasta iade isteğinde bulunma hakkı yasal mirascı olarak değerlendirilen tümel ardalara tanınmış haklardır. Yasal intifa hakkı sahipleri tümel ve bireysel ardaların sahip oldukları hakları bakımından karma bir düzenlemeye tabi olduklarından ayrıcalıklı haklarının bulunduğu dikkatten uzak tutulmamalıdır. Yasaların tümel mirascılar için tanıdığı birçok yetkinin intifa hakkı sahiplerince de kullanılabilmesine dikkat edilmelidir.

d) Mirascıların sorumluluğu: Konuya çeşitli vesilelerle değinilmiş olmakla beraber bilgilerin yenilenmesi ve sorunun toplu olarak ele alınıp kısaca değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Önce mirascının sorumluluğundan, miras bırakanın borçlarından nasıl ve hangi ölçüler içinde sorumlu olması gerektiği anlaşılmalıdır.

Bunlar a) Tereke varlığı ile sınırlı sorumluluk, bu sistemde sorumluluk, terekenin paylaşılması sonucu mirascıya verilen pay miktarı ile sınırlıdır. Mirascının kendi mal varlığıyla sorumluluğuna yer verilmelidir (Cüz'i halefiyetle olduğu gibi).

b) Sınırsız sorumluluk (kişisel intikal eden tereke ile) bu sistemde mirascı hem terekeden kendisine intikal eden mal varlığı hemde kendi kişisel mal varlığı ile miras bırakanın borçlarından sorumludur (Tümel ardalıkda olduğu gibi).

c) Türk Miras Hukuku M.K. 539. m. ile "mirascılar, müteveffanın borçlarından şahsen sorumludur....." ilkesiyle sınırsız sorumluluk esasını benimsemiştir. Bu sorumluluk M.K. 582. m. ile zincirleme ve 616. m. uyarınca

da paylaşmadan itibaren 5 yıl geçerli olmak üzere çok geniş bir biçimde alacaklılar yararına olmak üzere yerinde bir düzenlemeyi benimsemiştir.

Sınırsız sorumluluk ilkesi kesin bir kural olarak benimsenmemiş ayrıcalıklarına da (istisnalarına) yer verilmiştir.

Bunlar: 1– Devletin mirascılığı M.K. 571 m. uyarınca sınırlı sorumluluktur.

2– Resmi tasfiyede de M.K. 572. m. uyarınca borçlardan sorumluluk tasfiyeden artıp mirascıya geçen payla sınırlıdır.

3– Mirasın tutulan defter gereğince kabul edileceği istenmiş ise (M.K. 568. m.) mirascıların sınırsız sorumlulukları deftere kayıt edilmiş borçlarla sınırlandırılmıştır.

4– Bireysel ardalar da sınırlı sorumluluk esaslarına göre sorumludurlar (M.K. 540-543. m.). (Konuya Medenî Kanununun 3. kitabının 439. maddesiyle başlayan onüçüncü Bab) bölümü ile devam edilecektir.

BİBLİYOGRAFYA

1– *Sistematik eserler :*

| | |
|----------------------|---|
| Ansay, Sabri Şakir | : Hukuk İcra İflas Usulleri 5.B. 1960 |
| Arık, Kemal Fikret | : T.M.H. Genel Prensipler 1963 |
| Berki, Ali Himmet | : Miras ve tatbikatı 3.B. 1968 |
| Bilge, Necip | : M.Y. Hukuku dersleri 2.B. 1967 |
| Escher | : Miras Hukuku (Ansay, S. Şakir çevirisi) |
| İmre, Zahit | : T. Miras Hukuku 1968 |
| İnan, Ali Naim | : Miras Hukuku 1969 |
| Kocayusufoğlu, Necip | : Miras Hukuku 1987 |
| Köprülü, Bülent | : Toprak Hukuku Dersleri 1958 |
| Şener, Esat | : Miras Hukuku 1. kitap 1977 |
| Oğuzman, M. Kemal | : Miras Hukuku Dersleri 1978 |

2– *Mahkeme kararları derlemeleri (Dergiler):*

Adalet Dergisi
Ankara Barosu Dergisi
Ankara Üniversitesi Dergisi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Yargıtay Kararları Dergisi
İstanbul Barosu Dergisi

• BORÇLAR HUKUKU

**ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA YARATAN
BAZI SORUNLARI (*)
(II)**

Nihat YAVUZ ()**

BORÇLAR KANUNUNUN 260. MADDESİNE DAYANILARAK AÇILAN AKDİN FESHİ VE TAHLİYE DAVASI SONUNDA MAHKEMECE VERİLEN KARAR ACABA İHDASİ (kurucu, yenilik doğurucu) NİTELİKTE MİDİR; YOKSA İZHARİ (açıklayıcı) NİTELİKTE MİDİR?

A) AYGULAMSAL SONUÇ: Eğer mahkeme kararını kurucu nitelikte sayarak sözleşmenin feshi, hüküm tarihinden itibaren hesaplanmak gerekecektir. Açıklayıcı (izhari) sayılırsa sözleşme hüküm tarihinden itibaren değil, dava tarihinden itibaren fesh edilmiş sayılacaktır.

B) ZORUNLU AÇIKLAMALAR

Yenilik doğurucu hükümden amaç meydana gelecek yeni hukuksal durumun ancak Hâkimin kararıyla meydana gelmesi demektir. Vesayetin ya da evlenmenin iptali gibi, hükümler buna örnek teşkil etmektedir.

İNŞAİ DAVALAR: İnşai dava ile, davacı mevcut bir hukuksal durumun değiştirilmesi, kaldırılması veya yeni bir hukuksal durumun yaratılmasını ister.

YENİLİK DOĞURAN HÜKÜMLERİN GERİYE (örneğin, dava tarihine değil) yürümesi kural değildir. BÖYLE BİR GERİYE YÜRÜME İÇİN ÖZEL BİR NEDENE İHTİYAÇ VARDIR (HGK., 15.12.1965; 413/455).

KURAL OLARAK İNŞAİ HAKLARDA HAK SAHİBİNİN TEK TARAFLI İRADE BEYANI İLE İNŞAİ HAKKINI KULLANMASIYLA, HUKUKSAL SONUÇ MEYDANA GELİR. Bu hukuksal sonucun meydana gelmesi karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına gerek yoktur. Örneğin bir sözleşmenin feshedilmesinde olduğu gibi. Bu gibi hukuksal sonucun doğması için bir mahkeme kararına gerek bulunmayan hallerde taraflar hukuksal sonu-

(*) YD., Cilt: 17, Sayı: 4, Ekim-1991, Sayfa: 496-524'den devam.

(**) Yargıtay 3. HD. Üyesi.

cun doğup doğmadığında (örneğin, sözleşmenin feshedilip edilmediğinde) uyuşmazlığa düşerler ve bu uyuşmazlık bir dava ile mahkemeye intikal ederse, bu dava inşai dava değil, ya bir eda davası veya tesbit davasıdır (Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, Ank. 1983, Yargıtay Yayını; No: 15, sh. 22 vd.).

BUNA KARŞILIK, BAZI İNŞAI HAKLARDA, HAK SAHİBİNİN TEK TARAFLI İRADE BEYANI İLE İNŞAI HAKKINI KULLANMASIYLA HUKUKSAL SONUÇ KENDİLİĞİNDEN MEYDANA GELEMEZ. Örneğin, boşanma ve evlenmenin butlanı davasında olduğu gibi. Zira, talep ettiği boşanmayı davacı ya davalı değil, sadece mahkeme bahşedebilir (Tuhr, sh. 26, dip not: 22).

C) BİLİMSEL ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER:

Tahliye kararlarının "izhari" olmayıp "yenilik doğurucu olduğu yönünde:

aa) *Tunçomağ, Kenan:* Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, II. Cilt, İst. 1977, sh. 706/707.

bb) *Önen, Ergun:* İnşai Dava, Ank. 1981, sh. 107.

b) *Tahliye Kararlarının "izhari" olduğu yönünde:*

aa) *Kuru, Baki:* Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ank. 1979, C. 1, sh. 937 vd.

bb) *Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:* Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C.1, 4. bası, İst. 1980, sh. 550.

D) YARGITAY KARARLARININ İZLEDİĞİ YOL

A) İZHARİ OLDUĞU YÖNÜNDEKİ KARARLAR:

KIRA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜ TESBIT NİTELİĞİNDEKİ İPTAL KARARI, İNŞAI DEĞİL İZHARİ BİR HÜKÜM OLDUĞU HALDE, BU HÜKMÜN KESİNLEŞTİĞİ GÜNE KADAR TARAFLAR ARASINDA SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN VARLIĞI VE KESİNLEŞMESİNDEN SONRA İSE DAVALININ FUZULİ ŞAĞIL DURUMUNA GİRDİĞİNDEN SÖZ EDİLEREK KARAR VERİLMESİ USUL VE YASAYA AYKIRIDIR:

1- Bağlayıcı niteliği bulunmayan bir sözleşmeye dayanılarak taşınmazın devralıya devir edildiği mahkeme ilanı ile sabittir.

2- Bu durum karşısında varlık kazanmayan bir kira sözleşmesi karşısında kira parasının istenemeyeceği gibi olaya haklı nedene dayanmaksızın bir şeye zil-

yet olanın sorumluluğunu (işgal tazminatı) düzenleyen MK.nun, 906-908. maddeleri de uygulanamaz.

3- O halde uyumsuzluğun nedensiz zenginleşme (BK. 61) hükümleri dairesinde çözümlenmesi gerekmektedir. Zira davalı geçersiz kira sözleşmesi nedeniyle kendisine zilyetliği teslim edilen taşınmazı kullanmak suretiyle başka taşınmaz kiralamaktan kurtulduğu için zenginleşmiş durumdadır. Bununla ilgili olarak davacı da kiradan mahrum kaldığından fakirleşmiş bulunmaktadır. Davalının zenginleşme ve bununla ilgili davacıların fakirleşmesi miktarı ise belli taşınmazın raiye göre karşılığı olan kira bedelidir (4. HD., 16.6.1972; 14395/5680).

b) "Kiracının akde aykırı hareketi sebebiyle aktin feshi ve kiracının çıkarılması hakkındaki mahkeme kararı İZHARİ mahiyettedir ve dava tarihinden itibaren hüküm meydana getirir" (4. HD., 16.7.1959; 4501/5612; AD. 1960/2-6, sh. 280 vd.).

B) İHDASI OLDUĞU YÖNÜNDEKİ KARARLAR:

a) TAŞINMAZ TAHLİYESİNE İLİŞKİN KARARLAR İZHARİ NİTELİKTE OLMAYIP İNŞAI (İHDASI) KARARLARDANDIR VE TARAFLAR ARASINDAKİ SÖZLEŞME BU NEDENLE ANCAK TAHLİYE KARARININ KESİNLEŞMESİ TARİHİNDE SONA ERER (13. HD., 19.1.1976; 2416/183, YKD. 1976/4, sh. 519).

b) Taraflar arasındaki sözleşme, davalı kiracının taşınmazdan tahliyesine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi tarihinde sona erer ve o tarihten sonra davalı fuzuli şağil sayılır. Mahkemece bu yön gözetilmeden tahliye davası tarihten itibaren davalının fuzuli şağil durumunda kabulü ile o tarihten itibaren ecrimisile hükmedilmesi usul ve kanuna aykırıdır (13. HD., 3.4.1975; 5512/2135).

c) DAVALININ YARGITAY YOLUNA BAŞVURMASI YASANIN ONA TANIĞI BİR HAKTIR. ÖYLE İSE KARARIN YERİNE GETİRİLMESİNE KADAR DAVALININ KIRACILIK SIFATI DEVAM ETMEKTEDİR. Kira ilişkisi devam ettiği göre davalının ödemekle yükümlü olduğu, boşaltılan süreye kadar kira parası toplamıdır (6. HD., 2.2.1968; 2723/619).

d) "Kiraya verilen yerler, kira sözleşmelerinde belirtildiği gibi, arsa bulunmaktadır. Bu gibi hallerde yasaya uygun olarak kiralayan tarafından kira akdinin feshedildiğinin kiracıya bildirilmesi halinde, yasada belli edilen süreler sonunda kira sözleşmesi sona ermiş olur. Uyuşmazlık halinde kira sözleşmesinin sona erdiğini tesbit eden mahkeme hükmü yasaya göre kira sözleşmesinin fesih edilmiş olduğunu tesbit eden bir hüküm bulunduğundan, bu hükmün kesinleşme tarihinden başlayarak o kira sözleşmesinin fesih edilmiş olduğu da kabul edilemez" (3. HD., 9.5.1983; 2096/2288).

E) SONUÇ VE GÖRÜŞÜMÜZ:

1- Bu konuda savunulan görüşlerden birincisinin bilimsel dayanakları şunlardır:

a) Davacının davalıya karşı BK.nun 260. maddesine dayanarak ileri sürdüğü istem "bozucu yenilik doğuran" bir hak niteliğindedir.

b) Yenilik doğuran hakların bir çoğu diğer tarafa karşı yapılan bir irade beyanı ile kullanılır. Eğer yenilik doğuran hakların koşulları oluşmuş ise, bu beyanın karşı tarafa varması ile istenilen sonucu meydana getirir. Örneğin, temerrüd ihtarnamesi ile kira sözleşmesi sona erer.

c) Yenilik doğuran haklar, kural olarak davaya gerek olmaksızın kullanılırlar. Ancak diğer taraf "yenilik doğuran" bir beyanın, örneğin, kira sözleşmesinin feshinin geçerliliğine karşı koyduğu takdirde ki, bir mahkeme kararı istenilebilir. Bu takdirde mahkeme hükmü davalı için hiç bir borç doğurmaz, evvelce meydana gelen hukuksal sonucu (olayımızda kira sözleşmesinin fesh edilmiş olduğunu) tesbit eder. Örneğin kira sözleşmesinin bozulduğunu kabul etmeyen davalı, feshi kabul ettiğini beyana veya buna tabi olmağa mahkum edilmeyeceği gibi hatta sözleşmenin feshini tanımağa dahi mahkum edilemez. Mahkeme, kira sözleşmesinin esasen bozulmuş olduğunu kesin olarak tesbit ettikten sonra davalının tahliyesine karar vermekle yetinir. Zira "kiracı mehil içinde borcunu tamamen veya kısmen ödemediği, tevdi etmediği veya takas ileri sürmediği takdirde kira akdi ortadan kalkar ve kiralayan artık tahliye davası açabilir" (Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C: 1/2, 3. Bası, Ank. 1985, sh. 218/219).

b) İkincisinin bilimsel dayanakları ise şunlardır:

BK. ile 6570 sayılı GKK.nun kurduğu sistem özü itibariyle birbirinden tamamen farklıdır. Çünkü BK.nun sisteminde kira sözleşmesi 260/265. maddelere dayanarak açıklanacak irade beyanı ile sona erer ve fesih iradesini açıkladıktan sonra kiralayanın kira konusunu eline geçirebilmesi için, icra dairesine başvurması yetiştir, İİK. 272. Oysa GKK.nun sisteminde, bu yasanın 7. maddesindeki nedenlerden birine dayanılarak açılacak dava üzerine Yargıcın vereceği boşaltma (tahliye) kararı ile, kira sözleşmesi sona erer ve kiralayan ancak bu çıkarma kararını icra dairesi aracılığı ile icra ettirerek taşınmazını ele geçirir. Şu halde GKK. 7'nin kurduğu sistemde Yargıcın çıkarma kararı yenilik doğurucu bir nitelik taşır; zira bu kararı ile Yargıç, var olan bir borç ilişkisini sona erdirmektedir (Tunçomağ, sh. 617).

c) Bu görüşlerden hangisi daha doğrudur. Bize göre gerek Borçlar Kanununun ve gerekse de 6570 sayılı Yasanın sistemine olduğu kadar tarafların menfaat vaziyetlerine de en uygun bulunan çözüm tarzı mahkeme kararlarının bu konuda "izhari" olduğuna ilişkin birinci görüştür. Kaldı ki 6570 sayılı Yasa kira sözleşmesine uygun hareket eden kiracıyı korumayı amaçlamıştır. Mütemerrit bulunduğu saptanan ve Borçlar Kanununa göre kazadan dahi sorumlu olduğu kabul edilen (BK. 102) kiracıyı mahkeme kararının kesinleştiği tarihe kadar kiracı olarak kabul ederek kira hukukundan yararlandırmak için hiç bir neden yoktur.

Yeri gelmişken inceleme ve görüşümüzün BK.nun 260. maddesine dayanılarak açılan akdin feshi ve tahliye davasına ilişkin bulunduğunu tekrar vurgulayalım. Zira diğer tahliye davalarında aynı sonucu benimsemeye olanak yoktur. Örneğin: İhtiyaç nedeniyle açılan tahliye davaları inşai dava ve bunun sonucu olarakta o davada verilmiş bulunan hüküm ise inşai bir karar olduğundan dolayı taraflar arasındaki kira ilişkisi, tahliye kararının kesinleştiği tarihte sona ermiş sayılır (4. HD., 30.9.1986; 5774/6649). Gerçekten de kiralayanların tahliye davası açmaları sözleşmenin 6570 sayılı Yasanın 11. maddesine göre yenilenmiş sayılacağını etkilemez. Aksinin kabulü yasanın yani dönemde kendiliğinden uzamak suretiyle var olduğunu buyurduğu akdin yokluğu sonucunu doğurur ki bu yorum yasa koyucunun 6570 sayılı Yasanın düzenlenmesindeki amacına ters düşer. Zira 6570 sayılı Yasa yönünden kiraya veren, ancak belirli, sabit olgular ortaya çıkarsa, kiracıya karşı, kira ilişkisini sona erdirebilmek için tahliye davası-kirayı sona erdirmeye davası- açmak olanağı tanımıştır. Bundan güdülen amaç, kira ilişkisinin varlığını korumasını sağlamak için kiraya verenin fesih hakkının bertaraf edilmesidir (Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İst. 1977. sh. 147). Fesih hakkının bertaraf edilmesinin gerekçesi ise şudur: Sosyal düşüncelerin gelişmesine paralel olarak, bazı sürekli borç ilişkilerinin keyfi olarak sona erdirilmelerinin, yalnız muhatap menfaatlerine değil, toplumun bu ilişkilerin istikrarlı bir biçimde sürdürülmesindeki üst menfaatlerinin de tehlikeye düşmesini önlemektir. Fakat tarafların anlaşarak kira sözleşmesini sona erdirmeleri bu gerekçenin dışında düşünülmemelidir. Nitekim bir olayda kiracıların geçerli tahliye taahhüdünde yazılı günde kiralananı boşaltmaları üzerine, davacı kiralayan, sözleşmenin son bulunduğunu ileri sürerek kiralananın boşaltılması için icraya başvurmuş ve açtığı dava ile de taahhütnamede öngörülen cezanın ödettirilmesine karar verilmesini istemiştir. Yargıtay aynen şu sonucu saptamıştır: "Artık ki-

ra sözleşmesinin yenilendiğinden ve ceza ile kira parasının arttırılması sonucunun doğduğundan sözedilemez.

Bu nedenlerle yerel mahkemenin ceza koşulunun geçerli olduğuna ve ödetmeye ilişkin direnme kararı usul ve yasaya uygundur. Zira kira sözleşmesinin imzalanmasından sonra düzenlenmiş tahliye taahhüdü geçerli bulunmaktadır" (HGK. 28.9.1979; 323/1267). Son olarak uygulamada gözlediğimiz değişik bir görüşe değinmek isteriz. Buna göre kira sözleşmesi yerel mahkeme kararı ile son bulmaktadır. Fakat bu son buluş tâliki bir şarta bağlıdır; o da yerel mahkeme kararının Yargıtay tarafından onanması halidir. Aksi halde -yani yerel mahkeme kararının bozulması durumunda- kira sözleşmesi yeniden sağlığına kavuşmuş olur. Örnek: 10.10.1979 tarih, 1979/839-898 sayılı merci kararı ile (akdin feshine) karar verilmiştir. HUMK. 443. maddesine göre bu ilâmın icrası kesinleşmesine bağlı olmadığında akdin feshi, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder... Taraflar arasındaki akid Merci Kararının kiracı lehine bozulması ve bozmadan sonra verilecek (tahliye isteminin reddine) müteallik kararlar yeniden geçerlilik kazanacağından takip ancak bu durumun gerçekleşmesinden sonra yapılabilir (12. HD., 16.2.1981; 478/1411; Uyar, Talih: İcra Hukukunda Tahliye, Manisa-1987, sh. 74).

ŞUF'A VE ECRİMİSİL

I – ŞUF'A HAKKINDA KISA AÇIKLAMALAR

A) Hukuksal İşlemden Doğan Şuf'a:

1– Genel olarak: Başkasına ait olup onun tarafından üçüncü kişiye satılan bir şey üzerindeki mülkiyetin öncelikle devrini isteyebilmek yetkisine sahip olan kimsenin bu hakkına şuf'a hakkı denir. Şuf'a hakkı ya hukuksal işlemde veya yasadandır.

Bilimsel öğretide şuf'a hakkı sahibiyle karşı taraf arasında, satım sözleşmesine benzeyen; fakat türü kendisine özgü bir borç ilişkisi kurulduğu belirtilmekte ise de, 16.5.1951; 6/19 ve 11.2.1959; 10/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında şuf'a hakkı sahibi ile muhatap arasında bir satım sözleşmesinin kurulmuş olduğu belirtilmiştir.

2– Şekil: Yasa, menkullere ilişkin şuf'a sözleşmelerini herhangi bir şekle bağlı tutmamıştır. Taşınmazlara ilişkin şuf'a sözleşmeleri ise yazılı şekle bağlıdır. Gerçekten de BK.nun 213/3. maddesine göre "Mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı için tahriri şekil kâfidir".

3- Şuf'a hakkının kullanılabilirliği ve kullanılmayacağı haller: Şuf'a hakkının kullanılabilmesi için şuf'a yükümlüsü, malı üçüncü bir kişiye satmış olmalıdır. Diğer taraftan satışın şarta bağlı yapılması şuf'a hakkının kullanılmasına engel olamaz. Buna karşın şuf'a yükümlüsü şeyi, üçüncü kişiyle yapacağı bir satış sözleşmesine değil de, trampa, ölüncüye kadar bakma, bağışlama vaadi gibi mülkiyeti devir amacını güden diğer bir sözleşmeye konu yaparsa, şuf'a hakkı kullanılamaz. Örneğin cebri icra yoluyla yapılan satışlarda şuf'a hakkının cereyan etmeyeceği genellikle kabul edilmektedir. Öyle ki Yargıtay'ın 4.5.1940 gün ve 57/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, cebri icra yoluyla yapılan arttırmalarda şuf'anın cereyan etmeyeceği, buna karşı ihtiyari açık arttırmaların ve meselâ Arttırma ve Eksiltme Yasasına göre yapılan taşınmaz satışlarının şuf'aya engel olmayacağı içtihad edilmiştir.

Öte yandan, 27.3.1957 gün ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre de bir sözleşme şeklen satış mahiyetinde olsa bile, gerçekte karı ve kocaya, evlada veya akrabaya yapılan temliklerde olduğu gibi satış dışında ve mesela Miras Hukukuna bağlı amaçların ya da bağış amacının hakim olduğu durumlarda şuf'a cereyan etmez.

Satışın herhangi bir nedenle bâtil veya irade sakatlıklarından biri ya da gabin yönünden geçersiz olduğu isbatlanırsa şuf'a hakkı kullanılamaz. Fakat Yargıtaya göre şef'i, tapudaki bağışın göstermelik olduğunu, tarafların gerçekten satım sözleşmesi yapmış bulduklarını isbat ederse şuf'a hakkını kullanabilir. Şuf'a hakkının kullanılmasını zorlaştırma için gerçek bedelin üstünde bir bedelle yapılan satışlarda şuf'a hakkı sahibi bu durumu isbat edebilirse, hakkını gerçek satış bedeli üzerinden kullanmasına hükmedilir.

4- Şuf'a hakkının kullanılması: Şuf'a hakkı muhataba karşı tek taraflı, yönetilmesi gerekli bir beyanla kullanılır. Bu beyan herhangi bir sağlık şekline bağlı değildir; muhataba karşı doğrudan doğruya dava açmak suretiyle de yapılabilir.

5- Şuf'a hakkının kullanılmasından doğan sonuçlar: Bu hak kullanılıncaya, şef'i ile muhatap arasında satım benzeri bir hukuksal ilişki oluşur. Bundan dolayıdır ki şuf'a hakkı yenilik doğuran bir haktır ve kullanılır kullanılmaz hükümlerini meydana getirmeye başlayan yeni bir sözleşme meydana gelmiş olur. Böylece muhatap resmi senet düzenlenmesine gerek kalmadan, şuf'a hakkı sahibine mülkiyeti geçirmek borcu altına girer. Bu borç ifa edilmezse ona karşı MK.nun 642. maddesine dayanan bir teşkil davası açılabilir. Nef'i ve hasarın şuf'a hakkı sahibine geçmesi için, şuf'a hakkının

kullanılması yeteri görülmemiş, ayrıca şuf'a bedelinin ve giderlerinin ödemesi veya mahkeme veznesine yatırılmış olması da şart sayılmıştır.

6- Şuf'a hakkının süresi: Davacının satışı öğrendiği tarihten itibaren bir aylık süreyi geçirmiş olduğunu ileri süren davalı, bu savunmasını isbatlamalıdır. Bir aylık sürenin geçmiş ve hakkın düşmüş sayılabilmesi için, şuf'a hakkı sahibinin satışı ve özellikle onun esaslı koşullarını, yani satışın konusunu, bedelini, ödeme koşullarını ve olayı öğrenmesine rağmen hakkını bir aylık süre içinde kullanmadığının isbatı şarttır.

B) YASAL ŞUF'A HAKKI

Paylı mülkiyette paydaşlardan biri tarafından üçüncü bir kişiye satılan hisseyi, diğer paydaşların tercihen iktisap edebilmek hakları vardır. İşte bu hakka "yasal şuf'a hakkı" denir. Yasal şuf'a hakkının biricik kaynağı ise paylı (müşterek) mülkiyet ilişkisidir.

1- Yasal şuf'a hakkının kullanılabilirliği ve kullanılmayacağı haller:

a) Paydaşlar arasında şuf'a cereyan etmez: Bir paydaşın kendi payını diğer paydaşlardan birisine satması, şuf'a hakkının doğumuna yol açmaz. Şuf'anın ancak üçüncü bir kişiye, yani paydaş olmayan bir kimseye yapılan satışta cereyan edeceği MK.nun 659. maddesinden açıkça anlaşılıyor.

b) Satış biçiminde, fakat satıştan başka bir amaca yönelik sözleşmelerde şuf'a cereyan etmez: Öyle sözleşmeler vardı ki bunlar biçim bakımından satış görüntüsündedirler; fakat sözleşmenin içeriğine hâkim olan unsurlar, tarafların satıştan çok bir trampa, bir bağış, bir ölünceye kadar bakma, şirkete sermaye koyma, mirası taksim, miras haklarının önceden tasfiyesi..... gibi bir ilişki kurma istediklerini gösterir. Böyle hallerde şuf'a cereyan etmez.

c) Payların hep birlikte devri halinde şuf'a cereyan etmez: Paydaşlar taşınmazın tamamını veya bir payını üçüncü bir kişiye hep birlikte satarlarsa, böyle bir satışta da şuf'a cereyan etmez.

d) Bağımsız bir bölümün veya bir irtifaklı payın satılması halinde şuf'a cereyan etmez: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 8/1. maddesine göre üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmazın bağımsız bölümlerinden birinin satılması halinde diğer kat maliklerine şuf'a hakkı tanınmamıştır.

e) Feragat veya dürüstlük kuralına aykırı düşecek hallerde şuf'a hakkı cereyan etmez: Şuf'a hakkının kullanılmasından feragat veya feragata denk

sayılabilecek davranışlar, dava hakkını söndürür. Bundan ayrı olarak diğer bütün haklar gibi şuf'a hakkı kullanılırken de dürüstlük kurallarına uyma zorunluğu vardır.

3- Şefiin borcu ve bu borcun ifası:

Şuf'a hakkının dava açmadan kullanılması halinde muhatap, mülkiyeti altındaki hisseyi şefie temlik etmekten kaçınırsa, şefi ona karşı MK. 642 gereğince teşcil davası açabilir.

20.6.1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararına göre, hâkim, hükümden önce re'sen tayin edeceği uygun bir süre içinde satış bedeli ile, şefie ait olması gereken satış masraflarını davacının ödemesine veya tevdi etmesine karar vermelidir. Eğer davacı, tapudaki satış bedelinin, şuf'a hakkının kullanılmasını güçleştirmek için, gerçek bedele oranla yüksek gösterildiğini iddia etmişse, hâkim depo kararı vermeden önce bu ön meseleyi çözümler. Buna karşı, davalı satış bedelinin tapuda gösterilenden daha fazla olduğunu ileri süremez.

Depo edilmesine karar verilecek para tutarı, gerçek satış bedelinden başka tapu harç ve masraflarıyla tellâliye giderlerini, emlak vergisini ve davalının taşınmaz için iyi niyetle yaptığı diğer masrafları kapsar. Mahkeme "tayin edilen süre içinde bedel ödenirse şuf'alı payın davacı adına teşçiline" tarzında şartlı bir karar veremez.

4- Yasal şuf'a da süre. Yasal şuf'a hakkı şefiin satışı öğrenmesinden itibaren bir ay ve herhalde satışın vuku bulduğu tarihten itibaren on yıl içinde kullanılmalıdır.

Şefiin satışı öğrenebilmesi için satıcı paydaşın ona ihbarda bulunması lüzumu, yine 658. maddeden kıyasen çıkarılmaktadır.

Şefiin şuf'a hakkını, satışı öğrendiği tarihten itibaren bir aylık süreyi geçirdikten sonra kullanmış olduğunu ileri süren davalı, bu savunmasını her türlü delille ve bu arada tanıkla isbat edebilir. Bununla beraber dosyada hak düşürücü sürenin geçirildiğini gösteren bilgiler varsa, hâkim davalının bu yolda bir savunması olmasa bile davanın bir aylık süre içinde açılmadığını re'sen gözönünde tutar (1).

(1) Bu konularda geniş bilgi için bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İst. 1988, sh. 16 vd.

C) Şuf'a hakkı ve muvazaa

aa) *Sözleşmenin niteliğinde yapılan muvazaa:* Uygulamada, bağışlama ve trampada şuf'a hakkı kullanılamayacağı için satıcı paydaş ile alıcı, gerçek isteklerini saklayarak satış yerine sözleşmeyi tapuda bağışlama ya da trampa olarak yapmış görünürlerse, şuf'a hakkı sahibi her türlü delil ile satıcı ile alıcı arasında gerçekten satış sözleşmesi yapıldığını kanıtlayabilir. Toplanacak delillerle sözleşmenin gerçekten satış sözleşmesi olduğu sonucuna varılırsa, şuf'a davası dinlenir (2).

bb) *Payın satış parasında yapılan muvazaa:*

aaa) Davalı, gerçek satış parasının tapuda yazılandan fazla olduğunu savunmasını ileri sürerse dinlenemez (3). Zira davalı satış sözleşmesinde taraflardan biri olup, tapuda gösterilen bedelde muvazaa bulunduğunu iddia edemez (4).

bbb) Şuf'a hakkı sahibini zarara uğratmak amacıyla payın satış parası olduğundan çok gösterilmektedir. Bu durumda şuf'a hakkı sahibi satış parasında muvazaa yapıldığını her türlü delil ile isbatlayabilir (5).

cc) *Hakkın kötüye kullanılması kuralının uygulanması:*

Sözü edilen İctihadı Birleştirme kararının uygulanması halinde şefiin (önalıcının) yerine kötü inançlı satıcı paydaş korunmuş olur. Fakat MK.nun 2. maddesi ile hakkın kötüye kullanılması yasaklandığından şuf'a davalarında İctihatları Birleştirme kararındaki ilkenin benimsenmemesi gerekmektedir. Bu konuda bilimsel öğreti ile uygulama sözbirliği halindedir. Örnek: Bilindiği üzere şuf'a hakkı, geçerli ve serbest iradeyle yapılan satış sözleşmelerinde uygulanabilir. Paydaşlardan birisinin kendi payını üçüncü kişiye bağışlamış olması halinde diğer paydaş şuf'a hakkını kullanamaz. Bu nedenle, şuf'a hakkından kurtulmak amacıyla olan bir paydaş ile anlaşan alıcı, aralarında

(2) 6. HD., 9.11.1976; 5777/5241.

(3) HGK., 15.10.1952; 123/156.

(4) 6. HD., 4.7.1965; 119/3294.

(5) 1. HD., 10.1.1950; 3617/1125. Bu konularda özlü bilgi için bkz. Küley, Muin: Şuf'ada Muvazaa ve İsbati, ABD 1948, sayı: 57, sh. 23 vd; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Şuf'a hakkında muvazaa iddiaları, BİLMİ 1959 c. XVI. sh. 272 vd; Sebük Tahir: Şuf'a Vefa ve İhtira Hakları İst. 1951 sh. 87 vd.; Karahasan, M. Reşit; Türk Eşya Hukuku, Ank. 1977., sh. 870 vd.

satım sözleşmesini gizleyerek tapuda bunu bir bağış olarak beyan ve teşvil ettirmiş olabilir.

Yargıtay 7.10.1953; 7/8 ve 1.4.1974; 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında, böyle bir halde "görünen sözleşmenin (bağışın) muvazaa nedeniyle, gizlenen gerçek sözleşmenin (satımın) ise şekilsizlik nedeniyle bätıl olduğu, böylece ortada geçerli herhangi bir sözleşme kalmadığı bu nedenlerle tapu kaydının asli haline dönüştürülmesi" gerektiği görüşüne katıldığına göre, şuf'a hakkının kullanılacağı (geçerli bir satım sözleşmesi de) yok demektir. Başka bir deyişle, şuf'a hakkını kullanmak isteyen paydaş, bu isteğine kavuşabilmek için gerçek anlaşmanın bağış değil satış olduğunu isbat zorunluluğunda kalacaktır; fakat bunu kanıtladığı zamanda bağış muvazaa, satım da şekilsizlik nedeniyle bätıl olacağından, şuf'a hakkını yine kullanmak imkânı bulamayacaktır.

Eğer hakkın kötüye kullanılması yasağı olmasaydı, bu çözüm tarzına bir şey söylenemeyecekti. Oysa "şuf'a hakkının bertaraf edilmesi için şâyi hissenin satışının bağış arkasında gizlenmesini kabul eden ve sözleşme ifa edilerek şâyi hisseyi temellük eden kimsenin şekilsizlik sebebine dayanan butlan iddiası dürüstlük kuralına aykırıdır; bu nedenle de hakkın kötüye kullanılması olarak korunmaya layık değildir (6). Yargıtayın bu görüşünün, söz konusu 1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına rağmen, isabetini ve geçerliliğini muhafaza ettiğini söyleyebiliriz. Sonuç olarak, şuf'a hakkı sahibi davalının gerçekte bağış değil, satım sözleşmesini yaptığını kanıtlaması halinde satımın şekilsizlik nedeniyle bätıl olduğu savunmasına itibar etmeyecek ve şuf'anın gereğini yürütebilecektir (7).

Bu konuda şu hususa da değinilmek gerekir: Muvazaa nedeniyle sözleşmenin butlanının ileri sürülmesi hali hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu takdirde, acaba hâkim bunu re'sen gözönünde tutabilecek midir? Gerçek bilimsel öğretide (8) ve gerekse de mahkeme kararlarında (9) bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının hâkim tarafından re'sen gözönünde tutulup araştırılacağı kabul edildiğini belirtelim.

(6) HGK., 22.10.1952; 38/114.

(7) Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Medeni Kanununun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, İst. 1978, sh. 178 vd.

(8) Kılıçoğlu, sh. 303; Edis, sh. 287 ve orada anılan yazarlar.

(9) HGK., 7.12.1983, 22/1276; 15. HD., 7.10.1983; 1922/2312.

Zira hakkın kötüye kullanılması yasağı kamu düzeni ile ilgili bir kuraldır. Muvazaa yönünden de sonuç aynıdır. Çünkü muvazaa nedeniyle butlanı hâkim nasıl dikkate alabiliyorsa, bu butlanın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edip etmediği hususunu da re'sen inceleyebilmelidir (10).

II – YENİLİK DOĞURAN HAKLAR KAVRAMI

Yenilik doğuran haklar: Bir tek kişinin, irade beyanı ile, bir hukuksal durumu bir taraflı olarak meydana getirmesine, veya değiştirmesine veyahutta ortadan kaldırmasına yarayan haklara, yenilik doğuran haklar denilir.

Bunlar, Alman Bilimsel Öğretisine göre üç nevidir:

1– Kurucu yenilik doğuran haklar (Olumlu yenilik doğuran haklar): Bunlar bir kişinin, irade beyanı ile, yeni bir hukuksal durum meydana getirmesine yarayan haklardır. Örneğin icabın kabulü, bir şuf'a hakkının kullanılması gibi... Zira icabın kabulü ile bir sözleşme meydana gelir; şuf'a hakkının kullanılması ile bir satım sözleşmesi doğar. Görüyöler ki bunlardan tek bir kişinin iradesi ile yeni bir hukuksal durum meydana gelmektedir.

2– Değiştirici yenilik doğuran haklar: Bunlar bir tarafın mevcut bir hukuksal durumu değiştirmesine yarayan haklardır. Örneğin, Türk Borçlar Kanununun 106. maddesinin 2. fıkrasına göre, alacaklı, borçlunun direnimi halinde edimden vazgeçerek onun yerine tazminat istemek hakkını haizdir.

3– Bozucu yenilik doğuran haklar (Olumsuz yenilik doğuran haklar): Bunlar bir tarafın, mevcut bir hukuksal duruma son vermesine yarayan haklardır. Örneğin rızadaki fesat nedeniyle sözleşmeyle bağlanmamak kararının Türk Borçlar Kanununun 31. maddesine göre karşı tarafa tebliği, yani sözleşmenin feshi, yine aynı yasanın 106. maddesine dayanılarak sözleşmenin feshi, 262 maddesine göre, kira sözleşmesinde feshin ihbarı, 340. maddesine göre hizmet sözleşmesinde feshin ihbarı, 396. maddesine göre vekilin azli gibi.

4– Kullanılması: Herhalde, bütün yenilik doğuran haklar tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılmakta ve bu beyan muhatabına erişir erişmez yeni hukuksal durum meydana gelmektedir (11).

(10) Esener, sh. 58 ve orada anılan Federal Mahkeme kararları.

(11) Funk, Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi. Umûmi Hükümler. Çevirenler: Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek, İst. 1938, sh. 3; Tekinay, Borçlar Hukuku, İst. 1985, sh. 22.

III – UYGULAMADA DURUM

**a) Şuf'a bedelinin eylemli olarak alınabilecek tarihten sonra
ecrimisil ile sorumlu olunabileceği görüşü:**

Ecrimisil davalarını incelemekle görevli 3. HD.ne intikal eden bir olayda, şuf'a hakkı sahibi olan davacı, davalılardan ecrimisil isteminde bulunur. Davanın kısmen kabulüne dair yerel mahkeme kararı dairece şuf'a ile ilgili hükmün 3.3.1981 tarihinde kesinleşmesi olgusu karşısında davalıların ancak bu tarihten şuf'a bedelini mahkeme veznesinden alabileceklerinden dolayı, bu tarihe kadar hapis hakları nedeniyle kötü niyetli zilyed olmadıklarından sözedilerek bozulmuş, karar düzeltme aşamasında da (Bankanın mahkemece emrine verdiği teminat mektubu şuf'a bedeli olarak kabul edilip hüküm tesis edilmiş ve hükmün kesinleşmesinden sonra teminat mektubu paraya çevrilmiştir. Bu durum da davalı ancak hükmün kesinleşmesinden sonra bedeli alabilecektir) gerekçesiyle davacı tarafın düzeltme istemi reddedilmiştir. Bir başka örnek: "Ön alım hakkını kullanan davacı paydaşın satış parasını 8.12.1970 tarihinde mahkeme veznesine depo ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının satış parasının yatırılmasından sonraki dönem için haksız işgal tazminatı ile sorumlu olması gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir" (3. HD., 25.12.1979, 7301/7440).

**b) Görüşümüz ve satış parası ile giderlerin alıcının emrine hazır
tutulması veya yatırılmasından sonraki dönemde davalının
işgalinin haksız sayılması gerektiği ilkesi:****aa) GENEL OLARAK ŞUF'A HAKKININ KULLANILMASININ
ECRİMİSİL DAVALARINA ETKİSİ:**

Yüksek Yargıtay'ın baskın görüşüne göre (12) nef'i ve hasar şuf'a hakkının kullanıldığıının alıcıya bildirilmesi ve şuf'a parasıyla tapu giderlerinin depo edilmesi anında şuf'a hakkı sahibine geçer. Zira 21.5.1958 gün ve 7/3 sayılı İnançları Birleştirme Kararına göre "... şefiin kanuni şartlara uygun olarak şuf'a hakkını kullandığını diğer tarafa bildirmesi ile beraber kendisi ile diğer taraf arasında şartları diğer tarafın satıcı ile yapmış olduğu akdin şartlarının esas itibariyle aynı bir satış akdi meydana gelir".

Ancak hemen belirtelim ki BK.nun 183/1. maddesi uyarınca istek açıklamasının alıcıya vardığı andan başlayarak payın fayda ve zararının şuf'a

(12) Örneğin: 4. HD., 7.10.1957; 4197/5887; 13. HD., 22.2.1974; 237/420.

hakkı sahibine geçeceği hususu bilimsel öğretide (13) savunulduğu gibi bazı Yargıtay kararlarında da (14) kabul edilmiştir. Ne var ki bu esas uygulamada benimsenmemekte ve sakıncaları gözetilerek payın tutar bedeli ve giderlerinin mahkeme veznesine yatırıldığı günde şuf'a hakkı sahibine geçeceği kabul edilmektedir. Bu ilkeye göre şuf'a hakkı sahibinin satış parası ve giderlerinin satış alanın emrine hazır tutulmasından sonra, satın alanın taşınmazı işgal etmesi halinde işgali haksız sayılacak ve bunun karşılığında işgal tazminatına mahkum edilecektir (15). Yeri gelmişken önemle belirtilmelidir ki şuf'a bedel ve tapu giderlerinin nakit olarak depo edilmesi şart olmayıp davamızda olduğu gibi her an paraya çevrilebilen banka teminat mektubu da nakit para sayılır. Zira "Bu husus BK.nun 81. maddesi gereğince alıcının kendi vecibesini daha önceden ifa etmiş veya ifayı teklif eylemiş bulunması hükmünün bir sonucudur. Şuf'a bedeli ve Tapu harç ve masraflarının mahkeme veznesine depo edilmesi; ifayı teklif niteliğindedir. Bu nedenle de şuf'a bedeli ile tapu harç ve masraflarının mutlaka nakit olarak ödenmesinde kanuni bir zorunluk yoktur" (16). Hatta daha da ileri gidilerek bilimsel öğretide yeterli garantiler karşılığında (örneğin emin ve münasip bir teminat gösterilerek) hapis hakkının kullanılmasına hak sahibinin engel olabileceği savunulmaktadır (17).

bb) KONUYLA SINIRLI VE ÇOK KISA OLMAK ÜZERE NEFİ (YARAR) VE KÖTÜ NİYETLİ ZİLYETLİK KAVRAMLARI:

Nefi (yarar) deyiminden BK.nun 183. maddesinde düzenlenmiş olan satılan malın semereleri ve değerinin yükselmesinden ileri gelen fark anlaşılır. Bir başka anlatımla satış akdinin kurulmasından sonra, fakat ifasından önce, satılan şeyde, kendiliğinden veya normal olarak her malikin icra edeceği faaliyet sonucunda husule gelen fazlalıktır (18). Bu kavrama koyunun

(13) Sebük, Tahir: Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, İst. 1951. Sh. 98; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Şuf'a Hakkı, İst. 1959, Sh. 364. Aynı sonuca Karahaslan, BK.nun 10. maddesi dolayısıyla varmaktadır. Bkz. Karahaslan, M. Reşit: Eşya Hukuku, Ank. 1977, Sh. 869.

(14) Örneğin: 1. HD., 9.4.1951; 878/1883; 4. HD., 20.10.1951; 8445/6433; 4. HD., 17.10.1957; 1825/6163; 4. HD., 19.6.1958; 957/5962. Bu kararlar için bkz. Karahaslan, age., Sh. 866 ile 868.

(15) Bkz., bu konudaki istikrarlı Yargıtay uygulamasından örnekler için; Karahaslan, M. Reşit: Notlandırılmış İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, Ank. 1977, Sh. 985 ile 989 arasındaki 3., 4., 6. ve 13. Hukuk Dairesi'nin çeşitli kararlarına.

(16) 6. HD., 12.10.1982; 8725/8692; Erdoğan, Celal: Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf'a Davaları, Ank. 1986, Sh. 774.

(17) Homberger, Zilyetlik ve Tapu Sicili. Çev. Suat Bertan, Ank. 1950, sh. 156.

(18) Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ank. 1984. Sh. 101.

sütü ve yünü gibi tabii; faiz ve kira gibi medeni semereler yanında bir yarış atının kazandığı ödül gibi semere niteliğın de olmayan sair gelirler de dahildir (19). Bir taşınmaz malın malikinden izin almadan ve herhangi bir geçerli nedene dayanmadan işgal edilmesi halinin haksız bir fiil olduğundan şüphe edilemez. Haksız fiilin vukuu halinde bu eylem mal sahibinin bir zarar görmesi sonucunu doğurmuş ise işgal edenin bu zararı ödemesi gerekir (20). Bir taşınmazın maliki, o taşınmazı kullanmak veya kiraya vermek istemesine rağmen başkasının haksız olarak elinde tutması yüzünden kullanmış veya kiraya vermemiş olması halinde mal varlığında husule gelecek çoğalma önlenmiş veya azalma meydana gelmiş olacağından işgal tazminatı isteyebilir (21).

Kötü niyetli zilyed; zilyed olma yetkisini veren bir hakkı olmadığını, zilyedliğin hakka uygun bulunmadığını, zilyedliğinin haksız olduğunu bilen ya da bilmesi gereken kişidir. Ayrıca taşınmazı geri vermesi gerektiğini öğrenen iyi inançlı zilyed, o andan başlayarak kötü inançlı zilyed durumuna düşer (22). Şu hususta önemle belirtilmelidir ki her ne kadar "iyi niyet asıldır" ilkesinin bir uygulaması gereği kural olarak zilyedlikle dahi, isbat külfeti bunun aksini ileri süren tarafa, yani davacıya düşer ise de, 14.2.1951 gün ve 17/1 sayılı İnançları Birleştirme kararında (23) hükme bağlandığı üzere "Vakıa ve karinelerden olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötü niyetinin diğer tarafa isbat ettirilmesine artık sebep ve vecih kalmayacağına ve dava hakkının doğumunu sağlayan veya bertaraf eden iyi ve kötü niyetin bu durumda mahkemece re'sen nazara alınabileceğine..." göre bedel harç ve masrafların emrine depo ettirildiği tarihten itibaren mahkemece davalının kötü niyetli zilyed sayılarak buna göre hüküm kurulmuş bulunmasında bir yanlışlık yoktur.

cc) SONUÇ :

Davalının kötü niyetli zilyed olduğu ve buna karşılık davacının zarara uğradığı hususu yukarıdan beri yapılan açıklamalar karşısında ortaya konmuş bulunmaktadır. Ne var ki olayımızda asıl hukuksal sorun, aslında satım

(19) Akıntürk, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ank. 1966, sh. 188.

(20) 6. HD., 22.4.1975; 2441/2984; Karahasan, sh. 1363.

(21) 3. HD., 7.4.1964; 2804/2139.

(22) Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Zilyedlikle İade-nin Mevzuu ve Şumulu, İst. 1958, sh. 133 vd.

(23) YİBK., Hukuk Bölümü, C. 4. Ank. 1980, sh. 327.

akdinde nef'i ve hasarın ne zamandan itibaren davacıya ait olacağına ilişkin bulunmaktadır. Bunu da özet olarak aşağıda açıkladıktan sonra sonuçta varacağız.

Şuf'a hakkı bilindiği gibi yenilik doğuran haklardandır. Hükümlerini huse getirebilmesi için hak sahibinin bu hakkını kullanma iradesini muhataba ulaştırması yeterlidir. Kullanma iradesi muhataba (olayımızda davalıya) varınca, şuf'a hakkı sahibi (olayımızda davacı) ile davalı arasında, şartları ilkinin aynı olan bir satış sözleşmesi kurulmuş olur. Onun için de bu andan itibaren BK. 183/1 uyarınca, şuf'a hakkına konu olan payın nef'i ve hasarının alıcıya (davacıya) intikal etmiş olması gerekir. Şuf'a hakkının kullanılmasıyla kurulan satım akdinin tamamlanabilmesi için mahkeme ilamının kesinleşmesini beklemeye ihtiyaç ve sebep yoktur. İlamın kesinleşmesi ancak hükmün infazı için gereklidir. Satım akdinde satılanın nefi ve hasarının alıcıya geçmesi için akdin ifasına (yani mülkiyetin intikaline) gerek yoktur, akdin tam ve şartsız olarak kurulmuş olması yeterlidir.

Durum bu merkezde iken Yüksek Yargıtay, şuf'a hakkında nefi ve hasarın alıcıya (olayımızda davacıya) geçiş anı olarak, hakkı kullanma iradesini karşı tarafa ulaştırdığı anı değil, şuf'a bedeli ve masraflarını mahkeme veznesine depo ettiği tarihi kabul etmektedir. Gerekçe olarak: BK. 183/1'deki kuralın mutlak olmadığını, maddede açıklandığı üzere bu hükmün (halin icabına veya özel şartlara göre incelenmek gerektiğini), halin icabının ise hakkın kullanılmasıyla birlikte bu borcun yerine getirilmesi yükümlülüğünü de şefie yüklediğini, aksinin kabulünün ise hem objektif iyi niyet kurallarına aykırı düşeceğini, hem de BK. 81. maddesine aykırı olacağını ileri sürmektedir. Bu çözüm tarzı hukuk tekniği ve özellikle BK. 183/1'deki açık hükümden çok, hakkaniyet kurallarına uyduğu söylenebilir (24).

Ayrıca gözden irak tutulmaması gereken bir hususta şudur: Şuf'a hakkı hasibinin, şuf'a davasında, hükümden önce mezkûr bedeli tediye yahut mahkeme veznesine depo etmesi zorunluluğunun nedeni, BK. 81. hükmünü yerine getirmiş olmaktır. Bu hüküm ise, alıcının kendi edimini daha önceden yerine getirmiş yahut yerine getirmeyi teklif etmiş bulunmasıdır. Mahkeme veznesine şuf'a bedelinin depo edilmesi daha ziyade bu ikinci şık (Yani ifayı teklif) mahiyetindedir (25). Bu durum karşısında depo edilen paranın davalı

(24) Bkz. Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Özel Borç İlişkileri, C: 1, İst. 1980, sh. 211. dipnot: 295.

(25) Feyzioğlu, Şuf'a hakkı, İst. 1959. Sh. 391.

tarafından dava sonuçlanmadan önce dahi (ihtirazi kayıtla) alınmamasının kötü sonuçları şuf'a hakkı sahibine yüklenmemelidir.

Zira tüm ecrimisil davaları şuf'a davasının kesinleşmesinden ve davayı şuf'a hakkı sahibinin kazanmasından sonra açılmaktadır. Sayın İmran Öktem'in belirttiği gibi "Müşteri (olayımızda davalı) tediye kabul etmemiş veya tevdi edilen parayı almamış ise, bunun nemasından mahrum kaldı diye şikayette bulunamaz. Çünkü bu hal kendi fiilinin neticesidir" (26).

Yüksek Yargıtay 3. HD.nin 22.3.1983 tarihine kadar olan uygulaması da yukarıda açıklanan ilkelere paralel olarak süregelmiştir. Örnek: "Şuf'a hakkının süresinde kullanılması ve satış parasını ve giderlerinin alıcının emrine hazır tutulması veya yatırılmasından sonraki dönem için davalının işgali haksız işgal sayılacağından buna göre ecrimisile hükmedilmesi gerekir" (27).

BAŞKASININ TAPULU TAŞINMAZINA İNŞA EDİLEN BİNANIN İŞGALİNDEN ÖTÜRÜ ECRİMİSİL İSTENEbilir Mİ?

A) OLUMSUZ GÖRÜŞ :

"Davacının ecrimisil istediği tapulu yerin maliki olmayıp bu yeri haricen satın aldığı ve bir kaç yıldan beri elinde bulundurduğu anlaşılmasına ve tapulu gayrimenkullerin haricen satışı muteber olmayıp böyle bir satışın davacı lehine o gayrimenkul üzerinde bir hak bahşetmeyeceğine ve bir kimsenin ecrimisil talebinde bulunabilmesi için gayrimenkulün ya mülkiyetine veyahut menfaatine sahip olması yani ya malik veyahut müstecir gibi bir sıfatı haiz bulunması gerekmesine binaen, davacı davalıdan ecrimisil isteyemez" (1).

B) OLUMLU GÖRÜŞ :

"Taraflar kadeştirler, Ecrimisile konu edilen bina müşterek murisleri (Babalarından) kalmıştır. Her ne kadar bu binanın oturduğu arsa dava dışı üçüncü kişiler adına tapuda kayıtlı ise de, muris 40 yıl önce bu binayı yaptığı, devamlı oturduğu, onun ölümü ile zilyedliğin kanuni mirascısı olan taraf-

(26) Rahmetli İmran Öktem'in 20.6.1951; 13/5 sayılı İnançları Birleştirme kararının görüşmeleri sırasında yaptığı açıklama. Bkz. YIBK., Hukuk Bölümü, C. IV, Sh. 393.

(27) 3. HD., 22.3.1983; 1284/1561 (Yayınlanmamıştır).

(1) 3. HD., 3.11.1951; 7842/1681.

iara geçtiği bu güne kadar da tapudaki maliklerin hiç bir itirazları olmadığına göre kötüniyet unsuru gerçekleşmemiştir. Kaldı ki böyle bir kötüniyet iddiasını ancak tapudaki malik kişiler ileri sürebilir. Bu davada davalı kişi taşınmazın tapudaki maliki olmadığına göre, binanın kötüniyetle yapıldığını iddia edemez. Bundan ayrı sadece malik değil, taşınmazda zilyed olan kişi de, eğer zarara uğramışsa, ecrimisil talebinde bulunabilir. Davacı da murisinden intikal eden zilyedliği bulunduğuna göre bu davayı açmaya hakkı vardır.

Davalı savunmasında, davacının bu meskende hiçbir hakkı olmadığını ileri sürdüğüne göre, intifadan men koşulu da gerçekleşmiş bulunmaktadır.

Mahkemece yapılacak iş, davanın ecrimisil hesabı yapılarak sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır" (2).

C) ORTALAMA GÖRÜŞ :

Ecrimisil davaları, taşınmaz malın maliki ya da zilyedi, örneğin kiracı tarafından açılabilir. Genel olarak belirtmek gerekirse davacı, rızası bulunmadan taşınmaz mal üzerindeki zilyetliği elden alınmış (gasp edilmiş) olan kişidir. Öyleki bir taşınmaz malın yararlanma hakkının malik tarafından başka bir kimseye bırakılması halinde, işgal tazminatını istemek hakkı, yararlanma hakkına sahip olana ait olur (4. HD., 12.5.1959; 1053/375).

Bu açıklamaların ışığı altında genel olarak ecrimisili hak sahibi zilyedin kötü niyetli zilyedden isteyebileceği tazminattır şeklinde tanımlayabiliriz (HGK., 13.1.1982; 66/1). Davacı ise, rızası olmadan, taşınır ve taşınmaz bir şey üzerinde haiz olduğu zilyetliği, vaki bir saldırı sonucunda bozulan kim-sedir (Hirş, Ernest: Zilyetiği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal) den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri, Medeni Kanununun 15. Yıldönümü için, İst. 1944, sh. 780).

Tapulu taşınmazların geçerli olmayan (harici satışlarında her iki tarafında verdiğini geri almaya hakkı bulunmaktadır. Fakat aldığı bedeli ödemeyen taşınmaz malikin diğer tarafı taşınmazı geri vermeye zorlayamayacağı gibi yararlanmadan da yasaklayamaz. Zira para verilmeye kadar bu taşınmazdan yararlanmasına malikin izin verdiği farz ve kabul edilmektedir. Verdiği para kendisine iade edilmeyen taraf mütemerrit sayılmadığı gibi parası geri verilmeye kadar ki yararlandığı semerelerin tazminiyle ve de ecrimisil ödemeye yükümlü tutulamaz (İçt. Bir. Kararı 10.7.1940; 2/77).

(2) 3. HD., 21.6.1990; 8966/5842.

Mirasta külli intikal esas olduğundan terekeyi mutlak surette kabul eden yasal bir mirasçının murisinin değil yalnız haklarından yararlanması, borçlarından da sorumlu tutulacaktır. Öyle ise mirasçılar, murisinin haklarının ve borçlarının ve hatta terekenin otomatikman sahibi olarak mallarının zilyetliklerini devir almaktadırlar. Böylece mirasçıların, murisin başkasının arsasında kendi gereçleriyle yaptığı bina için tazminat veya koşulları oluşturduğunda yapıyla birlikte toprağın mülkiyetinin verilmesini isteyebilme hakları bulunmaktadır (MK. 648 vd.). Zira murisin ölümü üzerine zilyedliğe bağlı olan hukuksal sonuçlar da külli halefiyet gereği olarak mirasçılara intikal eder (Escher, A: Miras Hukuku, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ank. 1949, sh. 5).

Yukarıdaki zorunlu açıklamaların ışığı altında şu sonuçlara varılabilir:

1- Ortak miras bırakan eğer üzerinde bina inşa ettiği taşınmazı tapu malikinden haricen satın almış ve ödediği bedel kendisine henüz iade edilmemiş ise zilyetliği ve taşınmazdan yararlanma hakkı mirasçılara intikal edeceği cihetle mirasçılar arasında da ecrimisil davası söz konusu olabilir.

2- Ortak miras bırakan eğer hiç bir haklı nedene dayanmaksızın işgal ettiği taşınmaz üzerinde bina inşa etmiş ise, diğer bir anlatıyla fuzuli şagil ise, yaptığı bina taşınmazın mütemmim cüz'ü sayılacağından ötürü mirasçıların münhasıran binayı murisin inşa ettiğinden söz ederek burasını (mirasçı olsun veya olmasın) işgal eden kişiden ecrimisil isteyemez. Bu aşamada mirasçılara murislerinden taşınmaz üzerinde ecrimisile konu edilebilecek herhangi bir yararlanma hakkı intikal etmemektedir. Zira kötüniyetli zilyed konumundaki gerek murisin ve gerekse de tarafların hapis hakkından söz edilemez.

Mahkemece (1) nolu bendde açıklanan hususlar dikkate alınmadan ek-sik araştırma sonucu karar verilmiştir. Yerel mahkeme kararı yukarıdaki gerekçelerle ve sadece belirtilen nedenlerle bozulması gerekirken, tarafların murisinin kötü niyetli zilyet sayılamayacağından bahisle işin esasına ilişkin çoğunluğun bozma gerekçesine katılmaya olanak bulunmamaktadır (3).

D) Zilyetliğin fiili himayesini düzenleyen MK. 895 ve 896 da sözü edilen "zararların tazmini, ile zilyedliğin hukuki himayesini düzenleyen ve de istihkak davalarının fer'i mahiyetinde olan MK. 908'deki "zararların tazmini" arasındaki ilişkiler ve farklar:

(3) 3. HD., 21.6.1990; 8966/5842 sayılı ilâma karşı tarafımızdan konulan karşı oy yazısı.

Bilindiği üzere MK. 895 vd. maddelerinde düzenlenen husus gasbın haklı yahut haksız, iyi veya kötüniyetli oluşuna bakılmaksızın bozulan düzenin geriye dönmesini amaçlamıştır. Öyle ise burada "şeyin istirdadı tecavüzün ref'i veya men'ine dair davalarda gasb veya tecavüz edenin kusuru hiç bir rol oynayamaz" (4). Fakat bununla birlikte istenilecek tazminat için davalının kusurunun isbatlanması gerekir. Zira MK. 895 ve 896'da sözü edilen tazminat istemi haksız fiilden doğan bir zararın tazmininden ibarettir.

MK. 895/896'da sözü edilen zararın kapsamı nedir?

a) *Menfi zarar görüşü*: Buradaki zarardan amaç eski durumun iadesi uğrunda gösterilen mesai ve masraftan ibarettir. Bu görüşün sahibi Ali Himmet BERKİ'ye göre "lbarenin itlakından ilk nazarda her nevi zarara şâmil olması hatıra gelirse de, bu görüş, bu şumül, davanın esas mevzuuna, usul meselelerine, gâsbın bilahare malın mülkiyetini dava ile alması halindeki gibi mülkiyet hükümlerine uygun düşmez. Bu itibarla zararı (eski vaziyetin iadesi uğrunda mesbut musavi ve masrafa hamletmek) her türlü itiraz ve eşkâlden sâlim bir tefsir olur" (5).

b) *Zararın tasnife tabi tutulması görüşü*: Bu görüşün savunucusu Demirelli şunları yazmıştır: "MK. 895'deki zarar, illeti gâsıp ve tecavüz fiilini kendisinden ibaret olan her nevi zararlardır; fakat kargı, pencere kırılması, ağaç kesilmesi gibi haksız fiiller, her gâsbın yaptığı şeyler değildir. Bunlar yapılmışsa zararın illeti, gasbın kendisi değil, onu geçen ve ona inzımam eden fiillerdir, bu itibarla bu nevi munzam zararların tazmini davalarındaki müruru zaman vs. de başkadır ve buradaki zarar (menfaatten mahrumiyet) değildir" (6).

c) *Mutlak zarar görüşü*: Bu görüşü savunan Şemsettin Temizer ve Cevat Abdürrahim Gücün'e göre MK. 895'teki zarar mutlaktır ve malike ait olan (menfaat ve semereyi gâsıbın iktıfat etmesi veya bu menfaat ve semereyi iktıftan zilyedi ve maliki men eylemesi)ni de bu zarar kapsamına dahil etmektedirler (7).

(4) Hırş, sh. 788.

(5) Berki, Ali Himmet: Ecrimisil ve Müruruzaman, Adliye Ceridesi, 1937, Sayı: 12, sh. 1112 vd.)

(6) Demirelli, Fuat Hulûsi: Yedin Himayesine Teferrü Eden Bir Kaç Mesele, Adliye Ceridesi, 1938, sayı: 6, sh. 732 ve 736.

(7) Temizer, Şemsettin: Fuzuli İşgal ve Ecrimisil Nedir? Adalet Ceridesi, Yıl: 1938, sayı: 12, sh. 1113.

d) *Feyzioğlu'nun görüşü*: Gerçekten MK. 895, 896'da zikri geçen ve gasıb yahut mütecevazın fiillerinden neş'et eden zarar bir haksız fiil mahsulü olan zarardır. Kanun vazıı bu maddelerle hakiki ve kat'i vaziyeti korumayı değil, fiili zilyedliği himayeyi gaye edinmiştir. Bu itibarla bu maddelere istinaden zararın tazminini talep eden davacı bir zararın ika edildiğini ve gasıb veya tecavüz fiili ile vaki zarar arasında bir illiyet rabitasının bulunduğunu isbat zorundadır. Demek oluyor ki kanun vazıı arada bir illiyet rabitası bulunmak şartı ile zilyedin, gasıb ve tecavüz neticesinde, gerek şey'e veya kendisine arız olan maddi, fiili zararlardan, gerek bu yüzden zilyedlikten mahrumiyeti neticesinde menfaatlerinin haleldar olmasından, meselâ gayri-menkulu kullanma suretiyle elde edilebileceği iktisadi avantajlardan mahrum kalmasından dolayı vaki zararlarından gasıb veya mütecevazi sorumlu tutmuştur... kanun vazıı burada, yedin iadesi veya zilyedliğin ihlalinden mütevellit davalardaki zararı bütün unsurları ile birlikte bir haksız fiilden mütevellit olarak kabul etmiştir. Buna mukabil 908. madde bir istihkak davası zımında, onun fer'i olan neticelerini tanzim etmektedir. Birincisi fiili zilyedliğin himayesini hedef ittihaz etmiş iken, ikincisi zilyedlik hakkının korunmasını gaye edinmiştir. Bu itibarla MK. 908'deki hükümlerden ancak zilyedliğe hakkı olan kimsenin istifadesini düşünmüştür. Bu sebeple esasta her ikisi de hukuka aykırı bir fiilin izlerini taşıyorsa da kanun vazıı MK. 908'deki iade hükümlerinde, haksız fiilin unsurlarına aynen sadık kalmamıştır. O halde mad. 908, MK. 895 ve 896'daki zararın şumulünü tayin için kaleme alınmamıştır. İcabında suiniyetli bir zilyedin dahi, mad. 895 ve 896 ya dayanarak (zilyedliğin fiili himayesini) istemek iktidarı mevcuttur. Fakat onun esasen mevcut olmayan zilyedlik hakkının tanınmasını istemesi, bir istihkak davası açması elbette düşünülemez. Halbuki bir malik dilerse, menfaat görürse, MK. mad. 895, 896'ya dayanarak (zilyedliğin fiili himayesinden) faydalanabilir, dilerse 908. maddeye göre mütalebisini serdedebilir (8).

(SÜRECEK)

(8) Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şumulü, İst. 1958, sh. 245/246.

**KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE İŞLETENİN
SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İŞLETENE TANINAN
GENEL KURTULUŞ KANITI (*)**
(II)

Ramazan TUNÇ ()**

II. B Ö L Ü M

**2918 SAYILI KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE İŞLETENE
TANINAN GENEL KURTULUŞ KANITI**

I. GENEL OLARAK

KTK. md. 86/1'e göre, "İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur". Bu maddeye göre işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi oldukça ağır şartlara bağlanmıştır (1).

İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, iki olgunun birlikte gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir. Bunlar, kazanın illiyet bağını kesen sebeplerden birisinden, yani mücbir sebepten veya zarar görenin veya üçüncü bir kişinin ağır kusurundan ileri geldiğinin ispatı ile, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun ve araçtaki bozukluğun kazanın oluşumuna sebep olmadığına kanıtlanmasıdır. Bu durumda işleten ilk önce, zararı doğuran kazanın münhasıran mücbir sebep veya zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin ağır kusuru gibi bir sebepten ileri geldiğini ve dolayısıyla uygun illiyet bağının kesilmiş olduğunu ispat etmek zorundadır. Aslında burada bahsedilen "illiyet bağının kesilmesi" terimi mecazi anlamda kullanılmaktadır. Çünkü zararlı sonuçla sebep arasında illiyet bağı ya vardır, ya da

(*) YD., Cilt: 17, Sayı: 4 Ekim 1991, Sayfa: 525-539'dan devam.

(**) Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.

(1) EREN: İşleten, s. 205.

yoktur. Var olan bir illiyet bağının kesilmesi de söz konusu olamaz (2). Sebep sonuç arasındaki "uygunluğun kesilmesi" anlamında kullanılan "illiyet bağının kesilmesi" ifadesini biz de doktrinde yerleşmiş bir terim olması nedeniyle kullanacağız. Yalnızca uygun illiyet bağının kesilmesini ispat işleteni sorumluluktan kurtarmaya yetmez. İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, ikinci olarak, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusursuzluğu ile, kazaya araçtaki bozukluğun sebep olmadığını da ispat etmesi gerekir. Kanun bu hükümlerle, işleten aleyhine, bir kusur ve araç hakkında bir bozukluk karinesi koymuş bulunmaktadır. Her iki hususun aksini ispat yükü, işletene yükletilmiştir (3).

II. İŞLETENİN SORUMLULUKTAN KURTULMASININ ŞARTLARI

A – İşletenin Kendisinin Veya Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişilerin Kusurunun Bulunmaması

İşleten, zararın doğumunda ne kendisinin ne de eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin hiçbir kusuru olmadığını kanıtlamak zorundadır (4). Burada işletenin ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin her türlü kusuru gözönünde tutulur (5). İşletenin sadece eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kazanın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını kanıtlaması yeterli değildir. Bu kişinin kazanın doğumunda kusuru olmasa dahi, işleten aracı bunlara bırakmada, talimat vermede kusurlu ise, yine sorumlu tutulacaktır. Bu durum özellikle aracın akıl hastası veya mümeyyiz olmayan kişilere bırakılmasında önem taşır. Böyle hallerde araç kendisine bırakılan akıl hastasının veya mümeyyiz olmayan küçüğün kazada kusurlu olup olmaması önemli olmadığından, işletenin sorumluluğu aracı bunlara bırakmasındaki kusuruna dayanır (6).

Karayolları Trafik Kanunu, araç kullanabilmenin, bir aracı trafiğe çıkarabilmenin ve araç kullanırken uyulması gerekli diğer bütün kuralların neler olduğunu, 46. maddesinde belirtmiştir. Ancak işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, ondan bütün kurallara tek tek uygun davrandığını kanıtlaması beklenmemelidir. Ondan sadece zarar gören tarafından ileri sürülen kusurla

(2) EREN: İşleten, s. 174.

(3) AŞÇIOĞLU: s. 59; BOLATOĞLU: s. 183; EREN: İşleten, s. 206; KILIÇOĞLU: s. 35.

(4) KILIÇOĞLU: s. 36.

(5) BOLATOĞLU: s. 184.

(6) BOLATOĞLU: s. 185; KILIÇOĞLU: s. 36.

ilgili iddiaları çürütmesi istenmelidir. Örneğin, kaza sırasında sürücünün alkollü veya ehliyetsiz olduğu iddiası işleyen tarafından çürütülmelidir (7).

İşletenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin trafik kurallarına uyduklarını, her türlü uyarıcı işareti tam vaktinde verdiklerini, hız sınırını aşmadıklarını, yolun kendilerine ait şeridinde seyrettiklerini ispat etmesi gerekir. Örneğin, İşleten, yolun sağ ve sol tarafına dönmek istediğinde sadece dönüş işaretini vaktinden önce vermiş olduğunu değil, aynı zamanda dönerken de bu işaretin aynı durumda çalıştığını ispat zorundadır (8).

Aynı şekilde işleten, trafik kurullarına aykırı bir şekilde kusurlu olarak yolun bir tarafından diğer tarafına geçerken aracın altında kalan zarar görenin, bu kusuru yanında, ayrıca kendisinin de bir aracı geçmek üzere bulunduğu, zarar göreni görmediğini ve bu sebeple de kazadan kaçınmadığını ispat etmesi gerekir. İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusursuzluğunu ispatlayamadığı takdirde kusurlu sayılır (9).

İşletenin sorumluluğunun doğabilmesi için kusur aranmadığından, işletenin ayrıca bir kusuru var ise buna doktrinde "ek kusur" denilmektedir (10). İşletenin böyle bir kusurunun bulunması, zarar görenin kusurunu nötralize eder; zarar görenin kusurunu azaltacağı gibi tamamen de kaldırabilir (11).

Yargıtay bir kararında rampada kapısı açık olarak bırakılan bir araca üçüncü kişinin girerek el frenini boşaltması sonucu zararın doğduğu olayda, işletenin ek kusurunun bulunduğu ve ek kusurun bulunması durumlarında da kurtuluş kanıtı getirilemeyeceğini kabul etmiştir (12).

1. İşletenin Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişiler

a – Genel Olarak

KTK.nun 85. maddesine göre, motorlu aracın işletilmesi bir zarara neden olmuşsa sadece işleten (gerçek veya farazi) tehlike sorumluluğuna göre sorumludur. İşleten dışında aracın işletilmesine katılan kişilerin işletme ile

(7) BOLATOĞLU: s. 184; KILIÇOĞLU: s. 36.

(8) BOLATOĞLU: s. 185; EREN: İşleten, s. 206 vd.

(9) BOLATOĞLU: s. 185; EREN: İşleten, s. 207.

(10) AŞÇIOĞLU: s. 132; TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 317; ÖZSUNAY: Kusur, s. 70.

(11) AŞÇIOĞLU: s. 133.

(12) 4. HD., 11.3.1985 t., 1826/1996. (AŞÇIOĞLU, s. 133).

ilgili eylemleri nedeniyle (Kanunda kusur denilmektedir), bir zarar meydana gelmişse, bu kişilerin eylemlerinden işleten kendi eylemi imiş gibi sorumlu olur. Kanununun 85/4. maddesinde her ne kadar kusurdan bahsedilmekte ise de, bunun eylem olarak anlaşılması gerekir (13). İşletenin sorumluluğunu doğuran olay, aracın işletilmesi olup, bu işletilmeye sürücü veya diğer yardımcılarının eylemleriyle yapmış oldukları katkı önem taşımaktadır (14). İşleten yardımcı şahısların kusurlu eylemlerinden sorumlu olduğu gibi, kusurlu olmayan eylemlerinden de sorumludur (15). İşletenin sorumluluğu genel olarak sebep sorumluluğundan, özel olarak da tehlike sorumluluğunun niteliğinden ileri gelmektedir. Böylece araç işleten, temyiz kudreti olmayan sürücünün aracın işletilmesi sonucunda sebep olduğu zarardan da sorumludur (16). Sürücü ve diğer yardımcılarının üçüncü kişi olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından, bunların kusurunun üçüncü kişinin kusuru sayılarak, işletenin KTK. md. 86/1'e dayanarak sorumluluktan kurtulması söz konusu olamaz (17).

KTK. md. 85/4'e göre "İşleten, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur". Kanun bu hükmüyle, sürücü ve işletme yardımcılarının eylem ve davranışını özdeşleştirmiş, eşdeğerde tutmuştur. Bu nedenle işleten, her türlü özen ödevini yerine getirdiğini, yardımcılarını gereği gibi denetlediğini, gözetim görevini ihmal etmediğini ispat etse bile, sorumluluktan kurtulamaz (18).

b – Sürücü

Aracın direksiyonunda bulunan, aracı sevk ve idare eden, onu süren kimseye sürücü denir. KTK. md. 3'e göre sürücü "Karayolunda motorlu bir aracı süren...kişidir". Sürücünün resmi belgeli olması gerekmez (19).

Sürücünün hakimiyeti, işletme sona erinceye kadar devam eder. Aracın geçici olarak durması sürücü niteliğini kesmez. Kısa bir süre için direksiyonu tutan ya da direksiyonun yanında motoru veya farları çalıştıran kimse

(13) AŞÇIOĞLU: s. 32; EREN: İşleten, s. 187; KARAHASAN: s. 767; ADAL: Sorumluluk Çatışması, s. 631; BAŞAKLAR: s. 67.

(14) EREN: İşleten, s. 188; KARAHASAN: s. 707, dn. 147.

(15) ÖZSUNAY: Trafik, s. 26.

(16) AŞÇIOĞLU: s. 32; ÖZSUNAY: Trafik, s. 26.

(17) AŞÇIOĞLU: s. 32; EREN: İşleten, s. 188; ÖZSUNAY: Trafik, s. 26.

(18) EREN: İşleten, s. 187.

(19) AŞÇIOĞLU: s. 33; KARAHASAN: s. 708.

sürücü değildir. Sürücü sıfatının tesbitinde, aracın hareketine kimin hakim olduğu önem taşır. Örneğin, çift direksiyonlu sürücü okuluna ait araçlarda, sürücü hocası aracın sürücüsüdür. Sürücü hocasının direksiyonu öğrenciye vermesi halinde direksiyon hakimiyeti ve sürücü sıfatı öğrenciye geçer. Çift direksiyonlu şoför eğitim araçlarında da direksiyon hakimiyeti sürücü hocasından sürücü adayına geçmesi halinde de bu durum aynıdır (20).

Sürücü, "izinli, yetkili sürücü" ve "izinsiz, yetkisiz sürücü" olmak üzere ikiye ayrılır. Yetkili sürücü işletenin açık veya kapalı rızasıyla motorlu aracı süren kişidir. Buna karşılık aracı, işletenin rızası olmaksızın, hukuka aykırı olarak ele geçirerek süren veya kullanan kimse, yetkisiz sürücüdür (21). Yetkisiz (izinsiz) sürücü KTK. md. 107'ye göre aracı çalan veya gasbeden kişidir. Hırsız veya gasıp, işletenin izin veya rızası dışında aracı haksız bir fiille ele geçirmiş olduğundan, işleten kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ettiği takdirde bunların eylemlerinden sorumlu değildir (22).

İşleten yetkili sürücünün her türlü eylemlerinden sorumludur. İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu ilk sürücü türü araç kendisine rızasıyla bırakılan, genellikle hizmet sözleşmesine veya kadroya göre çalıştırılan, profesyonel normal sürücüdür. İşletenin bu tür normal sürücü dışında eylemlerinden sorumlu olduğu diğer sürücüler, arızı, tesadüfi ve geçici sürücülerdir (23). İşletenin sorumluluğunun söz konusu olması için, sürücünün niteliği önemli olmadığı gibi, sürücünün işletenin muvafakatını almış olması gerekmez. Bazı hallerde işletenin kapalı rızası var sayılır. Örneğin, polis memurunun çalınmış bir aracı sahibine götürmesi veya içkili sürücünün yerine geçip aracı karakola götürmesi ya da sürücünün baygınlık geçirmesi yüzünden yanındaki yolcunun sürücünün görevini yapması halinde durum böyledir (24). Ayrıca işletenle aralarında tabiiyet ilişkisi olmayan ve yardımcılık niteliği bulunmayan kişiler de, aracı kullandıkları takdirde izinli sürücü sayılır. Bu tür arızı sürücüler arasında, sürücü okulu öğrencisi, işletenin müstahdemleri, sürücünün araç hareket halindeyken direksiyonu kendiliğinden bırakmış olduğu

(20) BOLATOĞLU: s. 117.

(21) BOLATOĞLU: s. 118; EREN: İşleten, s. 188; KARAHASAN: s. 708; GÜRSOY: Sorumluluk, s. 35-36; ÖZDEMİR: s. 154.

(22) EREN: İşleten, s. 188; TANDOĞAN, İşletenin Sorumluluğu, s. 201.

(23) EREN: İşleten, s. 189.

(24) BOLATOĞLU: s. 118, EREN: İşleten, s. 189; TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 201.

174 KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE İŞLETENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İŞLETENE TANINAN GENEL KURTULUŞ KANITI (II)

bir arkadaşı veya bir yolcu, aracı bir kontrol veya muayene için kullanan bir kamu görevlisi, aracı kısa bir süre için kiralayan veya ariyet alan, aracı satın almak amacıyla denemek için süren, aracı kontrol için sevk eden resmi bilirkişi, aracı güç bir durumdan kurtarmak amacıyla hatır için direksiyona geçen kimseler bunlara örnek gösterilebilir (25).

Sürücü sıfatıyla aracın kullanılması, doğrudan doğruya kendilerine bırakılan kişiler arasında, işletenin aile üyeleri önemli bir yer tutar. Bunlar işletenin eşi, yakınları olabileceği gibi, velayeti altında bulunan mümeyyiz olmayan çocukları da olabilir. Aracın kullanılması, işleten tarafından küçük veya mahcur ya da akıl zayıfı veya akıl hastası bir aile üyesine bırakılmış ve bunlar üçüncü bir kişiye bir zarar vermişlerse işleten, aile başkanının sorumluluğuna göre değil, araç işletenin sorumluluğuna göre sorumlu olur (26).

Sürücü kusuru ile bir zarara sebep olmuşsa, zarar gören, BK. md. 41'e göre ona karşı tek başına veya işletenle birlikte, BK. md. 51 uyarınca müteselsil olarak tazminat davası açabilir. Böyle bir zararı işleten tazmin ettiği takdirde kusurlu sürücüye rücu edebilir.

c – Aracın Kullanılmasına Katılan Yardımcı Kişiler

Sürücü gibi aracın sevk ve idaresine doğrudan doğruya katılmamakla birlikte, diğer bir işletme fonksiyonunun yerine getirilmesini sağlayan veya yardım eden kişiler, KTK. md. 85/4. maddede sözü edilen "aracın kullanılmasına katılan" kişilerdir. Bunlar, aracın sürülmesinde etkinliği olmayan ancak, aracın işletilmesine ve kullanılmasına sürekli veya geçici olarak katkısı bulunan kişilerdir (27).

Aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişi kavramı geniş yorumlanmalıdır (28). aracın kullanılmasına katılanla işleten arasında hizmet veya vekalet sözleşmesinde olduğu gibi bir bağımlılığın bulunması da zorunlu değildir, ilişki hukuki veya fiili olabilir. Örneğin, aracın geri manevrasına yardım eden, aracın kapısını açan kişi araçta görevli yardımcı kişi olabileceği gibi, işletene bağımlı olmayan bir yolcu, veya oradan geçen bir kimse de olabilir (29).

(25) BOLATOĞLU: s. 118; EREN: İşleten, s. 189; TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 201; KARAHASAN, s. 768.

(26) EREN: İşleten, s. 190.

(27) AŞÇIOĞLU: s. 34; ÖZSUNAY: Trafik, s. 13; KARAHASAN, s. 769; GÜRSOY: Sorumluluk, s. 36.

(28) AŞÇIOĞLU: s. 35; BOLATOĞLU: s. 120; EREN: İşleten, s. 190; KARAHASAN, s. 769.

(29) AŞÇIOĞLU: s. 35; GÜRSOY: Sorumluluk, s. 36.

Yolcular kendi davranışlarıyla aracın işletilme ve kullanılmasına katılmışlarsa, yardımcı kişilerden sayılmalı ve bunlardan işleten sorumlu olmalıdır. Zira yolcular aracın işletilmesine katılmakla, davranışları işletme olgusuna dahil bir unsur haline dönüşmektedir. Yukarıda verilen örneğe ek olarak, bir yolcunun sürücünün rızasıyla direksiyonu bir süre tutmasını el frenini çekmesini veya serbest bırakmasını sayabiliriz. Bu durumlarda da bu kişiler yardımcı kişi sıfatını kazanırlar ve işleten burada üçüncü kişinin kusurunu ileri süremez (30). aracın kullanılma ve işletilmesinde kendilerine hiçbir görev verilmemiş olan ya da yaptıkları iş, işletmeyle ilgili olmayan yolcuların davranışlarından işleten sorumlu olmaz. Örneğin, yol kenarında duran bir araçta yolculardan biri kapıyı kaparken, diğer bir yolcunun elinin veya parmaklarının yaralanmasına, ezilmesine sebep olursa, bundan doğan zarardan işleten sorumlu değildir (31).

Aracın kullanılmasına katılmaktan söz edebilmek için, aracın işletme fonksiyonuna katkıda bulunmak gerekir. Aracın kapısını dikkatsizce açan yolcunun kişiye verdiği zararda, aracın kullanılmasına katkıda bulunduğu kabul edilmektedir (32). Bunun yanında, araç seyir halinde iken pencereden birşey fırlatan yolcu yardımcı şahıs sayılmaz (33).

Federal Mahkeme, manevra sırasında, aracın hizmet verdiği kişinin işçisinin kusuru yüzünden herhangi bir zarar doğması halinde, zarardan araç işleticisini sorumlu tutmuştur (34).

Aracın işletilmesine katılma için aracın işleteni veya sürücüsünün yardım talebinde bulunup bulunmaması önemli değildir. Bazen kendisinden hiçbir istekte bulunulmadığı halde araçtaki yolcunun kendiliğinden aracın işletme fonksiyonlarından birine karışma olanağı da vardır. İşletenle yolcu arasında eylemli bir ilişkinin varlığı için, işletenin bu kişinin yardımından aracın kullanılmasında yararlanmış olması yeterlidir; bir kazayı önlemek için yolcunun direksiyona el atması veya el frenini çekmesi gibi (35).

Federal Mahkeme, Z'nin otomobiliyle aracı satın almak isteyen H'yi do-laştırırken, önde ilerleyen iki bisikletliye 4-5 metre yaklaşınca H, Z'nin bisik

(30) EREN: İşleten, s. 191; GÜRSOY: Sorumluluk, s. 36.

(31) EREN: İşleten, s. 191.

(32) AŞÇIOĞLU: s. 35; EREN: İşleten, s. 191.

(33) AŞÇIOĞLU: s. 36; BOLATOĞLU: s. 122.

(34) BGE. II 187; AŞÇIOĞLU: S. 36.

(35) AŞÇIOĞLU: s. 35; GÜRSOY: Sorumluluk, s. 37.

letlere çarpacağını sanarak direksiyona sarılıp sola çevirmesi sonucu, karşıdan gelen kamyonu çarpması halinde Z'yi sorumlu tutmuştur (36). Burada H, yardımcı kişi sayılmıştır.

B – Araçtaki Bozukluğun Kazayı Etkilememiş Olması

KTK. md. 86/1'de aracın bozuk olduğu bir karine ile kabul edilmiştir (37). Bu karinenin aksi ispatlanırken, işletenin aracın bütün unsurlarının ayıpsız olduğunu göstermesi istenilmeyecektir, aracın bozukluğu kazada bir rol oynayabilecek olan kısımların olayda düzgün çalıştığı hususunda işletence hakime kanaat verilmesi yeterlidir. Örneğin, eğer kaza gündüz olmuştaysa ışık sisteminin (far gibi) iyi çalışıp çalışmadığı ya da araç kaymamışsa lastiklerinin aşınmış olup olmadığı üzerinde durmak gerekmez (38).

Araçtaki bozukluğun sebebi ve kaynağı önemli değildir (39). Bu bozukluk, imalat ya da tamir hatasından ya da eksik bakımdan ileri gelebilir (40). Araçtaki bozukluk hangi sebepten ileri gelirse gelsin, kural olarak işletenin bunun sonuçlarına katlanacaktır (41). Araçtaki bozukluk zarar görenin veya üçüncü bir kişinin ağır kusurundan ileri gelmişse işleten sorumlu tutulamaz (42). Ancak, aracın sürücüsü ile işletilmesine katılan diğer bir yardımcı kişiler üçüncü kişi sayılmadıklarından onların kusurunun varlığı halinde işletenin sorumluluğu devam eder. Zira işleten KTK. md. 85/5 gereğince bu kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.

Araçtaki yapım ya da üretim hataları, üçüncü kişinin kusuru sayılmaz. Esasen, işletme sorumluluğu bu tür tipik bozukluk veya hatalara dayandığı için, işleten bu gibi bozuklukların sebep olduğu kazadan da sorumludur (43).

Araçtaki bozukluk şu şekillerde kendisini gösterebilir:

Malzemedeki bozukluk (imaldeki bozukluk veya eklem yerlerinin yahut boruların paslanması, yayların, frenlerin, lastiklerin aşınması gibi), kötü bir

(36) BGE 60 I 164 (ÖZSUNAY: Trafik, s. 35, dn. 141).

(37) GÜRSOY: Sorumluluğun Anahatları, s. 103; BOLATOĞLU: s. 185.

(38) TANDOĞAN, İşletenin Sorumluluğu s. 213.

(39) KILIÇOĞLU: S. 37; BOLATOĞLU: s. 187.

(40) BOLATOĞLU: s. 187; TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 214; KILIÇOĞLU: s. 37.

(41) TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 213.

(42) EREN: İşleten, s. 207; TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 213; KILIÇOĞLU: s. 37. Ancak Kılıçoğlu burada ağır kusurdan değil sadece kusurdan bahsetmektedir.

(43) EREN: İşleten, s. 207.

tamirden ileri gelen bozukluklar, mevzuatın konulmasını emrettiği gereçlerin (otomatik silici, dikiz aynası veya işaret gereçleri gibi) bulunmaması veya iyi çalışmaması. Bozukluk aracın karoseri veya yükü ile de (Örneğin, arka görüş engel olan yükleme) ilgili olabilir. İşleten azami özeni gösterseydi dahi önleyemeyeceği bozukluklardan dahi sorumludur (lastiğin yoldaki bir çivi yüzünden ansızın patlaması gibi) (44).

Yetkili makamların yapmış oldukları trafik muayenesi, onların vermiş oldukları geçici yol belgesi, trafik düzeniyle ilgili olup, aracın bozuk olmadığına sadece bir emare teşkil eder, fakat hâkimi bağlamaz (45). Çünkü bozukluk yapılan muayenede gözden kaçmış veya daha sonra ortaya çıkmış olabilir (46). Yargıtay bir kararında (47) davalı belediyeye ait aracın olaydan iki gün önce tamir edilmiş veya bakıma alınmış olmasını sonuca etkili görmemiş ve davalı belediyeyi sorumlu tutmuştur.

Kanun aracın bozuk olmadığıнын ispatını işletene yüklemiştir. Araçtaki bozukluk, işletenin ister kusurlu ister kusursuz bir davranışına dayansın, sonuç değişmez. Bu nedenle işleten, araçtaki bozukluğun kusura dayanmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz. Zira araçtaki bozukluk bir mücbir sebep teşkil etmez (48).

C – Kazanın Münhasıran Bir Mücbir Sebepden veya Zarar Görenin ya da Üçüncü Kişinin Ağır Kusurundan İleri Gelmesi

1. Mücbir Sebep

a– Genel Olarak

Özel Hukukda mevzuatta mücbir sebep kavramını belirleyen genel bir hüküm yoktur. Buna karşılık münferit hükümlerde dağınık bir şekilde mücbir sebepten söz edildiği görülmektedir (49).

Karayolları Trafik Kanunundan başka, Borçlar Kanununun bazı maddelerinde, mücbir sebep bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiştir. Örneğin, BK.

(44) TANDOĞAN, İşletenin Sorumluluğu, s. 214.

(45) TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 214; EREN: İşleten, s. 207.

(46) TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 214; KILIÇOĞLU: s. 38.

(47) 4. HD., 20.1.1977 t., 1976/12395-1977/568 S.K. (AŞÇIOĞLU; S. 60).

(48) EREN: İşleten, s. 208.

(49) SELİCİ: s. 61.

178 KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE İŞLETENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İŞLETENE TANINAN GENEL KURTULUŞ KANITI (II)

nun 293. maddesinde, kiracı noksan eşyanın mücbir sebepten dolayı telef olduğunu kanıtlarsa sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Yine BK. nun otelci ve garaj sahiplerinin sorumluluğunu düzenleyen 478 ve 481. maddeleri, mücbir sebebi kurtuluş kanıtı olarak getirmiştir.

Araç işletenin sorumluluğunda mücbir sebep, işletme rizikosu çevresi dışında kalan bir sebep olarak düşünülmüş ve bu yüzden bir kurtuluş imkanı olarak ileri sürülebilmesi kabul edilmiştir (50).

Mücbir sebebi açıklamaya çalışan iki teori vardır. Bunlar subjektif teori ve objektif teoridir. Subjektif teori, sorumlu şahsı esas olmaktadır. Bu teoriye göre, umulmayan bir halin mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için, mevcut şartlara göre düşünülebilecek azami özen gösterilse bile bunun önlenmesi mümkün olmamalıdır. Subjektif teori, bir olayın mücbir sebep niteliğini kazanıp kazanamamasını objektif olarak, yani olayın niteliği yönünden ele almayı, yalnız sorumlu şahıs yönünden ele aldığı için, sorumluluk hukukunun espirisine, özellikle kusursuz sorumluluk hallerine uygun düşmektedir (51).

Mücbir sebebi açıklamaya çalışan objektif teoriye göre, gerçekleşme tarzı ve şiddeti (yoğunluğu) itibariyle olayların normal akışına nazaran beklenilmesi mümkün umulmayan halleri açık bir şekilde aşan, kaynağını sorumlunun işletme ve faaliyet alanı dışında bulan her olay mücbir sebeptir. Subjektif teorinin aksine olarak objektif teoride, bir olayın mücbir sebep olup olmadığı, sorumlu şahıs açısından değil, bizihi olayın mahiyeti açısından ele alınıp değerlendirilmektedir. Objektif teori kusursuz sorumluluk hallerine daha çok uymaktadır (52).

b- Tanım

Yargıtay Ticaret dairesi bir kararında (53), mücbir sebebi şöyle tanımlamaktadır: "Mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için, önceden tahmin edilememiş olması, borçluya kabili isnat olmaması ve önlenemeyen, giderilemeyen, yenilemeyen bir nitelik taşıması..... gerekir".

Mücbir sebep öğretide ise şu şekilde tanımlanmaktadır:

(50) SELİCİ: s. 63.

(51) EREN: İlliyet, s. 175; SELİCİ: s. 66.

(52) EREN: İlliyet, s. 175; SELİCİ: s. 66.

(53) TD. 16.12.1976 t., 5406/5406 (YKD. 1977, s. 817).

Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır (54).

Mücbir sebep mahiyeti itibariyle umulmayan bir olaydır (55). Ancak, mücbir sebep, umulmayan olaydan, önce nicelik, yani şiddet ve yoğunluk itibariyle ayrılır. Mücbir sebebi oluşturan olay, umulmayan olaya oranla daha yoğun ve şiddetlidir (56). Sonra, mücbir sebep, sorumlunun işletme ve faaliyetine yabancı, dış bir olay iken, umulmayan olay, işletme ve faaliyet içi bir olay da olabilir. Nihayet iki olay arasındaki son fark kendisini illiyet bağının kesilmesinde gösterir. Mücbir sebep illiyet bağını her zaman keserken, umulmayan hal bazen tek başına bunu kesmeyebilir (57). Bu takdirde umulmayan hal, zararlı sonucu doğuran ortak sebeplerden (kısmi sebeplerden) birini teşkil eder (58).

c- Unsurları

aa) Bir olay

Mücbir sebepten bahsedebilmek için herşeyden önce bir olayın varlığı gerekir. Bu olay, tabii, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi, insana bağlı bir olay bir davranış da olabilir (59). Yıldırım düşmesi, don, yer çökmesi, aşırı fırtına veya kasırga, zelzele vs. gibi olaylar tabii olaylardır. Politik amaçla genel grev, sosyal bir olay olup, ithalat ve ihracat yasakları, sınırların kapatılması ise hukuki olaya örnek gösterilebilir (60).

Mücbir sebep kavramı, mücbir sebebi teşkil eden olaylar yönünden mutlak bir kavram olmayıp, nisbi bir kavramdır. Bu nedenle belirli bazı olayların önceden daima bir mücbir sebep, buna karşılık diğer nitelikteki olayların alelade umulmayan hal sayılması mümkün değildir. Aynı olay mevcut şartlara, hukuki ilişkiye, sorumlu kişinin faaliyet ve işletme çeşidine göre farklı şekilde nitelendirilebilir. Bir otomobile isabet eden yıldırım olayı, bir müc-

(54) EREN: Illiyet, s. 176.

(55) BOLATOĞLU: s. 188.

(56) EREN: İşleten, s. 208; TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 264.

(57) EREN: Illiyet, s. 176.

(58) İMRE: s. 202.

(59) TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 464; EREN: Illiyet, s. 177.

(60) EREN: Illiyet, s. 177.

bir sebep iken, bir elektrik şebekesine isabet eden yıldırım mücbir sebep olamaz (61).

Mücbir sebebin varlığını iddia eden zarar veren, sorumluluktan kurtulmak için, mücbir sebep teşkil eden olayı ispat etmek zorundadır. Böyle bir olayın muhtemel gözükmesi sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir (62).

bb) Haricilik

Mücbir sebep teşkil eden olay zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır (63). Çoğu zaman mücbir sebep olarak ileri sürülmesi düşünülecek doğal olayları, aracın işletilmesine bağlı tehlikeler açısından öngörülemez ve karşı konulamayacak nitelikte sayılamayacaktır (64). Bu nedenle, aracın işletilmesiyle zarar arasındaki illiyet bağına kesen mücbir sebep hallerine nadir olarak rastlanır. Yolun buzlu veya dolgunun kaygan olması, yoğun sis, göz kamaştırıcı güneş, görülmemiş şiddette yağmurlar, bir hayvanın ansızın aracın karşısına çıkması mücbir sebep olarak nitelendirilemezler (65). Federal Mahkeme, kaplaması bozuk olan bir yolda bu yüzden meydana gelen bir trafik kazasında sorumlunun mücbir sebebe dayanmasını kabul etmemiştir (66). Federal Mahkemenin motorlu taşıt işletenin mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmasını kabul ettiği kararına rastlanılmamıştır. Olayın şartlarına göre bir otomobil bir köprü üzerinden geçtiği sırada zelzele sonucu köprünün yıkılıp otomobilin suya uçması bir mücbir sebep sayılabilir (67). Yıldırım düşmesi, zelzele, dağdan kaya yuvarlanması gibi doğal olaylar öğretide mücbir sebebe örnek olarak gösterilmektedir (68).

Yargıtay, başka bir araçtan dökülen sudan kostiğin yolu kayganlaştırması olgusunu (69) ve yolun buzlu olmasını mücbir sebep olarak kabul etmemiştir (70). Yargıtay'ın da mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmayı kabul eden kararına rastlayamadık.

(61) EREN: Illiyet, s. 178; TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 214.

(62) TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 464.

(63) EREN: Illiyet, s. 179; TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 464-465.

(64) TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 214-215.

(65) TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 215.

(66) BGE 90 IV 270; SELİCI: s. 67.

(67) TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu, s. 215.

(68) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: C. I, s. 726; BOLATOĞLU: s. 188.

(69) 4. HD., 16.1.1981 t., E. 1980/14082 K. 1981/217 Sa. (AŞÇIOĞLU: s. 61).

(70) 4. HD., 26.5.1981 t., 6973/7626 (AŞÇIOĞLU: s. 61)

cc) Öngörülemezlik

Mücbir sebebin unsurlarından bir tanesi de öngörülemezliktir. Önceden öngörülemeyen husus, olayın kendisi değil, doğuracağı sonuçtur, zira olayın bazen belirli bir ölçüde öngörülmesi mümkündür (71).

Kusursuz sorumluluk ister alelade sebep sorumluluğu, ister tehlike sorumluluğu olsun, kusurlu bir davranışın varlığını, sorumluluğun kurulması yönünden gerektirmez. Bu tür sorumlulukta sorumluluğun doğumu için zarar verenin kusurlu olması şart değildir. Mesele bu açıdan ele alınınca, kusurun bir unsuru olan öngörme veya öngörmemenin, kusursuz sorumluluk faili yönünden mücbir sebebin bir unsuru olarak dikkate alınmaması düşünülebilir (72).

dd) Kaçınılmazlık

Kaçınılmazlık kavramı, objektif ve mutlak bir anlam taşır (73). Buna göre kaçınılmazlık veya karşı konulmazlıktan amaç, mevcut her türlü tedbirin alınmış olmasına rağmen, zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir. Başka bir deyimle, alınan bütün tedbirlere sahip olunan her türlü olanak ve araca rağmen, olayın sonuçları önlenemiyorsa, bu olay mücbir bir sebeptir. Burada objektif bir kaçınılmazlık, karşı konulmazlık söz konusudur (74).

Kaçınılmazlık, aşırı derecede masraflı tedbirler alınmış ve tekniğin bütün imkanları kullanılmış, her türlü özen gösterilmiş olsa bile, zararlı sonucun meydana gelmesinin önlenememesidir (75). Umulmayan halde söz konusu kaçınılmazlık nisbi bir kavram iken, mücbir sebepteki kaçınılmazlık mutlak ve objektif bir kavramdır. Bu nedenle zarar verenin ekonomik durumu, bir olayın mücbir sebep sayılıp sayılmamasını etkilemez (76).

Yargıtay yukarıda dipnot 72'de anılan kararında kaçınılmazlığın mutlak ve objektif bir kaçınılmazlık olduğunu kabul etmektedir.

(71) EREN: İliyet, s. 181.

(72) 4. HD., 16.1.1981 t., E. 1980/14082, K. 1981/217 Sayılı kararın gerekçesinden: EREN: İliyet, s. 184.

(73) EREN: İliyet, s. 181; TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 465.

(74) AŞÇIOĞLU: s. 61; EREN: İliyet s. 181; TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 465; SELİCİ: s. 66.

(75) TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 465.

(76) EREN: İliyet, s. 183.

ee) Mücbir Sebabi İspat Yükü

Mücbir sebabi ispat yükü işletene düşmektedir. İşleten kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurlu davranışıyla mücbir sebep teşkil eden bir olaya, örneğin öngörülebilir bir çığ olayına maruz kalmış ve bu suretle üçüncü kişilerin zarara uğramasına sebep olmuşsa, sorumluluktan kurtulamaz (77). Zira böyle bir halde mücbir sebebin unsurlarından olan, olayın öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsuru ortadan kalkar. Durum araçtaki bozukluk halinde de aynıdır. Bozukluk ve kusurla mücbir sebep bir arada bulunamaz. Kusur ve bozukluğun olduğu yerde mücbir sebepten, mücbir sebebin bulunduğu yerde de kusur ve bozukluktan söz edilemez (78).

Yargıtay da mücbir sebepte ispat yükünün işletende olduğunu kabul etmektedir (79).

2. Zarar Görenin Ağır Kusuru

Zarar gören kavramından, bedensel bütünlüğü yaralanmayla bozulan kişilerle, taşınmaz veya taşınırları zarara uğrayan gerçek ve tüzel kişiler anlaşılır. Zarar görenler zararı meydana getiren motorlu araca bağlı tehlikeleri üstlenmeyen kişilerdir. Yayalar, bisiklet sürücüleri, motorlu araçta taşınanlar, taşınır ve taşınmaz malikleri gibi (80).

Motorlu araç işletenin sorumlu tutulabilmesi için, illiyet bağıını kesen sebeplerden zarar görenin ağır kusurunun da bulunmaması gerekir. Mücbir sebepte olduğu gibi, zarar görenin ağır kusurunun sorumluluktan kurtulma sebebi olabilmesi için, ilk şart, araç işletenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kazanın oluşmasında kusurunun bulunmaması veya araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememiş olması gerekir. Araç işletenin kusuru varsa veya araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemişse zarar görenin ağır kusuru olsa bile, işleten sorumlu tutulacaktır. Burada kusursuz olarak sorumlu tutulan işletenin, ister ağır ister hafif olsun herhangi bir kusuru (munzam kusur) veya araçtaki bozukluk illiyet bağıını kesmeye engel sayılmıştır. Örneğin, kırmızı ışığa rağmen yaya geçidinden geçen yayaya freni bozuk bir aracın ya da alkollü bir şoförün çarpması halinde, zarar görenin ağır kusuruna rağmen işleten sorumlu tutulacaktır (81).

(77) EREN: İşleten, s. 210.

(78) BOLATOĞLU: s. 190; EREN: İşleten, s. 210.

(79) 4. HD., 31.5.1974 t, 6053/2991, (KARAHASAN: s. 686).

(80) AŞÇIOĞLU: s. 62-63.

(81) KILIÇOĞLU: s. 39-40.

Zarar görenin kusuru o derece ağır basmalıdır ki, aracın işletilmesine bağlı tehlike tamamen arka plana itilsin ve artık zararın uygun sebebi gibi görünmesin (82). Zarar görenin hafif kusuru illiyet bağına kesecek yoğunlukta ve dolayısıyla zararın tek sebebi olamayacağı için, işleten sorumluluktan kurtulamaz. Aynı şekilde işleten, kusursuz olduğunu ispat edemez veya kendisinin de kusurlu olduğu sabit olursa, zarar görenin kusuru, illiyet bağına kesecek yoğunlukta olamayacağından, bu halde de sorumlu olur (83).

Zarar görenin kusurunun yoğunluğu takdir edilirken araca bağlı tehlikenin somut olayda daha artarak bu yoğunluğu azaltmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, yeni bir görüşe uygun olarak imal edilmiş olan bir otomobilin denenmesinde veya buzlu bir yolda otomobil sürmede araca bağlı tehlike artarak zarar görenin kusurunun etkisini daha hafif gösterebilir (84).

Zarar görenin kusurunun ağır olup olmadığı her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Federal Mahkeme içtihatlarında kabul edilen (85), doktrinde de savunulan görüşe göre, ağır kusur şu şekilde tarif edilebilir: Aynı durum ve koşullarda her mantıklı (makul) insanın göstereceği en basit dikkat ve özenin gösterilmemesidir (86). Başka bir anlatımla, ağır kusurda, hal ve şartların yüklediği özen gösterme ve tedbir alma ödevlerini veya bir hareket tarzı emreden kurallara tam bir aldırılmazlık söz konusudur. Ağır kusur, başlanılması kesinlikle olanaksız olan irade eksikliği esasına dayanır (87).

Kusur bir irade eksikliği olarak tanımlandığına göre, kusurdan söz edebilmek için kişinin kusur ehliyetine (temyiz kudretine) sahip olması gerekir, kusur ehliyetine sahip olmayan kişinin kusurundan söz edilemez (88). Kusur ehliyeti incelenirken olay anındaki somut olgular esas alınır, kişinin yaşı, kişiliği, ruhsal durumu, kültürel durumu, çevre olanakları, eylemin niteliği, olayın taşıdığı tehlike gibi (89).

Zarar görenin temyiz kudretine sahip olmadığı durumlarda, kusurdan söz edilemeyeceğinden onun biçimsel olarak ortaya çıkan ağır kusuru kur-

(82) TANDOĞAN: Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 249; AŞÇIOĞLU: s. 63.

(83) EREN: İşleten, s. 210,

(84) TANDOĞAN: Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 249.

(85) BGE 64 II 241 (BOLATOĞLU: s. 191).

(86) TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 55; ÖZSUNAY: Kusur, s. 71; AŞÇIOĞLU: s. 109.

(87) AŞÇIOĞLU: s. 109-110.

(88) AŞÇIOĞLU: s. 106.

(89) TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku, s. 56-57; ÖZSUNAY: Kusur, s. 76.

tuluş sebebi olamaz. Bu gibi durumlarda, Borçlar Kanununun 54/1. maddesinden hareketle ve hakkaniyet düşüncesiyle kurtuluş sebebinin varlığı kabul edilmemelidir, ancak indirim sebebinin varlığı kabul edilebilir. Ancak temyiz kudretinin kaybı zarar görenin kusuruyla oluşmuşsa işleten ağır kusura dayanarak sorumluluktan kurtulabilir, sarhoş kişinin dengesini kaybederek aracın önüne düşmesinde olduğu gibi (90).

Trafik kazalarında, özellikle küçüklerin durumu önem kazanır. Küçüğün hangi yaşta kusur ehliyetine sahip olacağı yolunda açık bir kural bulunmamaktadır. Hâkim somut olaya göre bir yargıya varacaktır, çocuğun yaşı, çevresi (köy-şehir), beldede çocuğa sağlanan olanaklar önemlidir. Bir köy çocuğu ile şehirde yetişen çocuk arasında özellikle trafik kurallarının bilinci açısından fark kabul edilmelidir. Çocukların kişiliğini geliştirmek için gerekli olan oyun alanlarının bulunmaması somut olayda önemli olabilir, oyun alanlarında oynama olanaklarına sahip olmayan çocukların kaldırım ve yol kenarlarında oynarken trafik kuralları ve tehlikelerin bilinci içinde hareket etmeleri beklenmemelidir (91).

Federal Mahkeme beş yıl onbir aylık (92), Yargıtay da altı yaşındaki çocuğa (93) kusur yükletilemeyeceğine karar vermiştir.

3. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

KTK. md. 86 üçüncü kişinin ağır kusurunu da illiyet bağı kesen bir sebep olarak öngörmüştür. Araç işleten kazanın meydana gelmesinde kusurunun bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememiş olması koşuluyla üçüncü bir kişinin ağır kusurunu da kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilir (94). Üçüncü kişinin kusurunun sorumluluktan kurtuluş sebebi olabilmesi için, bunun illiyet bağı kesen yoğunlukta olması gerekir. Üçüncü kişinin ağır olmayan kusuru zarar görenin ağır kusurunda olduğu gibi, tazminattan indirim nedeni olamaz. Zira KTK. md. 86, işleten için tazminattan indirim nedeni olarak sadece zarar görenin kusurunu öngörmüştür. Üçüncü kişinin hafif kusuru, illiyet bağı kesen yoğunlukta olmadığından, işleten sorumluluktan kurtulamaz. Böyle bir durumda hafif kusurlu üçüncü kişi, işle-

(90) AŞÇIOĞLU: s.63.

(91) AŞÇIOĞLU: s. 106-107.

(92) BGE 89 II 59. (AŞÇIOĞLU: s. 107).

(93) 4. HD., 1.7.1980 t., E. 6198 K. 8646 (AŞÇIOĞLU: s. 107).

(94) KILIÇOĞLU: s. 40.

tenle birlikte zarar görene karşı BK. md. 51'e gereğince müteselsilen sorumluluğu olur (95).

Üçüncü kişiler, araç işletenin kendisi veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler ile zarar gören dışında kalan ve aracın işletilmesiyle ilgili olmayan kişilerdir (96).

Aracı çalan veya gasbeden kişi KTK. md. 107'ye tabi olup, KTK. md. 86/1 içinde düşünülmediği için üçüncü kişidir (97). Ancak KTK. aracın çalınması veya gasbedilmesi halinde araç işletenin sorumluluğunu özel olarak düzenlediğinden (md. 107) işleten ancak bu özel hükme dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. İşletenin bu durumda aracı çalan veya gasbedenin ağır kusuruna dayanarak illiyetin kesilmesi sebebiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir (98).

KTK. md. 88'e göre, bazen kazaya katılmış olan başka bir aracın işleteni de üçüncü kişi sıfatını kazanabilir. Örneğin, işleten A, B'nin aracıyla çarpışıp araçtaki yolcuların zarara uğramasına sebep olmuşsa, A, burada üçüncü kişidir. Ancak bunun için işleten B'nin kusursuz olması gerekir (99).

İşleten eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin ağır kusurunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Zarar görenlerin üçüncü kişi sayılmasını mümkün görmeyen yasa koyucu, bunların ağır kusurunu illiyet bağını kesen ayrı bir sebep olarak düzenlemiştir. Buna karşılık zarar gören kişinin eylemlerinden sorumlu olan kişiler KTK. md. 86 anlamında üçüncü kişi sayılırlar. Buna göre ev reisi idare ve denetimi altındaki kişilerin uğradıkları zararda, ağır kusurlu iseler, araç işleten buna dayanarak sorumluluktan kurtulabilir (100).

(95) EREN: İşleten, s. 211-212; TANDOĞAN: Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 250.

(96) EREN: İşleten, s. 211; KILIÇOĞLU: s. 40; TANDOĞAN: Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 249.

(97) BOLATOĞLU: s. 193; EREN: İşleten, s. 211; KILIÇOĞLU: s. 41.

(98) KILIÇOĞLU: s. 41.

(99) BOLATOĞLU: s. 193; EREN: İşleten, s. 211.

(100) BOLATOĞLU: s. 193; KILIÇOĞLU: s. 41; TANDOĞAN: Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 249-250.

YARARLANILAN ESERLER

- ADAL, Erhan : Motorlu Taşıt İşleticisinin Uğradığı Zararla İlgili olarak "Sorumluluk Çatışmaları", BATIDER, C. IV (1968) Sa. 4, 620-645 (Kısaltılmışı, ADAL: Sorumluluk Çatışması).
- AŞÇIOĞLU, Çetin : Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara 1989 (Kısaltılmışı, AŞÇIOĞLU).
- BAŞAKLAR, Emin : İsviçre Karayolları Trafik Kanunundaki Hukuki Sorumluluğa İlişkin Bir İnceleme YD., c. 2, (1978), sa. 1, s. 59-84.
- BOLATOĞLU, Bolat : Karayolları Trafik Kanununa göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları). Ankara, 1988.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Ankara 1986. (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar, II).
- EREN, Fikret : Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, C. XXXIX, (1982-1987), Sa. 1-4, s. 159-212 (Kısaltılmışı: EREN: İşleten).
- EREN, Fikret : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Kısaltılmışı: EREN: İliyet).
- GÜRSOY, Kemal Tahir : İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarında Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974 (Kısaltılmışı: GÜR-SOY: Sorumluluğun Anahatları).
- GÜRSOY, Kemal Tahir : Karayolları Trafik Kanunu Tasarısına Göre Motorlu Taşıtların Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Trafik Sigortası, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 25-28 Nisan 1973, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1975 (Kısaltılmışı: GÜR-SOY: Hukuki Sorumluluk).
- GÜRSOY, Kemal Tahir : Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Oldukları Zararlardan Sorumluluk ve Trafik Kanunumuzun Aksak Yönleri, Türkiye Barolar Birliğinin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğ, Ankara 1971 (Kısaltılmışı: GÜR-SOY: Sorumluluk).
- İMRE, Zahit : Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- KARAHASAN, M. Reşit : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İstanbul, 1989.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : 2918 sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATIDER C. XII (1984), Sa. 2-3, s. 1-52.
- ÖZDEMİR, Salim : İsviçre Hukukunda Otomobil İşleticilerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluk Sigortası, YD., C. 2, (1976), Sa. 3, s. 149-158.
- ÖZSUNAY, Ergun : Trafik Hukukunda Araç Sahibinin Fiil ve Davranışlarından Sorumlu Olduğu Şahıslar. BATIDER, C. IV (1967), Sa. 1, s. 1-64 (Kısaltılmışı: ÖZSUNAY: Trafik).

- ÖZSUNAY, Ergun : Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi, MHE Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul - 1980 (Kısaltılmışı: ÖZSUNAY: Kusur).
- SELICI, Özer : Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı, MHE, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, İstanbul - 1980.
- TANDOĞAN, Haluk : Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, BATİDER (1979), C. X, s. 291-321 (Kısaltılmışı: TANDOĞAN: Tehlike Sorumluluğu).
- TANDOĞAN, Haluk : İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları, Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler, Trafik Sigortası V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 25-28 Nisan 1973, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1975 (Kısaltılmışı: TANDOĞAN: İşletenin Sorumluluğu).
- TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kısaltılmışı: TANDOĞAN: Sözleşme Dışı Sorumluluk).
- TANDOĞAN, Haluk : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961 (Kısaltılmışı: TANDOĞAN: Mesuliyet Hukuku).
- TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1985 (Kısaltılmışı: TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: C. I).

KISALTMALAR

- AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
 BGE : İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmi Külliyyatı
 BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
 C. : Cilt
 dn. : Dipnot
 HD : Hukuk Dairesi
 Sa. : Sayı
 s. : Sayfa
 t. : Tarih
 vd : ve devamı
 YD : Yargıtay Dergisi
 YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
 KTK : Karayolları Trafik Kanunu

**HAKSIZ FİİLLERDE ZAMANAŞIMI SÜRELERİ
VE BU SÜRELERİN BAŞLANGICI
(BK. m. 60)**

Temel DOĞANGÜN (*)

• **ANLATIM DÜZENİ: G İ R İ Ş. § 1- ZAMANAŞIMININ TANIMI, TÜRLERİ VE MEVZUATIMIZDA HAKSIZ FİİLLERDE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER. I- ZAMANAŞIMININ TANIMI. II- ZAMANAŞIMININ TÜRLERİ. 1- Kazandırıcı (İktisabî) Zamanaşımı. 2- Düşündürücü (İskati) Zamanaşımı. III- MEVZUATIMIZDA HAKSIZ FİİLLERDE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER. 1- Genel Düzenleme. 2- Özel Düzenlemeler. § 2- HAKSIZ FİİLLERDE ZAMANAŞIMI SÜRELERİ, BU SÜRELERİN BAŞLANGICI VE SONA ERMESİ. I- BİR YILLIK (NİSBİ) ZAMANAŞIMI. 1- Zararın Öğrenilmesi. A- Devam Eden Zararlarda Zararın Öğrenilmesi. B- Devam Eden Haksız Fiilde Zararın Öğrenilmesi. C- Haksız Fiillerin Tekrarlanmasında Zararın Öğrenilmesi. D- Olumsuz Şekilde İşlenen Haksız Fiillerde Zararın Öğrenilmesi. E- Tüzel Kişilerin Zararı Öğrenmesi. 2- Haksız Fiil Failinin (Tazminat Sorumlusunun) Öğrenilmesi. II- ON YILLIK (MUTLAK) ZAMANAŞIMI. 1- Genel Açıklamalar. 2- Zararın On Yıldan Sonra Doğmuş Olması. III- CEZA (OLAĞANÜSTÜ) ZAMANAŞIMI. § 3- HAKSIZ FİİLLERDE ZAMANAŞIMININ İLERİ SÜRÜLMESİ VE DAİMİ DEF'İ. I- HAKSIZ FİİLLERDE ZAMANAŞIMININ İLERİ SÜRÜLMESİ. II- DAİMİ DEF'İ. S O N U Ç.**

GİRİŞ

Zaman kavramı, akıp giden insan yaşamının en temel ögesidir. İnsan yaşamı akıp giden bu zaman üzerinde cereyan eden olay, ilişki ve davranışların oluşturduğu karmaşık bir bütündür. Birey bu zaman dilimi (süreci) içinde kaçınılmaz olarak diğer kişi veya kişilerle, toplumla, kurumlarla, devletle, nesnelere, doğayla ilişkiye girer. Herbirinin ayrı bir özelliği ve niteliği olan bu ilişkiler, "zamanın olağan akışı" içerisinde insan yaşamını etkileyen, hukuksal, toplumsal, ekonomik kimi sonuçlar doğurur.

İşte konumuz açısından hukuk düzeni de, akan zaman dilimi üzerinde meydana gelen olay, ilişki ve davranışların bazılarını hukuku ilgilendirdiği ölçüde, kanunda belirli bir sürenin geçmesinden sonra bir takım hukuki hüküm ve sonuçlar sağlar. Zamanın geçmesi (akıp gitmesi) olgusunun en be-

(*) Şavşat Hâkimi.

lirgin ve en önemli özelliği haklar üzerinde doğurduğu etkilerdir. İnceleme konusu ise zamanın geçmesinin haklar üzerinde doğurduğu etkilerin sadece belirli bir bölümüdür. Bu etkiler, bazı hukukî ilişkiler bakımından, kanunda belirtilen süre içinde alacaklının alacağını elde etmek hususunda hareketsiz kalması yüzünden, artık alacağını dava yoluyla elde edebilme şansının zayıflamasıdır. Zamanın geçmesi olgusunun haklar üzerinde bu şekilde etki yapması" düşürücü zamanaşımı (iskatî müruruzaman)" ya da daha kısa bir ifadeyle "zamanaşımı" olarak adlandırılmaktadır. İnceleme konumuz da düşürücü zamanaşımının hukukumuzdaki örneklerinden biri olan haksız fiillerde zamanaşımına ilişkin BK.nun 60. maddesidir.

Zaman ve zamanın akışı kavramının özü ve niteliği üzerinde pozitif bilimlerce ve felsefi açıdan kesin bir sonuca varılmış değildir. Fakat, inceleme konumuz açısından haklar üzerindeki etki dışında sair hususlarda, mikroskopik anlamda zamanın olağan akışı, yani takvim ve saat ölçüsü yeterli olacaktır.

BK.nun 60. maddesinde haksız fiillerden doğan tazminat davasının belirli bir süre geçtikten sonra zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Ancak, zamanın geçmesi haklar üzerinde bu şekilde etki yapmakla birlikte, karmaşık yaşam ilişkileri ve olaylar yönünden, kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin somut olayda başlangıcı, akışı ve sona ermesinden ve kanunda geçen bazı kavramların niteliğinin tesbitinden –aşağıda belirtildiği gibi– bazı sorunlar doğmaktadır.

Ş 1. ZAMANAŞIMININ TANIMI, TÜRLERİ VE MEVZUATIMIZDA HAKSIZ FİLLERDE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

I – ZAMANAŞIMININ TANIMI

Zamanaşımı, bazı hukukî ilişkiler bakımından, bu ilişkileri düzenleyen hükmün öngördüğü sürenin geçmesi ile bir hakkın kazanılması ya da bir hakkın dava yoluyla elde edebilme şansının zayıflamasıdır (1).

(1) Diğer benzer tanımlar için bkz.

Feyzioğlu, F. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, B. 2, İstanbul 1976, s. 518 Vd.; **Tekinay, S. S.:** Borçlar Hukuku, B. 4, İstanbul 1979, s. 824; **İnan, A. N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, S. 519; **Reisoğlu S.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler B. 5, Ankara 1983 s. 9, 275; **Deschenaux, H-Tercier, E.:** Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983 (Çev. S. Özdemir) s. 162; **Çandarlı, Z.:** Borçlar Hukukunda Müruruzaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1943; s. 5; **Ergenekon, Y.:** Türk Borçlar hukukunda Müruruzamanın Kat'ı, Ankara 1960 s. 7; **Schwartz, A. B.:** Borçlar hukuku Dersleri, c. I, İstanbul 1948 (Çev. B. Davran), s. 25; **Tunçomağ, K.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1972, s. 699; **Karacabey, Ö. F.:** Haksız Fiillerde Zamanaşımı, Y.D., C. IV, s. 481-482.

Zamanaşımı hususuna ilişkin bu tanım, ilk bakışta hemen görüleceği gibi, bir takım hukukî unsur ve özellikler içermektedir. Zamanaşımı olgusundan söz edebilmek için herşeyden önce belirli bir sürenin geçmiş olması gerekir. Bu süre, her olgu tipine göre genel veya özel kanunlarla belirlenmiştir. Şu halde, hukukî olarak vasıflandırılan somut olayın dayandığı genel veya özel normlar, aynı zamanda zamanaşımı sürelerini de öngörürler. Doğaldır ki, somut hukukî ilişki, durum veya davranış hakkında zamanaşımı süresi bakımından, özel bir hüküm (lex speciaris) mevcut değilse bu ilişki durum veya davranışa genel hükümler (lex generalis) uygulanacaktır.

Diğer yandan ihtilafın çözümünün dayandığı norm, büyük bir olasılıkla, zamanaşımı süresinin başlangıç ve bitiş olgularını da verecektir.

Zamanaşımı kavramı belki de zaman (kanunla belirli bir sürenin geçmesi) olgusundan daha çok, haklar üzerinde meydana getirdiği etki bakımından önemlidir. Gerçekten de, ilk bakışta tanımdan da derhal anlaşılacağı gibi, belirli bir hukukî ilişki bakımından, o ilişkiyi düzenleyen kanunda öngörülen sürenin geçmesi ile bir hak kazanılır ya da bir hakkın dava yoluyla elde edilebilme ihtimali zayıflar. Duruma göre ilgili normlar iki sonuçtan birini tanzim eder. Söz konusu iki sonuç, doktrin, mevzuat ve uygulamada da kabul edildiği üzere, zamanaşımının türlerini oluşturur. Aşağıda yer alan açıklamalarımızda, zamanaşımı kavramı türleri itibarıyla kısa bir incelemeye tâbi tutulmuştur.

II – ZAMANAŞIMININ TÜRLERİ

Tanımdan da anlaşılacağı gibi, zamanaşımının hakları üzerinde kazandırıcı ve düşündürücü olmak üzere başlıca iki tür etkisi vardır (2).

1– Kazandırıcı (İktisabî) Zamanaşımı

Bir hakkın kazanılması sonucunu doğuran zamanaşımına "kazandırıcı zamanaşımı" denir. Medeni Kanunun ilgili maddelerinde öngörülen sürenin geçmesi ve diğer koşulların gerçekleşmesi ile aynı bir hakkın kazanılması, daha ziyade eşya hukukunda uygulama alanı bulur (Örneğin MK. m. 638, 639, 701, 704).

2– Düşürücü (İskatî) Zamanaşımı

Düşürücü zamanaşımı, belirli bir ilişkiden doğan alacak hakkının elde edilebilmesi için kanunda öngörülen süre içerisinde, alacaklının hakkını elde

(2) Zamanaşımının türleri için bkz. dn 1'deki yollamalar.

etmek üzere harekete geçmemesi ve bu nedenle de alacağın dava yoluyla elde edilebilme özelliğinin zayıflamasıdır (3).

Bu tanımdan da anlaşılacaktır ki, (düşürücü) zamanaşımına ilişkin hükümlerin söz konusu olduğu ilişkilerde alacak hakkı varlığını devam ettirmekte; buna karşın söz konusu alacağın dava yoluyla elde edilebilme olanağı zayıflamaktadır (4).

Öğretide zamanaşımının alacağın dava edilebilme olanağını ortadan kaldırdığından sözediliyorsa da (5) davanın açılmasından ve zamanaşımı def'i üzerine davanın reddinden önce böyle bir etkinin ortaya çıkması henüz söz konusu değildir. Çünkü, başlangıçta, alacağın dava edilebilme olanağı hiç yoktur denemez; yalnızca alacaklının (davacının açacağı dava ile başarıya ulaşma şansı zayıflamıştır. Başka bir deyişle, alacaklı, alacağı zamanaşımına uğramış olsa bile davasını açabilir ve bu dava sonunda başarıya ulaşabilir; meğer ki borçlu zamanaşımı def'inde bulunmuş olsun. Demek ki, davacının dava hakkının ortadan kalkmasının (düşmesinin) şartı, borçlunun zamanaşımı def'inde bulunmuş olmasıdır. Şu halde borçlu zamanaşımı def'inde bulunmazsa, yargıç bunu kendiliğinden dikkate almayacak (BK. m. 140), dolayısıyla zamanaşımının düşürücü etkisi ortaya çıkmayacaktır (6).

-
- (3) Tekinay, düşürücü zamanaşımına, alacak haklarına ilişkin olduğundan ve kazandırıcı zaman aşımından ayırmak için genel anlamda zamanaşımı demektir. Bkz. s. 829; ayrıca **Oğuzman, M.K.:** Borçlar Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1979, s. 204. Biz de bundan böyle sadece zamanaşımı demekle yetineceğiz.
- (4) Talep ve dava hakkı birbirleriyle ilişkili kavramlar olmasına karşın birbirinden farklı özelliklere sahiptir. Her ikisi de asıl hakkın bir parçası (unsuru)dır. Ancak asıl hak ihlâl yada inkâr edilmedikçe dava hakkından söz edilemez; yani davacının dava hakkını kullanabilmesi için dava açmakta hukukî yararının bulunması gerekir. Kura olarak dava hakkı, talep hakkını izler ve talebin yerine getirilmemesi durumunda onun yaptırımını oluşturur. Ne ki, her talep hakkı, mutlaka bir dava hakkının varlığını gerektirmez. Zamanaşımına uğramış borçlarda durum böyledir. Dava hakkı zamanaşımına uğramış olmasına karşın alacak ve talep varlığını sürdürür. Bunun doğal sonucu da borçlu zamanaşımına uğramış borcunu isteği ile (ya da bilmeyerek) öderse geçerli bir ödeme söz konusudur. Bu konuda Bkz. **Tekinay, S. S.:** Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1978 (Kıs.: Giriş), s. 177-180; **İmre, Z.:** Medeni Hukuka Giriş, B. 3, İstanbul 1980, s. 264-266; **Akıpek, J.:** Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, C. I, Ankara 1966, s. 185; **Akıntürk, T.:** Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 188; **Oğuzman MK.:** Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1978 (Kıs.: NHD), s. 187-189; **Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, C. I, Ankara 1985 (Kıs. C. I), s. 79; **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, c. V, Ek kitap, Ankara 1986, s. 4485.
- (5) Oğuzman, s. 204; Reisoğlu, s. 275; Feyzioğlu, C. II, s. 520.
- (6) Tekinay s. 830'da zamanaşımının biricik rolü, alacağın dava edilebilmesi niteliği geniş ölçüde zayıflatmasında görülür.. Zamanaşımı def'ini ileri sürülebilir... ileri sürmediği takdirde, hâkim borcun ödenmesine karar verir.. Zamanaşımı def'i ileri sürülmediği için, hâkim tarafından ifasına karar verilen borç (alacak) eksik bir borç olmayıp, tam bir borç niteliğindedir...".

Borcun zamanaşımına uğraması olgusu, hakkın özüne dokunmayıp, sadece, o hakkın dava yoluyla elde edilebilmesi olanağını zayıflattığından eksik borçlardandır (7). Bu nedenle zamanaşımına uğramış borç, sahibine (davaliya) bir def'i hakkı verir "Def'i hakkı", hak sahibine, bir başkası tarafından yöneltilen (ileri sürülen) bir hakkı, belirli bir oranda etkisiz kılma veya sonuçlarını tamamen ya da kısmen ortadan kaldırma imkânı veren "karşı haklar"ın en önemli bir türüdür (8). Zamanaşımı def'i ise, def'i hakları arasında yapılan sınıflamada "bağımsız def'iler" arasına sokulmaktadır (9).

Bazen yine yasada (ya da sözleşmede) öngörülen bir sürenin geçmesi ile bir hakkın yitirildiği görülmektedir ki, bu durumda zamanaşımı değil, "hak düşürücü süreler" söz konusudur. Zamanaşımı ile hakdüşürücü süreler arasındaki en önemli fark, zamanaşımı bir def'i hakkı vermesine karşın, hak düşürücü süreler itiraz niteliğindedir. Def'i borçlu lehine tanınmış bir hak olduğu için, her hak gibi, def'i hakkının kullanılmasından vazgeçilebilir. Buna karşılık, itiraz bir hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş bir hakkı ortadan kaldıran bir olay olduğu için, borçlu bundan vazgeçemez. Ayrıca, def'i bir hak olduğu için borçlunun ileri sürmesi gerektiği halde; itiraz yargıç tarafından kendiliğinden gözönüne alınır. Diğer bir fark da, hak düşürücü sürelerde, zamanaşımındaki gibi sürelerin durması (BK. m. 132) ya da kesilmesi (BK. m. 133) söz konusu değildir (10) (11).

(7) Düşürücü zamanaşımı (BK. m. 125, 60, 62), eksik borçlar hakkında yapılan sınıflamada "sonradan eksik borçlar" kategorisine sokulmaktadır. Eren, C. I, s. 98'de.. Borçlu mahkemede zamanaşımı def'ini ileri sürerse Hâkim davayı reddeder. İşte, ancak bu takdirde borç eksik bir borç niteliğini kazanır... "Ayrıca bkz. Eren, C. I, s. 91-97 vd; Tekinay, s. 23-25 vd; İnan, s. 28-31 vd; Feyzioglu, s. 707; Atalay, A.: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, B. 3, Birinci yarım, İstanbul 1981, s. 5, 55 vd.; V. Tuhr: Borçlar Hukuku, C. I, II, Ankara 1983 (Çev. C. Edege), s. 33-35 vd; Tandoğan, H: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 356.

(8) Eren, C. I, s. 74.

(9) Eren, C. I, s. 76 da: "Bağımsız def'iyi meydana getiren bir ana hak yoktur; def'i hakkı kendiliğinden mevcuttur".

(10) Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, C. I, s. 75, 77, 78; Tunçomağ, s. 55, 701; Oğuzman, s. 204, 205; Feyzioglu, s. 521, 707; Tekinay, s. 830; Oğuzman (MHD), s. 153-155; Reisoğlu, s. 275-276, dn. 25; İnan s. 42- 44; Tekinay (Giriş), s. 184-189.

(11) Zamanaşımı ile hak düşürücü süreler birbirinden farklı olmasına karşın BK'muzda bunları ayırdedici deyimlere dikkat edilmemiş; hatta biri diğeri yerine kullanıldığı gibi, kimi hükümlerde bunlardan hangisinin söz konusu olduğuna hiç değinilmemiştir. (Örneğin, MK. 119 m. de hak düşürücü süre, MK. 87. m.de ise zamanaşımı süresi söz konusudur. Yine örneğin, MK. m. 242, 251, 294, 296; BK. m. 31, 199, da sürenin niteliği belirtilmemişse de hak düşürücü "sükûtu hak" süreler söz konusudur). Bu iki sürenin ayırılması konusunda uygulama ve yazarlar, yasa koyucunun o süreyi koymaktaki amacının (yani hakkın kendisini yok etmek mi, yoksa hakkın dava yoluyla elde

III – MEVZUATIMIZDA HAKSIZ FİLLERDE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1– Genel Düzenleme

Inceleme konumuz, düşürücü zamanaşımının örneklerinden biri olan haksız fiillerde zamanaşımıdır. BK. m. 125 kural olarak on yıllık zamanaşımı öngörmekle birlikte, BK. m. 60 bu kuraldan ayrılarak haksız fiillere özgü bir zamanaşımı süresi düzenlemiştir (12). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, genel ve özel düzenlemeler arasındaki en önemli, belki de tek fark, zamanaşımı süresinin uzunluğu veya kısalığı ile başlangıç anı bakımındandır; bu farklılığın dışında kalan noktalar bakımından, örneğin zamanaşımının durması, kesilmesi ve benzeri konularda genel hükümler uygulanır.

Yasa koyucu bazı iş ilişkileri bakımından ayrı zamanaşımı hükümleri koymaya iten neden, söz konusu düzenlemeye konu olan hukuki ilişkilerin özellikleridir. Haksız fiil ilişkisinin özelliği de, bu tür ayrı bir düzenlemeyi gerektirmektedir (13). Haksız fiilden doğan tazminat davasının tarafları, haksız fiil konusu olay nedeniyle ve olay sırasında raslantı sonucu biraraya gelmiş kişilerdir. Bu kişiler arasındaki anlaşmazlığı bir an önce çözüme bağlamak gerekir. Bu amaç, aynı zamanda zamanaşımının öngörülme nedenlerinden biridir (14). Tesadüfen karşı karşıya gelmiş aralarında anlaşmazlık çıkmış kişilerin sürtüşmelerine bir an önce son vermek, kamu düzeni ve çekişmele-

edilebilme olanağını zayıflatmak mı olduğunun) araştırılması gerektiği ölçütünü ileri sürmüşlerdir. Bu konuda bkz. HGK. 10.10.1962 T., 64 E., B4 K., (Bu karar için bkz. **Olgaç, S.:** Kazai ve İlmî İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. I, Ankara 1976, s. 1048); **Reisoğlu, s. 275, dn. 25;** **Feyzioğlu s. 524;** **Tekinay, s. 823 ve dn. 3;** **Oğuzman (MHD), s. 154;** **Eren C. I, s. 75.**

- (12) Ancak haksız fiil teşkil eden hile ve tehdit durumlarında somut duruma göre BK. m. 60 ile m. 125 yarışabilir. Çünkü hile ve tehdit bir yandan haksız fiil iken; diğer yandan akit öncesi sorumluluk yani akdi görüşmelerden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluk da teşkil eder. Aldatan taraf, sözleşme müzakeresinde göstermek zorunda olduğu özen ve karşı tarafı aydınlatma ödevini olumlu veya olumsuz bir davranışla kasden ihlal eder. Bu nedenle, zarar gören lehine olarak akit öncesi sorumlulukla akit dışı (haksız fiilden) doğan hakların yarışması hali mevcuttur; zarar gören bunlardan yararına olan somut duruma göre kullanılabilir. Bu konuda bkz., **Eren, C. 2, s. 58;** **Tandoğan, s. 366;** **Karahasan M. R.:** Tazminat davaları, İstanbul 1976, s. 1084.
- (13) **Feyzioğlu, s. 707;** v. **Tuhr, s. 386.** Ayrıca BK. m. 125; "bu konuda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde..." diyerek bu tür düzenlemeleri saklı tutmuştur.
- (14) Zamanaşımının öngörülme nedenleri hk. Bkz.: **Tekinay, s. 580;** **Belgesay, M. B.:** Zamanaşımı ve Hakkı Düşüren Süreler, Genel Prensipler. (**Bodur, D.:** Kanunlarımızda Müddetler, s. 1-44), İstanbul 1946, s. 23; **Savatier, R.:** Hukuki ve Ekonomik Açından Borçlar Teorisi (Çev. T. Önen - T. Inal), Ankara 1980, s. 408; v. **Tuhr, s. 687;** **Karacabey, C. IV, s. 482.**

rin uzamaması (toplumsal barış) açısından yararlıdır. Bu amaçladır ki, yasa koyucu anlayamayan tarafları daha kısa süre içinde yargı organı önüne getirmek istemiştir (15).

BK.nun 60. maddesinin kapsamı (uygulama alanı tesbit edilirken haksız fiil kavramı dar ve teknik anlamda değil; geniş anlamıyla değerlendirilmelidir. 60. maddedeki zamanaşımı kuralı, BK. 41 vd. maddelerindeki haksız fiil halleri yanında, BK.nun diğer fasıllarında düzenlenmiş ya da diğer yasalarda anılmış olan haksız fiillerden doğan bütün tazminat davalarında uygulanır (16). Ancak burada önemle belirtilmelidir ki, BK.nun 60. maddesi her haksız fiil ilişkisi için mutlak olarak uygulama alanı bulunmaz. BK.nun 41 vd. maddesi dışındaki haksız fiile ilişkin söz konusu düzenleme özel bir zamanaşımı kuralı getirmişse, bu durumda 60. madde değil; ilişkinin tâbi olduğu özel zamanaşımı kuralı uygulanacaktır.

2- Özel Düzenlemeler

Yukarıda belirtildiği gibi, haksız fiilden doğan borç ilişkilerine kural olarak BK. 60. madde uygulanır; ancak, gerek BK.nun diğer fasıllarında gerek bazı özel yasalarda belirtilen haksız fiil ilişkileri için 60. maddeden ayrılan özel bir zamanaşımı kuralı getirilmiş olabilir (17).

Örneğin BK. m. 215/III'e göre bir binanın ayıplı olmasından doğan ve tekeffüle dayanan davalar, mülkiyetin devrinden beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. BK. 363/II. maddeye göre ise, taşınmaz inşaata ilişkin kayıplardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaata katılan mimar ve mühendi-

-
- (15) Feyzioğlu, s. 707; Karacabey, C. IV, s. 483-484 ve dn. 5 de Yargıtay da 126. maddedeki zamanaşımı süresini benzer bir gerekçeyle açıklamıştır: 4. HD. 12.6.1974 T., 73/3995 E., 74/3358 K.
- (16) Örneğin, MK. 908, 656, 680 ve 917. maddelerden doğan tazminat davalarında, öğretide egemen görüşe göre ecrimisil davalarında, memurlara karşı açılan tazminat davalarında... BK.nun 60. maddesindeki zamanaşımı uygulanır. Örnekler için bkz. Olgaç, s. 1057 vd.; Karahasan, s. 1220 vd.; Karacabey, C. IV, s. 485 dn. 7, ayrıca Belgesay, s. 28, 29; Tandoğan, s. 359; Feyzioğlu, s. 708; Oser/Schönenberger: Borçlar Hukuku, (Çev. R. Seçkin), m. 41-109, Ankara 1950, m. 60 N. 5; v. Tuhr, s. 386; Sirmen L.: Tapu Sicilinin Tutulmasında Doğan zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 103; Şener E.: MK. 917. m.'sine göre Hazinesinin Mesuliyeti, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 583; Tunçoğlu s. 320.
- (17) Feyzioğlu s. 720; Tandoğan, s. 356; Oser/Schönenberger m. 60 N. 6; Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, B. 2, Ankara 1988 (Kıs.: C. II), s. 422, Gürsoy, K. T.: Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telakuku), A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXI, S. 1-4, s. 149-184, Ankara 1974, s. 158.

se karşı olan hakları tesellümden başlayarak beş yıllık zamanaşımına tâbidir (18). TK.nun 58. maddesinde yazılı davalar TK 62. maddeye göre, dava açmaya haklı olan tarafın bu haklarının doğumunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. TK m. 309/IV de ise şirketin 305-308. maddelerde yazılı fiillerle zarara uğraması halinde, sorumlu olan, kişilere karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumlu olanı öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve herhalde zararı doğuran fiilin vuku tarihinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 50/II'ye göre, tazminat davası, zarar gören tarafın zarara ve failine itilâ tarihinden itibaren iki senelik ve herhalde zararı doğuran fiilin vukuundan itibaren on senelik zamanaşımına tâbidir (19).

§ 2. HAKSIZ FİLLERDE ZAMANAŞIMI SÜRELERİ, BU SÜRELERİN BAŞLANGICI VE SONA ERMESİ

BK. 60. maddeye göre, "Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mütazarrır olan tarafın zarara ve failine itilâ tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz.

Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruruzamana tâbi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruruzaman tatbik olunur".

Görüldüğü gibi 60. maddenin I. ve II. fıkralarında ayrı iki zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Ancak İnceleme konumuzu, I. Fıkradaki bir ve on yıllık iki süre, bu sürelerin başlaması ve sona ermesi oluşturmaktadır. Biri diğerini etkileyen bu süreler zincirleme bir zamanaşımı süresi getirmiştir (20). Bunlardan birincisi, zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı baştan kesin olarak belirlenemeyen, bu nedenle "nisbi süre" biçiminde de nitelenebilecek bir yıllık süre; ikincisi ise, zamanaşımının başlangıcı ve sona erdiği tarihin kanunda kesin olarak tesbit edilmiş olduğu, bu nedenle "mutlak süre"

(18) Olgaç, s. 1056.

(19) Örneğin TK. m. 309 224; İİK. m. 7. Bkz. Feyzioğlu, s. 720, 721. Ayrıca bu örnekler dışındaki diğer durumlar için bkz. **Dalamanlı, L.:** Kanunlarımızda Müruruzaman - Sükutihak ve Müddetleri, Ankara, 1976, s. 60 vd, 114 vd, 121 vd, 136 vd.

(20) İleriki açıklamalarda da yer alacağı gibi, bir yıllık zamanaşımı işlemeye başlayınca, artık on yıllık süre söz konusu olmayacak ya da on yıllık süre dolduktan sonra kural olarak artık bir yıllık sürenin bir hükmü kalmayacaktır.

denilebilecek on yıllık zamanaşımı süresidir (21). Bu bakımdan bu sürelerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

I- BİR YILLIK (NİSBİ) ZAMANAŞIMI

Bir yıllık (nisbi) zamanaşımının başlangıcı BK. 60. maddenin I. fıkrasında, haksız fiil nedeniyle zarara uğrayanın, zararı ve failini (tazminat sorumlusunu öğrenmesi zamanına bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, bir yıllık (nisbi) zamanaşımının başlayabilmesi için, haksız fiil olayının dış dünyada meydana gelmesi ya da zararın doğmuş olması yeterli değildir. BK. m. 60/I bir yıllık zamanaşımının başlayabilmesi için, dava açma hakkı olan kişi tarafından iki unsurun birden bilinmesini zorunlu kılmaktadır. Başka bir deyişle, dava açma hakkı olan kişinin hem zararı hem de tazminat yükümlüsünün kim olduğunu bilmesi (öğrenmiş olması) gerekir.

Somut olaylarda genellikle haksız fiilin işlendiği anda zarar ve tazminat yükümlüsü de öğrenilir. Bu durumlarda zamanaşımının başlangıç anı (haksız fiilin işlendiği tarih ile zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarih aynı olduğundan) büyük bir sorun çıkmaz. Ancak bazı durumlarda haksız fiilin işlendiği tarih ile zararın doğduğu tarih farklı olabilir, zarar gören de zararı ve tazminat yükümlüsünü bu tarihlerden farklı bir tarihte öğrenebilir (22). Yine bazı durumlarda haksız fiilin işlendiği anda zarar da doğduğu halde, zarar gören, zararı ve tazminat yükümlüsünü daha sonraki bir tarihte öğrenebilir. Bunun yanında bir yıllık zamanaşımının başlangıç tarihini tesbit edebilmek için BK.nun 60. maddesinin I. fıkrada belirtilen zarar ve failine ıttıla kavramlarından ne anlaşılacak gerektiği kesin olarak belirlenmelidir.

(21) **Berki, Ş.:** Borçlar Hukuku, B. 2, Ankara 1958, s. 124'de: Bir yıllık zamanaşımı hususî müruruzaman, on yıllık zamanaşımı umumî müruruzaman ayrımını yapmıştır: s. 355-360. İnan da aynı ayrımı benimsemiştir: s. 356; Deschenaux/Tercier, bir yıllık zamanaşımını olağan önel olarak adlandırmıştır; on yıllık zamanaşımının ise, bir yıllık zamanaşımı söz konusu olmadığında işleyeceğinden yardımcı önel olarak adlandırmıştır: s. 164-165; Gürsoy, s. 159'da bir yıllık süreyi kısa süreli zamanaşımı; on yıllık süreyi ise uzun zamanaşımı süresi olarak nitelemiştir. Eren, C. II'de ise, bir yıllık nisbi süre ve on yıllık mutlak süre kavramlarını kullanmıştır. s. 422, 425.

(22) Zarar nazariyesine göre, tazminat alacağı kural olarak zararın meydana geldiği tarihte doğar. Çünkü, zarar, sorumluluğun esaslı unsurlarından biridir ve mağdurun talep hakkı da kusurun kendisine zarar verdiği anda doğar. Tazminat borçlusu ile zarar gören arasındaki borç ilişkisi de bu anda doğar. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır: Birincisi, zararın vukuuna muhakkak gözü ile bakılıyorsa, zarar mevcut olmasa da, tazminat hakkının varlığı kabul edilmektedir. İkinci istisna ise, zarar doğmuş olmasına karşın, tazminat alacağının zararın öğrenilmesine bağlandığı BK. 60. m.sidir. Bu sonuç BK.ndan açıkça çıkarılmıyorsa da, 60. madde bunu amaçlamıştır. Bu konuda bkz. **Önen, T.:** Haksız Fiilden Doğan Tazminat Alacağının Meydana Geldiği ve Muacceliyet Kesbettiği An, AİTIAD, C. I, S. 2, Ankara 1969, s. 23, 26.

1- Zararın Öğrenilmesi

Yukarıda belirtildiği gibi BK. m. 60/l'e göre, bir yıllık nisbî zamanaşımının başlayabilmesi için zararın dava açma hakkı olan kişi tarafından öğrenilmesi (bilinmesi) gerekir.

Bir yıllık zamanaşımının başlangıcının tesbitinde herşeyden önce "zarar" kavramından ne anlaşılmalı gerektiği belirlenmelidir. Başka bir anlatımla, acaba zarar haksız fiilin dış dünyada yattığı mücerret (soyut) bir değişme midir; yoksa dış dünyadaki salt bu değişme yeterli olmayıp, değişmenin aynı zamanda başka değerler üzerinde de etki yaratması gerekir mi? Öğretide egemen görüş, zarar kavramından sırf zarar doğurucu eylemi değil; haksız fiilin zarara uğrayanın (mutazarrırın) malları üzerindeki sonuçlarını anlatmaktadır (23).

BK. m. 60/l zararın öğrenilmesinden sözettğine göre, "öğrenme (ittıla) kavramına da açıklık getirmek gerekir. Yani zararı bilebilecek durumda olmak yeterli midir; yoksa kesin bir bilgi mi aranmaktadır ya da zararın varlığı hakkında yalnızca bir kuşku yeterli olacak mıdır? Bu konuda öğretide benimlenen görüşe göre, zararın öğrenilmesi ancak gerçek anlamda öğrenmedir; zararın varlığı hakkında kuşku ve öğrenmeye mecbur olma yeterli değildir (24).

Belgesay'a göre, zarara uğrayanın zararı ve zarardan sorumlu olanı öğrenmesine yeterli deliller varsa, bir yıllık zamanaşımı işlemeye başlar; zarara uğrayanın bu delillere güvenip güvenmemesi önemli değildir (25). Ancak BK. 60. madde bir yıllık zamanaşımının başlayabilmesini yeterli delil bulup bulmamasına değil; zararın bizzat zarar gören tarafından öğrenilmesine bağlamıştır. Bir takım delillerin zararın varlığını ortaya koyacak şekilde bilgi taşımakta olması, zararın bilindiği anlamına gelmez (26). Bununla birlikte

(23) Deschenaux/Tercier, s. 164; Olgaç, s. 1048; v. Tuhr, s. 387; Tekinay, s. 549; Eren, C. II, s. 423; örneğin salt yaralama olayı ile zarar doğmuş olmaz; mağdurun yaralama nedeniyle bir takım tedavi gibi masraflarda bulunması, işgücü kaybindan dolayı eskisi gibi iş yapamaz olması ve bu durumun malvarlığında bir azaltma yaratması ya da malvarlığında beklenen artışın sağlanamaması gerekir.

(24) Feyzioglu, s. 709 ve dn. 502; Becker, H. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, c. IV, Borçlar Kanunu, I. Kısım, Genel Hükümler, II. Fasikül (İsviçre BK. m. 37/63), (Çev. K. Reisoğlu), Ankara 1968, m. 60, N. 6; Karacabey, C. 4, s. 491, Yargıtay da aynı görüştedir; 4. HD., II. 11.1977 T. 77/414 E., 77/0837 K.; II. HD. 21.11.1974 T., 2879/3805 E/K.; Benzer yönde bir karar için bkz. Kuru, C. II, s. 1919, 1920.

(25) Belgesay, s. 28-30.

(26) Karacabey, C. IV, s. 491; Gürsoy, s. 159.

açık ve herkesçe bilinen bir olayın varlığı, somut olaya göre zararın zarar gören tarafından bilinmesini de zorunlu kılabilir (27).

Zararın öğrenilmesi kavramıyla ilgili olarak ortaya çıkan bir sorun da, haksız fiil sonucu doğan zararın sadece varlığının bilinmesi zararın öğrenilmiş olması için yeterli midir; yoksa, zararın varlığı yanında ayrıca miktarının niteliğinin ve kapsamının da bilinmesi gerekir mi? Bu konuda öğreti ve uygulamanın görüş birliği içinde olduğu söylenemez. Bir görüşe göre, zamanaşımının başlayabilmesi için, zararın varlığının bilinmesi yeterli değildir; ayrıca haksız fiil sonucu doğan zararın kapsam, miktar ve niteliğinin de bilinmesi gerekir (28). Eren'e göre, bunlar öğrenilmedikçe, zarar gören dava yoluyla talep edeceği tazminatın sebep ve şartlarını değerlendiremez (29). Bu yazarlar genellikle İsviçre Federal Mahkemesinin konuyla ilgili bazı kararlarından esinlenmişlerdir. Gerçekten de IFM'nin bu kararlarına göre, zararın öğrenilmesinden söz edebilmek için, zararın varlığı, niteliği, ana unsurları ve kapsamının da bilinmesi gerekir (30). Yargıtay ise bir kısım kararlarında zararın varlığının bilinmesini yeterli görürken (31); diğer kararlarında zararın kapsamının da bilinmesini aramıştır (32).

Bazı yararlar soruna usûl hukuku yönünden yaklaşmışlardır. V. Tuhr'a göre "Muhakeme usûlü sahih bir miktar göstermeksizin zarar ve ziyan davası açmaya (husus ile hakkın tesbiti davası ikame etmeye) müsaade ettiği takdirde zarara ittıla, prensip itibariyle, zararın şumûlüne değil, mevcudiyetine taallûk eder" (33).

Zararın öğrenilmiş sayılabilmesi için zararın miktar, kapsam ve niteliğinin de bilinmesini arayan yazarlardan bazıları usul hukuku açısından hare-

(27) Karacabey, C. IV, s. 491-492.

(28) Tekinay, s. 549; Tekinay, S. S.: İsviçre Federal Mahkemesinin Haksız Fiili Zamanaşımı Hakkındaki Yeni Kararları, MHAD., C. VII, S. 10, 1973, s. 239; Feyzioglu s. 710; Ataay, s. 304; Reisoğlu, s. 157; Deschenaux/Tercier, s. 164; Olgaç, s. 1048, Bununla birlikte Olgaç aynı sayfada zararın varlığının bilinmesini yeterli saymıştır.

(29) Eren, C. II, s. 423.

(30) Kaneti, S.: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, C. I, (1955-1964), Ankara 1968, s. 183-185'de yazılı kararlar.

(31) 4. HD., 28.1.1977 T., 76/8941 E., 77/956 K., 15. HD. 4.3.1976 T., 75/5829 E. 76/1919 K.; 15.4.1975 T., 1507/2161. Bu kararlar için bkz. Karacabey C. IV, s. 492, dn. 12.

(32) HGK. 20.10.1959 T., 4/61 E., 59 K.

(33) v. Tuhr, s. 387; Becker m. 60, N. 8; Sungurbey, İ.: Medeni Hukuk Sorunları, C. I, İstanbul 1973, s. 107, 108, de belirtilen yazarlar: Becker, Oser/Schönenberger, v. Tuhr/Siegtwart'a atfen.

ket ederek bu sonuca ulaşmaktadırlar. Dava dilekçesinin içeriğinde bulunması gereken unsurları düzenleyen HUMK.nun 179. maddesine göre, mamelek hukukundan doğan davalarında, davacı dava dilekçesinde müddeabihî (dava konusunu) para olarak göstermek zorundadır. Dava dilekçesinde değer gösterilmemişse bu değer davacıya tesbit ettirilir; davacı değer tesbitinden kaçınırsa dava dilekçesi işleme konmaz (34). İşte bu nedenle, dava dilekçesinde miktarın belirtilmesi gerektiğinden, zararın öğrenilebilmesi, miktarın da öğrenilmesine bağlanmaktadır (35).

Ayrıca, davacı zararın varlığını bilmesine karşın miktarını henüz öğrenememişse, zamanaşımını kesmek için hemen dava açmak zorunda kalacağından, miktarı da rastgele gösterecektir; çok gösterirse reddedilen miktar üzerinden avukatlık ücreti ödeyecek; az gösterirse uğradığı zararı elde edememek durumuyla karşılaşacak; az gösterip, fazlaya ilişkin isteğini saklı tutarsa fazlaya ilişkin istek zamanaşımını kesmediğinden, zamanaşımı süresi dolabilecektir. Bu nedenle zararın gerçek miktarının öğrenilmesi ile, zararda öğrenilmiş sayılır (36).

Birinci görüşteki diğer bir yazar ise, görüşlerini savunurken "zararın tekliği ilkesi"nden ivme almaktadır. Gerçekten de Eren'e göre, zararın öğrenilmesinden amaç, eylemi değil; zararın varlık ve mahiyetini, unsurlarını, kapsamını öğrenmektir. Zararın öğrenilmesi, zararın gerçekleşmesine bağlıdır; dolayısıyla zarar devam ettiği sürece, zarar görenin zararı öğrenmesi mümkün değildir. Zarar ister ani, ister sürekli bir eylemden doğsun, daima tekdir. Bu şekil ifade edilen "zararın tekliği ilkesi"ne göre, aynı ihlâl fiili veya olaydan doğan sonuçlar bir bütün oluşturur ve zarar gören, zarar devam ettiği sürece, bunu tam olarak öğrenemez. Eren'e göre, zararın tekliği ilkesi devam eden zarar halinde, zaman süreci içinde gerçekleşen her zararı, ayrı bir zarar olarak anlamaya elverişli olmadığı gibi; zararı zararlar toplamı olarak anlamaya da elverişli değildir. Sürekli (temadi eden) zararda, zarar, ancak bir bütün olarak ortaya çıktığı zaman öğrenilebileceği için, bir yıllık süre de zararın gerçekleştiği anda işlemeye başlar (37).

Bununla birlikte ikinci görüş, zamanaşımının başlayabilmesi için zararın varlığının öğrenilmesini yeterli saymaktadır (38).

(34) Dava dilekçesi içeriği hakkında bkz. Kuru C. II, s. 1075-1110.

(35) Bu yazarlar: Karacabey, C. IV, s. 492; Feyzioğlu, s. 710 ve dn. 506; Karacabey, HUMK. nun 74. m. sinin de aynı sonucu desteklediğini belirtmektedir, çünkü yargıç, dava dilekçesinde istem sonucuyla (miktarla) bağlıdır, bundan fazlasına karar veremez s. 493.

(36) Karacabey, C IV, s. 493.

(37) Eren, C. II, s. 422, 423.

(38) Türk hukukunda bu görüşte olan yazarlar: Gürsoy, s. 159; Sungurbey, C. 1, s. 98 vd; Karahasan, s. 1057 vd; Tandoğan, s. 356, 357; Olgaç, s. 1048; Asebük, E.: Borçlar Hu-

Bu görüş taraftarları da "zararın birliği prensibi"nden hareket etmektedir. Bu yazarlara göre zararın birliği (teklifi) prensibi, "haksız fiilden doğan zararların tümünün birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı zararlar toplamı olarak değil de, bir birlik olarak ele alınmasıdır". Bu nedenle zarar gören, genel olarak zararın varlığını öğrendiği anda, "ileride doğacağı öngörülebilene" başkaca zararlı sonuçları da öğrenmiş sayılır ve bir birlik olarak düşünülen zararın tümü için zamanaşımı da bu andan itibaren işlemeye başlar (39). Zararın birliği ilkesinin benimsenmesinde ana neden, "zararın teklifi ve bölünmezliği (bütünlüğü)" esas alınarak zamanaşımının da istikrarlı ve tek bir şekilde tesbit edilmesidir (40). Zararın kapsamı henüz tamamıyla anlaşılmamış ve zarar daha devam etmekte ise, bu nedenle belirsizlik olsa dahi, bir zararın varlığını bilmek, tazmin borcunu "tesbit davası" açabilmek için yeterli olduğuna göre, zamanaşımı da bu andan itibaren işlemeye başlamalıdır (41). Burada haksız fiilden doğan zararlar, birbirleriyle ilgisi olmayan, münferit zararların toplamı değildir; ancak başlı başına bir birlik teşkil ederler. Örneğin bir haksız fiil sonucunda, bir yapının ana duvarlarında yerinden oynayıp gevşeme olmuş ve bu anlaşılabilir bulunmuş idiyse, yapının duvarlarında giderek meydana gelen çatlaklar yeni zarar olmayıp daha önce öğrenilmiş bulunan zararların devam eden tezahürleridir (42).

Zararın öğrenilmesi kavramı İsviçre öğretisinde de bu şekilde de benimsenmektedir (43). Ancak Federal Mahkeme çeşitli kararlarında aksi görüşte-

kuku, B. 3, C. I-II, Ankara 1950, s. 570, 571; Tuğsavul, M.: Haksız Fiil Zamanaşımı, AD., 1947, C. XXXVIII, s. 371, 372. Ayrıca Alman Yargıtayı ve öğretisi ile İsviçre öğretisi de genellikle bu görüştedir. Bunun için bkz. Sungurbey C. I, s. 97-147 arasında zikredilen yazarlar.

(39) Bu ilke, geçen yüzyılda Prusya Yargıtayınca kabul edilmiş, Alman ve İsviçre Yargıtaylarınca da yerleşmiş bir içtihat olarak benimsenmiştir. Bkz. Sungurbey C. I, s. 98, 99; Karahasan, s. 1057 vd.; Karacabey C. IV. s. 498.

(40) 4. HD., 22.1.1981 T; 80/12753 E., 81/415 K., (YKD. C. 8, s. 1, s. 32-35).

(41) Sungurbey C. I, s. 99, 100.

(42) Sungurbey C. I, s. 101, 102.

(43) Örneğin Oser/Schönenberger s. 546'da, tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntının (zararın miktarının) bilinmesi gerekmez; durumun bu zarara uğrayana bir davaya sebep olmaya elverişli gözükmesi yeterlidir (ayrıca Sungurbey C. I, s. 107'de). Becker m. 60 N. 8 ve v. Tuhr s. 387'de usul hukukuna göre belirli bir miktar göstermeksizin tesbit davası açmak mümkünse, zamanaşımı zararı varlığının öğrenildiği anda başlar (ayrıca Sungurbey, C. I, s. 107, 108'de). Guhl'a göre, zarar gören zararın tam miktarını, örneğin çalışma gücünün geçici kaybının süresini yada sürekli sakatlığının yüzde oranını öğreninceye kadar davasını geciktiremez. Böyle durumlarda zarar gören, her halde isteyebileceğinin âzamisini dava edecek; ancak gereğinde yargılamanın cereyanı sırasında alacağını indirecektir (Sungurbey, C. I, s. 108, 109'a atfen).

dir. Federal Mahkemeyi bu şekilde düşünmeye sevkeden neden, herbirinin aynı bir usul yasasına sahip olduğu kantonlardan bazılarında tesbit davası açma olanağının bulunmayışıdır. Tesbit davasının bulunduğu kantonlarda zarar gören (bu olanağın bulunmadığı kantonlardan farklı olarak) daha önce harekete geçmek zorunda kalacaktır. Böyle Federal bir kanun olan İsviçre Borçlar Kanununun 60. maddesindeki maddi hukuk normu yurdun her yerinde yeknesak bir şekilde uygulanamayacaktı. Böyle bir çözüme cevaz verilmeyeceği için Federal Mahkemece zamanaşımının başlangıcı, zararın kapsamının öğrenilmesine bağlanmıştır (44).

Federal Mahkemenin İsviçre'nin özel yapısından kaynaklanan bu çözümlünün, birlikçi bir devlet (ve tek bir usul yasası) olan ve tesbit davası açma olanağı bulan Türkiye'de mekanik, iskolastik ve havada kalan bir çözüm olacağı ileri sürülmüştür (45).

Ayrıca eğer zamanaşımının başlaması için zararın kapsamının da öğrenilmesi zorunlu olsaydı örneğin yayın yoluyla hareketten dolayı maddi tazminat davalarında bu yayının zararlı sonuçları yıllarca sürdüğünden, zamanaşımının başlangıcını tamamıyla belirsiz bir tarihe ve davacının kefine bırakan böyle bir çözüm, zamanaşımının uyuşmazlıkları biran önce tasfiye etmek amacına da aykırı olacaktı (46). Şu husus da hemen belirtilmelidir ki, devam eden zararlarda -aşağıda açıklandığı üzere- zararlı etkinin ortaya çıkması durumunda kural olarak zararın öğrenilmiş sayılması, zararın tekliği (birliği) ilkesini bertaraf edici nitelikte değildir. Diğer yandan BK. m. 42/1'e göre, zarar ve zararın istenen tutarda olduğu olayının isbatı, isbat yükü konusundaki genel kural gereğince (bir hukuk normundan kensidi lehine haklar çıkararak kimse o normun öge olaylarını isbat etmek zorunda olduğuna göre) zarar görene düşer. Zarar gören tesbit davası değil de bir eda davası açıyorsa ve zararın gerçek miktarı tesbit edilemiyorsa, bu konudaki isbat zorluğunu dikkate alan yasa koyucu II. fıkra ile yargıca işlerin olağan gidişini ve zarar görenin aldığı önlemleri nazara alarak bunu adalete uygun olarak belirleme olanağını da vermiştir (47).

(44) Sungurbey, C. I, s. 424; Karahasan s. 1067, 1068.

(45) Sungurbey, C. I, s. 138; Karahasan s. 1068; Arsebük, s. 571.

(46) Sungurbey, C. I, s. 123, 124; aynı şekilde Alman Yargıtay'ının bir kararına göre geçmişte vuku bulmuş bir beyanın, davacının şimdiki şeref ve haysiyetini ihlal eden sürekli bir kaynak olmasında yalnızca yaratılmış olan ihlâl (zarar) durumu devam eder, yoksa fiil devam etmez. Sungurbey, s. 119, 120'den).

(47) Umar, B./ Yılmaz, E.: İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 66; ayrıca isbat yükü hakkında norm kuramı için bkz. s. 49 vd.

A- Devam Eden Zararlarda Zararın Öğrenilmesi:

Zararın devam etmesi durumunda sonradan doğabilecek zararlar öngörülebiliyorsa yukarıda belirtilen zararın birliği prensibi söz konusu olur ve zarar gören zararın varlığını öğrendiği anda, doğacağı öngörülebilen diğer zararları da öğrenmiş sayılır. Buna karşılık zarar yine devam etmekle birlikte gelişmekte olan bir durum gösteriyorsa; fakat gidiş yönü ve ağırlığı kestirilemiyorsa, gelişme sona ermeden zamanaşımı işlemeye başlamaz. Bu durum özellikle cismanî zararlarda zarar görenin tedavi ve müşahade altına alınmasında ortaya çıkar. Bu nedenle gerek Federal Mahkeme ve Yargıtay gerek öğreti cismanî zararlarda nisbi zamanaşımının ancak kesin teşhisten, özellikle sürekli sakatlığa ilişkin kesin raporun öğrenilmesinden sonra işlemeye başlayacağını kabul etmektedir (48). Yargıtay da cismanî zararlarda zararın öğrenilmesinin bu şekilde anlaşılmasını, BK. 46. maddesinin cismanî zarara uğrayanı korumak yolundaki amacına uygun olduğuna dayandırmıştır (49). Buna karşılık Karahasan'a göre, zararlı sonuçlar kesin raporun alınmasından sonra da devam etmekte, sürekli sakatlıkta ise zarar görenin ömrü boyunca sürmektedir; bundan dolayı, zamanaşımının ancak zararlı sonuçların zamanla gelişip tamamlanmasından sonra başlayacağı kabul edilemez. Aksi takdirde zamanaşımının başlangıcı tamamiyle belirsiz bir tarihe bırakılmış olur ve 60. maddenin uyuşmazlıkları biran önce tasfiye etmek amacı gerçekleşmez (50).

Yine, zarar devamlılık göstermekle birlikte her gün oluşan zararın birbirinden bağımsızlığı varsa, her günkü zarar için, o gün ayrı bir zamanaşımı başlar. Örneğin bir şeyin kiraya verilmemesi veya işletilmemesi yüzünden uğranılan kâr yoksunluğu her gün için yeniden doğmaktadır ve bu zararlar için zamanaşımı o günden itibaren işlemeye başlar (51).

Haksız fiilden ve haksız fiilin doğurduğu ilk zarardan veya zararlardan bağımsız olmamakla birlikte, mutad bir şekilde doğacağı önceden öngörülemeyen (kötüleşme, geçici hastalığın müzminleşmesi gibi) durumlarda yeni bir zarar söz konusu olup, bu zararların tazmini için zamanaşımı, bunları ve

(48) Kaneti, s. 183, 184'deki kararlar; Sungurbey, C. I, s. 101, 119 ve C. 4, s. 417, 419; Feyzioglu, s. 710 ve dn. 507 deki kararlar; Tekinay, s. 550; Gürsoy, s. 159; Eren, C. II, s. 423, 424.

(49) HGK 20.10.1959 4/61 E., 59 K. (Bkz. Sungurbey, C. 4, s. 417).

(50) Karahasan, s. 1067.

(51) Tandoğan, s. 357; Karacabey, C. IV, s. 499; Feyzioglu, s. 709 ve dn. 501 deki kararlar; Gürsoy, s. 159.

bunlarla haksız fiil arasındaki nedensellik (illiyet) bağıını sonradan öğrenmekle başlar (52).

B- Devam Eden Haksız Fiilde Zararın Öğrenilmesi

Haksız fiil henüz tamamlanmamış ve devam etmekte ise zamaşaşımı işlemeye başlamaz. Zamaşaşımı her halde haksız fiilin tamamlanmasıyla işlemeye başlar. Örneğin fail, ahlâka aykırı bir alacak ileri sürerek zarar görenin hukuk bilgisi olan danışman tutmak zorunda bırakırsa fail alacağıında drendiği sürece, danışmanın muhafazasından doğan zararlar için zamaşaşımı işlemeye başlamaz (53). Ancak hemen belirtilmelidir ki, burada anlatılan ve örneklenen "haksız fiilin" devam etmesi durumu ile yukarıda açıklanan "devam eden zararlarda zararın öğrenilmesi" birbirinden ayrı olasılıklardır. Diğer bir anlatımla, burada eylemin, yukarıda ise zararın devamlılık arz etmesi söz konusudur.

Eylem bir kez meydana geldikten sonra zarar süreğen bir hâl alabilir veya bir defada ortaya çıkabilir. Buna karşılık haksız eylem mütemadi bir şekilde gelişirse, devam eden bir haksız fiil söz konusudur. Bu olasılıkta zarar ilk eylemle doğup gelişebileceği gibi haksız eylemin sonucunda da doğabilir. Son olasılıkta eylem, tekrarlanma niteliğinde değilde bir bütün teşkil ediyorsa, zamaşaşımı da kül halinde olan haksız fiilin sonuçlanmasıyla işlemeye başlar.

C- Haksız Fiilin Tekrarlanmasında Zararın Öğrenilmesi:

Zarar verici fiil tekrarlanırsa, aynı çeşitten münferit fiillerin zaman bakımından az ya da çok doğrudan doğruya birbiri ardınca sıralanmaları ve tek bir karara dayanmaları durumunda, her defasında (zamaşaşımı hukuku yönünden) bağımsız, yeni bir zarar verme olgusu bulunup bundan kendi zamaşaşımı süresine bağılı olan yeni bir tazminat talep hakkı doğar (54). Devam

(52) Feyzioğlu, s. 410; Karahasan, s. 1058, 1060; Karacabey, C. IV, s. 498; örneğin "kişinin ilk anda maruz kaldığı cismanî zarardan başka ileride bu olaydan dolayı felç olması halinde yeni bir zarar ortaya çıkmakta ve zamaşaşımının da bu yeni zararın öğrenilmesiyle başlaması gerekmektedir." HGK. 21.9.1977 T.; 76/10-20 E., 77/739 K.: "...meslek hastalığı nedeniyle malûliyet derecesinin her artış kaydedişi..zararların istenilmesine ilişkin yeni bir zamaşaşımı süresine tâbi olacak yeni bir olgudur..".

(53) Karahasan, s. 1058; Tuğsavul s. 371; Karacabey C. IV, s. 498; Sungurbey C. I, s. 103, 106, 143'deki yazarlar.

(54) Sungurbey C. I, s. 105, ayrıca s. 103, 119; Karahasan 1059 vd. ve 1065 deki karar; Feyzioğlu, s. 709 ve dn. 500 deki kararlar, Karahasan, s. 1059 vd.; 4.HD. 21.2.1975 T., 74/7502 E., 75/2243 K.: Tarladan kum ve çakıl çalma şeklindeki haksız fiil, bir defada değil değişik tarihlerde tekrar tekrar işlenmiş olduğundan, her seferinde yeni bir haksız fiil ve zarar vardır.

eden fiilde zamanaşımının ancak son kısmî fiilin sona ermesiyle işlemeye başlayacağı yolundaki ceza hukuku (müteselsil suç) ilkesi, medeni hukuk zamanaşımına aktarılamaz (55). Zira, medeni hukuk ile ceza hukuku farklı kurum, kavram ve kurallara dayanmaktadır.

Ancak, haksız fiilin tekrarlanmasıyla zararın sürekli yenilenmesinden, bir defalık (ani) haksız fiilin tamamlanmasıyla devam eden zararlı durumu, zamanaşımı süresinin başlangıçları birbirinden farklı olacağı için iyi bir şekilde ayırdetmek gerekir (56).

D- Olumsuz Şekilde İşlenen Haksız Fiillerde Zararın Öğrenilmesi

Zarar verici durum, olumlu bir şekilde işlenen haksız fiile değil de, yükümlünün (failin) yükümüne aykırı ve kusurlu olarak zarar verici durumu ortadan kaldırmamasına dayanıyorsa, zamanaşımı süresi, ortadan kaldırma nedeniyle doğan her zarar için ayrı ayrı olmak üzere, zarar görenin bu zararı öğrendiği anda işlemeye başlar (57).

E- Tüzel Kişilerin Zararı Öğrenmesi

Haksız fiil sonucu bir tüzel kişi zarar görmüşse, zararın tüzel kişinin kanun veya tüzük hükümleri uyarınca dava açma emrini (kararını) vermeye yetkili organınca öğrenilmesi gerekir; örneğin anonim ortaklıklarda dava açmaya yetkili makam genel kurul değil, yönetim kuruludur ve zamanaşımı yönetim kurulunun zararı öğrenmesiyle işlemeye başlar (58).

Kamu tüzel kişileri ve kuruluşlarında da aynı şekilde, dava açmaya yetkili makamın zararı öğrenmesi gerekir. Kamu kuruluşlarında zarar genellikle müfettişler vasıtasıyla tesbit edilir. Fakat dava açmaya yetkili makam, soruşturmayı yapan müfettiş değil; müfettişin raporunu verdiği yetkili makamdır (59).

(55) Sungurbey, s. 105; Tuğsavul s. 371, 372: Müteselsil suçta yasa koyucu suç işleme kasdının tek olması ve suçluyu koruma düşüncesi ile, teselsül eden fiillerin hepsini tek fiil saymıştır. Oysa BK. m. 41 anlamında her bir fiil ayrı ve bağımsız bir zarar meydana getirdiğinden birer haksız fiildir.

(56) Sungurbey, s. 103.

(57) Sungurbey, s. 120'de: Özellikle kullanma karşılığı (ecr-i misil) davaları bu ilke uyarınca çözülmelidir. Ayrıca Karahasan, s. 1059, 1061, 1063, 1064.

(58) Feyzioğlu, s. 713 ve dn. 515'deki kararlar; Karahasan, s. 1072 ve oradaki kararlar; Karacabey, C. IV, s. 497; Olgaç s. 1049 ve kararlar; Tandoğan s. 358 ve dn. 52-56'deki kararlar; Reisoglu s. 158 ve dn. 158 deki kararlar; Gürsoy, s. 159, 160.

(59) Karar özetleri için bkz. Karacabey, C. IV, s. 496 ve dn. 15 a; Karahasan, s. 1072; Olgaç, s. 1049 ve dn. 7; Gürsoy, s. 160.

2- Haksız Fiil Failinin (Tazminat Sorumlusunun) Öğrenilmesi

BK. m. 60/I, bir yıllık (nisbî) zamanaşımının başlayabilmesi için zarar yanında failin de öğrenilmesini zorunlu kılmaktadır. Başka bir deyişle, zamanaşımının başlayabilmesi için yalnızca zarara ittila yeterli olmayıp; aynı zamanda failin de öğrenilmesi gerekir. BK. m. 60/I'deki "fail"den anlaşılması gereken ise, mehzaz kanunun Almanca metnindeki gibi "tazminat sorumlusu" olmalıdır (60). Çünkü zararı doğuran fiili işleyen kimse ile bundan sorumlu olan şahıs her zaman aynı kişi olmayabilir. Bu nedenle zarar gören zarardan gerçekten sorumlu olan kişiyi hemen bilmeyebilir veya bulamayabilir. İşte yasa koyucu 60. maddede nisbi zamanaşımının başlayabilmesi için hem zararın hem de sorumlu şahsın öğrenilmesini şart koşmakla zarara uğrayan lehine hareket etmiştir (61). Diğer yandan zarar görenin dava açabilmesi için, davanın muhatabının yani, zarardan sorumlu olan kişinin bilinmesi bir zorunluktur (62).

Zarardan sorumlu tutulan şahsın öğrenilmiş sayılabilmesi için şüphe veya tahmin yeterli değildir; tazminat sorumlusunun kesin ve emin olarak bilinmesi gerekir (63).

Zarardan dolayısıyla sorumlu olanlara, örneğin başkasını çalıştıranlara karşı bir yıllık zamanaşımı süresi, (haksız fiili yapana karşı dava zamanaşımına uğramış olsa dahi) zarar görenin, başkasını çalıştırma, istihdam ilişkisini ve istihdam edenin kimliğini öğrendiği tarihte başlar (64).

Çoğunlukla zarar ve tazminat sorumlusu aynı anda öğrenilir ve zamanaşımında bu andan itibaren işlemeye başlar. Fakat bazı durumlarda zarar

(60) Ataay, s. 304; Feyzioğlu, s. 706, 708; Reisoğlu, s. 157; Oser/Schönenberger m. 60 N. 13; Berki, s. 124; Tekinay, s. 549; v. Tuhr, s. 387 ve dn. 30; Karacabey, C. IV, s. 500; Karahasan, s. 1056, 1072; Deschenaux/Tercier, s. 165; Eren, C. II, s. 424.

(61) Feyzioğlu, s. 708 ve dn. 499; Oser/Schönenberger, m. 60 N. 13; Karahasan s. 1072; Eren, C. II, 424, 425.

(62) Reisoğlu, s. 157'de: "...davayı açmaya imkân verecek şekilde zarardan sorumlu olanın kesin olarak öğrenilmesi gerekir.." ve HGK. 24.10.1970 T., ABD. 1971, s. 273.

(63) Karahasan, s. 1073; Reisoğlu, s. 157; Kaneti, s. 185; Oser/Schönenberger, s. 546; Eren, C. II, s. 425.

(64) Oser/Schönenberger m. 60, N. 13; Becker, m. 60, N. 9; Reisoğlu, s. 157; Karahasan, s. 1073: Eylemi yapanın, işveren ya da çalıştırdığı adam olması yönünden BK. m. 60 bir ayırım yapmamıştır. Bu maddedeki "fail" sözü sorumluluğu m. 55'de yer alan işvereni (adam çalıştırana), çalıştırdığı adamı ve m. 41 uyarınca doğrudan doğruya haksız eylemle zararı meydana getiren gerçek kişileri anlatır. Ayrıca HGK. 27.9.1967 T., 9/853 E., 369 K. Bkz., Reisoğlu, s. 157.

gören zararı tazminat sorumlusundan önce öğrenir. Bu gibi durumlarda zamanaşımı, en son hangisi öğrenilmişse (ki genellikle tazminat sorumlusu öğrenilir), o tarihten itibaren işlemeye başlar (65).

Tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi gerçek bir öğrenme olduğundan, bu konudaki yanılma zamanaşımına etki etmemelidir. Başka bir anlatımla, tazminat sorumlusu olduğu sanılarak bir kimseye karşı dava açılmış, fakat sonradan bu kişinin değil de, başka birinin gerçek tazminat sorumlusu olduğu anlaşılmışsa, nisbî zamanaşımı gerçek tazminat sorumlusunun öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (66).

Tüzel kişilerde tazminat sorumlusunun dava açma kararını vermeye yetkili organca öğrenilmesi gerekir (67).

Davanın açılabilmesi için, ayrıca failin kusur oranının da bilinmesi gerekmez (68).

II – ON YILLIK (MUTLAK) ZAMANAŞIMI

1– Genel Açıklamalar

BK. m. 60/1, zamanaşımının uyuşmazlığı giderici sosyal rol ve amacından hareketle, haksız fiillerde tazminat davası bakımından "alt (başlangıç) ve üst (sona eriş) tarihleri kesin olarak saptanabilen", bir yıllık nisbî zamanaşımına "yardımcı nitelikte" on yıllık bir zamanaşımı süresi daha öngörmüştür. BK. m. 60/1'e göre "zarar ve ziyan yahut manevi zararı namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, ...ve her halde zarar müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürüründen sonra istima olunmaz (zamanaşımına uğrar)".

(65) Örneğin zarar biliniyor, fakat tazminat sorumlusu 6 yıl sonra öğreniliyorsa, dava altıncı yıldan itibaren bir yıl içinde açılmalıdır; bununla birlikte, tazminat sorumlusu on yıllık mutlak zamanaşımının dolmasından örneğin altı ay önce öğrenilmişse, dava son altı ay içinde açılmalıdır. Ayrıca bkz. Deschnaux/Tercier, s. 166; Berki, s. 124.

(66) Yargıtayda bu görüştedir. Örneğin HGK, 24.10.1970 T., 66/4-1588 E., 70/601 K.: "bir binanın yıkımı dolayısıyla yanındaki binanın zarar görmesi olayında, yıkımı yapan (zarar veren) kişi malik sanılarak dava açılmış; husumet itirazı üzerine, tapu sicili araştırarak gerçek malik saptanmıştır; zamanaşımı da o gün işlemeye başlamıştır. ".HGK. 22.11.1974 T., 72/4-134 E., 74/1244 K.: "Vekil yangına sebebiyet vermektan dolayı odacı aleyhine açılmış davanın görülmesi sırasında, yangına sebebiyet verenin odacı değil, veteriner olduğunu öğreniyor. Bir yıllık zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar". Karacabey, C. IV. s. 500, 501; failin (tazminat sorumlusunun) öğrenilmesi tarihinin saptanmasında somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır.

(67) Karahasan, s. 1073; Reisoğlu, s. 157, 158; Karacabey, C. IV, s. 500.

(68) Karacabey, C. IV, s. 500.

On yıllık mutlak zamanaşımının başlangıcı BK. m. 60/1'de "objektif bir ögeye" atıfta bulunularak belirtilmiştir. Bu da, 60. maddenin açık ifadesine ve öğretide benimsenen görüşe göre, "zararı müstelzim fiilin vukuu" yani, başkalarının haklarına tecavüz teşkil eden eylem (fiil)dir (69). Böylece haksız fiilin işlenmesiyle on yıllık zamanaşımı da işlemeye başlayacaktır. Zararın meydana gelip gelmemesi ya da zarar veya tazminat sorumlusunun öğrenilip öğrenilmemesi (kural olarak) on yıllık zamanaşımının başlamasına engel değildir (70). Bu nedenle on yıllık zamanaşımının başlangıcı, bir yıllık zamanaşımından farklı olarak, başlangıcı kesin olarak saptanabilen objektif bir temele oturtulmuştur.

2- Zararın On Yıldan Sonra Doğmuş Olması

BK. m. 60/1'in açık ifadesi karşısında ve öğretide ve uygulamadaki ege-men görüşe göre, on yıllık yardımcı-mutlak zamanaşımı süresi objektif bir esasa bağlanmakla zarar söz konusu süreden (on yıldan) sonra doğmuş olsa da alacak zamanaşımına uğramış olacaktır (71). Başka bir anlatımla, zararın on yıldan sonra doğmuş olması durumunda, zarar görenin tazminat talep hakkı daha doğmadan zamanaşımına uğramış olur (72). Zamanaşımı kurumu nasıl bir mülahaza ile kabul edilmiş olursa olsun, bu durum "hakkaniyete" uygun değildir. Zamanaşımı kurumu borçlunun lehine bir fonksiyon görüyor ise de, "haksız fiil sonucu bir zarara (özellikle cismanî zarara) uğra-

- (69) Deschenaux/Tercier, s. 166; Feyzioğlu, s. 713; "fiilin meydana geliş tarihi, fiilin işlendiği gün"; Reisoğlu, s. 158; Karacabey, C. IV, s. 501: "olayın oluş tarihi" Atay, s. 305; Oser/Schönenberger m. 60, N. 14 "eylemin sona ermesi, zarara sokan olay"; Karahasan 1073; Kaneti, s. 186, 187; Eren, C. II, s. 425. Ayrıca belirtmek gerekir ki, haksız fiil kavramının unsurlarından biri olan eylemin, bir sonuç meydana getirmeye yönelik iradi bir hareket şeklinde zarar olgusunu içine alarak tanımlanması ve böylece fiille zararın aynı anda meydana geldiği ve zamanaşımının da bu anda başlayacağı biçimindeki bir anlayış 60. maddenin açık ifadesi ile bağdaşmaz.
- (70) Oser/Schönenberger, m. 60, N. 14; Karahasan, s. 1073, 1074; HGK. 20.1.1982 T., 79/4-548 E., 82/46 K., I. Karşı oyda (YKD., C. 8, s. 1067-1075); Deschenaux/Tercier, s. 166; Berki, s. 124; Karacabey, C. IV, S. 502; Feyzioğlu, s. 502; Tekinay, s. 550; Tandoğan, s. 360; Tuğsavul, s. 370: Mağdur on yıllık müddetin son günlerinde ittila kesbetmişse derhal dava açmalıdır; ittilatan itibaren bir sene diyerek on yılı geçiremez; Eren, C. II, s. 425.
- (71) Berki, s. 124; Deschenaux/Tercier, s. 165, 166: "Bu önel (on yıllık yardımcı zamanaşımı) haksız eylemden itibaren on yıl sonra, zararı doğuran olayların henüz etkilerini göstermediği durumlarda, tazminat sorumlusunu sorumluluktan kurtarır..."; Eren, C. II, s. 425'de bu olasılığı örnekleyerek on yıllık mutlak süre geçtikten sonra tazminat davası açılmayacağını belirtmektedir.
- (72) Tazminat alacağı kural olarak mameleki eksilme yaratan zararın meydana gelmesiyle doğar. Ancak haksız fiillerde zararın doğumuna ek olarak, bunun zarar görence öğrenilmesi de gerekir. Önen, s. 24, 26.

yan mağdurun da korunması düşüncesi bir kenara atılamaz". Zararın on yıl içinde doğması durumunda bir sorun yok iken, on yıl gibi bir sürenin benimsenmesi ile zararın bu süreden sonra doğmuş olması durumunda artık tazminat alacağıının zamanaşımına uğradığını iddia etmek objektif iyiniyet kural-larıyla da bağdaşmaz. Bu nedenle BK. m. 60/1'in anlatımına karşın "gerçek olmayan kanun boşluğu" söz konusudur (73). Gerçekten de BK. m. 60/1'deki on yıllık mutlak zamanaşımı günün ihtiyaçlarına uygun düşmediği gibi tatminkâr da değildir. Günümüzde karmaşık yaşam ilişkileri ve teknolojinin gelişmesi, özellikle nükleer enerjinin teknolojide kullanılması bazı tür zarar-ların haksız fiilin işlenmesinden uzun yıllar sonra doğmasına yol açmaktadır (74). Bu tür haksız fiiller bir yandan insanın cismanî bütünlüğüne zarar ve-rebilmekte, diğer yandan nükleer füzyon ve artıklarla çevre de zarara uğra-yabilmektedir (Örneğin toprağın çoraklaşması gibi).

İşte bu gibi durumlarda BK. m. 60/1'in uygulanması ihtiyaçlara yanıt vermeyeceğinden ve toplumdaki hakaniyet anlayışına uygun düşmeyeceğinden, bu alanda doğan yasa boşluğunun, kanunun ruhu, metni ve sistemi bakımından yönelmiş olduğu gerçek amaç (ratio legis) araştırılarak ve MK. m. 1'in verdiği yetkiye dayanılarak yargıç tarafından doldurulması gerekir (75). 60. maddedeki gerçek olmayan kanun boşluğu açısından, zararın onuncu yılından sonra doğması durumunda, "bir yıllık zamanaşımının" da zararın öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı şeklindeki çözüm tarzı "yerinde olacaktır. İsviçre öğretisinde yeni gelişmeler de bu yöndedir.

Şu da belirtilmelidir ki, fiil işlenmiş olmakla birlikte zarar henüz doğma-mış ve fakat on yıllık zamanaşımı süresi dolmak üzereyse, zarar gören da-va açmak zorunda kalacaktır. Ancak bu durumda zarara uğrayabilecek

(73) Gerçek olmayan kanun boşluğu, belirli bir konuda bir hüküm mevcut olmakla bera-ber, bu düzenlemenin beğenilmemesi, gereksemelere yanıt vermemesi tatminkâr ol-maması ve yasanın ruhu, metni ve sistemi bakımından yönelmiş olduğu gerçek amaca (ratio legis'e) aykır düşmesidir. Bu konuda bkz. Oğuzman (MHD), s. 74; Tekinay (gi-riş) s. 65, İmre, s. 177.

(74) Bunun tipik örneği Hiroşima'ya atılan atom bombasının etkisinin yeni kuşaklarda hâ-lâ görülmekte olmasıdır. Aynı şekilde Çernobil nükleer reaktöründe meydana gelen kaza belki de bu reaktörde çalışan veya bu bölgede yaşayan pek çok insanın yıllar son-ra dahi ölümüne yol açabileceği gibi bu bölgeyi tarım ve yerleşim alanı olmaktan çıka-rabileceklerdir. Benzer bir örnek Körfez krizi dolayısıyla Irak tarafından Basra Körfezine bırakılan petrol bakımından gösterilebilir.

(75) Tekinay (giriş), s. 65; Oğuzman (MHD), 74: Tatmin edici görülmeyen bir hükmü değiş-tirmek yargıcın değil, yasa koyucunun görevidir. Ancak gerçek olmayan (örtülü) yasa boşluğunu yargıç doldurabilecektir. Bugün İsviçre doktrininde hâkim olmaya başla-yan görüş bu yoldadır. Ayrıca bkz. İmre, s. 177.

şahsın hangi sıfatla ve neye dayanarak tazminat sorumlusu (fail) hakkında dava açabileceğini ve mahkemenin de bu davaya bakabileceğini izah etmek imkânsız olur. Haksız fiile uğrayan davacı, bir hakka dayanmadan tazminat davası açamayacağına göre, bu hakkın davadan önce mevcut olması en mantıkî bir düşüncedir (76). Dava ikame etmek ancak bir hakkın varlığı ile mümkün olduğuna ve zamanaşımı da alacağın dava yoluyla elde edilebilme olanağını zayıflattığına göre, tazminat talep etmek hakkının, zararın meydana geldiği ve öğrenildiği tarihten itibaren mevcut olması gerekir ki bu hususta öngörülmüş bulunan zamanaşımı işlemeye başlayabilsin. Aksi halde, henüz bir hakka sahip olmayan kimse hakkında zamanaşımının işleyeceğini kabul etmek mantiken mümkün değildir (77). Kuşkusuz, zamanaşımının işlemeye başlaması için on yıldan sonra zararın doğmuş olması yeterli olmayıp, zarar görenin bu zararı, söz konusu haksız fiilden doğmuş olduğunu da bilmesi gerekir.

Yargıtay uygulamasına konu olan bu sorunla ilgili bir olayda (78). İlk derece mahkemesi MK. m. 917 uyarınca hazine aleyhine açılan tazminat davasında on yıllık zamanaşımının başlangıcı olarak tapudaki yanlışlık tarihini esas almış ve zararın doğup doğmadığını araştırmaksızın, on yılı geçtiği gerekçesiyle davayı zamanaşımı noktasından reddetmiştir (79). 4. HD. ise, yukarıdaki gerekçe ve yasa koyucunun amacıyla kararı bozmuştur (80).

(76) Önen, s. 25.

(77) Önen, s. 26.

(78) HGK. 20.1.1982 T., 79/4-548 E., 82/46 K. Bu karar için bkz. YKD., C. 8, 1062-1075.

(79) Bu durumda bir yıllık zamanaşımının başlangıcı yönünden öğretisi ve uygulamada tereddüt yoktur: Bir yıllık zamanaşımı zarar görenin tecil ya da tashih davasının reddine ilişkin kararın kesinleştiğini öğrendiği tarihten itibaren başlar. Karahasan, s. 370-375'deki kararlar. Şener, s. 584; Sirmen, s. 104; Olgaç, s. 1098 vd; Reisoğlu, S.: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1980 (Kıs.: Eşya), s. 216; Gürsoy, K. T. - Eren, F. - Cansel, E.: Türk Eşya Hukuku, B. 2, Ankara 1984, s. 211; ayrıca bu karar doğrultusunda bkz. Karahasan, s. 227.

(80) 4. HD. Kararı: "...eylemin işlendiği günde, henüz zarar doğmadan dava açma zorunluluğunu kabul, mal varlığında henüz bir eksilme olmadan açılan davanın reddini gerektirmezdir. Çünkü, tazminat davası bir eksilmenin giderilmesini sağlama amacını güder. Şayet zararın gerçekleşmesi beklenirse, bu takdirde zamanaşımı gerçekleşecek, bir kısım zararlı işlemlerin Devletin tazmin yükümlülüğü dışında bırakılması sonucu doğacaktır. Bu da, bütün yazarların kabul ettiği, Devletin bu konudaki geniş kapsamlı sorumluluğunu öngören yasa koyucunun amacına aykırı düşer. Bu müddetlerin başlamasında tapu sicilinde yapılan yanlış muamele değil, maddi zararın meydana gelmesinde sebep olan işlem dikkate alınacaktır. Bu konuda bkz. Reisoğlu (eşya), s. 156, 157. O halde zarar sonradan doğmuş olsa bile zamanaşımının haksız eylemin işlendiği günde işlemeye başlayacağı açıklanarak ve hangi günde ne suretle işlendiği açıklanmadan, zararın muarazanın önlenmesi ve tescil davasının reddi gününde doğmuş olduğu, sicile izafe edilen enfüsi değer gereksiz ve dayanaksızlığının o gün belirlediği gö-

HGK. ise, 4. HD. doğrultusunda karar vermiştir (81). Bu karardan önce öğretide MK. m. 917 ile ilgili olarak tapu sicilinin yolsuz tutulmasında zarar görenin çoğu kez zarar verici fiilden haberdar olmaksızın dahi on yılın geçebileceği ileri sürülerek, bu sürenin çok kısa olduğu; hiç kimseye sicildeki hakkının yerinde durup durmadığını araştırma görevi yüklenemeyeceği ve aksinin tapu sicilinin amacına aykırı düşeceği için on yıllık sürenin hiç olmazsa, zararın doğduğunun kesin olarak öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlamasını kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (82).

III – CEZA (OLAĞANÜSTÜ) ZAMANAŞIMI

BK. m. 60/II, I. fıkradan ayrılarak, ceza davasına ilişkin bir hüküm getirmiştir. Gerek öğretide gerek uygulamada başlı başına bir inceleme konusu olan bu fıkra, yalnızca I. fıkrayla olan ilişkisi bakımından değineceğiz. BK. m. 60/II'ye göre, haksız fiil aynı zamanda Ceza Kanunu anlamında bir suç teşkil ediyorsa ve Ceza Kanunu bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi tayin etmişse, tazminat davası da ceza davasına ilişkin zamanaşımı süresine tâbi olur.

Suçun türüne göre değişmekle beraber, ceza davasının zamanaşımı çoğunlukla BK. m. 60/I'deki zamanaşımından daha uzundur. Ancak TCK.'nda bu fiil için kabul edilen zamanaşımı süresi BK.'ndaki bir yıllık süreden daha kısa ise, TCK. değil; BK. m. 60/I uygulanır, eğer ceza davası zamanaşımı bir yıldan uzun on yıldan kısa ise, TCK.'ndaki zamanaşımı yalnızca BK. m. 60/I'deki bir yıllık zamanaşımını etkiler; ancak bu durumda on yıllık zamanaşımı etkisini (varlığını) korur (83).

zetilmeden verilen karar bozulmalıdır....". Ayrıca 4. HD.nin benzer bir kararında aynı ibarelere raslanmaktadır: 29.1.1973 T., 56686 E., 688 K., bu karar için bkz. Karahasan s. 371, 372.

(81) HGK. kararı: "...Zarar doğmadıkça ve tapu kaydının düzeltilme olanağı bulundukça hazineye karşı tazminat davası açılmaz.. 15.3.1944, 43/13 E., 44/8 K. sayılı İBK.nda belirtildiği gibi, tapudaki yanlışlık başlıbaşına hukuki bir mevcudiyet ifade etmeyip; ancak sebebiyet verdiği zarar itibarıyla hukuki varlık gösterir. Bunun doğal sonucu ise, zamanaşımının kayıt tashihiine ait davanın reddine ilişkin kararın kesinleşme tarihinden başlamasıdır. Aksinin kabulü MK.nun 917. maddesinin konuluş amacına ters düşer." Karar için bkz. YKD., C. 8, S. 8, s. 1062-1075.

(82) Sirmen, s. 104; Şener, s. 584.

(83) Geniş bilgi için bkz. Feyzioğlu, s. 714; Tandoğan, s. 361: Örneğin ceza davası zamanaşımı beş yıl ise zarara ve faile itiladan itibaren bir yıldan fazla süre (örneğin üç yıl) geçirilmiş olsa dahi tazminat davası yine açılabilir. Bir Yargıtay kararı için bkz. Kuru, C. V, s. 4485; Eren C. II, s. 427-429; Gürsoy, s. 163-165; Kuru, C. II, s. 1140 vd.

§ 3. HAKSIZ FİLLERDE ZAMANAŞIMININ İLERİ SÜRÜLMESİ VE DAIMİ DEFİ

1 – HAKSIZ FİLLERDE ZAMANAŞIMININ İLERİ SÜRÜLMESİ

Yukarıdaki açıklamalarda (84) belirtildiği gibi (düşürücü) zamanaşımı ve BK. m. 60/1'deki zamanaşımı, alacağın varlığını ortadan kaldırmamakla birlikte, bu alacağın dava yoluyla elde edilebilme olanağını zayıflatmaktadır. Borçlu (tazminat sorumlusu) gerekli süre içerisinde zamanaşımı def'inde bulunarak, zamanaşımının etkisini doğurmasını sağlar ve zarar görenin açtığı dava reddedilir.

Nitelikçe bir def'i olan zamanaşımı vakiasını borçlu (davalı) ileri sürer. Zamanaşımının ileri sürülmesi borçlu yararlıdır ve borçlu kendi yararına sonuçlar çıkardığı bu vakıayı, MK. m. 6 gereğince isbatla yükümlüdür.

Zamanaşımı def'inde bulunacak borçlu gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Borçluların birden fazla olması durumunda (müteselsil borçlulukta), borçlular birlikte ya da tek tek zamanaşımı def'inde bulunabilir (85).

Zamanaşımı bütün tazminat sorumluları için söz konusu olduğundan zamanaşımı def'i de, borcun sebebi veya konusundan ileri gelen müşterek bir def'idir (BK. m. 143) (86).

"Müteselsil borçlulardan sadece biri dava edilmiş ve bu borçlu müşterek def'iyi dermeyan etmiş ise", bu yüzden sebebiyet verdiği zarar oranında diğer borçlulara karşı rücu hakkını kaybeder (87). Ancak burada önemli olan, "borçluların hep birlikte dava edilmiş olmaları durumunda, müşterek def'ilerin davalı borçlulardan yalnız biri tarafından ileri sürülmesinin diğer borçlular için de sonuç doğurup doğurmayacağıdır". Bu konuda ileri sürülen görüşe göre, müşterek def'inin teknik anlamda itiraz ya da def'i olmasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Müşterek def'i bir itiraz ise, bunu ileri sürmemiş borçlular da sonuçlarından yararlanır (88). Buna karşılık müşterek def'i teknik anlamda bir def'i ise, Tekinay'a göre, bunu ileri süren davalı, bu suretle

(84) Bkz. yuk. S. 1.I-1.

(85) Karacabey, C. V, s. 96, 97.

(86) Akıntürk, s. 165, 166; İnan s. 419.

(87) Bu sonuç öğretide genellikle kefalete ilişkin BK. m. 497/II hükmünün kıyasen uygulanmasından çıkarılmaktadır. Bkz. Akıntürk, s. 166.

(88) Tekinay, s. 282; Akıntürk, s. 167.

borcu ifa etmekten kurtulacaksa, aynı savunmayı yapmakta ihmalkârlık gösteren diğer borçlular BK. m. 145/II'ye göre "halin ve borcun mahiyetinin" elverişli olduğu nisbette bu kurtuluştan yararlanır; ancak bu yararlanma kural olarak def'i ileri süren borçlunun, borçtan hisesine düşen miktarla sınırlıdır (89). Yargıtaya göre, BK. m. 145/II, sadece tediye ve takas dışındaki sebeplerle borcun düşmesini düzenlemiştir; zamanaşımı borcu sona erdirmediğinden diğer borçlulara etki yapmamalıdır (90). Ancak Yargıtay, m. 145/II nin borcun sona ermesini değil, borcu ifa yükümünden kurtulmayı öngördüğünü gözden kaçırmıştır (91).

Borçlunun halefleri ve mirasçıları da zamanaşımı def'ini ileri sürebilir (92).

"Zamanaşımı def'inin ileri sürülme zamanı" yargılama hukukuna ilişkin bir sorundur. Yargılama hukukumuzda egemen olan ilkelerden biri dava malzemesinin teksifi (yargılamanın yoğunluğu) ilkesidir. Bu ilkeye göre, dava malzemesi teati edilen dilekçelerde ve davanın henüz başlangıcında toplanmalıdır. Zamanaşımı def'inde bulunan tazminat sorumlusu da kural olarak kendisine dava dilekçesinin tebliğinden itibaren ongün içinde bütün savunma sebeplerini içeren bir cevap layihasıyla cevap verebilir (HUMK. m. 195/ I). Cevap layihasının verilmesinden veya cevap süresinin dolmasından sonra artık davalı, davacının muvafakatı olmaksızın savunmasını genişletemez ve değiştiremez (HUMK. m. 202/II) (93). On günlük cevap süresinin cevapsız geçirilmesi veya zamanaşımı def'inin cevap layihasında yer almaması durumunda, sonradan ileri sürülen zamanaşımı def'i de savunmanın genişletilmesi sayılır (94). Fakat cevap layihasında ileri sürülmemiş olan zamanaşımı def'inin, davacının sarih ya da zımnî muvafakatı ile ileri sürülmesi mümkündür (95). Yargıç ise, zamanaşımını kendiliğinden dikkate alamayacağı gibi

(89) Akıntürk, s. 167, 189; Tekinay, s. 283, 284: Bu durumda yargıç, def'i ileri süren borçlunun iç ilişkideki borç hissesini tesbit etmeli ve aksi sabit olmadıkça onun diğer borçlularla eşit hisseyi üzerine aldığı kabul ederek, müteselsil borç yekûnundan bu meblağı indirmeli ve zamanaşımı def'ini ileri sürmekle ihmâl gösteren borçluları bu suretle bulunacak miktar için mahkûm etmelidir.

(90) Bkz. Tekinay, s. 283, dn. 28 ile Akıntürk, s. 167 ve dn. 29 daki kararlar.

(91) Tekinay, s. 283; Akıntürk, s. 167, 168; Karahasan s. 1219.

(92) Kılıçoğlu, A: Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, s. 135.

(93) Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1989, s. 223 vd.; Yılmaz, E.: İslah, Ankara 1982, s. 15; Kuru, C. III, s. 2325.

(94) Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 218 ve dn. 17'deki kararlar. Savunmanın genişletilmesi yasağı cevap layihasının davacıya tebliği ile başlar.

(95) Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 402, 407; Yılmaz, s. 218, 219: Davacı muvafakat etmese bile davalının ıslah yoluna başvurarak (HUMK. 83 vd. m.) zamanaşımı def'inde bulunması öğretide benimsenmektedir.

bunu taraflara hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz (HUMK. m. 75). Esasa cevaptan ya da bunun için öngörülen süreden sonra zamanaşımı def'inde bulunulması üzerine, davacı dilerse derhal (o oturumda) buna muvafakat etmediğini bildirerek tutanağa yazdırır. Davalı zamanaşımı def'ini dilekçe ile ileri sürmüştse, dilekçenin verildiği günden sonraki ilk oturumda veya cevap için bir süre tâyin edilmişse, bu süre içinde muvafakat etmediğini bildirmelidir.

Usulüne uygun olarak ileri sürülen zamanaşımı def'i yargıç tarafından öncelikle incelenir. Zamanaşımı def'inin reddine ilişkin ara karar, ancak son karar ile birlikte temyiz edilebilir.

Dosyanın işlemde kaldırılmasından (HUMK. m. 409) sonra kaldırma tarihi ile yeniden işlemeye başlayan zamanaşımı davanın yenilendiği tarihe kadar dolmuşsa, bundan sonra davalının zamanaşımı def'inde bulunma olanağı vardır (96). BK. m. 135/l'e göre zamanaşımının kesilmesinden sonra, kesilme tarihinden itibaren başlayan süre, ilk sürenin aynıdır; ancak II. fıkraya göre, borç bir senette ikrar edilmiş veya bir hüküm ile sabit olmuş ise yeni süre daima on yıldır. Haksız fiil davasının açılmasında ise kesilme hükümlerine (BK. m. 135/l'e) göre yeni süre eskisinin aynıdır (97).

Bir sorun da, yeni sürenin müracaata bırakılan dosyanın işlemde kaldırılması hakkındaki karar tarihinde mi yoksa, altı ay geçtiği halde yenilenmemesi sebebiyle dosya kaydının kapatılmasına dair karar tarihinde mi başlayacağıdır. Burada dosyanın işlemde kaldırılması hakkındaki karar tarihi başlangıç kabul edilmelidir. BK. m. 136'ya göre, kesilmiş olan zamanaşımının yargıcın her emir ve hükmünden itibaren cereyana başlayabilmesi ancak dava devam ettiği sürece mümkündür. HUMK. m. 409'a göre ise, dosyanın işlemde kaldırılması durumunda, dava yenileninceye kadar devam ediyor sayılamaz. Altı ay geçtiği halde davanın yenilenmemesi sebebiyle dosya kaydının kapatılmasına yönelik yargıç kararı, dava devam ettiği sürece verilmiş bir emir ve hüküm niteliği taşımaz; bu nedenle zamanaşımına başlangıç olamaz HUMK 409. maddede de bu konuda açıklık yoktur (98).

Bir yıllık yeni süre geçirildikten sonra müracaata bırakılan dava yenilenirse, zamanaşımı def'i ne zaman ileri sürülebilecektir? Bu konuda Yargıtay ka-

(96) Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 415, 416; Feyzioğlu, s. 722.

(97) Feyzioğlu, s. 723; Karahasan, s. 1080, 1081.

(98) Feyzioğlu, s. 723, 724.

rarlarında birlik yoktur. Bir kararda, zamanaşımı def'inin yenileme dilekçesinin tebliği üzerine on gün içinde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir (99). Diğer bir kararda ise, zamanaşımı def'inin yenileme üzerine yürüyecek davanın ilk oturumunda ileri sürülmesi yeterli görülmüştür. Gerekçe olarak, yenileme dilekçesine cevap için usulde bir müddet öngörülmediğinden ve kıyas da cari olmadığından, sırf dava dilekçesine cevap için kabul olunan sürenin yenileme hallerinde uygulanamayacağı verilmiştir (100). Bu karar yönünde olan öğreti de HUMK. m. 409/II'ye göre davanın yenilenmesi için öbür yana çağrı kağıdı ile gönderilecek dilekçenin, esas dava dilekçesi gibi düzenlenme zorunluğunun olmadığını ve cevap, cevaba cevap sürelerine ilişkin hükümlerin de burada uygulanamayacağını; aksini gösteren bir usul hükmünün bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca yeni bir durum üzerine ilk oturumda zamanaşımının gerçekleştiğini bildiren davalı savunmayı genişletmiş de olmaz (101).

II – DAİMİ DEF'İ

BK. m. 60/III: "Eğer haksız bir fiil, mutazzarrır olan taraf aleyhinde bir alacak tevhit etmiş olursa, mutazzarrır kendisinin tazminat talebi müruru zaman ile sakıt olsa bile o alacağı vermekten imtina edebilir".

Daimî def'i, bazı haksız fiiller sonucu zarar gören aleyhine ve haksız fiil faili lehine bir alacak ilişkisi doğmasında söz konusu olup Daimî def'inin ileri sürülmesi belirli bir zaman ile sınırlandırılmamıştır; ancak karşı tarafın haksız fiil sonucu sağladığı alacağın (örneğin zorla imzalattığı borç senedinin) ifasını istemesine bağlanmıştır. Karşı tarafın ifayı talep etmesi durumunda zarar gören bu hakkını kullanarak ödemededen kurtulmak olanağına sahiptir (102). BK. m. 60/I'deki süreler dolmuş olsa bile zarar gören bu haktan yararlanır.

Daimî def'i özellikle hile ya da ikraha dayanan sözleşmelerde ortaya çıkar. Çünkü aldatma (hile) fiili aynı zamanda hukukî mahiyeti itibarıyla, haksız fiil de teşkil eder. Hile fiiliyle aldatan, başkalarının (karşı tarafın) hukuken korunan bir değerini, irade bütünlüğünü ve hürriyetini ihlâl etmiştir. Hile fiili kusurunun ağır şekli olan kasdî bir fiildir. Hile fiili, dürüstlük kuralına aykırı olduğu için hukuka aykırı (haksız) bir fiildir (103).

(99) Karahasan, s. 1081, 1082'deki 16.10.1970 T.; 4982 E., 5342 K. sayılı kararı.

(100) Karahasan s. 1081, 1082'deki 5.3.1971 T., 466 E., 1420 K. sayılı kararı.

(101) Karahasan, s. 1082, 1083; Feyzioğlu, s. 724, dn. 538.

(102) Feyzioğlu, s. 719.

(103) Eren, C. II, s. 58; Feyzioğlu, s. 719; Tandoğan, s. 365; Reisoğlu, s. 159; Oser/Schönenberger, m. 60, N. 16; Olgaç, s. 1055; Ataay s. 306, 307.

BK. m. 60/III, Alman MK.'dan (BGB § 853'den) alınmıştır. Alman hukukunda hile ve tehdit altında yapılan sözleşme başlangıçta geçerlidir; fakat iptal edilebilir (iptal teorisi). Bu nedenle de haksız fiil niteliğindeki hile veya tehdit, geçerli bir alacak doğurur; bu alacağın aktin iptali suretiyle ortadan kaldırılması mümkündür. İptal hakkı zamanaşımına uğrayan kimse, daimî def'i yoluyla alacağın haksız fiil sonucu doğduğunu ileri sürerek, bunu ödemekten kaçınabilir (104). Türk hukukunda ise genel olarak irade sakatlığının sonuçları tartışmalıdır (105). BK. m. 60/III ile birlikte bu konuya değinen Tandoğan'a göre, Türk-İsviçre hukukunda, hile ve ikrah tesiri altında yapılan akitten başlangıçta muteber bir alacak doğmaz (106). İcazet veya BK. m. 31'deki bir senelik müddetin geçmesi halinde, alacak hileden veya tehditten değil; sarih, zımnî veya mafruz icazetten doğar (107). Öğreti bu konuda bir ayırım yaparak ilkin zarar gören eğer BK. m. 31'de öngörülen bir yıllık süreyi geçirirse akde icazet vermiş sayar; fakat bu durumda mefruz bir irade söz konusudur ve zarar gören BK. m. 60/III deki def'i hakkını kullanarak iradesinin bu merkezde olmadığını gösterebilir. Bu karşılık eğer zarar gören akde sarahaten veya bazı kısmî edalarda bulunmak suretiyle zımnen icazet vermişse, artık BK. m. 60/III'deki hakkını ileri sürmekten vazgeçmiş sayılmalıdır. Başka bir deyişle, BK. m. 60/III böyle bir icazet mevcut olmayıp da, sadece bir yıllık müddetin geçirilmesiyle akdin muteberiyet kazandığı hallerde tatbik olunmalıdır (108).

SONUÇ

Yasa koyucu BK. m. 60 ile haksız fiillere özgü bir düzenleme getirmiştir. Kişiler arası ilişkilerin değiştiği ve giriftleştiği günümüzde belki de eskisinden daha çok ve kompleks haksız fiil ilişkileri görülmektedir. Bu ilişkiler nedeniyle ortaya çıkan zamanaşımı da bazı durumlarda karmaşık bir sorun olarak doğmaktadır. İşte bu gibi durumlarda dinamik yaşam ilişkilerine, eskide kalmış, statik yasa hükümleri yanıt vermeyebilir. BK. m. 60 bu bakımdan tipik bir örnek oluşturur. Fiilin vukuundan itibaren on yıl sonra doğan zararın BK. m. 60/I'e göre artık zamanaşımına uğraması, tazminatla sorumlu biri ol-

(104) Tandoğan, s. 365.

(105) Eren, C. II, s. 67'de iptal teorisi görüşündedir.

(106) Tandoğan, s. 365.

(107) Tandoğan, s. 366.

(108) Tandoğan, s. 366 ve dn. 92; Aynı görüşte olan Reisoğlu, s. 159'da sadece sözleşmeye açıkça icazet verenin 60/III den yararlanamayacağını belirtiyor; Oser/Schönenberger, m. 60, N. 16.

duğu halde, zarar görenin ondan zararın tazminini isteyememesi sonucunu doğurarak özelde (birimsel ilişkide) hakaniyete aykırılığın; genelde ise gereksemelere yanıt vermediğini gösterir. Yasa koyucunun bu sonucu bilseydi böyle bir hüküm koymayacağını söyleyebiliriz; fakat yasa koyucu da yanılabilir. Yasa koyucunun her olasılığı düşünerek hüküm koyması da fiilden olanaksız olduğu gibi yasa koyma tekniğine de aykırıdır. İşte bu gibi durumlarda başvurulması gereken çözüm yolu, hakkaniyete aykırı olan ve günün ihtiyaçlarını karşılamayan ve bu nedenle gerçek anlamda değil de örtülü bir boşluk olan hükmün doldurulmasıdır. BK. m. 60/1 bakımından bu çözüm, zararın on yıldan sonra doğması durumunda, zamanaşımının zararın öğrenilmesine bağlanmasıdır. Soruna tam çözüm getirmemekle birlikte bir öneri de (on yıllık) üst sınırın (bazı yabancı hukuklarda olduğu gibi) daha uzun tutulmasıdır.

Bir yıllık zamanaşımının başlangıç tarihi yönünden vardığımız sonuç ise, zararın varlığının (doğduğunun) öğrenilmesinin yeterli olduğudur. Zamanaşımının başlaması için zararın kapsamının öğrenilmesini arasaydık zamanaşımının başlangıcını tamamiyle belirsiz bir tarihe ve zarar görenin keyfine bırakmış olurduk.

İncelemeden ulaştığımız sonuçlar ışığında BK. m. 60/1'in şu şekilde anlaşılmasının (ve bu yolda değiştirilmesinin) uygun olacağı sonuç ve kanısına varılmıştır:

BK. m. 60/1 : Haksız fiilden doğan tazminat davası, zarar görenin zararın doğduğunu ve tazminat sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde zararı doğuran fiilin vukuundan itibaren on yıl sonra zamanaşımına uğrar. Ancak zararın on yıldan sonra doğması durumunda on yıllık zamanaşımı dikkate alınmaz.

Bu durumda sadece, zarar doğmuş olmasına karşın on yıl içinde öğrenilmemiş olması olasılığında on yıllık zamanaşımı etkisini gösterecektir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINTÜRK, T. : Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- AKIPEK, J. : Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, C. I, Ankara 1966
- ARSEBÜK, E. : Borçlar Hukuku, B. 3, C. I-II, Ankara 1950.
- ATAAY, A. : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, B. 3, Birinci yarım, İstanbul 1981.
- BECKER, H. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım, Genel Hükümler, II. fasikül (İsviçre BK. m. 37/63, Türk BK. m. 37/62) (Çev. Kemal Reisoğlu), Ankara 1968.
- BELGESAY, M. R. : Zamanaşımı ve Hakkı Düşüren Süreler, Genel Prensipler (Bodur, D.: Kanunlarımızda Müddetler, s. 1-44) İstanbul 1946.
- BERKI, Ş. : Borçlar Hukuku, B. 2, Ankara 1958.
- ÇANDARLI, Z. : Borçlar Hukukunda Müruruzaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1943.
- DALAMANLI, L. : Kanunlarımızda Müruruzaman - Sükutuhak ve Müddetler, Ankara 1976.
- DESCHENAUX/TERCIER: Sorumluluk Hukuku, (Çev. Salim Özdemir), Ankara 1983.
- EREN, F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Ankara 1985.
- EREN, F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1988,
- ERGENEKON, Y. : Türk Borçlar Hukukunda Müruruzaman Kat'ı, Ankara 1960.
- FEYZİOĞLU, F. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 2, İstanbul 1976.
- FEYZİOĞLU, F. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, C. II, B. 2, İstanbul 1977.
- GÜRSOY, K. T. : Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkını Telahuku), AÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXI, S. 1-4, s. 149-184, Ankara 1974.
- GÜRSOY, K. T. / EREN, F.
- CANSEL, E. : Türk Eşya Hukuku, B. 2, Ankara 1984.
- İMRE, Z. : Medeni Hukuka Giriş, B. 3, İstanbul 1980.
- İNAN, A. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.
- KANETI, S. : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, C. I, (1955-1964), Ankara 1968.
- KARACABEY, Ö. F. : Haksız Fiillerde Zamanaşımı, Yargıtay Der. C. IV, S. 4, s. 481-502.
- KARACABEY, Ö. F. : Haksız Fiillerde Zamanaşımı, Yargıtay Der. C. V., S. 1, s. 81-100.
- KARAHASAN, M. R. : Tazminat Davaları, İstanbul 1976.
- KILIÇOĞLU, A. : Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, Ek Kitap, Ankara 1986.

- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, B. IV, Ankara 1980.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. IV, Ankara 1982.
- KURU, B. ARSLAN, R. /
YILMAZ, E. : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1989.
- OĞUZMAN, M. K. : Borçlar Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1979.
- OĞUZMAN, M. K. : Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1978 (Kıs.: MHD).
- OLGAÇ, S. : Kazai ve İلمي İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. I, Ankara 1976
- OSEF/SCHÖNENBERGER : Borçlar Hukuku, (Çev. R. Seçkin), m. 41-109, Ankara 1950.
- ÖNEN, T. : Haksız Fiilden Doğan Tazminat Alacağıının Meydana Geldiği ve Muacceliyet Kesbettiği An, C. I, S. 2, AİTIAD, Ankara 1969, s. 23-26.
- REİSOĞLU, S. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Ankara 1983.
- REİSOĞLU, S. : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1980 (Kıs.: Eşya).
- SAVATIER, R. : Hukuki ve Ekonomik Açından Borçlar Teorisi, (Çev. T. Önen-T. İnal), Ankara 1980.
- SCHWARZ, A. B. : Borçlar Hukuku Dersleri, (Çev. B. Davran) C. I, İstanbul 1941.
- SIRMEN, L. : Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1976.
- SUNGURBEY, İ. : Medeni Hukuk Sorunları, C. I, İstanbul 1973.
- SUNGURBEY, İ. : Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1980.
- ŞENER, E. : M.K. 917. m.'sine göre Hazinesinin Mesuliyeti, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968.
- TANDOĞAN, H. : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- TEKİNAY, S. S. : Borçlar Hukuku, B. 4, İstanbul 1979.
- TEKİNAY, S. S. : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1978 (Kıs.: Giriş).
- TEKİNAY, S. S. : İsviçre Federal Mahkemesinin Haksız Fiil Zamanaşımı Hakkındaki Yeni Kararları, MHAD, C. 7, S. 10, 1973, s. 239 vd. (Kıs: Makale).
- TUĞSAVUL, M. : Haksız Fiil Zamanaşımı, AD., 1947, C. 38, s. 368 vd.
- TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1972.
- UMAR, B. / YILMAZ, E. : İsbat Yükü, İstanbul 1980.
- V. TUHR : Borçlar Hukuk (Çev. C. Edege), C. I, II, Ankara 1983.
- YILMAZ, E. : İslah 1982.

KISALTMALAR

- ABD : Ankara Barosu Dergisi
- AD : Adalet Dergisi
- AİTIAD : Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisi Dergisi
- AÜ : Ankara Üniversitesi
- BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

| | |
|------|--------------------------------------|
| BK | : Borçlar Kanunu |
| Bkz. | : Bakınız |
| C | : Cilt |
| Çev. | : Çeviren |
| dn. | : Dipnot |
| E | : Esas |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HUMK | : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| IBK | : İçtihadî Birleştirme Kararı |
| İİK | : İcra İflas Kanunu |
| K | : Karar |
| Kıs. | : Kısaltması |
| m | : Madde |
| N | : Numara |
| MHAD | : Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi |
| MK | : Medeni Kanun |
| s | : Sayfa |
| S | : Sayı |
| TTK | : Türk Ticaret Kanunu |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| vd. | : ve devamı |
| YD | : Yargıtay Dergisi |
| YKD | : Yargıtay Kararları Dergisi |
| Yuk. | : Yukarı |

• **FEDERAL MAHKEME
İÇTİHA TLARI**

BORÇLAR HUKUKU

Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

(P) çiftinin (C)'ye karşı açtığı dâvaya ilişkin I. Hukuk Dairesinin 13 Mart 1991 tarihinde verdiği Kararın Özeti:

Borçlar Kanunu m. 20/1, 23 vd.

Mimarlık mesleğine ilişkin Kanton Mevzuatı; Mimarlık Sözleşmesi, geçerliliği.

Mutabakat sakatlığı saklı kalmak üzere, Kanton Hukukuna göre çalışma izni almamış mimarla yapılan sözleşme geçerlidir.

A-) (C) Lozan'da mimarlık bürosu işletmektedir. Bu faaliyet çerçevesinde mimar (M) ile birlikte çalışmaktadır. Lozan Kantonunda faaliyet gösteren mimarlar listesinde (C) kayıtlı değildir. (P) çifti, (C)'yi bir binanın inşaatının plan etüdünü yapması ve binanın inşaat projesini sonuçlandırması için görevlendirmiştir.

(C), 3 Haziran 1986'da 28.949,50 FF'lık bir meblağa ulaşan ücret faturasını (P) çiftine göndermiştir.

9 Haziran 1986'da Bay (P), (C) tarafından aldatıldığını iddia ederek ona verilmiş olan vekâletnameden doğan tüm işlere itiraz ettiğini bildiren cevabını vermiştir. Zira (C), Kanton devleti tarafından tanınmış olduğunu iddia etmesine rağmen Kanton devletince mimar olarak kabul edilmiş değildi.

B-) (C), 21 Temmuz 1987'de (P) çiftine karşı dâva açtı. Bu talebinde, özellikle dâvalıların kendisine 21.784,55 FF'lık bir meblağı müteselsilen ödemeye mahkûm edilmelerini istedi.

7 Mayıs 1990 tarihli kararla Lozan Kanton Mahkemesi (P) çiftini (C)'ye 21.784,55 FF'lık meblağı müteselsilen ödemeye mahkûm etti.

(*) Ankara Barosu Avukatlarından

KAYNAK: Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, II e partie, Droit Civil, Lausanne, 7.10.1991, Sh. 47.50.

C-) Dâvalılar, bu karara karşı, Federal Mahkeme nezdinde kararın düzeltilmesi için müracaatta bulunmuşlardır. Dâvalılar herşeyden önce talebin esastan reddedilmesini, bu mümkün olmazsa hükmedilen meblağın 10.892,30 FF'a indirilmesine karar verilmesini istemişlerdir. Federal Mahkeme temyiz edilen hükmün kabul edilebilirliği nisbetinde talebi reddedip temyiz edilen kararı onamıştır.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

Dâvalılar sözleşme konusunun imkânsız ve hukuka aykırı olduğu gerekçisiyle mimarlık sözleşmesinin iptal edilmesini istemişlerdir.

a) Borçlar Kanununun 20/1. m.si gereğince sözleşmenin içeriği hukuka aykırı ise batıldır. Fakat eğer, taraflardan birinin bu sözleşmeye iştiraki yasaklanmış olsa bile sözleşme batıl olmaz (**ATF 114 II 280 ve İşaret edilen kararlar**). Yerleşik bir içtihada göre, kanunî bir hükmü ihlâl eden bir muamenenin açıkça butlanını kanun öngörmedikçe, hukuki sonuç, ancak söz konusu hükmün amacından ve anlamından anlaşılırsa kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, söz konusu hukukî sonuç, hükmün önemi ile içiçedir (**ATF 115 II 364 yukarıda zikredilen kararlar ve 4a gerekçesi**). Bir sözleşmenin hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda, BK. m. 20 Federal veya Kanton Hukukunun ihlâlleri arasında bir ayırım yapmaz (**BK. m. 19/2 ATF 114 II 281 gerekçe 2a ve referans**). Gayet tabiidir ki, Kanton kanun koyucusu söz konusu mevzuatın çıkarılması için yetkili olmalıdır (**ATF 80 II 329 gerekçe 2**).

Faaliyetin, sözleşmenin muhtevasına dokunmadığı gerekçesi ile yabancılar polisinden müsaade almaksızın İsviçre'de faaliyet gösteren yabancı simsarlarla yapılan simsarlık sözleşmesinin butlanını beyan etmeyi içtihat taraflardan sadece birini sözleşmeye iştirak etmesi halinde reddetmiştir (**ATF 114 II 281 26 ve zikredilen karar**). Buna karşın, kanun bir kişiye sözleşme yapma yasağı getiriyorsa örneğin, toplumun sağlığı gibi, toplum menfaati söz konusu olduğunda, sözleşme batıl olacaktır (**ENGEL, Traité des Obligations en droit suisse, p. 195**). Doktor, avukat ve özellikle noterin bir sözleşmeyi geçerli olarak yapabilmesi için yetkili olması gerekir (**TERCIER, La partie spéciale du Code des Obligations, n. 2934**).

Federal Mahkeme, Kanton Hukukuna göre çalışma izni olmayan bir mimarla yapılan sözleşmeye ilişkin çözüm bekleyen bir dâva ile karşılaşmamıştır. Buna benzer bir durumda, Federal Mahkeme, bir mesleği icra etmek

için izin almasını gerektiren kamu sicillerinin MK.nun 9. maddesi anlamında kayıtlar olmadığı ilkesini koymuştur (*arrêt C. Conte M. du 16 juin 1965; gerekçe1, in RJN 1961-1965, p. 221*).

b) Bazı Kanton mahkemeleri bu sorun üzerinde durmuştur. Böylece Fribourg Kantonu İstinaf Mahkemesi, resmî listede yer almayan bir mimarla yapılan planların imzalanmasını yasaklayabilen Kanton mevzuatını, planların düzenlenmesini bir mühendise yüklemeye maliki engellemeksizin kabul etmiştir. İstinaf mahkemesine göre, böyle bir sorun en azından eğer söz konusu mimarın resmî listede yazılı ortakları varsa ve planı onlar imzalarsa önemini yitirir (*extralits 1976, p. 38*). Buna karşın, Neuchâtel Kantonu Temyiz mahkemesine göre Neuchâtel Mimarlar Odasına kayıtlı olmayan bir şahsın tanzim ettiği planlar kullanılamaz. Neuchâtel Kantonu Temyiz Mahkemesi, her halükârda, böyle bir durum karşısında, ifanın İmkânsız olup olmadığını (BK. m. 20), ifanın yerine getirilip getirilmediği (BK. m. 82) veya gizli bir ayıp dolayısıyla sözleşmenin batıl olup olmadığı hususlarını karara bağlamıştır (*art. 389 CO; RJN 1961-1965, p. 220*).

Doktrinde bu hususta birlik yoktur. TERCIER yukarıda sözü edilen Neuchâtel kararını onaylamaktadır. Kanton mimarlar odasının şartları arasında bir faaliyete ilişkin sözleşmenin esas konusu, kayıt olmayı gerektirdiği takdirde objektif olarak ifa imkânsızlığı nedeniyle sözleşme batıldır (BK. m. 20). Onun düşüncesine göre, böyle bir fikir, Fribourg Kanton Mahkemesinin görüş noktasında, bir malik tarafından planların düzenlenmesi için mimarlar odasına kayıtlı olmayan bir mimarın vazifelendirebileceğine karşı çıkmamaktadır (*La formation du contrat et les clauses d'architecte, in Le droit de l'architecte, n. 163-166*). Buna karşın, DESSEMONTET sözleşmeyi esaslı hata nedeniyle iptal etme imkânının lehinde görüş beyan eder. Zira bu yazara göre "*iyiniyetli maliki korumak daha doğru olur*" (*Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, in Le centenaire du Code des obligations, p. 498*). Bu son tez butlan tezine tercih edilmelidir. Kuşkusuz, mimarlık mesleğinin icrasına ilişkin kanton hükümleri kamunun korunması amacına yöneliktir. Fakat iyiniyetli olduğu zaman mimarla onun müvekkili arasındaki sözleşmeyi iptal edebilme ve sözleşmeyi devam ettirme seçeneğinin verilmesi maliki daha iyi korumaktadır. Bu durumda maliki sözleşmenin butlanına zorlamak onun menfaatlerine aykırı düşebilir. Bu nedenle, sözleşmenin batıl olarak kabul edilmesi sert sonuçlar doğurabilir. Bu dâvada olduğu gibi, mimar ifasını yerine getirmiştir. İfa edilen iş, temyiz edi-

len bu dâvada olduğu gibi, bazı noktalarda memnuniyet verici olmamakla birlikte, kabul edilen sınırlar içinde kalabilir. Yeni mimar, işi, dâvacıdan daha iyi yapmamıştır. Dâvacı mimarın planlarındaki noksanlıklar, idarî bakış açısından planların kullanılmasını ortadan kaldırmamıştır. Zira bu planlara inşaat izni verilmiştir. Bu durumda, onun yaptığı ifa diğer mimarların temin ettikleri ifa ile aynıdır.

c) Burada izah edilenlerden çıkan sonuç şudur: Muhtemel irade fesatları saklı kalmak kaydıyla, ihtilâflı olan sözleşme geçerlidir. Dâvalıların hukukî imkânsızlığın varlığına ilişkin iddiası ile 13 Aralık 1966 tarihli mimarlık mesleğine ilişkin Lozan Kanundan örtülü olarak iptal edilebilirliğinin anlaşılmadığını iddia etmek yerinde değildir.

- **TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI**
(Medeni Hukuk)

TÜRKLERİN BOŞANMALARINDA YETKİ VE UYGULANACAK HUKUK

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (*)

- **ANLATIM DÜZENİ I- Konu. II- Münih Aile Mahkemesinin 24.1.1986 tarih ve 86 F 2757/85 sayılı kararı. Hüküm. Olay. Gerekeçe.**

I – KONU

Almanya'da çalışmakta olan vatandaşımız (S.Y.), Türkiye'de bıraktığı ve uzun süredir ayrı yaşadığı eşi aleyhine Münih Aile Mahkemesi'nde boşanma davası açmıştır.

Dava tarafları Türk vatandaşi olduğu için, Alman Mahkemesi, "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine İlişkin" 7.6.1968 tarihli Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde T.C. Adalet Bakanlığı'ndan, davaya ilişkin Türk usul ve maddi hukuku alanında bilgi istemiştir.

Adalet Bakanlığı, mahkemeye özet olarak řu görüşü bildirmiştir:

"2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 28. maddesine göre, ikametgâhları yurt dışında bulunan Türk vatandaşları, kişi hallerine ilişkin davalarını ilke olarak buldukları ülkelerde açabilirler. Türk mahkemelerinin kişi hallerine ilişkin davalar konusundaki münhasır yetkisi bu hükümlle kaldırılmış ve böylece söz konusu Kanunun 42. maddesinde öngörülen şartlar mevcut olduğu takdirde yabancı mahkemele- rin bu konudaki kararlarının Türkiye'de tanınması imkân dahiline girmiştir. Ancak bunun için yetkili Asliye Hukuk Mahkemesinden karar alınması zorunludur".

"Somut olayda eşler ayrı yaşamakta ve davalı kadın Türkiye'de ikâmet etmektedir. MK.nun 152. maddesi 21. maddesiyle birlikte değerlendirildiğin-

(*) **Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.**

de, müşterek ikâmetgâhın belirlenmesi kocaya aittir. Ancak müşterek hayat yüzünden sağlığı, şöhreti veya iktisadi geleceği tehlikeye düşen eş, 162. maddeye göre ayrı yaşamakta haklıdır. Bundan da öte söz konusu hükmün 2. fıkrasında boşanma davasının açılmasıyla eşlerin ayrı yaşamaya hak kazandıkları öngörülmüştür".

"Eşlerin her ikisinde Almanya'da yaşıyor olsalardı, söz konusu Kanunun 28. maddesine göre Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi mutlaka kabul edilebilirdi. Gerçi bu hükümde, davacı ve davalının mutlaka aynı ülkede ikâmet etmesi gerektiği açıklıkla belirtilmemiştir. Ancak somut olayda davalı kadının Türkiye'de bulunması aleyhinde bir sonuç doğurmaktadır. Çünkü kendisi, yol parasını ödeyebilse dahi, dil bilmemesi ve başka güçlükler nedeniyle Alman mahkemesi önünde kendisini savunacak durumda olmayabilir. Böyle bir sakınca, Türk mahkemesince kararın tanınması prosedüründe gözönüne alınabilir ve Alman mahkeme kararının tanınmasına engel teşkil edebilir".

Görüldüğü gibi, Adalet Bakanlığı'nın görüşünde, Türkiye'de bulunan davalı kadının haklarını savunamayacağı endişesi ağır basmaktadır.

II – MÜNİH AİLE MAHKEMESİNİN 24.01.1986 TARİH VE 86 F 2757/85 SAYILI KARARI

Hüküm

Tarafların 17.7.1979 tarihinde Tunceli/Türkiye'de akdettikleri evliliklerinin boşanma ile sonuçlandırılmasına karar verilmiştir. Dava masrafları tarafların üzerinde kalmıştır.

Olay

Taraflar 17.7.1979 tarihinde Tunceli Evlendirme Memurluğu önünde evlenmişlerdir.

Her ikisi de Türk vatandaşı olan eşlerin çocukları olmamıştır. Kendileri 25.10.1980 tarihinden beri ayrı yaşamaktadır.

Boşanma dilekçesi davalı kadına 20.12.1984 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı Münih Aile Mahkemesi'nin yetkili olduğu bölgede, davalı ise Türkiye'de yaşamaktadır.

Davacı, evliliklerinin birlikte yaşamayı imkânsız kılacak şekilde temelden sarsıldığını iddia etmektedir..

Davalı kadın ise boşanmaya itiraz etmiştir.

Tarafların vatandaşlık durumları ve evlilikleri resmî belgelerle kanıtlanmıştır.

Mahkeme, davacıyı dinlemiştir.

Taraflar nafaka konusunda 24.1.1986 tarihli bir anlaşma akdetmişler ve bunu mahkemeye sunmuşlardır.

Gerekçe

Boşanma talebi haklıdır. Münih Aile Mahkemesi, HUMK.nun 606. ve 606/b maddeleri gereğince milletlerarası ve yerel olarak davaya bakmaya yetkilidir.

Taraflar Türk vatandaşıdır. Davacının mutad meskeni ise Münih'tedir. Davalı kadın ise Türkiye'de ikâmet etmektedir. Ancak kendisi davada avukatı aracılığıyla temsil edilmiş ve böylece kendisine haklarını savunma imkânı tanınmıştır. Bu bakımdan, 2675 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 28 ve 42. maddeleri gereğince Alman mahkemesinin vereceği karar Türkiye'de tanınacaktır.

Taraflar Türk vatandaşı oldukları için, MK.nun Yürürlüğe Konulmasına İlişkin Kanunun 17. maddesi gereğince davada Türk hukuku uygulanacaktır. Böylece davalı kocanın boşanma talebi Türk MK.nun 134. maddesi gereğince haklı bulunmuştur.

Mahkeme sözlü duruşma sonunda eşlerin 25.10.1980 tarihinden beri ayrı yaşadıkları kanısına varmıştır. Taraflar 1979'da birbirlerini tanımadan ailelerinin aracılığıyla evlenmişlerdir. Evlendikten sonra Münih'e göçetmişler ve orada iki ay aileleri yanında yaşamışlardır. Ancak, davalı kadının ayrı ev istemesi ve bu yüzden tartışma başlatması üzerine önce Stuttgart'a, daha sonra Darmstadt'a ve en sonunda da Salzgitter'e taşınmışlardır. Eşler arasındaki geçimsizlik bu sıralarda başlamıştır. Bu sırada davacı kocanın annesi ve kızkardeşi kendilerini ziyaret etmişlerdir. Bu ziyaretlerden birinde davacının kızkardeşinin, davalı kadına saldırması üzerine, kadın 1980 Ekim ayında kocasının evini terketmiş ve amcasının yanına taşınmıştır. Davacı daha sonra birçok kez eşini eve dönmeye davet etmişse de, başarılı olamamıştır. 1982 yılından beri taraflar arasında hiçbir ilişki kalmamış, esasen davalı kadında Türkiye'ye dönmüştür. Davacı ise Türkiye'ye dönmek isteme-

mektedir. Kendisi Alman vatandaşlığı için başvuruda bulunmuş olup işlemler sürdürülmektedir.

Davalı kadın mahkemeye kocasını hâlâ sevdiğini, boşanmak istemediğini yazılı olarak bildirmişse de, mahkeme, davacının ifadesi ve diğer deliller karşısında eşlerin evliliklerinin artık birlikte yaşamayı imkânsız kılacak şekilde kökünden sarsıldığı kanısına varmıştır. Mahkeme, davalı kadının görüncesi ile olan kavgada kusuru olup olmadığını araştırmaya gerek görmemiştir. Çünkü davalı koca, o tarihten beri annesi ve kızkardeşi olmaksızın tek başına yaşadığı halde, davalı kadın eşine dönmemiştir. Üstelik bunu eşinin ısrarlı davetlerine rağmen yapmamış ve onun Türkiye'ye dönmek niyetinde olmadığını bilmesine rağmen kendisi tek başına Türkiye'ye dönmüştür.

Bu arada taraflar bir yıllık müşterek hayatlarına karşılık 5 yıl ayrı yaşamışlardır. Bu durum Türk MK.nun 134. maddesinin 1. fıkrası anlamında şiddetli geçimsizlik olarak nitelendirilmelidir. Davalı kadın eşinin ısrarlı davetlerine rağmen eve dönmediği için, davacı koca söz konusu hükmün 2. fıkrası anlamında dava açmakta haklıdır ve bu nedenle boşanmaya karar verilmiştir.

• **YARGITAY'DAN HABERLER**

YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen: **Ali Rıza GENİŞ (*)**

YENİ SEÇİLENLER

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

• **Ömer Nureddin DOĞAN**

1937 yılında Ağın'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, 1963 senesinde Elazığ Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan Doğan, daha sonra sırasıyla; Patnos Hâkimliği, Maden Hâkimliği, ve Kaman Hâkimliği ile Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.2.1980 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Asil Üyeliği ile aynı Kurulun Başkan Vekilliği görevlerinde de bulunan Ömer Nureddin Doğan, Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi iken, 25.11.1991 günü Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

• **Erdoğan ÖZDENEROL**

1935 yılında Develi'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961'de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1964 senesinde mesleğe başlayan Özdenrol, daha sonra sırasıyla; Yusufeli Hâkimliği, Kozan Hâkimliği, Eynesil Hâkimliği, Bartın Hâkimliği ve Çerkeş Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Erdoğan Özdenrol, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi iken, 20.1.1992 tarihinde Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

• **Abdullah BERKSUN**

1926 yılında Avanos'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, Isparta Hâkim Adayı olarak 1950 senesinde mesleğe baş-

(*) **Yargıtay Yayın İşleri Müdürü.**

layan Berksun, daha sonra sırasıyla; Akçadağ Cumhuriyet Savcılığı, Akdağmadeni Cumhuriyet Savcılığı ve Almus Hâkimliği ile Eskişehir Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi iken, 5.11.1987 tarihinde Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından Altıncı Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilen Abdullah Berksun, yasal yaş sınırı nedeniyle 24.11.1991 günü bu görevinden emekliye ayrılmıştır.

• Hamdi ÖZGÜÇ

1927 yılında Kütahya'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1948'de bitirdikten sonra, Kütahya Hâkim adayı olarak 1948 senesinde mesleğe başlayan Özgüç, daha sonra sırasıyla; İmranlı Cumhuriyet Savcılığı, Turgutlu Hâkimliği, Bozcaada Hâkimliği, Kula Cumhuriyet Savcılığı, Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Ödemiş Hukuk Hâkimliği ve Ankara Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

16.9.1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hamdi Özgüç, Ondördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığından yasal yaş sınırı nedeniyle 5.1.1992 günü emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY DAİRE ÜYELERİ

• Mustafa KAYA

1927 yılında Acıpayam'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, Kayseri Hâkim Adayı olarak 1950 senesinde mesleğe başlayan Kaya, daha sonra sırasıyla; Bulancak Cumhuriyet Savcılığı, Şereflikoçhisar Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ve Niğde Hâkimliği ile Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

29.12.1977 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Almanca bilen Mustafa Kaya, Birinci Ceza Dairesi Üyeliğinden 11.1.1992 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• Şefik GÜNER

10.9.1926 günü Tarsus'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra, Mersin Hâkim Adayı olarak aynı yıl mesleğe başlayan Güner, daha sonra sırasıyla; Karlıova Cumhuriyet Savcılığı, Afşin Cumhuriyet Savcılığı, Nazilli Cumhuriyet Savcılığı ve Aydın Birinci Noteri ile Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1972 yılından beri Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevini sürdüren, "Türk Ceza Kanunu ve İlgili Yargıtay İçtihatları" ve "Notlu Türk Ceza Kanunu" ile "Sözlüklü Ceza Muhakemeleri Kanunu" adlı kitapları, hukuk dergilerinde yayınlanan incelemeleri bulunan Şefik Güner, Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevinden 10.9.1991 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• **İ. Nejat TÜMER**

1927 yılında İstanbul'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 senesinde bitirdikten sonra, 22.7.1953 günü Erzincan Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Tümer, daha sonra sırasıyla; Karahanlı Cumhuriyet Savcılığı, Fethiye Cumhuriyet Savcılığı, Gündül Cumhuriyet Savcılığı ve Eskişehir Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuş ve 26.11.1991 günü Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevinden yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• **Ahmet Hakkı COŞKUN**

1.1.1927 günü Uluborlu'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949 yılında bitirdikten sonra Isparta Hâkim Adayı olarak 1951 senesinde mesleğe başlayan Coşkun, daha sonra sırasıyla; Giresun Hâkimliği, Erciş Hâkimliği, Cumaovası Hâkimliği, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı, Yenimahalle Cumhuriyet Savcılığı ve Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Bir ara meslekten ayrılıp avukatlık yapan ve tekrar mesleğe dönen Ahmet Hakkı Coşkun, Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevinden 1.1.1992 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilen DOĞAN ve ÖZDENEROL'a görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan BERKSUN, ÖZGÜÇ, KAYA, GÜNER ve TÜMER ile COŞKUN'a yaşamları boşu sağlık ve mutluluklar dileriz.

● **YASALAR, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER,
TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER**

YASALAR

| Resmî Gazete | | | |
|--------------|-------------------|--------|--|
| Tarihi: | No: | Sayfa: | Yasanın Adı |
| 27.12.1991 | 21094 | 1 | Kanun No. 3765 Kabul Tarihi: 24.12.1991 1992 Mali Yılı Genel ve Katma Bütçeleri Kanunlaşınca- ya kadar Devlet Harcamalarının Yapılmasına ve Devlet Gelirlerinin Tahsiline Yetki Verilmesine Dair Kanun. |
| 31.12.1991 | 21098 Mükerrer | 1 | Kanun No. 3767 Kabul Tarihi: 26.12.1991 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hük- münde Karamamede Değişiklik Yapılmasına Dair 434 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun. |
| 2.1.1992 | 21099 Mükerrer | 1 | Kanun No. 3766 Kabul Tarihi: 26.12.1991 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 29 uncu Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, |
| 29.1.1992 | 21126 | 1 | Kanun No. 3768 Kabul Tarihi: 23.1.1992 Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun. |

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

| Resmî Gazete | | | |
|--------------|-------|--------|--|
| Tarihi: | No: | Sayfa: | Kanun Hükümünde Kararnamenin Adı |
| 15.11.1991 | 21052 | 1 | Karar Sayısı: KHK/464 Başbakan ve Bakanların Temsil Ödenekleri ile Dışarıdan Atanan Bakanların Ödenek ve Yollukları Hakkında Ka- nunda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun Hükümünde Karamame |
| 24.12.1991 | 21091 | 1 | Karar Sayısı: KHK/465 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Karamame |

| Resmî Gazete | | | |
|--------------|-------|--------|--|
| Tarihli: | No: | Sayfa: | Kanun Hükümünde Kararnamenin Adı |
| 24.12.1991 | 21091 | 2 | Karar Sayısı: KHK/467 Er ve Erbaş Harçlıkları Kanunu ile Kıbrıs'a Gönderilecek Türk Askeri Birliği Mensuplarının Aylık ve Ücretleriyle Çeşitli İstihkakları ve Birliğin Başka Giderleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükümünde Kararname. |
| 24.12.1991 | 21091 | 3 | Karar Sayısı: KHK/468 190 ve 354 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname. |
| 2.1.1992 | 21099 | 1 | Karar Sayısı: KHK/469 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 70 inci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükümünde Kararname. |
| 3.1.1992 | 21100 | 1 | Karar Sayısı: KHK/471 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname. |
| 6.1.1992 | 21103 | 1 | Karar Sayısı: KHK/470 Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükümünde Kararname. |
| 6.1.1992 | 21103 | 2 | Karar Sayısı: KHK/473 Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname. |
| 6.1.1992 | 21103 | 4 | Karar Sayısı: KHK/474 Dışişleri Bakanlığının Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükümünde Kararname. |
| 10.1.1992 | 21107 | 3 | Karar Sayısı: KHK/475 Devlet Memurları Kanunu, Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile 190 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname. |

| Resmî Gazete | | | Kanun Hükümünde Kararnamenin Adı |
|--------------|-------|--------|--|
| Tarihi: | No: | Sayfa: | |
| 15.1.1992 | 21112 | 1 | Karar Sayısı: KHK/476 T.C. Emekli Sandığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname. |
| 23.1.1992 | 21120 | 1 | Karar Sayısı: KHK/478 2879 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu ile 2919 Sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname. |
| 27.1.1992 | 21124 | 1 | Karar Sayısı: KHK/480 Ekonomik, Kültürel, Eğitim ve Teknik İşbirliği Başkanlığı Kurulması, 206 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin İki Maddesinin Değiştirilmesi ve 190 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Eki Cetvellere Bir İlave Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname. |

TÜZÜKLER

| Resmî Gazete | | | Tüzüğün Adı |
|--------------|-------|--------|--|
| Tarihi: | No: | Sayfa: | |
| 18.12.1991 | 21085 | 2 | Ticarî İşletme Rehni Sicili Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük. |
| 24.1.1992 | 21121 | 1 | Karar Sayısı: 91/2526 Ziraat Mühendislerinin Görev ve Yetkilerine İlişkin Tüzük. |

YÖNETMELİKLER

| Resmî Gazete | | | Yönetmeliğin Adı |
|--------------|-------|--------|---|
| Tarihi: | No: | Sayfa: | |
| 22.10.1991 | 21029 | 2 | Karayolları Trafik Yönetmeliğine Bir Geçici Madde ve Yönetmelik Ekinde Yer Alan (I) Sayılı Cetvelin (C) Bölümü ile (2) Sayılı Cetvel'e İlave Yapılmasına Dair Yönetmelik. |

| Resmî Gazete | | | |
|---------------------|------------|---------------|--|
| Tarihi: | No: | Sayfa: | Yönetmeliğin Adı |
| 13.11.1991 | 21050 | 2 | Adli Sicil Yönetmeliği |
| 2.1.1992 | 21099 | 20 | 507 Sayılı Kanunun Çıraklık ve Mesleki Eğitimle İlgili Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik |
| 30.1.1992 | 21127 | 11 | Karar Sayısı: 92/2635 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik. |

YARGITAY YAYINLARI

- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
Andreas von TUHR
 Çeviren: **Avukat Cevat EDEGE**
 1128 sayfa, iki cilt birarada, lüks ciltli..... 26.500.- TL.
- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)**
İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ
 976 sayfa, üç renkli sefyon korumalı kapak..... 10.600.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**
Ali Rıza GENİŞ
 Yıl: 1975-1981, 593 sayfa, üç renkli gofre kapak..... 8.000.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**
Ali Rıza GENİŞ
 Yıl: 1982-1986, 712 sayfa, üç renkli vernik korumalı
 gofre kapak..... 10.600.- TL.
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI**
HUKUK BÖLÜMÜ
 Cilt: VI, Yıl: 1981-1990 696 sayfa, lüks ciltli..... 53.000.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**
 Cilt: 12, Yıl: 1986, Sayı: 1-12 15.900.- TL.
 Cilt: 13, Yıl: 1987, Sayı: 1-12 19.100.- TL.
 Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-12 28.700.- TL.
 Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-12 44.600.- TL.
 Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-12 63.600.- TL.
 Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12 159.000.- TL.

• **YARGITAY DERGİSİ**

| | |
|--------------------------------------|--------------|
| Cilt: 8, Yıl: 1982, Sayı: 1-4 | 4.300.- TL. |
| Cilt: 9, Yıl: 1983, Sayı: 1-4 | 5.300.- TL. |
| Cilt: 10, Yıl: 1984, Sayı: 1-4 | 6.400.- TL. |
| Cilt: 11, Yıl: 1985, Sayı: 1-4 | 7.500.- TL. |
| Cilt: 12, Yıl: 1986, Sayı: 1-4 | 8.500.- TL. |
| Cilt: 13, Yıl: 1987, Sayı: 1-4 | 9.600.- TL. |
| Cilt: 14, Yıl: 1988, Sayı: 1-4 | 10.600.- TL. |
| Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-4 | 12.800.- TL. |
| Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-4 | 14.900.- TL. |
| Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-4 | 21.200.- TL. |
| Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4 | 53.000.- TL. |

- 1- Yayın bedellerine % 6 oranındaki **Katma Değer Vergisi** dahildir.
- 2- **1986, 1987, 1989, 1990, 1991 ve 1992 yılı Yargıtay Kararları Dergisi ile Yargıtay Dergisi'nde ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6 adlı kitapta, Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
- 3- Diğer yayınlarda indirim yapılmaz.
- 4- **Ödemeli gönderilmez. Temsilçimiz yoktur.**

HESAP NUMARALARIMIZ

- T.C. Ziraat Bankası Kızılay-Ankara Şubesi 304/110
- Posta Çekleri Merkezi 92932

YAZIŞMA ADRESİMİZ

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 ANKARA

