KURULUŞ: OCAK – 1975, YIL: 21, SIRA SAYI: 81-82

# YARGITAY DERGİSİ

CİLT : 21 OCAK - NİSAN - 1995 SAYI : 1-2

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

*YAYIN KURULU*

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

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. 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 (Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Caddesi No: 3) 06658 Ankara.
- **Telefon:** (0-312) 425 16 32 - 425 16 49
- **Faks :** (0-312) 419 41 11
- **Abone İşleri :** 417 44 60 / 505, 506
- **Santral (ek bina) :** (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
- % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1995 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 242.400.- liradır.**
- Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304/110** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
- Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
- Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
- **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
- Kapak düzeni : Ertekin KAYA

**ISSN 1300 - 0195**

# İ Ç İ N D E K İ L E R


| | | Sayfa |
|---|---|---|
| **1– GENEL KONULAR** | | |
| **a) Dr. E. Aydın ÖZKUL** | : Türkiye'de Din ve Devlet İlişkisi ... | **5-23** |
| **2– USUL HUKUKU** | | |
| **a) Prof. Dr. Faruk EREM** | : Suç Vasfında Değişiklik ..... | **24-32** |
| **b) Prof. Dr. Nurullah KUNTER** | : Bağımsız Olmadığı ve Diğerine Dayalı Bulunduğu Gerekçesiyle İddianamede Gösterilmiş Eylemlerden Biri Hakkında Kamu Davası Açılmamış Sayılabilir mi? ..... | **33-46** |
| **c) Prof. Dr. Erdener YURTCAN** | : Ceza Davasının Konusu, Sınırları, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükmün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi ..... | **47-57** |
| **3– CEZA HUKUKU** | | |
| **a) Doç. Dr. Sami SELÇUK** | : Özel Belgede Sahtecilik / Dolandırıcılık / İnancı Kötüye Kullanma Suçlarıyla İlgili Ceza Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine ..... | **58-80** |
| **b) Dr. İlhan AKBULUT** | : Cezaların Tecili ..... | **81-94** |
| **4– MEDENİ HUKUK** | | |
| **a) Tahir ALP** | : Tenkis, Yanlış Anlaşılan Bir Karar ve Bir Makale ..... | **95-99** |
| **b) Zafer ERGÜN** | : Şahsın İkametgâhı ..... | **100-108** |

Sayfa


5– MİRAS HUKUKU

a) Mustafa Fadıl YILDIRIM : Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I) ..... 109-144

6– BORÇLAR HUKUKU

a) Mustafa ÇEKER : Alman Hukukunda Sözleşmesin Kurulması ..... 145-170

7– ÖZEL HUKUK

a) Erdoğan GÖKÇE : Kat Mülkiyeti Kanunu Uygulamasından Doğan Ortak Gider Alacağı Davası Nasıl Hazırlanır ve Nasıl İncelenir? ..... 171-178

8– FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI

a) Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI : Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Tahkim ..... 179-182

9- YARGITAYDAN HABERLER

a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar ..... 183-186

Yasalar ..... 187-192


—oOo—

# TÜRKİYE'DE DİN VE DEVLET İLİŞKİSİ

Dr. E. Aydın ÖZKUL (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *I- Konuya giriş. II- Laiklik kurumunun kökeni ve Batı Ülkelrindeki uygulanışı. III- İslam hukukunun özellikleri. IV- İslam toplumlarında devlet ve din ilişkisi uygulaması. V- İslamiyette devlet anlayışı, suç ve cezalara ilişkin temel kurallar. VI- İslam devletlerinde uygulama. VII- Türkiye'de devlet ve din ilişkisi. 1- Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde. 2- Cumhuriyet döneminde. VIII- Türkiye'de laikliğin anlam ve kapsamı. IX- Laikliğin korunması. X- Laiklik ilkesine ilişkin değerlendirme. XI- S o n u ç.*

## I– KONUYA GİRİŞ

Yüzyıldan daha fazla bir süreden beri başlayan batılılaşma hareketleri sonucu devlet idaresi ve hukuk düzeni, özgürlükçü demokratik parlamenter rejimden daha önce, laik esaslara dayandırılmış olmasına karşın laiklik, bugün ülkemizde en çok tartışılan kavramlardan birini oluşturmaktadır. Hıristiyan dininin hakim olduğu Batı ülkelerinde laikliğin devletle kilise arasında uzun yıllar devam eden mücadeleler sonunda yerleştiği düşünülürse, toplumsal ilişkileri de düzenleyen İslamiyetin yaygın olduğu ülkelerde ve bu arada Türkiye'de laiklik ilkesinin pozitif hukuktaki yerini alması için bir hayli süre beklenilmiş ve uygulanmasında da görüş ayrılıklarının meydana çıkmış olmasını doğal karşılamak gerekir.

Ülkemizin hassas konularından birini oluşturan din ve devlet ilişkilerinin tarihi gelişimi içinde nasıl düzenlendiğinin karşılaştırmalı bir biçimde incelenmesinde, pozitif hukukumuzda bugün artık yerleşmiş bulunan laik hukuk devleti ilkesinin gerek ve özelliklerini ortaya çıkarmak bakımından büyük yararlar vardır. Kavram ve kurum olarak bu ilkenin anlam ve kapsamı belirlen-

---

(*) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi.

diği ve açıklığa kavuşturulduğu ölçüde, kısır ve hatta ülkeye zarar verici tartışmaların son bulacağına, karşılıklı sevgi, saygı ve kardeşlik duyguları içinde çalışıldığı takdirde ülkemizin en kısa bir zamanda dünya devletleri içinde saygın yerini alacağına inanıyoruz.

Laiklik, Batıya ait bir kurum olduğu için öncelikle Batı hukukundaki yeri ve önemi üzerinde durulmasında ve daha sonra da başlangıçtan bugüne kadar ülkemizdeki gelişme seyrinin, İslamiyetin özellikleri de olabildiğince ele alınarak, ortaya konulmasında zorunluluk vardır. Böylece, Türkiye Cumhuriyeti'nin laik yapısının özelliklerinin daha doğru bir biçimde belirlenmesi sağlanmış olacaktır.

## II– LAİKLİK KURUMUNUN KÖKENİ VE BATI ÜLKELERİNDEKİ UYGULANIŞI

Fransızca'dan dilimize geçmiş olan "laik" sözcüğü, kökeni itibariyle ruhaniler sınıfına mensup olmayan hıristiryanları ifade eder (1). Batıda devlet ve din ilişkilerinin düzenleniş biçimindeki gelişmeler sonucu bu sözcük, dini olmayan hukuk öğretim, kurum ve devlet karşılığında kullanılagelmiştir.

Hıristiyanlık, genelde, din ve dünya işlerini birbirine karıştırmadığı için, "laiklik" kavramı, halkı genelde hıristiyan olan ülkelerin hukuk düzenine, islam ülkelerinden farklı olarak, daha erken girmiştir. Bununla beraber bugünkü aşamaya Kilise ile devletler arasında uzun yıllar süren mücadeleler sonucunda gelinebilmiştir. 1789 tarihindeki Fransız İhtilali'nin laikleşme hareketinde bir dönüm noktası olduğu bilimsel çevrelerce vurgulanmaktadır (2). İnsanlık tarihinde çok önemli bir yer işgal eden bu ihtilalden sonradır ki, başta Fransa olmak üzere, Batı ülkelerinde laiklik ilkesinin hukuk düzeninde adım adım yerini sağlamlaştırdığı ve giderek kökleştiği gözlenmektedir. Bu konuda özellikle belirtmek gerekir ki, Hıristiyanlık Dininin özelliğine ve laiklik ilkesinin evrensel bir değer taşımasına karşın, bugün bile batı ülkelerinden bazılarında dinsel kuralların devlet düzeninde etkili olduğu, din ve vicdan özgürlüğüne büyük bir hassasiyet gösterildiği, laikliğin dinsizlik ya da din düşmanlığı şeklinde bir izlenim bırakmaması için gerekli özenin gösterildiği konuyla ilgilenen herkesin dikkatini çekmektedir. Bugün hala bir resmi dine sahip hıristiyan ülkeler mevcuttur. İngiltere, İsveç, Norveç ve Danimarka bu konuda örnek olarak gösterilebilir.

---

(1) Ali Fuad BAŞGİL : Din ve Laiklik, İstanbul, 1982, 5. Bası, S: 151 ve müt.

(2) Ali Fuad BAŞGİL : age., S. 154.

Laiklik kurumunun Batı toplumlarında kazandığı geniş anlam ve muhteva sonucu, devlet ve din işlerinin birbirinden ayrılarak devletin din ve dinin de devlet işlerinden ayrı tutulması, bunlardan her birinin kendi alanı içinde kalarak ötekinin alanına karışmaması, karşılıklı hoşgörü ortamı içinde işlevlerinin sürdürmeleri esası yerleşmiş bulunmaktadır. Böylece devlet, kamu hizmetlerini ülkenin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını dikkate alarak ve din kurallarının etkisi altında kalmaksızın düzenleme olanağına kavuşmuş olmakta, dinler karşısında yansız kalmak, herhangi bir ayrım yapmamak ve herkesin serbestçe inanma ve kanaat özgürlüğünü tanıma ve ibadet, dini ayin ve törenlere katılmalarını serbest bırakmakla din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu anlayış ve uygulama sonucu, laikliğin din düşmanlığı şeklinde nitelendirilmesi olanağı yoktur. Resmi bir dine sahip olan ülkelerde (örneğin, İngiltere'de) dahi, din ve vicdan özgürlüğü temel bir hak olarak anayasal koruma altında bulunmaktadır.

## III– İSLAM HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ

İslamiyet bireylerin Allah'la ilişkilerini düzenlediği gibi, toplum hayatına yönelik kuralları da içermektedir. Bu itibarla, bilimsel eserlerde de vurgulandığı üzere, bugün mevcut Fransız, Cermen, İskandinav, İngiliz, Hindu, Rus hukuk sistemleri gibi bir İslam Hukuku sistemi de oluşmuş bulunmaktadır (3).

İslam din ve hukuku Allah tarafından gönderilmiştir. Gerçekten İslam Hukukunun ana temel kaynağını oluşturan Kur'an ve Sünnet ilahi vahye dayanmaktadır. Bu kaynakların dışında icma ve kıyas öteki iki kaynağı teşkil etmektedir. Bu sonuncular, ilk ikisinin sınırları içinde işlevlerini yerine getirirler (4).

Bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, İslamiyette din ve dünya işleri bir bütünlük arzetmektedir. Gerçek anlamda kanun koyucu Allah'tır. Bu husus, İslam Hukukunu öteki hukuk sistemlerinden ayıran başlıca özelliği oluşturmaktadır. İşte bu özellik nedeniyledir ki, Batı hukukunda klasik biçimde din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlanan "laiklik" kavramı, İslam Hukukuna oldukça yabancıdır. Öğretide de, İslam toplumla-

---

(3) Pierre ARMINJON, Baron Boris NOLDE ve Montin WOLFF : Traité de droit comparé, Cilt: 1, Paris, 1950, S: 49 vd.

(4) Abdülkerim ZEYDAN : İslam Hukukuna Giriş (Çeviren : Ali Şafak), İstanbul 1985, S: 76 vd.

rında, din ve devlet hizmetlerinin birbirinden ayrılmasının güçlüğü vurgulanmaktadır (5). Bununla beraber, İslamiyetin doğuşundan bugüne kadar geçen süre içinde edinilen tarihi tecrübelerin ve çeşitli islam ülkelerinin laikleşme konusundaki uygulamalarının ışığı altında, Batı hukukuna özgü bu kurumun, gerek Türkiye'de ve gerekse öteki islam ülkelerinde toplumsal koşullara uygun bir anlam ve içerikte düzenlenebilme olanağına kavuştuğu ve bunlardan Türkiye'de bu doğrultuda olarak, 1937 yılından itibaren Cumhuriyet'in temel niteliğini oluşturduğu bilinmektedir.

## IV– İSLAM TOPLUMLARINDA DEVLET VE DİN İLİŞKİSİ UYGULAMASI

İslam Hukukunun kurulduğu Hazreti Peygamber devrinin konumuz bakımından büyük bir önemi vardır. Çünkü, anılan hukukun temel kaynakları Kur'an ve Sünnet'in dayanağı olan vahiy bu dönem içinde başlamış ve sona ermiştir. Vahiy devam ettiği için, ortaya çıkan sorunlar, Peygambere sorulmak suretiyle kolaylıkla çözümleniyor ve böylece yeni hukuksal düzen yavaş ve fakat güven ortamı içinde vücut buluyordu. Bu devirde hukukun kaynakları, Kitap ve Sünnet'ten ibaretti. Hazreti Peygamber, devlet başkanlığı, komutanlık görevleri yanında hakimlik görevini de yapmaktaydı.

Hazreti Peygamberin ölümünü müteakip başlayıp Hazreti Ali'nin oğlu Hasan'ın hilafeti sonuna kadar devam eden Hülefa-i Raşidin döneminde de, hukukun kaynaklarının başında yine kitap ve sünnet vardır. İslam Hukukunun bu dönemde kökleştiği gözlenmektedir. Sorunlar Kur'an ve Sünnet esasları içinde çözüme bağlanıyor, bu kaynaklarda hüküm bulunmayan konularda, bilim adamlarından oluşan şuranın içtihatlarıyla sonuç alınmaya çalışılıyordu (6).

M.S. 661-750 yılları arasında devam eden Emeviler döneminde hükümdarlar, genellikle siyasetin gereğini yerine getirip dinin gereğini ihmal ettiklerinden, İslam Hukuku çerçevesi dışına çıkmışlardır. Ancak, 8. Halife Ömer B. Abdülaziz döneminde –ki 717-720 yılları arasına tekabül eder– bu sapmanın dışında kalınmış, İslam Hukukunun özüne uygun bir tutum sergilenmiştir. İslami çizgiden sapmalar karşısında bilginler, hadisleri ve hukuk ku-

---

(5) Ali Fuat BAŞGIL, age., S: 147 vd; Çetin ÖZEK : Türkiye'de Laiklik, Gelişim ve Koruyucu Ceza Hükümleri, İstanbul, 1962, S: 281 vd; Sami SELÇUK; Laiklik, Sivil Toplum / Homo Democraticus...Tarihli Milliyet Gazetesi.

(6) Hayrettin KARAMAN : Anahtarlarıyla İslam Hukuku, İstanbul, 1984, S: 48.

rullarını tedvin etme lüzumunu duymuşlardır (7) Emeviler'den sonra, 750-1258 yılları arasını kapsayan Abbasiler döneminde; hükümdarların, devleti Hülafa-i Raşidin çizgisinde yönetmeye çalıştıkları, islem bilginlerinin tasvibi ile düzenlemeler yapılıp önlemler alındığı, ortaya çıkan sorunların içtihatlarla çözümlenmesi yoluna gidildiği, çok sayıda bilimsel eserlerin ortaya çıktığı, diğer ülkelerle kültürel ilişkiler kurulduğu, önemli felsefi eserlerin tercüme edildiği görülmektedir. Kısaca özetlemek gerekirse Abbasiler dönemi, islam din ve hukukunun uygulanması konusunda, parlak bir dönemi oluşturmaktadır.

## V– İSLAMİYETTE DEVLET ANLAYIŞI, SUÇ VE CEZALARA İLİŞKİN TEMEL KURALLAR

İslamiyetin doğuşunu müteakip islami toplumlardaki Kur'an ve Hadis esasları ile devletin nasıl yönetildiğini gördükten sonra, Kur'an-ı Kerim'e göre devletin özellikleri ve suç ve cezalara ilişkin temel kurallar üzerinde de kısaca durulması, bugünkü devlet anlayışı ile karşılaştırma yapmak olanağı vermesi bakımından yararlı olacaktır.

Daha önce de birçok kez belirtildiği gibi, İslami devlet anlayışında, ilahi kanunun üstünlüğü tartışmasızdır. Al-i İmran Suresinde, göklerin ve her şeyin yaratıcısı ve sahibinin Allah olduğu kesin bir biçimde ifade edilmektedir. Bu hükmün doğal sonucu, devletin ilahi emre uygun şekilde yöneltilmesi gereğidir. Devlet ile dinin birbirinden ayrılması olanağı yoktur. Toplumun idaresi, yargı işleri, savaş ve ibadet birer dini ödevdir. Bu ödevlerin yerine getirilmesi ve kısaca devletin idaresi için, Allah yeryüzünde bir araca lüzum görmüştür ki bu, Allah'ın resulüdür. Peygamber, hem devlet başkanı, hem kumandan, hem de hakimdir. Peygamberin ölümünden sonra ilk dört halife, hilafet makamına irsen geçmemişlerdir. Emeviler ve Abbasiler döneminde de, erkek evladın varlığı halinde bile, sık sık kardeşler veya amca çocuklarının tahta çıktıkları bilimsel eserlerde ifade edilmektedir (8). Gerek İslam toplumlarındaki uygulamadan ve gerekse bilimsel eserlerden, Kur'an ve Hadisin bir devlet şekli öngörmediği sonucu çıkarılabilmektedir. Bir islam devleti, yöneticilerin seçimle işbaşına geldiği cumhuriyet olabileceği gibi, veraset yolu ile intikal eden bir monarşi de olabilir.

---

(7) Hayrettin KARAMAN, age., S: 51.

(8) Muhammed HAMİDULLAH : İslamda Devlet İdaresi, Ankara, 1963, S: 136 vd.

Kur'an ve Hadisler, sağlıklı bir toplum düzeni istiyor. Sağlıklı bir toplum için, dinin ihmal edilemiyeceği ve devletin de dine kayıtsız kalamayacağı yetkili dinsel çevrelerce ifade edilmektedir.

İslam Hukukunda suç ve ceza anlayışı ile, pozitif hukukumuzdaki cezaya ilişkin kurallar ve anlayış da büyük bir farklılık göstermektedir. Gerçekten İslamiyette ceza, dünya ve ahiretle ilgilidir ve asıl olanı uhrevi cezadır (9). Bu anlayış içinde İslam Hukukunda had gerektiren, kıyas gerektiren ve tazir gerektiren suçlar şeklindeki bir ayrımın, yürürlükteki ceza hukuku ilkeleri ile bağdaştırılması olanağı yoktur. Had, Allah'ın hakkı olarak konulup takdir edilmiş bir cezadır (10). Bu gruba giren suçlar; hırsızlık, zina, iftira, içki içmek, dinden dönmek ve devlete başkaldırmaktır. Had, nicelik ve nitelik bakımından değişmez bir cezadır. Örneğin, hırsızlığın el kesme şeklinde yerine getirilen cezası ayete dayanmaktadır. Kısası gerektiren suçlar grubuna, kasten adam öldürme ve yaralama suçları girmektedir. Kısasta Allah hakkı ile kul hakkı ortaklaşa bulunmakta ise de, kul hakkı hakimdir. Gerçekten mağdurun veya yakınlarının affetmesi halinde cezanın düşmesi veya mahiyet değiştirmesi sözkonusudur. Bu ceza da belli ve sınırlıdır. Örneğin, adam öldürme suçunun cezası, öldürme şeklinde infaz edilen cezadır. Bu iki grup suç dışında bir de tazir gerektiren suçlar vardır ki, bu suçların cezaları, hükümdar veya vekili tarafından takdir edilir. Bir başka anlatımla, hakkında şer'i bir ceza bulunmayan suçlar bu grup içinde mütalaa edilmektedir. Namaz kılmamak, mazeretsiz olarak oruç yemek, uyuşturucu ve sarhoş edici içki kullanmak, sırf Allah hakkı olan tazirlik suçlardır. Bir kimsenin namus, şeref ve vücuduna yapılan tecavüzlerde ise kul hakkı hakimdir. Bu tasniften de anlaşılacağı gibi, tazirlik suçların bir kısmı Allah hakkı, bir kısmı kul hakkı, bir kısmı da karma hak olarak kabul edilmiştir (11).

## VI– İSLAM DEVLETLERİNDE UYGULAMA

Hazreti Peygamber zamanında ve sonraki Hülefa-i Raşidin döneminde, din ve devletin tam bir uyum içinde bulunduğu, devlet yönetiminde ve günlük yaşamda karşılaşılan sorunların İslam Hukuku'nun asli kaynaklarını oluşturan Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'e göre çözümlendiği bilimsel eserlerde yeri geldikçe vurgulanmaktadır. İslam devletinin zamanla sınırlarının genişlemesi

---

(9) Abdülkerim ZEYDAN, age., S: 82.

(10) Hayrettin KARAMAN, age., S: 218; Abdülkerim ZEYDAN, age., S: 591.

(11) Hayrettin KARAMAN, age., S: 233.

ve müslüman nüfusun artması olgusu ile karşılaşmış bulunan Emeviler döneminde islami çizgiden birtakım sapmalar olmuş, fakat sonraki Abbasiler ve Endülüs Emevileri döneminde ise islamî esaslara uyulmuş, büyük bir fikri faaliyet meydana gelmiş ve yabancı kültürlerden de olabildiğince yararlanılmıştır. Günümüzde dünya coğrafyasının muhtelif yerlerinde kurulmuş, çeşitli ırklardan oluşan 55 İslam Ülkesi arasında, İslamiyet ve devlet ilişkisi açısından benzerlikler bulunmadığı gibi, tamamen islami esaslara uygun biçimde yönetilen bir devlet de mevcut değildir. Gerçi bu devletlerden bir kısmının anayasasında devletin resmi dininin İslamiyet olduğu belirtilmekte ise de, sadece resmî din unsurundan hareket edilerek bir devletin islamî olduğunu söylemek olanağı yoktur. Bu tür devletlerin ülkelerindeki başka bir dine mensup yurttaşlarını genelde farklı bir işleme tabi tutmadıkları, islamî kuralların zamana göre değişebileceği biçimindeki görüşe ağırlık verdikleri, bunlardan bir çoğunun mevzuatının Batı hukukunun etkisi altında kaldığı anlaşılmaktadır.

Bugün islam devletine örnek olarak gösterilen Suudi Arabistan ile İran'a gelince; bunlardan birincisinde iktidarın bir ailenin elinde olduğu, böyle bir durumun genelde islami yönetimin bulunmadığı görüşünün dayanağı yapılamaz ise de, her şeyin ve özellikle mülkiyet ve hakimiyetin, "Göklerin ve yerin hükümranlığı Allah'a aittir. Allah her şeye bihakkın kaadirdir" şeklindeki ilahi emir doğrultusunda mutlak bir uygulamanın varlığından söz edilemez. Yetkili bilimsel ve dinsel çevrelerce ifade edildiği gibi; bu ülkede İslamiyet elden geldiği ölçüde eğitimle uygulanmaya çalışılıyor, din düşmanlığına yer verilmiyor ve dünya coğrafyasında İslamiyetin yayılması ve gelişmesi için katkılarda bulunuluyor. Öteki islam ülkesi İran'da da İslamiyetin engin hoşgörüsünün bulunmadığı, kin ve nefretlik duygularıyla hareket edildiği, kitlelerin birbirine düşman kamplara ayrılmasına yol açıldığı, İslamiyetin temel kaynağı Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'e tamamen uygun bir toplumsal düzenden söz etme olanağı bulunmadığı bilinmektedir.

## VIII– TÜRKİYE'DE DEVLET VE DİN İLİŞKİSİ

### 1– Selçuklu ve Osmanlı Devletleri'nde

Türkler 26 Ağustos 1071 tarihinde Malazgirt Zaferi'ni kazanarak Anadolu'yu yurt edinmeye başladıklarında, bir asırdan beri İslam Dini'ni kabul etmiş bulunuyorlardı. Anadolu Selçuklu Devleti, bir yandan İslamın hamisi bilinci ile Bizans'a üstünlük iddialarını gerçekleştirirken, diğer yandan da İslam

dünyası ile ilişkiler içerisine girerek İslam kültürünün yerleşmesi ve kuvvetlenmesine çalışmıştır (12). Selçuklu Devleti'nin kurulması, İslam medeniyeti tarihinde bir dönüm noktası teşkil eder. Gerçekten, Selçuklu'lar, taze bir kuvvetle İslam dünyasını siyasi birliğe kavuşturmuş ve uygulamaya koydukları kurum ve kuruluşları ile de, öteki ülkelere örnek olmuşlardır. Bu dönemde devlet ve dinin içiçe girdiği ve dinin devlet üzerinde önemli bir etkisi olduğu dikkati çekmekte ise de, taassuba kaçan bir uygulama mevcut değildir.

Dine bağlı devlet sistemi, Osmanlı İmparatorluğu döneminde de varlığını sürdürmüştür. Yüzyıllar boyunca devam eden bu sistem, başlangıçta sağlam ve samimi iken, duraklama ve gerileme dönemlerinde gevşemiş ve zaman zaman da çizgi dışına çıkmıştır. Yavuz Sultan Selim ile, Halifeliğin Türkler'in eline geçmesi üzerine dine bağlı devlet sistemi, doruk noktasına ulaşmıştır. Artık bundan böyle Padişah, hem siyasi lider olarak devlet başkanı, hem de Hazreti Peygamberin halefi sıfatiyle bütün dünya müslümanlarının ruhânî lideridir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Devletin Anayasası Şeriat ve idare şekli de saltanattır. Devletin kamu ve özel hukuk alanına ilişkin tüm mevzuatı islamî esaslara dayanmaktadır. Her iki sıfatı birlikte taşıyan Padişah, Şeriat kanunlarının emir ve yasaklarını yerine getirmekle mükelleftir. Bu çerçeve dışına çıkılması olanağı yoktur. "Meşihat-ı İslamiye" adını taşıyan bir dini kurul, ona daima şer'in yolunu göstermekle görevlendirilmiş ve Şeyhülislamlık da devletin en itibarlı bir makamı olarak Devlet yönetiminde yerini almıştır. Bu "dine sıkı sıkıya bağlı devlet sistemi", garplılaşma hareketinin başlangıcı olarak kabul edilen "Gülhane Hattı Hümayunu"nun okunduğu 1839 tarihine kadar devam eder. Tanzimat Farmanı ile, halkın can, mal, ırz ve namusu güvence altına alınmış, din ve mezhep özgürlüğü tanınmış, din ve mezhep farkı gözetilmemesi esası benimsenmiştir. 1876 tarihli ilk Kanunu Esasi de bu gelişme doğrultusunda, ülkede mevcut bütün dinlerin serbestçe icrasını anayasal güvence altına almıştır. Devletin resmi dininin islam olduğu, Padişahın İslam Dini'nin koruyucusu ve ruhani reisi bulunduğu ve görevleri arasında "Ahkam-ı Şer'iyenin icrası"nın da sayıldığı ilk Kanunu Esasi dönemi, laiklik hareketi yönünden bir değerlendirmeye tabi tutulacak olursa; bu dönemin ne dine tam bağlı bir devlet sistemi getirdiği ve ne de tam laik bir düzen öngördüğü sonucuna varılır. Gerçekten bu dönemde, devlet düzeninin doğrudan doğruya dini kurallara dayanmadı-

---

(12) Osman TURAN. Selçuklular ve İslamiyet, İstanbul, 1980, S: 74 ve 117.

ğı, Kanun-u Esasi gibi batı hukukundan esinlenen anayasal hükümlerle de şekillendirildiği gözlenmektedir. Yine belirtmek gerekir ki, bu dönemde kimi ana kanunlar (Ceza, Ceza Muhakemeleri Usulü ve Ticaret) Batı kaynaklarından alınarak yürürlüğe konulmuşlardır.

Laiklik yolundaki bu gelişmeler, 1908 yılında ilan edilen ikinci Meşrutiyet döneminde ve Birinci Büyük Millet Meclisi zamanında da devam etmiştir.

**2– Cumhuriyet döneminde**

20.1.1921 gün ve 85 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun laikleşme hareketi içerisinde özel ve önemli bir yeri vardır. Gerçekten bu Anayasa'nın 1. maddesinde, hâkimiyetin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme ile, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üstünde bir kuvvet tanınmamış, yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri kendi elinde toplanmıştır. Böylece, dinsel bir rejimin temel dayanakları ortadan kaldırılmış ve millî egemenlik ilkesi Türk Anayasa hukukunda yer etmiştir (13). 1922 yılında 308 sayılı kararla saltanatın kaldırılmasından bir süre sonra da, 29.10.1923'te, Cumhuriyet ilan edilmiş ve 3.3.1924 gün ve 431 sayılı Kanunla Hilafet kurumu kaldırılarak laik devlet kurulması yolunda çok önemli bir adım daha atılmış ve yine aynı gün kabul edilen 429 sayılı Kanunla Şer'iye ve Evkaf Vekâleti kaldırılmış ve 430 sayılı "Tevhidi Tedrisat Kanunu" ile de ikili öğretim sistemine son verilerek laik öğretim sistemine geçilmiştir. Burada konu bakımından büyük bir önemi olan 429 sayılı Kanun üzerinde kısaca durulması yerinde olur. Gerçekten bu Kanun ile, bir yandan Şer'iye ve Evkaf Vekâleti ilga edilirken diğer yandan da Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmak suretiyle yurttaşların dini faaliyetlerinin Devletin kontrolü altına alınması sağlanmıştır. Halen de yürürlüğünü sürdüren bu durum, aşağıda da görüleceği üzere, Türkiye'deki laiklik kurumunun Batıdakinden farklı bir özelliğini oluşturmaktadır (14).

20 Nisan 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 2. maddesinde "Türkiye Devletinin dini, din-i İslamdır" denilmekte ve 26. maddesinde de Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri arasında "Ahkam-ı Şer'iyenin tenfizi" işi de gösterilmekte ise de, laik hukuk devleti doğrultusunda yeni yeni adımlar atıl-

---

(13) Çetin ÖZEK : Türkiye'de Laiklik, İstanbul, 1962, S: 23.

(14) Ali Fuad BAŞGİL, age., S: 188-193 ve 201-205; Mümtaz SOYSAL; 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1986, S: 256-258; Çetin ÖZEK: Türkiye'de Laiklik, İstanbul, 1962, S: 57-58 ve 281-282; İstar B. TARHANLI: Müslüman Toplum, "Laik" Devlet, Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı, İstanbul, 1993, S: 154 vd. ve 167.

maktan da geri kalınmıyordu. Nitekim, 1926 yılında İsviçre'den Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, İtalya'dan Ceza Kanunu iktibas edilmiştir. Yine 1926 yılında Ticaret Kanunu, İsviçre ve Alman Kanunları ve 1927 yılında da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır. İslam Hukuk sisteminden Batı Hukuk sistemine geçilmesi sonucunu doğrumuş olan bu düzenlemelerin de, laik devletin yapılandırılması süreci içinde önemli bir yeri olduğu tartışmasızdır. Laikleşme hareketleri doğrultusunda olarak 9.4.1928'de, Anayasa'nın 2. maddesindeki Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında sayılan "Ahkam-ı Şer'iyenin tenfizi" ibaresi gereksiz görülerek Anayasa metninden çıkarılmıştır. Bütün bu gelişmelerden sonradır ki, Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini belirleyen hüküm, 5.2.1937 tarihinde yapılan bir değişiklik ile, Anayasa metnine konulmuştur.

## VIII– TÜRKİYE'DE LAİKLİĞİN ANLAM VE KAPSAMI

1937 yılında temel bir ilke olarak Anayasa'ya girmiş bulunan laikliğin, gerek ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun mensubu olduğu İslam Dini'nin özellikleri ve gerekse Atatürk'ün önderliğinde kazanılan Kurtuluş Savaşını takip eden yıllarda gerçekleştirilen batılılaşma hareketinin, ülkenin içinde bulunduğu koşullara uygun bir muhteva gerektirmesi nedeniyle, Batı toplumlarındakinden farklı bir anlam ve kapsamı vardır.

7.11.1982 tarih ve 2730 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın konuya ilişkin hükümleri gözönünde tutularak bu anlam ve kapsamın belirlenmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, benzer hükümler, önceki Anayasa'larda da yer almış bulunmakta idi. 1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içerisinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" kuralına yer verilerek Devletin laik niteliği vurgulanmıştır. "Değiştirilemez hükümler" başlıklı 4. madde de, aynı doğrultuda olarak, "Anayasanın 1. maddesindeki Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" biçimindeki hükümle laiklik ilkesinden vazgeçme imkanı tanınmamıştır. "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması" başlıklı 14. maddesi, "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin Ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını

tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar" hükmünü içermektedir. Açıkca görüldüğü gibi bu madde ile, temel hak ve hürriyetlerin amaçları dışında kullanılması yasaklanmıştır. "Din ve vicdan hürriyeti" başlıklı 24. maddenin son fıkrasında, "Kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırmak veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz" denilmektedir. Bu hüküm ile de, din sömürüsü yapılması, dinin istismarı ve devlet işlerine karıştırılması eylemleri hukuk dışı sayılmıştır.

Bu hükümlerin ışığı altında konu ele alınacak olursa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, devlet işlerini açık ve kesin biçimde din işlerinden ayırmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi, İslamiyetin sadece Allah ile kul arasındaki ilişkileri değil, dünya hayatı ile ilgili ilişkileri de düzenlemesi nedeniyle laiklik ilkesinin benimsenmesi kolay olmamıştır. Oysa salt bu açıdan bakıldığı takdirde, Batı ülkelerinde böyle bir güçlükle karşılaşılmamıştır. Gerçekten Hıristiyanlık, din ve dünya işlerini kaynaştırmamış, sadece insanlığın öbür dünyadaki kurtuluşunu amaç edinmiştir (15).

Laiklik ilkesi gereği Devlet, vatandaşlar arasında din ve mezhep ayrımı yapamaz. Anayasa'nın 10. maddesine göre; "herkes, dil, ırk, renk, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

Bu laik anlayış içinde Anayasa, din ve vicdan hürriyetini temel bir hak olarak güvence altına almıştır. Gerçekten 24. maddede; herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu, kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı kurallarına yer verilmiştir. Yine aynı maddede, 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olduğu vurgulanmıştır. Bütün bu hükümlerden anlaşıldığı gibi, laiklik hiçbir zaman dinsizlik

---

(15) Çetin ÖZEK, age., S: 281; Mümtaz SOYSAL, age., S: 257.

ya da din düşmanlığı şeklinde anlaşılamaz (16). Aksine, bu ilke ile, din ve vicdan hürriyeti güvence altına alınmıştır (17). Dine bağlı devlet sisteminde; devlet resmen bir dine sahip ve kurum ve kuruluşları belli bir dinin hükümlerine bağlı olacağından, bir başka dine sahip veya hiçbir dine mensup olmayan kimseler için, doğal olarak din ve vicdan hürriyeti güvencesiz kalır.

Her temel hak gibi, din ve vicdan hürriyeti de sınırsız değildir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olacak genel sınırlama sebepleri sayılmıştır. Bunlar anılan maddedeki sırasına göre şöyledir: Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, Cumhuriyetin korunması, millî güvenliğin korunması, kamu düzeninin korunması, genel asayişin korunması, kamu yararının korunması, genel ahlâkın korunması, genel sağlığın korunması.

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasına göre; kimse Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar sağlama amacıyla dini veya din duygularını ya da dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. Din ve vicdan hürriyetinin sınırlanması ile ilgili en önemli düzenlemeyi öngören bu madde ile, devletin temel yapısını din kurallarına dayandırma ve çeşitli çıkarlar için din duygularından yararlanma biçiminde ortaya çıkan eylemlerin yasaklandığı açık ve kesin olarak anlaşılmaktadır. Bu hüküm karşısında, herhangi bir gerçek kişinin veya hükmi şahsın, İslamiyetin devlet idaresi ile ilgili kurallarına göre ülkenin yönetilmesi ya da hukuk sisteminin islamî esaslar uyarınca değiştirilmesi yolunda eylem ve faaliyette bulunması olanağı yoktur.

Türkiye'de uzun yıllar süren bir gelişme sonucu ulaşılan toplum düzeyinde, devlet işleri din işlerinden kesin biçimde ayrılmış ise de, Devletin dini faaliyetler üzerinde denetim yetkisi vardır. Daha önce de belirtildiği gibi, 3 Mart 1924 tarihinden beri, Diyanet İşleri Başkanlığı, Devlet yapısı içinde yer almaktadır. Anayasa'nın 136. maddesi bu konuda, "Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak ve milletce dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir" demektedir. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın "genel idare" içinde yer alması, Türkiye'deki

---

(16) Ali Fuad BAŞGİL, age., S: 164-165; Çetin ÖZEK, age., S: 155 vd.

(17) Ali Fuad BAŞGİL, age., S: 175.

laiklik ilkesini, Batı ülkelerinde öngörülen klasik laiklik anlayışından ayıran önemli bir özelliğidir. Devlet ve dinin birbirinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürmelerinin daha doğal olacağı akla gelebilirse de, Türkiye'nin koşulları dini faaliyetlerin Devlete bağlı tutulmasını gerektirmiştir (18). Bundan başka, Diyanet İşleri Başkanlığı yerine bir "cemaat teşkilâtı" yoluna gidilmesi halinde bundan dinin ve giderek toplum düzeninin zarar görmesi olasılığının da gözden uzak tutulmaması gerekir. Böyle bir durumda, Almanya örneğinde olduğu gibi, müslüman kesimler arasında gruplaşmalar, zıtlaşmalar meydana gelebilir ki bu, ülkenin birlik ve bütünlüğünü, huzur ve güvenini olumsuz yönden etkiler. Cumhuriyet'in kurulmasından sonraki büyük inkılap hareketlerinin doğurduğu siyasi zorunluk sonucu "genel idare" içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu durumunu sürdürmesinde, bugün için de yarar ve zorunluluk vardır.

Özetlemek gerekirse; Türkiye'de laiklik, Devletin denetimi altında tutulan dinin, toplumsal işlevinden soyutlanarak vicdanlara itilmesi anlamını kazanmış bulunmaktadır (19).

## IX– LAİKLİĞİN KORUNMASI

Türkiye'de dinin bireysel alanda, yani vicdanlarda kalmasını ve toplumsal görevlerinden sıyrılmasını sağlayacak hukuksal düzenin kurulması için büyük bir çaba gösterildiği ve belli bir gelişme seyri sonunda bugünkü aşamaya ulaştığı, daha önceki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden olan laiklik, kendisine verilen önemle orantılı olarak koruma altında alınmış ve sağlam temellere oturtulmuştur. 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da, daha önce yapılanmış olan laik Türkiye Devleti için gerekli hükümlere yer verilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, Anayasa'nın 4. maddesine göre, laiklik ilkesi değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez. 68. maddede, siyasi partililerin tüzük ve programlarının laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamayacağı; 69. maddede de, Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkan siyasi partililerin temelli kapatılmaları öngörülmüştür. Anayasa'nın 133. maddesinde, radyo ve televizyon istasyonlarının Cumhuriyetin temel niteliklerini koruyacak şekilde yayın yapmalarını sağlamak üzere yasal tedbirlerin alınması hükmüne yer verilmiştir. 174. madede de, inkılap Kanunlarının korunması sağlanmıştır. Bu kanunlar şunlardır: 1) 3

(18) Çetin ÖZEK, age., S: 56-58, 281-282; Mümtaz SOYSAL, age., S: 256-258; İştar B. TARHANLI, age., S: 152 vd.

(19) İştan B. TARHANLI, age., S: 21 ve Mümtaz SOYSAL, age., S: 256.

Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu; 2) 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun; 3) 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun; 4) 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü; 5) 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun; 6) 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun; 7) 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun; 8) 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 259 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemiyeceğine Dair Kanun. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu kanunların Anayasa'ya aykırı olduğunun ileri sürülmesi imkanı yoktur.

22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, Anayasa'nın laiklikle ilgili hükümleri doğrultusunda bir düzenleme öngörmüş, böylece anılan ilkenin siyasi partiler tarafından ihlaline karşı gerekli önlemleri almıştır. Gerçekten bu Kanunun 5. maddesine göre; din ve mezhep ayrımı yaratmak veya bu kavramlara veya herhangi bir diktatörlük türüne dayanan bir düzeni kurmak amacıyla siyasi parti kurulamaz. Aynı Kanunun 78. maddesinde de benzer bir hükme yer verilmiş ve ayrıca siyasi partilerin cemaat, din, mezhep veya tarikat esaslarına dayanamayacakları ve adlarını kullanamayacakları hükme bağlanmıştır. 83. madde, siyasi partililerin herkesin din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu prensibine aykırı amaç güdemeyecekleri ve faaliyette bulunamayacakları kuralını içermektedir. 86. maddeye göre, "siyasi partiler, Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğinin değiştirilmesi ve halifeliğin yeniden kurulması amacını güdemez ve bu amaca yönelik faaliyetlerde bulunamazlar. "87. madde, dini ve dince kutsal sayılan şeyleri istismar yasağını öngörmektedir. Bu madde, Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasına paralel bir düzenleme getirmektedir. 88. maddede dini gösteri yasağı ve 89. maddede de, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yerinin korunması ile ilgili oldukça ayrıntılı hükümler konulmuştur. 2820 sayılı Kanunun öteki kimi maddelerinde de, bu kurallara uyulmamanın yaptırımları gösterilmiştir.

Özel hukuk hükümlerine göre kurulan ve kazanç amacı gütmeyen kişi toplulukları arasında yer alan Dernekler hakkında günümüzde 4.10.1983 tarih ve 2908 sayılı Kanun yürürlükte bulunmaktadır. Bu Kanunun 5. maddesi ile, din ve mezhep ayırımına dayanılarak nitelikleri Anayasa'da belirtilen Tür-

kiye Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmek veya ortadan kaldırmak, din ve mezhep esasına veya adına dayanarak faaliyette bulunmak, yani kısaca dini temellere dayanan dernekler kurmak yasaklanmıştır. Böylece dernekler aracılığıyla laikliğe aykırı davranışlarda bulunulması olanağı ortadan kaldırılmıştır.

Aynı değerlendirme, 5.5.1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu için de geçerlidir. Gerçekten anılan kanunun 37. maddesine göre; sendika ve konfederasyonlar Anayasa'nın 14. maddesindeki yasaklara aykırı hareket edemeyecekleri gibi, yönetim ve işleyişleri Anayasa'da belirlenen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz.

Gerek derneklerin ve gerekse sendikaların sözü edilen buyurucu kurallarına aykırı biçmide kurulma ya da faaliyette bulunma eylemlerine karşı anılan özel yasalarda yaptırımlar öngörülmüş, böylece yasa dışı davranışlara mümkün olan en kısa sürede son verdirilebilme için gerekli ve yeterli önlemlere yer verilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesi, kapsamlı bir biçimde laikliğe aykırı davranışları cezalandırmakta idi. Türkiye'de son yıllarda kendisini hissettiren daha serbest ve daha demokratik bir ortamın yaratılması düşüncesinin ağırlık kazanması sonucunda, 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun öteki kimi maddeleri, laiklik ve din ve vicdan hürriyeti ile ilgili pek çok düzenlemeler öngörmektedir. Örnek olarak; din hürriyeti aleyhine cürümleri cezalandıran 175. ve müteakip maddeler, medeni nikâhla ilgili cezai yaptırımları öngören 237. ve din adamlarına din uygulamasıyla ilgili yasaklar getiren 241. ve 242. maddeleri gösterilebilir.

12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu da, 1. maddesinde, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylemi terör kapsamı içine almıştır.

Türk pozitif hukukunda laikliği koruyan daha pek çok kanun ve düzenlemeler yürürlükte bulunmaktadır. Burada üzerinde durulanlar, hemen ilk akla geliverenlerdir. Tüm bu düzenlemeler, Türkiye'de laiklik ilkesine verilen önemi ve bu önemle orantılı olarak anılan ilkenin etkin bir biçimde korunduğunu da göstermektedir.

## X- LAİKLİK İLKESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Halkının büyük çoğunluğu müslüman olan ülkemizde, Osmanlı İmparatorluğu'nun son yıllarından beri süregelen yenileşme hareketleri sonucunda laiklik ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temel bir niteliği olarak pozitif hukukumuzda yer almış bulunmaktadır.

İslamiyet, insanın manevi yönüyle ilgilenmekle kalmayıp, toplum hayatı ve hukuk düzeni ile ilgili her alanı kapsamış bulunduğu için, Türkiye'nin laik devlet sistemine geçmesi uzun bir vakit almıştır. Burada dikkati çeken husus, dine bağlı devlet sisteminden laik sisteme geçiş hareketinin Osmanlı İmparatorluğu'nda halife sıfatını da taşıyan padişahlar döneminde başlamış ve bir hayli de mesafe alınmış olmasıdır (20). Gerçekten, İslam Hukuku'nun "ukubat" kısmı yani ceza hukuku, ülkemizde XIX. asrın ikinci yarısında uygulamadan kaldırılmış ve yerine laik bir ceza hukuku konulmuştur. Daha önce de işaret edildiği gibi, İslam ceza hukuku sistemi ile bugünkünün bağdaştırılması olanağı yoktur.

Bugün artık hukukumuz, tamamen batı hukuk sistemine dayanmaktadır. Yüzyıla yaklaşın bir süredir de Türk Toplumunda uygulanagelmektedir.

Yürürlükteki mevzuat ve hukuk düzeni ile, Devletin temel ilkelerinden laikliğin korunması için gerekli her türlü önlem alınmış bulunmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu ilke toplumda yerleşmiştir. Bundan başka tarihte Kur'an ve Sünnet'e uygun olarak kurulan İslam devletlerinin sayıları pek fazla olmadığı gibi, bunlardan birkaçı hariç, ömürleri de uzun değildir.

Burada bir gerçeğin üzerinde durulmasında yarar vardır. İslamiyet Türk Toplumunda çok yaygın ve kökleşmiş bir din niteliğindedir. Tarihçi ve sosyologların da belirttikleri gibi din, her zaman ve her yerde insanların kendisinden vazgeçemiyeceği bir olgudur (21). "Dinde ikrah yoktur" ilkesinin geçerli olduğu İslam Dininin, insanları birbirine bağladığının ve ülkede birlik, beraberlik ve dayanışmayı sağladığının da gözönünde tutulması zorunludur. Esasen, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ve bütün modern anayasalarda din ve vicdan hürriyeti, bir temel hak olarak güvence altına alınmıştır. Din ve vicdan hürriyeti; serbestçe inanmak ve inandığı dinin dua ve iba-

---

(20) Şerif MARDİN: Türkiye'de Din ve Siyaset, Makaleler 3, İstanbul, 1991, S: 89-96.

(21) Ali Fuad BAŞGİL: age., S: 75-78; Ahmet GÜRTAŞ: Atatürk ve Din Eğitimi, Ankara, 1982, S: 7-9.

detlerini yapabilmek, serbestçe eğitim ve öğrenimde bulunabilmek haklarını vermektedir. Anayasa'mızın hükümleri de, Batı ülkelerindeki hükümler gibi, bu doğrultudadır. Dini düşüncenin açıklanması; din ve din duyguları yahut dince kutsal sayılan şeyler istismar edilmedikçe ve kötüye kullanılmadıkça yasaklanmamalıdır. Ancak, "düşüncenin açıklanması", "istismar" ve "kötüye kullanma" kavram ve olgularının birbirinden ayırt edilmesinin çok güç olduğunun da özellikle belirtilmesi gerekir. Bununla beraber, bu sorunun çözümü imkânsız da değildir. Gerçekten Anayasa'nın güvencesi altında bulunan dini düşüncenin açıklanması ve yayılması; toplum ve fert üzerinde din duyguları istismar edilerek baskı aracı olarak kullanılmaya başlandığında eylem alanına geçirilmiş olur ve devlet o takdirde koruyucu tedbirleri almak durumunda kalır.

Her sorunun, kardeşlik, barış ve hoşgörü içerisinde çözümlenmesi mümkündür. Geçmişteki tarihsel olaylar, Devletin dine ve din duygularına karşı ülkemizde, çekingen ve kuşkulu davranmasına yol açmış ise de, o tarihlerin koşulları içinde Devletin bu tutumu anlaşılabilirdi. Globallaşmanın ve Avrupa ile bütünleşmenin sözkonusu olduğu bugün, bu çekingen tutumun daha hoşgörülü bir şekle dönüşmesinde, ülkemizin parlak geleceği açısından büyük yararlar vardır. Örneğin, bir kimse inancı gereği belli bir şekilde giyiniyorsa, buna hoşgörüyle bakılması, toplumumuzun demokratik bir ortam içinde kardeşlik, sevgi ve saygı duygularıyla daha çok kaynaşmasını sağlayacaktır. Ancak, belli tarzda giyinen böyle bir kimsenin kendisi gibi giyinmeyenleri dinden çıkmış sayması ya da baskı altına alması da asla hoşgörülemez.

İsviçre Federal Mahkemesi İkinci Kamu Hukuku Dairesi, 18.6.1993 tarihli kararında; ilkokul ikinci sınıfında okuyan bir kız çocuğun babası olan Müslüman bir kimsenin, inancı gereği kızının zorunlu karma yüzme dersinden bağışık tutulması isteği konusunda, din ve vicdan hürriyeti yönünden yaptığı değerlendirme üzerine, bu kız çocuğunun erkek çocuklarla birlikte gördüğü zorunlu yüzme dersinden muaf tutulması sonucuna varmıştır. Anılan kararda; İsviçre'de yaygın nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın, bütün dinlerin ve bu arada İslamiyetin anayasal güvence altında bulunduğu, din ve vicdan özgürlüğünün inanıp inanmama ya da istenildiği biçimde inanma hakkı verdiği, inandığı gibi ibadet ve dua etme ve başkalarına tebliğ ve ikna etmek olanağı sağladığı, ana ve babanın 16 yaşından küçük çocukların dini konusunda karar almak hakları bulunduğu, okul idaresinin dini konularda anne ve babaların yetkilerini de dikkate almak zorunda oldukları, dini buy-

rukların yerine getirilmesi halinde çocuğun yetişmesi konusunda ciddi ve somut biçimde zarar görmesi söz konusu ise çocuğun menfaatine üstünlük verilmesi gerektiği, bu durum dışında anne ve babanın iradesinin belirli olacağı, okul idaresi ile anne ve baba arasında çıkabilecek bir uyuşmazlıktan çocuğun olumsuz biçimde etkilenmesinin kaçınılmazlığı ifade edilmiştir.

İsviçre uygulamasından sunulan bu örnekten sonra tekrar Türkiye ile ilgili değerlendirmeye dönülecek olursa, belirtilmesi gereken bir diğer husus da, ülke nüfusunun çoğunluğunun müslüman vatandaşlardan oluştuğu gözönünde tutularak, onların zorunlu olarak din kültürü ve ahlak öğretimine tabi tutulmalarının son derece isabetli olduğudur. Böylece, toplum hurafelerden arındırılmış ve fertler de toplumda yaygın olan din hakkında doğru ve karşılaştırmalı bir biçimde tam bilgi edinmiş olacaktır.

Gerçekten önemli olan sorun, yurttaşın saf, temiz dini duyguları ile devlet ilkeleri arasında bir tercih yapmak durumunda bırakılmamasıdır. Böyle bir halde, hiç kuşku duyulmasın ki, yurttaş sınırlı bir dünya hayatı yerine inancı gereği ebedi hayatı tercih eder. Nasıl devlet işlerinin ve hukuk düzeninin din kurallarına dayandırılmasında direnilmesi halinde din zarar görürse (22), tamamen vicdani bir konuda dinle devletin karşı karşıya getirilmesinde de Devletin zarar görmesi söz konusu olur. Atatürk'ün Kurtuluş Savaşı sonrası kurduğu Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sağlam temellere dayanmaktadır. Engin bir tarihi tecrübeye sahip Türk halkı, millî ve manevi değerler konusunda duyarlı ve Devlete bağlı ve saygılıdır. İnancı gereği dua ve ibadet eden ve kimi davranışlarda bulunan yurttaşlara Devletin hoşgörülü davranmasıyla ülkenin zarar görmesi mümkün değildir.

Bugün bütün modern anayasalar fertlerin serbestçe düşünmesini, istediği felsefi düşünceye sahip olmasını, istediği dini benimsemesini, inancı gereği ibadet yapmasını ve davranışlarını düzenlemesini güvence altına almıştır. Yasaklanan husus, dinin istismarı ya da kötüye kullanılmasıdır. Türkiye'de de aynı hususlar geçerlidir. Demokrasi konusunda bir hayli mesafe de alınmış ve artık geriye dönülemeyecek bir aşamaya gelinmiştir. Mevcut anayasal düzen ve yasaların koruması altında bulunan laik Cumhuriyet, özgürlükçü demokratik parlamenter rejimle beraber varlığını sürdürecektir.

---

(12) Ali Fuad BAŞGİL, age., 149, 162.

## XI- S O N U Ç

Türkiye Cumhuriyeti bugüne gelinceye dek birtakım aşamalardan geçmiş ve özgürlükcü parlamenter demokratik rejimle birlikte de, özellikle tarım, sanayi, ulaşım, telekominikasyon, ticaret ve turizm alanlarında büyük mesafeler katetmiştir. Bu olağanüstü ilerlemeyi içlerine sindiremeyen iç ve dış düşmanlarımız, her fırsatta sorunlar çıkarmakta ve dünya kamuoyu önünde zor duruma düşürmek için ellerinden gelen gayreti sarfetmekte ise de, Türk Toplumu bunların da üstesinden gelebileceğini her zaman kanıtlamış ve doru bildiği yolda yürümeye devam etmiştir. Dört tarafı ateş çemberi içinde bulunmasına karşın Türkiye, huzur ve güven içinde kalan ender ülkelerden biridir. tarım arazilerimiz olabildiğince korunup rasyonel biçimde işlendiği, dağ ve tepelerimizin de gerçekleştirilecek bir ağaçlandırma seferberliği ile erozyon tehdidinden kurtarıldığı, akarsularımızın daha çok sulama ve enerji üretimi için dizginlendiği, mevcut yeraltı ve yerüstü varlıklarımız işletildiği takdirde Türk Toplumu'nun geleceğinin çok parlak olacağı kuşkusuzdur. Tüm bu işlerin kısa süre içinde başarılması, Ülkemizin dünya devletleri içinde layık olduğu yeri alması hiç de güç değildir. Yeter ki, huzur, kardeşlik, sevgi, saygı ve hoşgörü ortamı içinde çalışılsın ve hiçbir zaman ümitsizliğe düşülmesin. Yolumuza devam ettiğimiz takdirde, Türk Milleti'nin İstikbali çok parlak olacaktır. Bundan kimsenin kuşkusu olmasın!

—oOo—

# SUÇ VASFINDA DEĞİŞİKLİK

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *1- İthamı öğrenmek hakkı. 2- Suç vasfında değişiklik. a- Hâkimin bağlı olmadığı. b- Görevsizlik. c- Lehte aleyhte değişiklik. 3- Suç vasfında değişiklikte ihtar kuralının açıklanması. a- Fiil.*

## 1– İTHAMI ÖĞRENMEK HAKKI

CMUK.nun 150. maddesine göre: "Hüküm yalnız iddianamede beyan olunan suça" inhisar eder, burada "suç" deyimi "fiil" anlamındadır, sanık, beklenmeyen bir suçtan mahkum edilemez. İddianamede yazılı olan hukuki tavsiften mahkeme her zaman ayrılabilirse de, bu hususu sanığa bildirmek zorundadır. Bu hal "ithamı öğrenmek hakkı'nın tabii bir neticesidir. Bu itibarla sanık, suçun hukuki vasfının (mahiyetinin) değişmesinden, mesela, rüşvet olarak açılan bir davada fiilin irtikap telakki edilebileceğinden önceden haber verilir de, savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça iddianamede gösterilen suçun dahil olduğu kanun hükmünden başkasıyla mahkum edilemez".

İddianamenin davetiye ile birlikte sanığa duruşmadan evvel bildirilmesi lazımdır (CMUK. 208). Bu engeç davatiye ile bildirilmek manasındadır, iddianamenin ayrı tebliğine mani yoktur. Aynı zamanda sanık, duruşmada kendisini savunmak için bir talepte bulunup bulunmayacağını, bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmeğe davet olunur (CMUK. 209). Celpnamenin (davetiyenin) tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta (CMUK. 40) bulunmalıdır. Yargıtay'dan bozularak gelen hükümlerde de bu müddete riayet olunacaktır. Bu mehle riayet edilmemiş ise sanık (yalnız veya müdafii) iddiname okunmazdan evvel duruşmanın talikini isteyebilir

---

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(CMUK. 210). Sanık için bir "hak" olarak kabul edilmiştir. Böyle bir hakkı olduğunu başkan sanığa bildirmek mecburiyetindedir (CMUK. 221). Sanık bu hakkını kullanmayabilir. İddianamenin sanığa bildirilmesi ile yetinilemez, bunların ayrıca duruşmada okunması da şarttır (CMUK. 26). Esasen vicahilik kaidesi, ithamın neden ibaret görüldüğünü, sanıktan gayrisinin de bilinmesini gerektirir (1).

## 2– SUÇ VASFINDA DEĞİŞİKLİK

Son soruşturma iddanamede gösterilen sanığa (veya sanıklara) ve fiile (veya fiillere) inhisar eder. Bu suretle itham varakası (iddianame) sanık ve fiil bakımından duruşmayı sınırlandırır. "CMUK.nun 193. maddesine uygun bulunmayan iddianamenin düzeltilmesi, sanık hakkında hangi suç veya suçlardan dolayı kamu davası açıldığının açıklanması ve her suç için uygulanması istenen yasa maddelerinin ayrı ayrı gösterilmesi için dosyanın C. Savcılığına verilmesi gerekir" (2). Bununla beraber "mahkemenin, işin vaziyetine göre hadisede müteaddit ve müstakil suçları müteselsil bir suç suretile tavsif ve tesis etmesi veyahut müteselsil bir suç olarak gösterilen fiilleri müteaddit ve müstakil suçlar suretile kabul etmesi caizdir" (3). İddianamede iki müstakil suç olarak gösterilen fiillerin mahkemece birbirine bağlı suç (TCK. 78) sayılması da mümkündür. Bu çeşit muameleler, fiil bakımından sınırı aşmak sayılmaz. Aynı şekilde sanığın iştirakte sıfatının değişmesi (mesela, asli ortaklıktan fer'i ortaklığa geçmesi) de sanık bakımından sınırı geçmek değildir.

"CMUK.nun 258. maddesinde (maznun, suçun hukuki mahiyetinin değişmesinden önce haber verip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, son soruşturmanın açılmasına dair olan kararda veya hukuki amme davasının açılmasına mütedair bulunan iddianamede gösterilen kanuni unsurları muhtevi suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasiyle mahkum edilemez) hükmü ile suçun hukuki niteliği ve unsurlarının değişmesi halinde sanığa ek savunma hakkı tanınmasının gerektiği açıkça gösterilmektedir (4).

"Durumda hâsıl olan sair değişiklikler de iddia ve müdafaa makamlarının lâyıkı ile hazırlanması için duruşmanın talikini gerektirebilir. Bu lüzumu

(1) Özlü bilgi için bk. **Kunter** (N.), Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası.

(2) 3. CD., 16.11.1982, 7701/8103, YKD., 1983/1, s. 119.

(3) **Schwarz-Taşkın**, s. 477.

(4) CGK., 15.4.1974, 120/232.

mahkeme takdir edecek ve istek üzerine veya kendiliğinden talik kararı verebilecektir (CMUK. 258/4)" (5).

***a– Hâkimin bağlı olmadığı :*** Fiilin hukuki tavsifinde mahkeme itham varakası ile bağlı olmadığı gibi (CMUK. 257), her tülü iddia ve müdafaa ile de bağlı değildir. Fakat sanık beklenmeyen bir suçtan mahkum edilemez. İddianamede yazılı olan hukuki tavsiften mahkeme her zaman ayrılabilirse de bu hususu sanığa zamanında bildirmek zorundadır. Bu hal "ithamı öğrenmek hakkı"nın tabii bir neticesidir. Bu itibarla sanık, suçun hukuki vasfının (mahiyeti)nin değişmesinden (mesela, rüşvet olarak açılan davada fiilin irtikap telakki edilebileceğinden) önceden haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkca iddianamede gösterilen suçun dahil olduğu kanun hükmünden başkasile mahkum edilemez. "Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkca, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasıyla mahkum edilemez. "Sanık, iddianamede yazılı suçtan daha ağır bir madde hükmüne maruz bırakıldığını veya ikinci fıkrada gösterilen nitelikte yeni ileri sürülen hallerin mevcudiyetini bildirerek, savunmasını hazırlayamadığı itirazında bulunacak olursa, mahkeme, duruşmanın başka güne bırakılmasına karar verir. İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde sanık, meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmez veya davetiye tebliğ edilemez ise bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz" (CMUK. 258) (6). Bu kaide suç vasfında değil de cezanın artırılmasını icap edecek mahiyette bulunan kanuni hallerin (mesela, kanuni şiddet sebeplerinin ilk defa duruşma sırasında serdedilmesi halinde dahi tatbik olunur (CMUK. 258) (7). Görülüyor ki sanık

---

(5) **Kunter,** (9. Bası), s. 939.

(6) 3206 sayılı K. gerekçesi: "Maddenin son fıkrasındaki değişiklikle (duruşmaya, sanığın firari sebebiyle yokluğunda devam edilmekte ise) veya (son tahkikatın açılmasına dair olan kararda) cümlesi çıkarılmış, iddianamedeki maddelerde gösterilen cezadan daha az bir ceza verilmesi gereken hallerde davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmeyen veya davetiye tebliğ edilmeyen sanığın dinlenmesine lüzum kalmadan karar verebilme imkanı getirilmiştir. "İddianamede ceza artırımına ilişkin yasa maddesinin gösterilmemesi nedeniyle sanığa ek savunma hakkı verilmelidir" (3. CD., 12.9.1986, 9322/9184, YKD., 1986/12, s. 1823).

(7) İddianamede 81. madde gösterilmemiş ve sabıkayı bildiren adli sicil yazısı sanığa okunarak diyeceği sorulmamışsa kendisine ek savunma imkanı verilmeden cezası 81. madde ile arttırılmaz" (CGK., 20.2.1962, 642/724). "Sanığın, iki kez işlediği konut dokunulmazlığını bozmadan tek dava açılmıştır. Duruşmada meydana çıkan iki aynı tür

değişiklikten mutlaka haberdar edilecektir. Bunun üzerine savunmasını hazırlamak için sanık duruşmanın başka bir güne talikini isterse talike karar vermek mecburidir. Hatta mahkeme talep edilmemiş olsa dahi buna kendiliğinden de karar verebilir (CMUK. 258).

Sanık, aşikar surette suçun hukuki vasfının değiştiğinden veya şiddet sebebinden (sabıka kaydının duruşmada okunmuş olması gibi) başka suretlerle haberdar olmuş ve müdafaasını yapabilecek durumda bulunmuş ise ihtara lüzum yoktur. Mahkemenin, suçun kendi vazifesini aştığını görüp davayı vazifeli mahkemeye göndermesi halinde (CMUK. 263), suç vasfının değişikliği ihtarına (CMUK. 228) lüzum yoktur. Zira böyle bir kararla sanık kafi derecede haberdar olmuş demektir. Aynı şekilde Yargıtay'ca aleyhe bozulan bir kararla hükmü veren mahkemeye gelen davada Yargıtay bozma kararının okunması ihtar yerine geçecektir.

***b– Görevsizlik :*** "Duruşmalarda sanığa yüklenen suçun, davayı gören mahkemenin görevini aştığı veya dışında kaldığı anlaşılırsa, mahkeme bir kararla işi görevli mahkemeye gönderir. Bu karar aleyhine Cumhuriyet Savcısı acele itiraz yoluna başvurabilir" (CMUK. 263). Görevsizlik kararında yazılı madde fıkrasından daha ağır bir fıkra ile ceza tayin edilmiş olmasına göre sanığa ek savunma hakkı verilmemesi usulsüzdür" (8).

Hukuki vasıf değişikliği ihtarını "başkan" yapar (9). "Haber verme o suretle olmalıdır ki sanık hukuki mahiyetin ne suretle değişmiş olduğunu tamamile anlayabilsin" (10) ve buna mukabil "ihsası rey"de teşkil etmesin. Bu ihtar, duruşmanın "esaslı hükümleri"ndendir (CMUK. 266). Bu sebeple ihtarın yapıldığının "duruşma zabıtnamesinde gösterilmesi lazımdır, gösterilmemiş ise yapılmamış sayılır. Maddenin bentlerinde değişiklik dahi ihtarı gerektirir (11).

---

suçdan ötürü ayrıca dava açılmadıkça veya 259. madde gereği yerine getirilmedikçe sanığa aynı Yasanın 258. maddesi uyarınca ek savunma verilemez. TCK.nun 80. maddesiyle cezası arttırılamaz" (4. CD., 2.5.1975, 2141/2434). "Açılan davanın konusunu oluşturan eylemin hukuksal niteliğindeki değişiklik nedeniyle sanığa CMUK.nun 258. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek değişen suç niteliğine göre hüküm kurulmalıdır (3. CD., 30.1.1986, 141/722, YKD., 1986/5, s. 736). "Sevk ve uygulamaya göre, ek savunma hakkı tanınmadan cezanın TCK.nun 81. maddesi ile artırılması yasaya aykırıdır (8. CD., 16.11.1993, 10081/11412, YKD., 1994/2 s. 314).

(8) 4. CD., 2.3.1979, 7063/7091.

(9) **Schwarz,** 483.

(10) **Kantar,** s. 288.

(11) "Talepnamede TCK.nun 450/9. maddesi ile dava açılmış ve esas hakkındaki mütalaada TCK.nun 450/9. maddesi ile tecziye talep edilmiş olduğu halde CMUK.nun 258.

*c– Lehte aleyhte değişiklik :* İhtarın, vasıf değişikliğinin sanık aleyhine olmasına münhasır bulunduğu zann olunmamalıdır. Kanunun maksadı "ithamı öğrenmek hakkı"nı yerine getirmek ve sanığa yeni durumlar karşısında kafi savunma imkanı vermek olduğuna göre suç vasfının sanık lehine değişmesi halinde dahi ihtar yapılmalıdır (12).

"Vekilin (!) asil yerine kaim bulunduğu hukuki kaidesinin burada kıyas yoluyla tatbikine imkan olmadığı" gerekçesiyle "duruşmadan zımnen veya sarahaten vareste tutulmuş olsa dahi mütemmim müdafaa hak ve imkanının vekile değil, sanığa verilmesi icap ettiği" Tevhidi İçtihat suretile kararlaştırılmıştır(13).

Fakat 258. madde değiştirildi, şu isabetli hüküm maddeye eklendi: Bildiri "varsa müdafie yapılır. Müdafi sanığa tanınan haklardan onun gibi faydalanır".

Savcının kamu davasını vazifeli mahkemede açması kuraldır. Fakat bu mahkemede görülen davada suç vasfının değişmesi ile mahkemenin vazifesizlik kararı vermesi ve davanın yüksek vazifeli mahkemeye gönderilmesi mümkündür (14). Böyle olan hallerde savcının daha bidayette davayı yüksek vazifeli mahkemede açmış olması icap ederdi. Kamu davası açılırken, suç vasfının değişmesi ihtimaline dayanarak, yüksek vazifeli bir mahkemede (mesela asliye ceza işini ağır cezaya göndermek şeklinde) açmak yetkisi kabul edilmiş olmalıydı. İtalyan usul kanunu bu sahada imkanlar tanımıştır (15).

## 3– SUÇ VASFINDA DEĞİŞİKLİKTE İHTAR KURALININ AÇIKLANMASI

İddianamede gösterilen kanun hükmünden başka bir hüküm ile sanığın cezalandırılamıyacağı, eğer suçun hukuki vasfında değişiklik yapılacak ise

---

maddesi hükmüne göre ek savunma hakkı verilmeden TCK.nun 450/8. maddesi ile hüküm tesisi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması" yolsuz sayılmıştır (1. CD., 15.4.1981, 1991/1687).

(12) Bk. İtalyan CMUK. 187; bk. Rocca, s. 64.

(13) Tev. İçt. 1.6.1959, 9/22.

(14) "Görevsizlik kararında yazılı madde fıkrasından daha ağır bir fıkra ile ceza belirlenmiş olmasına göre CMUK.nun 258. maddesi uyarınca, sanığa ek savunma hakkı verilmelidir" (4. CD., 23.11.1979, 7063/7091, YKD., 1980/5, s. 736).

(15) İtalyan CMUK. 30; bk. Leone (Trattoto...1961), I.s. 361.

sanığın bundan haberdar edilmesi gerekeceği kuralının (CMUK. 258) izahı yapılmak gerektir.

Değişen vasıfa göre esas hakkında mütalaa verilmiş ise ihtara lüzum yoktur. "Savcının esas hakkındaki mütalaasını beyan ettiği sırada sanığın hazır bulunmadığı gözönüne alınarak 29.9.1978 günlü oturumda, ek savunma hakkı verilmesi kararlaştırıldığı halde bu karar yerine getirilmeden sanık Cumali hakkında sevke aykırı şekilde TCK.nun 64. maddesinin uygulanması usulsüzdür" (16).

"Tasarlayarak adam öldürme eyleminden açılan davanın görüşülmesi sırasında eylemin nitelik değiştirdiği kabul edilerek 450/7. madde ile hüküm kurulabilmesi için sanığa ek savunma hakkı verilmesi gerekir (17).

İhtar "suç vasfında değişikliğe indirgelidir, tedbirleri kapsamaz (18).

Suçun vasfında değişiklik "ihtarı"ı yapılmak şartı ile yeni vasfa göre hüküm verebilmek imkanı iddianamede gösterilen vasfın kesin olmadığı anlamına gelir. Son soruşturma bir işlemler topluluğudur, bir hareketi ifade eder, değişiklik olabileceği tabiidir. Fakat değişik vasıftan sanığın mahkum edilebileceği kaidesi, gerçek ve kesin soruşturmanın "son soruşturma" olduğu kanısını uyandırmaktadır (19). Vasıf değişikliği ihtarı ile mahkeme, "itham varakaları"nda gösterilen vasıftan gayrı bir vasıf ile –hatta evvelki ile pek az alakalı bir vasıf ile– mahkumiyet kararı verebilecektir.

Fakat şöyle düşünmek de mümkündür: İtham varakalarında gösterilen vasıf sabittir, son soruşturma ise bir faaliyeti ifade eder, duran ile hareket eden aynı kalmayabilir. Bundan başka ithamda gösterilen vasıf ile bağlı tutulursa hakimin serbestçe hüküm vermek yetkisi sınırlandırılmış olacaktır. Savcının dahi, duruşmanın sonunda esas hakkındaki mütalaasında değişik vasıf ile mahkumiyet isteyebileceği düşünülürse hâkimin böyle bir imkana sahip olmaması makul görülemez.

***a– Fiil :*** İthamda sadece "fiil" tesbit edilmiştir, vasfın tayininde değişiklik olabilmesi doğaldır. Çünkü itham, "hüküm" değildir. Hükmün ithamdan farklı

---

(16) 5. CD., 18.4.1977, 1637/1526.

(17) CGK., 5.7.1976, 303/320, YKD. 1977/11, s. 1607.

(18) "Ehliyetnamenin geri alınması ceza değil, bir tedbir işlemi olduğundan sanığa ek savunma verilmesi zorunlu değildir" (8. CD., 17.11.1977, 5885/8430, YKD. ,1978/1, s. 138).

(19) **Brichatti** (Giovanni), la modificazzione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale, (Napoli, 1956), s. 19, De Marsico, n. 32.

olabilmesi daima mümkün sayılmalıdır. Bu sebeple her itham şartlıdır, davanın sonucuna göre vasıf tayin edilecektir.

İthamda değişmezlik "fiil"dedir, vasfın değişebilir oluşu duruşmanın en önemli usul safhası olmasından gelir. "Fiil"in sabit kaldığı, yalnız hukuki vasfın değiştiği düşüncesinde isabet var mıdır? Hukuki vasfın değişmesi itham edenin yanlış bir hukuki görüşten hareket etmiş olmasından ileri geliyorsa bu düşüncede isabet vardır. Fakat bunun dışındaki hallerde fiil ile alakalı bir değişiklik vasfın değişmesine sebep olmuştur. Tedbirsizlikle ölüme sebebiyetten (TCK. 455) açılan kamu davasında kasden adam öldürmek (TCK. 448) şeklinde vasıf değişikliği görülürse fiilin tamamile sabit kaldığını söylemek zordur. Bu itirazda haklı taraf vardır. Fakat değişen nedir? Her fiil, çeşitli unsurlardan kurulmuştur. Değişen bu unsurlar değil, onların tertip şeklidir. Bazı unsurlar başta ihmal edilmiş, yeterli kadar manalandırılamamış olabilir, ihtar yerine beraat kararı verilemez (20).

Suç vasfının değişmesi halinde ne şekilde hareket olunması gerektiği hakkında çeşitli nazariyeler vardır.

Bir anlayışa göre mahkeme, ancak itham vesikasında gösterilen isimdeki suçtan sanığı cezalandırabilir. Bu suretle hâkimin suçun vasfını değiştirmek yetkisi reddedilmiş olmaktadır. Bu anlayışın bir başka şekli daha vardır: Bu şekilde düşünenlere göre mahkeme, itham vesikasında yazılı olandan daha ağır bir suçtan mahkumiyet kararı veremez ise de daha hafif bir suçtan ceza verebilir.

Fakat bu nazariyelerin zıddı anlayışlar daha fazla taraftar bulmuştur. Ceza Usulü Kanunumuz suç vasfında değişikliği kabul eden nazariyeleri esas tutmuş bulunmaktadır. Kanunumuzun sistemi doğrudur. Zira suç işlediği halde, sadece itham vesikasındaki tavsifin hatalı olmasından dolayı

---

(20) Sanığın, gerçeğe aykırı silinti ve ekler yaparak kendi yararına tahrif ettiği belgeyi kullanarak hizmet süresini arttırmak suretiyle erken emekliliğini sağladığı, iğfal kabiliyetinin bulunmaması nedeniyle evrakta sahtekarlık suçunu oluşturmasa da, sanığın bu belgeyi kullanarak Sosyal Sigortalar Kurumu aleyhine ve kendi yararına haksız yararlar sağlaması karşısında eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilerek CMUK.nun 258. maddesi ile ek savunması alındıktan sonra TCK.nun 503. maddesiyle cezalandırılması yerine beraat kararı verilmesi doğru değildir" (6. CD., 14.6.1983, 849/5595, YKD., 1983/9 s. 1400). "Mahkemenin iddianamedeki suç niteliği" ile bağlı olmadığı açıktır. İddianamedeki ayrı bir vasıfla esas hakkında mütalaa verilmiş, sanık buna göre savunma yapmış ise vasıf değişikliği ihtarına gerek kalmadığı içtihat olunmalıdır" (1. CD., 30.6.1949, 1321/65; 3. CD., 5.3.1948, 2679/511).

suçlunun cezasız kalmasını veya cezanın gecikmesini izah imkansızdır. Diğer taraftan, ancak itham varakasında yazılı suçtan bir kimsenin mahkum edilebileceği ve bu sebeple duruşmada bu suçun daha ağır vasıfta bir suç olduğunun anlaşıldığı ve buna rağmen bir çeşit "kazanılmış hak" olarak itham varakasındaki suçtan hüküm verilmesi adalete olan inancı zayıflatır. Kaldı ki ortada gerçek bir haksızlık yoktur. Eğer vasıf değişmiş ise bu vasıf eskiden de mevcut demektir, yalnız vasıfta hata edildiği için hakiki vasıf gizli kalmıştır. Bu gerçek vasfı ortaya koyan bir "ihtar" yapmakla konu en makul hal şekline bağlanmış olur.

Suç vasfında değişikliği kabul eden nazariyelerin hepsi bir hususta birleşmektedir: "Suçun hukuki vasfı değişebilir, fakat itham varakasında yazılı fiil değişemez, diğer bir deyimle itham varakasında yazılı olan bir fiilden başkasile sanık mahkum edilemez. Fakat fiil ne zaman değişik sayılacaktır? Bir anlayışa göre suçun maddi unsurları değişmemiş olmalıdır, suçun manevi unsurunun değişmesi mümkündür, diğer bir anlayışa göre suçun asıl unsurları ile tali, arızi unsurları arasında fark görmek lazımdır, yalnız birinciler değişmez. İtalyan Yargıtayı suçun "ana hatları" ile değişmemiş olması ölçüsünü benimsemiştir (21). Fakat "suçun ana hatları" nedir? Bu bilinmedikçe bu ölçüden fayda sağlanamaz. Diğer bir anlayışa göre "fiil"in aynı kalmasına esasen imkan yoktur. Zira her suç, bir çok "hadiselerden" meydana gelmiştir, bu hadiselerin dava boyunca aynı kalmasına imkan görülemez (22).

Zannımızca, konu son soruşturmada "hukuki vasfın"ın değişmesidir, unsurların (suçun maddi ve subjektif unsurlarının, asli, tali diye ayrılmak istenen unsurların) değişmesi diye birşey olamaz, bunların evvelce vukua gelmiş bir hadiseye ait olduklarından sonradan değişmeleri mümkün görülemez. Bunlar eskiden de mevcuttu, fakat görülememiş, yahut farklı bir müşahadeye tabi tutulmuş veya belki de araştırılmamışlardı. Suçun hukuki vasfının değişmesi de böyle bir sebepten gelmiştir. Kısacası fiile bir "ilave" yoktur. Eğer "hırsızlık" diye isimlendirilmiş bir fiil "yağma" olarak vasıf değişikliğine uğrarsa hırsızılk ile yağmayı birbirinden ayıran "cebir" unsuru sonradan

---

(21) Bk. **Brichetti,** s. 52, kşz. **La Rocca** (Manlio), studi sul problem del fatto nel processo penale, (Napoli, 1954), s. 41, s. 42, n. 3.

(22) **Bettiol,** la correlazione fra accusa e sentenza, 56. "İddianamede fikra gösterilmeksizin madde numarasından bahsedildiğine göre ek savunma verilmesine gerek yoktur" (3. CD., 9.3.1977, 1864/1919) (!). Bazı maddelerin fikraları o kadar farklıdır ki, "Eksik kalkışmadan açılan davada ek savunma verilmeden tam kalkışmadan hüküm verilmesi" ve aksinin bozma sebebi sayıldığı görülmektedir (6. CD., 26.12.1962, 6626/511).

vukua gelmiş değildir. "Emniyeti suistimal" olarak itham vesikasında yer alan fiil, işlendiği zaman esasen mevcut olan "hile" ve "sanialar"ın anlaşılmamış olmasından dolayı öyle tavsif edilmiş olabilir.

Usul sistemleri bakımından bazı tereddütler mümkündür. Suç vasfının mahkemece, resen yapılan bir ihtar ile değişmesini itham sistemi ile bağdaştırmakta güçlük vardır, hatta "karma sistem" dahi bunu tamamiyle haklı göremez. Bu sadece "tahkik sistemi"ne uygundur. Esasen tatbikatta da resen suç vasfında değişikliğin "zamansız hüküm anlamına geldiği malumdur.

Taksirin şekilleri arasında nitelik farkları vardır. Davanın "tedbirsizlik"-den açıldığı, duruşmada ise failde tedbirsizlik değil, "acemilik"in mevcut olduğu anlaşılmış bulunsun, dava "acemilik"den açılmış, acemilik iddiasının ise belgelerle veya sair suretlerle ispatlanmış ve fakat nizamlara riayetsizlik taksirinin aşılmış olduğu farz olunsun. Böyle hallerde "suç vasfında değişiklik" mevcut mudur? Daha ileri gidilerek ortaya yeni bir fiilin çıktığı iddia edilebilir mi?

Bu konuda kanaatler değişiktir. Zannımızca yukarıda gösterilen hallerde değişen suçun maddi yapısı (maddi unsuru) değildir. Suçun "subjektif unsuru"na ilişkin bir değişme olmuştur. Bunların vasıfta değişiklik sayılmaması doğru olur. Bununla beraber "ithamda vuzuh zarureti" karşısında bu sonuç haksız görülebilir.

—oOo—

# BAĞIMSIZ OLMADIĞI VE DİĞERİNE DAYALI BULUNDUĞU GEREKÇESİYLE İDDİANAMEDE GÖSTERİLMİŞ EYLEMLERDEN BİRİ HAKKINDA KAMU DAVASI AÇILMAMIŞ SAYILABİLİR Mİ?

**Prof. Dr. Nurullah KUNTER (*)**

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *§1- Olayımızdaki muhakeme işlemleri. 1.1- Giriş. 1.2- Karardan önceki muhakeme işlemleri. §2- Genelkurul kararının özeti. 2.1- Kararın konuları ve sonuçları. 2.2- Kararın gerekçeleri. §3- Görüşlerimiz. 3.1- Bir numaralı gerekçe hakkında görüşümüz. 3.2- İki numaralı gerekçe hakkında görüşümüz. 3.3- Üç numaralı gerekçe hakkında görüşümüz. 3.4- Dört numaralı gerekçe hakkında görüşümüz. 3.5- Sonuç hakkında görüşümüz.*

## 1–§ OLAYIMIZDAKİ MUHAKEME İŞLEMLERİ

### 1.1 Giriş

Yargıtay Ceza Genelkurulu'nun, iddianamede gösterilmiş iki eylemden biri için "ötekine dayalı, bağımsız değil" diyerek açılmış olması, bizce kanun gereği olan kamu davasını açılmamış sayan 7/2/94 tarihli ve 93/3-348 - 94/3 numaralı kararını (YKD. 94/8, s. 1334) ilk bakışta yadırgadık. Doğru cevabı bulmak için şüpheden hareket etmek gerektiğinden "yoksa biz mi yanılıyoruz?" diyerek, ilk bakışla yetinmeyip, bilimsel hukukta olduğu gibi, içtihadî hukukta da kimsenin yanıtlamaya çalıştığına rastlamadığımız bu soruya verilecek cevabı bulmak amacı ile kamu davasının nasıl açılacağı sorunu üzerinde tekrar durmak ve düşünmek ihtiyacını duyduk.

### 1.2 Karardan önceki muhakeme işlemleri

a) Aksaray Savcılığı, iddianamesinde "sanığın ... devlet ormanından döşemelik meşe ağaçlarını keserek yayla damı yaptığı... anlaşılmakla" diyerek

---

**(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi.**

sanığa suç olarak yüklediği olayı açıklamış ve Orman Kanununun 93/1-4. maddesi uyarınca, onun cezalandırılması istemi ile (1) kamu davası açmıştır.

b) Güzelyurt Sulh Ceza Mahkemesi, delilleri yetersiz bularak beraat kararı vermiştir.

c) Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, "mevcut delillere göre döşemelik ağaçları kesme eylemi ile kesilen döşemelikleri ormanda (hayvanları güneşten korumak için yapıldığı anlaşılan) hayma denilen gölgelikte kullanma (yani ormanı işgal) eylemi sabit olduğuna göre 91/1 ve 93/1 maddeleri ile ceza vermek gerekirdi" gerekçesi ile bozma kararı vermiştir.

ç) Yerel mahkeme, verdiği "bozmaya uymama" veya kısaca "uymama" (2) kararında, maddî sorunu "tutanakta belirtilen yapının sanığa ait olduğunun ve orada kullanılan döşemeliklerin sanık tarafından kesildiğinin saptanamadığı, hukukî sorun bakımından da "gölgeliğin 17. maddedeki "her çeşit bina" kapsamına girmediği ve "sanığın gölgelikte kullanılan ağaçları kesme eylemi hakkında açılmış dava bulunmadığı" gerekçelerine dayanmıştır.

d) Başsavcılık tebliğnamesinde uymama kararının bozulması gerektiği yolunda mütalaa bildirmiştir (Bu mütalaanın gerekçeleri kararda belirtilmemiştir).

---

(1) Uygulamada görülegeldiği gibi, olayımızdaki iddianamede de "sanığın cezalandırılması isteminin" dile getirilmiş olduğunu üzülerek görmekteyiz. İddia makamının "eylemi hukukî bakımdan değerlendirmesi demek olan "tavsif" veya bir diğer söyleyişle "nitelendirme" bugün onun işbirliği sistemi içinde kollektif muhakenin gereği olarak bildirdiği bir mütalaadır. İddia makamı, bugün, ancak bu konuda yargılama yapılmasını ister. Bugünün Muhakeme Hukukunun esaslarına ters düşen ve yabancıları şaşkına çeviren bu uygulamamıza bir an önce son vermeliyiz. Yaptığı hazırlık soruşturması onda sanığın gerçekten suçlu olduğu kanısını doğurmuş olsa bile, Muhakeme Hukuku onun bu kanısını bir şüphe olarak kabul eder. İddia, müdafaa ve yargılamadan oluşan muhakeme işlemlerinin sonuna doğru sıra savcının esas hakkındaki mütalaasını bildirmesine gelince de savcı şüphesini yenmiş olsa bile mahkûmiyet kararı verilmesi görüşünde olduğunu söyleyecektir. Zira ona ne istediği değil, ne yolda karar verilmesi gerektiği hakkındaki mütalaası sorulmaktadır. Hatta mahkemenin mahkûmiyet kararı vermesi bile sanığın cezalandırılmasını istemesi olarak yorumlanamaz. Mahkeme kanun gereğinin bu yolda olduğu hakkında karar niteliğinde hükmünü vermiştir (Bkz: KUNTER: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU, 9. Bası, İstanbul, 1989, Beta Basın Yayım Dağıtım, No. 97, 141) (İlerde bu kitaba yollanma yapıldığında, notları çoğaltmamak için, metin içinde, mesela (No. 97) gibi, paragraf numaralarınm gösterilmesi ile yetinilecektir).

(2) Kanundaki ısrar terimini, fikirden çok eylemi ifade eden, daha çok hukuka aykırı davranış olan "direnme" sözcüğü ile Türkçeleştirmeyi uygun bulmuyor, karşıtı olan karara uyma denildiğine bakarak uymama diyoruz (No. 548. III).

## 2–§ GENELKURUL KARARININ ÖZETİ

### 2.1 Kararın konuları ve sonuçları

Ceza Genelkurulu daire ile mahkeme arasındaki uyuşmazlığı iki noktada toplamıştır. 1) Devlet ormanından ağaç kesme suçundan (doğrusu eyleminden (3) dava açılmış olup olmadığı, 2) Ormanı işgal etmenin sabit olup olmadığı.

Genelkurul, ağaç kesme eyleminden dava açılmadığı sonucuna vardığından, uymama kararını 1. noktadan isabetli bulmuş, sübut noktasında ise bozma kararı vermiştir. Kararın çoğunlukla verildiği belirtilmiş ise de, azınlıkta kalan üyenin "iddianamede biri kesmek, diğeri yayla damı yapmak olarak iki eylem gösterildiği" gerekçesine dayanmasından, çoğunluğun sadece davanın açılmış olup olmaması ile ilgili ikinci noktada verilen karar bakımından söz konusu olduğu sonucuna varmaktayız.

### 2.2 Kararın gerekçeleri

Bu incelememizi yazımızın başlığında belirttiğimiz soru vesilesiyle yaptığımızdan, kararın sadece "Devlet ormanından dikiliden ağaç kesmek eyleminden dava açılıp açılmadığı noktasına ilişkin 1. bölümünün sonucu ve gerekçeleri üzerinde durduk.

Gerekçe, bilindiği gibi, psikolojik anlamdaki "hüküm"lerin, yani karar ve mütalaaların 1) sorun, 2) sonuç ve 3) gerekçe diye adlandırlan üç unsurundan biridir. Mantık yönünden akıl yürütmenin tümdengelim çeşidindeki tasımlarda sonuç, genel olan büyük önermeden özel olan küçük önermeye dayanılarak çıkarılır. Daha doğrusu, sonuç mantık zoru ile kendiliğinden çıkar. Bunun içindir ki, gerekçeye sonucun mantıkî dayanağı veya delili de denilir (No. 28, 331). Sonuç bu iki önermenin karşılaştırılmasından mantık zoru ile çıktığından, gerekçesizlik bunlardan birinin eksikliği anlamına gelir.

---

(3) Uygulamada, eski alışkanlıkla, hatta bugün de 150. maddede yer alan yanlışlığın etkisi ile davanın bir "suç" hakkında açıldığı söylenmekte ise de, doğrusu davanın bir "eylem" hakkında açılmasıdır. 150. maddedeki "suçun beyan edileceği" sözlerindeki "suç" ile kasdedilenin, hem 1412 numaralı kanunumuzun gerekçesinde "serdedilen fiil"den söz edilmesinden, hem kaynak kanundaki aslında (StPO 155) "eylem" denilmesinden (SCHWARZ–TAŞKIN: Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1939, s. 805; İÇEL–YENİSEY: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanuları. 4. Bası, İstanbul, 1994, Beta, s. 1297) anlaşılmaktadır. 257. maddede de aynı şekilde suç denilmekteydi. 1936 da bu yanlışlık fiil olarak düzeltilirken, 150. maddedeki yanlışlık gözden kaçmıştır.

Kararlarda gerekçesizlik çok defa küçük önermedeki açıklamanın dava konusu eylemin gerçeklerine uymaması biçiminde oluşur. Küçük önerme gerçeğe uygunsa, gerekçesizlik, bu sefer, sonucun mantık yolu ile çıkacağı ve içinde genel olarak, yani her davada uygulanması gereken kanun hükmünü (bizim hüküm sözcüğünün diğer anlamlarından farkını belirtmek amacı ile kullandığımız terimle kanun normunu) içermesi beklenen büyük önermenin yokluğu olarak karşımıza çıkar.

Gerekçeler, karar veya mütalâa niteliğindeki hükmü verenin kendi çıkardığı, daha doğrusu çıkardığını sandığı sonuçları mantık bakımından denetleyebilmesini sağladıklarından, hükümlerin doğru olması için gerekçelerin tek tek belirtilmesinde büyük yarar vardır.

Olayımızda "kesme eylemi için dava açılmamış olduğu" sonucunun mantıkî dayanakları, yani gerekçeleri net olarak ayrı ayrı gösterilmiş değildir.

Gerekçeler kararlarda normal olarak sonuçtan önce gösterilir. Biz bu nedenle çoğunluk görüşünün gerekçelerini öğrenmek üzere, kararın 1. bölümünün ikinci satırındaki "iddianameye bakılması gerekir"den sonra başlayan ve bu bölümün sonuna kadar devam eden kısmına baktık. Bu kısımda yer alan kanun metinleri, genel oldukları için büyük önermede yer alacakları ve küçük önerme olmadan gerekçe niteliği taşıyamayacakları apaçık olduğundan hesaba katmadık. Geriye kalan açıklamaların hepsini, sonucun gerekçeleri imişçesine ele aldık ve tek tek değerlendirmek üzere numaralayarak aşağıda gösterdiğimiz gibi sıraladık:

1) Ceza Muhakemesi Kanunumuzun (CMK) (4) 150. ve 257. maddeleri kamu davasının "fiil" (eylem) bakımından sınırını gösterir. Bu sınırın dışına çıkılması dava olmadan karar verilmesi anlamına gelir ki kanuna aykırı düşer.

2) İddianamede sanığın devlet ormanından dikiliden kaçak emval kestiğine dair bir eylemden söze edilmemiştir.

3) Bir olayın açıklanması sırasında bir başka olaydan söz edilmesi o olay hakkında dava açıldığını göstermez. İddianamede dava konusu yapılan

---

(4) "Ceza Usul Hukuk" yerine "Ceza Muhakemesi Hukuku" demeyi doğru bulduğumuz gibi, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu"nun da "CEZA MUHAKEMESİ KANUNU" (CMK) olarak adlandırılmasından yanayız ve yol olması amacı ile bugünkü kanunumuzdan söz ederken de bu adı kullanıyoruz (No. 3, 19).

eylemin başka olaya dayalı olmadan, bağımsız olarak açıklanması gerekir. Başka eylemin (yani olayımızdaki işgal eyleminin) anlatılması sırasında yapılan açıklamalara dayanılarak sanık hakkında ormandan ağaç kesmek suçundan da dava açıldığının kabulüne yasal olanak yoktur.

4) Ceza Genelkurulunun duraksamayan içtihatları da bu yöndedir.

## 3–§ GÖRÜŞLERİMİZ

### 3.1 Bir numaralı gerekçe hakkında görüşümüz

Kararın 1. gerekçesi gibi gözüken "filan maddeler, kamu davasının eylem bakımından sınırını gösterir. Bu sınırın dışına çıkılamaz. Çıkılması dava olmadan karar verilmesi anlamına gelir ve kanuna aykırı düşer" denilmesi, bizce, "ağaç kesme eyleminden dava açılmamıştır" sonucunun gerekçesi olmaktan çok uzaktır. Bu sonucun kanunî dayanağı olarak "filan maddeye göre, suç olduğu sanıldığı için hakkında dava açılan eylem, iddianame dava konusu yapılan başka bir eyleme dayalı ve bağımlı olmadan gösterilmelidir" denilmiş olması gerekirdi. Bu 1. gerekçede böyle bir açıklamaya rastlayamıyoruz. Rastlamamız mümkün de değildir. Zira 3. gerekçeyi değerlendirirken belirteceğimiz gibi, böyle bir kısıtlama hiç bir maddede yer almamıştır. Olsa olsa içtihatla yaratılması düşünülebilir. Biz bunun da isabetsizliğini 4. gerekçeyi ele aldığımızda göstereceğiz.

### 3.2 İki numaralı gerekçe hakkında görüşümüz

Kararda "...ağaç kesme eyleminden söz edilmemiştir" denilmesi, iddianame ile sadece gölgelik yapma (yani ormanı işgal etme) eyleminin gösterildiği, yani bu tek eymeden dava açıldığı sonucunun gerekçesi olabileceğinden, gösterilen iki eylemden birinin diğerine dayalı olması halinde kamu davası açılmamış sayılacağı sonucunun elbet gerekçesi olamayacaktır.

### 3.3. Üç numaralı gerekçe hakkında görüşümüz.

**3.3.1** Olay (hadise) sözcüğü çok defa mevcut bir durumun değiştirilmesini, bazen de mevcut bir durumun devam ettirilmesini ifade eder. Olaylar ya güneş tutulması gibi doğanın, ya da kitap yazılması gibi insanın eseridirler. İnsan eseri olan olaylara "eylem" (fiil) denilir. Eylem bir insanın olumlu veya olumsuz davranışının meydana getirdiği eser olduğuna göre, maddî unsurun ruhî (manevî) unsurla birlikte olması gerektiği açıktır. Ancak dar ve teknik anlamda, sadece maddî unsuru ifade etmek için kullanıldığı da var-

dır. Bu anlamdaki eylemin 1) Hareket 2) Netice ve 3) Nedensellik bağı olmak üzere üç unsuru vardır (5).

Bu nedenlerle 150. ve 257. maddelerde söz konusu olan ve suç olduğu sanılarak ceza davasına konu edilen "eylem"in ruhî ve maddî unsurları ile birlikte bir bütün oluşturduğu görüşündeyiz.

**3.3.2** Kanunumuzun bir eylemden dolayı bir kişi hakkında dava açılabilmesi için aradığı, o eylemin iddianamede, 150. maddedeki deyimle "beyan edilmesi", 257. maddedeki deyimle de "gösterilmesi"dir. Bunlar arasında anlam farkı olmadığından, biz eylemin gösterilmesinden söz edeceğiz. Bilimsel hukukta buna "eylemin tasviri veya ferdileştirilmesi" denildiği de vardır.

257. madde "150. maddeye göre iddianamede gösterilmesi ile sınırı çizilmiş olan kamu davasının konusu olan eylem, aynı zamanda hükmün de konusudur" anlamına gelmek üzere, sadece "gösterilmiş eylem"den söz ederek 150. maddeye, onu açıklamadan bir çeşit yollama yapmakla yetinmiştir. Davanın sınırını çizecek olan "eylemin gösterilmesi"ni asıl düzenleyen 150. madde ise, eylemin gösterilmesi bakımından herhangi bir kısıtlama yapmamış, yani gösterme şöyle olmalı veya böyle olmamalı dememiştir. Kararda "başka bir olaya dayalı ve bağımlı olarak yapılan açıklamalara (yani göstermelere) dayanılarak onlardan da dava açıldığının kabulüne yasal olanak yoktur" denilmekte ise de, kanunî imkânsızlığın hangi maddeden çıkarıldığı belirtilmemiştir. 150. ve 257. maddeler dışında başka bir madde de gösterilmiş olmadığına göre, bu gerekçenin kanunî dayanağı olmadığı, hatta 150. maddeye ve dolayısı ile kanuna ters düştüğü görüşündeyiz.

**3.3.3 Genelkurul kararını, sözünü etmediği 163. madde bakımından da incelemekte yarar görüyoruz.**

Önceden belirtelim ki, bu maddenin 2 fıkrasındaki "...isnat olunan suçun neden ibaret olduğu, suçun kanunî unsurları ile uygulanması gereken kanun maddeleri.... gösterilir" sözlerini,150. madde gereğince gösterilmesi gereken eylemin ceza kanunları karşısındaki durumunu savcının nasıl değerlendirdiğini ayrıntıları ile göstermesi,bir diğer söyleyişle, hukuki tavsif veya nitelendirme de denilen konudaki mütalaasını iddianamede yazılı olarak bildirmesi olarak anlamak gerekir.

---

(5) KUNTER: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955, İ.Ü. yayını. s. 7.

163. madde, "kamu davasının açılması" başlığından ve tarihçesinden de (6) anlaşıldığı üzere, iddianamenin eksiksiz yazılmasını sağlayan ve bunun için neleril içermesi gerektiğini gösteren bir liste niteliği ağır basan bir maddedir ve bu nedenle 150. maddede düzenlenmiş olan eylemin kendisinin nasıl gösterileceği konusunu ele almamakta, sadece, gösterilen eylemin savcı tarafından kanundaki suçlar arasında hangisini ve hangilerini oluşturduğu mütalaasının da listede yer aldığını hatırlatmaktadır. Bu nedenle olayımızda zaten bu maddeye dayanılamayacağı ve dolayısı ile iddianamede Orman Kanununun 93. maddesinden söz edilmediğine, sadece 191. madde gösterildiğine dayanılarak, "iddianamede ağaç kesme eylemi gösterilmemiştir" sonucuna varılamayacağı görüşündeyiz.

---

(6) 163. madde, kanunumuzun ilk şeklinde savcının kamu davasını iki yolla açabileceğini gösteriyordu. Ya müstantike (sorgu hâkimine) talepmane vererek ilk soruşturma yapmasını, ya da karar hâkimine iddianame vererek son soruşturma açma kararı vermesini isteyecekti. Bununla beraber, kanun daha ilk şeklinde 192. madde ile karar hâkimine başvurma yolunda bir istisna kabul etmiş, sulhlük işlerde iddianamenin doğrudan doğruya sulh hâkimine verilmesini mümkün kılmıştı. 205. madde ise bazı hallerde, bu arada kabahat suçlarında, iddianameye ve son soruşturma açılması kararına ihtiyaç duymamıştı. Geçici 8. madde ise karar hâkimliği kuruluncaya kadar 163 ve 192. maddedeki işleri sorgu hâkimine vermişti. Karar hâkimliği kurulamayınca, 1936'da 163. maddede sorgu hâkimi denildi, 192. madde de ilk soruşturma yapılmayan işlerde kaideyi iddianamenin doğrudan mahkemeye verilmesi biçimine soktu. 205. madde ise kabahat suçlarında iddianamenin nasıl yazılacağını ve sulhlük işlerde iddianamenin sanığa tebliğ edilmeyeceğini belirtti. İlk soruşturmadan sonuç çıkarma işi Almanya'da karar hâkimince yapılan "ara soruşturma" adlı ayrı bir soruşturma çeşidi iken bizde, sorgu hâkimince yapılması yüzünden ilk soruşturmanın bir parçası olarak sayıldığından ve Almanlar ilk soruşturmayı kaldırdıktan sonra, artık her iş iddianame ile mahkemeye geldiğinde davaya bakacak mahkemenin önce, eski ara soruşturma yerine geçen bir soruşturmayı yapıp sonunda son soruşturmanın açılması konusunda karar vermesi sistemini muhafaza ettikleri (StPO 199–211) bizde gözden kaçırılarak, 1985'de ilk soruşturma ile birlikte, Almanların ara soruşturmasını örnek almış olan "son soruşturmanın açılması" başlıklı 4. fasıl (CMK 191–205) de kaldırılınca "hâkim kararı olmadan mahkemeye çıkarılıp sanık sandalyesine oturtulmamak teminatı" bizde bütünü ile ortadan kalktı. Böylece ceza muhakemesi sistemimiz gelişecek ve birincisi polisin yaptığı olmak üzere üç devreden oluşacak yerde, çağların gerisine düşerek önsoruşturma safhası tek devreli oldu. Onun da adı "kamu davasının hazırlanması" olduğundan safha lafı kullanılmaz hale geldi ve dolayısı ile anlamı kalmayan ve çok defa mahkemeye sevk veya duruşma gibi tabirlerle ifade edilen son soruşturmanın adı bile unutulmaya başladı (No. 406, 409, 413). Bu arada 193. ve 205. maddeler kaldırıldığından oralardaki hükümler 163. maddeye nakledildi. Biz, yarınları düşünerek, muhakemenin yenilenmesi gibi talî muhakemelerin ve Memur Muhakemesi gibi özel kanunların da iki safhalı muhakeme düzenlemelerini göz önünde tutarak, önsoruşturma ve son soruşturma terimlerini kullanmaya devam ediyoruz. 163. maddemizin tarihçesi vesilesi ile, bir dip notunda da olsa, ceza muhakemesi hukukumuzun bugün için en önemli saydığımız bu sorununu bir kere daha belirtmeyi ödev bildik.

**3.3.4** 150. maddenin göstermeyi yaparken savcıları serbest bırakışı, elbet göstermeyi onların keyfine bırakmak olarak yorumlanamaz. Savcılar, hazırlık soruşturması sonunda görüp de "gösterdiği" ve suç olarak nitelediği eylemi, kanunun ve hukukun sistemine, mantığın ve dilin kurallarına uygun olarak göstermelidirler. Savcı, fazla olarak 163. madde vesilesiyle belirttiğimiz gibi, hazırlık soruşturması sonunda ortaya çıkan eylemlerin hangi suç veya suçları oluşturduğunu maddeleri ile birlikte açıklayacak, her suç gösterişte onun teknik ve dar anlamda eylemi oluşturan maddî unsurlarını, yani hareket, netice ve nedensellik bağını ve her eylem insan davranışı olduğuna göre suçların, yukarda değindiğimiz gibi, ruhî veya manevî denilen unsurlarının neler olduğunu açıklayacaktır. Ancak belli bir suçun unsurlarının olayda nasıl gerçekleşmiş olduğunun belirtilmesi ile yetinilmemelidir. Mahkeme savcının hukukî değerlendirmesi ile bağlı olmadığından savcının gördüğü suçla ilgili olarak hazırlık soruşturmasında öğrendiği bütün ayrıntıları, kanuni unsurlar dışında kalsalar da belirtmesi gerekir. Bunların hepsinin her davada gösterilmesi gerekmeyebilir. Mesela "sanık mektubunda yazdığı şu ve sözleri ile falancanın haysiyetine tecavüz etmiştir. Bu eylem Ceza Kanununun 482. maddesinin 2. fıkrasındaki söğme suçunu oluşturur" demekle yetinebilir. Mektup dosyada olacağı için mahkeme oradaki diğer sözcüklerle birlikte şu şu diye belirtilen sözleri karşılaştırarak eylemin söğme suçu olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceğini saptayabilir.

**3.3.5** Kararda da belirtildiği üzere, "sanığın... Devlet ormanından kaçak döşemelik meşe ağaçlarını keserek yayla damı yaptığı" sözleri iddianamede yer almıştır. Bu sözlerin makul anlamı, hem kesme eyleminin, hem de dam yapma (işgal) eyleminin maddî yönden gösterilmiş olduğudur. Zira bunların ayrı ayrı gösterilmiş olması için ille "kestiği ve ...yaptığı" denilmesini şart koşan bir dil kuralımız yoktur ve dilimizde "keserek yaptığı" ile kestiği ve yaptığı" sözleri aynı anlama gelmektedir. Azınlıkta kalan üyenin bunu vurgulamamış olmasına rağmen, kararda "iddianamede sanığın kaçak emval kestiğine dair bir fiilden söz edilmemektedir" denilebilmiş olmasını doğrusu anlayabilmiş değiliz. Buradaki "kaçak emval kesme" eyleminin yeni bir kesme eylemi değil, ağaç kesme eylemi anlamına geldiği, iki satır ilerde "ağaç kesme suçundan dava açıldığı kabul edilemez" sözlerinin yer almış olmasından da anlaşılmaktadır.

Olayımızdaki iddianamenin metnine aykırı bulduğumuz bu sözlerin küçük önermede yer alamayacağı ve dolayısı ile sonuç bakımından gerekçe olarak kabul edilemiyeceği görüşündeyiz.

**3.3.6** "İddianame ile davanın eylem bakımından çizilen sınırı" ile "iddianamede gösterilen eylemin sınırı" farklı kavramlardır. Davanın sınırını çizen eylem değiştirilemez. Hep aynı eylem kalmak zorundadır. Bu sınır dışına çıkılamaz. Çıkılmak için yeni bir iddianame gerekir. Buna karşılık, eylemin sınırları çeşitli nedenlerle değiştirilebilir. Kanun buna müsaade etmektedir. Bunun nedeni, savcının bu sınırı, hazırlık soruşturmasında elde edebildiği, tam olmaktan uzak bilgilere dayanarak belirtmiş olmasıdır. Bu sınırın savcı bakımından da geçici olması bu yüzdendir. Savcı, son soruşturmanın sonuç çıkarma devresinde "esas hakkındaki mütalaası"nı bildirirken, duruşmada öğrendiklerine ve hukukî nitelemesine uygun olarak önce çizmiş olduğu eylem sınırlarında elbet değişiklik yapabilecektir.

İtham sistemi, Ceza Muhakemesi Hukukunda artık çok gerilerde kalmıştır. Bugünkü işbiriği sisteminde soruşturma, hele duruşma devresinde, tam kollektif olarak yapılmaktadır. Bunun da amacı, eylem sınırındaki değişiklikleri sağlamaktır. Mahkeme, eylemi, iddianamede gösterilen şekline, yani sınırlara göre değil, duruşma sonunda belirlenen şekle, yani yeni sınırlara göre ele alıp hükmünü verecektir (CMK. 257/1).

Eylem sınırının nerelere kadar değişebileceğini belirlemek için eylemin aynı kalıp kalmadığına bakmak gerekmektedir. Kanun bunu gösterecek ölçüyü açıklamamış, daha doğrusu açıklayamamıştır. Bu konuda bilimsel hukukta çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür (7). Biz, savcının görüp iddianamede maddî yönden gösterdiği eylemin sınırının mahkemece başka bir hukukî niteliğin kabul edilmesinin gerektirdiği ölçüde değişebileceği biçiminde açıkladığımız görüşümüzü (No. 134.4) değiştirmek ihtiyacını duymuyoruz. Bu ölçünün açık olmadığı düşünülebilir. Ama neyleyelim ki bundan daha pratiğini göremiyoruz. Akla güvenip, bütün ayrıntıları gözönünde tutarak eylemin aynı kalıp kalmadığına akla yatkın gerekçelerle makul bir karar vermekten başka çaremiz olmadığını düşünüyoruz.

**3.3.7** İddianamede eylemin maddî yönden gösterilmesi bakımından yasal bir kısıtlamanın 150., 163. ve 257. maddelerde yer almadığını yukarda açıklamaya çalıştık. Bizim görmediğimiz başka bir maddede de yer almadığı sonucuna, olsa elbet gösterilirdi diye düşünerek vardık. Kanunda olmayan veya olduğu gösterilemiyen bir kısıtlamanın yasal olmadığı açık olduğuna

---

(7) Çok ayrıntılı bilgi için Bkz. YURTCAN (Erdener): Ceza Yargılaması Hukuku. 5. bası, İstanbul, 1994, Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 529–558.

göre, 3 numarada gösterilen açıklamaların da gerekçe niteliğinde olmadıkları görüşündeyiz.

Kısıtlama yolunun içtihatla açılmasının istenmiş olması ihtimalini aşağıda 4 numaralı gereçeyi ele aldığımızda inceleyeceğiz.

### 3.4. Dört numaralı gerekçe hakkında görüşümüz

**3.4.1** Benzer olaylarda verilmiş kararlardan çıkarılan ve yeni bir hükümde hukukî değer ölçüsü olarak kullanılan normların bütünü olan "içtihadî hukuk" da bir hukuk normu kaynağıdır. Fakat doğrudan kaynak olmayıp "yazılı olan hukuk" ile "yazılı olmayan hukuk"u, yani doğrudan kaynakları yansıtan "dolayısı ile kaynak"tır. Kanun da denilebilecek olan yazılı hukukun; "yaşayan hukuk" veya "serbest hukuk" da denilen, çok defa hak, hukuk, hakkaniyet, nasafet veya adalet terimleriyle de ifade edilen "yazılı olmayan hukuk"a dayanması gerekir. Bunun içindir ki, mahkemeler ya kanunî normlardaki "yazılı olmayan hukuk"a ters düşen noktaları düzeltmek ya da kanunda gördükleri boşlukları yazılı olmayan hukuka uygun bir şekilde doldurmak amacı ile içtihadî normlar yaratırlar (No. 301, 310).

İncelediğimiz kararın, eylemi maddî yönden gösterme konusunda bir boşluk görülmesi üzerine onun doldurulması amacı ile verildiğini ve şöyle düşünüldüğünü tahmin ediyoruz: "150. madde, maddî yönden eylemi göstermede savcıları serbest bırakmış, şöyle göstereceksin şöyle göstermeyeceksin gibi bir kısıtlama yapmamıştır. Biz ise dava konusu eylemin açıklanması sırasında başka bir eylemden söz edilmesinin o eylem hakkında da dava açıldığını göstermemesi, bir diğer söyleyişle iddianame konusu eylemin iddianamede gösterilen bir başka eyleme dayalı olmadan, bağımsız olarak açıklanması gerektiğini düşünüyoruz ve bu yolda bir kısıtlama yaparak kanunun bu boşluğunu içtihatla doldurmak istiyoruz".

Böyle bir düşünceyle yapılacak kısıtlamanın ilk şartı, bu yolda bir içtihadın "haklı" olduğunu mantıkî delillerle göstermektir. Kararda bu şartın gerçekleştirilmiş olup olmadığını saptamak için, her şeyden önce, gerekçe olarak gösterilenlere baktık ve açıklamaların sonucun gerekçesi niteliğinde olmadıklarını yukarıda göstermeye çalıştık. Bunların dışında nelerin gerekçe olabileceğini araştırdık. Genel nitelikte bir içtihadî norm söz konusu olduğuna göre, bu bahiste iddianamenin özellikleri üzerinde durmak gereğini elbet duymadık. Vardığımız görüşleri aşağıda açıklıyoruz:

**3.4.2** Dayalı ve bağımlı da olsa gösterilmiş eylemlerden dolayı davanın açılmış sayılmasının sanığın savunması bakımından sakıncalı olmadığı, bu bakımdan tereddüt edilemiyeceği görüşündeyiz. Gerçekten kanun savunma bakımından gerekli bütün tedbirleri düşünmüş ve bunları 258. maddesinde belirtmiştir.

**3.4.3** Dayalı ve bağımlı da olsa gösterilmiş olan eylemlerden dolayı 150. maddeye dayanılarak dava açılmış sayılırsa, hangi eylemlerden dava açıldığında tereddüde düşülür diye düşünülerek böyle bir içtihat yoluna gidilmiş ise, bunun da haklı bir gerekçe olamayacaı görüşündeyiz. Bizce tereddüde düşmemenin en iyi çaresi, gösterilmiş her eylemden dolayı dava açıldığını kabul etmektir.

Savcıların kalemlerine gelen yerli yersiz her eylemi iddianamede yazacaklarını ve dava konusu eylemle ilgili olmayan eylemleri de göstereceklerini bir an için bile olsa düşünemediğimizden, bu kabul edişin sakıncalı olmayacağı, bu nedenle de kanunda bu bakımdan da bir boşluk söz konusu olmadığı görüşündeyiz.

**3.4.4** Bu yolda bir içtihat, Ceza Muhakemesi Hukukumuzun gelişme aşamasına da ters düşmektedir. Gerçekten, Ceza Muhakemesi Hukukumuz eski "itham" ve "tahkik" sistemlerini çoktan gerilerde bırakmış olan "işbirliği" sistemini kabul etmiştir (No. 19-21, 33-38, 409). 1789 Fransız İhtilalinin tahkik sistemine tepki olarak ortaya çıkardığı işbirliği sistemi bireyin ve toplumun yararları arasında denge sağlamakta ve diyalektik ihtiyacı ile kollektif olarak, yani iddia, müdafaa ve yargılamanın işbirliği ile yapılmaktadır. Bir diğer söyleyişle taraflar karşılıklı olarak ileri sürdükleri mütalaa niteliğindeki hükümleri ile hem birbirlerini hem de hâkimleri aydınlatmakta ve doğru ve isabetli bir hükme varılması için gereken ışığı elbirliği ile tutmaktadırlar. Artık Ceza Muhakemesi Hukukunda da geçerli olan "davasız yargılama olmaz" diye ifade edilebilecek bir ilke vardır (No. 93), ama bugün de geçerli olan ve eski deyişle aynı kişinin hem kadı, hem davacı olmamasını ve dolayısı ile hâkimlerin tarafsızca karar verebilmelerini sağlayan bu ilkenin, itham sistemindeki dava ile benzerliği yoktur. Zira hem açılan dava eskisi gibi itham etme değil, yeterli şüphe nedeniyle yargılama yapılmasını isteme niteliğindedir, hem de hakimler artık itham sistemindekinin aksine, soruşturma da yapmaktadırlar. Gerçi dava ve dolayısı ile yargılama, iddianamede gösterilen eylem ile maddî bakımdan sınırlanmıştır, ama, hukukî bakımdan hiç bir sınırlama yoktur ve hâkimlerin, hukukî bakımdan serbestçe değerlendirmelerinin gerektirdiği ölçü-

de eylemin sınırlarını, yukarda belirttiğimiz gibi (3.3.6), yeni bir dava açılması ihtiyacını çok azaltacak biçimde genişletebilmeleri kabul edilmiştir.

**3.4.5** Yargılanacak eylemler çok defa birbirine dayalı, birine bağımlıdır. Bunların ayrı davalarının aynı iddianame ile, dayalı ve bağımlı oldukları gerekçesiyle, açılmasını haklı gösterecek hiç bir neden göremiyoruz. Tersine, bunların davalarının birlikte açılmalarında büyük yarar vardır. Bu nedenle göstermeyi düzenleyen 150. maddede boşluk vardır denilemeyeceği görüşündeyiz.

**3.4.6.** Olayımızdaki eylemin maddî bakımdan gösterilmesinde 163. maddeye neden dayanılamayacağını yukarda belirttik (3.3.3). Bu görüşümüz elbet, niteliği gereği genel olan bir içtihat kararında da geçerlidir. Bu nedenle 163. maddeye dayanılmamış olduğunu ummak istiyoruz ve dayanılmış olsaydı bu madde açıkça belirlerdi. Kaldı ki dayanılacak kanun maddesi varken boşluktan söz edip içtihat yoluna gtmenin de anlamı kalmazdı diye düşünüyoruz.

**3.4.7** İncelediğimiz kararın Ceza Genelkurulu'nun duraksamayan içtihadına uygunluğundan söz edilmiştir. Biz, Ceza Genelkurulu'nun böyle bir kararına rastladığımızı hatırlamıyoruz. Acaba unuttuk mu diye şüpheye düşüp Yargıtay Kararları Dergilerinde, daha önceki Resmi Kararlar Dergilerinde, maddelere göre hazırlanmış dizilere dayanarak yaptığımız araştırmada da, bu yazımızın başlığına koyduğumuz soruyu olumsuz yanıtlayan Ceza Genelkurulu kararına rastlamadık. İncelediğimiz kararda misal olarak bir kaç karar, yayınlandığı yer gösterilerek verilmiş olsaydı, hem duraksamama iddiasının dayanağı açıklanmış, hem de kararın değerlendirmesini yapacaklara kolaylık gösterilmiş olurdu diye düşünüyoruz. Bu içtihat acaba ne zamandan beri duraksamıyor? Zira aksini gösteren Ceza Genelkurulu kararları yok değil.

Birkaç misal verelim:

1) Ormandan 7 tane kaçak senik ağacı kesmekten dava açılmış. Beraat kararı verilmiş. Daire,sanıkların eylemi tektir, açılan davada kaçak emvali çıkarma da dahildir, 258 ile vasıf değişikliğinden ek savunma verilmeliydi diyerek bozmuş. Mahkeme bozmaya uymamış. Ceza Genelkurulu, daire haklı diye bozma kararı vermiş (Oybirliği ile) (22/12/1969) (3/50–554) (8).

---

(8) YURTCAN (Erdener): Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2. Cilt, İstanbul, 1988, Kazancı yayını, s. 348.

2) Binadan geceleyin hırsızlık da yaptı diye dava açılmış. 490/1 gösterilmiş. Hırsızlık sabit olmamış. Mahkeme gece binaya girdiğinden CK. 193/2 ile mahkûm etmiş. Daire, "konuta girmeden açılmış dava yok" diye bozmuş. Mahkeme uymamış. Genel Kurul, "hakkında dava açılan eylemin tamamlanan bölümü 193/2 deki suçu oluşturuyor" gerekçesiyle davanın açıldığını kabul etmiş (Oybirliği ile) (24/9/1973 1/102-559) (9). Bu kararla, bir bakıma, hırsızlığa dayalı olarak yapılan açıklama ile davanın açıldığı kabul edilmiştir.

3) İddianamede sanığın Devlet ormanından ağaç keserek tarla açtığı ve bu yere bağ diktiği belirtilmiş, 91/1 gösterilmiş. Mahkeme 93/1 ile cezalandırmış. Daire, yararlanmadan dava açılmadığından dava kapsamı dışına çıkılmış diyerek bozmuş. Genelkurul, "bu yoldaki görüş Ceza Genelkurulu'nun 17/2/73 tarihli 433/825 numaralı emsal kararı ile değişti. Vasıf değişmesi hallerinde eylemin tek kabulü ile CMK 258. gereğince ek savunma hakkı verilmesi esası kabul edildi. Ancak olayda vasıf değişikliği de yok" diyerek hükmü onamış (Oybirliği ile) (4/2/1974, 3/485-77) (10). Sözü geçen emsal kararında hangi gerekçelere dayanıldığı bilemiyoruz. Çünkü yayınlandığına rastlamadık. Olaydaki karar ise iddianamedeki üç eylemi tek saymaktadır ki –bu konu ayrıca tartışılabilir– bu da onlar arasında bağımlı – bağımsız tartışmasının yapılmadığını gösterir.

4) Adam öldürmeye iştirakten dava açılmış. Sanığın eyleminin cesedi saklayıp gömmek olduğu anlaşılmış. Mahkeme CK. 297 ile mahkûm etmiş. 258 ile ek savunma verilmemiş diye bozulmuş. Mahkeme, esas hakkındaki mütalaada savcı CK. 297 ile ceza istediği için savunma alınmıştır diye bozmaya uymamış. Ceza Genelkurulu, bu durumda ek savunma gerekmez, Genelkurulun yerleşmiş içtihadı bu yoldadır diyerek mahkemeyi haklı bulmuş (Oybirliği ile) (11/6/1979, 1/218-271) (11). Bu kararla, dayalı, bağımlı olarak dahi gösterilmemiş bir eylemden dolayı dava açıldığı, yine vasıf değişikliğine dayanılarak kabul edilmiş.

5) Kaçak ağaç kesmeden dolayı dava açılmış. İddianamede 91/1 gösterilmiş. Mahkeme sanığın eyleminin ormandan kaçak emval çıkarma olduğunu görmüş, ama bundan dava açılmamış diye ağaç kesmeden beraat ka-

---

(9) ÇAĞLAYAN (M. Muhtar): Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt 2, 1981, s. 609-700.

(10) ÇAĞLAYAN: age., C. 2, S. 731.

(11) ÇAĞLAYAN: age., C. 2, S. 721.

rarı vermiş. Daire, vasıf değiştirme veya başka nedenlerle ayrı ayrı yargılanmasına kanun elverişli değil, 258 ile ek savunma verilmeliydi diye bozmuş. Mahkeme bozmaya uymamış. Genelkurul, daireyi haklı bularak uymama kararını bozmuş (Oybirliği ile) (16/4/1979, 3/102-174) (12). Bu kararla da dayalı veya bağımlı olarak dahi gösterilmemiş bir eylemden dolayı, vasıf değişikliğine dayanılarak, davanın açılmış olduğu kabul edilmiş.

**3.4.8** İncelediğimiz kararda ileri sürüldüğü gibi yerleşmiş bir içtihat olsa dahi, içtihatlarda devamlılık daimilik demek değildir. Kimse hukukî değerlendirmesinin, karar şeklinde de olsa, mutlaka doğru olduğunu, hele ilerde de oğru sayılacağını iddia edemez. Bugün azınlıkta olan görüşün yarın çoğunluk tarafından benimsenip doğru sayılması mümkündür (No. 22).

**3.5. Sonuç hakkında görüşümüz**

Yukarda ayrıntıları ile belirttiğimiz üzere:

a) Gerekçe kısmında yer aldığı için bizim de gerekçe imişçesine ele aldığımız ve 1 ve 2 numarada gösterdiğimiz açıklamaların, varılan sonucunmantık bakımından gerekçesi niteliğinde olmadıkları,

b) 3 numarada ele aldığımız asıl gerekçe denilebilecek olan açıklamanın da 150. maddeye ve dolayısı ile kanuna ters düştüğü,

c) Kanunda boşluk görmediğimizden, içtihatla bir norm yaratılmasını haklı gösterecek bir neden bulunmadığı,

ç) İddianamede gösterilmiş olan eylemlerin her birinden dolayı dava açılmış sayılıp yargılama yapılmasının uygulama yönünden çok yararlı olduğu,

d) Üstelik, aynı davanın bakılmış (No. 65) veya bakılmakta (No. 66) olmasının sonuçları bakımından da bunun zorunlu olduğu görüşündeyiz ve bu nedenle Ceza Genelkurulu'nun, ele aldığımız kararının 1. bölümünde vardığı "ağaç kesme eylemi hakkında dava açılmamıştır" sonucuna katılamamaktayız.

—oOo—

(12) ÇAĞLAYAN: age., C. 2, S. 723.

# CEZA DAVASININ KONUSU, SINIRLARI, YARGICIN NİTELEME (TAVSİF) YETKİSİ, FİİLİN AYNILIĞI VE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ ÇERÇEVESİNDE BİR YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

**Prof. Dr. Erdener YURTCAN (*)**

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. 1- Ceza davasının konusu ve sınırı. 2- Fiilin aynılığı. 3- Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının değerlendirilmesi. Görüşüm.*

## GİRİŞ

İnceleme konusu olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında yukarıda başlıkta sözü edilen kavramlar ele alınmaktadır. Ceza Yargılaması Hukukunun temel kavramlarından olan, davanın konusu ve sınırları ile ceza yargıcının uyuşmazlığı çözerken kendisine çizilen sınır yönünden, bu karar vesilesi ile bazı açıklamaların yapılması, Yüksek Yargıtay'ın uygulamasına yön verebilecektir.

### 1– Ceza Davasının Konusu ve Sınırı

Bu kavram ceza yargılamasındaki önemi nedeniyle ceza yargılaması hukukunda şiddetli doktrin tartışmalarına neden olmuştur. Bu nedenle konuyu "Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm" isimli kitabımda geniş bir biçimde ele almıştım. Burada aynı hususları tekrar etmeksizin görüşümü açıklamak istiyorum.

Önce belirteyim ki, ceza davasının konusu kavramının, bunu fiil veya olay olarak ele alan ve niteleyen görüşlerden çıkarılabileceği fikrindeyim. Bu

---

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

bakımdan ceza davasının konusunu, devletin cezalandırma talebine veya davacının neticei talebine bağlayan düşünceler reddedilmelidir. Bu iki görüşü reddeden yazarların fikirlerine aynen katılıyorum. Kanımca ceza davasının konusu kavramı veya bir başka deyişle, bir ceza davasında ne ile uğraşıldığı ve neye hükmedildiği konusunda bunu şöyle veya böyle bir fiil, bir olay veya maddi vakıalar bütünü olarak ele alan görüşlerin esas alınması fikrindeyim. Bu şekilde bir sınırlandırmayı yaptıktan sonra, bu grup içinde dava konusu kavramının tayini isabetli olacaktır. Bu konuda görüşümü açıklarken, bu grup içinde yer alan düşüncelerin de eleştirisel bir gözle ele alınmasını faydalı bulmaktayım. Bu düşüncelerin ışığı altında belirteyim ki, ceza davasının konusunu "tarihi olay olarak" ele alan, bunu tabii bir görüş içinde, hayattaki tabii telakkilere göre değerlendiren bu tarihi olay içinde hakimin araştırma ve tavsif yetkisini kabul eden, ancak bunun sonucu olarak dava konusuna farazi bir nitelik tanıyan görüş bence kabul edilemez. Bunun sebebi şudur: Bu görüş dava konusunda sınırları belli ve açık ve seçik bir kritere dayanmamakta ve değerlendirmeyi yapan kişiye göre değiecek bir kriteri öngörmektedir. Oysa, ceza yargılaması alanında dava konusu kavramı belirtilirken, bunun kesin kritere dayanması hem yargılamanın sınırını, hem de kesin hükmün önleme etkisini tespit yönünden zorunlu olacaktır. Özellikle önleme etkisi yönünden kesin olmayan kaypak bir kriter getirildiğinde, sonradan yeni bir yargılamaya cevaz olup olmadığı araştırılırken, bunu yapan kişinin şahsi düşüncesine göre buna cevaz verilecek veya verilmeyecektir. Öyle sanıyorum ki, tarihi olayı tabii telakki içinde ele alma kriteri bu konuda farklı sonuçlara varmaya çok müsait bir kriterdir, bu bakımdan kabul edilemez.

Öte yandan dava konusunu normatif ve hukuki kriterlere göre tayin ederek sonuca ulaşmayı amaçlayan görüş de bence tek başına kabul edilemez ve yeterli olamaz. Ayrıca bu görüşün eksikliği kendini, ceza hukuku kavramlarını, ceza yargılaması hukukuna aktarması noktasında göstermektedir. Hatırlanacağı üzere bu görüşün ana dayanağı, yargılamanın konusunu teşkil eden insan davranışlarını, fiilleri, bazı kalıplara, normlara sokarak bir sonuca ulaşmaktı. Bu da ceza hukukunun fiil olarak gösterdiğini davanın konusu içinde saymak ve böylece yargılama hukuku anlamındaki fiil kavramına bağımsızlığını kaybettirmek sonucuna götürecektir.

Bu açıklamalardan sonra diyebilirim ki, ceza davasının konusu, fertlerin hayatlarından alınan belli bir kesintinin ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku bakımından değerlendirilmesidir. Ancak bu değerlendirme yapılırken

buna bir sınır çizilmesi de zorunludur. Bu sınırlama maddi vakıalar karışımı ile yapılabilir ve bu sınırlamanın da dava açılırken iddianamede yapılması gereklidir.

Buna göre bence bir ceza davasının konusu iddianamede belirtilen maddi vakıalar karışımı ile sınırlandırılan insan davranışlarıdır. Bu sınırlar içinde hakim araştırma ve tavsif etme yetkisine sahiptir, bu sınırın dışına çıkıldığında, dava konusu da aşılmış olacaktır. Görüldüğü gibi, mahkemenin araştırma ve tavsif yetkisinin hukuken değil, fakat maddi olarak sınırlandırılmasına taraftarım.

Ancak dava konusunun bu biçimde ele alınması, yalnız neyin dava konusu olduğunu gösterebilir. Bunun dışında ayrıca dava konusunun ne zaman aynı olduğu probleminin de çözülmesi, özellikle önleme etkisinin kapsam ve sınırının tayini bakımından önem taşır. Bu sebeple ikinci bir değerlendirmenin de yapılması zorunludur. Fakat bunun yapılabilmesi için, ne zaman fiilin aynı olduğu ve ne zaman olmadığının tespiti zorunludur. Bu bakımdan kanaatimce bu alandaki görüşler ele alınmalı, bu konuda bir sonuca ulaşıldıktan sonra, dava konusunun sınırı da bu sonuca göre çizilmelidir.

Özet olarak belirtmek gerekirse diyebilirim ki, ceza davasının konusu, iddianamede yer alan maddi vakıalardan doğan insan davranışlarıdır. Ancak dava konusunun bu şekilde belirtilmesi yeterli değildir, ayrıca bunun diğer kriterlerle tamamlanması zorunludur. Bu tamamlayıcı kriteri elde edebilmek için ise, kesin hüküm önleme ektisinin fiilin aynılığı unsuruna başvurmak gerekir. Böylece fiilin ne zaman aynı ve ne zaman farklı olduğu tespit edildikten sonra, fiilin aynı olduğu durumların da davanın kapsamına girdiğini, bu konuda da yargılama yapmak ve hüküm vermek gerektiği sonucuna varılmalı ve bu fiiller sonradan ayrı bir davanın konusu olamamalıdır.

**2– Fiilin Aynılığı**

Fiilin aynılığı kavramı da ceza yargılaması hukuku doktrini ile uğraşanlara kök söktüren bir kavramdır. Bu niteliği ile de doktrinde önemli bir yer tutar.

Bu kavramı "Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm" isimli kitabımda derinlemesine incelemiş ve doktrindeki çeşitli görüşleri aktarmış bulunmaktayım. Bunları tekrar etmeksizin, fiilin aynılığı konusundaki görüşümü aktarıyorum.

Kanaatimce dava konusunun tesbitinde olduğu gibi, fiilin aynılığı unsuru da tesbit edilirken, bu tesbitin tek başına tabii kriteri veya hukuki ve normatif kriteri esas alarakyapmanın istenen sonucu, yani bütün problemlerin çözümü için tek ve uygun kriteri ortaya koymak yönünden, yeterli olamayacağını belirtmeye çalışmıştım. Bu sonuca varışımın sebebini,dava konusu alanındaki görüşümü açıklarken belirttiğimden, tekrar üzerinde durmayı gerekli bulmuyorum.

Kesin hükmün önleme etkisinin gerçekleşebilmesi için, bunun en önemli unsuru olan fiilin aynılığı unsurunun da gerçekmeşmesi zorunludur. Fiilin aynılığının ne zaman gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, dava konusunun ne olduğunun tespiti ile yakından ilgilidir. Hatta diyebilirim ki, ceza davasının konusunu tespit ettikten sonra, bunun kapsamının tayini, aynı zamanda fiilin de ne zaman anı olduğunun tayini demektir. Çünkü bu yolla herhangi bir fiilin dava konusuna dahil olup olmadığına karar verilecek ve bir fiilin dava konusuna dahil olduğu sonucuna varıldığında, bu fiilin yargılanmış olacağı ve aynı fiilden dolayı yeniden bir yargılama yapmanın imkânsız olduğu neticesi de kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Başka bir deyişle, ancak daha önceden bir yargılamanı konusunu teşkil etmiş bulunan fiil, ikinci bir yargılamaya engel olur. Aksi halde önleme etkisi yönünden fiilin aynılığı unsuru eksik kalmış demektir ve bu durumda önleme etkisinden söz edilemez.

Hatırlanacağı üzere, ceza davasının konusu hakkındaki görüşümü açıklarken, bunu iki aşamada gerçekleştireceğimi ifade etmeye çalışmıştım. Yine kısaca tekrar edeyim ki, bence dava konusu tespit edilirken önce birinci aşamada "nedir" sorusuna, ikinci aşamada bunun sınır ve kapsamı üzerinde durularak "ne kadar", "ne ölçüde" sorularına cevap aranmalıdır.

Kanımca dava konusu, iddianamede belirtilen fiillerdir. Fiillerin iddianamede belirtilmesi maddi vakıaların belirtilmesi ile olur. Maddi vakıaların iddianamede belirtilmesi, dış dünyada değişiklik meydana getirmiş bulunan bazı olayların anlatılması, tasvir edilmesi ile gerçekleşir. Buna bir davanın konusunu teşkil etmesi istenen fiilin ferdileştirilmesi de denebilir. Ferdileştirmeyi gerçekleştiren unsurlar olarak, örneğin fiilin işlendiği yer, zaman, icra vasıtaları ve şekli sayılabilir.

Bu şekilde dava konusu nedir sorusuna cevap verilmiş olur. Ancak bunun sınır ve kapsamının tayini için ek kriterlere ihtiyaç vardır. Bu kriterler de

fiilin aynılığını açıklamak için ileri sürülmüş bulunan görüşlerden çıkarılmalı ve böylece hem dava konusunun kapsamı tayin edilmeli, hem de hangi durumlarda fiilin aynı olduğu tespit edilmelidir.

Kanaatimce fiilin aynılığı unsuru tespit edilirken, hukuki normatif ve tabii kriterler birlikte uygulanmalıdır. Ancak bu şekilde hukuki veya tabii kriteri tek başına uygulayarak, fiilin aynılığı ile ilgili sorunları çözmek amacına yönelen görüşlerin eksik kalan noktaları tamamlanmış ve bütün problemlerin çözümü için yeterli ve geçerli bir kriter elde edilmiş olur.

Bence fiilin aynılığı tespit edilirken ferdileştirilmiş fiil ve fiilin hukuki konusu kavramları üzerinde durulmalı ve bunlardan oluşan bir kriter bulunmaya çalışılmalıdır. Bunun için de ağırlık noktasını ferdileştirilmiş fiil kavramı teşkil etmeli ve fiilin hukuki kavramı da yardımcı kavram olmalıdır.

Daha önce de belirttiğim gibi, ceza davasının konusu maddi vakıalarla iddianamede ferdileşmiş olan fiildir, yani bir olaydır. Bu konuda en önemli nokta, yargılamanın ferdileştirilmiş fiille sınırlı oluşudur. Mahkeme hüküm verirken fiilin dışına çıkamaz veya bir başka deyişle fiili değiştiremez. Bu noktada akla bir soru gelebilir. Bu da iddianımede belirtilen maddi vakıalardan başka maddi vakıaların yargılanma sırasında ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığıdır. Kanaatimce işte bu noktada yardımcı kriter harekete geçirilmelidir. Buna göre, yargılama sırasında yeni vakıaların ileri sürülmesi, ancak bunların yargılanan ferdileştirilmiş fiile aynı hukuki konuya ait olmaları halinde mümkündür. Şayet yeni ileri sürülen veya sürülmek istenen maddi vakıalar yeni bir hukuki konuyu ortaya çıkarıyorsa, bunları ileri sürülmesi mümkün değildir.

Bu noktada fiilin hukuki konusundan ne anladığımı da açıklamam gerkir. Bence fiilin hukuki konusu kanun koyucu tarafından tespit edilmiş bulunan hukuki normlar, kalıplardır. Hukuki konunun aynı olup olmadığı, müşahhas durumun kanunda yer alan kalıplara olan uygunluğuna göre tayin edilir. Örneğin, söz konusu durumun "şahıslara karşı suçlar", "mal aleyhinde suçlar" veya "hürriyet aleyhinde suçlar" şeklinde belirtilmiş bulunan çerçeve normlara uygun olup olmadığı önemlidir. Bu husus da bir yorum ve tavsif meselesi olacak ve fiilin genel hatları içinde değerlendirilmesi ile gerçekleşecektir. Bu değerlendirmeyi de yargılamada taraflarla, yani iddia ve müdafaa makamı ile yargı makamı birlikte yapacaktır. Yapılan böyle bir değerlendirme sonucunda, fiilin hukuki konusunun aynı olup olmadığı sonucuna varı-

lacaktır. Eğer çıkarılan sonuç fiilin yöneldiği hukuki konunun ve yeni ileri sürülen maddi vakıaların aynı hukuki konuya girdiği noktasında birleşirse, bu maddi vakıaların dava konusuna ve yargılanan fiile dahil olduğu sonucu da doğacaktır. Fakat aksi sonuca varıldığında, bu vakıalar yargılama sırasında ileri sürülemeyecektir.

Sorunu daha iyi aydınlatabilmek için diğer yazarların da üzerinde durdukları örnekleri ele alabiliriz.

Sanık meskûn yerlerde silah atmak fiilinden dolayı yargılanırken, sanığın attığı kurşunlardan biriyle bir şahsın ölümüne sebebiyet verdiği vakıası ileri sürülebilecek midir? Kanaatimce yargılamanın konusu sanığın meskûn yerlerde silah atmak şeklindeki fiili olduğuna ve dava da bu fiili araştıran maddi vakıalarla sınırlandırılmış bulunduğuna göre, bu dava içinde "ölüm" vakıasının ileri sürülmesi mümkün değildir, çünkü –kabul ettiğim kriter gereğince– bu başka bir hukuki konuya girmektedir. Gerçekten meskûn yerlerde silah atmak fiili "kamunun düzeni"ni koruduğu halde, adam öldürme fiilinin cezalandırılmasının sebebi "yaşama hakkı"nın bir gereğidir.

Diğer taraftan aynı konuda şu örnek de gözönünde tutulmalıdır. Sanık müessir fiilden dolayı yargılanırken, mağdur failin fiili neticesi ölmüştür. Bu durumda "ölüm" maddi vakıasını bu dava içinde ileri sürmek mümkün müdür? Kanaatimce soruya olumlu cevap vermek gerekir, ileri sürülen "ölüm" vakıası yargılamanın konusuna dahil edilebilir. Bunun sebebi hukuki konunun değişmemesi, "şahsa karşı bir suç" normunun varlığını korumasıdır.

Bu örneklerden çıkan sonuçlarla mahkemenin tavsif görevinin sınırlarını da yeterince çizdiğim kanaatindeyim. Şöyle ki, mahkemenin tavsif görevi, fiili ferdileştiren maddi vakıalar ve yargılama sırasında bu fiille aynı hukuki konuya dahil olabilen maddi vakıalar ile sınırlıdır. Mahkeme bunların dışına çıkamaz, ama bu sınır içinde dilediği biçimde bir niteleme ile hüküm verebilir.

İncelememizin ikinci aşamasında belli bir fiilin yargılanması kesin hükümle sonuçlandıktan sonra, ortaya çıkan yeni maddi vakıaların yeni bir fiil sayılarak yeni bir yargılamaya cevaz verip vermeyeceğini tespit etmek zorundayız.

Bunun için ise yine, yeni ortaya çıkan maddi vakıaların bir fiili yeterince ferdileştirmeyi gerçekleştirmesi zorunludur. Bu şartın gerçekleşmiş sayılabil-

mesi için, yeni vakıaların yeni bir hukuki konuyu mümkün kılıp kılmadığına bakmak gerekir. Şayet yeni bir hukuki konu ortaya çıkarsa, önceki fiille yeni fiilin aynı olmadığı ve bu sebeple yeni bir yargılamanın mümkün olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, sanık meskûn yerlerde silah atmaktan dolayı kesin hükümle mahkûm olduktan sonra, bu atışlardan biri neticesinde bir şahsın öldüğü anlaşıldığında, sanık adam öldürmeden dolayı yeniden yargılanabilecektir. Bunun sebebi bu şekilde bir maddi vakıanın hakimin önüne götürülmemesi sebebiyle yargılanmış bulunan fiilin dışında kalmış olması ve ayrıca sonradan ortaya çıkan bu maddi vakıanın yeni bir hukuki konuyu gerçekleştirecek nitelikte olmasındandır. Halbuki sanığın sövme fiilinden dolayı kesin hükümle mahkûm olmasından sonra, sanığın mağdura maddei mahsusa isnat ederek onu tahkir ettiğinin ortaya çıkması halinde, gerçi bu maddi vakıa yargılama sırasında hakimin önüne götürülmüş değildir, ama bu vakıa önceki yargılamanın konusunu teşkil eden hukuki konuyla aynı nitelikte olduğuna göre, yeni bir fiil değildir.

Kabul ettiğim kriter kanaatimce iştirak ve teşebbüsten doğan sorunların da çözülmesini kolaylaştıracak niteliktedir. Şöyle ki, sanığın önce herhangi bir fiile eksik teşebbüsten yargılanmasından sonra hüküm kesinleştikten sonra aynı fiile tam teşebbüsten dolayı –ek maddi vakıalar ortaya çıksa bile– yargılanması gerekir. Çünkü yargılamanın konusunu teşkil eden fiiller aynı hukuki konuya yönelmiş bulunmaktadır. Aynı sonuç iştirak hükümleri için de geçerlidir. Diğer hükmün kesinleşmesinden sonra failin olaydaki rolünün farklı olduğunun anlaşılması halinde de uygulanabilecektir. Örneğin, fail önceden taksirle müessir fiilden kesin hükümle mahkum olmuşsa, sonradan fiili kasten işlediğinden dolayı yeniden yargılanması mümkün değildir.

## 3– YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Daha önceki bölümlerde yaptığım açıklamaların ışığı altında, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.3.1994 tarih ve 1994/4-59 esas, 1994/82 karar sayılı kararı ile ilgili şu hususlar belirtilmelidir.

Olayda sanık hakkında tehdit suçundan kamu davası açılmış, yapılan yargılama sonunda sanık bu suçtan cezalandırılmıştır.

Sanık bu kararı temyiz etmiş, 4. Ceza Dairesi kararı oyçokluğu ile onamıştır. Onamaya karşı olan düşünceye göre, olayda sanık sahte isim kullanarak tehdit mektubu yazmıştır. Bu nedenle sanık hakkında tehdit suçunun

yanısıra evrak sahteciliğinden de kamu davası açılmıştır. Sanık her iki suçtan yargılanmalıdır. Bu nedenlerle de esas mahkemesinin hükmü bozulmalıdır.

Yargıtay C. Başsavcılığı Dairenin onama kararına itiraz etmiş, iddianamede taklitle oluşturulan mektuptan söz edilerek tehdidin yapıldığının belirtilmiş olması karşısında, evrak sahteciliği ve tehditten dava açıldığının kabulü gerekir. Olay, TCK.nın 79. maddesi doğrultusunda değerlendirilmeli ve sanık hakkında TCK.nın 345. maddesi uygulanmalıdır, düşüncesi ile onama kararının kaldırılmasını ve kararın bozulmasını istemiştir.

Ceza Genel Kurulu ise, olayda özel daire ile C. Başsavcılığı arasındaki anlaşmazlığın, sanık hakkında sahtecilik suçundan da dava açılmış olup olmadığı noktasında olduğunu, sorunun çözümü için CMUK.nın 150 ve 257. maddelerine göre hareket edilmesi gerektiğini, bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan bahsedilmesinin, o olay hakkında da dava açılmış olacağını göstermeyeceğini, dava konusu yapılacak eylemin, iddianame, yargılamanın gerekliliği kararı ya da şahsi dava dilekçesinde bağımsız olarak ve başka bir olaya dayalı olmadan açıklanmasının gerektiğini,aksi halde, hangi eylemden dolayı dava açıldığının ve hangi iddiaya karşı savunma yapılacağı hususunda karışıklık çıkacağını, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun uygulamasının da bu yönde olduğunu, incelenen dosyada, davanın dayanağını oluşturan iddianamede sanığın tehditten başka ayrıca sahtecilik suçunu işlediğinden bahsedilmiş olduğunu, tehdit suçundan söz edilirken, mektup yazıldığının söylendiğini, bunun sahtecilik suçundan da dava açıldığı anlamına gelemeyeceğini belirterek, C. Başsvcılığı'nın itirazının reddine karar vermiştir.

Çoğunluk düşüncesine katılmayan 4. Ceza Dairesi Başkanı Sami Selçuk, ceza davasının konusunun iddianamede açıklanan eylem/eylemler olduğu, bu noktada nesnel ölçütlere gerek bulunduğu, davayı açan savcının iradesinin uyuşmazlığın konusunu belirleyemeyeceği, olayda sanığın başkasının adını kullanarak mektup yazdığının iddianamede yer aldığı, bu durumda sahteciliğin de davaya konu olduğu, savcının iradesinin yorumlanması yoluyla ceza davasının konusunun tespit edilemeyeceği, bunun öznel ölçütlere dayanmak olacağı düşünceleri ile C. Başsavcılığı'nın düşüncesinin yerinde olduğunu belirtmiştir.

**G ö r ü ş ü m**

İnceleme konusu karara konu teşkil eden kavramlarla ilgili olarak yukarıya aktarılan bilgilerin değerlendirilmesi ile sonuca ulaşılabileceği kanaatindeyim.

Ancak sorunu ve çözümü tam bir açıklığa kavuşturmak için şu hususları göz önünde bulundurmalıyız:

Savcı sanık/sanıklar hakkında dava açarken yazdığı iddianamesinde mahkeme önüne götürmek istediği uyuşmazlığı hikaye etmelidir. Bunun anlamı şudur: İddianame okunduğunda isnadın ne olduğu, sanığa hangi suçun yüklendiği açık ve seçik biçimde anlaşılmalıdır. Bu, uyuşmazlığı çözecek yargıç için iyi bir yol gösterici olduğu ve davanın konusunu ve sınırlarını çizdiği gibi, savunma yanlarının da hangi konuları ele almaları ve karşı tezi oluşturmaları için aranacak bir temeldir.

Savcı olayı hikaye ederken, sanığa yüklenen fiilin bütün ayrıntılarına yer vermese bile, sanığın yargılanmasını istediği "olayı" tüm açıklığı ile, kim, nerede, kime karşı, hangi araçlarla, hatta hangi amaçla hareket etmiştir gibi hususları belirtecek, bunun üzerine sanığa yüklediği "suçu" bina edecektir. Bu noktada savcıya yardımcı olacak bir etmen daha vardır. Savcı iddianamenin bir unsurunu oluşturan sevk maddeleri bölümünde de sanığa yüklediği suç/suçları belirtecektir. Bu bölüm de savcının amacını açıklığa kavuşturması bakımından bir olanaktır. Ancak bir noktaya dikkat çekmek isterim. Savcının hangi eylem/eylemler için dava açtığının temel göstergesi, sevk maddeleri değildir, fakat iddianamede yer verdiği "hikaye" bölümüdür. Bu nedenle sevk maddeleri içinde yer almayan, fakat iddianame okunduğunda açıkça anlaşılan bir eylem de davanın konusuna girmiş olacaktır.

Bu noktada Yargıtay'ın kökleşmiş içtihadında yer alan bir ilkeden söz etmek yerinde olur (Örnek olarak, Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'nun 22.2.1990 tarih, 1990/1 esas, 1990/1 karar sayılı kararı, yine aynı Kurul'un 26.5.1988 tarih, 1988/3 esas, 1988/3 karar sayılı kararlarına bakılabilir). Bu ilke şudur: Yüksek Yargıtay'a göre, ceza dairelerinin görevini belirlemede, davadaki tavsif esas alınır. Bir olayın açıklanması sırasında, bir başka olaydan söz edilmesi, o olay için de dava açıldığını göstermez. Dava konusu yapılacak eylemin açıklıkla ve bağımsız olarak belirtilmesi gerekir.

Bu düşüncelerde haklılık payı vardır. Savcı iddianamesini yazarken uyuşmazlık konusu eylemi anlatmak amacı ile bir başka olayı da zikrettiğin-

de, adeta satır arasında birkaç sözcükle bir olaydan söz edilmesi, o olayı da davanın konusu haline getirmeyecektir. Fakat burada ölçüt nedir? Ne zaman bir iddianamede birden çok eylemin mahkeme önüne getirildiği ya da getirilmediğini nasıl anlayacağız? Bu konuda bence şöyle düşünülmelidir: Savcı iddiasını kaleme alırken anlattığı olay/olayların amacı sanık/sanıklara yüklediği suçları belirtmektir. Savcı bunu yaparken, açık bir anlatımla, iddianamesini suçun unsurlarının ve uygulanacak hükümlerin çıkarabileceği bir temele oturtmalıdır. Böylece, yukarıda da belirtmeye çalıştığım gibi, kim, kime karşı, nasıl, hangi araçlarla, nerede, hangi amaçla sorunlarına mümkün olduğu kadar açıklık getirecek bir yaklaşım içinde bu husus ele alınmalıdır. Yoksa uygulamada çoğu kez karşılaşıldığı gibi, "dosya içeriğine göre" gibi ibarelerle bir yere varılamayacağı tabiidir.

Bu şartlar içinde konu ele alındığında, kanaatimce Yargıtay kararlarına konu olan, bir olaydan söz ederken, bir başka olaydan da söz edilmesi, ikinci olay için dava açıldığını göstermez, düşüncesi haklılık kazanır ya da kazanamaz. Yüksek Mahkemenin de belirttiği gibi, yukarıdaki ölçütlerle ancak bir iddianamede bir eylem bağımsız bir biçimde yer almış mıdır sorusuna açıklık getirilebilir ve buna göre ceza davasının konusu ortaya çıkarılır. Tabii buna bağlı olarak da sanık hangi eylem/eylemlerden yargılanmıştır ve kesin hükmün önleme etkisi doğmuştur ya da doğmamıştır sorunu da birlikte çözülecektir.

Bu anlatılanların ışığı altında, sorunu çözüme kavuşturmak istediğimizde, şu noktaları olaydaki yargılamada dikkate almalıyız: Savcı iddianamesini yazarken sanığın sahte isim kullandığını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme –kararda açık olarak yer almamakla birlikte– yaptırdığı bilirkişi incelemesi ile, mektuptaki yazıların sanığın eli ürünü olduğunu tespit etmiştir.Fakat bu tespitini yalnızca tehdit suçunun oluştuğu noktasında kullanmıştır. Oysa yapılan yargılamada sanığın sahte isim de kullandığı tespit edildikten sonra, bu noktada sanık için evrak sahteciliğinden de dava açıldığı hususu davaya ithal edilebilir ve TCK.nın 79. maddesi çerçevesinde, TCK.nın 191 ve 345. maddeleri arasındaki ilişki kurulabilirdi.

Olayda ilginç olan nokta, tartışılan suçun bir evrak sahteciliği olmasıdır. Bu suç, niteliği yönünden bazen bir isim, bazen bir imza, bazen bir sayı üzerinde tahrifat yapılması ya da bu konularda sahte içerik oluşturulması ile gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle, belki başka suçlar için iddianamede açık ve bağımsız biçimde yer almıştır ya da almamıştır tartışması yapılırken,

daha ayrıntılı olgulara ihtiyaç duyulabilecektir, fakat konu evrak sahteciliği olunca, iki eylemin, tehdit ve evrak sahteciliğinin aynı iddianame içinde yer aldıkları sonucu daha kolay kabul edilebilecektir.

Sonuç olarak şu husus da kanaatimce önem kazanmaktadır: Bir iddianamede kaç eylemin, ya da hangi eylem/eylemlerin davaya konu edildiklerinin değerlendirmesi yapılırken, savcının anlatımı esas alınacaktır, fakat bunlar objektif olgulara dayandırılacaktır. Bu anlatım içinde birden çok eylemin varlığı ya da yokluğu konusunda sonuca varılırken, somut olayda hangi suçların söz konusu olduklarının da dikkatten kaçırılmaması gerekir.

Kesin hükmün önleme etkisi ile yakın ilgisi ve ilişkisi nedeni ile bu konu ceza yargılamasının temel konularından biri olma özelliğini her zaman koruyacaktır.

—oOo—

# ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK / DOLANDIRICILIK / İNANCI KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARIYLA İLGİLİ CEZA GENEL KURULUNUN BİR KARARI ÜZERİNE

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *I- Karar. A- Olay. B- Yerel mahkeme kararı. C- İtiraz. D- Ceza Genel Kurulu Kararı. E. Azınlığın/Özel Dairenin görüşü. II- Görüşlerin değerlendirilmesi. A- Eylemlerin nitelendirilmesi açısından. a- Özel belgede sahtecilik cürmü açısından. b- İnancı (güveni) kötüye kullanma cürmü açısından. aa- Hukuksal konu. bb- Önkoşul. cc- İşleniş biçimi. dd- Kasıt öğesi. B- Suçluların birleşmesi (içtimaı) açısından. a- Olayda ileri sürülen görüşler. b- Dolandırıcılık ve özel belgede sahteciliğin cürümlerinin birleşmeleri sorunu. III- S o n u ç.*

## I– KARAR

1. Yüce Ceza Genel Kurulunun 30.5.1994 tarih ve 131/154 sayılı kararı, ceza hukuku anlayışımızı sergilemesi açısından incelenmeye ve üzerinde uzun uzun düşünmeye değer görüşler yansıtmaktadır.

C. Başsavcılığının itirazı üzerine verilen kararı iyi algılayabilmek için, olayı, yerel mahkeme kararını, itiraz nedenlerini ve Yüce Genel Kurulun çoğunluk ve azınlık gerekçelerini sergilemekte yarar vardır.

### A– Olay

2. Kabul edilen eylemler şunlardır:

Sanık, halı taciri olan yakınanın işyerinde çalışmaktadır. İşyerinde kredi kartıyla alışveriş yapılabilmektedir. Sanık kart makinesinde örneklerini çıkar-

---

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı.

dığı kartlara alıcıların imzalarını almakta ve iş sahibi tacirin verdiği yetkiye dayanarak bunların içerdikleri tutarı bankadan çekmektedir. Bu yöntemle alışveriş yapan kredi kartı sahibi alıcılardan birinin kartının iki örneğini kart makinesinde çıkaran sanık, bunlardan bir tanesine alışveriş yapan kişinin gerçek imzasını alarak içerdiği tutarı bankadan çekmiştir. Daha sonra ise öbür örneğe bu kez alıcının taklit imzasını atmış ve bankadan yine tutarını çekmiştir. Ancak, kart sahibi böyle bir alışveriş yapmadığını ve imzanın kendine ait olmadığını belirtince olay ortaya çıkmış; sanığın bu yolla çektiği para ve ceza toplamı olan 12.080 dolar işyeri sahibi yakınanca ödenmiştir.

**B– Yerel Mahkeme kararı**

3. Sanık, T.C. Yasasının 345, 80, 59 ve 510, 522, 59, 71. maddeleri uyarınca özel belgede sahtecilik ve inancı kötüye kullanma suçlarından dolayı hüküm giymiştir.

Yüksek 9. Ceza Dairesi hükümleri (iki hüküm olduğu halde kararda hüküm deniyor) onamıştır.

**C– İtiraz**

4. C. Başsavcılığı, tırnak içinde olduğu gibi sunduğum nedenlere dayanarak karara itiraz etmiştir:

a– "Bir fiil, ancak bir suçu teşkil eder".

b– "Fiil kavramı kasıtta birliği gerektirir".

c– "Fail bir neticeyi gerçekleştirmek için, birden fazla hükmü ihlal ettiğinde ihlal sayısınca ve aynı sayıda cezanın varlığından söz edilemez".

d– "Özel belgede sahtecilik suçu, belgenin kullanılmasıyla oluşacağından, T.C. Yasasının 79. maddesi nazara alındığında eylem, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle ayrıca özel belgede sahtecilik suçundan hükümlülük kararı verilmemesi gerekir".

**D– Ceza Genel Kurulu Kararı**

5. Yüce Genel Kurul, çoğunlukla aldığı kararda; olay sergilendikten sonra, tırnak içine olduğu gibi aldığım nedenlerle, Özel Daire kararını kaldırarak, yerel mahkeme kararını bozmuştur:

a– "Uyuşmazlık; açıklanan olayda sanığın eyleminini (eylemleri denmiyor) T.C. Yasasının 79. maddesi gereğince tek suç mu, yoksa iki ayrı suç mu oluşturduğuna ilişkindir".

b– "Kural olarak kanuni tipe uygun olarak gerçekleştirilen her netice ayrı ve bağımsız bir suçu oluşturur. Fail hareketiyle ne kadar sonuç meydana getirmişse, o denli suç işlemiş sayılır ve gerçek içtima kuralları uygulanır".

c– Ancak, T.C. Yasasının 78, 79 ve 80. maddelerinde "maddî içtima" kurallarının uygulanamayacağı haller gösterilmiştir. İki ayrı suçtan birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması (TCY. md. 78), tek fiille yasanın çeşitli hükümlerini ihlali (TCY. md. 79) ve bir suç işleme kararı ile yasanın aynı hükmünün birkaç kez ihlali (TCY. md. 80) halleri, cezaların içtima (doğrusu içtimaı) kurallarından ayrı hükümlere bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla eylemin iki veya daha fazla suçu oluşturması halinde T.C. Yasasının 78, 79, 80. maddelerinin tatbik edilemediği durumlarda, cezaların içtima (doğrusu içtimaı) kuralı uygulanacaktır."

d– "T.C. Yasasının 345. maddesinde "Bir kimse .....olur" hükmü yer almaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve 6. Ceza Dairesi'nin kararlılık gösteren içtihatlarında belirttiği üzere, T.C. Yasasının 345. maddesi ile hüküm kurulabilmesi için özel evrakta sahtekarlık yapılması yeterli değildir. Suçun oluşması için, maddede belirtildiği üzere sahte olarak düzenlenen özel evrakın kullanılması gerekmektedir. Yani kullanma, 345. maddede yaptırıma bağlanan bu suçun unsurlarına dahil bulunmaktadır."

e– "Bu suçta (yani T.C. Yasasının 345. maddesinde öngörülen özel belgede sahtecilik cürmünde) fail, çıkar sağlama bilinci ile hareket etmektedir."

f– "Gerçekleştirmek istediği netice, karşı tarafa zarar vermek, kendisine çıkar sağlamak olup bunun için de, özel evrakın sahte olarak düzenlenmesi yeterli olmayıp kullanılması şarttır."

g– "Olayda sanık, kredi kartından çıkardığı fazla örneği doldurup kart sahibinin imzasını taklit ederek sahte belge düzenlemiş ve işyeri sahibinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak bu belgeyi kullanmak suretiyle bankadan para çekmiş, şikâyetçinin güvenini kötüye kullanarak onu zarara uğratmıştır."

h– "Sanığın iki netice doğuran iki ayrı eylemi mevcut ise de, düzenlediği belge resmi evrak olmayıp özel evrak olduğundan ve yukarıda açıklandığı üzere ancak kullanılmakla suç oluşacağından T.C. Yasasının 79. maddesinin uygulanması zorunludur. Bu nedenle sanık hakkında, özel evrakta sahtecilik ve güveni kötüye kullanma suçlarından en ağır cezayı içeren T.C. Yasasının 510. maddesi ile uygulama yapılması gerektiğinden itirazın kabulüne karar verilmektedir" (1).

6. Yüksek Özel Dairenin de nedencelerini yansıttığından azınlıkta kalan sayın üyelerin görüşlerini de olduğu gibi aktarıyorum:

a– "T. Ceza Yasasının 79. maddesinin uygulanabilmesi için failin fiilinin tek olması ve bu fiil sonucu yasanın birden fazla hükmünün ihlal edilmesi gerekir."

b– "Halbuki maddi olayda sanık, alışveriş nedeniyle kendisine verilen kredi kartından fazla bir suret çıkarmış ve saklamıştır. Fazladan çıkardığı bu suret ile müşterinin, yani kredi kartı hamilinin güvenini kötüye kullanmıştır. Tezgahtar olan sanık, mağazadan halı alan müşterinin verdiği kredi kartına dayanarak gerekli işlemleri yapmaya yetkili ve görevli olduğundan bu eylemi, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır."

c– "Sanık bu fiilini tamamladıktan sonra, elinde tuttuğu fazla sureti doldurmak ve kart sahibinin imzasını taklit etmek suretiyle bankadan para tahsil etmiştir. Sanığın bu fiili de sahte özel belge düzenlemek suçunu teşkil etmektedir."

d– "Sanık, iki ayrı fiili ile iki ayrı netice gerçekleştirmiş olup buna bağlı olarak birbirinden ayrı ve bağımsız iki suç işlemiştir. Bu nedenle güveni kötüye kullanmak ve özel belgede sahtecilik suçlarından cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiğinden itirazın reddi gerekir."

## II– GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A– Eylemlerin nitelendirilmeleri açısından

7. Eylemlerde konulan hukuksal tanılar açısından, bütün görüşlerde ortak bir doğru ve ortak bir yanlış görülmektedir.

---

(5) (1) Yüce Kurulun 17.10.1994 tarih ve 199/215 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Bu kararda yer alan kavramların da birbirleriyle karıştırıldıklarını" ve ilerideki eleştirilerin bunlar için de geçerli olduğunu üzülerek belirtmek isterim.

### *a– Özel belgede sahtecilik cürmü açısından*

8. Sanığın fazla çıkardığı kredi kartını alıcının imzasını taklit edip doldurarak sahte belge düzenlemesi ve bunu kullanması, özel belgede sahtecilik cürmünü oluşturmaktadır. Ortak doğru budur.

Ancak, bu ortak doğrunun dayandığı nedenler, ne yazık ki, yerinde değildir.

Gerçekten çoğunluk görüşünde (I–D–a), özel belgede sahtecilik maddesiyle "hükmün kurulabilmesi için özel evrakta sahtekârlık yapılması yeterli değildir" deniliyor. Bu anlatım doğru olamaz. Çünkü "özel evrakta sahtekârlık" suçun adıdır; maddi ve manevi öğeleriyle tamamlanmış cürmün bütününü anlatır. Burada ise anlatılmak istenen, özel belgede sahtecilik cürmünün maddi öğesinden (eylem) davranış alt-öğesinin yalnızca bir tanesi olan, "özel belge düzenleme" davranışıdır. Bu davranış, bütünüyle ya da bir bölümü sahte olan belge yaratma yahut da doğru bir belgeyi ekleme ya da çıkarma suretiyle değiştirmeyi anlatır. O nedenle "özel evrakta sahtekarlık" yerine "sahte özel belge düzenleme" denmek gerekirdi.

9. Bu suç maddi öğe olan eylemin alt öğesi davranış açısından, çok davranışlı suç (reato a condotta plurima) (1) ya da eklemli davranışlı suç (reato a condotta cumulativa, Almanca: Kumulative Mischgesetze) (2) yahut da "tamamlanmamış birden çok davranışlı suç(lar) (die unvollkommen zweiaktigen Delikte) (3) olduğundan, davranış alt–öğesinin tamamlanması ve suçun oluşabilmesi için, sahte belgeyi düzenlemek yetmez. Görüşlerde belirtildiği üzere, sahte düzenlenen belge ayrıca kullanılmalıdır. Bir başka deyişle, bütünü sahte belgenin bütünüyle, bir bölümü sahte belge ise bu sahte bölümü de içerecek biçimde ve düzenleme amaç ve nedeni doğrultusunda sanığın iradesiyle kullanılmak gerekir. Ancak bu bir maddi kullanma değil, İtalyan Yargıtay kararlarında ve öğretide vurgulandığı gibi, bir hukuk-

---

(9) (1) PADOVANI, Diritto penale, Milano, 1993, s. 135; MANTOVANI, (Ferrando), Diritto penale, Padova, 1980, s. 392.

(2) KUNTER, Suçun maddi unsurları nazariyesi, İstanbul 1955, s. 17; DÖNMEZER–ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, I. İstanbul, 1986, n. 509; ARTUK, Suç genel teorisi, ceza hukuku el kitabı, İstanbul, 1989, s. 196. Sayın yazarlar, "birden fazla hareketli suçlar" deyişini kullanmaktadırlar. YÜCE ise bunlara "çok hareketli suç (lar)" demektedir (Ceza hukuku dersleri, Manisa, 1982, s. 205).

(3) ÖNDER, Ceza Hukuku, İstanbul, 1992, s. 59. Sayın Yazar, "tamamlanmamış birden fazla hareketli suç" deyişini yeğlemektedir.

sal kullanmadır. İşte bu tür bir kullanma, suçun kurucu öğeleri arasında bulunmadıkça, eylem cezalandırılamaz. Nitekim bu husus, T. Ceza Yasasının Öntasarısında da vurgulanmıştır (4).

Ne var ki, Yüce Genel kurulun kararında "kullanma" alt–öğesi, hiç de hukuksal olmayan gerekçelerle açıklanıyor. Buna göre, özel belgede sahtecilik suçundan gerçekleştirilmek istenen sonuç, "karşı tarafa zarar verme ve kendisine çıkar sağlamaktır". Fail, bu suçta "çıkar sağlama bilinciyle" davranmaktadır. Bütün bunlar ise ancak özel belgenin "kullanılması" ile olanaklıdır. O nedenle, sahte özel belgenin "düzenlenmesi yeterli olmayıp kullanılması" (I-D-e-f) da zorunludur.

Yüce Genel Kurulun, çıkar sağlamadan/zarar doğurmadan, malvarlığı çıkar ve zararına yollamada bulunduğu anlaşılmaktadır. İşte eylemin sonuç alt–öğesini bu suçta çıkar/zarar odağına yerleştiren bu yanlış anlayıştır ki, her şeyi alt üst etmiştir. Bir kez, T.C. Yasasının 345. maddesinde çıkar ya da yarardan söz edilmemektedir. O nedenle, olmayan bir öğeyi maddedeki suç kalıbına eklemek ağır bir yanılgıdır. Zarar kavramına gelince, Yüce Genel Kurulun, 20.3.1987 tarih ve 441/154 sayılı kararındaki yanılgıyı, onca eleştiriye (5) karşın yinelemekte direndiği anlaşılmaktadır. Nitekim bu karara yazdığım ve öğretide de bir kitap metnine olduğu gibi aktarılacak oranda destek gören (6) karşıoyda şöyle demiştim: "Çoğunluk düşüncesinde yer alan zarar kavramı anlayışına gelince; burada, sahtecilik cürümlerindeki zarar ile malvarlığı zararı birbirlerine karıştırılmıştır. Esasen, çoğunluk düşüncesini haklı kılabilmek için zararı böyle anlamaktan başka çare yoktur. Ancak, bu anlayış, sahtecilik cürümlerindeki birçok kavramın, bu arada özellikle suçun hukuki konusu olan kamu güveni ve bu yüzden aranan aldatabilme gücü kavramlarını alt üst etmiş; sahtecilik cürümlerini hukuki konu açısından, toplumsal bir varlık olan "kamu güveni" kavramından uzaklaştırmış ve bireysel bir varlık olan malvarlığı kavramının içine sokmuştur".

"Bilindiği üzere, hukuka aykırı eylemlerin yaptığı her kötülük ve zarar, ihlaldir. İhlalle, insanla maddi (para gibi), manevi (onur, özgürlük gibi) ge-

---

(9) (4) ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, parte speciale, Milano, 1977, s. 586, 593, 594; MIRTO, La falsità in atti, Milano, 1955, s. 361; ERMAN, Sahtekârlık suçları, İstanbul, 1987, n. 355-358; EREM–TOROSLU, Türk Ceza Hukuku, özel hükümler, Ankara, 1994, s. 272.

(5) ERMAN, n. 359.

(6) ERMAN, loc.cit.

reksinmelerini gideren bireysel (mal gibi), toplumsal (kamu düzeni, kamu güveni gibi) varlıklar arasında tasarruf ve menfaat ilişkisi ya yok edilir, azaltılır, ya da yok edilme tehlikesi doğar. İhlal, birinci durumda yani azalma ya da yok edilmede zarar; ikinci halde tehlike biçiminde ortaya çıkar. İşte sahtecilik cürümlerinde korunan hukuki varlık, yazı üzerine kurulan uygarlık dünyasında, hukuk düzeninin kanıt değerini tanıdığı belgelerin doğruluk ve gerçekliklerine duyulan ortak inançtır. Yani kamu güvenidir (fides publica). O yüzden yasa sistematiğinde, suçun hukuki konusu, kamu güveni diye belirtilmiştir. Sahte belge düzenlendiği ve özel belge ise kullanıldığı anda kamu güveni sarsıldığı için zarar doğmuştur ve sahtecilik suçu oluşmuştur. O nedenle ayrıca malvarlığı zararı aranamaz. Ancak bireysel malvarlığı zararını doğurabilme gücü, yani potansiyel zarar olabilir. Yasa da zararın "tevellüdünden" değil "tevellüt edebilirliğinden" söz ederek, bunu vurgulamak istemiştir. Bu suçlarda aldatma gücünün aranmasının nedeni de budur. Eğer sahtecilik aldatacak boyutlara ulaşmamış ve kabaca yapılmışsa, kamu güveni zarar görmediği için, kamusal zarar doğmayacak ve dolayısıyla suç oluşmayacaktır. Öğreti ve uygulamada bu konuda uyuşmazlık yoktur. Eğer çoğunluk görüşü benimsenirse, sahtecilik suçlarının oluşması için ayrıca bireysel bir malvarlığı zararının doğması beklenecektir ki, bu malvarlığı suçlarıyla kamu güvenine karşı suçları karıştırmak ve sahtecilik cürümlerinin oluşmasını engellemek demektir. Sözgelimi, hiç bir parasal çıkar sağlamayan bir dernek başkanlığından sahte imza ile birinin çekilmesine yol açan sahte dilekçe, özel bir belgedir ve hiç bir özel maddî çıkara yönelmediği halde suç oluşmuştur. Yine, bir kadının yazı ve imzasını taklit ederek sahte aşk mektubu yazmak ve bu mektubu kocasına göndermek, bir malvarlığı zararı doğmadığı halde sahtecilik suçunu oluşturur".

"Nitekim çağdaş yasalarda ve yeni İtalyan Ceza Yasasında sahtecilik suçlarında zarardan söz edilmemiştir. Bu doğru bir yasalaştırmadır. Yasamızda ise (md. 339, 340, 341, 345), fiilden doğan zarardan değil, doğabilecek olası zarardan söz edilmiştir. Türk Ceza Yasasının 343. maddesinde "zararın husule gelmesinden" ve 348. maddesinde "zararın neşet etmesinden" söz edilmişse de, kaynak İtalyan Ceza Yasasının bu maddelerinin karşılığını oluşturan 279. ve 283. maddelerinde aynı biçimde "ne possa derivare pubblico o privato nocumento", yani "bundan kamusal ya da özel bir zarar doğabilmesinden" söz edilerek, hukuki konuya uygun ve tutarlı bir düzenleme getirilmiştir. Bu iki maddekeki çeviri yanılgısına dayanılarak sonuç çıkarılması ve yasasın amacından uzaklaştırılması, yorum kurallarına büsbütün aykırıdır. Esasen, tartışma konusu 345. maddesinde böyle bir çeviri yanılgısı da yoktur."

"Burada dikkati çeken bir nokta da, kaynak İtalyan Ceza Yasasında, zarar sözcüğü karşılığı, daha çok malvarlığı zararlarını anlatan "danno" teriminden özenle kaçınılıp, kötülük, dokunca, geniş anlamda zarar anlamına gelen "nocumento" teriminin kullanılmasıdır. Bu terimin Fransızca karşılığı "nuisance" olup, son yıllarda çevre hukuku ile ilgili olarak Fransızca'da "Le droit pénal des nuisances: dokunca ceza hukuku" diye bir ceza hukuku dalı oluşturulmuştur. Unutulmamalıdır ki, nuisance–nocumento: geniş anlamda zarar, dokunca, terimine hiçbir malvarlığı zararı doğurmayan gürültü de girmektedir".

"Bütün bunlar gösteriyor ki; sahtecilikte sözü edilen zarar, malvarlığı zararı değildir, yukarıdaki anlamdadır. Alman, Fransız, İsviçre, İspanyol, Belçika ve İtalyan öğreti ve uygulaması bu konuda birlik halinde olup, tersi iddia ve görüş, kamu güvenini ihlal eden sahtecilik cürümlerini özünden çökertecek bir sonuçtur. Üstelik bu düşünce, dolandırıcılık ve sahtecilik cürümlerinde ortak bir sonucun, yani zararın varlığını kanıtlamak amacıyla yapıldığında, hukukun izin vermediği bir amacın gerçekleşmesi için araç olarak kullanıldığında, temel bir kavrama kıyılması gibi vahim bir sonuç da doğurmaktadır. Bu vahim sonuçlardan bir başkası ise özel belgede sahtecilik, kümülatif hareketli suç olduğu ve hareketle oluştuğu için, eksik ve tam kalkışmaya elverişli olmadığı halde, malvarlığı zararı arandığında, bu suç kalkışmaya elverişli hale gelecek; tehlike suçu olmaktan çıkıp, zarar suçuna dönüşecektir."

"30.6.1986 gün ve 151–356 sayılı Ceza Genel Kurulunda, Prof. Dr. Sahir Erman'dan kısa bir alıntı yapılarak (Sahtekârlık suçları, 1981, s. 240), zararın mahiyetinin malvarlığı zararı biçiminde sergilenmesi ise yerinde değildir. Çünkü anılan kitabın o sayfasıyla yetinilmeyip onu izleyen sayfalardan da yararlanılsa, sonucu belirleyen ve özetleyen 236-247. sayfalar okunsaydı, sayın yazarın zararı yukarıda sergilendiği biçimde anladığı açıkça görülürdü (7). Zira, üretilmiş düşüncenin nasıl bir yöntemle tüketileceği ve kullanılacağı bellidir ve buna uyulmak gerekir."

"Aynı kararda ve son görüşmelerde alışılmamış bir yargısal üslûpla (herhangi bir kimsenin şan olsun, laf olsun diye sahtekârlık yaptığı görülmemiştir. Fail ammenin itimadını sarsacak (yani genel zarar) bilincinden ziyade, çıkar sağlamak bilinciyle hareket eder. Onun gerçekleşmesini istediği

(9) (7) Esasen sayın yazar, 20.3.1987 tarihli karara yazdığım karşıoydaki sahtecilikte "zarar" kavramıyla ilgili bölümü kitabının son basısına olduğu gibi almakla görüşünün ne olduğunu bir kez daha belli etmiştir.

tek netice vardır: Karşı tarafa zarar vermek" denilmekte ve buradan zararın sahtecilik cürümlerinde öğe olduğu sonucuna ulaşılmaktadır".

Görülüyor ki, bu suç bir tehlike suçudur ve sonuç öğesi doğması olası malvarlığı zararını kapsamamaktadır. Tersi görüş, suçu sanık yararına daraltıcı niteliktedir ve cürmün öğesiyle maddede öngörülen tanımına da aykırıdır.

10. Yine yüce Genel Kurulun kararında failin "çıkar sağlama biliciyle" davranması gerektiğinden söz edilmesi de yerinde değildir. Çünkü bu suçlarda, failin başkasına zarar verebileceğini tahmin etmesi ve bu bilinçle davranması yeterlidir. Ancak çıkar, hatta yarar sağlama bilinciyle davranması zorunlu değildir. Zarar verme bilinci ise özgül kastı (dolo specifico) (1), yani bir amacı ya da güdüyü gerektirmez. Suç genel kasıtla ve hatta belirsiz kasıtla da işlenebilen bir cürümdür (2).

Azınlıkta kalan sayın üyelerin görüşlerinde de benzer bir yanılgıya rastlanmakta, failin bankadan para alması, özel belgede sahtecilik cürmü içinde değerlendirilmekte (I-E-c) ve böylece, çıkar sağlama bu suçun öğesi gibi düşünülmektedir. O yüzden, yukarıdaki eleştirilerim, bu görüş için de geçerlidir.

Bu eleştirileri ayrıntıyla sergilemenin nedenine gelince, aşağıda görüleceği gibi, bu çıkış noktaları sonucu etkilemiş ve başka bir suçun öğesi bu suça mal edildiğinden tutarsız yargılara ulaşılmıştır.

***b– İnancı (güveni) kötüye kullanma cürmü açısından***

11. Bütün görüşlerin birleştiği ortak yanlış ise bu hukuksal tanıda yoğunlaşmıştır. O nedenle bunun üzerinde ayrıtıyla durmak gerekir.

Fail, yakınan, daha doğrusu olayı ihbar eden tacirin işyerinde çalışmakta, alışveriş üzerine yasalara uygun olarak düzenlenen kredi kartı örneğine göre, ilgili bankadan tacir adına para çekmektedir. Nitekim, sanık aynı alıcının alışveriş sonucu makineden çoğaltarak çıkardığı kredi kartı örneğine imzasını almış ve bu bankadan bu kartla çektiği parayı tacirin malvarlığına aktarmıştır. Aynı alıcının aynı kartının ikinci örneğine ise, bir alışveriş yapıldı-

---

(10) (1) SELÇUK, Kavramlar, adlandırmalar ve kararlar, Yargıtay Dergisi, 1993, s. 413-424.

(2) ERMAN, n. 223; EREM–TOROSLU, s. 273.

ğından, sanık sahte imza atmış ve yasal olarak düzenlenmemiş bu sahte belgeyi bankaya sunarak ve oradaki görevliyi yanılgıya düşürerek, alıcının hesabından para çekmiştir. Olayda halı taciri taraf değildir. Fail ile ilişkisi hizmet bağıtına dayanmaktadır. Fail eğer yasal olarak düzenlenen bir kredi kartıyla bankadan çektiği bir parayı tacirin malvarlığına katmayarak, T.C. Yasasının 508. maddesinde belirtilen seçenekli davranışlardan birini yapsaydı, yani "rehin, sarf ve istihlak, ketm ve inkâr, tahvil ve tağyir" etseydi, bu eylem elbette inancı kötüye kullanma cürmünü oluşturacak; ancak artık özel belgede sahtecilik cürmünden söz edilmeyecekti.

Olayımızda ise, fail, sahte belge düzenleyerek, bir başka deyişle T.C. Yasasının 503. maddesinin eski metnine göre somut hile, yani sanıa; yeni metne göre ise "hile ve desise" kullanarak bankadan para çekmiştir. Hile ve desiseyle kandırılan kişi banka görevlisidir. Zarara uğrayan, yani mağdur ise, kredi kartı hamili ve bankada kredi hesabı bulunan alıcı ile alıcının malvarlığını güvence altında bulunduran bankadır. Eylem bu durumuyla tipik bir dolandırıcılıktır.

Yerel mahkeme, C. Başsavcılığı, yüce C. Genel Kurulunda oluşan çoğunluk ve azınlık görüşleri, inancı kötüye kullanma ve dolandırıcılık cürümleri arasındaki aşağıdaki temel ayrılıkları gözetmemişlerdir:

*aa– Hukuksal konu*

12. Yaygın ve baskın görüşe göre suçun hukuksal konusu, insanın maddi ya da manevi gereksinmelerini karşılayan varlık, yarar ya da değerdir (1).

İnancı kötüye kulanma cürmünün hukuksal konusu, malvarlığına ilişkin varlıklar/yararlar/değerlerdir. Bu suçu işleyen, mağdurun malvarlığında bir

---

(12) (1) Geniş bilgi için bakınız: ROCCO, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma, 1932; TOROSLU, Cürümlerin tasnifi bakımından suçun hukuki konusu, Ankara, 1970; ANTOLISEI, Il problema del bene giuridico, scritti di diritto penale, Milono, 1955, s. 99–126; RODRIGUEZ DEVESA–SERRANO GOMEZ, Derecho penale español p.especial, Madrid, 1993, s. 5 vd.; MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, I, Torino, 1981, n. 213; PADOVANI, s. 95 vd.; PAGLIARO, Principi di diritto penale, s. 214 vd.; FIANDACA–MUSCO, Diritto penale, Bologna, 1989, s. 20-23; 101, 141, 142; VITU, Droit pénal spécial, I, Paris, 1982, n. 22; J. BUSTOS RAMIREZ, Politica criminal y bien juridico en el delito quiebra, Annuario de derecho penal y ciencias penales, tomo: XLII, Fascicolo, 1, Enero–Abril MCMXC, 1990, s. 29-61; E. O de TOLEDO y UBIETO, Funcion y limites del principio de exclusiva proteccion de bienes juridicos, aynı yapıt s. 5-27. Ayrıca bakınız: SELÇUK, Dolandırıcılık, İstanbul, 1982, s. 18. dipnot: 1'deki kaynaklar.

azalmaya; kendi malvarlığında ise haksız bir çoğalmaya/zenginleşmeye yol açar.

Buna karşılık dolandırıcılık cürmünün yasal sistematikte aldığı yer veyasal tanımı incelendiğinde, bu suçla yalnızca malvarlığına ilişkin varlıklar/yararlar/değerler değil, bunların yanı sıra, irade ve karar özgürlüğünün de korunduğu görülmektedir. Bu cürümle, sadece mağdurların malvarlığında bir azalma olmuyor, mağdur ya da onun adına işlemde bulunan kişinin aldatılması sonucu bozulmuş (fesada uğratılmış) irade ve kararına dayalı, sanığın yararına ve fakat mağdurun zararına bir işlem yapılması da sağlanıyor. O yüzden Garraud, dolandırıcılık cürmüne "aldatarak hırsızlık" demektedir (2). Görülüyor ki, dolandırıcılık cürmü çok konulu/ihlâlli bir suçtur (3); mağdurun hem malvarlığı ve hem de karar/irade özgürlüğü, yani düşünsel kişiliği ihlâl edilmektedir (4).

---

(12) (2) GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, Paris, 1916, IV, n. 2367.

(3) Çok konulu/ihlâlli suç kavramı için bakınız: DURIGATO, Rilievi sul reato plurioffensivo, Padova, 1972.

(4) Dolandırıcılık adlı tezimde (İstanbul, 1982, s. 68–77) geliştirip savunduğum bu görüşümü Milano Üniversitesinden Ord. Prof. Pietro Nuvolone 16.4.1982 ve Nancy Hukuk Fakültesinden Prof. André Vitu 21.5.1982 tarihli mektuplarıyla desteklemişler (Dolandırıcılık, s. 77 dip not: 60); bu konuyla ilgili yazım; Belçika, İtalya, İspanya'da bir; Fransa'da iki kez yayımlanmıştır: L'objet du délit d'escroquerie, Revue de droit pénal et de criminologie, décembre 1985, (Bruxelles), s. 935–946; Revue pénitentiaire et de droit pénal, juillet–décembre 1984, Paris, s. 307-320; Archivio penale, gennaio–giugno 1985, Napoli–Urbino, s. 305–317; El objeto de delito de estafa, çeviren: Prof. Clotilde Romero Sirvent, Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 28, s. 193–207; Fransa'da ikinci kez: L'objet de l'infraction et l'escroquerie de ce point de vue, Revue de science criminelle et de droit comparé n.4, oct–déc., 1993, s. 739–748. Sao Paulo (Brezilya) Ü. profesörlerinden yargıç Sidnei Agostinho Beneti incelemeyi Portekizce'ye çevireceğini bildirmiştir. 1992'de yayımlanan yazısında İtalyan yazarı Giuseppe LA LUTE, İtalya'da yayımlanan yazımı da kaynaklar arasında göstererek, aynı görüşü savunmuştur: Truffa, b) diritto vigente, Enciclopedia del dritto, XLV, Milano, 1992, s. 249–251. Buna karşılık, İspanyol cezacısı Jose Manuel Valle Muñiz, İspanya'da bu dile Prof. Sirvent tarafından çevrilerek yayımlanan yukarıdaki yazıma yaptığı yollamada, bu görüşümü eleştirmiş ve suçun malvarlığı karakterini ortadan kaldırmasa bile, dogmatik sınırlamada medeni hileyle karışıklığa yol açacak öğeleri içereceğinden bu düşüncenin doğru olmadığını belirtmiştir (J.M. VALLE MUÑIZ, El delito de estafa, Barcelona, 1989, s. 103, dip not: 106. Aynı görüş: Zannotti, La truffa, Milano, 1993, s. 14–16. Ayrıca benzer görüş için bakınız: TÜMERKAN, Dolandırıcılık suçu, İstanbul, 1987, s. 18–19. İspanyol yazarlar Jose RAMÓN SERRANO ve Piedecasas FERNÁNDEZ, dolandırıcılık cürmünün çok konulu suç olduğunu söyleyenlerden Novao Monreal'ın toplumsal iyini-

Dolandırıcılığın öbür suçlardan ayrılması açısından bu saptama son derece önemlidir.

Nitekim Yargıtayımız da bu ölçütü kullanarak dolandırıcılık cürmünü öbür suçlardan ayırmıştır (5).

Olayımızda bu ölçüte başvurduğumuz zaman durum cam gibi saydamlaşmaktadır. Fail, görüşlerde yansıtıldığı gibi, halı tacirinin zararına bir suç işlememiştir. Ancak banka görevlisinin iradesini, kullandığı sahte belge hilesiyle fesada uğratmış, hesap/kredi sahibi alıcının zararına bir cürüm işlemiştir. Burada birinci hukuksal konu, banka görevlisinin karar/irada özgürlüğü, onun düşünsel kişiliğidir. İhlâl edilen birinci varlık/yarar/değer budur. İkinci hukuksal konu ise alıcının malvarlığıdır. Bunun ihlaliyle de zarar doğmuştur. Eğer, fail banka görevlisiyle anlaşarak suçu işleseydi ve de sahte belge düzenleyerek bunu yapsaydı, eylem dolandırıcılık olmayacaktı. Çünkü, banka görevlisinin irade/karar özgürlüğünün fesada uğraması ve dolayısıyla birinci konunun ihlâli söz konusu olmayacaktı. Yani kullanılan sahte belge hilesinin/desisesinin hiçbir nedensel (illî) değeri olmadan da bankadan para çekilebilecekti. Yani dolandırıcılık cürmünde kullanılan hileyle kandırılanın mağdur aleyhine yaptığı işlem (tasarruf) arasında bulunması gereken nedensellik bağı olmayacaktı. Bu nedenle de, hile etkisiz ve gereksiz olduğundan, hesap sahibi alıcıya karşı banka görevlisinin işlediği suç, memur olmadığı takdirde, inancı kötüye kullanma, sanığımız da buna katılan bir suç ortağı olacaktı (6).

Böylece dolandırıcılığın teslim işlemini kışkırtan hile kavramına ve inancı kötüye kullanmada ise hilesiz teslim önkoşuluna sözü getirmiş bulunuyorum. Ancak birinciye bağlı olan bu ikinci ayrılığa geçmeden önce, suçların maddi konularına da kısaca değinmekte yarar vardır.

13. Bilindiği üzere suçun maddi konusu, etkin öznenin/failin davranışının etkisini gösterdiği insan ve/ya nesnedir. Hileli davranışla işlenen dolan-

---

yeti, Muñoz Conde'nin inanç ilişkilerini, Bajo Fernández'in ekonomik düzeni de, malvarlığının yanı sıra ihlâl ettiğini ileri sürdüklerinin belirtmektedir (La estafa en el contrato de seguro, Barcelona, 1991, s. 91/95. Ferrando MANTOVANI de, dolandırıcılığın malvarlığına ve kişi özgürlüğüne karşı bir cürüm olup çok konulu/ihlâlli olduğunu belirtmektedir (Dritto penale, p. speciale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 1989, s. 160).

(5) Bakınız: SELÇUK, Dolandırıcılık cürmünün kimi suçlardan ayrımı ve çeklerle ilgili suçlar, Ankara, 1986, s. 8 vd.

(6) İtalyan Yargıtayı, sez. VI, 14.7.1989, n. 10397, Rivista penale, Mayıs 1990, s. 480.

dırıcılık cürmünün her zaman bir insan iradesini ihlâl ettiği düşünülürse, kandırılan insan bu suçun her zaman maddi konusudur. Ancak dolandırıcılık cürmü yalnızca taşınır mallara karşı değil, haklar dahil her türlü malvarlığı varlıklarına karşı da işlenebildiğinden, bu açıdan her zaman somut bir nesne söz konusu olmayabilir (1). Buna karşılık inancı kötüye kullanma cürmünün maddi konusu yalnızca teslime elverişli somut taşınır mallardır (2). İki cürüm arasındaki bir ayrılık da budur. Olayımızda, suçun maddi konusu, taşınır bir mal olan paradır. O nedenle, salt malvarlığı gözetildiğinde bu ayrılık, belirleyici bir etken olmamaktadır. Ancak, hileye uğrayanın karar/irade özgürlüğü ve dolayısıyla kişiliği göz önüne alındığında, dolandırıcılık cürmünün olayda yanlız iki hukuki değil, iki maddi konusu, yani nesnelere ve kişilere karşı suç özelliği de çarpıcı biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu olgu bile, incelenen olayda uyarıcı bir işlev oynamalı ve ikinci eylemin dolandırıcılık olduğunu zihinlerde çağrıştırabilmeliydi.

*bb– Önkoşul*

14. T.C. Yasasının 510. maddesinin yollama yaptığı 508. maddesinde tanımlanan inancı kötüye kullanma cürmünde, suçun maddi konusu olan nesne (şey) faile mağdur tarafından geri verilmek ya da belli biçimde kullanılmak üzere, failin suçu oluşturan davranışından önce verilmiş olmalıdır.

Demek, dolandırıcılıkla inancı kötüye kullanma cürümleri, suçun maddi konusu nesne üzerinde zilyetliğin kurulması açısından da birbirlerinden ayrılmaktadırlar (1). İnancı kötüye kullanma cürmünde belli amaçlarla yapılmış, hukuka uygun, yani aldatılmamış/özgür rızaya ve iradeye dayalı yasal bir teslim ve zilyetlik söz konusudur. Oysa dolandırıcılıkta, şeyin teslimi hileyle sakatlanmış bir iradeye dayanmakta, aldatılan böyle bir iradeyle mağdur zararına işlemde (tasarrufta) bulunularak yapılmaktadır; teslim hilenin ürünüdür. O yüzden hukuka aykırıdır. Özetle, "tradens"in dolandırıcılıkta hukuken geçersiz bir rızası, inancı kötüye kullanmada ise geçerli bir rızası söz

---

(13) (1) Ayrıntı için bakınız: SELÇUK, Dolandırıcılık, n. 35, 48; GIANNITI, L'oggetto materiale del reato, Milano, 1966, s. 23, 43, 44, 192, 193; MANTOVANI, (Ferrando), Diritto penale, p. speciale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 1989, s. 165–166; TOROSLU, s. 286–190.

(2) ANGELOTTI, Le appropriazioni indebite, I, Napoli, 1930, s. 63; MANTOVANI, Delitti...., s. 104; CHAVANNE–Mlle FAYARD, Escroquerie, Juris–classeur pénal, 1981, fasc., I, n.24; ROUSSELET–ARPAILLANGEIPATIN, Droit pénal spécial, Paris, 1972, n. 960; VOUIN, Droit pénal spécial, Paris, 1968 n. 10.

(14) (1) ANGELOTTI, s. 63.

konusudur. Zira birinci suçta accipiens hile kullanmıştır; ikincisi ise rızayı sakatlayan bir hile kullanmamıştır, iradeler yalansız dolansız özgürce uyuştuklarından, şey hukuka uygun olarak verilmiştir. Nitekim, Kaynak Zanardelli Yasa Tasarısının 1887 tarihli Bakanlık gerekçesinde de bu ayrılığa değinilmiştir (2).

İtalyan ve Türk Yargıtay içtihatları da böyledir (3).

Olayımızda, halı tacirine karşı tezgâhlanmış bir hile yoktur. Halı tacirinin de faile teslim ettiği bir nesne yoktur. Yalnızca halı taciri, faile yasalara uygun düzenlenmiş kartla bankadan para çekme yetkisini vermiştir. Fail yasal biçimde parayı çekerse bu önkoşul, yani zilyetliğin aktarılması gerçekleşmiş olacak, eğer bunu tacire vermezse, TCY.nın 508 ve 510. maddelerine giren suç da oluşacaktır.

Oysa fail, bankadaki parayı, yanıltığı banka görevlisinden teslim almıştır. Zilyetliğin aktarılması yasal ve dolayısıyla geçerli değildir. Olayda inancı kötüye kullanma cürmünün önkoşulu yoktur.

*cc– İşleniş biçimi*

15. İki suç arasındaki ayrılık, işleniş biçiminde de ortaya çıkmaktadır. İnancı kötüye kullanma cürmünde şeyin teslimi, yani zilyetliğin aktarılması sırasında henüz yasaya aykırı bir eylem ve suç söz konusu değildir. Çünkü teslim yasaldır. Suç teslimden sonra ve teslim edilen nesneyi "satmak, rehnetmek, sarf ve istihlâk, ketm ve inkâr, tahvil ve tağyir etmekle" (md. 508) oluşacak, zarar/yarar o anda doğmuş olacaktır. Dikkatle incelendiğinde, fail, kendisine hukuka uygun olarak teslim edilen taşınır mal üzerinde, ancak bir

---

(14) (2) RAVIZZA, La truffa, Torino, 1916, s. 267; MAGGIORE, Diritto penale, p.speciale, Bologna, II, 1958, s. 994, 1023; LA CUTE, s. 275, 276; CRESPI–STELLA–ZUCCALÀ, Commentario breve al Codice penale, Padova, 1986, s. 1360; MANGINI, La truffa, Padova, 1988, s. 121-122; LUIGI-BELLAGAMBA, I delitti contro il patrimonio, Firenze, 1971, s. 193; MANTOVANI, Delitti..., s. 170; MANZINI, Trattato...., IX, 1984, s. 675, 676; CHAVANNE–Mlle FAYARD, n. 24; VITU, n. 2376; GOEDSEELS, Commentaire du code pénal belge, Bruxelles, 1948, n. 2894; GARÇON, Code pénal annoté, III, Paris, 1952, art. 379 n. 14; LARGUIER, Droit pénal des affaires, 8. ed, Paris, 1992, s. 93; RANIERI, manuale di diritto penale, III, Padova, 1967, s. 523; GIURATI, Dellit contro la proprietà, Milano, 1913, s. 349; SANTORO, Manuale di diritto penale, V, Torino, 1968, n. 2953; G.L. BOLOGNO, Droit pénal spécial zaïrois, Paris, 1985, I, s. 402.

(3) Türk Yargıtay kararları için bakınız: SELÇUK, Dolandırıcılık cürmünün 144–156 ...., s. 19-20. İtalyan Yargıtay kararları için yukarıdaki kaynaklara bakınız.

malikin yapabileceği işlemlerde (tasarruflarda) bulunduğu anda suçun davranış alt–öğesi bitmekte ve dolayısıyla suç oluşmaktadır. Görüldüğü üzere, bu suçta teslim sonucu doğan zilyetlik önkoşulu ileride oluşacak suçun bir tür dekorudur. Yasa koyucu, bu suçla inançlı bir bağıta karşı çıkıp bu inancı/ güveni kötüye kullanarak ve zilyetlik konusu taşınır mal üzerindeki hukuksal ilişkiyi saptırarak kendisine inanan mağdurun güvenini kötüye kullanmak suretiyle dürüst davranmamayı ve malik olmayan zilyedin malik olabilme olanağındaki kolaylığı cezalandırmaktadır (1).

Oysa dolandırıcılıkta önceden yasal bir teslim yoktur. Suç hileli davranışın teslimi doğurduğu anda oluşmaktadır. Suçun oluşması ile teslim anı örtüşmektedir. Dolandırıcılıkta, malın aktarılması konusunda dürüst davranmama eylemi ve teslim anının mağduruna karşı suç işleyen teslim anının faili; inancı kötüye kulanmada ise, teslimden sonraki zilyet, yani geleceğin mağdurundan, bir bağıt gereği aldığı şeyi, deyim yerindeyse vekâlet yetkilerini aşarak, sahiplenme işlemine girişen geleceğin faili cezalandırılmaktadır (2).

Olayımıza gelelim. Sanığın kart makinesinden fazla örnek çıkarması ve çıkardığı örneğe taklit imza atması, olsa olsa cezalandırılmayan hazırlık davranışlarıdır. Zira fail belgeyi kullanmadığı sürece onu cezalandırmak olanaksızdır. Her an davranışından vazgeçip kartı yok edebilir. Henüz eyleminden hiçbir tehlike yaratmadan dönebileceği bir aşamadadır. Dahası, buraya kadar halı tacirinin de güvenini kötüye kullanmış değildir. Zira halı tacirinin güveni, yasaya uygun olarak düzenlenmiş bir kredi kartıyla bankadan çekilen paraya ilişkindir. Bu para halı tacirinin malvarlığına aktarılması gerekli bir paradır. Bu yapılmaz da, T.C. Yasasının 508. maddesinde öngörülen ve yukarıda sayılan seçenekli davranışlardan biri yapılmış olursa ve ancak bunlar da yukarıda sergilenen yasal zilyetlik dekoru içinde işlenirse, eylem inancı kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Bu nedenlerle çoğunluk görüşünde sözü edildiği gibi (I-D-g), sanığın ne fazla örnek çıkarması ve sahte belge düzenlemesi, ne de bu taklit belgeyle çektiği parayı işyeri sahibine vermemesi, işyeri sahibinin güvenini kötüye kullanma olmaz, olamaz. Çünkü, işyeri sahibinin ankadan sahte imza ile

---

(15) (1) ANTOLISEI, s. 244, 261;DE MARSICO, Delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951, n. 141; ROUSSELET..., n. 947.

(2) ANGELOTTI, s. 64; LAMBERT, Cours de droit pénal spécial appliqué à l'information, Lyon, 1950, s. 254, 255; VITU, n. 2397; LOGOZ, Cammentaire du code pénal suisse, Neuchâtel, 1955, s. 123.

çekilen ve failin zilyetliğine geçen parası üzerinde failin yasal bir zilyetliği söz konusu değildir ve bu nedenle de bu para, işyeri sahibinin malvarlığının dışındadır. Bu yüzden de, fail bu parayı işyeri sahibine vermek değil, pişman olduğu varsayıldığında bile, tersine vermemekle yükümlüdür. Öyleyse, fail burada ne işyeri sahibinin, ne alıcının, ne de bankanı güvenini kötüye kullanmıştır. Çünkü ortada güveni kötüye kullanmayı gerektirecek karşılıklı ve inançlı bir bağıt yoktur. Failin sahte belgeyle bankadan çektiği parayı işyeri sahibine vermesi gerektiğini düşünmek, alışveriş sırasında alıcının cüzdanını çalan bir tezgâhtarın, bu cüzdanı işyeri sahibine teslim etmesi gerektiğini ileri sürmek kadar mantık ve hukuk dışı bir yargıdır.

Burada şunu da ekleyelim ki, failin sahte belgeyle çektiği parayı işyeri sahibine vermemesi, zaten ayrı bir suçu oluşturamaz. Çünkü, dolandırıcılık suçu oluşmuş bitmiştir. Failin işyeri sahibine karşı parayı ödemek gibi bir yükümlülüğü varsayılsa dahi –ki yoktur– suç sonrası davranışlar, zararı artırmadıkça yeni bir suç oluşturamazlar, Tersini ileri sürmek, mağdurun parasını çalan ve daha sonra da onu bütünüyle yakan bir failin, hırsızlıktan sonra ayrıca ızrar suçunu da işlediğinde direnmek gibi akla aykırı bir görüş olurdu (3).

Görülüyor ki, bütün görüşlerin ve özellikle çoğunluk görüşünün tartışma konusu bile yapmadıkları çıkış noktaları son derece önemlidirler.

*dd– Kasıt öğesi*

16. Dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma suçları, cürüm kasıtlarının, suç yörüngesinde (iter criminis) aldıkları yer açısından da ayrılırlar. Çoğu İtalyan yazarları ve yargı kararları, dolandırıcılık cürmünün başlangıçta ya da işleyiş sırasında oluşan kasıtla, yani hile ve desise ve teslim öncesinde ve sırasında meydana gelen kasıtla; inancı kötüye kullanma cürmünün ise sonradan oluşan kasıtla, yani taşınır malın tesliminden sonra oluşan kasıtla işlendiğini belirterek, ayırımda bu ölçüte sık sık değinirler. Yargıtayımızın dabu yönde kararları bulunmaktadır (1).

---

(15) (3) İÇEL, Suçların içtimaı, İstanbul, 1972, s. 196, 197.

(16) (1) Ayrıntılı bilgi ve ayrıntılı kaynak için bakınız: SELÇUK, Dolandırıcılık, s. 156–158; SELÇUK, Dolandırıcılık cürmünün...., s. 22-24 ve dip not: 104-117. Ayrıca: EREM–TOROSLU s. 562; MANZINI, n. 3385; ZANNOTTI, s. 118, 119; BRICOLA–ZAGREBEWSKY, Giurisprudenza sistematica del diritto penale, p. speciale, II, Torino, 1984, s. 1328; BOLOGNO, s. 416; LARGUIER, s. 224-116; MANTOVANI, Dellitti...., s. 167.

Kuşkusuz, inancı kötüye kullanmada fail, daha teslim aşamasında da taşınır malı ileride kendine mal etmek amacıyla, güdüsüyle (saikiyle) ve kötü niyetle davranmış olabilir. Ancak bunlar yalnızca amaçtır, güdüdür, niyettir; kasıt değildir. O nedenle suçun yapısını ve dolayısıyla eylemin niteliğini etkilemezler (2).

Olayımızda failin, paranın bankadan çekilmesinden önce, başlangıçta oluşan dolandırıcılık kastıyla davrandığı bellidir. Zira, bu amaçla sahte belge düzenlenmiştir. Bu koşullarda kastın paranın bankadan çekildikten sonra oluştuğu nasıl ileri sürülebilir ki?

**B– Suçların birleşmesi (içtimaı) açısından**

17. Yerel mahkemeden itibaren özel belgede sahtecilik ile inancı kötüye kullanma cürümlerinin nasıl birleşeceği tartışılmıştır. Böyle bir tartışmaya, bildiğim kadarıyla, ne öğretide ne de yabancı yargıtay kararlarında rastlanmaktadır. Zira, yukarıdan beri açıkladığım gibi, bu iki suçun yan yana gelmesi, uygulamada hemen hemen olanaksızdır. Çünkü, sahte belge, olayımızdaki gibi, eğer taşınır malın teslimi için ve teslim öncesi hile/desise olarak kullanılmışsa, ikinci bir eylem vardır, ama artık bu dolandırıcılıktır, inancı kötüye kullanma değildir. Öte yandan, fail sahte belge kullanmadan yasaya uygun kredi kartı örneğiyle parayı çekmiş ve işyeri sahibine vermemiş olsaydı, bu kez ortada yalnızca inancı kötüye kullanma cürmü olacak, suçların nasıl birleşeceği sorunu zaten ortaya çıkmayacaktı. Çünkü, bu kez de belgede sahtecilik yoktur

Bu nedenlerle, konuyu yalnızca dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik cürümlerinin nasıl birleşecekleri açısından irdelemek gerekir.

Ancak bu tartışmaya geçmeden önce, inceleme konusu karardaki görüşleri ele almakta yarar vardır.

***a– Olayda ileri sürülen görüşler***

18. aa– C. Başsavcılığı, ilk nedencede (I-C-a) eğer "kural olarak her eylem yalnızca bir suçu oluşturur" demek istiyorsa, bu doğru bir çıkış noktasıdır.

Yine "Fiil kavramı kasıtta birliği gerektirir" (I-C-b) demekten amaç, kastın her suç için davranış ve sonuç öğelerini kapsayan bilinç ve irade anlamı-

(16) (2) Ayrıntı için bakınız: SELÇUK, Kavramlar,..., s. 413-424.

na geldiğini ve her suç için bunun ayrı olduğunu belirtmek istiyorsa, bu da doğrudur. Ama hemen arkadan gelen cümleden (I-C-c) anlaşılacağı üzere, C. Başsavcılığı aslında tam tamına bunu demek istemiyor. Gerçi "filler" yerine "fiil" demiş görüntüsünü de veriyor. Ancak ben, tekil anlamda kullanıldığını sanıyorum. Çünkü "fail bir neticeyi gerçekleştirmek için" diye sürüyor.

Burada failin ulaşmak istediği "amaç" vurgulanmak isteniyorsa, hemen belirteyim ki, ceza hukuku amacı yalnızca özgül kasıt söz konusu olduğunda gözetir. O nedenle anlatım, ne yazık ki, hukuka uygun değildir. Eğer "netice"den suç davranışının yol açtığı yeryüzündeki değişiklik amaçlanıyorsa, olayımızda bu sonuç (evento) birden çoktur, en az ikidir ve onu teke indirgemek, yalnızca dolandırıcılık suçunun yapısına değil, doğa kurallarına da aykırıdır. Birinci sonuç: düzenlenmiş sahte belge. İkinci sonuç: mağdur alıcının malvarlığında azalma, failin malvarlığında çoğalma. C. Başsavcılığının yalnızca bu iki sonucu gözettiği anlaşılmaktadır.

"Failin, bu tek sonucu gerçekleştirmek için birden çok hükmü ihlal etmesi ihlal sayısınca cezayı gerektirmez" (I-C-c) görüşü de temelden sakattır. Çünkü tartışılan konu, suçların birleşmesidir, cezaların değil. Suçların birleşmesi eğer biçimsel (fikri) birleşme yönünde çözülürse, ceza bizim Yasaya göre elbette tek olacaktır. Çünkü Yasa bunu böyle çözmüştür. Sözgelimi, kimi yasalar gibi en ağır olan suçun cezasını belli oranda artırmamıştır (1930 tarihli İtalyan C. Yasası, md. 81 gibi). Bir başka deyişle, "her eylem bir suç oluşturur" dedikten sonra, sanki bir eylem birden çok suçu oluşturursa, yine tek suç ve tek cezayı gerekirmiş gibi bir kuraldan söz etmek yerinde değildir. Olamaz da. Yasa koyucu bu sorunu, ancak benimsediği sisteme göre çözer; çözüm yasa koyucunun tekelindedir.

C. Başsavcılığı son nedencede (I-C-d) de, özel belgenin kullanımıyla TCY.nın 79. maddesine göre eylemin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu belirtiyor. Doğru görüş ve anlatım şu olmalıydı: Her iki suç da oluşmuştur. Ancak, en ağır cezayı gerektiren suçun cezası verilmelidir.

19. bb– Çoğunluk görüşüne göre ise, eylemin tekliğini/çokluğunu meydana gelen sonuç sayısı belirler. Suç ve ceza sayısı kural olarak sonuç sayısıncadır (I-D-b). Bu görüş yerindedir.

Hemen ardından T.C Yasasının 78, 79 ve 80. maddelerinde "birleşme" kurallarının uygulanmayacağı açıklanıyor. Bu maddelere sırayla değinildikten sonra cezaların birleşmesi kurallarından ayrı hükümlere bağlandıkları, kurallarda cezaların birleşmeyecekleri/toplanmayacakları belirtiliyor (I-D-c).

Bir kez daha belirtelim ki, tartışılan konu cezaların değil, suçların nasıl birleşecekleridir. T.C. Yasasının anılan üç hükmü de suçların nasıl birleşeceklerini çözen maddelerdir ve Yasamızın ilk kitabının yedinci babında yer almışlardır. Bu babın başlığı da "suç(ların) ve cezaların içtimaı"dır. Yani "suçların içtimaı". Yasa koyucu yinelemekten kaçınmak için çoğul ekini kullanmamıştır. Bu açıdan her üç hüküm de "bir ve her eylem ayrı ve bir ihlal, suç ve cezayı gerektirir" kuralına ayrık üç hüküm getirmiştir. Ceza; bir suç öbürünün öğesi ya da ağırlaştırıcı nedeni ise fail bileşik suça (md. 78), bir eylem birden çok ihlal (suç) doğurmuşsa, en ağır cezayı içeren suça (md. 79), birden çok eylem birden çok ihlali (suçu) aynı suç kararının sonucu olarak doğurmuşsa müteselsil suç sayılarak verilen ceza artırılmak suretiyle elde edilen sonuca (md. 80) göre belirlenecektir.

Çoğunluk, özel belgede sahtecilik cürmünün belgenin kullanılmasıyla oluştuğunu ve bunun–nasıl oluyorsa–inancı kötüye kullanmada da ortak olduğunu demeye getirerek, olayda T.C. Yasasının 79. maddesinin uygulanacağını belirtiyor (I-D-d, f, h).

Çoğunluk görüşünün "e ve f" bentlerindeki nedenlerini daha önce irdelediğim için onları geçiyorum.

Ancak, özel belgenin kullanılması davranışının inancı kötüye kullanmada da ortak davranış olduğu nasıl söylenebiliyor? Doğrusu bunu anlamakta çok güçlük çekiyorum. Failin bu eylemi acaba "sarf ve istihlâk" mı sayılıyor? Oysa fail, o anda henüz kimsenin malının zilyedi değildir. Dahası, elinde tuttuğu belge sahtedir, geçersizdir. Eğer onu kullanmakla, alıcının parasını zilyedine geçiriyorsa, ona karşı işlenmiş bir inancı kötüye kullanma cürmü düşünülemez. Çünkü teslim bu davranıştan sonradır. İşyeri sahibinin inancını kötüye kullanması ise hiç söz konusu olamaz. Zira sanığın sahte belgeyle ve alışveriş yapmadan çekilen bir parayı iş sahibine vermek diye bir yükümlülüğü yoktur. Neresinden bakılırsa bakılsın, eğer suç ise, ikinci cürüm kullanmayla zaten bitmiyor. Olsa olsa daha sonra oluşma olanağına kavuşuyor. Yani dekor hazırlanıyor. O kadar.

### *b– Dolandırıcılık ve özel belgede sahteciliğin cürümlerinin birleşmeleri sorunu*

20. Bu iki suçun nasıl birleşecekleri, bilimsel ve yargısal alanlarda uzun süre tartışılmıştır (1).

---

(20) (1) Ayrıntı ve kaynaklar için bakınız: SELÇUK, Dolandırıcılık cürmünün...., s. 78–86; ERMAN, Sahtekârlık..., s. 544–561.

Konu; bileşik suç, suçların görünüşte birleşmesi, biçimsel (fikri) birleşme açılarından tartışılmıştır. Bu arada kimileyin biçimsel, kimileyin de maddi birleşmenin olduğunu ileri sürenler de ortaya çıkmıştır (2).

Suçların birleşmesi konusunda özel hükümleri içeren İsviçre (md. 68) ve yürürlükten 1 Mart 1994'te kalkan 1810 Fransız (md. 5) ceza yasalarındaki özel hükümler nedeniyle oralardaki tartışmaları (3) bir yana bırakarak, konuyu esinlendiğimiz İtalyan ceza hukuku ve Türk ceza hukuku açılarından ele almak yerinde olur.

21.Yukarıda da belirtildiği gibi, özel belgede sahtecilik ve dolandırıcılık iki ayrı sonucu olan eylemlerdir. Eylemin tekliği/çokluğu sonuç sayısı gözetilerek belirlendiğine göre, iki ayrı ihlalin ve suçun olacağı açıktır. Ceza yasaları sahtecilikte salt yalanı yani amaç–yalanı (mensonge–fin); dolandırıcılıkta ise malvarlığında haksız zenginleşmeye yol açan araç–yalanı (mensonge–moyen) cezalandırırlar (1). O nedenle sahte belge, dolandırıcılığın davranış alt–öğesi olan hileyi oluşturur, suçu bitirmez. Özel belgede sahtecilik ise, bu belgenin (hilenin) kullanılmasıyla oluşur ve suç o anda biter. Özetle, dolandırıcılık için hile yetmez. Ayrıca haksız çıkar sağlanması malvarlığında bir azalmanın (deminitio patrimonii) doğması zorunludur. Bu çıkar ve azalma ise sahtecilik cürmüne yabancıdır. Özel belgede sahtecilik suçuyla bir haksız çıkar sağlansa bile, yasal tip bunu değerlendirmemiştir. Bu çıkar, ya belgenin öze ilişkin içeriğinin dolaylı sonucudur, ya da belgenin içeriğinden doğmadığı için bir başka etkinliğin yansımasıdır. Haksız çıkar, özel belgede sahtecilik suçunun asla öğesi değildir. Tersi söz konusu olsaydı, hileye dayalı dolandırıcılığın yasal tip olarak yasada yer alması anlamsız olurdu (2).

Demek oluyor ki, dolandırıcılık ile özel belgede sahtecilki cürümleri arasında eylem tekliği ve özdeşliği bulunmamaktadır. Sahte belgenin hile/

---

(20) (2) SELÇUK, Dolandırıcılık, cürmünün..., s. 78–81.

(3) Aynı yapıt, s. 81.

(21) (1) MAYAUD, Le Mensonge en droit pénal, Lyon, 1979, n. 25 vd., 28 vd., 87, 190 vd., 254.

(2) CARNELUTTI, Teoria del falso, Padova, 1935, s. 70; DE FRANCESCO, Lex specialis, specialità ed interferenza nel concorso di norme penali, Milano, 1980, s. 75; FROSALI, Concorso di norme e concorso di reati, Citta di castello, 1971, s. 195; İÇEL, s. 205; LOMBARDI, Dei delitti contro la fede pubblica, Milano, 1933, s. 148. 221; MIRTO, s. 399–407; NUVOLONE, Delitti contro il patrimanio e contro la persona, Milano, 1981, s. 149-151; SEGRETO-DE LUCA, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, 1991, s. 133-135; SELÇUK, Dolandırıcılık cürmünün.... s78-86.

desise olarak kullanılması dolandırıcılığın işlenmesi için yetmez. Ayrıca bir başka sonuç da gerekir. O da çıkar/zarardır. Sahtecilik hileyi oluşturan sahte belgenin kullanılmasıyla bitmektedir. Oysa bu, dolandırıcılıkta çıkış noktasıdır ve bu davranışla son cürüm yeni başlamıştır. Dolandırıcılığın bitiş noktası olan çıkar/zarar ise, sahtecilik cürmünün kalıbı dışındadır. Dolandırıcılık cürmünün, karmaşık ve neden–sonuç bağlarıyla birbirlerine eklenmiş bir dizi davranış ve işlemlerden oluşan örgensel yasıpı gözetilmelidir. Prof. P. Graven, bu suçta aşama aşama türeyen ve büyüyen öğeler ağını vurgulamak için, dolandırıcılık cürmünü zincirleme suç (infraction en cascade) olarak adlandırmaktadır. Bu cürümde yer alan nedensellik bağları ile doğan yanılgı ve çıkar/zarar sonuçlarının çokluğu göz ardı edilemez (3). Dahası, Prof. Mantovani, bu suçla dörtlü bir sonuç doğduğunu,bunların sırayla yanılgı, yanılanın malvarlığına ilişkin bir işlemi (tasarrufu), zarar ve haksız çıkar olduğunu belirtmektedir (4).

Nitekim 1970'li yıllarda görüş değiştiren İtalyan Yargıtayı, özel belgede sahtecilikle dolandırıcılık cürümlerinin hukuki konularının, yapılarının ve doğurdukları sonuçların başkalıklarını gözeterek, her iki suçun biçimsel birleşme (fikri içtima) kurallarına göre değil, maddi birleşme kurallarına göre birleşecekleri düşüncesini benimsemiş, ayrıca her iki suç arasında genel–özel kural ilişkisinin de bulunmadığını belirtmiştir (5).

22. Türk öğretisinde konuyu yıllardan beri enine boyuna irdeleyen yazar, Sayın Prof. Dr. Erman'dır. Kitabının son basısında da konuya yine geniş yer vermiş ve yüce Kurulun 30.3.1987 tarih ve 441/154 sayılı kararına yazdığım ayrıntılı karşıoy yazısını kitabına olduğu gibi bölüm bölüm aktarmıştır (1). Bununla ilgili paragrafın (n. 361/2) başlarında: "...kararda özellikle fikrî içtima açısından önemli olan "fiil" kavramı ile "hareket" kavramının karıştırıldığı görülmektedir. Nitekim C. Genel Kurulunun 30.3.1987 tarih ve

---

(21) (3) SELÇUK, Dolandırıcılık, s. 84, 133-138.

(4) MANTOVANI, Dellitti...., s. 163-165; ZANNOTTI, s. so-54 vd., 72 cd. 90 cd.

(5) İçtihatlar için bakınız: D'AMBROSIO, La truffa; BRICOLA-ZAGREBEWSKI, Giurisprudenza.., s. 1332; CRESPI..., s. 1354. Nitekim olayımızdaki gibi, kredi senedinde sahtecilik ve dolandırıcılık suçları hakkında maddi birleşme kurallarının uygulanacağı, İtalyan Yargıtayının 28.11.1968 ve 17.1.1969 tarihli kararlarında da vurgulanmıştır (LUIGI–...., S. 195). Ayrıcı: sez. II, 16.12.1988, Cassazione penale, 1990, sayı: 8-9, s. 1510; 5.4.1989, Rivista penale, Şubat 1990, s. 1886; 26.5.1989, Rivista penale, Mart 1990, s. 303; 15.1.1990, Rivista penale, Kasım 1990, s. 977.

(22) (1) ERMAN, Sahtekârlık suçları, s. 552-560.

441/154 sayılı kararın muhalefet şerhinde bu husus gayet iyi ve ilmen doğru bir şekilde belirtilmektedir" diyen sayın yazar, karşıoy yazısıyla birlikte karar gerekçesinin nedencelerinin bir bir irdeledikten sonra, paragrafın sonuç kesimini şöyle bağlamaktadır: "Görüleceği veçhile Genel Kurul; fikrî içtima, sahtekârlık suçlarındaki zarar kavramı, kasıt, muhtelit ve mürekkep suç, özel–genel kaide ilişkisi, hareket ve netice kavramları gibi ceza hukukunun belkemiğini ve temelini teşkil eden suç genel teorisi hakkında 40 sene öncesinin yanlış–sonlarına bağlı kalmaktan kurtulamamış, mantık hatalarına düşmek pahasına ve azınlıkta kalan üyelerin her bakımdan isabetli ve tutarlı uyarı ve tenkitlerine dahi aldırış etmeyerek sahte özel varaka kullanılması sonucunda haksız bir menfaatin sağlanması halinde dolandırıcılık suçunun bulunmadığını ve faile özel evrakta sahtekârlıktan dolayı ceza verilmekle yetinileceğini kabul etmiştir. Yukarıda açıkladığımız ve kitabımızın ilk basısından beri benimsediğimiz görüşümüz ve her bakımdan katıldığımız muhalefet şerhi doğrultusunda Genel Kurulun içtihadını değiştirmesi ve mahalli mahkemelerin de ceza hukuku esaslarına uygun kararlar vermek suretiyle buna yardımcı olmaları başlıca temennimiz ve ümidimizdir. Günün birinde bu gerçekler Yargıtayca da benimsenecek ve uygulamaya konulacaktır" (2).

Bu satırlara başka ne eklenebilir ki?...

## III– S O N U Ç

23. Orhan Veli, "Gemliğe doğru denizi göreceksin / Sakın şaşırma" demişti. Çünkü kaçınılmaz sonuçtur bu.

Yargıtayımız da, kuşkusuz önünde sonunda bilimle bütünleşecektir. Zaten çabasını bu yönde yoğunlaştırmış bulunmaktadır. Çünkü bilimle bütünleşmek, kaynaklarla, mantıkla ve evrensellikle bütünleşmektir. Yerelliği evrensel ilkelerle kaynaştırmaktan ve hukuku kestirmeciliğin ve kolaycılığın öldürücülüğünden kurtarmaktan başka seçenek yoktur.

Bir yargı kararı elbette bilimsel düzlemde her zaman tartışılmak gerekir. İlerlemenin vazgeçilmez koşulu, bilimsel eleştiri süzgecinden geçmekte yatar. Ancak, bir yargı kararında bu denli eleştirilecek gereç ve yön de olmamalıdır. Hele hele bilim adamlarının kavram kavram merakla; yargıçlar, savcılar ve avukatların, kısaca uygulamacıların sözcük sözcük çözüm arayışı ile işledikleri Genel Kurul kararlarında bu daha da önemli değil midir?

---

(22) (2) ERMAN, s. 552, 559, 560.

Bundan kurtulmanın yollarını daha önce de yazmıştım (1).

Başka ne diyebilirim ki?

—oOo—

(23) (1) SELÇUK, Kavramlar...., s. 436-439.

# CEZALARIN TECİLİ

**Dr. İlhan AKBULUT (*)**

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. I- Tecil kavramı. II- Tecilin leh ve aleyhindeki görüşler. 1- Tecilin lehindeki görüşler. 2- Tecilin aleyhindeki görüşler. III- Tecilin şartları. 1- Mahkumiyetle ilgili şartlar. a- Hükmedilen cezanın nev'i ve niteliği. b- İşlenmiş olan suçun nev'i ve niteliği. 2- Suçluya ilişkin şartlar. a- Failin daha önce adliye mahkemeleri tarafından para cezasından başka bir ceza ile kesin olarak mahkum edilmiş bulunması. b- Suçlunun geçmişteki hali ile ahlaki eğilimlerine göre cezanın ertelenmesinin ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat getirilmesi. IV- Tecile karar verebilecek mahkemeler. V- Tecili kabil olmayan cezalar. VI- Tecilin neticeleri.*

## GİRİŞ

Yüzyılımızda toplum hayatında görülen gelişmeler, yeni buluşlar insanların daha yoğun çalışmalarını ve bunun sonucu olarak birbirleriyle olan münasebetlerini artırmalarını gerektirmiştir. Artan münasebetler düşünülemeyen ve istenmeyen hadiselerin oluşmasına, bunun neticesi olarak da bazı suçların işlenmesine sebebiyet vermiştir. Pişmanlık hislerine rağmen bunların faillerini cezalandırmak cemiyetin faydasına değil, bilakis zararına olmağa başlamıştır. İşte bu zararı telâfi amacıyla Devletin kanun yapıcıları bazı suçların cezalarının, hâkimlere tanıdığı bir selâhiyetle tecilini arzulamıştır. Bu suretle muhtelif tarihlerde yaptıkları kanunlarla tecil müessesesini kabul ettikleri görülür.

Tecil hukuki bir müessesedir. Suç işlemiş fail hakkında, kamu davasının açılmasını, duruşmanın yapılmasını, suçluluğun tespitini veya mahkûmiyet hükmünün verilmesini veya mahkûmiyet hükmü verilmişse, infazının muayyen bir müddet içinde göstereceği iyi hâle bağlı olarak tecil edilmesi

**(*) Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Hâkimi.**

veya mahkûmiyetin esasen vâki olmamış sayılması neticesini oluşturmaktadır.

Tecil, Türk Ceza Hukuku tatbikatında, modern ilmin ortaya koyduğu imkânlardan uygulanabilen hemen de tek müesseseyi oluşturmaktadır. Tecil, ceza sistemini tamamlayan bir müessesedir, ancak bir nevi ceza değildir. Bir bakıma ceza olmadan ceza sistemini tamamlayan bir ferdileştirme müessesesidir.

Batı Avrupa hukuklarında XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren görülmeye başlayan tecil müessesesi, hukukumuza 1926 yılında İtalyan Ceza Kanununun iktibasıyla girmiştir.

## I– TECİL KAVRAMI

*Tecil;* Temel Türkçe Sözlük'te, "Sonraya bırakma, mühlet verme, belli bir vakte kadar geri bırakma, erteleme" olarak tanımlanmaktadır (1).

Doktrindeki tanımlamalara gelince; *Dönmezer–Erman,* "Erteleme, işlediği suçtan dolayı mahkûm edilen suçluya ait cezanın infazının belirli bir süre ile geri bırakılması ve suçlu bu süre içinde yeniden bir suç işlemediği takdirde suçun ya işlenmemiş veya hükümlülüğün gerçekleşmemiş ya da cezanın çekilmiş sayılmasıdır" şeklinde bir tanım vermektedirler (2).

*Erem* ise,"Tecil, ilk defa suç işleyenlerin (veya böyle sayılanların) mahkûmiyetleri infazının müddetli, menfi bir şarta bağlı olarak geri bırakılmasıdır" demektedir (3).

Tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere Ceza Hukukunda tecil denilince, suçlunun mahkûmiyeti cihetine gidildikten sonra tayin olunan cezanın infazının geri bırakılmasını anlamaktayız. Başka bir deyişle tecil, esasta hafif ve nasılsa bir suç işlemiş kimse hakkında verilen bir cezanın belli bir müddet geri bırakılmasına hâkimin karar vermesidir. Bu belli bir müddet zarfında

---

(1) Temel Türkçe Sözlük (Kâmûs-ı Türki), 3. Cilt, İstanbul 1986, s. 1323.

(2) DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 3, 9. Bası, İstanbul 1983, s. 9.

(3) EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara Hukuk Fakültesi yayını. SIZIROĞLU, Tecil'i: "Bazı şartlar altında, bazı nev'i mahkûmiyetlerin, maznunun mazideki iyi hâl ve ahlâki temayülleri nazarı dikkate alınarak infazın geri bırakılması" şeklinde tanımlanmaktadır. Bk. SIZIROĞLU, Bahaettin, Cezaların Tecili, Askeri Adalet Mecmuası, Yıl: 2, Sayı 7, Ankara 1956, s. 461.

yeni bir suç işlenmediği takdirde geri bırakılan mahkûmiyet esasen meydana gelmemiş sayılır. Aksi hâlde, geri bırakılmış olan ceza, yeni suçunun cezası ile birlikte çektirilir.

Hâkim, suçlu hakkındaki mahkûmiyet kararına rağmen, geçmişteki hâl, tavır, ahlâki temayül ve ruhi yapısını dikkate alarak bundan böyle suç işlemeyeceğine kanaat getirirse, bu cezanın infazını ortadan kaldıran tecil müessesesini uygulayabilir.

Cezanın bilindiği gibi, muhtelif gayeleri vardır. Bir kere ceza umumî bir önleme tedbiridir. Suç teşkil eden fiilleri işleyecek şahıslara muayyen cezaların verileceği tehdidi ve suçu işleyenler hakkında bu cezaların tertip ve tatbik olunması suç işlemek eğiliminde bulunan birçok kimseyi korkutmak suretiyle harekete geçmekten meneder. Diğer taraftan ise, ceza bir hususi önleme tedbiridir. Suçluya ceza çektirmekle ilerde yeniden suç işlemesinin önüne geçilmesi istenir. Buna mukabil, ilk defa veya tesadüfî olarak bir suç işleyen kimsenin geçmişteki hâli ve ahlâki temayüllerine göre, uslanacağının ve ileride tekrar suç işlemekten çekineceğinin umulması hâlinde, cezasının tecili uygun görülebilir. Kazaî bir atıfet olan tecilde suçlunun şahsiyeti önemlidir. Bu sebeple tecilin şahsa göre uygulanması icabeder. Asıl failin cezasının tecil edilmemesi şerikin de cezasının teciline engel değildir. Bu suretle "cezanın ferdileştirilmesi" temin edilmiş olur. Tecil müessesesi, cezaların ferdileştirilmesi akımı sonucu ve bu mahiyette bir tedbir olarak kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında; "Erteleme, cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargısal kişiselleştirme kurumudur. Yasa, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan yasadaki sözcüklerin tekrarı ile yetinilerek erteleme isteminin reddine karar verilmesi, yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, cezanın kişiselleştirilmesi ilkesine de aykırıdır. Ve uygulamada keyfiliğe yol açar" sonucuna varmıştır (4).

Türk Ceza Hukukunda tecil, iki ayrı kanunla düzenlenmiştir: Bunlardan birincisi, TCK.nun birinci kitabının sekizinci babının müstakil faslının 89-95. maddeleri, ikincisi de 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 6 ve geçici 4. maddeleridir. 647 sayılı Kanun Türk Ceza Kanununa göre özel bir kanun olduğundan iki kanunun hükümlerinin çatışması halinde 647 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. 647 sayılı Kanunun tecile ilişkin hükümleri

(4) Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.3.1990 gün ve 1990/2-54 E., 1990/75 K. sayılı ilâmı.

3.5.1973 tarih ve 1712 sayılı Kanunun 1; 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunun 8. maddeleriyle giderek mahkûm lehine düzenlenmiştir. Ancak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 13. maddesi; "Bu kanun kapsamına giren suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirden birine çevrilemez ve ertelenemez" demek suretiyle hâkimin tecil hususundaki takdir yetkisini elinden alarak, ilgili kanun kapsamına giren suçlardan dolayı verilen kararlarda tecil yasağı getirmiştir.

Tespit ve tayin edilmiş bulunan şartların mevcudiyeti halinde hâkim failin cezasının teciline karar vermek mecburiyetinde midir, yoksa bu şartların mevcudiyetine rağmen tecile karar verip vermemek hususu takdire ait bir mesele midir diye sorulduğunda verilecek cevap şudur: Tecil, mahkûm için bir hak olmayıp bir ceza siyaseti tedbiridir. Zira, mahkeme cezayı tecil edip etmeme hususunda mahkûmun istemiyle bağlı değildir. Mahkûm istese de istemese de, mahkeme cezayı tecil edebileceği gibi, etmeyebilirde. Ancak mahkûmun talebi halinde tecil isteminin reddi hususu gerekçeli kararda gösterilip gösterilmeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur. *Dönmezer–Erman,* suçlu veya savcı tarafından tecil talep edilipte, talep red edildiğinde buna ait gerekçenin gösterilmesine gerek bulunmadığını şöyle açıklamaktadırlar: "...hâkim için gerekçe göstermek zorunluğu konulmuş olsa idi, bir Yargıtay kararında da açık olarak belirtildiği gibi talebin reddi halinde bunun sebeplerinin kararda izahına hâkimin mecbur bulunması mahkûmun ahlakî redaetinin mahkeme lisanı ile teşhir ve ilânını terviç etmek olacağından mahkûmun aleyhine müencer ve tecilin mevzu ve gayesine aykırı bir netice doğmuş olacağını; kaldı ki, 6. maddenin son cümlesinde ertelemeye karar verildiğinde bu halde deyimi ile gerekçe göstermek mükellefiyetini yüklendiğinden, diğer hallerde gerekçe göstermek zorunluğu olmadığını, bu deyimin ters anlamından da çıkartmak mümkün bulunduğunu açıklamıştır. Hâkim red kararındaki gerekçeyi gösterdiği takdirde bu yönden hükmün Yargıtayca kontrolünün ve redde dair verilmiş kararın ertelemenin objektif şartlarına ilişkin gerekçeler yönünden bozulmasının mümkün bulunduğunu belirtmiştik. Bugün de aynı görüşteyiz" (5).

*Erem* ise bu konuda; "Demek ki Kanunumuza göre, tecile karar verilmemiş ise, niçin bu kararın verilmediği hususunun hükümde zikredilmesine lüzum yoktur. Fakat tecil sanık veya onun lehine savcı tarafından talep edilmiş ise bu talebinin niçin kabul edilmediğinin gösterilmesi icap eder. Çünkü,

---

(5) DÖNMEZER–ERMAN, age., s. 57.

usul hukukumuz (CMUK. 32) bir talebin reddine dair kararların gerekçeli olmasını ister. Bununla beraber, tecilin reddi halinde de gerekçe mecburiyeti neticesine varılmak için ortada sarih bir talebin bulunması lâzımdır. "Nadim oldum, mahkemenin adaletine sığınıyorum" gibi sözlerin sarih bir talep sayılamayacağı yolunda Yargıtay içtihadı yerindedir. Red gerekçesi hukuki ve adil olmalıdır" (6).

*Kunter* ise görüşlerini şu şekilde belirtmektedir: "Taraflar erteleme isteyebilirler. İstek gibi onun reddi de dolaylı olabilir. Müdafaa makamı istediğinde, iddia makamının mütalâası alınır. Hiç bir istek olmasa da, mahkeme, ilerde suç işlemekten çekinmesine sebep olacağına kanaat getirirse, ertelenebilecek cezayı erteleme kararı verebilir. Erteleme kararında gerekçe göstermek şarttır. Mahkeme, ertelemenin gerekip gerekmediğini, istek olmasa da, kendiliğinden araştırmak mecburiyetinde olduğundan son kararda bu nokta hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmemesi bozma sebebi olabileceğinden, ertelemeye lüzum görmese de bunu belirtmelidir. Ertelememe kararlarında tam gerekçe göstermenin sanık aleyhine doğuracağı sonuçları önlemek içinde, gerekçe gösterme kaidesine bir istisna kabul edilerek takdiren denilmesi yeterli sayılmalı ise de 6.7.1976 tarihli İç. B.K. tam gerekçe göstermeyi mecburî kılmıştır" (7).

Gerek *Dönmezer–Erman*'ın ve gerekse *Kunter*'in görüşlerinde bahsettikleri 7.6.1976 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı şu şekildedir: "Sonuç: 1- TCK.nun 59. maddesinde yazılı takdiri indirim koşullarıyla TCK.nun 89. ve 647 sayılı Yasanın 6. maddesindeki cezanın ertelenmesini gerektiren koşulların birbirinden bağımsız, yargısal şahsileştirme müesseseleri olduğu, ancak mahkemece TCK.nun 59. maddesi ile indirim yapılırken aynı Kanunun 89 ve 647 sayılı Kanunun 6. maddesindeki unsurların tamamı esas alınmışsa, bunun ertelemeyi de gerektireceği; 2- Anayasanın 135. maddesinin son fıkrası ve CMUK.nun 32. maddesinde yer alan bağlayıcı, açık hükümler karşısında TCK.nun 89 ve 647 sayılı Yasanın 6. maddelerinde yazılı erteleme isteğinin reddi halinde de mahkemenin yasal bir gerekçe göstermeye zorunlu bulunduğuna üçte ikiyi aşan çoğunlukla 7.6.1976 günü karar verildi" (8).

---

(6) EREM, Faruk, age. s. 885.

(7) KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 1986, s. 897.

(8) Zikreden GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Açılaması, 4. Bası, Cilt: 1, İstanbul 1980, s. 371.

Kanaatimizce de mahkûmun talebi halinde tecil isteminin reddi hususu gerekçeli kararda gösterilmelidir. Bu husus Yargıtay incelemesi sırasında da bozma sebebi olarak re'sen gözönüne alınacaktır.

## II– TECİLİN LEYH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER

### 1– Tecilin Lehindeki Görüşler

Tecil, müessese olarak kabul olunmalıdır. Tecil müessesesi, kısa müddetli hürriyeti bağlayıcı cezaların cezaevlerinden gelmesi melhuz zararlarını bertaraf eder. Mükerrir suçluluğa mani olur. İlk defa suç işlemiş ve cezası tecil edilmiş olan tesadüfi suçlu, topluma kazandırılmış olur. Tecil müessesesi bu kişilerin deneme süresi içinde çok daha dikkatli ve suç işlemekten kaçınmalarına amil olur. Tesadüfen suçlu olan şeref ve haysiyet sahibi vatandaşı, yeniden suç işlememek şartıyla hayata bağlar. İnfaz sistemlerinin aksaklığı sebebiyle failde oluşan ruhi bozuklukların oluşmasına mani olur.

Tecil aynı zamanda iyi bir ceza politikası vasıtasıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı, fail için olduğu gibi ailesi için de bir yıkımdır. Tecil, genellikle failin tesadüfî suçlu olması halinde uygulanabileceği cihetle,cezanın korkutucu olma vasfı bunlar için deneme müddeti içinde de mevcuttur (9). Tecil, kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını yokeden bir araçtır (10).

### 2– Tecilin Aleyhindeki Görüşler

Tecil müessese olarak kabul olunmamalıdır. Zira, müessese cezada bulunan "umumi önleme" vasfını tamamen ortadan kaldırmakta, ilk defa suç işleyen kimseye ceza verilmez şeklinde bir düşüncenin yerleşmesine yol açmaktadır. Bu da suçluların fazlalaşmasına sebep olacaktır. Ayrıca suç işleyenin mutlaka cezasını çekmesi gerekir. Cezanın yerine getirilmemesi cezanın korkutuculuk vasfını ortadan kaldırır, faili umursamaz hale getirir. Tecil Ceza Kanununun çeşitli suçlulara farklı bir şekilde uygulanması sonucunu doğurur ve kanunun herkes için eşitliği prensibini bozar (11).

## III– TECİLİN ŞARTLARI

Tecilin şartlarını; mahkumiyetle ilgili şartlar ve suçluya ilişkin şartlar olmak üzere iki kategoride inceleyebiliriz.

---

(9) ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963, s. 76.

(10) BOUZAT – Traite Theorigue at Pratigue de Droit Penal, Paris 1951, s. 506.

(11) BOUZAT – age. s. 507.

### 1– Mahkûmiyetle İlgili Şartlar

Ceza Kanunumuz infazı tecil edilebilecek mahkûmiyete ilişkin şartları; "hükmedilen cezanın nev'i ve niteliği" ve "işlenmiş olan suçun nev'i ve niteliği" itibariyle iki yönden düzenlemiş ve belirli şartlara tâbi tutmuştur.

#### a– Hükmedilen Cezanın Nev'i ve Niteliği

Kanunkoyucu tüm cezaların tecil olunabileceğini kabul etmemiştir. Tecil olunabilecek cezalar bakımından cezanın niteliği ve mahkûmun yaşına göre bir ayrım yapmıştır. 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanun ihtiyarlar hakkındaki yaş sınırını 65'e indirmiş, ayrıca tecil edilecek para cezasını ağır ve hafif şekilde olmak üzere açıklığa kavuşturmuştur. Ceza süresini ağır hapisler için bir yıla, hapis veya hafif hapisler için iki yıla çıkarmıştır. Bu durumda, bir yılı aşan ağır hapis cezaları ile iki yılı aşan hapis veya hafif hapis cezalarını tecil etmek söz konusu olamayacaktır.

Fiili işlediği zaman 15 yaşını bitirmemiş olan küçüklerin mahkûm oldukları ağır hapis cezasının süresi iki yılı geçmiyor ise, hapis veya hafif hapis cezasının süresi üç yıl ise bu ceza tecil olunabilir.

Kural olarak aslî ceza tecil olunmuş ise fer'i ceza da tecil olunur. Ancak mahkeme fer'i cezayı tecil etmeyebilir (TCK. 91).

#### b– İşlenmiş Olan Suçun Nev'i ve Niteliği

Mevzuatımızda bazı kanunlar, belirli suçlara ait cezaların tecil olunamayacağını belirtmişlerdir. Ezcümle 2279 sayılı "Ödünç Verme Kanunu" (m. 47), "Askeri Ceza Kanunu" (m. 47), 1072 sayılı "Rulet, Tilt, Langırt ve Berzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında Kanun" (m. 2/son) gibi.

### 2– Suçluya İlişkin Şartlar

Suçlunun cezasının tecil olunabilmesi için; failin daha önce işlediği bir suçtan dolayı Adliye Mahkemeleri tarafından para cezasından başka bir ceza ile kesin olarak mahkûm edilmemiş olması gerekmektedir. Bu şarta, mecburi objektif şart demekteyiz. İkinci olarak ise; suçlunun geçmişteki hâli ile ahlâki eğilimlerine göre cezasının tecil edilmesi halinde cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat hasıl olmasıdır. Bu şarta da, subjektif veya manevi şart demekteyiz. Şimdi bu şartları daha geniş bir şekilde inceleyelim:

### *a– Failin Daha Önce Adliye Mahkemeleri Tarafından Para Cezasından Başka Bir Ceza İle Kesin Olarak Mahkûm Edilmemiş Bulunması*

Cezası tecil olunan fail, cezasının tecil olduğu zamana göre geçmişte işlediği bir suçtan dolayı sadece para cezasına mahkûm olmuş bulunmalıdır. Geçmişte hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olmuş ise yeni mahkûmiyet tecil edilemez.

Fail hakkında, daha önce verilen para cezası ağır para cezası olabileceği gibi hafif para cezası da olabilir. Keza bu para cezasının bir cürümden veya kabahatten dolayı verilmiş olmasının önemi yoktur. Adliye mahkemelerinden başka mahkemelerce verilmiş olan mahkûmiyet hükümleri tecile engel değildir.

Acaba, askeri mahkemelerden verilmiş ceza mahkûmiyetleri adliye mahkemelerince gözönüne alınacak mıdır? Başka bir deyişle, Askeri Ceza Kanununun 47. maddesi karşısında askeri mahkemelerden verilmiş olan her türlü ceza mahkûmiyetlerinin tecile engel olup olmayacağı meselesidir.

Bu konuda doktrinde iki farklı görüş vardır. Birincisi *Erem*'in katıldığı bir görüşe göre; "Askeri mahkemeler, adliye mahkemeleri olmamalarına rağmen bunların verdikleri bütün mahkûmiyet kararlarının tecil ehliyetini kaldırmayacağı mütalâası varit olamaz. As.C.K.nun bu hükmüne göre askeri mahkemelerden verilen mahkûmiyete mevzu olan fiil aynı zamanda Türk Ceza Kanununca dahi suç sayılmış ve para cezasından gayri ceza ile cezalandırılmış ise bu mahkûmiyet tecile mani sayılmalıdır. Askeri suçlarla umumi suçların münasebetinde münhasıran Türk Ceza Kanununa bağlı kalmak doğru değildir" (12) demek suretiyle tecilde münhasıran adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmamak şartının aranmayacağını askeri mahkemelerce verilen TCK.na göre suç sayılan mahkûmiyet kararlarının da tecile mani olabileceğini belirtmektedir. *Dönmezer–Erman*'ın katıldığı diğer bir görüşe göre ise; "Askeri Ceza Kanununun 47. maddesindeki hüküm sadece askeri mahkelere hitap eder ve asker kişileri ilgilendirir; bu hükümler asker kişiler hakkında ve askeri mahkemelerce ertelemeye karar verilmesi gereken hallerde gözetilecek hükümlerdir; yoksa Askeri Ceza Kanununun 47. maddesinin TCK.nun ertelemeye ilişkin olan

---

(12) EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Ankara 1950, s. 215.

hükümlerini değiştirmiş bulunacağı kabul olunamaz. Ertelemenin hâkim için takdiri niteliği gözönüne alınacak olursa, bu ikinci görüşün benimsenmesi ile askeri mahkemelerden verilmiş olan hükümlerin, ne olursa olsun, adliye mahkemeleri bakımından ve diğer şartlar bulunmak kaydı ile ertelemeye engel olamayacağının kabulü şimdi bize daha yerinde bir mütalâa olarak gözükmektedir" (13).

Kanaatimizce de, kanunun açıkca "Adliye Mahkemelerince" şeklinde belirtmesi karşısında adlî olmayan mahkemelerden verilmiş olan mahkumiyetler tecile engel bir hal sayılamayacaktır. 647 sayılı Kanunun 6. maddesinde geçen "Adliye Mahkemeleri" deyimi ile kanunkoyucunun Türk yargı teşkilatını gözönünde tuttuğu şüphesizdir.

Evvelce işlenmiş olan bir suçtan dolayı mahkûmiyetten maksat, kesinleşmiş bir mahkûmiyettir. Bu sebeple şayet evvelki mahkûmiyet henüz kesinleşmemiş ise, sonraki cezanın tecil edilmesine engel bir hal yoktur.

Eski mahkûmiyet tecil edilmiş, yeni mahkûmiyet tecil süresi içinde vaki olmuş ise yeni mahkûmiyet tecil edilemeyecek, eski tecil düşürüleceği için hükümlü her iki mahkûmiyetin de de cezasını çekecektir.

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 7. maddesi uyarınca eski mahkûmiyet ilgili mahkemeden talep edilmesi üzerine adli sicilden silinmiş ise yine tecile engel bir hal yoktur.

Eski mahkûmiyetin genel afla ortadan kalkmış olması yeni mahkûmiyetin teciline mani olamaz. Zira, genel af mahkûmiyeti bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırmaktadır. Halbuki özel af ve zamanaşımı ile yalnızca ceza ortadan kalkmış olduğundan yeni mahkûmiyetin tecili yoluna gidilemez.

### *b– Suçlunun Geçmişteki Hâli İle Ahlâki Eğilimlerine Göre Cezanın Ertelenmesinin İleride Cürüm İşlemekten Çekinmesine Sebep Olacağı Hakkında Mahkemece Kanaat Getirilmesi*

647 sayılı Kanunun 6. maddesinin bu kısmı suçluya ilişkin subjektif şartını göstermektedir. Tecile karar verecek olan mahkeme, failin ahlâki temayüllerini, duruşmadaki hal ve hareketlerini, geçmişte başka suç işleyip işlemediğini, işlediği suçla ilgili pişmanlık duyup duymadığını, tekrar suç işleyip işlemeyeceği hususlarındaki intibalarına göre bir değerlendirme yapacaktır.

(13) DÖNMEZER–ERMAN, age., s. 42.

"Geçmişteki hal"den maksat, daha önce suç işlemiş olup olmaması değil; failin ahlâki durumunu gösteren geçmişteki olaylardır. "Ahlâki temayüller" tabirini de, eskiden gösterdiği ahlâki eğilimler ile beraber hüküm zamanında göstermekte bulunduğu ahlâki eğilimler olarak anlamak lazımdır.

## IV– TECİLE KARAR VEREBİLECEK MAHKEMELER

Mahkûmiyetin teciline, ceza vermek yetkisini haiz bulunan bütün yargı organları karar verebilirler. 647 sayılı Kanunun 6. maddesinde tecile "mahkeme" tarafından hükmolunabileceği açıklanmasına rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından da bu müessese uygulanabileceği gibi, hukuk ve ticaret mahkemeleri de şayet cezaî kararlar vermek durumunda oldukları takdirde tecil müessesesini uygulayabileceklerdir. Bu arada davanın esasına hükmedemeyip yalnızca hukuka aykırılığı kontrol eden Yargıtay'ın cezayı tecil yetkisi yoktur (14).

Cezanın tecilini, sanık, sanık müdafii veya savcı isteyebilir. Hâkim bu istemleri red edebileceği gibi tarafların istemi olmasa da kendiliğinden tecile karar verebilir. Tecil kararı mahkûmiyet kararıyla birlikte verilir. Hâkim ilk önce sanığı işlediği fiilinin karşılığı olan belirli bir cezaya mahkûm eder, sonra şartların gerçekleşmesi halinde tecile karar verebilir. Sanık duruşmada hazır bulunuyorsa tecil kararını hâkim sanığa tefhim eder (15).

## V– TECİLİ KABİL OLMAYAN CEZALAR

Türk Ceza Kanunu 92. maddesi ile ne gibi cezaların tecil olunamayacağını tek tek göstermiştir. TCK.nun 92. maddesinde "tazminat kabilinden olan cezaî nakdî ve zabıt ve müsaderesi kanunen mecburi olan eşya ile muhakeme masrafları tecil olunamaz" demek suretiyle niteliği itibariyle bu kapsama girebilecek cezaları tecil dışına almıştır. Bu durumda tazminat kabilinden para cezaları tecil edilemiyecektir. Yine muhakemenin devam etmesi için gerek Devlet tarafından ve gerekse diğer makamlar tarafından yapılmış olan masraflar tecil olunamayacaktır. Müsaderesi kanunen mecburi olan eşyanın da tecil olunamayacağı belirtilmiştir. Müsaderesi mecburi eşyadan amaç aidiyet ve mahkûmiyet şartına lüzum olmaksızın müsaderesi

---

(14) DÖNMEZER–ERMAN, age. s. 51; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, 8. Baskı, s. 880; ÖNDER, Ayhan, age., s. 212.

(15) SOYASLAN, Doğan, Cezaların Tecili, Ceza Hukuku El Kitabı (Müşterek Eser), İstanbul 1989, s. 491.

gereken eşyadır. Bu itibarla TCK.nun 36/2. madde ve fıkrası uyarınca kanunen müsaderesi mecburi olan eşya tecil dışı bırakılmıştır. Bu hükümden anlaşlacağı üzere, kanunkoyucu zapt ve müsaderesi kanunen mecburi olmayan eşyanın müsadere olunamayacağı yolunda hüküm koymamıştır. Bu itibarla zapt ve müsaderesi kanunen mecburi olmayan eşyanın müsaderesinin tecil imkânı vardır. Müsaderesi mecburi olmayan eşya "cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilinin irtikâbında husule gelen"lerdir. TCK.nun 92. maddesine göre bu tür eşyaların müsaderesinin tecil imkânı vardır. Emniyet tedbirleri ceza olmadıklarından tecil edilemez. Bu itibarla, akıl malülü suçlular hakkındaki "muhafaza tedbirleri" (TCK. 46), küçükler hakkındaki "terbiye ve ıslah tedbirleri" (TCK. 53, 2.2) tecile konu olamaz. Bilindiği gibi, askeri mahkemelerden verilen mahkûmiyet hükümleri, adliye mahkemelerince verilecek cezaların teciline engel teşkil etmez (TCK. 89). Bununla beraber, askeri mahkemelerce As.CK'nun uygulanması sonucunda verilecek cezalar hakkında tecil kaidesinin ne suretle uygulanacağı, As.CK'nun 47. maddesinde gösterilmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre: "TCK.nun 1. kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler, aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla, askeri şahıslar hakkında da tatbik olunur – A) Akseri Mahkemelerden As.CK'nun 3. bâbının 3. ve 4. fasılları ile 84. maddesi hariç olmak üzere, 5 ve 130. madde hariç olmak üzere 8. fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez. Ancak fiili işlediği zaman 18 yaşını doldurmamış çocuklarla hüküm zamanında 70 yaşına girmiş olanların mahkûm oldukları bir seneden az hapis cezaları tecil olunabilir. – B) TCK. mucibince bir kabahat fiilinden dolayı mahkûm olan ve cezası tecil edilen kimse, 1 sene içinde ve yine mezkûr kanuna tevfikan hapis cezası ile mahkûm olan ve cezası tecil edilen bir kimse 5 sene içinde; askerî bir suçtan dolayı hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olur ve bu askerî cürüm TCK. mucibince cezayı mucip fiillerden bulunmazsa, ikinci mahkûmiyet evvelki cezanın teciline mani olmaz. – C) Evvelki mahkûmiyet askeri bir suç için verilmiş bir ceza olur ve bu askeri suç TCK. mucibince cezayı mucip bir fiil bulunmazsa ikinci fiilden dolayı TCK. mucibince verilecek cezanın teciline birinci fiil mani olamaz".

Tecilin konusu bakımından As.CK'nun 47. maddesi bazı suçlardan dolayı verilen cezaların tecil edilemeyeceğini söylemek suretiyle, tecil edilmeyen cezalar ile tecili mümkün cezalar arasında bir ayırım yapmış olmaktadır. Maddenin girişinde, tecil konusunda TCK'nun hükümlerine yollama yapılarak, genel kural asker kişiler hakkında da korunmuş, daha sonra da, asker-

lik görevinin gereği özellik arzeden hususlar maddenin diğer bentlerinde bizzat düzenlenmiştir. Maddenin A bendinde, Askeri disiplin üzerinde kötü etkiler meydana getirebilecek bazı suçların tecil edilemeyeceği, bu suçların temas ettiği maddeler sayılmak suretiyle gösterilmiştir. B ve C bentlerinde, genel suçlar ile askeri suçların tecil konusundaki ilişkileri kural hâline getirilmiştir. Buna göre, önce veya sonra işlenen askeri bir suç, TCK.'nu gereğince cezayı gerektiren bir fiil sayılmıyorsa, TCK'nun uygulanması sonucu verilen mahkûmiyet hükmünün teciline engel teşkil etmemektedir. Demek oluyor ki, bazı istisnaî hallerin dışında kalan hallerde askeri suçlardan dolayı verilen cezaların tecili mümkündür (16).

Bundan başka 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 45. maddesinde de "Bu kanunun 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60 ve 61. maddeleri gereğince verilenler dışında disiplin mahkemelerince verilen cezalar ertelenemez" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Keza Sıkıyönetim Kanununun 19.9.1980 tarih ve 2301 sayılı Kanunla değişik 17. maddesi de Sıkıyönetim mahkemelerince verilen cezaların tecil edilemeyeceğini belirtmektedir.

## VI– TECİLİN NETİCELERİ

Tecil kararının ilk neticesi cezaların infazına engel oluşudur. Mahkeme tecil kararı verdiğinde mahkûmun cezasının infazı geri bırakılır. Mahkûm tecil deneme süresi içinde bir suç işlemezse "mahkûmiyeti vaki olmamış" sayılır. Tecil müessesesinin esas unsurlarından birisi deneme müddetidir. Hükümlü muayyen bir müddeti suç işlemeksizin geçirmiş olmakla, tecilin neticesinden faydalanmış olur. Deneme müddeti tecile karar verildiği tarihten itibaren başlar. Bu süre kabahat hükümlüleri için bir yıl, cürüm hükümlüleri için beş yıl olarak tespit edilmiştir (TCK. m. 95). TCK'na göre deneme müddeti, tecil kararı düşmeksizin geçmiş ise, mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılacaktır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus şudur: Esasen vâki olmamış sayılan mahkûmiyettir. Suç işlenmemiş sayılamaz. Umumi af ile tecilin tesirleri arasındaki farklardan biri de budur (17). Kanunumuza göre deneme süresinin sonunda mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılması tecilin kendiliğinden gerçekleşen cezaî bir neticesidir. Bu hususun ayrıca bir kararla belirtilmesine gerek yoktur. Mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılma-

(16) ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7. Bası, İstanbul, 1983, s. 268.

(17) KEYMAN, Selahattin, Türk Hukukunda Af (Genel Af–Özel Af) Ankara, 1965, s. 7.

sının neticesi olarak, ayrıca memnu haklar kendiliğinden geri verilmiş olur. Mahkûmiyetin vaki olmamış sayılması hâlinde, şayet cezası eskiden tecil edilen eski hükümlü tekrar suç işlerse, ikinci hükmün cezası tekerrürden dolayı arttırılamaz. Ayrıca işlenen yeni suçun teciline engel olunamaz.

Deneme müddeti içinde yeniden işlenen bir suçtan dolayı mahkûmiyet halinde tecil düşer. Tecilin düşmesi için, sonraki suçun deneme müddeti içinde işlenmiş olması ve aynı zamanda yine deneme müddeti içinde mahkûmiyetine karar verilmiş bulunması lazımdır.

Tecil edilen mahkûmiyet hükmü bir cürümden dolayı verilmiş ise, mahkûmun tecil tarihinden itibaren beş yıl içinde tecil edilen ceza cinsinden bir cezaya veya hapis veya ağır hapis cezasına yeniden mahkûm olması halinde tecil kararı düşer (TCK. m. 95/2).

Tecil edilen ceza işlenen bir kabahatten dolayı verilmiş ise, failin tecil kararı tarihinden itibaren bir yıl içinde bir cürüm işlemesi veya tecil kararının verildiği Asliye Mahkemesinin yargı dairesi içinde bir diğer kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir cezaya mahkûm olması halinde tecil kararı düşer (TCK. m. 95/1).

İşlenen bir cürmün karşılığı olan ceza hapis ve ağır para cezası olup da, deneme süresi içerisinde işlenen suç yalnız ağır para cezasını gerektirdiği takdirde, tecil kararı düşmez.

Tecili düşüren bir neden de, tecil kararının infazının mahkûm tarafından mağdurun şahsi haklarının ödenmesine bağlı olduğu halde, mahkûmun bu ödemeyi yapmamış olmasıdır. Şahsi haklar, suçtan zarar görenlere ait haklardır. Şahsi haklar, bu sebeple, tecile konu olmaz. Suçtan zarar görenin mağduriyetini gözönünde tutan hâkim tecil kararını, şahsi hakların mahkûm tarafından rızasile mağdura ifasına veya teminine bağlı kılabilir. TCK.nun 93. maddesine göre, hakim tarafından ileri sürülebilecek bu kaydın, tecil kararının infazı hususunda ek bir şart olduğunu söylemek gerekir. Hâkim 93. maddeyi tatbik ettiğinde cezayı tecil ettiğini ancak bu kararı şahsi hakları mahkûmun rızasile ödenmesine veya teminat altına alınmasına bağladığını belirtecektir.

Tecilin düşmesi ile her iki ceza ayrı ayrı infaz olunur.

—oOo—

## KAYNAKÇA

DÖNMEZER, S.–ERMAN, S. : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt III, 9. Bası, İstanbul 1983.

EREM, Faruk : Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Ankara 1950.

EREM, Faruk : Umanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt I, 8. Bası.

ERMAN, Sahir : Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7. Bası, İstanbul 1983.

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat : Türk Ceza Kanunun Açılaması, 4. Bası, Cilt I, İstanbul 1980.

KEYMAN, Selahattin : Türk Hukukunda Af (Genel Af–Özel Af) Ankara 1965.

KUNTER, Nurullah : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1986.

ÖNDER, Ayhan : Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963.

SOYASLAN, Doğan : Cezaların Tecili, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.

# TENKİS
# YANLIŞ ANLAŞILAN BİR KARAR
# VE
# BİR MAKALE (**)

**Tahir ALP (*)**

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, Yargıtay Kararları Dergisi'nin Mart 1993 sayısında yayımlanan 4.2.1993 günlü 12436/816 sayılı kararında:

["Yakın kan hısımlığı ve aile münasebetlerinden doğan bağlar, kanun koyucuları, bazı kanuni mirascılara, miras hisselerinin belirli kısmı üzerinde, murisin iradesiyle bertaraf edilemeyen bir hak tanımaya zorlamıştır. Kanunun öngördüğü istisnalar (MK. 457-520 vd) dışında murisin iradesi ile bertaraf edilemeyen bu hakka, mahfuz hisse (MK. 453); kendilerine böyle bir hak tanınan kimselere de mahfuz hisse sahibi adı verilir. İşte bu hakkı murisin ihlal ve tecavüzlerine karşı koruma davalarına tenkis davası denmektedir. İsviçre–Türk "Medeni Kanununda mahfuz hisse kanuni bir miras hakkı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır." Böylece mahfuz hissesine tecavüz edilen kişinin bir alacaklı değil, miras hakkı ihlal edilen kişi olarak değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkar. Tenkis davası bir miras payının tamamlanması davasıdır.

Tenkis davası, murisin mahfuz hisseyi ihlal eden ölüme bağlı veya sağlar arası teberrularının kanuni hadde indirilmesini amaçlar. Dava mahiyeti itibariyle yenilik doğuran bir davadır. Ancak tasarrufa konu malın lehtarın eline geçmiş olması halinde eda istemini de kapsar. Tenkis kararı bu hali ile

---

(*) **Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı.**

(**) Bu yazı, 4.11.1994 tarihli, 4/4 sayılı Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun içtihadı birleştirme kararından önce hazırlanmıştır. Yüksek Yargıtay söz konusu kararında; "Kıymetine noksan gelmeksizin sabit tenkis oranında taksimi kabil olmayan muayyen mala ilişkin muris tasarrufunun tenkisi halinde, Medeni Kanunun 506. maddesi uyarınca ödenecek nakdin (Kıymet), aynı hükme göre kullanılan tercih hakkı günündeki fiyatlar dikkate alınarak belirleneceği"ni kabul etmiştir (2.1.1995 tarihli Resmi Gazete).

iki kısımda mütalaa edilmelidir. Birinci kısım muris tasarruflarının mahfuz hisse sınırına indirilmesini emreder ve o tasarrufu değiştirir. İkinci kısım ise lüzumu halinde mahfuz hisseyi tamamlamayı (edayı) emreder. İşte kanunu yorumlarken bu özellikleri dikkate almak haklar dengesi bakımından önem kazanmıştır.

Medeni Kanunun 502. ve müteakip maddelerinde tenkis davası düzenlenmitir. Hangi tasarrufların tenkis edilebileceği,hangilerinin öncelikle ve hangi sıra ile tenkise tabi tutulacağıbelirlenmiştir. Mahfuz hisseye tecavüz olup olmadığının değerlendirilme biçimi bu bölümde açıklanmıştır.

Ancak, Medeni Kanunun 454. maddesinde yer alan "tasarruf nisabı terekenin vefat günündekihaline göre hesab olunur" kuralı, mahfuz hisseye bir tecavüz olup olmadığının belirlenmesinde, ölüm günündeki fiziki durum ile değerlerin dikkate alınacağını gösterdiğinden, bu konuda bir duraksama söz konusu değildir. Yalnızca tasarrufu tenkis amacı güden, eda isteğini kapsamayan, davalarda bu hesaplama biçimi bir sorun yaratmamaktadır. Fakat eda isteğini de taşıyan ve "kıymetine noksan gelmeksizin taksimi, kabil olmayan muayyen bir mal vasiyet edliip te" tenkise tabi olursa, bu kuralın ödenecek değer hesabında da uygulanması bir takım sorunlar ortaya çıkarmakta; büyük haksızlıkların doğmasına yol açmaktadır. Medeni Kanunun 506. maddesinde yer alan bu kuralı yorumlarken tenkis davası ile güdülen (mirascının eline mutlaka mahfuz hissesi kadar bir zenginleştirici mal varlığının geçmesi) amacı gözden ırak tutulmamalıdır.

Kanunla, murisin tasarrufu ile muayyen malı alan kişi ile, mahfuz hisseli mirascıların, miras yolu ile intikal eden malda, şerik haline gelmeleri istenmemiş, lehtara bir seçimlik hak tanınmıştır. Tabii ki, seçimlik hakkın söz konusu olduğu hallerde, haklardan biri ile diğeri arasında önemli bir farklılık olmamalı ki, seçimden söz edilebilsin. Haklardan biri diğerine nazaran aşırı menfaatler sağlıyorsa, seçmekten söz etmek hiç bir zaman mümkün olmaz. Aşırı menfaat sağlayan halin seçilmesi hayatın olağan akışının gereğidir. Öyle ise kanun vazıının ortaya koyduğu seçimlik yararları denk kabul ettiğini gözetmek zorunludur. Medeni Kanunun bir yandan "Bir hakkın sırf gayrı ızrar eden suistimalini kanun himaye etmez" (MK. 2/2) derken, öbür yandan hakkın suistimali sonucu doğuracak bir seçimlik hakkı hükme bağlanması mümkün olamaz. Şu halde Medeni Kanunun 506. maddesi yorumlanırken tercih hakkı sahibi hangi tercihini kullanırsa kullansın, tarafların elde ettiği yararların değişik olmaması gerekir. Ne "tasarruf nisabı, terekenin vefat günündeki haline göre

hesap olunur" (MK. 454), ne de "miras ölüm ile açılır, murisin ölüme bağlı olmayan teberru ve taksimleri mirasa alakaları noktasından mirasın açıldığı gündeki haline göre taktir edilir" (MK. 517) kuralları, Medeni Kanunun 506. maddesi uyarınca tayin edilecek ve ödenecek kıymetin, tarafların mal varlığında, zenginleşmesinde, değişik sonuçlar doğurmasını icap ettirmemelidir. Aksi uygulama hakkaniyet duygusu, nısfet kuralları ile bağdaşmaz.

Medeni Kanunun 506, 508. maddelerinde yer alan kural, bir paylaştırma kuralıdır (Y. 2. HD.'nin 23.12.1958 günlü, 5594-6012 sayılı kararı). Bu kuralların kanuni veya mansup mirascılar arasında yapılan bir paylaştırmanın kurallarından ayrık bir sistem içinde düzenlendiğini düşünmek, kanunda benzer düzenlemeler arasında sarsılmaz ahenge uygun düşmez.

Yukarıda açıklandığı üzere tenkis davasının yeniden inşa bölümünde, davacının mahfuz hissesine bir tecavüz olup olmadığının hesabı, doğal olarak tereke aktif ve pasifinin ölüm günündeki değerlerine göre yapılacaktır.

Davacıya, davalının kazanmasından geriye dönecek miktar ile davalının kazanmasının teşkil ettiği oranın (sabit tenkis oranı) paylaştırmada (taksimde) dikkate alınacağı, muayyen malın bu orana göre "kıymetine noksan gelmeksizin taksiminin kabil" olup olmadığının araştırılacağı muhakkaktır. Böyle bir hesaplama sonunda taksimi kabil olmayan mal alanın değişik zenginleşmesi kanun önünde eşitlik (Anayasa 10) kuralı ile de bağdaşmaz.

Tenkis davası, miras bırakanın, ölüme bağlı ve sağlar arası kazandırmalarıyla, ölümünde mülkiyetinde bulunan mal ve hakların belirlenmesini, iptal ve iade davalarının sonuçlarının alınmasını ve terekeye dahil tüm mal varlığının değerlendirilmesini gerektirdiğinden; uzun inceleme, çalışmaları zorunlu kılmaktadır. Tenkis davasının çok kısa zaman aşımına bağlı olmasına rağmen mirasın açılmasından uzun yıllar geçtikten sonra karara bağlanabildiği bir gerçektir.

Enflasyonist baskıların arttığı dönemlerde zaman sürecinin taraflardan birini zenginleşmesine karşılık, özellikle davacının fakirleşmesine yol açması, açıklanan amaca uygun kabul edilemez. Dava uzadıkça davacının para değerindeki düşmeden zarar görmesini hoşgörü ile karşılamak, kanunda tanınan miras hakkının ve buna bağlı mahfuz hissenin küçülmesine yol açar.

Tüm bu açıklamalar, taraflardan birinin dava sonunda para olarak aldığı değer ile mal olarak aldığı değer arasında bir fark yaratılmaması gerektiğini

ortaya koymaktadır. Bu sebeplerle enflasyonist baskıların ağır olmadığı zamanlarda önemli bir problem yaratmayan, ölüm günündeki fiatlarla hesaplanan paranın hakkın karşılığı olarak ödenmesi doğru olmaz. Davalının tercihi sonunda aldığı mal payının tercih günündeki değerinin ödenmesi zorunluluğu doğmuştur] demek suretiyle tenkis davalarında devamlı yakınmaya sebep olan bir problemi çözmeye çalışmıştır.

Fatih Hukuk Hâkimliğinden emekli, Sayın Erdoğan Gökçek'in, Yargıtay Dergisi'nin Temmuz 1994 sayısında yayımlanan "Tenkis Davasında Deliller Nasıl Toplanır" başlıklı yazıda, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yukarıda gösterilen kararının amacından başka türlü anlaşıldığı görülmektedir.

Sayın Gökçek yazının bir yerinde; "Bu karar ile girilen yeni uygulama sonucu tenkise tabi malların değerlerinin seçme hakkının kullanıldığı tarihe göre belirlenmesi gerekecektir..." değerlendirmesini yaptıktan sonra, bu yerde de "murisin... devrettiği sigortalar, seçimlik hakkın kullanıldığı gündeki satın alma değerlerinden aktife konacaktır", diğer bir yerde "değerler, seçimlik hakkın kullanılış gününe göre yapılacaktır" ifadelerini kullanmıtır.

"Tasarruf nisabı, terekenin vefat günündeki haline göre hesap olunur" (MK. 454). "Miras ölüm ile açılır, murisin ölüme bağlı olmayan teberru ve taksimleri mirasa alakaları noktasından mirasın açıldığı gündeki haline göre taktir edilir" (MK. 517) hükümleri yürürlüktedir. Yukarıda açıklandığı üzere Yargıtay kararı ne terekenin ve nede tasarruf nisabının hesabına ilşikindir. Kanunun 454 ve 517. maddelerinin amir hükümlerine uygun olarak terekenin parasal karşılığının bulunmasında ve murisin tasarruf nisabının hesaplanmasında dikkate alınacak değerler mirasın açıldığı gündeki değerler, parasal karşılıklarıdır. İşte bu hesaplamalar sonunda, murisin, mahfuz hisse kurallarını ihlal edip etmediği belli olacak ve daha sonra Medeni Kanunun 512 ve 503. maddesinde yer alan kurallara uyularak davalı veya davalılardan her birine yapılan kazandırmanın ne miktarının davacının hakkını ihlal ettiği yine mirasın açıldığı gündeki değerler üzerinden meydana çıkarılacaktır. Her davalıya yapılan kazandırma ile bunun tenkisi gereken miktarı arasındaki oran sabit tenkis oranı olup, bu safhaya kadar olan işlemlerde mirasın açıldığı gündeki değerlerin kullanılması kanunun amir hükümlerinin getirdiği bir zorunluluktur. "Kıymetine noksan gelmeksizin taksimi kabil olmayan bir mal vasiyet edilip de 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" (MK. 506). İşte Yargı-

tay 2. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararı davanın 506. maddede açıklanan eda bölümü ile ilgilidir.

Bir hak doğmadan kullanılması söz konusu olamaz. Yukarıda gösterilen kural da yer alan davalıya tanınan seçimlik hak tenkise tabi tutulacak malın sabit tenkis oranında taksiminin mümkün olmaması haline münhasırdır. Malın taksiminin mümkün olması halinde seçimlik haktan ve karşılık olarak nakit ödenmesinden söz edilemez. Şu halde seçimlik haktan söz edilebilmesi için tenkise tabi malın kıymetine noksan gelmeksizin sabit tenkis oranına göre taksiminin mümkün olmadığının anlaşılması gerekir. Dava bu safhaya gelmeden, seçimlik bir hak olduğu ortaya çıkmadan o hakkın kullanılması bir şey ifade etmez. Seçimlik hakkın ortaya çıkmasından sonraki irade açıklamalarının hukuki sonuç doğuracağını önemle belirlemek isterim. İşte bu safhadan sonradır ki daire kararında yer alan ve haklar arasında denge kurulmasını amaçlayan seçimlik hakkın kullanıldığı tarihteki parasal değerleri belirlenmesi ve hükme bağlanması söz konusu olabilecektir.

SONUÇ : Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 4.2.1993 günlü, 12436/816 sayılı kararında terekenin aktif ve pasifinin belirlenmesinde, mahfuz hisse ve tasarruf nisabının hesabında tenkis edilecek miktarın ortaya çıkarılmasında ve sabit tenkis oranının bulunmasında yeni bir görüş ortaya konmamıştır. Bu hesaplamaların mirasın açıldığı gündeki fiziki yapı ve fiyatlar üzerinden yapılması kanunun amir hükmü gereğidir. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tenkise tabi malın sabit tenkis oranına göre taksiminin mümkün olmadığının belirlenmesinden sonra kullanılacak seçimlik hak sebebiyle taraflardan birine nakten ödenmesi gereken karşılık ile aynen taksim halinde alınacak değer arasında bir eşitlik kurmak amacıyla bu naktin tercih hakkını kullanıldığı gündeki fiyatlara göre hesaplanması gerektiğine işaret etmektedir. Karardan tüm hesaplamaların tercih hakkının kullanıldığı gündeki fiyatlara göre yapılması gerektiği sonucunu çıkarmak bir yanlış anlamanın ürünüdür.

—oOo—

# ŞAHSIN İKAMETGAHI

Zafer ERGÜN (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *A- 1982 Anayasası açısından ikametgah. B- İkametgahın tanımı. C- İkametgah çeşitleri. 1- İsteğe bağlı ikametgah. 2- Varsayılan ikametgah. 3- Yasal imategah. 4- İstisnalar. 5- Nüfus Kanunu ile Vatandaşlık Kanunu açısından ikametgah 6- Kurumlarda bulunanların ikametgahları. 7- Gaipler ve ölü şahsın ikametgahları. D- İspat yükü.*

## A– 1982 ANAYASASI AÇISINDAN İKAMETGAH

Anayasanın 23. maddesi yerleşme özgürlüğünü, 21. maddesi ise konut dokunulmazlığını düzenlemiştir. Bu iki özgürlükde Anayasanın ikinci kısmında Temel Haklar ve Ödevler Başlığı adı altında yer almıştır. Ne yerleşme özgürlüğü nede konut dokunulmazlığı tek başına ikametgah kavramının karşılığı değildir. Ancak bu iki hak ve özgürlükle ikametgah özgürlüğü arasında çok yakın bir ilgi vardır. Gerek konut dokunulmazlığı gerekse yerleşme özgürlüğü ikametgah özgürlüğünün öncesinde yer alan, ikametgahın temelini oluşturan hak ve özgürlüklerdir. Anayasanın 23/2. maddesi yerleşme özgürlüğünün 13. maddesi ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini öngörmüştür. Özellikle anayasanın 23/2. maddesi "Yerleşme hürriyeti suç işlemesi önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak... amacıyla kanunla sınırlanabileceğini" öngörmektedir. Bu ikametgah özgürlüğününde sınırlanması anlamına gelmektedir. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 9/a maddesine göre "bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlirine giriş ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek" mümkündür. Buna göre ikamet-

---

(*) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.

gah değiştirilmekte veya sınırlandırılmaktadır. Kaldıki ikametgah özgürlüğü evli kadın, velayet altındaki reşit olmayan çocuk ve kısıtlılar yönünden Medeni Kanun tarafından da sınırlandırılmıştır.

Anayasaya göre ikametgah özgürlüğü temel hak ve özgürlüklerdendir. Ancak Kanunla sınırlamak mümkündür.

**B– İKAMETGAHIN TANIMI**

Herkesin mutlaka bir ülkeyle ve ülke içinde bir veya birden çok yerle ilişkisi vardır. İkametgahın tekliği prensibini benimseyen Hukuk sistemine göre insanların ülke içinde ilişkide bulunduğu yerlerden sadece biriyle ilişkisi ikametgah ilişkisidir.

Doktrinde ikametgah genellikle "Menfaat ve rabıtaların mihrakı, hayat faliyetlerinin cereyan ettiği mahaldir; o, birkimsenin şahsi ve ticari münasebetlerinin mekan itibariyle merkezidir" (Dr. A. Egger–İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, sayfa 218) şeklinde tarif edilmektedir. Türk Medeni Kanunu ikametgahı 19–22. maddelerinde dört maddede düzenlemiştir. Medeni Kanunun 19. maddesi ikametgahı yerleşmek niyeti ile oturulan yer olarak tarif etmiştir. Her şahsın mutlaka imategahı olması gerektiğini, bir kimsenin aynı anda birden çok imategahı olamayacağını hüküm altına almıştır. İnsanlar birçok seheple birçok yerle ilişki içinde olabilirler. İkametgah için ilişkide bulunulan, fiilen oturulan yerdeki bağlatıların yerleşmek niyetiyle kurulmuş olması gerekir. Dr. A. Egger'e göre ikametgahın biri objektif, dış bir şart olan oturma (bir yerde durup kalmak), diğeri subjektif, iç bir şart olan daimi suretle kalmak niyeti unsuru vardır. Her ikiside gayri kati olup yoruma muhtaçtır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi İkametgahı "bir kimsenin ikametgahı, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden ziyade ikametgahı olamaz" şeklinde tarif etmiştir (28.6.1993 tarih 5451-6313 sayılı karar). Ataay, bu iki unsuru yeterli bulmaz. Oturma ve yerleşme iradesini isteğe bağlı ikametgahın unsuru olarak görür. (Şahıslar Hukuku sayfa 88). Doç. Dr. Mustafa Dural ise "Yerleşme niyeti gerçekte subjektif bir olgudur. Bu sebeple tesbiti oldukça güçtür. Hiç şüphesiz kişinin bu amacını açık olarak belirttiği hallerde sorun yoktur" demektedir (Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Sayfa 194). Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Bir Kararında ".... davada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9. maddesindeki genel yetki kurallarının uygulanması gerekmektedir. Davacı tarafca davalılardan borçlu Celalettin hakkında icra takibi Denizli'de yapılımş olup, ödeme emrinde bu adresde tebliğ edilmiştir. .... Emniyet yazısında davanın açıldığı tarihde davalı Cela-

lettin'in Denizli ilinde ikamet ettiği belirtilmiş, keza Jandarma Komutanlığı yazısında bu husus teyit edilmiştir. Öte yandan davalı Celalettin 15.10.1992 tarihli oturumda kendisinin Denizli'de ikamet ettiğini imzalı beyanı ile ifade etmiştir" (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 27.1.1994 tarih, 5466-349 sayılı karar) demek suretiyle yerleşme niyetinin yada subjektif unsurun açıkca ifade edilmesine değer verilmesine işaret etmiştir.

Türk Medeni Kanunu Öntasarısının 19. maddesinin gerekçesi ikametgahı, "ikametgah maddi değil hukuki bir kavramdır; yani bir kimsenin hukuken bağlı olduğu bölge veya yerdir" şeklinde tarif etmiştir. Köprülü'ye göre ikametgah bir kimsenin hukuki durumunun, eylem ve işlemlerinin merkezlendiği yerdir. Hukuken bağlı olduğu yerdir. Köprülü Hukuken bir yere bağlı olunmasını hukuki varsayım olarak değerlendirmektedir. "Prof. Dr. B. Köprülü, Medeni Hukuk, Sayfa 258).

İkatemgahın tarifi kadar tesbitide önemlidir. Hakim her olayda fiilen oturulan yer ve yerleşme niyetini araştıracaktır. Bunun için şahsın tüm ekonomik sosyal ve kültürel faaliyetleri, yani şahsın dış dünya ile kurduğu ilişkilerin bütününü gözden geçirmek ve yeleşmek niyetini araştırmak gerekecektir. Hiç şüphesiz ikametgah insanın ilişki kurduğu herhangi bir yer değildir. Medeni Kanunun 20/2. maddesinde belirtilen istisna dışında sakin olunan yer ikametgah sayılmaz.

Medeni Kanun şahsın ikametgahı ile ticari ve sınai müesseselerin ikametgahının farklı olduğunu kabul etmiştir. Medeni Kanunun ikametgaha ilişkin hükümleri ticari ve sınai müesseselerin ikametgahlarının tesbitinde tatbik edilemez (MK. 19/2).

İkametgah yetkili mahkemenin ve yetkili icra mercinin tesbitinde çok önemli rol oynamaktadır.

## C– İKAMETGAH ÇEŞİTLERİ

### 1– İsteğe Bağlı İkametgah

Şahsın özgür iradesi ile seçtiği ikametgah çeşididir. Medeni Kanunun 19. maddesi isteğe bağlı ikametgah için iki şartın gerçekleşmesini öngörmüştür:

1) Oturulan yer,
2) Yerleşme iradesi.

Oturulan yer her zaman ikametgah sayılmaz. Sakin olunan yer iradi ikametgahın unsuru olan oturma anlamına gelmez. Oturmada devamlılık şarttır. Ancak devamlılık, gerektiğinde ara verilmesine engel değildir. Bu anlamda oturma şahsın iiişki kurduğu yerlerden daha sıkı bir bağı ifade eder. Yerleşme iradesini insanın dış dünya ile ilişkisinden ekonomik ticari sosyal ve kültürel faliyetlerinden kişinin bu ilişkiye yansıyan arzu ve iradesinden çıkartmak gerekir. Yargıtay 2. HD. 2.5.1994 tarih, 3581/4484 sayılı kararında; "ikametgah ilmuhaberinin tek başına Medeni Kanunun 19. maddesi anlamında ikametgaha delil olamayacağını" kararlaştırmıştır. Yerleşmek maksadıyla oturulan yerin başka delillerle de ispat edilmesi zorunludur. Şahıs ikametgah iddia edilen yerde kendi adına tapulu evde oturuyor, nufusa o yerde kayıtlıdır veya nufus kaydını o yere naklettirmiştir, orada ticaretle uğraşmakta olmalı, varsa önceki ikametgahı ile ilişkisini tümü ile kesmiş bulunmalıdır. Ancak bu sayılanlar tahdidi değildir. Her olayın özelliğine göre yerleşmek gayesi ve fiilen oturma olgusunun araştırılması gerekir.

**2– Varsayılan İkametgah**

Medeni Kanunun 20/2. maddesi "bir kimsenin evvelce ikametgahının mevcut olduğu belirlenemediği yada yabancı bir ülkedeki ikametgahı terketmekle beraber Türkiye'de henüz yeni bir ikametgaha sahip olmadığı takdirde halen oturduğu yer ikametgahı sayılır" demektedir. Bu madde ile sakin olunan yer istisnai olarak ikametgah sayılmıştır. Her Türk vatandaşı Türkiye'de ikametgahının veya sonradan ikametgah edindiği yerin nüfus memuruna kendisini yazdırmaya ve bir nüfus cüzdanı almaya mecburdur (Nüfus Kanunu 4. md.). Türkiye Cumhuriyeti Nüfus sicil kayıtları ilgilinin Türk vatandaşı olduğuna karine teşkil eder (VatandaşlıkKanunu 38. md.). Yargıtay 2. HD.'nin 28.6.1993 tarih, 5451/6313 sayılı kararında; "bir kimsenin nüfus sicili ikametgahına karine olup her Türkün Türkiye'de bir ikametgahı vardır" demek suretiyle nüfusa kayıtlı olduğu yer belli olan Türk vatandaşları için sakin olunan yerin (MK. 20/2 anlamında) ikametgah kabul edilemeyeceğini zımnen belirtmiştir.

**3– Yasal İkametgah**

Medeni Kanunun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Medeni Kanunun 21. maddesi "kocanın ikametgahı karısının, ana babanın ikametgahı ise, velayetleri altındaki çocukların mahkemenin bulunduğu yerde vesayet altındaki kimsenin ikametgahı sayılır" denmektedir.

Evlilik birliğinin gereği karı kocanın aynı çatı aldında oturmalarını gerektirir. Kadın kocasından ayrı bir yerde otursa bile ikametgahı istisnalar dışında kocasının ikametgahıdır. Medeni Kanunun 124/2. maddesine göre evlenme mutlak butlan ile sakat olsa bile hâkimin kararına kadar gerçek bir evlenmenin bütün hükümlerini taşıyacağından bu halde dahi hakim kararına kadar kadının ikametgahı kocanın ikametgahıdır.

Medeni Kanunun 262. maddesine göre çocuk küçük iken ana ve babasının velayeti altındadır. Kural olarak velayet rüşt ile son bulur. Medeni Kanunun 11. maddesine göre "Rüşt onsekiz yaşının tamamlanması ile başlar. Aynı Kanunun 12. maddesine göre "Onbeş yaşını bitiren küçük kendi isteği ve ana babasının muvafakatı ile Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından reşit hale getirilir. Evlenme kişiyi reşit kılar (MK. 11/2). Medeni Kanunun 88. maddesi "erkek onyedi, kadın onbeş yaşını doldurmadıkça evlenemez. Hakim olağanüstü hallerde ve pek önemli bir sebebin varlığı gerçekleştiği takdirde onbeş yaşını tamamlamış bir erkeğin veya ondört yaşını bitirmiş bir kadının evlenmesine izin verebilir. Anne ve babanın velayeti çocukları reşit olmakla sona ereceğinden çocuklarına ikametgah tesbit etme hakları da sona erer.

Her iki eşin veya velayet kendisinde olan eşin ölümü, velayetin her iki eşten nez'i veya velayet hakkına sahip sağ eşin velayetinin nez edilmesinden sonra küçüğe bir vasi tayini gerekir. Medeni Kanunun 361. maddesine göre "vesayet işlerinde yetki küçünün veya mahcurun ikametgahındaki vesayet dairesine aittir". Küçüğün ikametgahı nasıl tayin edilecektir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 27.10.1992 tarih, 9814-10359 sayılı kararında aynen; "bir kimsenin nüfusa kayıtlı olduğu yer ikametgahı için karinedir. Somut olayda küçük Saniye Kasmatonu ili Çatalzeytin ilçesi Hacıreis Köyü hane 17'de nüfusa kayıtlı olup ikametgahı orasıdır" demek suretiyle Nüfus Kanununun 4. ve Vatandaşlık Kanununun 38. maddesindeki karineye göre ikametgahın tayin edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Doktrinde "durup kalınan, oturulan (sakin olunan) yerin ikametgah kabul edilmesi, müstakil ikametgah hakkındaki kaidelere göre tayin olunması veya ana babanın ikametgahının esas alınması" şeklinde üç ayrı görüş vardır (A. Egger, sayfa 239). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi yukardaki içtihatla bu üç görüşten de ayrılmış görünmektedir.

Evlilik dışı doğan çocuğun velayeti askıdadır. Velayet düzenlendikten sonra velayet hakkına sahip anne veya babanın ikametgahı çocuğun ika-

metgahı sayılır. Velayeti düzenlemek mümkün olmadığı taktirde bir vasi tayin edilmesi gerekir. Bu halde vesayet makamının ikametgahı küçüğün ikametgahı olacaktır. Velayet düzenlenene kadar veya vasi tayinine kadar geçen sürede çocuğun ikametgahını nüfusa kayıtlı olup olmadığına göre incelemek gerekir. Çocuk nüfusa kayıtlı ise nüfusa kayıtlı olduğu yer ikametgaha karine teşkil edecektir. Nüfusa kayıtlı değilse sakin olunan yerin, durup kalınan yerin ikametgah olarak kabulü en doğru olacaktır kanaatindeyim.

Medeni Kanunun 354. maddesi "velayet altında bulunmayan her küçüğe, 335. madde "akıl hastalığı veya akıl zayıflığı yüzünden işlerini görmekten aciz ve devamlı olarak yardım ve gözetime muhtaç olan veya başkalarının güvenliği için tehlike teşkil eden her reşide, 356. madde "savurganlığı ve kötü idaresi ile kendisini veya ailesini yoksulluğa düşüren veya devamlı olarak başkasının yardım ve gözetimine muhtaç olan yada başkasının güvenliğini tehdit eden her reşide" 357. madde "bir yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olan her reşide" 358. madde ise "yaşlılığı sakatlığı veya tecrübesizliği yüzünden işlerini gereği gibi görmekten aciz olduğunu ispat eden her reşide bir vasi tayin edileceğini hüküm altına almıştır. Vesayet daireleri Sulh Hukuk Mahkemesi ve Asliye Hukuk Mahkemesidir. Medeni Kanun istisnai olarak aile vesayetini de tanımıştır (MK. 348 md.). Aile vesayetinde Sulh Hukuk Mahkemesinin yerini aile meclisi (MK. 350. md.) almaktadır. Vesayet organları ise vasiler kayyumlar ve kanuni müşavirlerdir. Medeni Kanunun 21. maddesine göre mahkemenin bulunduğu yer vesayet altındaki kimsenin ikametgahı kabul edilmektedir. Yargıtay 2.HD. 29.12.1993 tarih, 11163/12739 sayılı kararında sulh mahkemesinin izni olmadıkca vesayet altındaki kimse ikametgahını değiştiremez" demekle Medeni Kanunun 362. maddesinin ilk cümlesini aynen tekrar etmiştir.

Kendisine kayyım tayin edilen kimse medeni haklarını kullanmak yetkilerini muhafaza eder (MK. 401). "Temsil kayyımı" Medeni Kanunun 376. maddesinde "idare kayyımı" Medeni Kanunun 377. maddesinde belirtilen işleri idare ile görevlidir. Bu halde vesayet makamının ikametgahını kendisine kayyım tayin edilen şahsın ikametgahı olarak kabul etme olanağı yoktur.

Medeni Kanunun 379. maddesi "vesayet altına alınması için yetirli sebep bulunmamakla beraber, medeni hakları kullanmak yetkisinden kısmen yoksun kılınması kendisinin yararına olan reşit kişiye aşağıda yazılı işlerde reyi alınmak üzere bir müşavir tayin edilir" demektedir. Maddenin başlığından da anlaşıldığı gibi kendisine müşavir tayin edilen şahıs mahdut (sınırlı)

ehliyetidir. Medeni Kanunun 379. maddede yazılı muameleler dışındaki muameleleri müşavire danışmadan reyini almadan yalnız başına yapabilir. Kendisine müşavir tayin edilen şahısın ikametgahını seçme özgürlüğü vardır. Vesayet makamının ikametgahına bağlı değildir.

**4– İstisnalar**

Evli kadının kocasından ayrı ikametgah edinme hakkı Medeni Kanunun 21/2. maddesinde istisnai olarak düzenlenmiştir.

a) İkametgahı bilinmeyen kocanın karısı ayrı bir ikametgah edinebilir.

b) Medeni Kanunun 162/1. maddesine göre "ortak hayatın devamı yüzünden sağlığı şöhret veya işinin ilerlemesi ciddi suretle tehlikeye düşen karı, kocasından ayrı mesken edinmesine izin verilmesini hakimden isteyebilir. Medeni Kanunun 162/2. fıkrasına görede boşanma ve ayrılık davası açıldıktan sonra karı kocadan her biri, dava devam ettiği sürece eşinden ayrı yaşamak hakkını elde eder. Bu iki halde kadının kocasından ayrı ikametgah edinme hakkı vardır. Kadının ayrı mesken ve ikametgah edinmesi yetkili mahkemeyi değiştirmez. Medeni Kanunun 21. maddesine göre kocanın ikametgahı karınında ikametgahıdır. Her dava açıldığı şartlara tabidir. Kadının ikametgahı boşanma ve ayrılık davasından önce kocanın ikametgahına tabi olduğuna göre boşanma ve ayrılık davası açıldıktan sonra kadının ayrı ikametgah edinmeye hak kazanması yetkili mahkemenin değişmesini gerektirmez.

c) Medeni Kanunun 283. maddesine göre ana babasının rızası ile aile dışında yaşayan Medeni Kanunun 284. maddesine göre mustakil meslek ve sanat icra eden reşit olmayan çocuğun da mustakil ikametgah edinebileceğinin kabulü gerekir.

d) Medeni Kanunun 396. maddesine göre bir meslek ve sanatla uğraşmasına Sulh Hâkimi tarafından açıkca veya üstü kapalı olarak izin verilen vesayet altındaki kişi bu meslek veya sanatın zorunlu kıldığı her tasarrufla bulunabileceğinden bu şahısların da vesayet dairesinden ayrı yerde meslek ve sanatın icra edildiği yerde ayrı ikametgah edinebileceğinin kabulü gerekir. Ancak Medeni Kanunun 361. maddesine göre vesayet işlerinde yetki mahcurun ikametgahındaki vesayet dairesine aittir. Medeni Kanunun 362. maddesi ikinci cümlesine göre ikametgah değişirse denetim görev ve yetkisi yeni ikametgahın bulunduğu yer vesayet dairesine geçer. Önceki vesayet

dairesinin yetkisizlik kararı ile kısıtlının yeni ikametgahı vesayet dairesinin yetkili olduğuna karar vermesi gerekir.

**5– Nüfus Kanunu İle Vatandaşlık Kanunu Açısından İkametgah**

Nüfus Kanununun 4. maddesine göre "Her Türk Vatandaşı Türkiye'de ikametgahının veya sonradan ikametgah edindiği yerin nüfus memurluğuna kendesini yazdırmaya ve bir nüfus cüzdanı almaya mecburdur". Vatandaşlık Kanunun 38. maddesine göre "Nüfus sicili kayıtları ilgilinin Türk Vatandaşı olduğuna karine teşkil eder". Yargıtay 2. HD. istikrar bulan içtihatlarında bir kimsenin nüfus sicilinin ikametgahına karine olduğuna karar vermiştir (Yargıtay 2. HD.'nin 28.6.1993 tarih, 5451/6313 sayılı kararı). Ancak burada bahsi geçen karine "Adi karinedir". Aksinin isbatı her zaman mümkündür. Nitekim Yargıtay 2. HD.'nin 2.5.1994 tarih, 3581/4486 sayılı kararında "Taraflar İstanbul–Fatih ilçesinde nüfusa kayıtlıdır. Bu kayıt ikametgaha karinedir. Mahalle muhtarlığınca düzenlenen ikametgah ilmuhaberi tek başına Medeni Kanunun 19. maddesi anlamında ikametgaha delil olmaz. Davacı Kadıköy İlçesi'nde yerleşmek maksadıyla oturduğunu başkaca hiç bir delillede kanıtlayamamıştır" demek suretiyle adı geçen karinenin aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğunada işaret etmiştir.

**6– Kurumlarda Bulunanların İkametgahı**

Medeni Kanunun 22.maddesi "okumak için biryerde bulunmak veya bir eğitim kurumuna ya da hastahaneye güçsüzler yurduna ve hapishaneye konulmak ikametgah edinmeyi gerekirmeyeceğini" öngörmüştür. Buna göre uzun süre de olsa hastahanede yatmak, darulacazeye konmak oranın ikametgah olarak kabul edilmesini gerektirmez. Burada kalan şahısların ikametgahının genel kurallara göre belilenmesi gerekir.

**7– Gaipler ve Ölü Şahsın İkametgahı**

Medeni Kanunun 31/2. maddesi "Yetkili Hakim, gaibin son ikametgahı hakimdir. Eğer gaip Türkiye'de hiç oturmamışsa, nüfusa kayıtlı olduğu yer; şayet kayıt yoksa babasının kayıtlı olduğu yer hakimi yetkilidir" demektedir. Gaibin son ikametgahı genel kaideye göre bulunacak bulunamazsa nüfusa kayıtlı olduğu yer oda yoksa babasının kayıtlı olduğu yer ikametgah kabul edilecektir.

Ölü şahsın ikametgahı "mirascılık ihtilaflarının çözümünde, tereke davalarında ve yetkili mahkemelerin tayininde önemli rol oynamaktadır. Yargıtay

2. HD.'nin 2.12.1993 tarih, 10902/11681 sayılı kararında "Mirascılık ihtilafı davalarına murisin son ikametgahı mahkemesinde bakılacağına", yine 23.9.1993 tarih, 7337/8021 sayılı kararında "terekeye mümessil tayini davalarına murisin son ikametgahı mahkemesinde bakılacağına" 13.5.1991 tarih 5219/7805 sayılı kararında da yabancının ölümü halinde tereke işlerine son ikametgahı sulh hâkimin bakacağına karar vermiştir. Yine Medeni Kanunun 536/2. maddesi ölen birden çok vasiyetname bırakmışsa hepsinin son ikametgah Sulh Mahkemesine verileceğini öngörmektedir.

### D– İspat Yükü

İkametgahın ispatı genel hükümlere tabidir. Kanun aksine emretmedikçe taraflar iddiasını ispat etmekle yükümlüdür (MK. 6.) Herkes iddia ettiği ikametgahını veya başkaşının ikametgahının orası olduğunu ispat etmekle yükümlüdür.

—oOo—

**YARARLANILAN ESERLER**

1– Dural M. : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 1977 baskı.

2– Egger A. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, 1947 baskı.

3– Köprülü B. : Medeni Hukuk.

4– Özsunay E. : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 1979 baskı.

5– Şener E. : Açıklamalı–İçtihatlı Atıflı, Türk Menedi Kanunu, 1992 baskı.

6– Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, 1971 baskı.

7– Velidedeoğlu H. V. : Türk Medeni Hukuku, 1963 baskı.

8– Zevkiler A. : Medeni Hukuk, 1986 baskı.

# BEKLENEN (AÇILMAMIŞ BİR TEREKEDEKİ) MİRAS HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMESİ
## (I)

**Mustafa Fadıl YILDIRIM (*)**

• ***ANLATIM DÜZENİ*** *: I- Beklenen miras hakkının devri sözleşmelerinin kanundaki yeri ve çeşitli hukuk sistemlerinin bu sözleşmelere bakışı. A- Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin kanundaki yeri. B- Çeşitli hukuk düzenlerinde beklenen miras hakkının devri sözleşmesi. 1- Roma hukukunda. 2- Fransız hukukunda. 3- Alman hukukunda. BİRİNCİ BÖLÜM. Beklenen (açılmamış bir terekedeki) miras hakkının devri sözleşmesi kavramı, sözleşmenin konusu ve benzer hukuki işlemlerle karşılaştırılması. A- "Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi" kavramı ve sözleşmenin konusu. 1- "Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi" kavramı. 2- Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin konusu. B- Beklenen (açılmamış bir terekedeki) miras hakkının devrine ilişkin sözleşmelerin benzer hukuki işlemlerle karşılaştırılması. 1- Sağlararası hukuki işlemlerle karşılaştırılması. a- Açılmamış bir terekedeki miras hissesinin devri sözleşmesi (MK. m. 612) ile karşılaştırılması. b- Miras bırakanla üçüncü şahıs lehine yapılan sözleşmelerle karşılaştırılması. c- İleride açılacak bir terekedeki bir borcun ödenmesini taahhüt ile karşılaştırılması. d- Diğer sağlararası işlemlerle karşılaştırılması. 2- Ölüme bağlı hukuki işlemlerle karşılaştırılması. a- Miras bırakanın taksime ilişkin kurallar koymuş olması durumu ile karşılaştırılması. b- Olumlu miras sözleşmeleri ile karşılaştırılması. c- Olumsuz miras sözleşmeleri ile karşılaştırılması. İKİNCİ BÖLÜM. Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin hukuki niteliği, geçerlik şartları ve çeşitli görünümleri. A- Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin hukuki niteliği. 1- Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin kurulması. 2- Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin geçerlik şartları. a- Miras bırakanın iştirak ve muvafakatı.1- İştirak ve muvafakatın*

---

**(*) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.**

*anlamı ve niteliği. 2- İştirak ve muvafakatın şekli. b- Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin şekli. C- Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin hukuki sebebi ve görünüm biçimleri. 1- Genel olarak. 2- Beklenen miras hakkının satımı. 3- Beklenen miras hakkının trampa edilmesi. 4- Beklenen miras hakkının bağışlanması. D- Beklenen miras hakkı üzerinde diğer işlemler. 1- Beklenen miras hakkının rehni. 2- Beklenen miras hakkının haczi. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM. Beklenen (Açılmamış bir terekedeki) miras hakkının devri sözleşmesinin hükümleri. A- Genel olarak. B- Tarafları bakımından hüküm ve sonuçları. 1- Genel olarak. 2- Miras açılmadan önceki safhada tarafların hak ve borçları. a- Muhtemel mirasçının hak ve borçları. aa- Muhtemel miraçının hakları. ab- Muhtemel mirasçının borçları. b- Muhtemel miras hakkını devir alanın hak ve borçları. ba- Genel olarak. bb- Muhmetel miras hakkını devir alanın hakları. bc- Muhtemel miras hakkını devir alanın borçları. 3- Miras açıldıktan sonraki safhada tarafların hak ve borçları. a- Genel olarak. b- Muhmetel miras hakkını devir alanın hak ve borçları. c- Muhmetel mirasçının hak ve borçları. C- Miras bırakan bakımından sözleşmenin hüküm ve sonuçları. E- Beklenen miras hakkının devri mirası reddetmek hakkından feragat aniamına gelir mi? F- Hükümsüz bir sözleşmeye istinaden verilenlerin iades.i S o n u ç.*

## G İ R İ Ş

## I– BEKLENEN MİRAS HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMELERİNİN KANUNDAKİ YERİ VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNİN BU SÖZLEŞMELERE BAKIŞI

### A– Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Kanundaki Yeri

Beklenen (henüz açılmamış bir terekede) miras hakkının devri sözleşmesi Türk Medeni Kanunu'nun 613. maddesinde düzenlenmiştir. Sözkonusu maddeye göre "bir kimsenin sağlığında mirasçılardan birinin diğer miraçılar veya üçüncü bir şahıs ile o kimsenin mirası hakkında ve kendi iştirak ve muvafakatı olmaksızın yaptığı mukaveleler batıl ve hükümsüzdür. Böyle bir mukavele mucibince vukubulan teslimat geri istenebilir."

Beklenen (açılmamış bir tekerede) miras hakkının devri sözleşmesi, ahlaki, sosyal ve iktisadi bir takım sebeplerle bazı hukuk düzenlerince yasaklanmıştır. Bu tür sözleşmelerin yapılmasına imkan tanınmasının sakıncaları ise şu şekilde belirlenebilir.

Öncelikle, böyle bir sözleşmenin yapılmasına imkan vermek, kişinin mirasçıları ile ilişkilerini zedeleyecektir. Muhtemel mirasçıların, ölümünü arzu ettikleri düşüncesi, kişinin yaşama sevincini azaltacaktır. Hatta, doğrudan doğruya olmasa da murisin ölümünü çabuklaştıracak yollara başvurulmasına neden olunabilecektir.

Öte yandan açılmamış bir terekedeki miras hakkının devri imkanını tanımak, miras bırakanın malvarlığı (muhtemel terekesi) üzerinde serbestçe tasarruf edememesi tehlikesini de doğurabilir. Kişi yapacağı hukuki işlemlerde normalden daha çekimser tavır alabilir ve sözleşme özgürlüğünden kısmen feragat etmiş olabilir. Bu durum ise Medeni Kanunun şahsiyetin iç himayesini düzenleyen 23. maddesine aykırılık teşkil eder. Zira, kimse hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez.

Her ne kadar, bir kimsenin ölümünden önce, onun terekesi üzerinde başkalarınca hukuki işlem imkanının verilmesi sonderece sakıncalı bulunmakta ise de, Türk–İsviçre kanunkoyucusu bir takım sınırlamalarla bu tür sözleşmelerin yapılmasına imkan tanımıştır.

Türk–İsviçre kanunkoyucusunun bu tür sözleşmelere imkan tanıması şu gerekçelere dayanmaktadır.

Muhtemel mirasçılardan biri, maruz kaldığı sıkıntılı bir durumu atlatmak, bir miktar refaha ulaşabilmek, kendisine yeni bir hayat kurmak için beklenen miras, ihtiyaç duydukları finansman kaynağı olarak görülebilir. Bu düşünceleri gerçekleştirmek için açığa vurulmamış olmakla birlikte, kişinin ölümünü beklemek, yasaklama hükmü getirmek için sözkonusu olan ahlaka aykırılıktan daha ağır bir ahlaka aykırılık teşkil eder.

### B– Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi

#### *1– Roma Hukukunda*

Romada, cumhuriyet döneminde mirasçılık, öncelikle murisin son arzularının yansıtıldığı vasiyetler yolu ile belirlenmekte idi (1). Herhangi bir vasiyetnamenin yokluğu halinde ise kanuni mirasçılık sözkonusu olurdu. Bir kişi-

(1) Heuschmidt, 10.

nin mirasçılık sıfatını kazanabilmesi için, Justinianus dönemi öncesine kadar açabileceği dava "in iure cessio hereditatis" idi (2). Bu nedenle de bu zamana kadar miras hukuku sözleşmeleri tanınmamıştır (3).

Bu tür sözleşmelerin geç gelişmesinin bir diğer nedeni ise, roma hukukunun aşırı derecede etkisinde kaldığı, tarıma dayalı sosyal yapıyı düzenleyen, dindir. Daha miras bırakacak kişi ölmeden, kişinin kendisine düşecek miras hakkını satması, bağışlaması, bu kişide muhtemel miras bırakacak olanı öldürme düşüncesi uyandırabilecektir. Bu düşünce olmasa bile en azından, bu tür sözleşmelerle kişinin yaşamına yönelik bir spekülasyonda bulunulmaktadır. Bu spekülasyon ise ahlaka ve dine aykırılık teşkil etmektedir (4).

Bu durum milattan sonra birinci yüzyılın sonlarına kadar sürdü. Özellikle ticari hayatın zorlamasıyla, yavaş yavaş miras hukukuna dair sözleşmelerin yapılmaya başlandığı görülmektedir (5). Ayrıca bu dönemde oryantalistik tanrı anlayışının gitgide güçlenen etkisiyle romaya özgü dini düşüncelerin etkisinin de zayıflamaya yön tuttuğu görülmektedir. Ayrıca ailenin de dini düzenleyici etkesini yitirdiği gözlenmektedir (6).

Ayrıca bu sıralarda Roma devletinin, yapmış olduğu fetihler sonucu zenginleştiği görülmektedir. Böylece roma devletinin ekonomisinin geliştiği, çok geniş bir alanda ve büyük miktarda mal alım satımını içeren satıcılık ilişkilerinde bulundukları da bilinmektedir. Bu gelişme de ister istemez, kişileri, finans kaynakları yaratma ve çeşitli kredi veren kurumları oluşturma çabasına itmiştir. Bir kredi aracı olarak, gelecekteki malların rehnedilmesi ve gelecekteki miras hakkı üzerine sözleşmeler bu tür bir zorunluluğun eseridir (7).

Bu gelişme karşısında roma devleti, miras hukukuna dair yapıyı ve sosyal düzeni tehdit eden bu anlaşmalardan etkilenerek, bu sözleşmelere ilişkin bazı tedbirler almıştır.

---

(2) Bu davanın konusu "herek legitimus antequam heres extiterit = mevcut mirasçı yerne yasal mirasçılığın kabulü edilmesi"dir.

(3) Heuschmidt, 11.

(4) Heuschmidt, 11.

(5) Heuschmidt, 11.

(6) Heuschmidt, 11.

(7) Heuschmidt, 12.

İlk olarak, gerek mirasbırakanın gerekse muhtemel mirasçının hilekar davranışları ve miras hakları üzerinde spekülasyon yapmalarını içeren anlaşmalar önlenmek istenmiştir.

İkinci olarak ise, miras hukukuna dair kurallara muhalefet eden, miras hukukuna dair yapıyı tehdit eden, aile sözleşmelerini engellemek için kurallar konulmuştur.

Digesta'da bu sözleşmelere ilişkin sayısız metin yer almıştır. Örneğin, Julian, genel olarak henüz açılmamış bir miras hakkının içerisinde yeralan bir şeyi içeren anlaşmaları yasaklamıştır (8).

Yine, Pomponius'un (9) gelecekteki mirasçılık hakkının satılmasını öngören bir sözleşmenin sonuç doğurmayacağını, zira bu sözleşmenin konusu olan şeyin kişinin sağlığında mevcut olmadığını söylediği görülmektedir.

Jüstinianus hukukunda da aynı esasın geçerli olduğu görülmektedir. Ayrıca bu dönemde bu tür sözleşmelerin yapılamayacağına dair üçüncü bir gerekçe daha eklenmiştir ki, bu da muhtemel miras bırakanın yaşamına yönelik bir tehlikenin bu şekilde belirmesi ihtimalidir (10).

Özetlemek gerekirse, gelecekteki miras hakkı üzerindeki sözleşmeler roma hukukunda yasaklanmış, genellikle yok hükmünde sayılmıştır (11). Bunun sebebi ise daha çok ahlakidir (12).

### *2– Fransız Hukukunda*

Genel olarak Fransız hukukunda, mirashukukuna dair sözleşmelerde diğer hukuklara nazaran daha az yasaklayıcı hükme rastlanmaktadır. Bu istisna hükümleri dışında mirashukukuna dair sözleşmeler geçerli bir şekilde yapılabilmektedir.Bu istisnai yasaklayıcı hükümler, Fransız medeni kanunu, 791, 1130 ve 1600 Cc. hükümleridir.

Fransız hukukunda da üçüncü kişi yararına, gelecekteki miras hakkı üzerindeki sağlararası sözleşmelerin yasaklandığı görülmektedir (Code Civil

---

(8) Digesta, 36, 1, 28. Çok değişik örnekler için bkz. Heuschmidt, 12 vd.

(9) Digesta, 18, 4, 1.

(10) Diğer iki husus, ahlaka aykırılık düşüncesi ile, mirasa liyakatsizlik (mirastan mahrumiyet = erbunwürdigkeit) düşüncesidir, Heuschmidt, 15.

(11) Tuor/Picenoni, 1110; Leeman, Der Vertrag über die Erbschaft, 148; Bolliger, 14.

(12) Diğer nedenler ise sözleşme konusunun geleceğe ilişkin olması ve bu nedenle de belirsiz olması ile spekülatif olmasıdır.

Art. 1131) (13). Buna rağmen bir sözleşme yapılmış ise sözleşme hükümsüzdür (13a).

### *3– Alman Hukununda*

Alman kanunkoyucusu da Alman Medeni Kanununu düzenlerken bir takım düşüncelerle (14) gelecekteki mirashakkı üzerindeki sözleşmeleri BGB 1941, 2274 (15) ve 2346 (16) düzenlemiş ve kural olarak (17) geçerli kabul etmiştir.

Bununla birlikte, Alman hukuk sistemine hakim olan soyutluk ilkesi (Abstraktionprinzip) gereğince, bu sözleşmeler yalnızca, borçlar hukukunca düzenlenen borçlandırıcı bir etkiye sahiptir (18).

Alman Medeni Kanunu'nun 312/I paragrafında ise henüz hayatta olan bir kimsenin terekesi üzerinde üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerin yok hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Aynı hüküm sözkonusu fıkranın ikinci cümlesinde yer alan mahfuz hisse veya ölüme bağlı temlik sözleşmeleri için de geçerlidir (19).

---

(13) Fransız hukukunda gelecekteki miras hakkına ilişkin sözleşmelerin tarihsel gelişimi için bkz., Heuschmidt, 21 vd.

(13a) Bolliger, 16; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 1.

(14) Esas itibarıyla miras sözleşmelerinin yapılmasının reddolunması sosyal hayatın gereklerine uymamış, uygulamanın zorlamasıyla (mahkeme içtihatları ile) kanuni mirasçılar arasında bu tür sözleşmelerin yapılmasına imkan tanınmıştır. Böylece mirasın ancak ailenin bireyleri arasında kalması, yabancı ellere geçmemesi sağlanmış olmaktadır. Ayrıca bu sözleşmelerin kabul edilmesi parasal olarak sıkıntıda olan kimselerin biraz olsun rahat nefes almasını da sağlamaktadır.

(15) BGB 1941 ve 2274 miras sözleşmelerini düzenlemektedir.

(16) BGB 2346 mirastan feragat sözleşmesini düzenlemektedir. Bu maddede mirastan feragat sözleşmesi bir mirashukuku sözleşmesi olarak düzenlenmiş olup, ölüme bağlı bir tasarruf değildir.

(17) İstisna hükmü ise çalışma konumuz olan beklenen miras hakkı üzerindeki sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin yasaklanmasının çeşitli mülahazaları vardır. Bu mülahazalar, henüz hayatta olan bir kimsenin muhtemel terekesi (daha doğrusu şu andaki malvarlığı) üzerindeki sözleşmelerin çeşitli hukuk kuralları ile çelişmesi, örneğin vasiyet yapma özgürlüğünün kısıtlanması, bu kişinin yaşamına yönelik çeşitli spekülasyonların yapılmasıdır.

(18) Heuschmidt, 5.

(19) Burada mahfuz hisse veya ölüme bağlı temlik (Vermaechtnis) sözleşmelerine yer verilmiştir. "Vermaechtnis" kavramının çeşitli anlamları için bkz., Binder, 110 vd; "Vermaechtnis" kavramını vasiyet alacaklılığı olarak niteleyen görüş için, bkz., Dural, 31.

Buna karşın sözkonusu maddenin ikinci fıkrasına göre ise (BGB 312/II), eğer miras sözleşmeleri muhtemel kanuni mirasçılar arasında yapılmış ise ister miras hakkına, isterse mahfuz hisseye ilişkin olsun geçerlidir.

Görüldüğü üzere, Alman hukukunda açılmamış miras hakkı üzerindeki sözleşmeler, Türk–İsviçre hukukunda olduğu gibi değil, farklı bir tarzda düzenlenmiştir. Türk–İsviçre hukuk sisteminde murisin iştirak ve muvafakatı ile bu tür sözleşmeler üçüncü kişilerle yapıldığında geçerli iken, Alman hukukuna göre yokluk yaptırımına bağlanmıştır. Bununla birlikte, bu tür sözleşmelerin kanuni mirasçılar arasında yapılabilmesi için murisin iştirak ve muvafakatı gerekli değildir (20).

Özetlemek gerekirse, Alman hukukunda genel olarak gelecekteki miras hakkı üzerine yapılan sözleşmeler geçerlidir. Bunun istisnası ise BGB 312/I de ifadesini bulan, henüz hayatta olan bir kimsenin terekesi üzerine üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerdir. Böyle sözleşmeler yokluk yaptırımına tabidir (21).

## BİRİNCİ BÖLÜM

## BEKLENEN (AÇILMAMIŞ BİR TEREKEDEKİ) MİRAS HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, SÖZLEŞMENİN KONUSU VE BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

### A– "Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi" Kavramı ve Sözleşmesin Konusu

#### *1– "Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi" Kavramı*

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesini düzenleyen MK. m. 613 incelenirken göze çarpan ilk husus, kanunkoyucunun "miras payı" ya da "hisse" kavramlarını kullanmadığını, aksine "o kimsenin mirası" sözcüklerine yer verdiğidir. Hemen belirtmek gerekirki, kanunkoyucunun bu ifadesi isabetlidir. Zira, gerek kaynak kanunda (22) gerekse Alman Medeni Kanunun-

(20) Bolliger, 18.

(21) Bolliger, 17; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 1.

(22) ZGB. Art. 636 da "noch nicht angefallene Erbschaft = Henüz açılmamış miras" sözcükleri kullanılmıştır. "Erbschaft" kavramı Alman Medeni Kanununun 1922. paragrafında tanımlanmıştır. Buna göre "Miras bırakanın bir kül olarak mirasçılarına intikal eden malvarlığı"na "Erbschaft" denilmektedir. Bu kavrama yalnızca malvarlığı değerleri değil, statü ve aile hukukuna dair haklar da dahildir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Binder, 7 vd.

da (23) "hisse" ya da "miras payı" kavramlarının kullanılmadığı görülmektedir.

Gerçekten de henüz miras açılmadan (kişi ölmeden) ne bir mirasçıdan, ne de bir miras ortaklığından dolayısıyla miras hissesi ya da payından sözetme imkanı vardır. Gerek mirasçılık sıfatı, gerekse tereke daima mirasın açıldığı, bir diğer ifade ile miras bırakanın ölümü anına göre teyin edilmektedir (MK. m. 517). Henüz hayatta olan bir kimsenin teknik anlamda bir terekesinden [Nachlass] bahsetmek imkanı yoktur. Olsa olsa o kişinin malvarlığından söz edilebilir. Zira, henüz hayatta olan bir kişinin malvarlığı, öldüğü andaki malvarlığıyla genellikle farklılık arzeder. Ölüm anına kadar malvarlığı artabileceği gibi yapacağı bazı tasarruflarla azalabilir de. Külli intikalin ancak ölümle gerçekleşecek olması, kanunkoyucu MK. m. 612'de olduğu gibi miras hissesi terimini kullanmaktan alıkoymuştur (24).

Terekenin maddi değerinin az çok belirlenebilir, tahmin edilebilir olduğu hallerde de miras payından söz edilemez. Mirasçıların, mirasbırakanın ölümü anına göre belirlenmesi ve bu safhada iştirak oranları bir yana, kimlerin mirasçı sıfatını kazanacaklarının belirlenmesi yine Medeni Kanunda bu konuda kullanılan ibarenin genel ve belirsiz bulunmasını haklı gösterir (25).

Hayatın ne zaman sona ereceği tahmin edilebilirse de genel olarak bilinmesine imkan yoktur. Bununla birlikte, yasanın yılların kişileri ölüme yaklaştırdığı ve ölüm ihtimalinin bu yılların sayısına göre ölçüldüğü bir gerçektir. Buna göre yapılacak sözleşmelere Medeni Kanunun 613. maddesi ile imkan tanınmış olduğundan konunun da beklenen ölüme paralel olarak "beklenen miras hakkı" şeklinde isimlendirilmesi yanlış olmaz (26). Bu isimlendirmeden hareketle, beklenen miras hakkının devrinin bir sözleşmenin konusu olması halinde, "beklenen miras hakkının devri sözleşmesi"nden bahsedilir.

### *2– Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Konusu*

Henüz ortada ne bir mirasçı ne de miras ortaklığından bahsetmek im-

---

(23) BGB. $ 312'de "Nachlass noch eines Lebenden = henüz hayatta olan bir kimsenin terekesi" ifadesi yer almaktadır.

(24) Özakman, 107. Sözleşmenin konusu belirli ve kesin olmayışı, bu tür sözleşmelerin kabul edilmesinde karşılaşılan bir güçlük olduğundan, hukuk düzenlerinin bu tür sözleşmeleri kabule yanaşmama nedeni olmuştur. bkz., yukarıda s. 2.

(25) Özakman, 107.

(26) Özakman, 107.

kanı yokken, sözleşmenin tarafları çeşitli düşüncelerle (27), her türlü tehlikeyi üstlenerek beklenen miras hakkının devrini amaçlayan bir sözleşme yapabilirler. Türk–İsviçre kanunkoyucusu kişilere bu imkanı tanımıştır (MK. m. 613; ZGB. Art. 636). Bu durumda sözleşmenin konusunu ne oluşturmaktadır?

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki; MK. m. 613 (ZGB. Art. 636) uyarınca yapılan bir sözleşme mülkiyetin naklini amaçlamaktadır (Veraeusserungsvertrag) (28). Daha doğru bir ifade ile temliki bir sözleşmedir. Temlikin konusu ise kural olarak, akit taraflardan birisinin, yapmış olduğu ifasıyla hak sahipliğini kaybettiği, diğerinin ise hak sahipliğini kazandığı haklar oluşturur (29). Sözleşmenin karşı tarafına, hakkın mülkiyetinin sağlanabildiği tüm haklar bu sözleşmenin konusunu oluşturur.

Bu şekilde bir sözleşmeye girişen tarafların yapacakları ilk iş muhtemelen, edimlerin içeriğini tespit açısından, muhtemel miras ortaklığını ve farazi iştirak oranları ile bu oranlara uygun olarak taksim sonunda kendilerine isabet edecek olan tasfiye paylarını gözönünde tutmaktır. Diğer bir ifade ile sözleşmenin tarafları ileride kazanılacak bir hakkın, iştirak halinde hak sahipliği sonucu ele geçen tasfiye payının devrini amaçlamaktadırlar (30).

Özetlemek gerekirse; henüz ortada bir miras ortaklığı ya da miras payı bulunmadığı bu halde, tarafların hukuki işlemle ulaşmak istedikleri husus, muhtemel mirasçının beklenen hakkıdır (31).

Mülkiyetin naklini amaçlayan bir sözleşme olarak, beklenen miras hakkının devri sözleşmesi daima sağlararası bir muameledir (32). Sağlararası

---

(27) Bu düşünceler, başka bir ülkeye göç edip kendisine yeni bir hayat kurmak durumunda olan kişinin muhtemel mirasbırakanın ölümünü beklemeksizin, beklenen miras hakkını satıp gitmek istemesi gibi olabilir, Escher, Art. 636, N. 1; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 5.

(28) Bolliger, 3 vd.

(29) Bolliger, 24.

(30) Özakman, 107.

(31) Bolliger, 29; Tuor/Picenoni, Art 636, N. 4; Escher, Art 636, N. 1-2; Leemann, Der Vertrag über die Erbschaft, 149; Özakman, 108; İmre/Erman, 508; BGE 42 II 195; 44 II 360; 56 II 349; 57 II 23. Bununla birlikte İnan, 415; İmre, 881, 884; Köprülü, 242; Belgesay, 260; Gönensay/Birsen, 366, "miras payının, miras hissesinin temliki" kavramlarını kullanmaktadırlar. Yukarıda da belirtildiği üzere (s. 7) bu durumda miras henüz açılmadığı için ne miras ortaklığından, buna bağlı olarak ne de miras payından sözetme imkanı vardır.

(32) Mülkiyetin naklini amaçlayan akit türü olarak satım, bağışlama, trampa örnek verilebilir.

muamelelere hakim olan ilke ise, "Sözleşme Özgürlüğü İlkesi"dir. Taraflar serbestçe sözleşmenin içeriğini tayin ve tespit edebilirler (33).

Bununla birlikte, beklenen miras hakkı kavramı açılmış bir terekedeki miras payının devrinde olduğu gibi tarafların iradesine göre değişkenlik arzeden bir kavram değildir. Kavram, muhtemel mirasçının tasfiye sonunda elde edeceği payını ifade etmektedir (34). Bu da mirasçı sıfatının ve iştirak halinde hak sahipliğinin sağladığı hak ve yetkilerin dışında, onlardan bağımsızmal ve hakları ifade etmektedir. Bir diğer ifade ile "o kimsenin mirası" ibaresi getirilerek MK. m. 613 ile muhtemel mirasçının hak sahipliğinin devrine ilişkin sözleşme yapması imkanı tanınmamıştır. Gerçekten de mirasçılık sıfatını henüz kazanmamış olan muhtemel mirasçının onu bu şekilde başka bir kişi adına tesis etmesi iştirak halinde hak sahipliği ve miras ortaklığının amaç ve ilkeleri ile bağdaşmamaktadır (35). Zira, bir an için beklenen hak sahipliğinin devrine izin verildiğini kabul edilirse, daha miras açılmadan malvarlığının tek bir kişi elinde toplanması ihtimali sözkonusu olabilecektir. Böyle olunca da miras hukukuna hakim külli intikal ve iştirak halinde hak sahipliği ile miras ortaklığının kanunen doğacağı yolundaki hüküm dolanılmış olmaktadır. Kanunkoyucunun ise, henüz miras açılmadan onun taksimini, tek bir kişi üzerinde toplanmasını istediği düşünülemez (36). Bu nedenlerle irade özgürlüğünün hak sahipliğinin devri anlamına gelecek şekilde taraflarca kullanılmaması gerekir. Böyle bir anlama gelecek sözleşmelerin "kanunun emredici hükümlerine aykırılık" sebebiyle hükümsüz sayılması gerekir. Ayrıca bu sözleşmeler MK. m. 23 kapsamında da değerlendirilebilir.

Sözleşmenin birlikte mirasçılarla veya üçüncü şahısla yapılması sözleşmenin konusunun mirasçının beklenen miras hakkı olduğu esasını değiştirmez. MK. m. 613'de "mirasçılar veya üçüncü şahıs" şeklinde bir ifadenin yer almış olması, bu konuda MK. m. 612'de düzenlenmiş sözleşmenin konusundaki derecelendirmenin bu maddeye göre bulunmadığını göstermeyi amaçlamaktadır (37). Kanunkoyucunun birlikte mirasçı veya üçüncü kişileri ayrı ayrı zikretmesindeki amaç burada, konunun ve kavramın durağan karakterini belirtmek ve bir önceki maddede farklı olarak tayin edilebilen konu

---

(33) Bolliger, 26; Eren, Borçlar, 19; İnan, Borçlar, 122; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 76.

(34) Özakman, 108.

(35) Özakman, 108.

(36) Özakman, 109.

(37) Escher, Art. 636, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 5; Özakman, 110.

hakkındakl uygulamanın kıyası yolları ile uygulanmasını engellemektir (38). Kısaca ifade etmek gerekirse, konu bu sözleşmede herzaman muhtemel mirasçının taksim veya tasfiye sonucu elde edeceği payıdır.

Beklenen miras hakkının devrinin muhtemel mirasçının tüm taksim veya tasfiye payına ilişkin olması gerekli değildir. Taksim veya tasfiye payının yarısına, dörtte birine ilişkin sözleşmeler de geçerlidir (39). Bununla birlikte, muhtemel mirasçının, gelecekteki miras hakkı içinde yer alabilecek belirli bir şeyi, örneğin bir gayrımenkulü devretmesi muteber değildir. Halbuki m. 612' ye uygun sözleşmelerde bu mümkündür (40).

### B– Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakknın Devrine İlişkln Sözleşmelerin Benzer Hukuki İşlemlerle Karşılaştırılması

#### *1– Sağlararası Hukuki İşlemlerle Karşılaştırılması*

##### *a– Açılmamış Bir Terekedeki Miras Hissesinin Devri Sözleşmesi (MK. m. 612) İle Karşılaştırılması*

Her iki sözleşme arasında bir takım benzer yönler bulunmaktadır. Bunlar, her iki sözleşmenin de mirasçıların hem kendi aralarında hemde üçüncü kişiler arasında yapılabilir olması ile her iki sözlmeşmenin taksime hizmet etmelerine yönelik amaçlarıdır. Bununla birlikte bu iki sözleşme arasında önemli farklılıklar vardır.

MK. m. 613 ile m. 612 arasındaki en önemli fark, devri taahhüt edilen malvarlığının, taahhüt edenin bu taahhüt anında henüz kendi malvarlığı değerleri içerisinde yer alıp almadığı hususundadır. Çünkü, beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin konusu, daha önce de belirtildiği üzere (41)

---

(38) Özakman, 110.

(39) Özakman, 132.

(40) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.5.1985 T., 1984/2 E. ve 1985/5 K. sayılı kararıyla açılmış bir terekeye dahil olan belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli olması için, temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekmediğine, bu nitelikteki sözleşmelerin geçerli olduğuna, böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasına imkan sağladığına hükmolunmuştur. Aynı esas MK. m. 613 bakımından geçerli olmamalıdır. Zaten son derece tehlikeli bir işlem olan beklenen miras hakkının devri sözleşmesinde bu durum hem tehlikeyi daha da arttırır, hem de iştirak halindeki mülkiyet hükümlerini zorlar (İçtihadı Birleştirme Kararına karşı yazılan muhalefet şerhleri için bkz., YKD., C. XI. S. 8, s. 1127).

(41) Bkz., yukarıda, s. 7 vd.

muhtemel mirasçının muhtemel (beklediği) henüz malvarlığı değerleri arasında yer almayan miras hakkıdır. Oysa m. 612'de düzenlenen sözleşmenin yapıldığı esnada muris ölüdür ve tereke hukuken (ipso iure) mirasçıların malvarlığına geçmiştir. Bir diğer ifade ile devri taahhüt edilen haklar bu sözleşmede mirasçıların malvarlığı değerleri arasındadır.

Her iki sözleşme arasında diğer bir fark da beklenen miras hakkının devri sözleşmelerinin ancak murisin iştirak ve muvafakatı ile geçerli olabileceği yönündeki düzenlemedir. Bu farklılık aynı zamanda bu sözmeşmelerin tabi oldukları şekil açısından da farklılık göstermesine neden olmaktadır. MK. m. 612 birinci cümlesinde mirasçıların birbirleri arasında yapacakları temlik sözleşmesinin yazılı şekle bağlamışken, üçüncü şahısla yapılan temlik sözleşmesi hakkında herhangi bir şekil şartı öngörmemektedir. Bununla birlikte doktrinde bu sözleşmelerin de yazılı şekille yapılması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır (42). MK. m. 613'de ise şekle dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, doktrinde haklı olarak bu sözleşmelerin de yazılı şekille yapılması gerektiği belirtilmektedir. Murisin iştirak ve muvafakatı ile gerçekleşecek bir yazılı şekil ise mahiyeti itibariyla mevsuf yazılı şekil halini alacaktır (43).

MK. m. 613 ile m. 612 arasındaki bir diğer fark ise, m. 613'de temlik edilmesi taahhüt edilen beklenen miras hakkı ya tamamen ya da oran belirtilerek (1/2; 1/3 gibi) sözleşmeye konu edilebilirken, belirli bir mal ya da hak üzerinde böyle bir sözleşme yapılamazken, m. 612'ye uygun olarak yapılan sözleşmelerde konu, mirasçının miras hissesidir (m. 613'de hisseden bahsetme imkanı yoktur) ve mirasçılar kendilerine intikal eden belli bir mal üzerindeki mirasçılık hissesini de sözleşme konusu yapabilirler (44). Örneğin, iştirak halinde malik bulunduğum, falanca arsa üzerindeki miras hissemi devir ve temlik ediyorum, denilebilir. Ancak böyle bir imkan m. 613'e göre yapılan sözleşmelerde yoktur.

*b– Mirasbırakanla Üçüncü Şahıs Lehine Yapılan Sözleşmelerle Karşılaştırılması*

Beklenen miras hakkının devri sözleşmelerini, mirasbırakanla, üçüncü

(42) Escher, Art. 635, N. 290 Tuor/Picenoni, Art. 635, N. 21; İnan, Miras, 413.

(43) Miras hukuku bakımından bir diğer mevsuf yazılı şekil aranılan hal, el yazısı vasiyet ile murisin son arzularını açıklamasıdır, Ayiter/Kılıçoğlu, 83 vd.; İnan, Miras 107 vd.

(44) Escher, Art. 636, N. 2; Özakman, 116.

şahıs lehine yapılan sözleşmelerle karıştırmamak gerekir. Üçüncü şahıs lehine yapılan sözleşme kişinin ölümü geciktirici şartına bağlanmış olsa bile m. 613 anlamında beklenen miras hakkının devri sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Hatta, BK. m. 240/II de öngörülen şekil şartı gözardı edilse bile durum aynıdır.

Herşeyden önce, sağlararası işlemlerle ölüme bağlı kazandırmalarda, kölümüne hukuki sonuçlar bağlanan kişinin sözleşmenin tarafı, buna karşılık üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmadığı görülmektedir. MK. m. 613'de düzenlenen beklenen miras hakkının devrine ilişkin sözleşmelerde ise ölümüne hukuki sonuçlar bağlanan kişi yani mirasbırakan, ne akdin tarafı, ne de sözleşmeyi yapanıdır, meğerki, muhtemel mirasçının yetkili temsilcisi olarak hareket etmesin. Eğer mirasbırakan, muhtemel mirasçının yetkili temsilcisi ise, sözleşmenin akiti sıfatını kazanacaktır. Bunun haricinde mirasbırakanın iştirak ve muvafakatı işlemin geçerli bir şekilde yapılmasını sağlayacak bir olgu olmaktan öteye gitmemektedir. Bu olgu, yazılı şeklin mevsuf olarak belirlenmesine yarayan, sözleşmenin geçerli olarak meydana gelebilmesi için gerekli bir unsurdur. Bu nedenle, mirasbırakanın bu davranışının sağlararası bir tasarruf mu, yoksa ölüme bağlı bir tasarruf mu olduğu tartışması ortaya çıkmamaktadır. Oysa, üçüncü şahıs lehine yapılan sözleşme ister ivazlı isterse ivazsız olsun sağlararası bir sözleşmedir. Üçüncü şahıs yararına yapılan sözleşme tam (gerçek) üçüncü şahıs yararına yapılan sözleşme niteliği taşısa bile, üçüncü kişi akdin karşı tarafı haline gelmezken, m. 613'deki sözleşmede üçüncü kişi sözleşmenin karşı tarafını oluşturmaktadır (45).

Bu iki sözleşme arasındaki bir diğer fark da, sözleşmenin konuları bakımındandır. Üçüncü şahıs lehine yapılan kazandırmaların konusu tek bir mal ya da alacak hakkı oluştururken, beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin konusunu muhtemel mirasçının, muhtemel miras hakkı oluşturmaktadır (46).

*c– İleride Açılacak Bir Terekedeki Bir Borcun Ödenmesini Taahhüt İle Karşılaştırılması*

MK. m. 613'de düzenlenen sözleşmeleri, ileride açılacak bir terekedeki bir borcun ödenmesini taahhütten ayırmak gereker. Bu iki sözleşme öncelikle konu bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Öte yandan açılmamış bir te-

(45) Karş., Özakman, 114.

(46) Karş., Özakman, 114.

rekedeki bir borcun ödenmesini taahhüt, borçtan kurtarma vaadi ya da alacaklının muvafakatının gerçekleştiği durumlarda borcun nakli anlamına gelmektedir (47). Bu açıdan bakıldığında gerek borcun iç yüklenilmesi ve gerekse dış yüklenilmesinde eğer bir bağışlama vaadi sözkonusu değilse, yazılı şekilde yapılması mecburiyeti yoktur. Oysa m. 613'de mevsuf bir yazılı şeklin arandığı görülmektedir. Ayrıca, bir borcun ödenmesini taahhüt alacaklı ile yapılmış ise kefalet niteliği taşıyacağından kefalet hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir (48).

*d– Diğer Sağlararası İşlemlerle Karşılaştırılması*

Beklenen miras hakkının devri sözleşmelerini BK. m. 179 anlamında malvarlığının devri sözleşmelerinden ayırmak lazımdır. Muhtemel mirasçının tek kişi olduğu hallerde bile, beklenen miras hakkının devri BK. m. 179 anlamında malvarlığının devri olarak kabul edilip bu hükümler uygulama alanı bulmaz. Aksine bir düşünce m. 613'deki mevsuf yazılı şeklin gözardı edilmesi ve bu hükmün dolanılması anlamına gelir (49). Beklenen miras hakkının devredilmesinin temelinde yatan ahlâka aykırılığı ortadan kaldırmaya yönelik ve kanunkoyucunun özel bir önem verdiği mirasbırakanın iştirak ve muvafakatının gerekliliği, kanunun bir başka hükmünden istifade etmek suretiyle ortadan kaldırılamaz.

Yine murisin mallarını daha sağlığında iken taksim etmiş olması hali, m. 613'deki sözleşmelerden farklıdır. Eğer muris, daha sağlığında iken, mallarını taksim etmiş ise bu tasarruf sağlararası bir tasarruftur ve her mal ve hak için kanunen gerekli devir işlemleri ile yapılması gereklidir. Sözkonusu sağlararası tasarruflar, mirasbırakan ile mirasçılar arasında yapılır. Oysa m. 613'deki sözleşmenin tarafları, muhtemel mirasçılarla duruma göre üçüncü kişidir. Mirasbırakanın iştirak ve muvafakatının gerekliliği ise mirasbırakanı sözleşmenin tarafı haline getirmemektedir. Murisin sağlığında iken mallarını taksim etmesi durumunda tereke maddi bir değer taşımamaktadır. Buna karşın m. 613'e dayalı sözleşmeler, terekenin maddi bir değer taşıyacağı inancı ile yapılmaktadır (50).

---

(47) Özakman, 114.

(48) Özakman, 115.

(49) BGE 56 II 349; Özakman, 112.

(50) Özakman, 115.

### 2– Ölüme Bağlı Hukuki İşlemlerle Karşılaştırılması

#### a– Mirasbırakanın Taksime İlişkin Kurallar Koymuş Olması Durumu İle Karşılaştırılması

Mirasbırakanın taksimin belli bir şekilde gerçekleştirileceği yolundaki iradesinin ölüme bağlı şekli anlamda bir tasarrufta yer alması zorunluluğu (51) sebebiyle gösterdiği şekil özellikleri bakımından beklenen miras hakkı devri sözleşmelerinden ayrılır (52). Mirasbırakanın taksime ilişkin kurallar koyması ile mirasçılar herhangi bir hak kazanmamakta, yalnızca, miras payları somutlaşmaktadır. Bir diğer ifade ile murisin bu iradesi sonucunda mirasçılar herhangi bir alacak hakkı kazanmamaktadırlar. Halbuki m. 613'de düzenlenen sözleşme ile, üçüncü kişiye konusunu tasfiye payının oluşturduğu bir alacak hakkı tanınmaktadır. Ayrıca bu sözleşme bir sağlararası sözleşme olup, murisin tek taraflı iradesi ile belirlenen taksime ilişkin kurallardan bu yönüyle de ayrılır.

#### b– Olumlu Miras Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması

Olumlu miras sözleşmelerinde mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafını veya üçüncü kişiyi ya mirasçısı olarak nasbetmektedir ya da muayyen mal vasiyeti lehdarı olarak atamaktadır (53).

Olumlu miras sözleşmeleri ölüme bağlı tasarruflar olup, daima sözleşmenin bir tarafını mirasbırakan oluşturmaktadır. MK. m. 613'de düzenlenen sözleşmeler ise sağlararası bir sözleşme olup (54) mirasbırakan sözleşmenin tarafı değildir. Mirasbırakanın iştirak ve muavafakatı mevsuf yazılı şeklin yerine getirilmesi için gerekli bir olgudur.

Mirasçı nasbını içeren olumlu miras sözleşmelerinde, mirasbırakan, karşı tarafı terekesinin tamamı veya belli bir oranı için mirasçı atamakta, başka bir deyişle onu kendi külli halef yapmaktadır (55). Oysa MK. m. 613'de dü-

---

(51) MK. m. 587'ye göre mirasbırakan ancak vasiyet veya miras mukavelesi ile taksime ilişkin kurallar koyabilir ve bunlar da kanunen öngörülen belli şekillerde yapılması gerekir, İnan, Miras, 385.

(52) Bolliger, 40; Özakman, 117.

(53) Dural, 30; Özakman, 117.

(54) Ölüme bağlı tasarruflarla sağlararası tasarrufların birbirinden ayırt edilmesinde ölçütler için bkz., Rothenfluh, 20 vd.; Moser, 3 vd.

(55) Dural, 30.

zenlenen sözleşmelerde kendisine muhtemel miras hakkı devrolunan kişi, (eşya hukuku ve miras hukuku bakımından herhangi bir sonuç doğurmayan sözleşmenin niteliği sonucu) sadece borçlar hukukuna dair ve muhtemel miras hakkını devreden muhtemel mirasçıya karşı bir alacak hakkına sahip olmaktadır.

Muayyen mal vasiyetinin sözkonusu olduğu hallerde miras hakkının devrinden bahsetmek imkanı yoktur. Muayyen mal vasiyeti lehdarı kendisine vasiyet edilen malın kendisine devri için ya miras ortaklığına ya da belli mirasçı veya mirasçılara karşı bir talep hakkına sahip olmaktadır (56).

*c– Olumsuz Miras Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması*

MK. m. 613'de sözleşmenin geçerliliği için aranılan murisin iştirak ve muvafakatını "iştirak veya muvafakat" şeklinde anlayan yazarlarca, murisin sözleşmeye iştirak etmesi halinde sözleşmenin kombine bir sözleşme haline geleceği, bir taraftan muhtemel miras hakkını devreden muhtemel mirasçı mirastan feragat ettiğini, diğer taraftan, muhtemel miras hakkını devralan kişinin mirasçı nasbedildiğini belirtmektedirler (57).

Bu açıdan bakıldığında mirastan feragat sözleşmeleri ile beklenen miras hakkının devri sözleşmesi birbirine karıştırılabilmektedir. Miras hakkından feragat eden mirasçının mirasçılığı yerine bir başkasının hak sahibi kılındığı hallerde durum daha da karışıklık yaratıcı niteliktedir. Halbuki, mirastan feragat sözleşmesinin taraflarına bakıldığında bu sözleşmenin taraflarını, mirasbırakan ile muhtemel mirasçılıktan feragat edenin oluşturduğu görülmektedir. Bunun yanısıra feragat üçüncü bir şahsın yararına yapılmış olsa bile, bu kişinin sözleşmeye katılmadığı görülmektedir (58).

Mirastan feragat sözleşmesi ölüme bağlı bir tasarruf olmasına rağmen (59), MK. m. 613'de öngörülen sözleşme ise sağlararası bir sözleşmedir.

---

(56) "Talep hakkı" kavramı Türk kanun koyucusu tarafından tanımlanmamıştır. Alman BGB 194 de ise "Bir başkasından, bir şeyi yapması veya bir şeyden kaçınmasını istemek hakkı" olarak tanımlanmıştır. Ancak bu paragrafta "vermek"ten bahsedilmemekle beraber, "tun" sözcüğünün bunu da içerdiği doktrinde ifade edilmektedir. Geniş bilgi için bkz., Palandt, 180.

(57) İştirak ve muvafakatın anlamı ve niteliği hakkında geniş bilgi için bkz., aşağıda, s. 18 vd.

(58) Bolliger, 28, 38; İmre, 883; Escher, Art. 636, N. 7; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 2; Özakman, 118.

(59) Mirastan feragat eden açısından sağlararası bir sözleşme olduğunu savunan, İmre/Erman, 182.

Beklenen miras hakkının devri sözleşmelerinde ise taraflar, miras hakkını devreden ile birlikte mirasçı olanlar ya da üçüncü kişilerdir. Mirasbırakan sözleşme ilişkisine girmemektedir. Mirasbırakan açısından iştirak ve muvafakat ne sağlararası bir tasarruftur, ne de ölüme bağlı bir tasarruftur. Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi sağlararası bir sözleşme olup, beklediği miras hakkını devreden mirasçı sıfatını kaybetmez (60).

Her iki sözleşme arasındaki bir diğer fark da, MK. m. 613'deki sözleşmenin temsilci vasıtası ile yapılabilmesine karşın miras sözleşmesinin ölüme bağlı bir tasarruf olduğundan temsilci vasıtasıyla bu sözleşmenin yapılmasına imkan yoktur.

İki sözleşme arasındaki son bir fark da sözleşmelerin tabi olduğu şekiller hususundadır. Yargıtayın da belirttiği gibi (61) "Miras hakkından feragat maksadıyla muris ile mirasçı arasında yapılan sözleşmenin nevi miras mukavelesi olup, resmi vasiyet şeklinde tanzim edilmedikçe muteber değildir". Oysa MK. m. 613'de açıkça şekle dair bir hüküm öngörülmemekle ise de yorum yolu bu sözleşmelerin mevsuf yazılı şekille yapılması gerektiği kanaatindeyiz (62).

## İKİNCİ BÖLÜM

## BEKLENEN MİRAS HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, GEÇERLİK ŞARTLARI VE ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

### A– "Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi son derece tehlikeli bir sözleşmedir. Zira, bu sözleşmenin bir tarafını oluşturan muhtemel mirasçının kesin mirasçı olması şüphelidir. Bir diğer ifade ile, bu kişiye mutlak mirasçı gözüyle bakmak imkanı yoktur. Muhtemel mirasçının, mirasbırakandan önce ölmesi, mirastan mahrumiyeti sebebinin gerçekleşmesi, önceden bilinmeyen ve fakat sonradan ortaya çıkan, kendisinden bir önceki zümreye dahil bir mirasçının bulunması, murisin evlad edinmesi imkan dahilinde olan ihtimallerdir.

---

(60) Bolliger, 18-19; Büttiker, 60; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 4; Escher, Art. 636, N. 6-7; Özakman, 119.

(61) 2. HD. 1.3.1962 T., E. 1107, K. 1391 (AD. S. 3-4, Mart-Nisan 1962); 2. HD., T. 12.9.1987, E. 103, K. 1233 (Kazancı/Dalamanlı/Kazancı, 792).

(62) Şekil konusundaki açıklamalar için bkz., aşağıda s. 25 vd.

Ayrıca, beklenen miras hakkının devrine ilişkin sözleşmelerdeki tehlike, açılmış bir terekedeki miras payının devrine ilişkin sözleşmelerdekinden daha fazladır. MK. m. 612'ye göre miras payının devrinde, hiç değilse tereke ve pay sözleşmenin yapıldığı esnada mevcuttur. Tarafların iyi bir gözlemci olması, mirasbırakanın malvarlığı için gerçeğe yakın tahminlerin yapılmasına imkan verebilir. Ama MK. m. 613'e göre yapılan sözleşmede, muhtemel tereke, sürekli değişken bir yapı arzetmekdedir. Sözleşmenin yapıldığı anda, muhtemel tereke henüz, muhtemel mirasbırakanın malvarlığıdır. Kişi ölünceye kadar malvarlığının üzerinde serbestçe tasarruf eder, hatta tüketebilir de.Muhtemel mirasçının, muhtemel mirasbırakanının bu tasarruflarını önleme imkanı bulunmamaktadır (63). Muhtemel mirasbırakanın malvarlığında serbestçe tasarrufta bulunmasını engelleyecek bir sözleşme MK. m. 23'de öngörülen, şahsiyet hakkının kısıtlanması anlamına gelir.

Yukarıda da belirtildiği gibi (64), MK. m. 613'e göre yapılan bir sözleşme, mülkiyetin naklini amaçlamaktadır. Yani sözleşmenin ifasında, sözkonusu malın mülkiyeti karşı tarafa geçiriiir. Mülkiyetin naklini içeren bir sözleşme tasarruf muamelesi olabileceği gibi taahhüt muamelesi de olabilir. Bununla birlikte, tasarruf muamelesinin konusunun belirli ve tek bir şey olmasının gerekliliği (65), beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin bir tasarruf muamelesi olmasını engelleyen bir etkendir. "Beklenen miras hakkı" kavramı daha önce de belirtildiği gibi (66), mirasçı sıfatının ve iştirak halindeki hak sahipliğinin sağladığı hak ve yetkilerin dışında onlardan bağımsız hak ve malları içermekte, dolayısıyla tasarruf muamelelerinin gerektirdiği belirlilik ilkesi gerçekleşmemektedir. Bu sebeple ve MK. m. 612'de açıkça belirtildiği üzere, beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan kişinin miras ortaklığına katılması sözkonusu değildir. Bir başka deyişle, Medeni Kanunun 613. maddesi hükmü ile düzenlenmiş sözleşme-

(63) Özakman, 121; Gönensay/Birsen, 367.

(64) Bkz. yukarıda, s. 8.

(65) Henüz doğmamış alacakların temlikinde de, temlik belirli alacaklara ilişkinse geçerli iken, doğumu anında belirlenebilir olması yeterli değildir, Bucher, 544; Wiegand, 285 (Kocaman, Arif, Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara 1992, s. 123, dipnot 315'den atfen). Böylece Bucher alacağın temliki de bir tasarruf işlemi olduğu için eşya hukukuna ilişkin belirlilik ilkesini yani tasarruf anında tasarruf konusunun belirli olması kuralını temlik hukukuna uygulamakta ve gelecekteki alacakların önceden toptan temlikinde bu şartın gerçekleşmemesi durumunda gerçek bir temlikin sözkonusu olmadığını aksine bir temlik taahhüdünün mevcut olduğunu ileri sürmektedir (Kocaman, 123).

(66) Bkz., yukarıda, s. 7 vd.

lerin ne miras hukuku, ne de eşya hukukuna ilişkin herhangi bir sonucu yoktur (67). Bu konuda beklenen payı devralan kişinin de kanuni ve iradi olarak muhtemel mirasçı veya sair muhtemel sıfatların (68) bulunmasının sözleşmenin hukuki niteliğine etkisi yoktur (69). Mirasçının bir kişi olması ya da birlikte mirasçı olunmasının, açılmamış bir terekedeki miras payının devrinde olduğu gibi, ne sözleşmenin konusunda ne de hukuki niteliğinde bir farklılaşmaya yol açar. Bu sözleşme ile taksim veya tasfiye payının devrine yönelik bir alacak hakkı tesis edilmektedir (70).

Burada temas edilmesi yararlı olacak bir konu da, beklenen miras hakkının devri sözleşmelerinin unsurları bakımından değil de, fakat hükümleri açısından iki farklı nitelik göstermesidir.

Bunlardan birincisi, geciktirici şarta bağlanmış bir hukuki işlem niteliği göstermesidir. Bu şart sözleşme metninde gözükmese de, sözleşmenin bünyesinden, muhtemel mirasçının, kesin mirasçı olması geciktirici şartına bağlı bulunduğu anlaşılmaktadır. Hukuki işlemin konusu bu geciktirici şart ile sıkı sıkıya bağlıdır (71).

Diğer niteliği ise, böyle bir şart olmasa da sözleşme eğer satım ise, sözleşmenin bir "Hoffnungskauf = ümit satımı" niteliği taşımasıdır (72).

Sözleşmelerin tasnifinde, beklenen miras hakkının devri sözleşmesi, borçlar hukuku alanında hükümler meydana getiren (yani ileride muris öldüğünde hakkı devralan kişiye tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi bakımından bir talep hakkı sağlayan) ivazları bakımından, ivazlı ya da ivazsız olabilen, iki taraflı, nitelikli, şekle tabi rızai ve temlik borcu doğuran bir akit olarak nitelendirilebilir (73).

---

(67) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18a; Escher, Art. 636, N. 13; Murisin sözleşmeye katılması halinde karşı görüş için bkz., İmre/Erman, 509.

(68) Sair muhtemel sıfatlar için bkz., Özakman, 67 vd.

(69) Özakman, 121.

(70) Bolliger, 19, 39; Escher, Art. 636, N. 2, 13; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18a; Leemann, Der Vertrag über die Erbschaft, 149; Leemann, Höchstpersönliche Rechtsgeschaift, 161-163; İmre, 810; Kocayusufpaşaoğlu, 547; Dalamanlı, 486; BGE 56 II 347; 57 II 23; 98 II 281; Yargıtay 1. HD.'nin 31.12.1943 t. ve E. 8447/K. 5499 sayılı kararı (Olgaç, m. 613, N. 2, s. 487); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.9.1971 t. ve E. 1-701/K. 499 sayılı kararı (İKİD. 1971-75, C. 5, S. 789, s. 789, No. 729).

(71) Özakman, 122; Bolliger, 12.

(72) Bolliger, 12. Hangi sözleşme türünün sözkonusu olduğu somut sözleşmenin özelliklerine, hal ve şartlarına göre belirlenecektir.

(73) Bu tasnifler için bkz., İnan, Borçlar, 78-84; Eren, Borçlar, 192 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 65 vd.

## B– Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Kurulması Ve Geçerlik Şartları

### *1– Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Kurulması*

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin mülkiyetin naklini amaçlayan bir sözleşme olduğu ve bu sözleşmelerin de mutlaka sağlararası bir sözleşme olduğuna yukarıda işaret olunmuştu (74). Buradan hareketle, açılmamış bir terekedeki miras hakkının devrine ilişkin sözleşmelerin de kurucu unsurları bakımından diğer hukuki işlemlerden, özellikle sözleşmelerden herhangi bir farklılık göstermediğini söylemek yerinde olur. Bu cümleden olmak üzere, sözleşmenin meydana gelebilmesi için, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması (BK. m. 1/I), tarafların akdin esaslı noktaları üzerinde uyuşmaları (BK. m. 2/I) gereklidir. Borçlar Kanununda yer alan diğer genel hükümler de müessesenin niteliğine uygun düştüğü surette uygulama alanı bulur. İleride de ele alınacağı üzere, örneğin, "akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir (BK. m. 11/I)" hükmü burada uygulanmaz.

### *2– Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Geçerlik Şartları*

Bu sözleşmeler de, geçerli olarak kurulabilmek için kanunlarla öngörülen sınırlamalara tabidir. Yani, BK. m. 19, 20 hükümleri bu sözleşmeler bakımında da uygulanır.

Burada genel geçerlik şartları üzerinde durulmayacak, MK. m. 613 ile öngörülen özel geçerlik şartları ele alınacaktır. MK. m. 613 ile öngörülen özel geçerlik şartları, madde metninde açıkça bahsolunan, "mirasbırakanın iştirak ve muvafakatı" ile madde metninde açıkça belirtilmediği halde yorum yolu ile varılan, "mevsuf (nitelikli) yazılı şekil" şartıdır.

*a– Mirasbırakanın İştirak ve Muvafakatı*

#### *1– İştirak ve Muvafakatın Anlamı ve Niteliği*

Medeni Kanunun 613. maddesinde, mirasın geçişinden önceki sözleşmeler için miras bırakanın iştirak ve muvafakatın geçerliliği hususu açıkça belirtilmiştir. Bu durum aynı zamanda kanunkoyucunun, mirasbırakanın iştirak ve muvafakatına özel bir önem verdiğinin delilidir. Gerçekten de, söz-

(74) Bkz., yukarıda, s. 8.

konusu hükümde, mirasbırakanın iştirak ve muvafakatının olmadığı mirasın geçmesinden evvelki sözleşmelerin hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı, açıkça yer almıştır. Bununla birlikte, gerek doktrinde, gerekse yargı kararlarında "iştirak ve muvafakat"tan ne anlaşılması gerektiği oldukça tartışmalıdır. Zira, madde metninde "iştirak ve muvafakat"dan neyin kastolunduğu anlaşılmakta, çeşitli yorumların yapılmasına yol açmaktadır.

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, "iştirak", kavram olarak, bir şeye katılmak, bir işin yapılmasına katkıda bulunmak, konumuzla ilgili olarak da, beklenen miras hakkının devri sözleşmelerinin yapılması esnasında hazır bulunmayı ifade ederken; muvafakat, rıza ya da müsaade anlamı taşımaktadır (75). Bir sözleşmenin icrasına katılmak aynı zamanda muvafakatı da içermekte (76) ise de muvafakat etme, sözleşmenin icrasına katılmayı içermemektedir. Kanunkoyucunun birinin diğerinin kapsamı içinde olan bu iki kavramı özellikle de "ve" bağlacıyla birbirine bağlamasının anlamının ne olabileceği hukukçular arasındaki tartışmanın ve görüş ayrılıklarının odak noktasını teşkil etmektedir.

Bir görüşe göre (77), kanun metnindeki "iştirak ve muvafakat" ibaresini "iştirak veya muvafakat" anlamak lazımdır. Böyle olunca da beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin iki farklı biçimde meydana getirilebileceğini savunmaktadırlar. Ancak böyle anlaşıldığı takdirdedir ki, iştirak ve muvafakat kavramlarının ikisinin birden zikredilmesinin bir anlamı olsun. Bu görüşe göre, beklenen miras hakkının devri, ya murisin iştiraki ya da sonradan verebileceği bir muvafakat ile mümkün olmaktadır. Ancak, farklı bu iki tarz, yapılan sözleşmelerin hukuki niteliğini tamamen değiştirmektedir.

Bu görüşe göre, eğer mirasbırakan, miras payının devredilmesini öngören sözleşmeye (satım, bağışlama, trampa vs.) katılırsa, bu takdirde mirasçı, mirastan ivazlı ya da ivazsız feragat eden kişi (MK. m. 475) durumuna grmektedir (78). Mirasbırakan ise bu feragata razı olmakla payı devir olan kişiyi mirasçı nasbeden kimse (MK. m. 474) olur. Sözkonusu mirasçı nasbı,

---

(75) İsviçre Medeni Kanununun 636. maddesinde de aynı kavramlara "Mitwirkung = İştirak; Zustimmung = Muvafakat" sözcükleriyle yer verilmiştir.

(76) Şener, 862.

(77) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 6, 7, 8; Leemann, Die Vertrag über die Erbschaft, 149; Leemann, Höchstpersönliche Rechtsgeschaefte, 162; Kocayusufpaşaoğlu, 543; İnan, 415; Gönensay/Birsen, 367; İmre/Erman, 509, 511.

(78) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 7; Şener, 862-863.

feragat sözleşmesinde yer alabileceği gibi mirasbırakanın bunu ayrıca gerçekleştirmiş bulunması da mümkündür. Mirasçı nasbının vasiyet yolu ile yapılması beklenen payı devralan kimse için yeterli garanti teşkil etmediğinden, muhtemelen miras mukavelesi şeklinde olacaktır. Muhtemel mirasçı ile üçüncü şahıs ya da diğer muhtemel mirasçılar arasında yapılan beklenen miras hakkının devrine ilişkin sözleşme ile ancak bu şekilde geçerlik kazanacak ve mirasçı nasbına ilişkin hukuki işlemin karşılığını teşkil etmektedir (79). Bu ihtimalde, feragat ve mirasçı nasbına ilişkin tasarruflar ölüme bağlı tasarruf olduğundan miras sözleşmesi niteliğini alır ki, Medeni Kanunun 450, 492. maddeleri ve 10.12.1952 günlü ve 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca resmi şekilde yapılması gerekir (80). Ayrıca bu duruma göre tarafların ehliyet ve tasarruf yetkileri aranır (81). Böyle bir sözleşme ile mirasçı mirastan feragat ettiği için, mirasçılık sıfatını yitirir. Mansup mirasçı da terekede hak sahibi olur.

Yine bu görüş taraflarına göre, mirasbırakan, dilerse miras payının devrine ilişkin sözleşmeye katılmayabilir. Gelecekteki miras hakkını devreden mirasçı ile, onu devir alan, kişi karşı karşıya gelir ve adi yazılı şekille sözleşmeyi yapabilirler. Mirasbırakan bu sözleşmenin tarafı olmaz. Bununla birlikte, böyle bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için mirasbırakanın da muvafakatı gereklidir (82). Bu işlem sonucunda, miras payını devreden kişi mirasçılık sıfatını yitirmeyeceği gibi, devir alan da mirasçılık sıfatını kazanmaz. Çünkü mirasbırakan, sözleşmenin tarafı olmadığından, gelecek miras hakkını devir alan mansup mirasçı olamaz. Hakkını devreden ise mirastan feragat etmiş kişi sayılmaz.

Ayrıca, kanunda yer alan "iştirak ve muvafakat" ibaresini "iştirak veya muvafakat" olarak anlamak pratik ihtiyaçlara da cevap vermektedir. Beklediği miras hakkını devrederek mirasbırakanından uzak bir yerde hayatını kuracak muhtemel mirasçının ancak bu şekilde miras ortaklığı ile bağlantıları kesilebilmekte ve bu hakkı devralacak şahsın da uzun süre beklemesinin karşılığı böylelikle verilebilmekte ve ona garanti sağlanmaktadır (83).

---

(79) Kocayusufpaşaoğlu, 544; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 7.

(80) Şener, 863; Özakman, 129.

(81) 11.12.1959 t., E. 16/K. 14 s. YİBK. (RG. 5.6.1959 t., S. 10223).

(82) Y. 2. HD. 14.12.1978 günlü ve 8584/8755 sayılı kararı; Y. 2. HD., 26.10.1978 T., 7150/7486 nolu kararı (Şener, 863 ve 1524).

(83) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 7.

Bu görüş kabul edildiğinde, Medeni Kanunun 613. maddesi ile getirilen amacın üzerine çıkılmaktadır. İştirak veya muvafakat şeklinde ikili bir ayrım, bir taraftan miras mukavelesine yollama yapmakta ve üçüncü kişinin mirasçı sıfatını kazanmasına dolayısıyla da miras ortaklığına katılması sonucunu doğurmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların, bu işlemle bağlantılı bir şekilde kurulması ile sağlararası işlem karşılık teşkil etme fonksiyonu dışında hareketsiz kalmaktadır (84). Sağlararası ilişki ancak, ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğü karşısında, tazminat istemek için başvurulacak bir kaynak olmaktan öteye geçmeyecektir. Bu talebin murisin sağlığında mirasçı nasbı işleminin geçersiz bırakılması halinde ona, birlikte veya daha sonra muhtemel mirasçıya yöneltilmesi imkanı bulunacaktır (85).

Muhtemel mirasçının miras ve eşya hukukuna yönelik sonucu kabul etmediği, sıfatını muhafazayı amaçladığı veya mirasbırakanın işleme katılmayı reddetmesi gibi çeşitli sebepler bu işlemin yapılmasına imkan vermiyorsa, bu kere miras bırakanın rızasına, muvafakatına ihtiyaç duyulacaktır. Ölüme bağlı tasarrufların uygulanmasına yer vermeyen bu ihtimalde Medeni Kanunun 613. maddesi hükmü ile düzenlenen, beklenen miras hakkının devrine ilişkin işlem ön planda ve bağımsız olarak ortaya çıkacaktır. Hukuki işlem bu kere tehlikeli işlem mahiyetinden hiçbir şey kaybetmeyecektir. Muvafakatın sağlanması ise, sadece o işlemin geçerliliğine yöneliktir. Bu ihtimalde miras bırakan işlemin bir tarafını teşkil etmemektedir. Bunun gibi muhtemel mirasçı ölüm, mirastan mahrumiyet gibi nedenler dışında sırf bu sebeple muhtemel ve ölüm anından itibaren iktisap edeceği mirasçı sıfatını kaybetmez, miras ortaklığının üyesi olarak yerini alır. Murisin muvafakatı ahlak ve adaba aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olarak görülür (86). Üçüncü kişinin hakkı da tasfiye payının devrini talepten ibaret bir alacak hakkı olarak kalmaktadır. Muvafakat, sadece şekli sonuç doğurur, murisin tasarruf serbestisine herhangi bir sınırlama meydana getirmez (87).

Bize göre (88); Medeni Kanunun 613. maddesindeki "iştirak ve muvafakat" ibaresi tek bir kavramdır. Kanun metnindeki "ve" bağlacını "veya"

(84) Özakman, 130.

(85) Özakman, 130.

(86) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 13; Leemann, Der Vertrag über die Erbschaft, 149; Leemann, Höchspersönliche Recehtsgeschaefte, 162; Özakman, 130.

(87) Şener, 863-864; Özakman, 131.

(88) Bolliger, 20; Vogt, 8-9; Özakman, 131; İmre, 886; Kocayusufpaşaoğlu, 547, 548; Escher, Art. 636, N. 9b; Şener, 864; BGE 57 II 23; 98 II 281.

şeklinde anlayıp miras sözleşmesine gidilmesi gerekliliği madde metninden anlaşılamamaktadır. Esasen buna gerek de yoktur. Zira, ölüme bağlı tasarruf yapma imkanı her zaman mevcuttur. Bu hükümle ölüme bağlı tasarruf yapılmasına imkan tanınması düzenlemedeki amacın aşılması sonucunu doğurur. Üçüncü bir kişinin mirasçı olarak nasbedilmesi ve mirasçılık sıfatının kazandırılması, gelecekteki miras hakkının devri sözleşmesinden farklıdır (89). İştirak ve muvafakat ibaresinin tek bir anlamı vardır, o da mirasbırakanın sözleşmeye katılmasıdır, yani sözleşmenin yapıldığı esnada hazır bulunmak ve muvafakatını beyan etmektir (90).

Kaldıki, miras mukavelesi ile ulaşılabilen bir sonuca, ayrıca 613. madde ile imkan tanındığı yolundaki görüş, kanun tekniği ile bağdaşmaz, hükmün kapalı da olsa ölüme bağlı tasarruflara yollama yaptığı kabul edilemez.

Üçüncü bir şahsın mirasçı nasbedilmesine bu şekilde, kanuni mirasçılardan birisinin aracılık etmesi düşünülemez. Mirasbırakan, mirasçı nasbetmek istiyorsa, bunu özgür iradesi ile ortaya koymalıdır. Bu kişinin muhtemel mirasçıdan kaynaklanan bir baskıyla yüzyüze bırakılması ve bir ölçüde "sonradan icazet" için zorlamayla karşılaşması kanukkoyucunun ve hukukun amacı olamaz. Mirasçı nasbı bir alicenaplılık örneği iken, muhtemel miras hakkının devri sözleşmesi ise, ekonomik sıkıntıların yarattığı bir kurumdur.

İştirakin muvafakattan ayrı bir kavram olarak benimsenmesi ayrıca istenilmeyen bir yolun, kullanılır hale gelmesi sonucunu doğuracak belki de 613. madde hükmünün fiilen uygulanmaması ihtimali belirecektir. Çünkü, tehlikeyi bertaraf etmek isteyen miras hakkını devralan kişi, bu yolda ısrar edecek, bir yolunu bulup mirasçı nasbettirmek isteyecektir. Bu durum ileride belki de miras ortaklığının güç duruma düşmesine de yol açacaktır.

Pratik ihtiyaçlar dolayısıyla da "ve" sözcüğü "veya" şeklinde anlaşılamaz. Eğer pratik ihtiyaçlar maddeye hakim olsa idi, kanunkoyucu en azından 612. madde hükmüne paralel bir düzenlemeyi getirebilirdi.

Buraya kadar yapılan tartışmaların temelinde, incelenen kanun hükmünün çok kötü bir tarzda kaleme alınması yatmaktadır. Kanunkoyucu murisin

---

(89) Karş. Özakman, 131.

(90) Karş., Gönensay/Birsen, 367; Özakman, 131.

muvafakatının önemini, onun hiç bir şüpheye yer bırakmayacak biçimde beyanını vurgulamak amacıyla bu ifadeyi kullanmıştır.

Bu açıklamalar ve gerekçeler ışığında, Medeni Kanunun 613. maddesinde birbirine paralel ancak tek bir imkanın mevcut olduğunu söylemek gerekir. Mirasbırakan bu maddede belirtilen muvafakatle, borçlandırıcı işleme taraf olmayacaktır. Sözleşmenin tarafları muhtemel mirasçı ile açılmamış miras hakkını devir alan kişidir. Sözleşmenin karşı tarafın miras hukuku ve eşya hukuku anlamında bir hakkın kazanılması sözkonusu değildir. Sözleşme, ancak borçlar hukuku anlamında hüküm ve sonuçlar doğurur (rein obligatorische Wirkung). Yani, bu kişi taksim veya tasfiye payının devrini talep edebilir.

Maddede yer alan "iştirak ve muvafakat", sözleşmenin özünde yatan ve bazı hukuk düzenlerince kabulüne mani teşkil eden ahlak ve adaba aykırılığı ortadan kaldırmak için öngörülmüştür. İştirak ve muvafakat olmaksızın yapılan işlemler ahlaka aykırılık sebebiyle bağlayıcı değildir (91). İştirak ve muvafakat hali gerçekleştikten sonra artık bundan dönülemez, bu beyan geri alınamaz. Bununla birlikte bir irade beyanı olarak iştirak ve muvafakatta da irade fesadı hallerine rastlamak mümkündür. Bunların dışında, beyanın geri alınarak, hukuka aykırı bir durumun tekrar yaratılması mümkün değildir (92). Ancak genel hükümler uyarınca tarafların sahip olacakları haklar saklıdır. Örneğin, beklenen miras hakkının devri bir satım niteliğinde ise ve karşı taraf temerrüde düşmüş ise bu hükümler gereğince sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür.

Sözleşmedeki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran iştirak ve muvafakat şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle iştirak ve muvafakatta temsil caiz değildir (93).

---

(91) Burada ne tür bir hükümsüzlüğün sözkonusu olduğu tartışılabilir. Bize göre buradaki bağlayıcı olmama, sözleşmenin butlanla sakat olması anlamına gelir. Zira, ahlak ve adaba aykırı sözleşmelerin akıbeti, BK. m. 19 ve 20 mucibince butlan olarak öngörülmüştür. Miras hukukuna hakim yaptırım olan iptal edilebilirlik burada uygulanmaz.

(92) Gönensay/Birsen, 367'deki dipnot [**]; Özakman, 133; Bolliger, 20; İmre, 886; İmre/Erman, 511; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 12; Leemann, Der Vertrag über die Erbschaft, 149; Kocayusufpaşaoğlu, 545; BGE 57 II 27.

(93) Bolliger, 20; Leemann, Höchstpersönliche Rechtsgeschaefte, 162; Leemann, Die Vertrag über die Erbschaft, 149; Karşı görüş, Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 13; Escher, Art. 636, N. 5, Escher aynı yerde, bunun ne bir tasarruf ne de taahhüt muamelesi bulunduğunu, bunun aynı zamanda ölüme bağlı bir tasarruf ta olmadığını vurgulayarak iradi veya kanuni temsilci vasıtasıyla iştirak ve muvafakat şartının gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir.

İştirak ve muvafakat için hukuki muamele ehliyetine sahip olmak gerekli değildir. Kişinin temyiz kudretine sahip olması yeterlidir (94).

İştirak ve muvafakat şarta bağlanamaz. Zira, murisin sözleşmeye katılması, sadece sözleşmenin özünde yatan ahlaka aykırılığın giderilmesi içindir, murisin sözleşme ile herhangi bir yükümlülük altına girmesi sözkonusu değildir. İştirak ve muvafakatın şarta bağlanabilmesi, murisin de menfaatinin sözleşmeye karıştırılması demektir. Bu menfaat manevi de olsa mirasbırakanın ahlaka aykırılığın kaldırılmasına yönelik muvafakati, fonksiyonu ile sınırlı kalmalı ve bu açıdan genişletilmemelidir (95).

İştirak ve muvafakatın şarta bağlanamaması hem taliki hem de infisahi şart bakımından geçerlidir (96).

Mirasbırakan sözleşmeye muvafakatını sözleşmenin yapıldığı esnada bildirmesi gerekir. Aksi halde kanunun aradığı iştirak şartı gerçekleşmemiş olur. Kanunkoyucu murisin sözleşmeye katılıp buna muvafakat etmesini aramıştır. Böylelikle beyan ile borçlandırıcı işlem arasında sıkı bağlılık mümkün olacak ve sözleşme geçerli bir biçimde yapılmış olacaktır. Taraflar arasında yapılan bir sözleşmeye murisin sonradan icazetinin geçerli olmadığı kanaatindeyiz. Zira, kanunkoyucu murisin bizzat iştirakini de aramış, sözleşmenin muhtevasından bu şekilde haberdar olmasını istemiştir. Bu nedenle, mirasbırakanın sözleşmeyi onayladığı yolundaki bir mektubu, mesajı daha sonra vaki olmuş ise sözleşmedeki ahlaka aykırılığı ortadan kaldırmaz (97). Murisin iştirakinin sağlanmadığı ve fakat murisin önceden veya sonradan muvafakat ettiği sözleşmelerin, murisin iştirakinin sağlanarak yeniden yapılması gerekir. Kanunun lafzı gayet açıktır ve murisin sözleşmeye iştirakini istemektedir. Önceden verilen muvafakatın kötüye kullanılması ve-

---

(94) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 13; Leemann, Der Vertrag über die Erbschaft, 150.

(95) Özakman, 134-135.

(96) Özakman, 135.

(97) Karşı görüş Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 17a; Özakman, 135. Özakman bu hususla ilgili olarak şunları söylemektedir: "...ve takiben gerçekleşmesini zorunlu kılmaz. Hukukumuzda, sınırlı ehliyetsizliklerin kanuni temsilcilerinin icazetinde olduğu gibi, sonraki irade beyanlarının geçerliliği sağlayacağı yolunda bir sistemin benimsenmiş olması burada da aynı yolun işleyebileceğine delil teşkil eder. Ayrıca böyle bir yolun izlenmesinde ne tarafların ne de murisin zarar görmesi mümkün değildir. Hakim görüş, bu konudaki muvafakatın sözleşmenin sadece yapıldığı sırada değil ondan önce veya sonra beyanın geçerliliği sağlayacağı yolundadır." Muvafakatın en geç sözleşmenin kurulması anında açıkca verilmesi yolundaki görüş için bkz., Vogt, 8-9.

ya sonraki verilen muvafakatın manevi cebir altında verilmiş olması muhtemeldir. Yukarıda da belirtilen düşüncelerle (98) hakim görüşe katılmıyoruz.

### *2– İştirak ve Muvafakatın Şekli*

Muvafakatın şekline yönelik tartışmalar, büyük ölçüde beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin şekline ilişkin tartışmalarda kabul edilen görüşlere göre şekillenmektedir. "İştirak ve muvafakatı", "iştirak veya muvafakat" şeklinde anlayan yazarlara göre muvafakatın şekli, miras mukavelelerinde uyulması gerekli şekildir. Bu görüş tarzı ve uygulama (99) muvafakat için beklenen miras hakkının devrine ilişkin sözleşmede izlenen yazılı şekil şartının gerekli olduğunu savunmaktadır. Bu sonuç asıl işlem için gerekli şeklin, onun oluşması ve geçerliliği için gerekli her unsurun aynı şekilde yapılmasının sonucudur. Muvafakat işlemden ayrı olabilir ama mutlaka yazılı olması gerekir.

Bir diğer görüş ise (100) muvafakatin şekle bağlı tutulması yolundaki görüşe karşı çıkmaktadır. Bu düşünceye göre, mirasbırakanın rızası sadece ahlaka aykırılığı ortadan kaldırmak içindir. Mirasbırakan herhangi bir borç altına girmemektedir. Şekle tabi işlemlerde dahi borç altına girmeyen kişinin beyanı için şekil aranmayacağı yolundaki görüş, muvafakat beyanının neden şekle bağlı olduğunu izah edememektedir. Ayrıca hukuk sistemimizde şekle bağlı olmamak kuraldır (BK. m. 11). Önemli olan mirasbırakanın sözleşmenin içeriği hakkında bilgi sahibi olması ve muvafakat etmesidir.

Bize göre, muvafakat beyanı mutlaka sözleşmenin yapıldığı esnada mirasbırakanın da hazır bulunması ile verilmesi gerektiğinden (101) yani sonradan muvafakat caiz olmadığından yukarıdaki tartışma gereksizdir. Muvafakat beyanı sözleşme metninin altına yazılmalı, imzası alınmalıdır. Muvafakatin sonradan verilebileceği, bunun şekle bağlı tutulamayacağı hatta zımnen dahi muvafakatin verilebileceğini kabul, kanun koyucunun iştirak ve muvafakati özellikle zikretmesindeki amacın ve ahlaka aykırılığı kaldırması yönündeki fonksiyonunun gerçekleşmemesi sonucunu doğurur.

---

(98) Bkz., yukarıda s. 7.

(99) İmre, 887; Escher, Art. 636, N. 11; BGE 57 II 26; Y. 2. HD., 14.12.1978 T., 8584/8755 sayılı kararı (Şener, 863 ve 1524).

(100) Özakman, 137.

(101) Y. 2. HD., 11.11.1982 T., 7317/8312 E., K., sayılı kararı sözleşmeye katılma (hazır bulunma)dan bahsetmektedir (Şener, 1524).

Bu görüş doğrultusunda ölüme bağlı bir tasarrufla muvafakat beyanının verilebilmesi mümkün olmamak gerekir. Gerçi, muris ölüme bağlı bir tasarrufla bu yönde bir arzusunu belirtmiş ise, ölüme bağlı tasarruf ancak ölümle hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için pratik bir önemi yoktur. Miras açıldıktan sonra, önceden miras hakkını devir alan kişi ile bir sözleşme yapılarak bu hakkını devredebilir (MK. m. 612).

*b– Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Şekli*

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesini düzenleyen MK. m. 613 hükmü, sözleşmenin şekli konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. MK. m. 612'de açılmış bir terekedeki miras hissesinin devrinde açıkça yazılı şekil şartı öngörülürken, burada böyle bir hususun zikredilmemesi, ilk anda bu sözleşmelerin herhangi bir şekle bağlı olmadığı izlenimini vermektedir. Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinin "Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz" şeklindeki düzenlemesi ise bu izlenimi güçlendirmektedir.

Bu nedenle, hem doktrinde, hem de uygulamada henüz açılmamış bir terekedeki miras hakkının devrinin tabi olduğu şekil konusunda bir belirlilik yoktur.

Bir görüşe göre (102) beklenen miras hakkının devrine ilişkin sözleşmelerin en azından adi yazılı şekille yapılması zorunludur. Bu görüşü İsviçre Federal Mahkemesi de paylaşmaktadır (103). Bu görüşün hukuki dayanakları şu şekilde sıralanabilir:

1– Medeni Kanunun Miras Hukuku kitabının sistematiği nazara alınırsa, adi yazılı şekle yalnızca 611. ve 612. maddelerde yer verilmiş olduğu göze çarpmaktadır. Medeni Kanunun 612. ve 613. maddeleri bir takım farklılıklarının yanısıra bir takım paralellikleri de beraberinde getirmektedir. Bu sözleşmelerin tarafları ve amaçları birbirine benzer özellikler taşımaktadır. En hafifletilmiş şekil şartlarının bu maddelerde arandığı gözlenmektedir (104). Bu-

(102) Bolliger, 48; Tuor/Schnyder, 460; İmre, 886; Kocayusufpaşaoğlu, 545; Şener, 862; Dalamanlı, 486; Escher, Art. 636, N. 10; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 14; Imre/Erman, 510.

(103) BGE 42 II 251; 57 II 26.

(104) Fevkalade hallere mahsus olmak üzere, sözlü vasiyet yapma durumu hariç.

nun bir sebebi dördüncü fasıldaki hukuki işlemlerin sağlararası bir nitelik arzetmesidir. Ancak bu özellik şekilsizlik kuralının hakim olmasına kafi görülmemekte, amaç, konu ve hükümleri açısından bir şekle, yazılı şekle bağlanmalarını gerekli kılmaktadır (105). Medeni Kanunun 612. maddesi ile düzenlenen sözleşmelerde şeklin varolmasını gerekli kılan sebepler Medeni Kanunun 613. maddesi için de geçerlidir. Bu sistematik ve gerekçeler beklenen miras hakkına ilişkin sözleşmelerin şekle bağlı olmalarını, MK. m. 611 ve 612'deki hükümlerin kıyasen uygulanarak adi yazılı şekil şartının burada da aranması gerektemektedir.

2– Hukuki muamelelerin şekle tabi kılınmasındaki amaçların burada da geçerli olduğu görülür. Özellikle şeklin amaçlarından, tarafları düşünmeye sevk fonksiyonunun beklenen miras hakkının devri sözleşmelerinde daha fazla etkili olduğu açıktır. Son derece tehlikeli bu muamelede her iki tarafın da düşünmeye sevkedilmesi, ihtilafların en aza indirilip, hukuki emniyetin sağlanması ancak bu şekilde gerçekleşebilir. Zira, sözleşmenin kurulması ile, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an arasındaki geçen süre, bazan çok uzun olabilir. Şekil şartı tarafları anlaşmazlıktan biraz olsun korur, hukuki emniyeti sağlar. Sıhhat şartı olan şekil, aynı zamanda ispat kolaylığı da sağlar.

Bir diğer görüş (106) "iştirak ve muvafakat" ifadesini "veya" şeklinde anlamalarının sonucu olarak, eğer muris sözleşmeye iştirak etmiş ise bu sözleşmenin mutlaka resmi şekille yapılması gerektiği, zira ortada bir yandan feragat diğer yandan mirasçı nasbının sözkonusu olduğu ve bu sözleşmelerin miras hukukuna ilişkin sonuçlar doğurduğu kanaatindedirler.

Yargıtayımız ise daha farklı bir tutum içindedir. Şöyleki:

Yargıtay HGK.'nun, 24.3.1978 T. 1978/7150 E., 7486 K., sayılı kararında; "..... Medeni Kanunun 613. maddesinde bu tür sözleşmeler bakımından özel bir şekil öngörülmediği gibi Medeni Kanunun başka bir bölümünde de şekle ait bir atıf yoktur. 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesi ise sadece miras taksim sözleşmesinin geçerliliğini resmi şekle bağlı tutmuştur. Buna rağmen temyiz incelemesi sırasında anılan yön gözden kaçmış, karar düzeltme isteği yerinde görülmüş olmakla bozma kararının kaldırılması ve hükmün onanması uygun görülmüştür" demektedir.

(105) Özakman, 125.

(106) Belgesay, 260; Gönensay/Birsen, 367; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 15.

Yani, Medeni Kanunun 613. maddesine göre yapılan sözleşmeler herhangi bir şekle tabi değildir. Taraflar herhangi bir şekle tabi olmaksızın sözlü olarak böyle bir devri gerçekleştirebilirler.

Bununla birlikte Yargıtayımızın "iştirak ve muvafakat" ibaresini "veya" şeklinde anladığını gösteren kararları mevcuttur. Örneğin, ikinci hukuk dairesi bir kararında (107) "..... Mirasbırakanın sağlığında yapılan miras payının devrine ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi, mirasbırakanın sözleşmeye katılamsı veya **sonradan muvafakatına** bağlıdır (MK. m. 613). Bu yönden araştırma yapılmamış olması usul ve kanuna aykırıdır" demek suretiyle, murisin iştirak ettiği hallerde miras sözleşmesine dair hükümlerin uygulanmasını zımnen de olsa kabul etmektedir.

Bize göre de beklenen miras hakkının devri sözleşmesi en azından mirasbırakanın hazır bulunduğu ve muvafakatını verdiği yazılı şekille yapılmalıdır. Bu tür sözleşmelerin yazılı şekille yapılması gerektiğine dair gerekçelere katılmakla birlikte, mirasbırakanın muvafakatını belirtir beyanın sözleşmede yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yapılmamış ise muvafakat verildiğini gösterir belgenin yapılan sözleşmeye eklenmesi gerekir. Ayrı bir kağıda yazılmış olan bu muvafakatnamenin murisin sözleşmeye katılması esnasında imza edilmesi gerekir. Ancak bu halde, MK. m. 613'ün aradığı iştirak ve muvafakat şartı gerçekleşebileceği kanaatindeyiz. Ayrıca mirasbırakan muhtemel mirasçının yetkili temsilcisi sıfatıyla sözleşmeyi yapmış ise bu durumda ayrıca muvafakat beyanına gerek olmadığı sonucuna varmaktayız.

Yargıtayımız, bizce isabetli ve fakat önceki kararları ile çelişen 11.11.1982 T., 7317 E., 8312 K. nolu kararında ise; ".... Tarafların mirasbırakanı Cevriye, sözleşme tarihi olan 21.6.1966 gününde sağ olduğuna göre, ondan intikal edecek miras payından feragata ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi için kendisinin de bu sözleşmeye katılması zorunludur (MK. m. 613). Oysa sözleşme yapılırken Cevriye hazır bulunmamıştır" (108).

---

(107) Y. 2. HD., 26.10.1978 T., 8584/8755 sayılı kararı (Şener, 1525).

(108) Bu kararında sonradan muvafakat verilebileceğine dair görüşünde bir değişiklik gözlenmektedir. Bununla birlikte, MK. m. 613 uyarınca yapılan bir sözleşmenin miras hukukuna dair etkiler doğurmasını kabul etmesini ve "muhtemel miras hakkı"ndan değil de, "miras payı"ndan sözetmiş olmasını kabul etmiyoruz. Zira bu sözleşmenin konusu, muhtemel mirasçının muhtemel miras hakkı olup, sözleşme yalnızca borçlar hukuku anlamında bir borç doğurucu muameledir. Karş. Y. 1. HD., 31.12.1949 T., 8447/5499 sayılı kararı. Yargıtay bu kararında "Henüz açılmamış mirasa ilişkin söz-

Bu arada temas edilmesi gereken bir konu da, beklenen miras hakkının içerisinde bir takım gayrımenkul sayılan şeyler bulunması halinde sözleşmenin hangi şekle bağlı olacağı sorunudur.

Bir kısım yazarlar (109), gayrımenkullurin mülkiyetinin nakli borcunu doğuran işlemlerin resmi şekilde gerçekleştirilebileceği kuralından hareketle (MK. m. 634; BK. m. 213), ileride açılacak terekede taşınmazların yer almasında bu resmi yazılı şekli zorunlu görmektedirler.

Buna karşı bazı yazarlar da (110) sözleşmenin konusu bir veya birden fazla gayrımenkule ilişkin olmadığı, bilakis, tasfiye payına taaliuk ettiğinden hareketle, bu halde de adi yazılı şeklin yeterli bulunduğunu savunmaktadırlar.

Biz de ikinci görüşe katılıyoruz. Gerçekten de sözleşmenin konusunu taksim veya tasfiye payı oluşturmaktadır. Gelecekteki miras hakkı içerisinde yer alması muhtemel bir gayrımenkul üzerinde münhasıran o gayrımenkule ilişkin böyle bir sözleşmenin yapılması mümkün değildir (111). Gayrımenkulün bu paya isabet edip etmeyeceği ise oldukça şüphelidir. Mirasbırakanın malvarlığında sözleşmenin yapıldığı sırada bulunan gayrımenkullerin mutlaka terekede yer alacağı şeklinde ne bir garanti ne de bir kural vardır. Gerçekten muris, tarafı olmadığı bu hukuki işlemin doğumundan sonra terekedeki bütün gayrımenkulleri ve hakları zamanla elinden çıkarmış olabilir. Bir diğer ifade ile murisin tasarruf yetkisi herhangi bir tahdide maruz kalmış değildir. Bunun aksi de mümkündür. Murisin hiç bir gayrımenkulü yokken sözleşme yapılmış ve fakat daha sonra muris bir takım gayrımenkuller edinmiştir. Şimdi eski sözleşme geçersiz mi sayılacaktır? Bu nedenlerle, muhtemel miras hakkının muhtevasında gayrımenkuller yer alsa da tarafların yapacakları yazılı bir sözleşme bu şartın yerine gelmesine yeterli olacaktır.

---

leşme, bir hukuki muamele olmayıp, iltizami bir muameledir. Bir vecibenin ifası taahhüdüne dair olan iltizami muameleler, İcra ve İflas Kanununun iptal davalarına ait hükümlerine tabi tutulamazlar (Olgaç, 393).

(109) Gönensay/Birsen, 367; Escher, Art. 636, N. 10.

(110) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 14; Özakman, 127.

(111) Bu konudaki tartışmalar için bkz., yukarıda, s. 9.

### *C– Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Hukuki Sebebi ve Görünüm Biçimleri*

#### *1– Genel Olarak*

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi, mülkiyetin naklini amaçlayan bir sözleşme olması niteliği sonucunda, mülkiyetin devrini karşı tarafa sağlayan her türlü muamele bu sözleşmenin çeşitli görünümlerle karşımıza çıkmasına yol açar. Bu cümleden olmak üzere, satım, trampa, bağışlama ifa yerine edim ve sulh sözleşmesi sayılabilir (112). Bir diğer ifade ile, örnek olarak gösterilen sözleşmelerin konusu beklenen miras hakkı olabilir. Artık bu durumda, beklenen miras hakkının satımından, bağışlanmasından sözedilir.

#### *2– Beklenen Miras Hakkının Satımı*

Eğer beklenen miras hakkının devri sözleşmesinde bir bedel kararlaştırılmış ve satım bedelinin muacceliyet tarihi belirlenmiş ise, bu takdirde beklenen miras hakkının satımından bahsolunur. Böyle bir satım sözleşmesi ümit satımı niteliği arzeder (113).

Beklenen miras hakkının satımından satım sözleşmesine ilişkin kurallar müessesenin bünyesine elverdiği ölçüde kıyasen uygulanır.

#### *3– Beklenen Miras Hakkının Trampa Edilmesi*

Eğer beklenen miras hakkının devri, para dışında herhangi bir şey karşılığında yapılmakta ise, bu takdirde, beklenen mirashakkının trampa edilmesinden söz edilir. Trampa sözleşmesine satım sözmeşmesine ilişkin kurallar uygulandığından, burada da satım sözmeşmesine dair hükümler müessesenin bünyesi elverdiği ölçüde kıyasen uygulanır.

Beklenen miras hakkının trampa edilmesinde denklik parası denilen bir miktar paranın ödenmesi ve dolayısıyla meydana gelen karma akit sözkonusu olamaz. Zira, muhtemel miras hakkının kapsamı belli değildirki, buna denklik aransın.

---

(112) Bolliger, 20; Özakman, 138.

(113) Bolliger, 12 (Bolliger burada satış bedelinin akdin kurulması ile birlikte muaccel olduğunu belirtmekte, satış bedelinin sonraki mirasçı (Nacherbe) yaşamasa da herhalükarda ödenmesi gerekliliğinden bahsederek burada bir talih ve tesadüfe bağlı muamele (aleatorische Geschaeft) sözkonusu olduğunu vurgulamaktadır.

### *4– Beklenen Miras Hakkının Bağışlanması*

Beklenen miras hakkı bir bağışlama sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ancak, bu sözleşme anında sözleşme konusu hak henüz bulunmadığından bağışlama taahhüdü biçiminde gerçekleşir. Zira, hukuki işlemin borçlandırıcı niteliği ve muhtemel mirasçının tasarruf yetkisinin bulunmaması bu bağışlamanın elden bağışlama olarak gerçekleşmesine imkan vermez (114). Beklenen payın devrinin işlenebileceği herhangi bir sicilin bulunmaması onun bağışlama taahhüdü biçiminde gerçekleşemeyeceği sonucuna bizi götürmez (115). Bağışlamanın konusu muhtemel mirasçının beklenen bir hakkı olduğuna göre onun bağışlanmasının taahhüt edilmesi, ne bağışlamaya ilişkin hükümler çerçevesinde ne de beklenen hakkın niteliği icabı bir sicile işlenmesine gerek ve imkan bırakmayacaktır (116). Beklenen miras hakkının bağışlanması taahhüdü, borç doğurucu bir işlem olup, bağışlanana sadece taksim ya da tasfiye payının kendisine devredilmesine yönelik bir talep hakkı sağlar.

Bağışlama taahhüdünün mutlaka yazılı olarak yapılması gerekliliği (BK. m. 238), beklenen miras hakkının bağışlanması halinde sözleşmenin şekline dair tartışmaları gereksiz hale getirecek ve sözleşme mutlaka en azından adi yazılı şekille yapılmak gerekecektir.

## D– Beklenen Miras Hakkı Üzerinde Diğer İşlemler

### *1– Beklenen Miras Hakkının Rehni*

Beklenen miras hakkı üzerinde bir rehin hakkı tesis edilip edilemiyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre (117) beklenen miras hakkı üzerinde rehin tesisi caizdir. Zira Medeni Kanunun 868. maddesi alacaklar ve vesair temliki mümkün haklarda rehin tesisini kabul etmektedir. Mirasbırakanın sağlığında beklenen miras hakkı üzerinde alacak hakkı tesisi imkanının bulunması onun rehninin de caiz olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Böylelikle muhtemel mirasçı beklenen miras hakkı üzerinde mirasbırakanın iştirak ve muvafakatı

---

(114) Özakman, 139.

(115) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18a; Özakman, 139.

(116) Özakman, 139.

(117) Şener, 866; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 16.

ile rehin tesis edebilir. Beklenen miras hakkının rehnedilmesinin tabi sonucu ise, borçlunun borcunu ödememesi halinde, alıcının rehin konusu şeyi sattırıp satış bedelinden alacağını tahsil edebilmesidir. Böyle bir rehne muvafakat eden mirasçının paraya çevirme işlemini de, borcun ödenmemesini de düşünmüş bulunduğu ve buna rağmen muvafakat verdiği varsayılmaktadır. Örneğin, muhtemel mirasçının ödünç aldığı malın karşılığını kendisine isabet edecek miras hakkından vermeyi kabul ettiği hallerde, sözkonusu sözleşmenin ayrı bir rehin sözleşmesi ile teminat altına alınması mümkündür.

Bir diğer görüşe göre (118) muhtemel mirasçının alacaklısı lehine beklenen miras hakkı üzerinde borçlandırıcı da olsa bir rehin sözleşmesi yapabileceği kabul edilemez. Zira ortada henüz bir hakkın bulunmaması rehin tesisine manidir. Muhtemel mirasçının beklediği miras hakkı, tereke açılmadıkça havada kalan, somut değer taşımayan, rizikolu bir kavramdır. Bu safhada herhangi bir malvarlığı parçası ve onun üzerindeki haktan sözedilemez.

Yine bu görüş taraflarına göre, böyle bir rehin tesisi bir an için kabul edilse dahi, mirasbırakanın muvafakatının paraya çevirme işlemini de içerdiği benimsenemez. Muris, muvafakati anında paraya çevirmeyi düşünmemiş, hatta hiç ihtimal vermemiş bulunabilir. Diğer yandan paraya çevirme işlemine kadar, mirasbırakanın yaptığı çeşitli tasarruflarla malvarlığını önemli ölçüde azaltması ve rehnin teminat fonksiyonunu kaldırması mümkündür. Başka yollarla da rehnin teminat fonksiyonunun kaldırılması mümkündür.

Bize göre de beklenen miras hakkı üzerinde rehin tesisi caiz değildir. Hem konunun niteliği, hem de MK. m. 613 buna engeldir. Medeni Kanunun bu maddesi dar yorumlanmalı ve sadece devri amaçlayan sözleşmeleri içerdiği gözden kaçırılmamalıdır. Muhtemel mirasçının ödünç sözleşmesi alacaklısına beklenen miras hakkından ödeme yolundaki ifade ise ifa zamanını belirleyen bir ibare olarak nazara alınabilir (119).

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir husus da, beklenen miras hakkını devralan üçüncü kişinin, sahip olduğu bu alacak hakkı üzerinde rehin tesis edip edemeyeceğidir.

---

(118) İmre, 890; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18a; Özakman, 140; BGE 42 II 193; İmre/Erman, 512.

(119) Özakman, 141.

Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Gerçi doğmuş olan alacakların değil, gelecekte doğacak veya doğması muhtemel alacakların da rehin sözleşmesine konu olabileceği doktrinde savunulmaktadır (120), ama, muhtemel miras hakkını devralan kişinin alacağı bir mamelek topluluğudur. İçeriği belli değildir. Birden çok malın rehnedildiği hallerde toplu rehinden bahsedilir ve toplu rehin belirlilik ilkesine uygun olarak her bir alacak üzerinde kanunen öngörülmüş bulunan işlemler için ayrı ayrı yerine getirilmek suretiyle kurulur. Beklenen miras hakkını devralan kimsenin bu işlemleri yapması ise bu aşamada imkansızdır.

### *2– Beklenen Miras Hakkının Haczi*

Beklenen miras hakkının haczi mümkün değildir. Zira ortada henüz muhtemel mirasçıya ait somut bir hak bulunmamaktadır. Bunun gibi muhtemel mirasçı iflas ederse, beklediği miras hakkı iflas masasına girmez.

Yargıtayımız da verdiği bir kararında, beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğunu belirterek, icra ve iflas hukukuna ait iptal davalarının burada açılamıyacağını vurgulamıştır (121). Bu kararda iptal davalarının yalnızca tasarruf işlemleri için sözkonusu olduğu, oysa burada muhtemel mirasçının bu malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığından sözkonusu işlemin bir taahhüt işlemi olduğu sonucuna varmaktadır. Haciz ise ancak borçlunun tasarruf yetkinin bulunduğu mallar üzerinde gerçekleştirilebilir.

Muhtemel mirashakkını devralan kişinin alacaklılarının bu talep hakkı üzerinde haciz koydurup koyduramayacakları sorusuna da olumsuz cevap vermek gerekir. Yani üçüncü kişinin alacaklıları bu talep hakkı üzerinde haciz koyduramazlar. Zira üçüncü bir kişide olduğu iddia olunan bir mal veya alacağın haczedilebilmesi için, alacakların üçüncü kişide gerçekten mevcut olup olmadığının tespiti gerekir (122). Bunun için de İİK. m. 89'daki usule uyulması gerekmektedir. Burada muhtemel mirasçının henüz malvarlığı değerleri içerisinde bulunmayan beklediği miras hakkı sözkonusu olduğundan, muhtemel mirasçı birinci haciz ihbarnamesine itiraz ederek, yapılan sözleşmenin bir ümit satımı veya şarta bağlı bir sözleşme olduğunu, aradaki ilişki-

---

(120) Sirmen, 28.

(121) Y. 1. HD., 31.12.1949 T., 8447/5499 sayılı kararı (Olgaç, Madde 613, N. 2, s. 393).

(122) Kuru/Aslan/Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 1989.

nin bir taahhüt muamelesi olduğunu, tasarruf işleminin ancak murisin ölümünden sonra yapılabileceğini halen alacağın doğmadığını beyan ederek bu talebi etkisiz kılabilecektir. Beklenen miras hakkını devralan kişinin borcu için, devraldığı hakkın haczi eğer muris öldükten sonra tasarruf işlemi gerçekleşmemişse yine haciz konulamaz. Tasarruf işlemi yapılmış ve fakat mirasçı herhangi bir nedenle yine zilyet kalmakta devam etmekte ise İİK. m. 89 uyarınca bu malların haczi gerçekleşebilir. Tasarruf işleminin de yapılabileceği en erken zaman, murisin ölümünü takip eden zamandır.

(SÜRECEK)

# ALMAN HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI

**Mustafa ÇEKER (*)**

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. I- Genel olarak sözleşme kavramı. II- Alman hukukunda sözleşmenin kurulma şekilleri. III- İcap ve kabul yoluyla sözleşmenin kurulması. A- İcap. 1- Tanımı ve hukuki niteliği. 2- İcabın unsurları ve şekli. a- İcabın unsurları. b- İcabın şekli. 3- İcabın varması. 4- İcabın hüküm ve sonuçları. a- İcabın kabulü ile sözleşmenin kurulabilmesi. b- İcap sahibinin icabıyla bağlı olması. c- İcapla bağlılık süresi. 5- İcabın sona ermesi. a- Sürenin geçmesi. b- İcabın reddi. c- İcabın geri alınması. d- İcap sahibinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi. B- Kabul. 1- Tanımı ve hukuki niteliği. 2- Kabul türleri. a- Açık kabul. b- Zımni kabul. aa- İrade faaliyeti yoluyla kabul. bb- Susma. 3- Kabulün muhtevası ve şekli. 4- Kabul süresi ve gecikmiş kabul. 5- Kabulün hüküm ve sonuçlarını doğurması. C- İrade beyanlarının uyuşması. 1- Uyuşma zorunluluğu. 2- Uyuşmazlık. a- Kavram. b- Uyuşmazlık türleri. aa- Açık uyuşmazlık. bb- Gizli uyuşmazlık. S o n u ç.*

## GİRİŞ

Sözleşme kavramı, özel hukukun temel kavramlarından birini oluşturur; özellikle Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku sahasında borç ilişkilerinin en önemli kaynağı, sözleşmelerdir. Sözleşmeler, Türk/İsviçre Hukuklarında, Borçlar Kanununda düzenlendiği halde, Alman Hukuku sisteminde Medeni Kanunda düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu ve dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun mehazını oluşturan Alman Medeni Kanunu, genel hükümler kısmının 145 ile 157. parağrafları arasında, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Sözleşmenin kurulması açısından bu hükümlerde gö-

(*) **Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.**

ze çarpan husus, icap ve kabul yoluyla sözleşmenin kurulmasının ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Çünkü, icap ve kabul yoluyla sözleşmenin kurulması, uygulamada en çok kullanılan ve uyuşmazlıkların daha ziyade karşılaşıldığı hallerden biridir.

Bu noktadan hareketle, incelememizde, sözleşmenin, özellikle icap ve kabul yoluyla kurulması konusu üzerinde durulacaktır. Bu amaçla, önce icap ve kabul kavramlarının hukuki niteliği,unsurları, şekli, süresi ile hüküm ve sonuçları incelenecek, daha sonra, bu beyanların uyuşması ile irade beyanları arasında uyuşmazlık ve türleri üzerinde durularak, çalışma sonuçlandırılacaktır.

## I– GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI

Sözleşme kavramı, genel ve soyut bir kavram olup, uygulamada çeşitli gayelerle yapılan farklı özelliklerdeki tüm sözleşmeleri içine alan bir yapıya sahiptir (1). Gerçekten de, günlük hayatta, tek başına, kendi kendine mevcut genel tipte bir "sözleşme" yoktur; aksine, hukuk düzeninin kabul etmiş olduğu, satım, vekalet, kira gibi çeşitli sözleşme tipleri olduğu gibi, kanunda düzenlenmiş olmamakla beraber, sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde tarafların meydana getirdikleri çeşitli "sözleşmeler" de vardır.

Sözleşmeler, hukuki işlemlerin bir türü olan çok taraflı hukuki işlemler olduklarından, Alman Medeni Kanununun (BGB) genel hükümler kısmında hukuki işlemler başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Alman Medeni Kanunu, 145 ile 157. parağrafları arasında sözleşme kavramı üzerinde durmakta ve özellikle sözleşmenin meydana gelmesi hususunda çeşitli hükümler sevketmektedir. Ancak BGB § 145 vd.nin kenar başlığı sözleşme (Vertrag) olduğu halde, kanun, bu kavramın tanımını yapmaktan kaçınmış ve bu görevi, doktrin ve uygulamaya bırakmıştır (2).

Genel bir ifade ile, sözleşme, tarafların bir hukuki sonucun meydana getirilmesi hususunda anlaşmalarıdır (3). Buna göre, sözleşme de, diğer

---

(1) FLUME, W.; Allg. Teil des BGB, Band II. Das Rechtsgeschaeft, 3. Aufl., Berlin/New York/Heidelberg 1979, sh. 601.

(2) HONSELL, H./HOLZ–DAHRENSTAEDT, A.; Grundprobleme des Vertragsschlusses, JuS 1986, sh. 969.

(3) Bkz. FLUME, sh. 601-602; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 969; STAUDINGER/DILCHER, H.; Kommentar zum BGB 12 Aufl., Berlin 1980, sh. 515; LARENZ, K.; Allg. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. München 1988, sh. 515.

hukuki işlemlerde olduğu gibi bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmak, devretmek veya ortadan kaldırmak amacıyla yapılır.

Ayrıca, bir sözleşmede en az iki taraf bulunur. Çünkü, tek bir kişinin kendi kendisiyle bir sözleşme yapması mümkün değildir. Sözleşmede en az iki tarafın bulunması zorunluluğu, her bir tarafın tek kişiden oluşması gerektiği anlamına gelmez; aksine, bir sözleşmede tarafları oluşturan kişiler, birer kişiden ibaret olabileceği gibi, birden çok kişi de olabilir.

Öte yandan, sözleşmede bir hukuki sonucun meydana getirilmesi hususunda tarafların "anlaşmış" olmaları da şarttır. Bu anlaşmanın ne şekilde ve hangi şartlarda gerçekleşeceği, sözleşmenin kurulması açısından büyük önemi haiz olduğundan, aşağıda geniş bir şekilde incelenecektir.

## II- ALMAN HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN KURULMA ŞEKİLLERİ

Sözleşmenin kurulmasını (4), taraflar arasında uyuşmanın meydana gelme şekline göre, hazırlar ve hazır olmayanlar arasında olmak üzere bir ayrıma tabi tutmak mümkün olduğu gibi, irade beyanlarının yazılı veya sözlü olarak açıklanmasına göre de sözleşmenin kurulma şekillerini birbirinden ayırmak mümkündür. Alman Medeni Kanunu, 145 ile 153. parağrafları arasında sözleşmenin icap ve kabul yoluyla kurulmasını düzenlerken, 154. parağrafta ise, daha önce hazırlanmış bir metnin (vertragstext) taraflarca onaylanması suretiyle, sözleşmenin kurulabileceğini öngörmektedir.

BGB'deki bu düzenlemeler dikkate alındığında, Alman Hukukunda sözleşmelerin iki ayrı şekilde kurulabileceğini ileri sürmek mümkündür (5). Buna göre, bir sözleşme, öncelikle tarafların sözleşme kurma iradelerini ihtiva eden irade beyanlarını karşılıklı olarak açıklamalarıyla kurulabilir. Bu halde, irade beyanlarının zaman itibarıyla sunulması sözkonusu olacağından, sözleşme icap ve kabul yoluyla kurulmuş olur (BGB § 145 vd.). Gerçekten de, taraflardan birinin, sözleşme kurma yönündeki iradesini açıklaması ve buna

(4) Doktrinde LEENEN, sözleşmenin kurulması (Abschluss) ile meydana gelmesi (Zustandekommen) kavramlarının birbirinden ayrılması gerektiğine işaret etmektedir. LEENEN'e göre, sözleşmenin kurulması, taraflar arasındaki anlaşmanın bir hukuk normu olarak geçerlilik kazanması amacıyla akdedilmesidir; buna karşılık, sözleşmenin meydana gelmesi kavramından, akdin kurulması için gerekli irade beyanlarının birbirine uygun bir şekilde açıklanmış olması anlaşılmak gerekir. Bkz. LEENEN, D.; Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, AcP 188 (1988), sh. 391 vd.; ayrıca krş. FLUME, sh. 78 vd.; LARENZ, sh. 536-537.

(5) Bkz. LEENEN, sh. 399 vd.; FLUME, sh. 619 vd.; LARENZ, sh. 517.

karşılık, muhatabın teklif edilen şartlarda sözleşmeyi kabul ettiğini bildirmesiyle sözleşmenin meydana gelmesi mümkündür. Bu yönde yapılan teklife "icap" adı verilirken, muhatabın kendisine yöneltilmiş olan bu teklifi kabul ettiğini gösteren irade açıklamasına "kabul" denir.

Öte yandan, taraflardan biri yada üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmış olan bir sözleşme metninin onaylanması yoluyla da sözleşmenin kurulması mümkündür (BGB § 154/2). Bu durumda, irade beyanlarının karşılıklı olarak açıklanması, dolayısıyla icap ve kabul sözkonusu olmadığından, BGB § 145 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün değildir (6). Nitekim, daha önce hazırlanmış bir metnin onayı ile taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmakta ve artık, BGB § 145 vd.da düzenlenen hususlara (örneğin, icabın bağlayıcılığı, kabulü, kabul süresi, kabulün gecikmesi, icap sahibinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesine ilişkin hükümler) ilişkin olarak taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmayacaktır.

Aşağıda, uygulamadaki yaygın kullanımı ve doğurduğu sorunları dikkate alarak, icap ve kabul yoluyla sözleşmenin kurulması, ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Nitekim, Alman Medeni Kanunu da bu noktadan hareketle, icap ve kabul yoluyla sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak dokuz parağrafı bu konuya ayırmış olduğu halde, mevcut bir metnin onaylanması yoluyla sözleşmenin kurulmasını bir cümlede düzenlemekle yetinmiştir (7).

## III– İCAP VE KABUL YOLUYLA SÖZLEŞMENİN KURULMASI

BGB § 145 vd. hükümleri çerçevesinde, sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmaları gerekir. Sözleşmenin unsurlarını oluşturan bu irade beyanları, yapıldıkları zamana göre icap ve kabul adını alır. Bu açıdan, icap ve kabul yoluyla sözleşmenin kurulması incelenirken, öncelikle "icap" ve "kabul" kavramlarını değerlendirmek, daha sonra da bu beyanların hangi şartlarda birbirine uygun sayılacağını araştırmak yerinde olacaktır.

---

(6) LEENEN, sh. 404-405.

(7) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 533 vd.

## A- İCAP

### *1- Tanımı ve Hukuki Niteliği*

İcap (Antrag = Angebot = Offerte), bir sözleşmenin yapılması hususunda karşı tarafa yöneltilmiş olan, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan bir irade beyanıdır (8). İcap, sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli irade açıklamalarından zaman itibarıyla ilk olanıdır. Bu açıdan, icap, sözleşmenin taraflarından herhangi biri tarafından yapılabilir. Örneğin, satım sözleşmesinde, icap, satıcı tarafından yapılmış olabileceği gibi, alıcı tarafından da yapılmış olabilir; bu bakımdan önemli olan, sözleşme teklifinin kimin tarafından yapıldığı değil de, ne zaman yapılmış olduğudur (9).

İcap hukuki niteliği itibarıyla, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı olduğu halde, tek başına bir hukuki işlem özelliğine sahip değildir (10). Aksine, icap, bir hukuki işlem olan "sözleşme"nin bir unsurudur ve ancak, kabul beyanının yapılmasıyla birlikte hukuki bir sonuç doğurur.

### *2- İcabın Unsurları ve Şekli*

#### *a- İcabın Unsurları*

Bir sözleşme teklifinin icap olarak nitelendirilebilmesi için, teklifin, muhatabın basit bir kabul açıklamasıyla sözleşmenin kurulmasını sağlayacak içerik ve şekilde belirlenmiş olması ve icap sahibinin, bu içerikle sözleşmenin geçerli olmasını istediğinin, somut olayda şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılmış olması gerekir (11). Buna göre, icap, en azından sözleşmenin esaslı noktalarını (essentialia negotii) ihtiva etmeli ve icap sahibi, icabıyla bağlı kalmak niyetinde olmalıdır (12). Sözleşmenin esaslı noktaları, her sözleşme tipi için ayrı ayrı belirlenmesi gereken ve sözleşmenin nitelendirilmesinde esas alınan hususlardır. Örneğin, satım sözleşmesinde, satım konusu ve semen, sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturur; bunun sonucu olarak, bir satım sözleşmesi kurmak gayesiyle yapılan icapta, satım konusu

---

(8) LARENZ, sh. 517; FLUME, sh. 637; LEENEN, sh. 395.

(9) LARENZ, sh. 516.

(10) FLUME, sh. 631; LARENZ, sh. 516 dipn. 5; STAUDINGER/DILCHER, sh. 533 ve orada anılan yazarlar.

(11) LARENZ, sh. 517; HONSELL/HOLZ-DAHRENSTAEDT, sh. 969.

(12) Bkz. OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1988, NJW-RR 1989, sh. 19; LG Detmold, Urt. v. 16.5.1990, WM 1190, sh. 301.

mal ile semenin belirlenmiş olması gerekir. Satıcı, yapmış olduğu teklifte, satış bedelini belirtmemiş ve halin icabından da semenin tespiti mümkün değilse, bu teklif, bir icap olarak nitelendirilemez. Ancak, hemen belirtelim ki, icap sahibi, sözleşmenin unsurlarından bir kısmını belirleme yetkisini muhataba bırakabilir (13). Örneğin, bir kişi, noel tatilini geçermeyi planladığı bir yerdeki otele gönderdiği telgrafta, "Noel tatili süresince çift kişilik bir oda ayırınız" demek suretiyle bir icapta bulunmuşsa, icap sahibi, otel ücreti, odanın durum ve şartlarını ayrıntılı olarak belirleme yetkisini otel sahibi muhataba bırakmıştır; bu şekilde yapılan icap, geçerli bir icap olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Buna karşılık, fiyat listesi gönderilmesi, fiyatı da belirtmek suretiyle gazetede ilan yapılması ya da işyerinde fiyat listesi asılması icap olarak nitelendirilemez (14). Çünkü, satım konusunun misli eşya olduğu hallerde, her halûkârda parçanın seçilmiş olması gerektiği gibi, misli olmayan eşyada ise, adet veya hacim olarak satım konusunun belirlenmesi şarttır; ayrıca, bu tür hareketler sonucunda fiyat listesini gönderen ya da işyerine asan kişi, sözleşmenin kurulmasını muhatabın iradesine terketmek yerine, bu iradenin kendinde kalması arzusu ile hareket etmektedir (15). Bu yüzden, gazete ilanları, fiyat listesi, katalog veya sipariş listesi gönderilmesi, icaba davet (invitatio ad offerendum) olarak nitelendirilmelidir (16).

Bu noktada, icaba davet kavramı üzerinde durmak ve icapla arasındaki farkları belirlemek yerinde olacaktır. İcapta, icap sahibi, sözleşmenin yapılması için gerekli bütün noktaları irade beyanıyla kesin olarak açıklamıştır; dolayısıyla, bu teklifin muhatap tarafından kabul edilmesi ile sözleşme meydana gelir. Buna karşılık, icaba davet şeklinde iradesini açıklayan kişi, sözleşmeyi kurma iradesini açıklamamakta, aksine, muhatabın, kendisine bir sözleşme teklifinde bulunmasını arzulamakta ve bu teklifi kabul etmek suretiyle sözleşmenin meydana gelmesi hususundaki yetkinin kendisine ait olmasını düşünmektedir.Buna göre, icaba davet halinde, muhatap kabul beyanında bulunmak suretiyle sözleşmenin meydana gelmesini sağlayamaz.

---

(13) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 534-535.

(14) LARENZ, sh. 517; STAUDINGER/DILCHER, sh. 534; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 969.

(15) LARENZ, sh. 517-518.

(16) STAUDINGER/DILCHER, sh. 533.

İcaba davet, ya bir icapta bulunması gereken unsurları taşımayan bir sözleşme teklifinde bulunarak, ya da gerekli unsurları taşımasına rağmen sözleşme teklifinin bağlayıcı olmadığının BGB § 145 çerçevesinde öngörülmüş olduğu hallerde sözkonusu olur (17). Birinci halde, muhataba açıklanan irade, gerekli unsurları taşımadığı için –zaten– bir icap olarak nitelendirilememektedir. Örneğin, bir işyerine giren kişinin "bir kazak almak istiyorum" şeklinde açıkladığı iradesi, işyeri sahibinin kendisine bir icapta bulunmasını sağlamak gayesiyle yapılmakta ve sözleşmenin esaslı noktalarını taşımadığı için icap olarak değil de, icaba davet niteliği taşımaktadır. İcaba davetin sözkonusu olduğu ikinci halde ise, beyan sahibi, iradesini bir icapta bulunması gerekli tüm özellikleri ihtiva eder bir şekilde açıklamakta, ancak bu beyanıyla bağlı kalmak istemediğini beyanına eklemektedir. Örneğin, beyan sahibinin teklifinde, "bağlı olmaksızın", "serbest kalmak şartıyla" ve benzeri ifadelerle iradesini açıkladığı hallerde, bu tür bir icaba davet vardır (18).

Bütün bu açıklamalar da gösteriyor ki, bir beyanın icap mı, yoksa icaba davet mi olduğunu tespit etmek her zaman kolay değildir. İcaba davet ile icap arasında bir sınır çizerken, tarafların iç iradesine göre değil de, beyanın, muhatap tarafın ne şekilde anlaşılabileceği ve bu beyanın somut olayda ne şekilde anlaşılması gerektiği noktasından hareket etmek gerekir (BGB § 133) (19).

Son olarak, bir sözleşme teklifinin "icap" olarak nitelendirilebilmesi için aranan şartlardan biri de, icapta muhatabın belirlenmiş olması, yani icabın muhataba yöneltilmiş olmasıdır (20). Ancak, icabın muhataba yöneltilmesi zorunluluğundan, muhatabın bir kişi olması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Gerçekten de, sözleşme teklifi, belirli bir kişiye karşı yöneltilmiş olabileceği gibi, bu teklifin belirli bir şahıs grubuna, hatta topluma karşı da yapılması mümkündür. Örneğin, bir mağazada vitrine mal konulması ve otomatik satış makinalarında topluma yöneltilmiş bir icap (ad incertam personam) vardır (21). Burada önemli olan, icap sahibinin yapmış olduğu teklifi kabul edecek her kişiyle sözleşme yapmak iradesini taşıdığının, somut olayda, şüpheye mahal vermeksizin anlaşılabilmesidir (22).

---

(17) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 538.

(18) HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 969-970; karş. STAUDINGER/DILCHER, sh. 538.

(19) STAUDINGER/DILCHER, sh. 533-534.

(20) LARENZ, sh. 518; STAUDINGER/DILCHER, sh. 535.

(21) Bkz. LARENZ, sh. 518; karş. HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 969.

(22) OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1988, NJW–RR 1989, sh. 19.

*b– İcabın Şekli*

Alman Medeni Kanunu, icabın geçerli olabilmesi için, belirli bir şekilde yapılması hususunda herhangi bir hüküm öngörmemiştir (23). Bunun sonucu olarak, icabın yazılı şekilde yapılması mümkün olduğu gibi, sözlü olarak da yapılması mümkündür. Ancak, kanun, bir sözleşmenin geçerliliğini, şekle bağlı tutmuşsa, icabın da bu şekle uygun olarak yapılması gerekir (BGB § 125). Örneğin, BGB 766. parağrafta, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, yazılı şekilde yapılması şart koşulmuştur. Bunun sonucu olarak, bir kefalet sözleşmesinin kurulması yönünde yapılacak bir teklifin geçerliliği de, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır; aksi halde, geçerli bir icaptan bahsetmek mümkün değildir.

Aynı şekilde, kanunda şekil öngörülmemiş olsa bile, tarafların belirli bir şekil hususunda anlaşmaları halinde de, irade beyanlarının kararlaştırılan şekilde yapılması zorunluluğu ortaya çıkabilir. Örneğin, taraflar, sözleşmenin geçerli olarak meydana gelebilmesi için yazılı şekilde yapılmasını şart koşmuşlarsa, gerek icap ve gerekse kabul beyanının yazılı şekilde yapılması gerekir (24).

***3– İcabın Varması***

İcabın hüküm sonuçlarını doğurabilmesi için, karşı tarafa varmış olması lazımdır (25). Alman Hukukunda, icabın varmasına ilişkin olarak, tarafların karşı karşıya olup olmamasına göre bir ayrım yapılmaktadır (26). Buna göre, karşı karşıya bulunanlar arasında (unter Anwesenden) yapılmış bir icabın varması, beyanın sözlü veya yazılı olmasına göre değişir (27). Karşı karşıya bulunanlar arasında yapılan sözlü beyanlarda (28), açıklama ve varma aynı anda gerçekleşir. Bu hususta, Alman Hukukunda, sözlü beyanın var-

---

(23) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 533.

(24) OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.1987, NJW–RR 1988, sh. 948.

(25) İrade beyanlarının ne zaman ulaşmış sayılacağı hususunda geniş açıklama için bkz. JOHN, U.; Grundsaetzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklaerungen, AcP 184 (1984), sh. 385 vd.

(26) Bkz. JOHN, sh. 385-386; STAUDINGER/DILCHER, sh. 539.

(27) HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970.

(28) Telefonla yapılan icaplar da, karşı karşıya yapılmış sayılırlar (BGB § 147/1). Ancak, yüz yüze olmayan bu tür icaplarda, beyanın aynı anda ulaştığını kabul edebilmek için, muhatabın, sözkonusu beyanı bizzat haber aldığı hususunda herhangi bir şüphe bulunmaması gerekir. Bu konuda bkz. MEDICUS, D.; Bürgerliches Recht, 12. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1984, sh. 27.

ması açısından fark etme teorisinin (Vernehmenstheorie) geçerli olduğu kabul edilmektedir (29). Bu teoriye göre, irade beyanı, muhatap tarafından akustik olarak idrak edildiği takdirde geçerli bir şekilde varmış sayılır. Burada, taraflardan biri ya da ikisinin konuşma özürlü ya da işitme engelli olması sebebiyle bir sorunla karşılaşılabilir. Bu durumda, beyana muhatap olan kişinin, sözlü olarak yapılan beyanın varmasına engel olabilecek hastalığına ilişkin olarak karşı tarafa bilgi vermesi gerektiğinden (30), icabın varmamış olduğu ileri sürülemeyecektir.

Öte yandan, karşı karşıya bulunanlar arasındaki bir icabın, yazılı şekilde de yapılması mümkündür. Bu takdirde, sözkonusu yazılı icap, gaipler arasındaki bir icap gibi nitelendirilememekle beraber (31), bu şekildeki icapların da varması gerektiğinde şüphe yoktur. Ancak, hazırlar arasında yazılı şekilde yapılan bir icabın ne zaman varmış sayılacağı, yorumu gerektirebilir; burada, beyanı ihtiva eden belgenin imzalanmasının yeterli olacağı kabul edilebileceği, bu belgenin muhataba verilmesinin şart olduğu da öngörülebilir. Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG), bu konuda ikinci görüşü kabul ederek, irade beyanını ihtiva eden belgenin muhataba verilmiş olması gerektiği sonucuna varmıştır (32). Karara konu olayda, (G), (S)'den olan alacağının vadesini uzatmayı, (S)'nin eşi (F)'nin kefil olması şartıyla kabul etmiş ve bunun üzerine (F), kefalet senedini imzalamıştır. Ancak, bu esnada yan odada (S) ile sohbete dalan (G), bu belgeyi almayı unutarak evi terketmiş ve daha sonra, bu beyanın geçerli olduğunu ileri sürmesine rağmen, mahkeme beyanın varmamış olduğundan bahisle hüküm ve sonuçlarını doğuramayacağını hükme bağlamıştır.

Bir sözleşmenin kurulması yönünde bir irade beyanını ihtiva eden icap, karşı karşıya bulunanlar arasında olduğu gibi, gaipler arasında da (unter Abwesenden) yapılabilir. Karşı karşıya bulunanlar arasında yapılan irade beyanlarının varması hususunda, BGB, herhangi bir hüküm ihtiva etmemekle beraber, gaipler arasında yapılan icabın hüküm ve sonuçlarını doğurmasını 130. parağrafta düzenlemiştir. Gerçekten de, BGB § 130/I'e göre, bir başka kişiye karşı yapılması gerekli olan irade beyanları, sözkonusu kişinin gıya-

(29) Bkz. HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970; MEDICUS, sh. 27.

(30) HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970.

(31) LARENZ, sh. 519.

(32) RGZ 61, 414 (MEDICUS, sh. 27'den naklen); ayrıca bkz. BREHMER, N.; Willenserklaerung und Erklaerungsbewusstsein, JuS 1986, sh. 440 vd.

bında yapılmışsa, ancak ona varmakla hüküm ifade ederler. Gaipler arasında yapılan bir icabın varması hususunda, Alman Hukuku açısından iki ayrı görüşün geçerli olduğu ileri sürülmektedir (33). Hakim fikre göre (34), icabın hüküm doğurması için, iradenin açıklanması veya gönderilmesi yetmediği gibi, muhatabın icabı öğrenmesi de gerekmez. İcabın varması (Zugehen) kavramı, gerek Federal Mahkeme gerekse doktrinde şu şekilde anlaşılmaktadır (35): İcap beyanı, karşı tarafa o şekilde ulaşmış olmalıdır ki, artık, hayatın olağan akışı ve iş tecrübelerine göre, muhatabın icabı öğrenme olanağına kavuşmuş olduğu kabul edilebilmelidir. Buna göre, bir icabı ihtiva eden mektup, posta kutusuna atılmış ya da kapının altından içeriye itilmişse, karşı taraf evde veya işyerinde olmasa dahi, varma gerçekleşmiştir, muhatabın posta kutusuna bakmayı ihmal etmesi ya da bir müstahdemin mektubu alarak muhataba vermeyi unutması yüzünden, icabın geç öğrenilmesi veya hiç öğrenilmemiş olması sonucu değiştirmez.

Burada tartışmalı olan bir husus da, icabın mesai saati dışında muhatabın işyerine ulaşması halinde, icabın ne zaman varmış sayılacağıdır (36). Örneğin, cumartesi öğleden sonra muhatabın işyerine ulaşan bir mektup veya faks, aynı gün mü, yoksa pazartesi sabah mı varmış sayılmalıdır? Bu konuda, gerek mahkeme uygulaması gerekse doktrinde, cumartesi öğleden sonra muhatabın işyerine ulaşan bir mektup veya faksın, ancak, pazartesi günü mesai başlangıcında ulaşmış olacağı kabul edilmektedir (37). Çünkü, muhatabın icaptan daha önce haberdar olma olanağı yoktur (38).

### *4– İcabın Hüküm ve Sonuçları*

#### *a– İcabın Kabulü ile Sözleşmenin Kurulabilmesi*

İcabın muhataba varması ile birlikte, muhatap, bu teklifi kabul etmek suretiyle, icap beyanında öngörülen şartlara göre sözleşmeyi kurma yetkisi-

(33) Bkz. HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970.

(34) MEDICUS, sh. 26; JOHN, sh. 386 ve orada anılan yazarlar; ayrıca karş. FLUME, sh. 237.

(35) HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970 ve orada anılan Federal Mahkeme kararları.

(36) Bkz. JOHN, sh. 408.

(37) Bkz. MEDICUS, sh. 26; JOHN, sh. 408; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970; aksi yönde FLUME, sh. 231 vd.

(38) Aynı şekilde, gece saatlerinde muhatabın posta kutusuna atılan mektup posta dağıtma saatinde varmış sayılır (RGZ 99, 20).

ne kavuşur. Muhataba tanınan bu yetki, niteliği itibarıyla kurucu inşai bir haktır (39). Gerçekten de, kendisine karşı bir icapta bulunulan bir kişi, tek taraflı bir irade beyanında bulunmak suretiyle, sözleşmenin kurulmasını sağlama ve dolayısıyla, taraflar arasında bir hukuki ilişki kurma yetkisine sahiptir.

*b– İcap Sahibinin İcabıyla Bağlı Olması*

İcap beyanında bulunulmasının bir diğer sonucu, icap sahibinin icabıyla bağlı olmasıdır. BGB § 145'e göre, icap sahibi, aksi öngörülmediği sürece yapmış olduğu icapla bağlıdır. Bunun sonucu olarak, icap sahibi, icabıyla bağlı olmadığını belirlemek suretiyle, sözleşmenin kurulması yetkisinin kendisinde kalmasını sağlayabilir. Örneğin, icap beyanına "hiç bir taahhüt doğurmaksızın", "bağlı kalmaksızın", "serbest kalmak şartıyla" ve benzeri kayıtların konulmuş olması halinde, icap sahibi, icabıyla bağlı değildir (40). Buna karşılık, icabın bağlayıcılığını ortadan kaldıran herhangi kaydı ihtiva etmeyen icaplar, BGB § 145'e göre, icapta bulunanı bağlar.

İcabın bağlayıcılığının sonucu olarak, icap sahibi, icabını değiştiremez, icap, artık, kesinlik kazanmıştır; muhatab, bu beyanı kabul ederek, sözleşmeyi kurabileceği gibi, reddetmek suretiyle de icabı geçersiz kılabilir. Ancak, hemen belirtelim ki, gaipler arasında yapılan icaplar açısından, BGB § 130/I'e göre geri alma haberi, icap beyanından daha önce ya da onunla aynı zamanda muhataba ulaştığı takdirde, icap geçersiz olur ve artık, icap sahibinin bu beyanından dolayı sorumluluğu ortadan kalkar.

*c– İcapla Bağlılık Süresi*

BGB § 145'de icap sahibinin, bu beyanıyla bağlı olduğunun öngörülmesinden, bu bağlılığın süresiz olduğu anlamı çıkarılamaz. Bu yüzden, icap sahibinin, ne zamana kadar icabıyla bağlı sayılacağını tespit etmek gerekir.

İcap sahibinin bağlılık süresi, icap beyanında herhangi bir sürenin öngörülmüş olup olmamasına göre farklılık gösterir. BGB § 148'e göre, icap sahibi, icabın belirli bir süre için geçerli olduğunu belirtebilir. Bu halde, icabın bağlılık süresi beyanda belirtilen sürenin sonuna kadardır (41). İcap sahibi, icapla bağlılık süresi olarak, kısa bir süre tanıyabileceği gibi, daha uzun

---

(39) STAUDINGER/DILCHER, sh. 536; karş. LARENZ, sh. 522.

(40) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 538; LARENZ, sh. 518.

(41) OLG Köln, Urt. v. 29.11.1989, VersR 1990, sh. 315.

bir süre de öngörülebilir. Bu süre, 20 Haziran gibi belirli bir tarih vererek ya da 10 gün – 20 gün gibi gün sayısı bildirilerek açıklanabilir Bunun yanında, icap sahibinin, "bir kaç gün içinde", "çok uzun olmamak kaydıyla" vb. şekilde de icapla bağlılık süresini belirtmesi de mümkündür (42). Her ne şekilde olursa olsun, icap beyanında bir sürenin öngörüldüğü hallerde, icap sahibi, bu sürenin sonuna kadar icabıyla bağlı olur ve muhatap da, ancak öngörülen süre içerisinde kabul beyanında bulunmak suretiyle sözleşmeyi kurma yetkisine sahip olur (43).

Öte yandan, icap sahibinin, beyanında herhangi bir süre öngörmediği hallerde icabın bağlılık süresini tespit ederken, tarafların hazır olup olmamasına göre bir ayrım yapmak gerekir (44). Buna göre, hazırlar arasındaki icapların derhal kabul edilmesi gerekir; aksi halde, icap sahibinin icapla bağlılığı sona erer (BGB § 147/I) (45). Bu düzenleme karşısında, icapla bağlılık süresi öngörülmediği takdirde, hazırlar arasında yapılan icaplarda icap sahibinin bu beyanıyla bağlılığı, kabul beyanının "derhal" yapılması durumunda sözkonusu olabilir; aksi halde, icap sahibi, icabıyla bağlı değildir (46).

Buna karşılık, bağlılık süresi öngörülmeksizin hazır olmayanlar arasında yapılan icap beyanında, icap sahibi, makul (angemessen) bir süre beklemek zorundadır (47). Bu süre içerisinde icap sahibi, icabıyla bağlıdır. İcapla bağlılık süresi, zamanında ve düzenli bir şekilde gönderilmiş bir kabul veya red haberinin beklenebileceği süredir. İcapla bağlılık süresinin hesabında, icabın muhataba varması için geçecek süre, muhatabın düşünme süresi ile cevabın dönme süresi de dikkate alınır (BGB § 147/II) (48). İcapla bağlılık süresi tespit edilirken gözönünde tutulan bu hallerin her biri için yine makul bir süre prensibi geçerlidir. Buna göre, icabın, normal olarak muhataba ulaşması için gerekli sürenin yanısıra, muhatabın düşünme süresini de he-

---

(42) Bkz. AG Frankfurt, Urt. v. 27.10.1988, NJW–RR 1989, sh. 47.

(43) İcapla bağlılık süresinin başlangıcı ve sona ermesi hakkında BGB § 187-188 hükümleri geçerlidir. Bu konuda bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 546-547.

(44) LARENZ, sh. 519-520.

(45) Telefonda yapılan icaplar da hazırlar arasında yapılmış sayılır (BGB § 147/I).

(46) Bkz. AG Usingen, Urt. v. 15.5.1987, WM 1989, sh. 554.

(47) OLG Hamburg, Urt. v. 20.1.1988, VersR 1988, sh. 1169.

(48) BGH, Urt. v. 16.9.1988, NJW–RR 1989, sh. 198; ayrıca LARENZ, sh. 519; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970.

saba almak gerekir (49). Ayrıca, kabul haberinin icap sahibine dönme süresi de, icabın bağlılık süresinin kapsamına dahildir. Ancak, kabul haberinin dönme süresi hesaplanırken, icap beyanında kullanılan gönderme şekli büyük bir önemi haizdir (50). Örneğin, icap beyanı telgrafla yapılmışsa, kabul haberinin de telgrafla gönderilmesi gerekir; bunun için muhatap, aynı gün ya da ertesi iş günü kabul beyanını açıklamak zorundadır, aksi halde, icap sahibinin icabıyla bağlı sayılması mümkün değildir. Ancak, kabul haberinin gönderilmesine engel olan ve icap sahibi tarafından bilinen olaylar, örneğin muhatabın hastalığı, grev, posta işlemlerinin durması, muhatabın seyahatte olması gibi hallerde icapla bağlılık süresinin uzatılması gerekir (51).

### *5– İcabın Sona Ermesi*

İcap beyanı, çeşitli sebeplerden dolayı bağlayıcılığını yitirebilir. Bu haller; icap süresinin geçmesine rağmen kabul haberinin ulaşmamış olması, muhatabın icabı reddetmesi ve icabın geri alınması olarak üçe ayrılır. Bunun yanında icabın sona ermesi açısından incelenmesi gereken bir diğer husus da, kabul beyanının ulaşmasından önce icap sahibinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesidir.

#### *a– Sürenin Geçmesi*

İcap beyanında öngörülen sürenin geçmesi ya da herhangi bir süre belirtilmemekle beraber icabın makul bir süre içerisinde kabul edilmemesi halinde icabın bağlayıcılığı sona erer (52). Aynı şekilde, hazırlar arasında yapılan, ancak kabul için bir sürenin belirtilmediği hallerde muhatabın derhal kabul beyanında bulunmaması da, icabın sona ermesine yol açar (53). Bu bağlamda, her ne şekilde olursa olsun kabul için öngörülen sürenin geçmesi, icap sahibinin bu beyanıyla bağlı olmaması sonucu doğurur; böylece muhatap, artık, kabul açıklamasında bulunarak sözleşmeyi kurma yetkisini kaybetmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle, sürenin geçmesi ile, taraflar arasında sözleşmenin kurulmasını sağlayacak nitelikte kabulü mümkün bir icap kalmamıştır (54).

---

(49) Örneğin, icabın üzerinden 4 hafta geçmesine rağmen kabul beyanında bulunulmaması ya da muhatabın 12 günden beri düşünüyor olması hallerinde, makul süre sınırı aşılmış sayılmalıdır. Bkz. OLG Hamburg, Urt. v. 20.1.1988, VersR 1988, sh. 1169; LG Hamburg, Urt. v. 2.12.1987, NJW 1988, sh. 1150.

(50) LARENZ, sh. 519; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970.

(51) LARENZ, sh. 519; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970.

(52) OLG Köln, Urt. v. 29.11.1989, VersR 1990, sh. 315; AG Frankfurt, Urt. v. 27.10.1988 NJW–RR 1989, sh. 47.

(53) AG Usingen, Urt. v. 15.5.1987, WM 1989, sh. 554.

(54) LARENZ, sh. 525; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970.

*b– İcabın Reddi*

İcabın bağlayıcılığını kaybetmesine yol açan bir diğer hal, muhatabın sözleşme teklifini reddetmesidir. Muhatap, icabı, açık olarak reddedebileceği gibi (BGB § 146), teklifin kapsamını daralttığı veya genişlettiği ya da icaba yeni hususlar ilave ettiği takdirde de (BGB § 150/II) icabı reddetmiş sayılır (55).

İcabın reddi, icap için herhangi bir şekil öngörülmüş olsa dahi, şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. BGB § 146'ya göre, icabın reddi, açık bir irade açıklamasıyla yapılmışsa, ancak karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğurur. Muhatabın susmasının kabul niteliği taşımadığı hallerde, bir icap üzerine susma da, icabın reddi olarak nitelendirilir (56). Ancak, hemen belirtelim ki, muhatabın, sözleşme teklifini reddetme yükümlülüğü yoktur; bu kuralın istisnası, icaba davet ve ticari örf ve adet kurallarının gerektirdiği hallerde sözkonusu olabilir (57). Buna göre, bir kişinin kendisine icapta bulunması yönünde irade açıklamasında bulunan kişi, karşı tarafın yaptığı teklifi kabul etmediği takdirde bunu derhal muhataba bildirmekle yükümlüdür, aksi halde, karşı tarafın, sözleşmenin geçerliliğine güvenmesinden doğan zararlarının karşılanması gerekir.

Öte yandan, icapta değişiklik yapılarak kabul beyanının açıklanması halinde de, icap reddedilmiş sayılır (BGB § 150/II). Buna göre, muhatabın, icap beyanında öngörülen hususlarda değişiklik yapması, örneğin, sözleşme teklifinin kapsamının genişletilmesi, daraltılması ve benzeri değişiklikler yapılması hallerinde, muhatabın açıklamış olduğu kabul beyanı, icabın reddi niteliği taşır (58).

*c– İcabın Geri Alınması*

İcabın sona ermesine yol açan diğer bir durum da, icap beyanının muhataba ulaşmasından önce geri alınmasıdır. Gerçekten de, BGB § 130/I'e göre, geri alma bildiriminin muhataba, icap beyanından daha önce ya da aynı zamanda ulaşması halinde icap geçersiz hale gelir (59). Buna karşılık,

---

(55) STAUDINGER/DILCHER, sh. 552; LARENZ, sh. 525.

(56) STAUDINGER/DILCHER, sh. 540-541.

(57) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 541.

(58) OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.4.1989, MDR 1989, sh. 738; BGH, Urt. v. 24.3.1988 NJW 1988, sh. 2106.

(59) HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 970; LARENZ, sh. 520.

daha önce de belirtildiği üzere, icap beyanı, karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşmış ve onun tarafından öğrenilmiş ise, geri alma bildiriminde bulunarak icabın geçerliliğini ortadan kaldırmak mümkün değildir.

*d– İcap Sahibinin Ölmesi Veya Fiil Ehliyetini Kaybetmesi*

BGB § 153'e göre, icabın kabul edilmesinden önce, icap sahibinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi, aksi öngörülmediği sürece icabın sona ermesini gerektirmez (60). Bunun sonucu olarak, muhatap, icabı kabul etmek suretiyle icap sahibinin mirasçılarıyla kendisi arasında sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Ancak, sözleşmenin konusu, icapta bulunanın şahsen ifa edeceği türden ya da karşı tarafın edimi, icap sahibinin şahsına yönelik ve mirasçılar için anlam ifade etmeyen türden ise, icabın sona ermiş olduğunu kabul etmek gerekir (61). Sözleşmenin konusunu oluşturan karakteristik edimin tarafların bizzat şahsını ilgilendiren türden olmasının yanısıra, icap sahibinin beyanında kendisinin ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi halinde icabın sona ermesini arzuladığını belirtmesiyle de, icap sahibinin ölümü veya fiil ehliyetini kaybı icabın geçerliliğini etkiler (BGB § 153) (62).

**B– Kabul**

***1– Tanımı ve Hukuki Niteliği***

Kabul beyanı, icaba uygun olarak sözleşmenin kurulmasına kesin olarak imkan sağlayan ve varması gerekli bir irade açıklamasıdır (63). Hukuki niteliği itibarıyla kabul, tek taraflı ve kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Sözleşmenin kurulması için, irade beyanlarının karşılıklı olması gerektiğinden, muhatabın kabul beyanını, icap sahibine yöneltmesi gerekir, aksi halde, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi meydana gelmez.

Kabul beyanı, varması gerekli nitelik taşıdığından, BGB § 130/I'deki genel kural gereğince, hazır olmayanlar arasındaki irade açıklamalarında kabul, karşı tarafa varma anında hüküm ifade eder (64). İstisnai olarak, noter-

---

(60) Bkz. FLUME, sh. 645 vd.

(61) LARENZ, sh. 520.

(62) İcap sahibinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesinin icabın geçerliliğini etkilemesi hususunda belirtilen açıklamalar, muhatabın ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi açısından da geçerlidir. Bkz. FLUME, sh. 645; LARENZ, sh. 520; STAUDINGER/DILCHER, sh. 562-563.

(63) LARENZ, sh. 523; STAUDINGER/DILCHER, sh. 539.

(64) LARENZ, sh. 523; FLUME, sh. 649.

de düzenlenmiş icap ve kabul beyanlarının belgelenmesiyle beraber, beyanın karşı tarafa varması gerekmeksizin sözleşme kurulmuş olur (BGB § 152).

Kabul beyanının hüküm doğurması ve sözleşmenin kurulmasını sağlayabilmesi için, icaba uygun olarak ve zamanında yapılması gerekir. Kabulün icaba uygun olmasından kasıt, kabul beyanının, icap beyanının ihtiva ettiği unsurları kapsar şekilde açıklanmış olmasıdır. Buna göre, kabul beyanı, icap beyanında öngörülen şartlarda, daraltma, genişletme ve benzeri değişiklikler yapıyorsa, bu beyan sözleşmenin meydana gelmesine yol açacak nitelikte bir kabul beyanı olarak nitelendirilemez (BGB § 150/II) (65).

Öte yandan, kabul beyanının hüküm doğurması için, zamanında yapılmış olması da gerekir (66). Muhatabın, sözleşme teklifini ne zamana kadar kabul edebileceği, icap beyanının yapıldığı yer ve zamana göre değiştiği gibi, icap sahibinin beyanında bir kabul süresi öngörmesi durumunda da, kabul haberinin bu süre içerisinde icap sahibine ulaşması şarttır (BGB § 148).

### *2– Kabul Türleri*

Kabul beyanı, icapta öngörülen şartların kabul edildiğini gösteren sarih bir irade beyanında bulunmak suretiyle açıklanabileceği gibi, icap sahibi tarafından gönderilen malın kullanılması, sözleşmenin ifasına başlanması ya da muhatabın susması yoluyla da açıklanabilir.

#### *a– Açık Kabul*

İcabın kabulü, kural olarak, icap sahibine ulaşması gerekli bir irade beyanı niteliği taşıyan kabul beyanı ile yapılır (67). Bu halde, kabul iradesi, muhatabın tereddüt ve yoruma yer vermeyen açık bir beyanı ile karşı tarafa ulaştırılmış olur. Açık kabul, çoğu kez bir "evet" veya "kabul ediyorum" gibi kelimelerle yapılır. Ancak, ileride doğabilecek tereddütleri, yanlış anlamaları önleyebilmek için, kabul beyanının icaba uygun bir metni ihtiva etmesi yerinde olacaktır. Örneğin, icaba karşılık olarak "teklifinizi kabul ediyorum" şeklinde bir kabul açıklamısnad bulunulduğu takdirde, taraflar arasında daha

---

(65) BGH, Urt. v. 24.3.1988, NJW 1988, sh. 2106.

(66) LARENZ, sh. 523.

(67) LARENZ, sh. 523.

sonra bir uyuşmazlığın ortaya çıkması mümkündür. Buna karşılık, icap sahibi tarafından yapılan teklife, muhatabın "10 Ekim 1993 tarihli mektubunuzdaki şartları kabul ediyor ve böylece kilosu 1.000 liradan 100 ton buğdayın gönderilmesini bekliyorum" şeklindeki kabul açıklamasında bulunması halinde, kabul beyanının yorumu ve sözleşmenin içeriği hususunda herhangi bir tereddütle karşılaşılmayacaktır.

*b– Zımni Kabul*

Muhatap, kendisine yöneltilmiş olan icabı, açık bir şekilde kabul edebileceği gibi, bazı fiil ve davranışlarda bulunmak suretiyle zımni (kapalı) bir şekilde de kabul edebilir. Örneğin, muhatabın, kendisine gönderilen bir kitabı satın almak istediği yöndeki iradesini, bu kitabı okumaya başlamak suretiyle de açıklaması mümkündür. Zımni kabul olarak nitelendirilebilecek bu davranışlara irade faaliyetiyle kabul adı verilir (68).

aa– İrade Faaliyeti Yoluyla Kabul

Muhatap, kabul iradesini irade faaliyeti (Willensbetaetigungen) yoluyla da açıklayabilir (BGB § 151). Sözleşme teklifinin irade faaliyeti yoluyla kabul edilmesi, özellikle temellük fiilleriyle kullanma ve ifa fiillerinde görülür (69). Örneğin, icap sahibinin noelden bir süre önce muhataba noel kartları göndermesi, muhatabın da bu kartların üzerine yazı yazması ya da satması halinde, kabul iradesi, temellük (sahiplenme) fiiliyle açıklanmış olur.

Aynı şekilde, muhatabın kabul iradesini, ifa fiilleriyle de açıklaması mümkündür. Bu halde, muhatap, kendisine yöneltilmiş olan icap beyanı üzerine, kabul beyanında bulunmak yerine sözleşme de kendisine düşen edimi ifaya başlamak suretiyle iradesini açıklamaktadır. Örneğin, otel işletmecisi A'ya gönderilen bir telgrafla iki kişilik bir oda ayrılmasının istenmesi üzerine, A'nın sözkonusu özellikteki bir odayı müşterisi için ayırması ya da bir ciltciye ciltlenmek üzere gönderilen kitapların ciltlenmeye başlanması hallerinde, muhatap, sözleşmeyi kurma yönündeki iradesini ifa fiilleriyle açıklamaktadır (70).

---

(68) Bkz. BYDLINSKI, P.; Probleme des Vertragsabschlusses ohne annahmeerklaerung, JuS 1988, sh. 37; STAUDINGER/DILCHER, sh. 556.

(69) Bkz. LG Frankfurt, Urt. v. 14.11.1988 NJW-RR 1989, sh. 308.

(70) BYDLINSKI, sh. 36.

BGB § 151'e göre, işin özel niteliği veya durumun icabı nedeniyle muhataptan kabul beyanında bulunması beklenmiyorsa, muhatabın kullanma, temellük veya ifa fillerinde bulunması sonucunda sözleşme kurulmuş olur. Burada önemli olan husus, muhatabın bu davranışlarından sözleşmeyi kurma iradesi taşıdığının tespit edilebilmesidir (71). Kabul beyanı olmaksızın, irade faaliyeti yoluyla kabul iradesinin açıklanması hallerinde sözleşme kurulmuş olacağından, kabulün geri alınmasından bahsedilemez (72). Ancak, bazı istisnai hallerde bu davranışların geri alınması sözkonusu olabilir. Bu konuda, BGB § 130/I'deki düzenlemeden yararlanarak, irade faaliyetine yönelik davranışların da karşı tarafa ulaşmadan önce geri alınabileceğini kabul etmek mümkündür (73).

bb– Susma

Susma, kural olarak ne onay ne de red niteliği taşır, esas itibarıyla kendisine yöneltilen icap beyanı üzerine muhatabın susması, bir irade açıklaması olarak nitelendirilemez (74). Özellikle, sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi üzerine muhatabın susması, kabul sayılamaz. Çünkü, sipariş etmediği bir şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya kendisine bu yolla yapılan bir icabı reddettiğini bildirmek zorunda değildir. Ancak, bazı istisnai hallerde susmanın hüküm doğurcağını kabul etmek mümkündür (75). bunun için, muhatabın bir kanun hükmü ya da dürüstlük kuralı gereği cevap vermek zorunda olması ve buna rağmen, herhangi bir irade açıklamasında bulunmamış olması gerekir (76). Örneğin, tacirler arasındaki ilişkilerde, teyit mektubunun gönderilmesinden sonra, karşı tarafın susması, mektupta öngörülen şartlarda sözleşmenin kabul edilmiş olduğu anlamına gelir (77). Bunun yanında, tarafların daha önce yapmış oldukları bir sözleşmede susmanın kabul sayılacağını öngörmeleri halinde de, sözleşme teklifi üzerine muhatabın susması kabul niteliği taşır.

---

(71) BYDLINSKI, sh. 37.

(72) FLUME, sh. 656; STAUDINGER/DILCHER, sh. 557; BYDLINSKI, sh. 38.

(73) MEDICUS, sh. 29.

(74) MEDICUS, sh. 29.

(75) Bkz. HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 971-972; MEDICUS, sh. 29; LARENZ, sh. 525; FLUME, sh. 658.

(76) Bkz. OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.1.1990, BB 1990, sh. 877; LG Kaiserslautern, Urt. v. 5.6.1990, WM 1990, sh. 288.

(77) Bkz. MEDICUS, sh. 30-31; HONSELL/HOLZ–DAHRENSTAEDT, sh. 971; FLUME, sh. 661 vd.

Öte yandan, susma icabın değiştirilerek kabul edilmesi durumunda da bazı şartlarla hukuki bir etkiye sahip olabilir (78). Aslında, icapta değişiklik yapılarak kabul beyanında bulunulması halinde, bu beyan icabın reddi ve yeni bir icap olarak nitelendirilir (BGB § 150/II). Burada, yeni icap olarak nitelendirilen beyan üzerine karşı tarafın susması, iki halde kabul olarak sayılabilir. Şöyle ki, icaba yapılan ekleme veya değişiklik çok az önemi haiz ve karşı tarafın bunu kabul edeceğinde şüphe yoksa, ya da ilk icabın sahibi, muhatabın bu değişiklik olmaksızın sözleşmeyle bağlı kalmak niyetinde olmadığını bilmesine rağmen, akdin ifasına başlamış veya edimini yerine getirmişse, sözleşme bu değişikliklerle kurulmuş sayılmalıdır (79).

### *3– Kabulün Muhtevası ve Şekli*

Daha önce de belirtildiği üzere, kabul beyanı, içerik itibarıyla icaba uygun olmalıdır. Buna göre, kabul açıklaması, icap beyanında öngörülen şartlarda sözleşmenin geçerli olacağının kabul edilmesidir. Bu bakımdan, kabul, icapta belirtilen hususları kapsamalı ve icap beyanındaki şartlara herhangi bir ilave ve değişiklik yapmaksızın açıklanmış olmalıdır (80). Kabul beyanında, icabın kapsamının genişletilmesi, daraltılması ve benzeri değişiklikler yapılması durumunda, yapılan irade açıklaması, kabul niteliğini kaybeder ve yeni bir icap sayılır (BGB § 150/II) (81).

Öte yandan, kabul beyanı, kural olarak hiç bir şekle bağlı değildir. Ancak, icabın şekli konusunda belirtildiği üzere, tarafların beyanın belirli bir şekilde yapılmasını öngörmeleri ya da kanunen böyle bir şartın düzenlenmiş olması hallerinde kabul beyanının da öngörülen şekilde yapılması gerekir (82). Aksi halde, geçerli bir kabul beyanından bahsedilemeyeceğinden, sözleşme de meydana gelmeyecektir.

### *4– Kabul Süresi ve Gecikmiş Kabul*

Kabul süresinin tespiti, icap beyanının bir süreye tabi tutulup tutulmamış olmasına göre değişiklik gösterir (83). BGB § 148'e göre, icap sahibi,

---

(78) LARENZ, sh. 525.

(79) LARENZ, sh. 525; aynı yönde, OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.4.1989, MDR 1989, sh. 738; buna karşılık, Federal Mahkeme, bu tür bir susmayı kabul olarak değil de, red olarak nitelendirmektedir. Bkz. LARENZ, sh. 525, dipn. 26'da anılan kararlar.

(80) OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.9.1989, VersR 1990, sh. 1282.

(81) Bkz. BGH. Urt. v. 24.3.1988, NJW 1988, sh. 2106; OLG Düsseldorf, Urt. ve. 20.4.1989, MDR, 1989, sh. 738.

(82) OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.1987, NJW–RR 1988, sh. 948.

icabıyla belirli bir süre için bağlı olduğunu bildirebilir. Bu şekilde bir süre öngörüldüğü takdirde, icabın bu süre içerisinde kabulü gerekir. Buna karşılık, icap beyanında kabul süresinin belirtilmediği hallerde, beyanın hazırlar arasında olup olmamasına göre bir ayrım yapmak gerekir. BGB § 147/I'e göre, hazırlar arasındaki sözleşme tekliflerinin derhal kabul edilmesi lazımdır. Buna karşılık, gaipler arasında yapılan icaplar, kabul beyanının normal şartlarda ulaşmış olacağının icap sahibince beklenildiği ana kadar kabul edilebilir (BGB § 147/II). Buna göre, kabul süresi, normal posta süresinde icabın ulaşması, makul düşünme süresi ile kabul beyanını gönderme süresini de kapsar (84).

Kabul beyanının kabul süresinin dolmasından sonra ulaşması halinde, gecikmiş kabul (verspaetete Annahme) sözkonusu olur (85). Gecikmiş kabulün hüküm ve sonuçları, BGB 149 ve 150. paragraflarda düzenlenmiştir. BGB § 149'da, kabul beyanının normal bir ulaşım şekli kullanılarak gönderilmesi ile zamanında ulaşması gerekmekle beraber, postadaki gecikmeler yüzünden karşı tarafa geç ulaşması durumunda, alıcı, zaman kaybetmeksizin, muhataba bu hususu, yani kabul beyanının sürenin dolmasından sonra ulaşmış olduğunu bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu yükümün yerine getirilmemesinin yaptırımı, kabul beyanının zamanında ulaşmış olduğunun varsayılması, dolayısıyla sözleşmenin kurulmuş sayılmasıdır (BGB § 149/2). Diğer bir deyişle, muhatap tarafından mutad ulaşım yolu kullanılarak kabul süresi içerisinde gönderilmiş, ancak karşı tarafa geç ulaşmış bir kabul beyanı sonucunda sözleşmenin kurulmasını önleyebilmek için, icap sahibinin sözkonusu beyanın sürenin geçmesinden sonra kendisine ulaştığını zaman kaybetmeksizin bildirmesi gerekmektedir; aksi halde, gecikmiş kabul, zamanında ulaşmış bir kabulün tüm sonuçlarını doğurur, yani taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Ancak, bu sonucun kabul edilebilmesi için, kabul beyanının varması için kullanılan ulaşım şeklinin, kabulün süresinde ulaşmasını sağlayacağından somut olayda emin olunması gerekir (86). Buna karşılık, muhatap tarafından kullanılan ulaşım şekli, kabul beyanının süresi içerisinde varmasını sağlayack özellikte değilse (örneğin, sürenin dolmasına bir gün kaldığı halde kabul beyanı mektupla gönderilmişse), icap sahibnin, bu mektubun geç ulaştığını bildirme yükümünün varlığı ileri sürüle-

(83) Bkz. LARENZ, sh. 519.

(84) BGH, Urt. v. 16.9.1988, NJW-RR 1989, sh. 198.

(85) Bkz. HILGER, N.; Die verspaetete Annahme, AcP 185 (1985), sh. 581.

(86) LARENZ, sh. 524; STAUDINGER/DILCHER, sh. 548-549.

meyeceği gibi, bu halde sözleşmenin kurulduğundan bahsetmek de mümkün değildir (87).

Öte yandan, gecikmiş kabul, BGB § 149'da öngörülen istisna dışında, yeni bir icap olarak nitelendirilir (BGB § 150/II). Çünkü, BGB § 146'ya göre, kabul beyanının, süresi içerisinde karşı tarafa ulaşmaması halinde, ortada kabulü mümkün bir icap beyanı kalmadığından sözleşmenin kurulması sözkonusu değildir. Böylece, muhatabın açıklamış olduğu kabul beyanı, yeni bir icap olarak nitelendirilmekte ve ilk icabın sahibi, bu teklifi kabul edip etmemekte, dolayısıyla sözleşmeyi kurmakta serbest olmaktadır (88).

### *5– Kabulün Hüküm ve Sonuçlarını Doğurması*

Kabul beyanı, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı olması sebebiyle, ancak karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade eder (BGB § 130/I). Hazırlar arasındaki ilişkilerde gerek icap ve gerekse kabul beyanı açıklanmakla hüküm ifade eder ve dolayısıyla sözleşme kurulmuş olur. Buna karşılık, hazır olmayanlar arasındaki ilişkiler açısından kabul beyanının ne zaman hüküm ifade etmesi gerektiği sorunuyla karşılaşılabilir. Burada, kabul iradesinin açıklanması, gönderilmesi, icap sahibine varması kabul edilebileceği gibi, beyanın, icap sahibi tarafından öğrenilmesi ile sözleşmenin kurulmuş sayılacağını da ileri sürmek mümkündür. Alman Medeni Kanunu, sözkonusu dört çözüm arasında, kabul beyanının karşı tarafa varması ile hüküm ifade edeceğini, diğer bir deyişle sözleşmenin kurulacağını öngörmüştür (BGB § 130/I). Buna göre, sözleşmenin kurulması için, muhatabın açıklamış olduğu kabul beyanının icap sahibine varması gerekli ve yeterlidir; ayrıca, beyanın öğrenilmesi şart değildir (89).

---

(87) HILGER (sh. 561), her ne sebeple olursa olsun kabul beyanının geç varması halinde, kabulü yoluyla sözleşmenin kurulmasını sağlayacak bir icap beyanının ortada kalmadığından bahisle, sözleşmenin kurulması sonucunun yerinde olmadığını ileri sürmektedir; O'na göre, bu durumda, bildirim yükümünün yerine getirilmemesi, sözleşmenin kurulması sonucunu değil, sadece tazminat yükümlülüğünü doğurur. Aksi görüşte, LARENZ, sh. 524.

(88) OLG Köln, Urt. v. 29.11.1989, VersR 1990, sh. 315; OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.4.1989 BB, 1989, sh. 1077; OLG Hamburg, Urt. v. 20.1.1988, VersR 1988, sh. 1169; LG Hamburg, Urt. v. 2.12.1987, NJW 1988, sh. 1150; AG Frankfurt, Urt. v. 27.10.1988, NJW–RR 1989, sh. 47.

(89) İcabın varmasına ilişkin olarak yapılan açıklamalar, kabulün varması açısından da geçerlidir; çünkü, BGB § 130/I'de icabın ya da kabulün ne şekilde hüküm doğuracağı düzenlenmemiş, aksine, varması gerekli tüm irade beyanlarının karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuracağı noktasından hareket edilmiştir.

## C– İrade Beyanlarının Uyuşması

### *1– Uyuşma Zorunluluğu*

Tarafların uyuşması (Konsens), sözleşmenin temel unsurlarından birini oluşturur (90). Nitekim, BGB § 150/II'de, taraflar arasında bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, karşılıklı olarak açıklanan taraf iradelerinin birbirine uygun olması gerektiği öngörülmektedir. Sözleşmenin kurulması açısından, irade beyanlarının uyuşması, sözleşmenin hükümleri üzerinde olmalıdır. Ancak, tarafların uyuşmasından neyi anlamak gerektiği, yorumu gerektirir (91). Burada hareket noktası olarak tarafların iç iradelerinin (inneren Willen) uyuşması kabul edilebileceği gibi, bunları dikkate almaksızın, doğrudan doğruya izhar olunan beyanlara bakmak gerektiği de ileri sürülebilir. Bununla birlikte, hemen belirtelim ki, tarafların irade beyanlarının aynı anlamı taşıdığı hususunda hemfikir oldukları hallerde, bu beyanlar gerçek anlamda birbirinden farklı sonuca yönelmiş olsalar dahi, taraflar arasında uyuşmanın gerçekleşmiş olduğunda ve dolayısıyla sözleşmenin geçerli olduğunda şüphe yoktur (92). Bu durumda, sözleşme, tarafların açıklamış oldukları iradelerine verdikleri anlama göre hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna karşılık, taraflar, aynı ifadeleri kullandıkları halde bunların farklı anlam taşıdıklarını ileri sürüyorlarsa, gerçek anlamda bir uyuşmazlık sözkonusu olmakla beraber, beyanlar birbirine uygun olduğundan uyuşma gerçekleşmiş ve sözleşme kurulmuş olur (93). Bu da gösteriyor ki, Alman Hukukunda, sözleşmenin kurulması açısından tarafların iç iradelerinin birbirine uygunluğundan ziyade, beyanların uyuşması zorunluluğu aranmaktadır (94).

### *2– Uyuşmazlık*

#### *a– Kavram*

Tarafların irade beyanlarının anlam itibarıyla birbirine uygun olmaması halinde, uyuşmazlık (Dissens) sözkonusu olur. İrade beyanları arasında bir uyuşmazlıktan bahsedebilmek için, sözleşmenin kurulması gayesiyle açıklanan irade beyanları arasında fiili bir uygunluğun bulunmamasının yanısıra,

---

(90) STAUDINGER/DILCHER, sh. 565.

(91) Bkz. LARENZ, sh. 525; FLUME, sh. 618.

(92) LARENZ, sh. 525–526.

(93) LARENZ, sh. 526; FLUME, sh. 618.

(94) Bkz. LARENZ, sh. 526; STAUDINGER/DILCHER, sh. 565.

bu beyanlar arasında hukuki uygunluğun da bulunmaması gerekir (95). Çünkü, icap ve kabul arasında fiili bir uygunluğun bulunması halinde, sözleşmenin kurulması açısından herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Buna karşılık, irade beyanları arasında fiili bir uygunluk bulunmamakla beraber, hukuki bir uygunluk sözkonusu ise, hukuk düzeni, sözleşmenin kurulmuş sayılacağını, ancak ortaya çıkan sorunun yorum yoluyla çözülmesi gerektiğini öngörmektedir.

Öte yandan, sözleşmenin kurulması gayesiyle açıklanan irade beyanları arasındaki uyuşmazlık ile taraflardan birinin iradesini beyan ederken hataya düşmesini birbirinden ayırmak gerekir (96). Çünkü, hata, sözleşmenin kurulmasını engelleyici bir özelliğe sahip değildir; aksine hata sonucunda gerçek iradesinden farklı bir beyanda bulunan taraf, BGB § 119/I'e göre sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olur. Örneğin, piyasada 100 ile 102,5 DM arasında alıcı bulan bir malın satışına ilişkin olarak yapılan icapta, 102,00 DM yazılacak yerde, 100,20 DM yazılması üzerine karşı tarafın kabulü ile irade beyanları arasında bir uyuşma meydana gelmiş ve sözleşme kurulmuştur. Bu durumda, her iki beyan birbirine uygun olduğuna göre, sözleşmenin meydana gelmemiş olduğu ileri sürülemez, sadece, beyanda hataya düşen tarafın, sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olduğu kabul edilir.

*b– Uyuşmazlık Türleri*

Alman Medeni Kanunu 154 ve 155. paragraflarında, tarafların uyuşmaması hususunda, iki ayrı hüküm sevketmektedir. BGB § 154'de düzenlenen durum, açık uyuşmazlık (offener Dissens) olarak nitelendirilirken, BGB § 155'de gizli uyuşmazlık (versteckter Dissens) düzenlenmektedir (97).

aa– Açık Uyuşmazlık

Açık uyuşmazlıkta, tarafların iradeleri, sözleşmenin esaslı noktaları (essentialia negotii) üzerinde birbirine uygun olarak açıklanmamıştır. Taraflar, icap ve kabul beyanlarının birbirine uygun olmadığını açıkça bilmekte, sözleşmenin bu noktaları üzerinde uyuşmazlığın ortaya çıktığını idrak etmektedirler (98). Örneğin taraflar, satım sözleşmesi yapmak istemişler, ancak, sa-

(95) Bkz. LARENZ, sh. 526; FLUME, sh. 618.

(96) Bkz. LARENZ, sh. 527; STAUDINGER/DILCHER, sh. 568.

(97) Bkz. LEENEN, sh. 408 vd.; LARENZ, sh. 528-529; FLUME, sh. 622; STAUDINGER/DILCHER, sh. 565 vd.

(98) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 565.

tım konusu malın bedeli üzerinde anlaşamamışlarsa, ortada açık uyuşmazlık vardır ve sözleşme meydana gelmemiştir (BGB § 154/I).

Taraflar, sözleşmenin bazı noktalarına ilişkin olarak anlaşmamış olmakla beraber, bu boşlukların kanundaki tamamlayıcı hükümler vasıtasıyla doldurulacağı hususunda uyuşmuşlarsa, açık uyuşmazlıktan bahsedilemez (99). Buna karşılık, taraflar, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış, ancak ikinci derecedeki noktalarda (accidentalia negotii) uyuşma sağlanamamış ve bu hususlarda anlaşma olmaksızın sözleşmenin geçerli olmayacağını belirtmişlerse, yine açık uyuşmazlık sözkonusudur ve sözleşme meydana gelmemiştir.

bb– Gizli Uyuşmazlık

Taraflar, sözleşmenin hükümleri üzerinde anlaştıklarını zannetmekle beraber, gerçekte bu noktalarda bir anlaşma sağlanamışsa, gizli uyuşmazlık sözkonusudur (100). Gizli uyuşmazlık, BGB 155. paragrafta düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar, kurulmuş saydıkları bir sözleşmede, hakkında bir karar verilmesi gerekli olan bir noktada gerçekte uyuşmamışlarsa, aralarında kararlaştırılmış olan hususlar, eğer sözleşmenin, bu nokta hakkında bir hüküm bulunmaksızın dahi kurulmuş olacağı kabul edilebiliyorsa, geçerli sayılmalıdır.

Gizli uyuşmazlıkta, muhatap, kendisine yöneltilen beyanı yanlış anlayarak, icaba uygun düşmeyen bir kabul beyanında bulunmakta ve bu beyan, icap sahibi tarafından yanlış anlaşılmaktadır (101). Örneğin, A, satmak istediği araba için 35.000 DM bedelle icapta bulunduğu halde, B, bu icabı 25.000 DM olarak okuyor ve ona 25.000 Mark'a bu arabayı satın almayı kabul ettiğini beyan ediyor ve A'da kabul beyanının 35.000 DM'den yapıldığını zannederek, sözleşmeyi kurulmuş sayıyor. Görüldüğü gibi, burada, taraflar sözleşmenin unsurlarından biri olan semen üzerinde uyuştuklarını zannettikleri halde, gerçekte uyuşma sağlanmadığından gizli uyuşmazlık durumuyla karşılaşılmaktadır.

Bir sözleşmenin kurulması gayesiyle açıklanan irade beyanları arasında gizli uyuşmazlığın bulunması halinde, kural olarak sözleşme meydana gel-

---

(99) STAUDINGER/DILCHER, sh. 565; LEENEN, sh. 396-397; FLUME, sh. 629.

(100) LARENZ, sh. 528.

(101) Bkz. STAUDINGER/DILCHER, sh. 569.

memiş olur (102). Ancak, bunun için, uyuşmazlık konusu hususun, sözleşmenin esaslı noktalarından olması gerekir; buna karşılık, ikinci derecedeki noktalara ilişkin olarak ortaya çıkan gizli uyuşmazlıklar, sözleşmenin meydana gelmesine engel olmaz (BGB § 155).

## SONUÇ

Sözleşmenin kurulması, Alman Medeni Kanununun 145-157. paragraflarında düzenlenmiştir. Bu hükümlere bakıldığında, bir sözleşme, icap ve kabul yoluyla kurulabileceği gibi, yazılı bir metnin her iki tarafça onaylanması yoluyla da kurulabilmektedir. Ayrıca, arttırma yoluyla yapılan satışlarda, sözleşmenin kurulma şekli ve zamanı BGB § 156'da düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, gerek BGB'deki ayrıntılı düzenlemeyi, gerekse uygulamada ortaya çıkardığı sorunları dikkate alarak, sözleşmenin icap ve kabul yoluyla kurulması geniş bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır. Bu noktada, bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanlarından icap ve kabul kavramları üzerinde durulduktan sonra, bu beyanlar arasındaki uyuşma ve uyuşmazlığın sonuçları değerlendirilmiştir.

—oOo—

**KISALTMALAR**

| | |
|---|---|
| AcP | : Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift) |
| AG | : Arbeitsgericht |
| Aufl. | : Auflage |
| BB | : Betriebs–Berater (Zeitschrift) |
| BGB | : Bundesgesetzbuch |
| BGH | : Bundesgerichtshof |
| Bkz. | : Bakınız |
| dipn. | : Dipnot |
| JuS | : Juristische Schulung (Zeitschrift) |
| karş. | : karşılaştırınız |
| LG | : Landsgericht |
| MDR | : Monatschrift für deutsches Recht |
| NJW–RR | : Neue juristische Wochenschrift in Rechts–Report |
| OLG | : Oberlandesgericht |

(102) LEENEN, sh. 407; STAUDINGER/DILCHER, sh. 570.

| | |
|---|---|
| RGZ | : Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen |
| sh. | : sahife |
| Urt. | : Urteil |
| v. | : von |
| VersR | : Zeitschrift für Versicherungsrecht |
| WM | : Wertpapier Mitteilungen (Zeitschrift) |

## YARARLANILAN KAYNAKLAR


**1 – Makaleler**

BREHMER, N.: Willenserklaerung und Erklaerungsbewusstsein, JuS 1986, sh. 440 vd.

BYDLINSKI, P.; Probleme des Vertragsabschlusses ohne Annahmeerklaerung, JuS 1988, sh. 36 vd.

FLUME, W.; Allgemeiner Teil des BGB, Band II: Das Rechtsgeschaeft, 3.Aufl., Berlin-New York-Heidelberg 1979.

HILGER, N.; Die versptaetete Annahme, AcP 185 (1985), sh. 599 vd.

HONSELL, H./HOLZ–DAHRENSTAEDT, A.; Grundprobleme des Vertragsschlusses, JuS 1986, sh. 969 vd.

JOHN, U.; Grundsaetzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklaerungen, AcP 184 (1984), sh. 385 vd.

LARENZ, K.; Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. München 1988.

LEENEN, D.; Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, AcP 188 (1988), sh. 381 vd.

MEDICUS, D.; Bürgerliches Recht, 12. Aufl. Köln–Berlin–Bonn–München 1984.

STAUDINGER/DILCHER, H.; Kommentar zum BGB, 12. Aufl., Berlin 1980.

**2 – Mahkeme Kararları**

AG Frankfurt, Urt. v. 27.10.1988, NJW–RR 1989, sh. 47.

AG Usingen, Urt. v. 15.5.1987, WM 1989, sh. 554.

BGH, Urt. v. 16.9.1988 NJW–RR 1989, sh. 198.

BGH, Urt. v. 24.3.1988, NJW 1988, sh. 2106.

LG Frankfurt, Urt. v. 14.11.1988, NJW–RR 1988, sh. 308.

LG Kaiserslautern, Urt. v. 5.6.1990, WM 1990, sh. 288.

LG Hamburg, Urt. v. 2.12.1987, NJW 1988, sh. 1150.

LG Detmold, Urt. v. 16.5.1990, WM 1990, sh. 301.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1988. NJW–RR 1989, sh. 19.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.9.1989, VersR, 1990, sh. 1282.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.1987, NJW–RR 1988, sh. 948.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.4.1989, MDR 1989, sh. 738.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.1.1990, VersR 1990, sh. 877.

OLG Köln, Urt. v. 29.11.1989, VersR 1990, sh. 315.

OLG Hamburg, Urt. v. 20.1.1988, VersR 1988, sh. 1169.

# KAT MÜLKİYETİ KANUNU UYGULAMASINDAN DOĞAN ORTAK GİDER ALACAĞI DAVASI NASIL HAZIRLANIR VE NASIL İNCELENİR?

**Erdoğan GÖKÇE (*)**

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. 1- Sorumluluğun ana kuralı. 2- Sorumluluğun istisnaları. 3-Yönetim planlarının özellikleri. 4- Bu davaların çözümü için anagayrımenkulün tapu kaydı ile yönetim planlarının önemi. 5- Karar defterleri. 6- İşletme defterleri. 7- Gelir ve gider belgeleri. 8- İşletme projelerinin tebliğ belgeleri. 9- Alacak hesaplaması nasıl yapılır? 10- Gecikme tazminatı ve hesabı.*

## GİRİŞ

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun uygulamasında pek çok hatalar yapıldığı bilinmektedir. Bu ilişkiden doğan alacak davaları, yapılan hatalar nedeniyle kaybedilmektedir. Bu kanunu senelerce hâkim olarak uygulamış ve emekli olduktan sonra avukat ve bilirkişi olarak üzerinde çalışmış bir kişi olarak, uygulamacılara yararlı olabilmek için, aşağıdaki yazı hazırlanmıştır.

## 1– SORUMLULUĞUN ANA KURALI

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesinde ortak giderlerin kat malikleri arasında nasıl paylaştırılacağına dair kurallar yer almaktadır:

*20/1. maddesinde:* Kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça:

*20/1-a bentte:* Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan, bekçi giderleri ile bunlar için toplanacak avansa eşit olarak,

*20/1-b bentte:* Anagayrımenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payları oranında,

---

**(*) Emekli Hâkim.**

Katılmakla yükümlüdür, denmektedir.

## 2– SORUMLULUĞUN İSTİSNALARI

20/1. maddede yer alan (Kat malikleri arasında başka türlü anlaşma) dan kasıt, her kat irtifakı veya kat mülkiyetinin tesisi sırasında hak sahiplerinin imzaladıkları (yönetim planı)nda yer alan özel kurallar olduğu kadar, kat malikleri kurullarında alınan kararlar ile ana kuralların değiştirilmesi sonucu doğan ve uygulanan özel kurallardır.

## 3– YÖNETİM PLANLARININ ÖZELLİKLERİ

Yönetim planları konuyu bilen veya (veya çok kere bilmeyen) kişilerce kaleme alınmakta ve yine konunun özelliklerini bilemeyen kişilerce, taşınmazlarına uyup uymadığı bilinemeden, hiç okumadan bu kişilerce imzalanarak yürürlüğe sokulmakta ve uygulamada bu özel kurallara uyulmadan hareket edilmekte ve genellikle avukat arkadaşlar bu gibi davaları alıp dava açarken tapudan bu belgenin örneğini almadan dava açma yoluna gitmekte ve iddiaları ile davaların sonunda verilen kararlar arasında farklı sonuçlarla karşılaşabilmektedirler.

Tatbikatta yönetim planlarında genel kurallardan ayrı özel kurallar olarak şunlara rastlamaktayız:

Su giderleri kişi başına, yakıt giderleri ısıtılan bağımsız bölümün alanına göre bölünme yapılacağına dair kurallar vardır.

Son senelerde Belediyeler yeni yapılan binalara tek su saati takmakta ve tek su abonman sözleşmesi yapmakta, ana yapıda yer alan birden fazla bağımsız bölümde oturanların sayılarının toplamı ile her bağımsız bölümde oturanların sayısına bölünerek bağımsız bölümlerin sorumlu olacakları su gideri borcu bulunmaktadır.

Isıtılan alanlara göre sorumluluk konan binalarda ana yapıda yer alan bağımsız bölümlerin her birisinin ayrı ayrı alanı ile bunların toplamlarının bilinmesi ve yakıt giderinin toplam alana bölünmesiyle bulunan sayının her bağımsız bölüm alanıyla çarpılması sonunda bulunacak miktar her bağımsız bölümün sorumlu olacağı yakıt borcu bulunmaktadır.

Bağımsız bölümlerin alanlarının hesabı tasdikli mimari projeler üzerinden hesap edilebileceği gibi, Tasdikli Mimari Projeler Tapu Sicil Müdürlüklerinde, İlçe Belediyelerinde, Büyükşehir Belediyelerinde ayrı ayrı bulunmakla,

buralardan resmen sorularak öğrenilebileceği gibi, dava sırasında keşifle ölçüm yapılarak alanların bulunması mümkündür ve mahkemelerce bu yolda hareket edilmektedir.

## 4– BU DAVALARIN ÇÖZÜMÜ İÇİN ANAGAYRIMENKULÜN TAPU KAYDI İLE YÖNETİM PLANLARININ ÖNEMİ

Bu davalarda bu iki belgeye mutlak olarak ihtiyaç vardır.

Anagayrımenkulün tüm tapu kaydı ile yapıda yer alan bölüm sayısı ile borcunu ödemeyen bağımsız bölümlerin arsa payları öğrenilmiş olacaktır.

Kapıcı ve benzeri kişilerin giderleri, eşit olarak bölüneceğinden, tüm bağımsız bölümlerin sayılarına ve diğer giderler arsa paylarına göre paylaştırılacağından, davaya konu olacak bağımsız bölümlerin arsa payının bilinmesine ihtiyaç bulunduğu açıktır.

Bazı kat malikleri, karıları veya çocukları adına kat satın almakta ve sorulunca daire benim demektedir. Kat malikleri kurulu toplantılarının çağrılarının böylece yanlış kişilere tebliği sonucu kötü niyetli, daha baştan ortak gider ödememeyi kafalarına koymuş kişilerin tuzaklarına düşülmekte, bu hatalar tapu kaydı alınmadan, incelenmeden açılan davalarda da görülmekte, kötü niyetli borçlular yöneticilerin ve avukatların yaptıkları bu gibi hatalardan yararlanarak, bir süre de olsa ödemelerini geciktirme olanağını elde etmektedirler.

Bu nedenlerle, kat malikleri kurullarının toplantıya çağrılmaları, çağrı bildirilerinin gönderilmesi öncesinde anagayrımenkulün tüm tapu kaydıyla yönetim planı örneklerinin tapu dairelerinden resmen alınması, buna göre hareket edilmesi yerinde olacaktır.

## 5– KARAR DEFTERLERİ

Karar defterleri, kat malikleri kurullarınca verilen kararlar ile nasıl yönetildiğini belgeleyen defterlerdir. Bu defterlerden, borçluluk söz konusu dönemlerin başı ve sonu belli olduğu, gibi işletme projeleri kat malikleri kurullarında yapılmışsa verilen kararlar somut olarak görülmektedir.

Zira, avans tahsili davalarında bağımsız bölümlerin dava konusu dönemlerde ödeyecekleri avansların bilinmesine ihtiyaç bulunduğu açıktır.

Bunun yanında 20/2. maddesine göre yapılacak aylık % 10 gecikme tazminatı hesaplarının yapılabilmesi için bu deftere ihtiyaç vardır.

## 6– İŞLETME DEFTERLERİ

İşletme defterleri yöneticinin görevli olduğu dönemde yaptığı harcamalarla topladığı gelirleri defterin sağ ve sol sayfalarda yer alan gelirler–giderlerin yazımına ayrılmış sayfalarına, ilgili belgenin defterdeki sıra numarası, tarihi, niteliği ve miktarlarının yazıldığı muhasebe defterleridir.

Her sayfa sonunda, sayfanın toplamlarının yapılması sonraki sayfaya önceki sayfanın toplamının yazılması ve bu toplamaların sonraki sayfalarda da devam ettirilmesi ve sene sonunda gelirler ve giderlerin ayrı ayrı toplanması ile senelik gelir ve giderlerin belirlenerek, gelirlerin giderlere denk olup olmadığı temin edilir.

## 7– GELİR VE GİDER BELGELERİ

Tabiidir ki işletme defteri yalnız başına bir delil değildir. Yöneticinin gelirleri ve giderlerinin kontrolünde yardımcı bir belge olup, gelir ve giderlerin kontrolu gelir–gider belgelerinin görülmesi, incelenmesi, kontrolü ile yapılır.

Her gelir ve giderin belgeye dayalı olması ana kuraldır. Belgesiz harcama yapıldığında,bunu ispat olanağı olmadığı gibi, bu gideri yapanın sorumluluğunu doğuracaktır.

Gelir ve gider belgeleri, bu davalarda mahkemeye verilmesi gereken önemli delillerdir.

Bazı avukatlar sadece işletme defterlerini vermekte,gelir ve gider belgelerini mahkemeye vermekten kaçınmakta ve hak kaybına neden olmaktadırlar.

Yasaların kabul etmediği harcamaların, harcama olarak yapılmaması gereklidir. Buna örnek olarak bazı ihtilaflarda görevlilere verilen bahşişlerin işletme defterlerinde yeraldığı görülmektedir ki kabulü olanaksız giderler olduğu açıktır.

Gelir belgeleri, yöneticinin düzenlediği para tahsili ile ilgili makbuz koçanları, ortak yerlerin kira paralarının tahsili ile ilgili belgeler gibi belgelerdir.

## 8– İŞLETME PORJELERİNİN TEBLİĞ BELGELERİ

İşletme projesini ya kat malikleri kurulu veya yönetici yapar. Eğer kat malikleri kurulunda yapılmışsa toplantıda hazır olmayan kat malikine veya daireden yararlanana imza karşılığı veya taahhütlü mektupla tebliğ edilecektir.

İşletme projesini yönetici yapmış ise kat maliklerine ve yararlananlara tebliğ edecektir.

Tebliğ tarihini ispat bakımından iadeli taahhütlü olarak göndermede yarar vardır.

Eğer borcunu ödemeyen ile olan ihtilafın boyutları büyük ise tebligatın noter eliyle tebliğinde yarar olduğu açıktır.

İşletme projeleri kesinleştiğinde, Kat Mülkiyeti Kanununun 37/son maddesinde yazılı İcra İflas Kanununun 68/1. maddesinde yazılı belgelerden sayılmakta ve icra takibi yapılmış ise bu takibe yapılan itiraz merci hâkimliklerince kolaylıkla kaldırılmaktadır. Ancak böyle bir davada merci hâkiminin önüne işletme projesi bunun tebliğ evrakıyla çıkılması zorunludur. Bu belgelerin icra dosyasına da konmasında yarar vardır.

İşletme projelerinin tebliğ tarihinin belirlenmesiyle gecikme tazminatı hesaplarının yapılması olanağı doğmaktadır.

## 9- ALACAK HESAPLAMASI NASIL YAPILIR

Kat Mülkiyeti Kanununun bir prensibi yönetim dönemi içinde her ay işletme projesine göre belirlenen avansların ödenmesi ve sene bitince kesin hesabın yapılması ile kesin hesaba göre, kat maliklerinden sorumluluk kurallarına göre fazla para alınmışsa fazla alınanın iadesi ve az alınmışsa, az alınanın kat maliklerinden tahsili ve bütçenin denkleştirilmesidir (md. 20).

Bu nedenle borçluluğu doğuran dönem içinde avansını ödemeyene karşı açılan dava, ancak dönem bitmemişse avans hesabı ile bunun gecikme tazminatının hesabı yapılarak sonuçlandırılmakta ve dönem bitmiş ise ilgili ayların kesin hesabı yapılarak alacaklılık borçluluk saptanmakta ve dava bitirilmektedir.

Kesin hesaplama yapılırken özel kurallara göre sorumluluğun söz konusu olduğu giderler ayrı ayrı belirlenip bu özel kurallara göre davalının payına düşen miktar bulunur.

Bundan kasıt yukarda anlatılan kapıcı ve benzerleri, su, ısıtma gibi giderlerin hesaplanmasıdır.

Genel giderler toplamından, özel hesaplamayı gerektiren giderler indirilerek bulunan miktar genel kurallara göre hesaplamaya tabi tutularak borçluluk bulunur.

Bundan kasıt, arsa payına göre yapılacak hesaplamalardır.

## 10– GECİKME TAZMİNATI VE HESABI

Kat Mükliyeti Kanununun 20/2. maddesinde; (Gider ve avans payının tamamını ödemeyen kat maliki ödemede geciktiği günler için aylık % 10 hesabı ile gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür) kuralı yer almaktadır.

Bu sorumluluğun işleyebilmesi için, gider ve avans payı ödenmesiyle ilgili karar veya işletme projesinin kesinleşmiş olması gereklidir.

Ödeme zorunluğu, kat malikleri kurulu kararından doğuyorsa, toplantıda olmayanlara tebliğ ve yöneticinin düzenlediği işletme projesine dayanıyorsa, tüm ilgililere tebliğ ile ilgililerin kat malikleri kurulunda itiraz haklarını kullanmalarına olanak tanınması ve itirazın yapılacak toplantıda reddi kararı ile belgenin kesinleşmesi sağlanacaktır.

Gecikme tazminatının kiracı veya bir diğer nedenle yararlanandan da alınabilmesi için, bu kişilerin bu belgeden, işletme projesinden haberdar olmalarına bağlı olmakla, onlara da tebligatın gerekli olduğu açıktır.

Avans hesabı kadar, kesin borç hesabının yapılabilmesi için, icra takip talebinde ve dava dilekçesinde hangi senenin hangi aylarına ait olduğu belirtilerek istenmelidir ki, borçlunun ve davalının iddiaya cevap vermesi ve davanın çözümünde çekişmeyi, çözülmesi gerekenlerin azaltılması ve bilirkişinin hesaplamasında açık ve doğru hesap yapılması mümkün olsun. Aksi takdirde, bütün bu konular için taraflardan açıklama istenmekte ve davalar gecikmektedir.

Avukatın görevi; mahkemeye yardımcı olmak, çekişmeyi kolay çözülebilir halde ve gerçeğe uygun olarak mahkemeye sunmaktır. Bu nedenle titizlikle hareket edilmesinde yarar vardır.

Ancak, çok kere hangi senenin, hangi ayının borcunun istendiği açıklanmadan ve istenen kalemlerin nelerden ve ne gibi miktarlardan oluştuğu açıklanmadan bir toplam miktarın tahsili istenmekte ve bu da çekişmenin çözülmesini zorlaştırmakta ve çok kere alacaklı taraf zarara ve hak kaybına uğramaktadır. Hele bazı alacak iddiasında bulunanlar, bu kalemleri bildirmenin görevleri içinde olduğunun bilincinde dahi değildirler.

Gecikme tazminatının hesabında çok kere hatalar yapılmakta olup, doğru hesaplama yöntemi aşağıda anlatılmıştır:

Her şeyden önce, bu tazminatın istenebilir olması için dayandığı kat malikleri kurulu kararı veya yöneticinin yaptığı işletme projesi ise, borçlusu

yönünden kesinleşmiş olması gerekir. Eğer bu iki belge kesinleşmiş ise, gecikme tazminatının istenmesi ve tahsili mümkün olacaktır.

Eğer kesinleşme yoksa, gecikme tazminatı alınması mümkün olmamakta ve dönem bitmiş ise, kesin hesaba göre alacak tahsili mümkün olmaktadır.

Bunun bir istisnası vardır ve şöyledir: İşletme projesi bulunmamakla birlikte, dava öncesinde yönetici borçluya ihtarname göndermiş veya icra takibi yapmış ve bu her iki işlemin de davalıdan "şu kadar borcun var, bunu öde" demiş, bu uyarılara karşılık davalı ödemede bulunmamış ve dava sonunda davalının borcunun bulunduğu anlaşılmışsa, ihtarnamenin tebliği tarihi veya icra takibi tarihinden başlamak üzere gecikme tazminatına hükmetmek yasaya uygun olacaktır.

Aylık % 10 gecikme tazminatının istenebilmesi için, gecikilen sürenin bir ayı doldurmasında zorunluluk yoktur. Gün olarak gecikme halinde de, gecikilen gün kadar, aylık % 10 hesabı kadar gecikme tazminatı alınabilecektir.

Gecikme tazminatı, işletme projesinde yer alan aylık avanslar için uygulanabileceği gibi, kat malikleri kurulu kararında yer alan kat maliklerinin ödemeleri gereken diğer ödemeler için de (tamir harcama payları gibi..) uygulanabilecektir.

Bazı apartmanların işletme projelerinde, her ay avansının her ayın ilk beş gününde veya ilk yedi gününde veya ilk on gününde ödenmesi gerektiği yolunda kurallar görülmektedir. Bu gibi kuralların varlığı halinde, Sayın Ali Arcak'ın Kat Mülkiyeti Kanunu isimli eserinin 1988 basımının 550. sayfasında yer aldığı üzere, avansın ödenmesi halinde ilk 5, 7, 10 gün için gecikme tazminatı alınmayacak, bundan sonraki sürelerde gecikildiği takdirde, tazminat alınacaktır. Örnek olarak, 10 günlük sürenin varlığı halinde 15. günü ödeme yapılırsa 5 günlük süre için gecikme tazminatı alınacaktır.

Olayı bir örnekle açıklayalım:

**1 – a)** Kat maliki A'nın kesinleşmiş işletme projesine göre, yönetime her ay 100.000.- TL. avans ödemesi gerekli olsun ve işletme projesine göre avansların, her ayın ilk 10 günü içinde ödenmesi gerekli olsun.

b) Kat maliki A, Ocak 1992 ayında kesinleşmiş işletme projesine göre ödemesi gereken aylık avanslardan Şubat, Mart, Nisan, Mayıs ve Haziran ayları avanslarını ödememiş olsun.

c) Yöneticinin, 12.6.1992 gününde, icra takibi yaptığını veya dava açtığını varsayalım.

**2 – a)** Bu takdirde kat maliki borçlu A'nın, ödenti borçlarının ödemesi gereken günü ile davanın açıldığı veya icra takibinin yapıldığı gün arasındaki gecikme süreleri şöyle olacaktır:

Şubat 1992 ayı için = 4 ay 2 gün,
Mart 1992 ayı için = 3 ay 2 gün,
Nisan 1992 ayı için = 2 ay 2 gün,
Mayıs 1992 ayı için = 1 ay 2 gün,
Haziran 1992 ayı için = 2 gün ödemede gecikme olduğu anlaşılır.

**b)** 100.000.- TL. nın bir aylık gecikme tazminatı tutarı:
100.000 : 100 x 10 = 10.000.- TL.dır.

**c)** İki günlük sürenin gecikme tazminatı ise:
10.000 : 30 gün x 2 gün = 66,66 TL. olarak bulunur.

**d)** Bunu yukardaki sürelere uygularsak:

| | | |
|---|---|---|
| Şubat 1992 ayı için = 10.000 x 4 ay + 2 gün | = | 40.666,66 |
| Mart 1992 ayı için = 10.000 x 3 ay + 2 gün | = | 30.666,66 |
| Nisan 1992 ayı için = 10.000 x 2 ay + 2 gün | = | 20.666,66 |
| Mayıs 1992 ayı için = 10.000 x 1 ay + 2 gün | = | 10.666,66 |
| Haziran 1992 ayı için = 2 gün | = | 666,66 |
| | + | _____ |
| Gecikme tazminatlarının toplamı | = | 103.333,33 |

olarak bulunur.

Bunun yanında, gereken koşulların bulunması halinde, gecikme tazminatı yanında faiz tahsili de mümkün bulunmaktadır. Yargıtay Beşinci HD.nin 21.6.1990 gün ve 1990/1706 - 20732 sayılı kararı bu yoldadır.

Bu teferruatlı açıklamalardan sonra, bu davanın hazırlanması ve sonuçlandırılmasında zorluk olmayacağı açıktır.

—oOo—

# MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK
# MİLLETLERARASI TAHKİM

Çeviren :
**Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)**

**Westland Helicopters Limited Şirketi** tarafından **The Arab British Helicopter Company (ABH)** ve Hakem Mahkemesi aleyhine açılan davada Federal Mahkeme Birinci Hukuk Dairesi'nin 19 Nisan 1994 tarihinde verdiği kararın özeti (Kamu Hukuku Temyiz).

*Milletlerarası tahkim; menfi tesbit davası; ne ultra petita partium (Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Madde 190/2c).*

Menfi tespit davasını görmekle görevli Tahkim Mahkemesinin, haksız olduğuna kanaat getirdiği davayı reddetme yerine, kendi verdiği hakem kararının hüküm fıkrasında ihtilâflı hukukî irtibatın varlığını tespit etmesi *ne ultra petita partium* ilkesinin ihlâli sayılmaz.

A– 29 Nisan 1975 tarihinde Mısır Arab Cumhuriyeti (RAE), Suudî Arabistan Krallığı (RAS), Katar Devleti ve Birleşik Arab Emirlikleri (EAU) tüzel kişiliği olan ve *"The Arab Organization for Industrialization"* (AOİ) diye adlandırılan uluslar üstü bir organizasyon kurmak için anlaşma yapmışlardır.

27 Şubat 1978, AOİ ve Westland Helicopters Limited (WHL) Şirketi diğer sözleşmeler yanında, amacı Mısır'da helikopter imal edip bunları satmak olan ve *"The Arab British Helicopter Company"* diye adlandırılan şirkete iştiraki konu alan *"Pay Sahipleri Anlaşması"*nı imza etmiştir. Bu anlaşma bir tahkim şartını ihtiva ediyordu.

Aynı tarihte, WHL ve ABH bir seri sözleşme imzaladılar (Lisans, teknik yardım ve malzeme temin sözleşmeleri) bunların tümü benzer bir tahkim şartı içeriyordu.

---

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

**KAYNAK :** Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse, 7.9.1994 tarih, sayfa: 155-172.

B– 26 Mart 1979 tarihinde, RAE ile İsrail Devleti bu iki ülke arasındaki düşmanlığa son veren bir anlaşma imzalamıştı. Bunu yapmakla Mısır Arab Cumhuriyeti diğer AOİ üyeleri ile ihtilâfa düşmüş ve bu üyeler 1 Temmuz 1979 tarihi itibariyle bu organizasyonun varlığına son verip onu tasfiye etme kararı almışlardır.

Sonuçsuz kalan görüşmelerden sonra, WHL bu fesih kararını dikkate almak suretiyle 1979 Temmuz ayında zarar ve ziyan talep etme kararını tasfiye edilen AOİ'ye ve üye devletlere tebliğ etti. 12 Mayıs 1980 tarhinde tasfiye halindeki AOİ'ye, bu organizasyonun diğer dört üyesine ve ABH'ye karşı tahkim davası açıp dava dilekçesini Paris'te Milletlerarası Ticaret Odası'na verdi. 29 Ekim 1980 tarihinde, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı üç üyeden oluşan bir Tahkim Mahkemesi oluşturdu.

Tahkim usulü muhtelif olayları içeriyordu. Bunlardan birisi Tahkim Mahkemesinin yetkisine ilişkin idi. 5 Mart 1984 tarihinde, Tahkim Mahkemesi tüm davalı taraflara karşı kendisinin bu davayı görmeye yetkili olduğuna dair karar verdi. RAE, bu tarihte verilen hadise kararına karşı temyiz ettiği davasını kazandı ve dava dışı bırakıldı. Zira bu dâvalı, EAV, RAS ve Katar söz konusu hakem kararına karşı temyiz müracaatında bulunmadılar. –Zira o AOİ, ABH tarafından WHL ile imzalanan sözleşmelerdeki Tahkim Şartları ile bağlı değildi. Buna karşın, AOİ ile ABH bu hakem kararına karşı netice vermeyen bir temyiz müracaatında bulundular.

21 Haziran 1991 tarihinde, Tahkim Mahkemesi kısmî bir hakem kararı verdi. Bu kararın hüküm fıkrasında, WHL ile AOİ ve ABH arasında imzalanan muhtelif sözleşmelerin birbirinden ayrılmaz bir bütün olduğunu tespit etti (ch. 1), ve AOİ onun ifa edilmemesinden ve meydana gelen zarardan WHL ye karşı sorumlu idi, (ch. 2) ve RAS, EAU ve Katar nihaî hakem kararında (ch. 7) hükmedilen miktarda zarar ziyanın tazmininden (ch. 3 ve 4) WHL lehine kabul edilen maddî zarar ziyanın ödenmesinden –kendi aralarında müteselsilen ve AOİ'ye karşı tali olarak– sorumlu idiler. WHL'ye gelince, Tahkim Mahkemesi onun ABH ile yapmış olduğu sözleşmelerin artık ifa edilmemesini haklı buldu (ch. 5) ve WHL artık bu durumda ABH'ye karşı hiçbir sorumluluk taşımıyordu (ch. 6).

Ortaya atılan yeni usul işlemlerinden sonra, Tahkim Mahkemesi, 28 Haziran 1993 tarihinde nihaî hakem kararını verdi. AOİ'yi esas olarak EAU, RAS ve Katar'ı da tali olarak ve kendi aralarında müteselsilen, WHL'ye 364.747.000 Sterlin ana para ile ayrıca faizlerini ödemeye mahkûm etti. Buna karşın, ABH tarafından istenen bir cezalandırma talebi (une conclusion

condamnatoire) bulunmadığından bu avansların geri ödenmesi talimatı olmaksızın, ihtilâflı sözleşmelerin ifası için vermiş olduğu avansların bakiyesinin iadesine yönelik olarak ABH'dan olan kendi alacaklarını mahsup etmek hakkını WHL'ye tanımadı. Tahkim masrafları ise esas itibariyle, AOİ ile davalı üç devlete yükletilmiştir.

C– WHL, kamu hukuku müracaatı yolu ile Adlî Organizasyon Kanununun 85. maddesinin (c) paragrafı anlamında ABH'ye karşı yöneltilen Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun m. 190/2 (c) (DS 291) irtibat halinde Nihaî Hakem Kararı'na itiraz etmiştir. Aleyhine temyiz edilen tarafın davalı borçlusu sıfatını tespit eden ve kedi alacaklarının mahsup edilmesini kabul etmeyen Nihaî Hakem Kararı'nın kısmen iptalini istemiştir. Temyiz müracaatıda WHL, esasa dair Tahkim Mahkemesinin *ulta ou extra petita* (talepten fazlaya veya talepten başka şeye) karar vermiş olduğunu ileri sürmüştür. Zira ABH'ye karşı yöneltilen hiçbir talebi olmadığı gibi ABH'nın da WHL'nin borcunun bulunduğunun müspet olarak tespit edilmesine yönelik hiçbir karşı davası bulunmuyordu.

## GEREKÇELERİN ÖZETİ

3-a) Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun m. 190/2(c) hükmü Tahkim Mahkemesinin çözümünde görevli olduğu talep maddelerinin dışında karar vermesi halinde hakem kararına karşı çıkılmasına izin vermektedir. Kanunun Fransızca metnini tercih eden Federal Mahkemenin yorumuna uygun olarak, talep edilenden fazlayı veya başka şeyi kabul eden *(ultra ou extra petita)* hakem kararları bu hükmün içinde yer alır (ATF 116 II - 639 consid. 3a). "ne eat judex ultra petita partium" kuralı, tarafların olay ve hukuk olarak henüz ifade etme fırsatı bulamadıkları iddiaların (veya onlardan bir kısmının) hakem mahkemesi tarafından dahil edilmesini yasakladığı ölçüde bunlara karşı çıkılmasını garanti eder (ATF 116 II 639 consid. 3a). Bununla birlikte *"jura novit curia"* ilkesi gereğince hâkim, –ne olursa olsun– taraflarca öne sürülen gerekçelerle sınırlı olmaksızın re'sen hukuku uygulamak zorundadır.Sonuç olarak, ileri sürülmeyen hukuk yollarını dikkate aldığı zaman hâkim *"ultra ou extra petita"* (talepten fazlaya veya talepten başka şeye) karar vermiş sayılmaz; zira böyle bir varsayımda, davada olayların yeni bir nitelemesini getirmiş olmaz (Arrêt non publié 30 Nisan 1992 dans la cause 4p.273/1991 consid. 2a; bkz. POUDRET, COJ no 3.3 ad. art. 63 OJ).

Temyiz eden tarafından işaret edilen 28 Nisan 1992 tarihli kararında Federal Mahkeme, bu amaçla davalı tarafından hiç bir talep olmadığı halde, davacının borcunu ödemesi için onu mahkûm eden dava, (condi. 2b, non

publié, ATF 118 II 193) yukarıda ifade edilen davadan farklıdır, şöyle ki; Tahkim Mahkemesi borcun sadece varlığını tespit etmiş olup alacaklıya bu miktarı ödemesi için borçluyu mahkûm etmemiştir. İhtilâflı borcun mevcut olmadığının tespitine yönelik davacının taleplerini red ederken kendisini sınırlamayan bir hakem mahkemesinin bu durumunu *ultra petita* olarak kabul etmiştir. Bu somut olayda formüle edilen talep başlıklarını incelemeden önce, Hakem Kararının hüküm fıkrasında ihtilâflı borcun varlığını tespit ederken menfi tespit davasının haksızlığını reddeden mahkeme tarafından *ultra petita*'nın ihlâl edilip edilmediğinin tespit edilmesi önemlidir.

Tespit davasına ilişkin verilen hüküm, kesin hüküm niteliğinde olduğundan kesin bir biçimde ihtilâflı hak hususunda taraflar arasında hüküm süren belirsizliği ortaya koymaktadır (ATF 99 II 172 consid. 2). *"Action négatoire"* (menfi tespit davası) hukukî ilişkilerine dokunan kuşkularını kesin olarak giderdiği ölçüde, hakkın mevcut olmadığı durumlar için iddialar ileri sürerek ileride adalete müracaat edilmesini önleme durumu da bundan farklı değildir (ATF 42 II 696 consid. 4). Bu hususta, –Tahkim Mahkemesi kararının gerekçelerinde ihtilâflı hak hususunun mevcudiyetine dair beyanda bulunmuş olduğu için –tespit hükmü ile donatılan kesin hükü gücü taraflar arasındaki rolün dağılımına dayanmadığı ve müspet hukukun tespitine dair hükmünden geldiği kadar menfi tespit davasından da kaynaklanmaktadır (KUMMER, das Klagerecht und die materielle Rechtskaft im Schweizerischen Recht, p. 81; WALTER, Zur Abweisung einer negativen Feststellungsklage, İn RJB 123/1987, p. 553, ss; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15 e éd., p. 518; ARENS; Zur Problematik von non–Liquet Entscheidungen, in SF Müller–Freienfels, p. 13 ss). Diğer bir deyişle, müspet hukukun tespiti davasını kabul ve menfi hukukun tespitini reddeden esasa dair hükmün her ikisi de davada hukukî ilişkiyi kesin olarak tespit ederler (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, loc. cit.). Bu açıdan bakıldığında, görevli mahkeme tarafından action négatoire'ın haksız olduğunun tespiti nedeniyle kararının hüküm fıkrasında veya ihtilâflı hakkın mevcudiyetinin tespitinin önemi yoktur. Bu durumlardan birincisinde veya ikincisinde, tespit edilen konu aynıdır, ikinci varsayımda tespit edilen şey doğrudan doğruya kararın hüküm fıkrasından çıkmakta, birinci halde ise hüküm fıkrası ile gerekçeler arasında bir yaklaşımla ortaya çıkmaktadır (ATF 116 II 615 consid. 5a). Bundan çıkan sonuca göre, yukarıda açıklandığı anlamda yapılan bir müspet tespit, *partium ultra petita* ilkesini ihlâl etmez.

—oOo—

# YENİ SEÇİLENLER
# EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen :
**Ali Rıza GENİŞ (*)**

## YENİ SEÇİLENLER

### YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

- **Orhan YALÇINKAYA**

1936 yılında Ilgaz'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961'- de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1963 senesinde mesleğe başlayan *Yalçınkaya,* sırasıyla; Beşiri ve Şabanözü Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

25.5.1982 tarihinde Yargıtay Üyeliğine, 1987 yılında Yüksek Seçim Kurulu Üyeliğine ve 1990 senesinde de Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığına seçilen *Orhan Yalçınkaya,* Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 26.12.1994 günü, yeni kurulan Yirmibirinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

- **Semiha GENÇAY**

1932'de Torul'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957 yılında bitirdikten sonra, aynı yıl avukatlık stajına başlayan *Gençay,* daha sonra; Gümüşhane Cumhuriyet Savcılığı ile Sivas Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

7.3.1983 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Semiha *Gençay,* Yedinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 27.10.1994 günü, aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

---

**(*) Yargıtay Yayın İşleri Müdürü.**

• **Gönen ERİŞ**

1943 yılında Kırklareli'nde doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1963 senesinde mesleğe başlayan *Eriş,* sırasıyla; Ardeşen Hâkimliği, Çayeli Hâkimliği, Kırşehir Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur. 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen, "Ticaret Şirketleri" dalında master yapan *Eriş*'in, üç ciltlik "Açıklamalı–İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu", "Açıklamalı Kooperatifler Kanunu" ve "Açıklamalı İflas ve Konkordato Hukuku" gibi hukuk alanında yayımlanmış birçok eserleri vardır.

Yayın Kurulu ve Tasnif Kurulu Başkanlığı görevlerini de sürdüren *Gönen Eriş,* Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi iken Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 26.12.1994 günü, aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

• **Sabih KANADOĞLU**

20.5.1938 günü Menemen'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, Burhaniye Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Kanadoğlu,* sırasıyla; Orhaneli Cumhuriyet Savcılığı, Erzurum Cumhuriyet Savcılığı, Bingöl Hâkimliği, Tokat ve Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlıkları ile İzmir Ceza Hâkimliği ve Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

19.7.1984 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Sabih Kanadoğlu,* Beşince Ceza Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 26.12.1994 günü, yeni kurulan Onbirinci Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

## EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

• **Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU**

1930 yılında Darende'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 senesinin Haziran döneminde bitirdikten sonra, aynı yıl Fransa'da Kamu Hukuku dalında doktora çalışmalarına başlamış ve 1955'de Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden "Hukuk Doktoru" ünvanını almıştır.

1957 yılında hâkimlik stajına başlayan ve stajını Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nde tamamlayan *Ocakçıoğlu,* Ankara Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Raportörlüğü, Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği ve Yargıtay Yetkili Üye Yardımcılığı ile Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü görevlerinde bulunmuştur.

16.9.1973 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ocakçıoğlu,* İkinci Hukuk Dairesi ve Birinci Başkanlık ile Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nde Üye olarak çalıştıktan sonra, ilk kuruluşunda 1.6.1981 tarihinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na Üye olarak atanmış ve 1.6.1985 gününe kadar bu görevini sürdürmüştür. Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 25.9.1984 günü Yargıtay Birinci Başkan Vekilliğine ilk kez, 3.10.1988 günü de ikinci kez seçilmiştir.

Fransızca bilen ve "La Neutralité de la Turquie" ile "Anayasa ve Anayasa Mahkmeesi" adlı eserleri bulunan; Yargıtay Dergisi, Adalet Bakanlığı ile Ankara ve İstanbul Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinin yayınlarında otuz dolaylarında inceleme ve çeviri yazıları yayımlanan ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 4.7.1989 tarihinde Birinci Başkanlığa seçilen ve bu görevini 5.7.1993 gününe kadar sürdüren *Dr. İsmet Ocakçıoğlu,* Yargıtay Üyeliğinden (eski Yargıtay Birinci Başkanlığı) görevinden, 5.1.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

- **Nejat ÖZKAN**

19.12.1929 günü Çankırı'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1953 senesinde mesleğe başlayan *Özkan,* sırasıyla; Erdemli Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Zara ve Sivas Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

28.2.1980 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi iken Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 3.7.1991 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilen *Nejat Özkan,* bu görevinden yasal yaş sınırı nedeniyle 19.12.1994 günü emekliye ayrılmıştır.

- **Cahit KARAKOÇ**

1930 yılında Bartın'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1953 senesinde bitirdikten snora, Bartın Hâkim Adayı olarak 1954'te mesleğe başlayan *Karakoç,* sırasıyla; Pasof ve Alaplı Hâkimlikleri, Ulus Cumhuriyet Savcılığı, Zonguldak Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile İstanbul Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve İzmir Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

21.9.1982 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Cahit Karakoç,* Yedinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 20.9.1993 günü seçildiği Yedinci Ceza Dairesi Başkanlığından, 15.5.1994 tarihinden geçerli olmak üzere, 13.10.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• **Çetin AŞÇIOĞLU**

1936 yılında Antalya'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961 senesinde bitirdikten sonra, aynı yıl Ankara Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Aşçıoğlu,* sırasıyla; Araban, Sultandağı, Bucak ve Boyabat Hukuk Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.6.1983 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen, "Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu" ve "Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk" isimli eserleri ile çeşitli meslek dergilerinde ve gazetelerde yayımlanmış yazıları bulunan, master de yapan *Çetin Aşçıoğlu,* Dördüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden, 17.1.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

*Yeni seçilen; YALÇINKAYA, GENÇAY ve ERİŞ ile KANADOĞLU'na, görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle de aramızdan ayrılan OCAKÇIOĞLU, ÖZKAN ve KARAKOÇ ile AŞÇIOĞLU'na da yaşamları boyunca sağlık ve mutluluklar dileriz.*

—oOo—

# YASALAR

Derleyen :
**Ali Rıza GENİŞ**

| Tarihi: | Resmî Gazete No: | Sayfa: | Yasanın Adı |
|---|---|---|---|
| 18.9.1994 | 22055 | 1 | **Kanun No. 4010** **Kabul Tarihi: 14.9.1994** 1995 Yılı İçin Bir Geçiş Proğramı Hazırlanmasına Dair Kanun. |
| 18.9.1994 | 22055 | 1 | **Kanun No. 4011** **Kabul Tarihi: 14.9.1994** Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 1 | **Kanun No. 4012** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması, Eki Protokol ve Notların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 1 | **Kanun No. 4013** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kırgızistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 2 | **Kanun No. 4014** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kırgızistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Askeri Eğitim İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 2 | **Kanun No. 4015** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kazakistan Hükümeti Arasında Askeri Eğitim İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 2 | **Kanun No. 4016** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Azarbeycan Cumhuriyeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 3 | **Kanun No. 4017** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |

| Tarihi: | Resmî Gazete No: | Sayfa: | Yasanın Adı |
|---|---|---|---|
| 22.9.1994 | 22059 | 3 | **Kanun No. 4018** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 3 | **Kanun No. 4019** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türkmenistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 4 | **Kanun No. 4020** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Tacikistan Cumhuriyeti Arasında Dostluk ve İşbirliğinin Temel İlkeleri Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 4 | **Kanun No. 4021** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Arnavutluk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Boya Malzemesinin Hibe Edilmesine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 4 | **Kanun No. 4022** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 5 | **Kanun No. 4023** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 5 | **Kanun No. 4024** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 5 | **Kanun No. 4025** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Kırgızistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 6 | **Kanun No. 4026** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |

| Tarihi: | Resmî Gazete No: | Sayfa: | Yasanın Adı |
|---|---|---|---|
| 22.9.1994 | 22059 | 6 | **Kanun No. 4027** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Teknik İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 6 | **Kanun No. 4028** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında İşbirliği ve Karşılıklı Yardımlaşma Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 22.9.1994 | 22059 | 6 | **Kanun No. 4029** **Kabul Tarihi: 15.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Arasında Dostluk, İyi Komşuluk, İşbirliği ve Güvenlik Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 29.9.1994 | 22066 | 1 | **Kanun No. 4030** **Kabul Tarihi: 21.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Arasında Hükümlülerin Transferine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 29.9.1994 | 22066 | 1 | **Kanun No. 4031** **Kabul Tarihi: 21.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alman Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 29.9.1994 | 22066 | 2 | **Kanun No. 4032** **Kabul Tarihi: 21.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 29.9.1994 | 22066 | 2 | **Kanun No. 4033** **Kabul Tarihi: 22.9.1994** 1996 Türkiye Evropalia Festivaline İlişkin Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 1 | **Kanun No. 4034** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ve Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 1 | **Kanun No. 4035** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Gümrük Rejimlerinin Basitleştirilmesi ve Ahenkleştirilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (Kyoto Sözleşmesi) ve Altı Ekine Katılmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 2 | **Kanun No. 4036** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** İzmir Andlaşmasını Tadil Eden Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |

| Tarihi: | Resmî Gazete No: | Sayfa: | Yasanın Adı |
|---|---|---|---|
| 1.10.1994 | 22068 | 2 | **Kanun No. 4037** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Gürcistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 2 | **Kanun No. 4038** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Gürcistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasındaki Hava Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 3 | **Kanun No. 4039** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Litvanya Cumhuriyeti Arasında Ekonomik ve Ticari İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 3 | **Kanun No. 4040** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti ile Birleşik Arap Emirlikleri Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 3 | **Kanun No. 4041** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Nesli Tehlikede Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme ile Eklerine Katılmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 4 | **Kanun No. 4042** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü Değişikliğinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 4 | **Kanun No. 4043** **Kabul Tarihi: 27.9.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bahreyn Devleti Hükümeti Arasında Kültür Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 1.10.1994 | 22068 | 4 | **Kanun No. 4044** **Kabul Tarihi: 28.9.1994** 4 Aralık 1994 Günü Milletvekili ve Mahalli İdareler Ara Seçimi Yapılması Hakkında Kanun. |
| 3.11.1994 | 22100 | 1 | **Kanun No. 4045** **Kabul Tarihi: 26.10.1994** Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun. |
| 27.11.1994 | 22124 | 1 | **Kanun No. 4046** **Kabul Tarihi: 24.11.1994** Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. |

| Tarihi: | Resmî Gazete No: | Sayfa: | Yasanın Adı |
|---|---|---|---|
| 30.11.1994 | 22127 | 1 | **Kanun No. 4050** **Kabul Tarihi: 24.11.1994** 3941 sayılı 1994 Mali Yılı Bütçe Kanunu ile Bağlı (A) ve (B) İşaretli Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına ve Bir Ek Madde Eklenmesine Dair Kanun. |
| 30.11.1994 | 22127 | 4 | **Kanun No. 4051** **Kabul Tarihi: 24.11.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Portekiz Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Turizm Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun. |
| 30.11.1994 | 22127 | 4 | **Kanun N. 4052** **Kabul Tarihi: 24.11.1994** Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alman Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. |
| 2.12.1994 | 22129 | 1 | **Kanun No. 4048** **Kabul Tarihi: 24.11.1994** Yükseköğretim Personel Kanunu Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, |
| 3.12.1994 | 22130 | 1 | **Kanun No. 4047** **Kabul Tarihi: 24.11.1994** Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. |
| 6.12.1994 | 22133 | 1 | **Kanun No. 4049** **Kabul Tarihi: 24.11.1994** 11.10.1983 Tarih ve 2913 Sayılı Kanun, 28.5.1986 Tarih ve 3292 Sayılı Kanun, 26.10.1990 Tarih ve 3671 Sayılı Kanun, 8.6.1949 Tarih ve 5434 Sayılı Kanun ile 14.7.1965 Tarih ve 657 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun. |
| 11.12.1994 | 22138 | 1 | **Kanun No. 4053** **Kabul Tarihi: 7.12.1994** Yargıtay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. |
| 11.12.1994 | 22138 | 3 | **Kanun No. 4055** **Kabul Tarihi: 8.12.1994** Danıştay Kanununda ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Bağlı Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun. |
| 11.12.1994 | 22138 | 5 | **Kanun No. 4056** **Kabul Tarihi: 8.12.1994** Sosyal Sigortalar Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun. |
| 11.12.1994 | 22138 | 6 | **Kanun No. 4057** **Kabul Tarihi: 9.12.1994** İskan Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. |
| 11.12.1994 | 22138 | 6 | **Kanun No. 4058** **Kabul Tarihi: 9.12.1994** Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun. |

| Tarihi: | Resmî Gazete No: | Sayfa: | Yasanın Adı |
|---|---|---|---|
| 13.12.1994 | 22140 | 1 | **Kanun No. 4054** **Kabul Tarihi: 7.12.1994** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun. |
| 20.12.1994 | 22147 | 1 | **Kanun No. 4059** **Kabul Tarihi: 9.12.1994** Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, (14.8.1991 Tarihli ve 436 Sayılı "Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname" 29.7.1986 Tarihli ve 256 sayılı "16.4.1986 Tarihli ve 3274 sayılı Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 21.2.1987 tarihli ve 303 sayılı "Sigorta Şirketleri Hizmetlerinin Başbakanlığa Devri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname "16.9.1993 Tarihli ve 508 sayılı "Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, 3.6.1994 Tarihli ve 534 sayılı Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yürürlükten Kaldırılması ve Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun. |
| 25.12.1994 | 22152 | 1 | **Kanun No. 4060** **Kabul Tarihi: 22.12.1994** Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 3046 sayılı Kanunun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. |
| 28.12.1994 | 22155 (Mükerrer) | 1 | **Kanun No. 4061** **Kabul Tarihi: 23.12.1994** 1995 Mali Yılı Bütçe Kanunu. |
| 30.12.1994 | 22157 | 1 | **Kanun No. 4065** **Kabul Tarihi: 28.12.1994** Devlet Memurları Kanununa Bir Ek Geçici Madde Eklenmesine ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Ekli Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. |

—oOo—