



KURULUS: OCAK - 1975. YIL: 19. SIRA SAYI: 75

# **YARGITAY DERGİSİ**



CİLT: 19

TEMMUZ

1993

SAYI: 3

---

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

---

#### YAYIN KURULU

**Başkan** : *Gönen ERIŞ* (11. Hukuk Dairesi Üyesi)  
**Üyeler** : *Ahmet Cemal GÖĞÜŞ* (5. Hukuk Dairesi Üyesi)  
*Şener GÜNGÖR* (10. Ceza Dairesi Üyesi)  
*Hakkı DİNÇ* (2. Hukuk Dairesi Üyesi)  
*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 belirtilen ücretler ödenir.
  - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
  - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
  - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- 

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayınlanır.**
  - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 Ankara.
  - **Telefon:** (9-4) 425 16 32 - 425 16 49 ; 417 53 80 / 2385, 2484, 2486  
**Faks:** (9-4) 419 41 11
  - %6 oranındaki Katma Değer Vergisi içinde, **1993 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 72.080.- liradır.**
  - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304/110 sayılı veya Posta Çekleri Merkezi'neki 92932 numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak ya da PTT. kanalıyla gönderilerek veya Müdürlüğümüz Veznesine yatırılarak abone olunur.**
  - **Abone İşleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.**
  - Yıllık abone olma koşuluyla **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %20 indirim uygulanır.**
  - Ödemeli gönderilmez, **temsilcimiz yoktur.**
-

## İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
<b>1- GENEL KONULAR</b>	
a) Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU : Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yıldönümü Törenini Açış Konuşması .....	207-313
b) Dr. Abdullah DİNÇKOL : Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında "Hak ve Nisfet".....	214-230
<b>2- CEZA HUKUKU</b>	
a) Prof. Dr. Faruk EREM : Kanıtlanamayan Para, Eşya, Anahtar Bulundurmak .....	231-235
b) R. Yılmaz YAZICIOĞLU : Tehdit Suçu Üzerine .....	236-247
<b>3- MEDENİ HUKUK</b>	
a) Nedim TURHAN : Boşanma Halinde Maddi Tazminat ve Yoksulluk Nafakası .....	248-269
b) Nihat YAVUZ : Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı ve Buna Hasren "Venire Contra Factum Proprium" (Çelişkili Davranış) - "Nemo Auditor" (Kötü Olarak Kazanılmış Durum Hukuksal Korumanın Dışında Kalır) ve "Culpa in Contrahendo" (Sözleşme Müzakerelerinde Kusur) Kavramları Hakkında Kısa Açıklamalar.....	270-300
c) Prof. Dr. Bilge ÖZTAN : Manevi Tazminata İlişkin İçtihadı Birleştirme Kararı Maddi Tazminata ve Yoksulluk, Nafakasına da Uygulanabilir mi? .....	301-306

**4- TİCARET HUKUKU**

- a) Y. Semih ÖKTEMER : Kambiyo Senetlerinde Faiz Sorunu ..... 307-314
- b) Alpay ANTMEN : Karşılıksız Çek, Karşılıksız Çekin Hukuki ve Cezai Sonuçları (III) ..... 315-341

**5- İŞ HUKUKU**

- a) Doç. Dr. Mine MANGIR  
Aysel KÖKSAL : Türk İş Hukukunda Çalışan Çocuklar ..... 342-346

**6- ÖZEL HUKUKU**

- a) Levent YAVUZ : Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları ..... 347-354

**7- FEDERAL MAHKEME**

**İÇTİHATLARI**

- a) Dr. Kemal DAYINLARLI : Miras Hukuku..... 355-361

**8- TÜRK HUKUKUNUN  
YABANCI MAHKEMELERCE  
UYGULANMASI**

- a) Doç.Dr. Şeref ÜNAL : Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yabancı Mahkemele-  
rin Yetkisi..... 362-364

**9- YARGITAY'DAN HABERLER**

- a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik Ne-  
deniyle Aramızdan Ayrılanlar ... 365-367  
Yargıtay Yayınları ..... 368-369



• GENEL KONULAR

Yargıtay Birinci Başkanı  
Sayın Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU'nun  
Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yıldönümü Törenini  
Açış Konuşması.  
12.5.1993

Yargıtay'ın kuruluşunun 125 inci yılını kutlamak üzere toplanmış bulunmaktayız.

Törenimizi yüksek huzurlarıyla onurlandıran siz seçkin konuklarımızı, değerli meslektaşlarımızı saygıyla selâmlamaktan büyük mutluluk duymaktayım.

125 inci yıl kutlamalarına Almanya Yargıtay Başkanı Prof.Dr. Walter Odersky, Azerbaycan Yüksek Mahkeme Başkanı Tahir Kerimli, Bulgaristan Yüksek Mahkeme Başkanı İvan Grigorov, Çin Halk Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme Başkanı Vekili Duang Muzheng, Çin Qinghai İli Yüksek Halk Mahkemesi Başkanı Hui Huming, Endonezya Yüksek Mahkeme Başkanı Purwoto S. Gandasubrata, Fransa Yargıtay Başkanı Pierre Drai, İsviçre Yargıtay Üyesi Federal Hâkim (Juge Fédéral Membre de la Cour de cassation) Giusep Nay, İtalya Yargıtay Başkanı Antonio Brancaccio, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme Başkanı Salih Sami Dayıoğlu, Lüksembourg Yargıtay Üyesi Paul Kayser, Malezya Yüksek Mahkeme Başkanı Tun Abdul Hamid Bin Omar, Mısır Yargıtay Başkanı Dr. Kamal Anouar, Norveç Yüksek Mahkeme Üyesi Arne Christiansen, Özbekistan Yüksek Mahkeme Başkanı Ubeydulla Mingbayev, Pakistan Yüksek Mahkeme Başkanı Nasım Hasan Shah, Portekiz Yargıtay Başkanı Dr. Joaquim de Carvalho, Suudi Arabistan Yargıtay Başkanı Şeyh Salih Elal Luheidan, Tacikistan Yüksek Mahkeme Başkanı Şeref Mahmudov, Türkmenistan Mahkeme Başkanı Kakabaev Amanmurad davetimizi kabul ederek törenimize onur vermişlerdir. Dost Devlet yüksek mahkemelerinin burada değerli meslektaşlarımızın yüksek şahsiyetlerinde temsil edilmelerinden duyduğumuz mutluluk çok büyüktür. Kendilerine ayrı ayrı şükranlarımızı sunuyoruz. İnaniyorum ki bu çok yakın ilgi

Ülkelerimiz arasındaki tarihi dostluğun ve bağların daha da gelişmesine ve dünya barışının kurulmasına büyük katkılar sağlayacaktır. Bu bakımdan da 125 inci Kuruluş Yıldönümü töreni özel bir önem ve anlam taşımaktadır. Misafirlerimizin biraz sonra yapacakları değerli konuşmalar da Türkçe'ye çevrilerek ayrıca orijinal metinleriyle birlikte bir kitap halinde yayınlanacaktır.

Çağımız Devleti'nin temel niteliklerinden biri insan haklarına saygılı Hukuk Devleti olmasıdır. Hukuk Devleti denilince her türlü eylem ve işlemi hukuka uygun bulunan Devlet anlaşılır. Devletin Hukuk Devleti oluşunun teminatı her türlü eylem ve işlemin yargı denetimine tâbi bulunmasıdır.

Yargı, Devlet içerisindeki üç kuvvetten biri olup, sağlam bir Devlet yapısı, sağlam bir yargı organı ile gerçekleştirilebilir. Türk Devleti geleneği içerisinde yer alan "Adalet Mülkün Temelidir" sözü bu gerçeği kolaylıkla ortaya koyar.

Yasama, yürütme ve yargının kuvvetler ayrılığı prensibi uyarınca dengeli bir durumda bulunmaları Hukuk Devleti'nin de bir güvencesidir.

Yasama, yürütme ve yargı organlarının herbirinin görev alanları belirlenirken, bir denge içerisinde bulunmalarına özen gösterilmelidir. Hukuken birbirine eşit olan ve Millet adına hareket etme durumunda bulunan bu organlarda görev alanların özlük haklarının da kendi aralarında bir denge içerisinde belirlenmesi zorunludur. Aksi halde gerçekleştirilmesi düşünülen denge sadece sözde kalır. Yani şunu söylemek istiyorum: Yüksek Mahkeme üyelerinin, daha geniş anlamda Hâkimlerin ve Savcılarının özlük hakları belirlenirken öncelikle parlamento üyelerinin özlük hakları dikkate alınarak denge burada aranmalıdır. Yoksa parlamento üyelerinin özlük hakları bir tarafa bırakılarak ve ondan uzaklaşarak konu diğer devlet memurları kapsamında ele alınmamalıdır. Aksi halde kuvvetler ayrılığı prensibine dayanan Devlet yapısı zaafa uğrar.

Devletin itibarı hâkimlere, yargıya verilen önemle doğru orantılıdır. Adaletin zaafa uğraması Devletin zaafa uğramasına yol açar. Bu sebeplerle hâkimlere ve savcılara Devletin itibarı için tasasız bir yaşam sağlanmalıdır.

T.C. Anayasası yasama, yürütme ve yargı organlarına ilişkin düzenleme bulunurken, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını da açık bir şekilde hükme bağlamıştır.

Ülkemizde yargı birliği mevcut değildir. Adlî, idarî, askerî yargı birbirinden bağımsız olup her bir yargı dalına tekabül eden yüksek mahkemeler de

ayrı ayrı düzenlenmişlerdir. Bunlar Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesidir. Ayrıca yasaların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi ile görevli Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Anayasa'ya uygunluk denetimini Yüksek Mahkemeler arasında bulunan Anayasa Mahkemesi gerçekleştirmekle beraber, bu konuda diğer yargı dalları da belirli ölçülerde görevli kılınmışlardır.

T.C. Anayasası getirdiği sistem içerisinde, Anayasa Mahkemesi ile diğer bütün mahkemelerin bu konudaki görev ve yetkilerini kurallaştırmıştır. Sadece Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetiminde yasalar hakkında iptal kararı verme yetkisini haizdir. Diğer Yüksek Mahkeme ve yerel mahkemeler de Anayasa'ya uygunluğu def'i yolu ile incelerken yasayı Anayasa'ya uygun bularak, aykırılık iddiasını ciddi görmezlerse sorunu kendi bünyelerinde sonuçlandırır ve bu durumda konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine gerek kalmaz.

Adli yargı ülkemizde en kapsamlı uygulama alanı bulunan bir yargı dalıdır. Yurttaşların temel hak ve özgürlükleri ile ilgili ve hatta onların yaşama haklarını ilgilendiren davalar esas itibariyle adliye mahkemelerinde görülür. Suç teşkil eden alanlarda yurttaşlar genel olarak adliye mahkemelerinde yargılanırlar. Bütün bu davalar Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Asliye Hukuk, Asliye Ticaret, Sulh Hukuk, İş Mahkemesi ve İcra Tetkik Mercilerinde görülür. Adli yargıda görev ifa edecek hâkim ve Cumhuriyet Savcısı kadrosu sekizbinbeşyüz'dür.

Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen hüküm ve kararların son inceleme mercii olarak görev ifa etmek üzere kurulmuştur.

Yargıtay'ın kuruluşunun iki temel amacı vardır. Birincisi şudur: Her insan gibi hâkimler de verdikleri kararda hata edebilirler. Adalet tevzi işinin başlıca amacı ise mahkemelerce doğru karar verilmesidir.

Diğer taraftan yasaların hükümleri her zaman açık olmayabilir. Hâkim yasaları uygularken onları yorumlayacaktır. Yasaların mahkemelerce farklı şekilde yorumlanarak uygulanmaları yurttaşlar arasında yasa önünde eşitliği bozacaktır.

İşte bu sebeplerle mahkemelerce doğru karar verilmesinin sağlanması ve aynı zamanda yasaların ülkenin her tarafında aynı şekilde yorumlanıp uygulanması için Yargıtay kurulmuştur.



İslâm Hukuku da Yargıtay incelemesi düşüncesine yabancı sayılamaz. Her ne kadar bu konuda bağımsız bir yüksek mahkeme kurulması benimsenmemiş ise de belli koşullar altında bir mahkeme hükmünün yeniden incelenerek yanlış ise doğru bir hüküm verilmesini sağlama olanağı tanınmıştır.

Yargıtay kararları hiçbir denetime tâbi değildir. Bu sebeple Yargıtay bir Yüksek Mahkemedir.

Bu nitelikler ve özellikler dikkate alındığında 6 Mart 1868 tarihli padişah iradesi ile kurulmuş bulunan **Divan-ı Ahkâmı Adliye**'yi bir Yargıtay olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenlerle Yargıtay'ın 6 Mart 1868 tarihinde kurulmuş olduğunu benimsediğimizden bu yıl Yargıtay'ın kuruluşunun 125 inci Yıldönümünü kutlamaktayız. Aynı tarihli irade ile Divan-ı Ahkâmı Adliye Başkanlığına nazır unvanı ile Halep Valisi Cevdet Paşa atanmıştır.

Divan-ı Ahkâmı Adliye'nin kuruluşundan sonra Yargıtay birçok değişiklikler geçirmiştir. Nizamî Mahkemelerin Kuruluş Kanunu ile Divan-ı Ahkâmı Adliye'ye **Mahkemei Temyiz** adı verilmiş, Kurtuluş Savaşı'nın başlamasından sonra Mahkemei Temyiz varlığını devam ettirmekle beraber **Sivas'ta 7 Haziran 1920 tarihli Kanunla bir Temyiz Heyeti kurulmuş**, bu heyet 14.11.1923 tarihli Yasa ile kaldırılmış, Cumhuriyetin ilânından beş gün sonra Eskişehir'de Mahkemei Temyiz adıyla Yargıtay kurulmuştur.

Eskişehir Yargıtay'ı 1935 Bütçe yılı içinde Ankara'ya taşınmıştır. Yargıtay Ankara'ya nakledildiğinde Başbakanlığın karşısında bu amaçla yapılan içinde bulunduğumuz bu binaya yerleşmiştir. İlk zamanlar bu binaya Adalet Bakanlığı ile Askerî Yargıtay'da yerleşmişken sonradan ayrılmışlardır. Yargıtay'ın ana binası olan bu ilk bina Avusturyalı Mimar Prof. Clemens Holzmeister tarafından 1933-1935 yılları arasında yapılmıştır. Yüce Divan'da, Yavuz-Havuz davası ile Suat Hayri Ürgüplü davası bu binada görülmüştür. Zamanla Yargıtay kadrosu genişleyince önce eski Enerji Bakanlığı binası ile Millî Eğitim Bakanlığı Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı binası olarak kullanılan üçüncü bina da geçen yıl Yargıtay'a tahsis olunmuştur. Bu yeni binaya Yargıtay Tetkik Hâkimleri ile Cumhuriyet Savcıları yerleştirilmişlerdir. Her üç bina mimarî yapı itibariyle uyum göstermektedir.



## **BUGÜNKÜ YARGITAY'IN DURUMU**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Yargıtay'ın adliye mahkemelerince verilen hüküm ve kararların son inceleme mercii olarak kurulduğunu açıklamaktadır.

Yargıtay ayrıca; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay Başkan ve Üyeleri ile Yargıtay ve Danıştay Başsavcılarını, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilini, kişisel suçlardan dolayı yargılar. Tüm Yüksek Mahkeme Başkan ve üyelerinin kişisel suçlarından dolayı yargılanmaları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda yapılır.

Yargıtay; Birinci Başkanlık, Daireler, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bürolar ve idarî birimlerden oluşur. Yargıtay'da kadro itibariyle 236 üye bulunmaktadır.

### **Yargıtay'ın karar organları şunlardır:**

- Daireler (bunlar 20 Hukuk, 10 Ceza Dairesidir),
- Hukuk ve Ceza Genel Kurulları,
- Büyük Genel Kurul,
- Başkanlar Kurulları,
- Birinci Başkanlık Kurulu,
- Yüksek Disiplin Kurulu,
- Yönetim Kurulu.

Hukuk ve Ceza Daireleri dışındaki bütün kurul ve genel kurullara Birinci Başkan başkanlık eder.

- Birinci Başkanlık; Birinci Başkan, Başkanvekilleriyle, Genel Sekreterden oluşur.

- Dairelerde bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur. Ancak, Dairelerde temyiz incelemesi yapılırken Daire Kurulu bir Başkan ile dört üyeden oluşur.

- Daireler yerel mahkemelerce verilen kararlara karşı temyiz incelemesi yapar. Bu kararları bozar, onar ve bazı hallerde düzelterek onar. Görüşmeler gizli olarak yapılır ve oyçokluğu ile karar verilir. Temyiz incelemesi

mesi yapılacak dosyalar tetkik hâkimleri tarafından okunarak kurula sunulur. Tetkik Hâkimleri, tecrübeli hâkim ve Cumhuriyet Savcıları arasından seçilirler.

### **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı**

- Cumhuriyet Başsavcısı,
- Cumhuriyet Başsavcivekili,
- Ve Cumhuriyet Savcılarından oluşur.

Hukuk ve Ceza Genel Kurulları dairelerin bozma kararlarına karşı yerel mahkemelerce verilen direnme kararlarına ilişkin temyiz incelemesini yapar.

Hukuk Genel kurulu en az kırkbir üyenin, Ceza Genel Kurulu ise en az yirmibir üyenin katılmasıyla toplanır.

Dairelerin görevleri işbölümü esasına göre yasa ile belirlenmiştir.

- Yargıtay Daireleri veya Genel Kurulları arasındaki içtihat uyumsuzluklarını Hukuk veya Ceza İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu veya Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu çözümler.

Yargıtay Birinci Başkanını, Birinci Başkanvekillerini, Daire Başkanlarını Yargıtay Büyük Genel Kurulu seçer. Ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile Başsavcivekili adaylarını da bu kurul belirler. Bu iki seçimin dahi nihaî olarak Birinci Başkan gibi doğrudan doğruya Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca yapılması isabetli olacaktır.

### **Birinci Başkanlık Kurulu**

Bu Kurulun görevleri:

- Yargıtay Üyelerinin ve Tetkik Hâkimlerinin yerlerini iş durumuna göre belirlemek, gerektiğinde değiştirmek,
- Yargıtay Birinci Başkanının, Başkanvekillerinin, Daire Başkan ve Üyelerinin özlük işleri ile ilgili konuları incelemektir.

### **Yönetim Kurulu**

Hâkimlik ve Savcılık sınıfından olmayan Yargıtay pesonelinin özlük işlerini yürütmek ve gereken kararları almak yönetim kurulunun görevidir.

### **Başkanlar Kurulu**

– Hukuk ve Ceza Daireleri arasında görev ve işbölümü uyumsuzluklarını karara bağlamak,

– Daireler arasında iş yükü açısından dengenin sağlanması için gereken tedbirleri almak,

– Birinci Başkanlık Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu, Yönetim Kurulu kararlarına yapılan itirazları kesin olarak karara bağlamak,

Başkanlar Kurullarının görevleri arasındadır.

Ayrıca, Birinci Başkan'ın adalet yılı açış konuşması üzerinde Başkanlar Kurulu'nun düşüncesi alınır.

Cumhuriyetin kuruluşundan sonra muhtelif alanlarda gerçekleştirilen inkılâplar arasında hukuk inkılâbı fevkalâde önemli bir yer tutmaktadır. Bu amaçla batılı ülkelerden bazı kanunlar iktibas olunmuştur. Medenî Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İsviçre'den, Ticaret Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Almanya'dan, Ceza Kanunu İtalya'dan alınmıştır.

Hâkimlerimiz gerçekten büyük bir özveri ile çalışmışlar, Devlet hayatı bakımından uzun sayılamıyacak bir süre içinde bağımsız bir Türk millî hukukunun oluşmasını sağlamışlardır. Medenî Kanunumuz kabulünden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. İsviçre'de ise Medenî Kanun'un kabulünden beş yıl sonra yürürlüğe girdiği dikkate alınırsa hâimlerimizin ne denli başarılı ve özverili bir çalışma sergiledikleri kolaylıkla anlaşılır. Cumhuriyetin ve inkılâpların yerleşip kökleşmesinde hâkimlerimizin ve en üst düzeyde Yargıtay'ın çok büyük rolü olmuştur. İşte bu sebeplerle Yargıtay'a yüce Milletimizin gözbebeği diyoruz.

Mensubu olmaktan fevkalâde onur duyduğumuz Yargıtay, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü korumada ve adalet yolunda yüce Milletimize daha nice yüzyirmibeş yıllar ebediyete kadar devam edecektir.

Bu duygu ve düşüncelerle siz Dost Devletler Yargıtay ve Yüksek Mahkeme Başkanlarını, üyelerini ve sayın konukları, değerli meslektaşlarımı derin saygı ile selâmlıyorum.



## HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASINDA

### “HAK VE NİSFET”

Dr. Abdullah DİNÇKOL

• **ANLATIM DÜZENİ:** I- Giriş. II- Karar verme süresinde Hâkimin takdir yetkisini kullanması. 1. Genel olarak. 2- Takdir yetkisinin kullanılmasının sınırları. A- Yasa tarafından takdir yetkisi tanınmış olmasının gerekliliği. B- Yasa tarafından çizilen sınırların dışına çıkılamaması. C-Hak ve nisfet'e uygun davranmanın zorunluluğu. III- Takdir yetkisinin kullanılmasında hak ve nisfet kavramı. 1- Hak ve nisfet kavramı. 2- Hak ve nisfet kavramı üzerindeki görüşler. A- Hak ve nisfet kavramını ayrı anlamlı kabul eden görüş. B- Hak ve nisfet'in aynı kavramı belirlediğini kabul eden görüş. 3- Hak ve nisfet kavramının hakkaniyeti belirlemesi ve adalet ilişkisi. IV- Sonuç.

### I- GİRİŞ

Toplumsal yaşamın din, ahlâk ve örf gibi sosyal kurallar ile düzenlenmesini sağlayan ve herşeyden önce bir düzen (1) demek olan hukuk, ancak bir biçim içerisinde ve “biçimle” gerçeklik kazanabilir (2). İşte bu düzeni sağlamak maksadıyla konulan her yasa ve düzenleyici metin, toplumsal bir gereksinmeyi karşılamak hedefini güder. Bu gereksinme o yasanın gönderilme nedenini ve amacını oluşturur (3). Hızlı gelişme ve değişmeler, bu gereksinmelerde de gelişme ve değişiklikler yaratır (4). Kural artık soruna tam cevap veremediği gibi, hiç cevap veremez duruma da girebilir.

- (1) İster (büyük) bir ülke, ister küçük bir kabile olsun, her toplumda, belli bir ekonomik işbölümü, siyasal iktidar, maddî ve manevî değerler, inançlar (çeşitli) kurallar, belirgin bir dayanışma, kısacası bir düzen vardır. Bk. ÜNSAL, Artun, “Hukuk ve Toplumsal Yaşam”, AÜSBFD., C.XXIX, Eylül-Aralık 1974, N.3-4, s.144 ve dn.5'teki kaynaklar.
- (2) ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi üzerine, Üçüncü Bası, İstanbul, 1979, s.17.
- (3) Beslenme, üretme, ekonomik kaynakları, zenginlikleri paylaşma ve kullanma, varlığını ve türünün devamlılığını koruma, cinsel tatmin, güvenlik, aşgari bir düzen vb. gibi zorunlu gereksinmelerden doğan bu ilişkiler sürekli bir evrim içinde olan her toplumda çeşitli kurallarla güvence altına alınmıştır. ÜNSAL, s.144-145.
- (4) İnsanların uygarlık düzeyi yükseldikçe, hukuka olan gereksinmesi artar ve bu nedenle hukukunu daha çok geliştirir. Hukuk toplumsal gereksinmelere cevaptan başkibir şey değildir. HOEBEL, E.A., The Law of Primitive Man, Cambridge, Harvard University Press, 1954, s.293'ten nakleden İbid., s.145.



Diğer yandan, kurallara bağlanması düşünülen insan ilişkileri o kadar genişler ki, hepsini kurallara bağlamak olanak dışıdır. Hukuk tarihinde bu yolda yapılan çalışmalar her ilişkinin yasa kurallarının konusu haline getirilmesinin mümkün olmadığını göstermektedir (5). O zaman kurallaştırmada, genel ve soyut ilkeler koymak, en etkili ve yapılması olanaklı tek yol olmuştur.

Bu yüzden yasa koyucu, belli bir kural öngörmekle beraber, olayın ve ihtiyaçların özelliklerine göre, toplumsal yaşamın türlü evrim ve oluşumlarının gereklerine uydurulabilmesi, hukuk kurallarının somut olaylara uygulanabilmesi için, bu kurallardan yararlanacak, onları tatbik edecek olan "hâkim"lere geniş "takdir yetkisi" tanımıştır.

Toplumda hukukun üstünlüğünü sağlayacak güçlerin başında gelen "adalet organları"nın (6) yapısı içinde en önemli yeri tutan "hâkim"lerin; görev ve işlevlerini yerine getirirken, kendilerini karara götürecek "takdir yetkisi"nin kullanılmasında (7) dikkate almak durumunda oldukları "iç sınırı" (8) oluşturan "hak ve nısfet" kavramı, bu yazınında konusunu oluşturmaktadır.

## II- KARAR VERME SÜRECİNDE HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI

### 1- Genel Olarak

Hâkimin karar verme sürecinde kullandığı ve "takdiri" dediğimiz yetkisini, modern hukukta bir yer edinmesi mümkün olmayan "keyfîlik"le karıştırmamak gerekmektedir. "Keyfî" güç, herhangi bir makamın, kendi şahsî görüşlerine,

- (5) Örneğin, yapıldığı ilk zamanlarda genellikle takdir toplayan "Mecelle", zaman geçtikçe çeşitli olaylarla karşılaştıkça ihtiyaçları tatmin edemez oldu. "Bilhassa kanun lisaniyle yapılmış olan hukuki mefhumların tarifleri, hâkimleri çok sıkı bir çember içine almıştı. Mantiğin icaplarına tamamen uygun görünen objektif hukuk kaideleri, hayatın icaplarına uymuyordu. Halbuki kanunun vazifesi mantık hissini değil, belki cemiyetin ihtiyaçlarını tatmin etmektir..." ARSEBÜK, Esat, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Sahaları", AÜHFD., Yıl.1, C.1, 1943, S.1, s.13-14. Aynı hal, Prusya Devleti Umumi Kanunu'nda da kendisini göstermektedir. Bu kanunun 46'ncı maddesinde, hâkimin hakkında kanuni bir hüküm bulunmadığı bütün hallerde, durumu kanun komisyonundan sormaya ve komisyonun vereceği karara göre hareket etmeye mecbur olduğu hükmü mevcuttur. Onyed bin maddelik bu kanun, toplumsal yaşama intibakının çok azalması ve en küçük bir değişiklik olay karşısında dahi yeni bir hüküm konulmasının gerekmesi sebebiyle ortadan kalkmıştır. SCHWARZ, Andreas B., Medeni Hukuka Giriş, Tercüme Eden: Hıfzı Veldet, İstanbul, 1942, s.49.
- (6) "Adalet Organi", deyimi için bk. KEYMAN, Selâhattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara, 1970, s.76 vd. Bir diğer ifade şekli ile "adli organ" deyimi için bk. CENTEL, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî (doktora tezi), İstanbul, 1984, s.44-45.
- (7) Bu yazının ana temasını oluşturan hâkime ait takdir yetkisinden doğan takdir kararı, ispat hukukundaki delillerin ve olayların tesbitine ilişkin takdir değil, hukuki hüküm verme ve değerlendirmeye ilişkindir.
- (8) takdir yetkisinin "dış" ve "iç" sorunları terimleri için bk. EGGER, A., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, çev. Volf Çermis, Ankara, 1947, s.113-114; ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul, 1986, s.227-228.

arzularına göre, hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmadan hareketi demektir. "Salt bir serbestlik, hukuk devleti prensipleri ile bağdaşmaz..." (9). Bu açıdan takdir yetkisini kullanan hâkim, bu yetkiyi çok genel bir söyleyişle ancak yasanın serbest bıraktığı alanlarda veya çizdiği daireler içinde, ülkenin yasaları ile belirlenen sınırlar dahilinde ve "göreve uygun biçimde" (10) kullanabilir. Bu yetki, hiç bir zaman hâkimi kanunların, hukuk kurallarının üstüne veya dışına çıkarmış olmaz. Hatta daha geniş bir ifade ile diyebiliriz ki, takdir yetkisine dayanarak hareket eden hâkimi sınırlayan, çemberleyen hukuki bir kuralın mevcut olmamasına rağmen, kendisini yine bağlayan, niteliği itibariyle elastiki ve çok kapsamlı bir karaktere sahip "hak ve nisfet" gibi genel bir prensibe uygun davranmak zorunluluğu vardır.

"İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarının 4 üncü maddesi de takdir kararının nasıl verileceğine işaret etmektedir. Nitekim, bu maddede "hak ve nisfetle" deyimini kullanılmaktadır ki, bu, hakkaniyetten başka bir şey değildir. Buna göre, takdir kararı, gerçi serbest bir değerlendirmeye dayanmaktadır; ancak bu değerlendirme bir keyfiliği deyimleyemez. Karara bağlanacak olaydaki çıkarlar iyice bilinmeli ve tarafsızca ele alınarak etik prensiplere göre değerlendirilmelidir." (11).

Keyfî güçle takdirî güç arasında sınırlandırılma açısından bir fark mevcut olduğuna göre, hâkimin sahip bulunduğu takdir yetkisinin gerçek ve kesin sınırlarının neler olduğu üzerinde durmak gerekmektedir.

## **2- Takdir Yetkisinin Kullanılmasının Sınırları**

### **A) Yasa Tarafından Takdir Yetkisi Tanınmış Olmasının Gerekliliği**

Hâkim tarafından hükme ilişkin takdir yetkisinin kullanılması hallerinde, o, bu takdirî gücünü, yine yasaların belirttiği durumların ortaya çıkması halinde, onların yani yazılı hukukun hüküm ve emirlerine uygun olarak kullanmak mecburiyetindedir. Ancak kendisine yasayla takdir yetkisi tanınan yerlerde hak ve nisfetle hükmedebilir.

Hâkim de yasayla bağlıdır. Çünkü yasa yalnız birey için değil, bizzat toplum hakkında da bir sosyal hareket aksiyonudur. O sebeple hâkim de hukuk dünyasının tüm üyeleri gibi, yasalara uymak zorundadır. "...Hâkimin

(9) ARAL, s.215.

(10) İbid., s.215.

(11) İbid., s.215.

hukukî kaideleri kıymetlendirme, takdir etme selahiyeti ince ve nazik bir iştir. Herhalde hâkim mutlak surette serbest değildir. (Yasa) hilâfına hüküm veremez, bilerek ondan yüz çeviremez. (Yasasız) kaza, hissî bir kaza olur ve bu da kolayca zulme varabilir. Hâkim hususi bir şahıs değil, bir devlet organıdır; umumi hukuk nizamının emir ve hizmetinde bulunmaktadır. Hukukdaşlar ona karşı objektif takdir düsturlarına göre hüküm verecektir diye itimat etmektedir. Hâkim de bu tasavvurun füsunundan kendini kurtaramaz. O da bilir ki, adaletin tevzii ve hukuki emniyet ancak bu surette mümkün olur..." (12).

İşin özelliği, ahlâki sorumluluk, hâle uygunluk, ideal hukuk düşüncesi, hukuk şuuru, adalet, iyiniyet gibi hukukun genel prensipleri, hâkime dayanak oluştursa da; "...bunlar hâkime kayıtsız, mutlak bir takdir için verilmiş birer açık mektup, doğrudan doğruya (yasanın) yerini almış mefhumlar değil, belki (yasanın) boşluklarını doldurmak için istinat noktaları teşkil ederler" (13).

Öte yandan, bir hukuk devletinde herkes var olan yasaları bildiği sürece hâkimin varacağı kararı önceden kestirebilir. Somutlaştırma; yani her özel durumda metnin somutlaştırılması, elbette sadece yürürlükteki yasaların maddelerini bilmek değildir. Ancak, bir toplumu oluşturan bireylerin her türlü işlem ve hukuki ilişkilerini, yasaların açık hükümlerine dayandırmak durumunda oldukları da bir gerçektir. Eğer hâkim, yasa da bulunmayan, yasa tarafından kendisine verilmeyen bir takdir yetkisini kullanırsa, yasa düzenlemek ve koymak önemini kaybeder. Bilinmezlikler içinde, hukuki ilişkiler sarsıntıya uğrarlar. Hukuk güvenliği açısından da, hâkim eğer yasa da belirtilmemişse, takdir yetkisini kullanamaz (14).

(12) ANSAY, S.Şakir, "Kanun ve Tefsiri", (19.3.1938'de Ankara Halkevi'nde verdiği konferans), Adliye Ceridesi, 1938, S.12, s.2057. Belgesay da "...hâkim ancak (yasanın) takdirine bıraktığı hususlarda adalet ile hükmedebilir. Hâkim, [yasanın] sarahatı ile halledilen meselelerde (yasa) ile bağlı olup, adalet ile hüküm edemez..." demektedir. Bk. BELGESAY, M.Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi: Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku, 4 üncü tabı, I, İstanbul, 1945, s.81.

(13) ANSAY, s.2057.

(14) Karşıt görüşteki bazı yazarlar, hâkimin takdir yetkisinin yasayla tanınmış durumlarda sınırlanmasının uygun olmadığını belirtmektedirler. Bu görüşler için bk. EGGER, s.111-112; ÖZSUNAY, s.225; ARIK, Fikret, "Yeni Hukukumuz ve Hâkimin Faal Rolü", Adliye Ceridesi, 1942, S.3, s.272. "...ancak takdir yetkisinin kapsamını genişletme eğilimindeki bu görüşün bazı bakımlardan paylaşılmaması ... güçtür. Gerçekten (yasa) koyucu yalnız gerekli gördüğü yerlerde yargıca yeterince takdir yetkisi tanımış ve kural-ıçi boşluklar meydana getirmiştir. Böyle kural-ıçi boşlukların yaratılmadığı durumlarda yargıcın... takdir yetkisine sahip olabileceğini söylemek, bir bakıma çelişmeye düşmek olur. Zira, bu halde "kural-ıçi" bir boşluk yoktur ki, yargıcı takdir yetkisini kullanıp mevcut olmayan (!) kural-ıçi boşluğu doldursun... Bu görüş taraflarınca, takdir yetkisinin tanınması ve takdir yetkisinin genişliğinin belirtilmesi işinin bir yasama işi olduğunun gözden kaçırıldığına şüphe yoktur..." EDİS, Seyfullah, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", AÜHFD., C.XXX, 1973, S.1-4, s.182-183. İmre de, hâkime takdir yetkisi verilmesi ve bunun genişliğinin tayininin, yasa koyucuya ait olduğunu, yasanın bunu belirtmediği hallerde, hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığını söylemektedir. İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 3. Baskı, İstanbul, 1980, s.197. Nitekim Ticaret Dairesinin 29.3.1954, E.183, K.2734 sayılı bir kararında da aynı yönde görüş bildirilmiştir. Bk. Edis s.182, dn.43.



Şu halde, hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisine dayanarak verdiği kararların, gereken etki ve sonuçları doğurabilmesi için, yasa koyucunun iradesine, pozitif hukuk tarafından saptanan sınırlara uygun olması lâzımdır.

### ***B- Yasa Tarafından Çizilen Sınırların Dışına Çıkılamaması***

Hâkimin takdir yetkisini sınırlayan hususlardan birisi de, onun, sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak, mevcut hukuki kuralların, yasaların sınırlarını aşmamasıdır. Hâkim, kendi, yetkilerini yasa koyucunun, hukuki kurallarla çizdiği sınırlar içinde ve onların hükümlerine, saptadığı esaslara, yasaların gayesine, maksadına tamamen uygun olarak kullanmak zorundadır. Diğer bir ifade ile, yasa koyucu tarafından hukuki kurallarla tesbit ve tayin edilen alanlar içinde; yasayı yapanların, hukuki kuralları koyanların, izlenecek yol ve davranış şeklini gösterdikleri hallerde, hâkim için takdir yetkisi söz konusu olamaz. Hâkim için böyle bir durum karşısında, mevcut hukuki kuralların, normların hükümlerine çok geniş manâda tamamen uygun davranmak, onların sınırları içinde kalmak zorunluluğu vardır. "Değerlendirme ölçüsü, geniş ölçüde pozitif hukuktan ve onun anlama uygun yorumundan çıkan çerçeve içerisinde kalacaktır. Pozitif hukukun anlam ve amaca göre yorumu, içinde serbest takdirin yapılacağı bir sınırı biçimlendirir" (15).

Bu şekilde, mevcut olan yazılı hukuk kurallarının, yasaların açıklığına uygun, onların çizdikleri esaslar içerisinde davranmak zorunluluğu, hâkimin takdir yetkisine konulan sınırlamalardan birini oluşturmaktadır (16).

### ***C- Hak ve Nisfet'e Uygun Davranma Zorunluluğu***

Önceden de belirtildiği gibi, yasa koyucunun verdiği veya çalışma alanlarının önceden sınırlanmadığı durumlarda bile, hâkim, sahip olduğu serbest hareket yetkisini kullanırken kendisini bu hususta sınırlayan "hak ve nisfet"e uygun davranma zorunluluğu gibi önemli bir prensibin karşısında bulunmaktadır. Hâkimin yerine getirilmesi ile yükümlü olduğu görevin yapılmasında, aldığı kararların esas gayesi, "hak ve nisfet"i çeşitli niteliklerde realize etmek, ona uygun davranmak olacaktır. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, nasıl dışarıdan hukuk kuralları ile bağlı ise, içeriden de yerine getirdiği görevin

(15) ARAL, s.215.

(16) Takdir yetkisinin genişlemesinden ve daralmasından sözedilemeyeceğini belirten karşıt görüşteki Bonnard'a göre; o, ya vardır ya da yoktur. Bu iki şıklı önermede bir orta derece yoktur. Bu yüzden takdir yetkisine (tahdit) olamaz, çünkü bu yetkide artmaya ve azalmaya kabiliyet yoktur. Mevcut olunca, daima aynı halde kalır. "...takdir salâhiyeti daima hudutsuzdur. Zira bir şey ki "takdir"dir, "mahdut" olmaklığı mantıkça mutasavver olamaz...". BONNARD, Roger, İdarenin Kazai Murakabesi, çev. Ahmet Reşid Turnagil, İstanbul, 1939, s.66-67.



yapısından, niteliğinden, gayesinden doğan “hak ve nisfet” gibi bir iç direktifle sınırlanmış (17) ve bağlanmışdır.

“Hak ve nisfet” gibi bir iç direktifle de bağlı ve sınırlı olan hâkim, kendisine bırakılan serbestî alanda keyfî hareket etme zorundadır. Takdir yetkisinin, hâkimin izlemekle zorunlu olduğu belirli gayelere uygun olarak kullanılmış bulunması lâzımdır (18). Hâkim, takdir yetkisine dayanarak hareket ettiği alanlarda, hak ve nisfeti gözönünde bulundurmak ve onun gerçekleşmesine çalışmakla yükümlüdür.

“Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim hak ve nisfetle hükmeder” şeklindeki ifadesiyle, takdir kararının nasıl verileceğine işaret eden ve hâkimin takdir yetkisini ortaya koyan Medeni Kanunun 4 üncü maddesi, böyle bir sınırlamayı “takdir yetkisinin aşkın kullanımından veya takdir yetkisinin saptırılmış kullanımından doğabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak için öngörmüştür” (19).

Niteliği itibarıyla bir nisbîliği içermesi sebebiyle kesin bir kalıp olarak ortaya konulamayan ve bir görüş ve düşünüş meselesi olan “hak ve nisfet”in, açık bir tanımlaması yoktur. Bu açıdan bilimsel alanda çeşitli açıklamaları beliren bu kavramın ve takdir yetkisinin kullanılmasındaki yerinin, ayrı bir başlık altında incelenmesi yararlı olacaktır.

### III- TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASINDA HAK VE NISFE KAVRAMI

#### 1- Hak ve Nisfet Kavramı

Çok geniş ve göreceli iki kavramdan oluşan “hak ve nisfet” kavramının açık bir tanımını ortaya koymanın zorluğu ortadadır.

“Hak” sözcüğünü, Almanca: Recht, Fransızca: Droit, İtalyanca: Diritto, İngilizce: Right karşılıkları ile ifade eden kelimeler, aslında “doğru, dik” anlamını ortaya koyan sözcüklerdir. “Hak anlamı bunlara mecazi (figüratif) olarak verilmiştir. Çünkü hak ile doğru arasında bir bağlantı vardır. Haksızlık ile eğri

(17) *Supra*, dn.8.

(18) “Pozitif hukuk ve onun anlama uygun yorumundan çıkan çerçeve içerisinde de, değer ve değerlendirme ölçüsü keyfe göre seçilemez; bu ölçünün adalet ve hakkaniyete uygun bulunması, her hukuk düzeninin dayalı bulunduğu insan onuru ve büna yakın diğer temel değerlerin dikkate alınması gerekir” *ARAL.*, s.215-216.

(19) *EDİS*, s.186.

arasındaki bağlantı gibi" (20).

Sözlük (21) anlamı itibarıyla: 1-Tüze, adalet; 2- Tüzenin gerektirdiği veya birine ayırdığı şey; 3- Dava veya savda gerçeğe uygunluk, doğruluk; 4- Geçmiş emek; 5- Pay; 6- Ücret; 7- (Sıfat olarak) Doğru gibi karşılıkları bulunan "hak" sözcüğü; halk dilinde de: "hak etmek", "hak kazanmak", "hakseverlik", "hak tanır", "birine hakkını vermek", "hak yemek", "hak yerini bulur", "hak yerde kalmaz", "hak yolu", "hakkı için", "hakkı ödenmez", "hakkından gelmek" şeklinde değişik kullanımlara sahiptir.

Gramer bakımından "hak" kelimesinin Arapça çoğulu olan hukuk terimi ile hak terimi arasında birbirinden kesinlikle ayırtedilemeyen bir ilişki mevcuttur. Ancak günümüzde hukuk tabiri, bazı eski yasa maddeleri hariç olmak üzere, "haklar" anlamında artık kullanılmadığı (22) gibi; "hak" kelimesi de, yasa ve adetlerin bütünü veya bütünü'nün bir kısmı anlamını taşımamaktadır. Şimdiki halde hak ve haklar kelimeleri sübjektif, hukuk tabiri ise objektif anlamda kullanılmaktadır. Fakat sabit olan bu kullanım tarzı dışında hak kelimesi, "iddia", "talep", "selahiyet", "müsaade", "ruhsat", hata kişilik hakkı, mülkiyet hakkı, telif hakkı ibarelerinde olduğu gibi, hukuksal bir kurum anlamına gelmektedir (23).

Bir işi yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkan bir "selahiyet ve iktidarı" ifade eden "hak"ı kullanıp kullanmamak, hak sahibinin elindedir (24).

Bir başka yönden yaklaşıldığında ise, hak kavramının gelişimi içinden, nisbî eşitliği belirtecek bir kavram olarak "nisfet" kavramının çıktığı görülmektedir. "Ulpianus'un, Digesta'da ve Justinianus'un Institutes'lerinde yer bulmuş ve onların ilk cümleleri kılınmış meşhur tarifine göre "adalet herkese hakkını vermek hususunda kesin ve ardı kesilmez bir iradedir". Türk dilinde herkese hakkını vermek lâyık olduğu şeyi vermektir. (...). Herkesin lâyıkı nedir? (...). Bu "düşen pay", "müstahak olunan (hak edilen)", "lâyık olunan" şey nedir? (...). Herkesin hakkı olan şeyi cemiyetin mahiyeti tayin eder; ödevleri yaratan tabiat ve ahlâk tayin eder. Tabiat insanlar arasında münâ-

(20) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Toplumsal Yaşam ve Hukuk", (Görüntü Haklar), İstanbul 1983, s.83.

(21) TDK. Türkçe Sözlük, C.1, 7 nci baskı, Ankara 1983.

(22) Örneğin Arsebük, Medeni Kanunun 4 üncü maddesindeki "hak" kelimesinden maksadın, objektif hukuk kuralları olduğunu söylemektedir. ARSEBÜK, Esat, Medeni Hukuk, Başlangıç ve Şahsın Hukuku I, İstanbul 1938, s.97.

(23) HİRŞ, E., "Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?" AÜHFD., C.2, 1944, S.1, s.32/20-32/21. •

(24) KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, s.239. Hak kavramının niteliğine ilişkin teoriler için bk. BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 6. Baskı, Ankara 1972, s.228 vd.; GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s.131 vd.; GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1986, s.34 vd.

sebetler kurmuştur. Bugünkü tabirle medeniyet veya eski tabirle hayat (...) bu münasebetleri kuvvetleştiriyor ve insanlar arasında eşitsizlikler (müsavatsızlıklar) yaratıyor. Bu müsavatsızlık bazı kimselere başkalarından karşılıksız olarak bir şey istemeye imkân veriyor, yani başkaları, kendinden bir şey isteyebilen kimselerden, ona karşı yaptıklarının karşılığı olanı istemiyorlar. Din, aile reisine olan saygı, yapılmış hizmetlere karşı borçlanılan minnet, (...) insanlar arasında ödevlerin yarattığı münasebetlerdir. Bu münasebetlere yani bu müsavatsızlıklara eşit derecede riayete bir ad bulmak ve vermek lâzımdır. Bu eşitsizlikte eşitliliği yani bu müsavatsızlığa riayette müsavata ifade edecek bir kelime bulmak lâzımdır. İnsanlar arasındaki orantıyı (nisbeti, tenasübü) emniyetle tayin edecek bir ince alet bulmak lâzımdır. Nisbî eşitliliği belirtecek bir kavram lâzımdır. Bu aranılan kavrama nasafet veya insaf dendi (...) (25).

Sözlük anlamı itibariyle: 1- Hak ve adalete uygunluk (26); 2- İnsaf, haklılık, doğruluk (27); 3- Hakkaniyet, denkserlik (28) gibi anlamları bulunan "nisfet" kavramını, Arap harfleri ile yazılışına göre, "nasafat", "nasafet", "nasfet" şeklinde kullananlar da vardır.

Genellikle "hak" kavramı ile birlikte kullanılmakta olan "nisfet", insanlar arasındaki orantılı eşitliği meydana vuran ve o orantıyı hesaplamaya olanak veren bir ölçüdür. "Nasafet, Romada hukuku: "iyi ve insafli olan şeyin sanatıdır" şeklinde tarife sevkeden ve imkân veren bir kavramdır. İyi ve insafli tâbiri Romada adalet duygusu tabiri manâsına olduğundan nasafe adalet duygusudur şeklinde tarif olunabilir. (...)" (29).

Nisfet kelimesinin kökünün "nısf" olduğunu, ki yarılamak, yarım yarım kılmak manâsına geldiğini belirten ve Asım Efendi'nin Kamu tercümesinde nisfetle adaleti aynı anlamlarda gösterdiğini söyleyen Sevig, Asım Efendi'nin, nisfetin adil manâsına geldiğini anlatırken "bu dahi nısf manâsından alınmıştır. Zira âdil tesviyeyi (ki düz kılmak, aynı boya getirmek demektir) mutazammındır" dediğini ifade eder (30).

Nisfet kelimesinin "adalet dairesinde ödemek demek" olduğunu söyleyen Arsebük (31) ise, onun, esasen bir ilim konusu olmadığını, ancak yaşamın

(25) SEVİĞ, Vasfi Raşit, "Borçlar Hukukunun Hakiki Kaynakları", AÜHF.D., C.IV, S.1-4, 1947, s.278-280.

(26) TDK. Türkçe Sözlük, C.2, 7. Baskı, Ankara, 1983.

(27) DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1984.

(28) ALTAY, Şakir, Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ankara 1983.

(29) SEVİĞ, s.280.

(30) İbid., s.280.

(31) ARSEBÜK, Medeni Hukuk, s.97.



verdiği tecrübelerden ve "amelî düşünüş"ten çıkacağını belirtir.

Aristoteles ise nisfetin "kanunun doğru bir düzeltilmesi", "kurala harfi harfine uygun bir doğrunun, doğru bir düzeltilmesi", kısacası "iyi bir adalet" olduğunu ifade etmekte (32); Çiçeron "summum jus, summa injuria" cümlesi ile harfi harfine uygulanan bir hukuk kuralının hâkimi haksızlığa sevkedebileceğini, "summum jus-mutlak hak" kın karşısında, nisfetle bağdaşan "itidalli bir hak" kın mevcut olduğunu hatırlatmaktadır (33).

Nisfet'le ilgili açıklamalar göstermektedir ki, nisfet, hak ve adalet kavramları birbirleri ile kaynaşmış birbirlerinden bağımsız olarak incelenme ve ifade edilmeleri çok güç kavramlardır. Bu da hak ve nisfet kavramları üzerinde birbirinden farklı iki genel görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunlardan ilkinde göre "hak" ve "nisfet" kavramları birbirlerinden farklı iki ayrı kavramlardır. Diğerine göre ise her iki kavram eş anlamlı olup, tek bir kavramı belirtirler, bu da "hakkaniyet"tir.

## 2- Hak ve Nisfet Kavramı Üzerindeki Görüşler

### A- Hak ve Nisfet Kavramını Ayrı Anlamlı Kabul Eden Görüş

Bu görüşe göre, "hak" kelimesinden maksat, objektif hukuk kurallarıdır. "Nisfet" ise, "subjektif bir adalet telakkisini" anlatır (34). Aynı görüşü paylaşan Akipek, hak ve nisfet kavramlarının birbirinin eş anlamlı olarak kullanılmış olamayacağını, birbirlerinden farklı anlama gelmek üzere kullanılmış iki ayrı kavram olduklarını söylemektedir. Ona göre, "hak" ile yasa koyucu, hâkimin takdir hakkını kullanırken hukuk kurallarından esinlenmesini ve vereceği kararın pozitif hukukun ana prensiplerine uygun olmasına dikkat etmesi gerektiğini göstermek ister. Nisfet ise, "adalet düşüncesi, adalet hissi"nden daha farklı bir anlama gelir ve "sübjektif bir adalet telakkisine" dayanır. "Adalet hâdisenin hususiyetlerini nazarı itibara almadan objektif bakımdan en doğru olan hâl tarzını bulmaya müncer olurken, nisfet münferid hâdiselere ait hususiyetlerin ve bu hadiselerle müteallik hâl ve şartların ve menfaat ihtilâflarının da gözönünde tutularak onları en iyi tatmin edecek ve müşahhas hadiselerin hususiyetlerine en uygun gelecek surette kanunun uygulanmasını gerektirir" (35).

(32) SEVİĞ, s.280.

(33) PANCHAUD, A., "Yargıçlık Mesleği Hakkında Düşünceler", çev. Erol Cansel, AÜHFD., C.VII, S.3-4, 1950, s.549.

(34) ARSEBÜK, Medeni Hukuk, s.97.

(35) AKİPEK, Jale G., Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku, Ankara 1973, s.140-141.



### ***B- Hak ve Nisfet'in Aynı Kavramı Belirlediğini Kabul Eden Görüş***

Doktrinde yaygın olarak benimsenen bu görüşe göre, "hak ve nisfet" iki ayrı kavram olmayıp, her ikisi de tek bir kavramdır ve "hakkaniyet, adalet düşüncesi" demektir (36).

Aslında her iki düşüncenin aynı amaca yöneldiğini, sonuçta her ikisinin de aynı ilkeyi savunduğunu, birisinin iki ayrı terimi birleştirerek, diğerinin ayırarak aynı sonuca vardığını; tartışmanın teorik düzeyde kaldığını, nitekim Medeni Kanun Öntasarısının 4 üncü maddesinde, iki ayrı terim kullanılmaktan vazgeçilerek yalnızca "hakkaniyet"ten söz edildiğini belirten görüş ise, bir orta yol olarak karşımıza çıkmaktadır (37).

Yukarıda kısaca belirttiğimiz görüşler arasında hak ve nisfetin eş anlamlı olduğunu ve hakkaniyet kavramını işaret ettiğini kabul eden düşünce, kanaatimce de isabetlidir. Ancak hak ve nisfetin hakkaniyeti ifade ettiğini sadece söylemek yeterli değildir, hakkaniyetle adalet kavramının ilişkisinin de açıklığa kavuşturulması gerekir.

### ***3- Hak ve Nisfet Kavramının Hakkaniyeti Belirlemesi ve Adalet İlişkisi***

Hak kavramının nisfetle bağdaşmaya mecbur olduğunu söyleyen Panchaud'a göre, hukuk kuralının genel, soyut ve tipik halleri nazara alması esastır. "Halbuki nasafet kaidesi belli bir durumu nazara alır, müşahhas ve hususidir. Bu iki hâl, adaletin iki cephesi olup (38), yargıç verdiği her hükümde bunların müşterek noktalarını birleştirmeye gayret edecektir. (...). Nasıl ki, adalet dağıtan kimse hususi ve muayyen bir hadesinin kanun koyucusu ise, kanunu kaleme alan kimse de, umumi mücerret hadisenin yargııcıdır" (39).

Hakkaniyet kavramı, adaletin özel ve bireyleştirilmiş veya somutlaştırılmış şeklini deyimler. "Somut olayların ve insanların özellik ve ayrılıklarının tümünün dikkate alınmasını gerektiren" bir adalet türüdür (40). Yasanın genel

(36) ARAL, s.215; GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s.450; GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, s.56; BİLGE, s.226; ÖZSUNAY, s.222; EGGER, s.114; İMRE, s.198; EDİS, s.190; PANCHAUD, s.549; OĞUZOĞLU, H.Cahit, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, 5. Basım, Ankara 1963, s.156; TEKİNAY, S.Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1984, s.75.

(37) ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Diyarbakır 1986, s.85-86.

(38) İmre de "adaletin iki yönü" tabirini kullanmaktadır. İMRE, s.198.

(39) PANCHAUD, s.549.

(40) ARAL, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul 1984, s.133-135.

adaleti yanında, özel bir adalettir (41).

"Hak ve nisfet" kavramlarının oluşturduğu kavramın bir adalet duygusu ve tabii hukukun ilkesi olduğunu belirten yazı yazarlara göre de "hâkimin kanunun takdir hakkı verdiği veya hal icabına ya da haklı sebeplere göre karar vermekle yükümlü kıldığı hususlarda "hakkaniyet ve nasafetle" karar vermesi esası tabii hukukun ilk çağdan beri üzerinde durduğu bir ilkedir. İlk çağda sofistlerden başlayan ve pozitif hukuk uygulamasındaki katılıkların ve aşırılıkların yumuşatılması veya giderilmesi amacıyla güden "hakkaniyet ve nasafet" kavramlarının tabii hukuk sistemi içinde kendine özgü önemli bir yere sahip olduğu ve hâkimin hakkaniyet ve nasafetle karar vermesinin tabii hukuk sistemleri içinde etkisini yitirmeyen bir değer taşıdığı bu vesile ile ifade edilebilir" (42).

Yaygın olarak kabul edildiği üzere, adaleti sağlayan en önemli öge eşitliktir (43). Hatta adalet ve eşitlik bazen birbirlerine o kadar yaklaştırılır ve aynı anlama getirilirler ki, özdeş duruma yükselebilirler. Bu ölçüde birbirine yakın ve bir anlamda özdeş olan kavramların uygulamada da benzerlik göstermesi yadırganmamalıdır (44). Zira adalet kavramı ile çoğunlukla aynı bağlamda kullanılan eşitlik arasındaki bağ çok komplekstir (45). Eşitliğin olmadığı yerde eşitlik adalet olarak aranmaktadır (46) ve bu noktada eşitliğin sağlanması adaletin yerine gelmesi anlamında algılanmaktadır (47).

- (41) **GÜNER, Abdullah**, "Medeni Hukukta Hâkimin Takdir Hakkı", Adalet Dergisi, 1952, S.5, s.672.
- (42) **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s.450. Ayrıca bk. **ATAAY, Aytekin**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler - Genel Kavramlar, 4. Bası, İstanbul 1980, s.247; **TOPÇUOĞLU, Hamide**, "Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşiri Olarak C.S. Montesquieu", AÜHFD., C.XIV, S.1-4, 1957, s.188; **VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet**, Türk Medeni Hukuku, C.I, Cüz 1, Umumi Esaslar, 7. Basım, İstanbul 1968, s.190.
- (43) **ARISTOTELES**, Politika, çev. Mete Tunçay, 2. Basım, İstanbul 1983, s.83; **ARAL**, Hukuk Felsefesinin Temel, s.134; **ARAL**, s.33 ve dn. 38; **BİLGE**, s.199; **SEVİĞ**, s.281 vd.; **GÖRGÜN, Şanal**, Hukukun Temel Kavramları, Ankara 1983, s.28; **ÇEÇEN, Anıl**, Adalet Kavramı, May Yayınları, İstanbul 1981; s.49; **COBANOĞLU, Rahmi**, Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964, s.57 vd.; **RAWLS, John**, A Theory of Justice, Oxford, Paperbacks, London 1972, s.62; **LEYS, Wayne A.R.**, "Justice and Equality", Ethics, Vol.LXII, 1956, No.1, s.22; **KEYMAN, Selâhattin**, "Hukuki Pozitivizm" AÜHFD., C.XXXV, Y.1978, S.1-4, Ankara 1981, s.32; **KEYMAN, Selâhattin**, Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara 1981, s.60.
- (44) Öte yandan eşitlik, çok yönlü işleve (fonksiyona) ve değişik yerlerde kullanılmasına göre türlü anlamlara sahiptir. Örneğin bir mantık veya aritmetik terimi olarak kullanıldığı gibi, doğa bilimlerinde, değer yargılarında, ahlâk ve hukuk alanında da kullanılır. Ayrıca günlük dilde de çeşitli anlamları vardır. Bk. **ŞENEL, A.** "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", Abadan'a Armağan, SBF., Ankara 1969, s.242-256.
- (45) **BARRY, Norman, P.**, An Introduction to Modern Political Theory, The Mcmillan Press Ltd., London and Basingstoke 1981, s.111.
- (46) Gerçekten eşitlik anlamına gelen açık adalet kullanımlarında (...) hukuk öncesi eşitlikten söz ederiz ve sık sık keyfî eşitsizliği ve adil olmayan bazı formları gözönünde bulundururuz. *Ibid.*, s.111.
- (47) **ÇEÇEN**, s.49.

Eşitlik, bir insan için yasaklanan veya izin verilen bir fiil veya hareketin, diğer insanlar için de yasaklanmasını veya ona izin verilmesini gerektirir. “Çünkü eşitlik ilkesi, insana aynı durumda olan diğerleri ile aynı işlem görmesi hususunda bir isteme hakkı bahşeder” (48). Bu çerçevede, eşitlik, bir anlamda eşit bir ölçüğün asıl alınmasından doğar ve hukuk ta niteliği gereği ancak eşit ölçüklerin uygulanmasından oluşabilir (49). Bunun sonucu olarak bir hukuk kuralı bütün insanlara aynı şekilde uygulandığı takdirde eşitlik sağlanmış olur ve bu da adaleti getirir. Ancak eşitlik benzer durumların varlığı halinde uygulanabilecek bir ölçüt, gerçekleştirilebilecek bir ilkedir. Oysa gerçek dünyada mantıksal anlamda birbirine eşit, birbirlerinin özdeşi iki şey yoktur. Değil insanlar arasında, sosyal alanda, cansız dünyada, maddeler dünyasında bile birbirine tıpa tıp eşit iki ayrı varlık gösterilemez (50). Dünya türlü türlü ve rengârenk çeşitli “ferdiyetler”le doludur. Bu da “mekân-zaman âleminin” bir sonucudur. İşte, eşya ve olaylar arasındaki bu “reel” eşitsizlik, bir soyutlamaya ulaştırır. Bu soyutlama da “eşitlik”tir. Demek ki eşitlik, dünyada mevcut eşitsizliklerden yapılmış bir soyutlamadır (51). Bir olayda taraf olan kişilerin içinde bulunduğu durum, daha doğrusu bu kişilerin gösterdiği farklı özellikler (52), olayı da etkiler ve hukuksal alanda bir kuralın bütün insanlara aynı şekilde uygulanmasına ilişkin eşitlik ilkesi, bu açıdan bakıldığında beraberinde bir tür eşitsizliği getirir.

Öte yandan, adaletin önemli bir unsurunu oluşturan eşitlerin eşit, eşit olmayanların farklı bir işleme tabi tutulması ilkesi açısından; kimlerin eşit, kimlerin eşit olmayan durumda bulduklarının saptanması da çok önem arz etmektedir. Bu durum saptanmadıkça eşitlik ölçüsü boş bir kalıp olarak kalacaktır. Bu çerçevede eşitlerin eşit, eşit olmayanların da farklı işleme tabi tutulmaları, adaletin sabit ve değişmez unsurunu oluştururken, eşit ve eşit

(48) TUNCAY, A.Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.10.

(49) ÇEÇEN, S.49.

(50) ŞENEL, s.242-243. Buna aykırı olarak bir kimse olgu dünyasında bütün nitelik ve nicelikleriyle iki şeyin birbirine eşit olduğunu söylüyorsa, doğru söylemiyor demektir önermesi yanlıştır. Söz konusu ettiği durumda ortada iki değil tek şey vardır. *Ibid.*, s.243. Mutlak eşitlik ise, aslında özdeşlik demek olup ancak gerçek dünyadan soyutlanmış düşüncelerimizde var olan bir kavramdır. TUNCAY, s.8.

(51) ÇAĞIL, O. Münir, Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş, İstanbul 1971, s.42.

(52) Her insanın her hususta denk olmasını emreden mutlak bir eşitlik düşüncesi, bizzat yaşam ve realiteye aykırı bir tasarımıdır. Bireyler arasında iş ve fonksiyon bölümünü, yetenek ve karakter ayrılığını, hizmet, liyakat ve çabanın değerini, özetle doğal bir gelişimin zorunlu şartlarını hesaba katmaksızın “barıştıracı” bir çıkarlar dengesine ulaşmanın olanağı yoktur. Şu halde çatışmaları önleyecek haklı ve adil bir denge, ancak kişisel özelliklere, zaman ve halin icaplarına göre değişen çıkarlar durumunu hesaba katmakla sağlanır ve kurulabilir. Bu konuda bk. ABADAN, Yavuz, Hukuk Başlangıcı ve Tarihi, İÜHF. Talebe Cemiyeti Yayını, İstanbul 1942, s.31-32.



olmayanların belirlenmesinde kullanılan ölçüt te değişken bir unsur teşkil etmektedir (53). Kaldı ki, eşit olan ve olmayanların belirlenmesinde kullanılan ölçüt çok yönlü olmalıdır. Her yönüyle dikkate alınmadığı takdirde yetersiz kalabilir (54). Yalnız bir konuda birbirine eşit olanların veya olmayanların saptanmasında kullanılan ölçüt, her konuda eşitlik veya eşitsizliği saptamaya olanak vermez (55). Ancak çok yönlü bir ölçüt adaletin varoluş ortamını hazırlayacak bir unsur olabilir. Toplumsal koşulların sürekli değişkenliği, eşitliğin belirlenmesini zorlaştırmakta, eşit ölçüklerin asıl alınmasında yeterli bir durum sağlanamamaktadır (56).

İşte bu bağlamda adaletin "niteliğini kararlarma açısından eşitlik", birey ve olayların ayrı ayrı özelliklerinin dikkat dışı bırakılmasını, "soyutlanmasını" (57) ve ancak ortaklaşa özelliklerine göre aynı işleme tabi tutulmasını gerektirir (58).

Bundan anlaşılıyor ki, adalet kendi içinde bir çelişme, daha doğrusu bir çatışma içermektedir (59). O halde, eşitlik prensibinin uygulanışında insanları sadece birey olarak değil, içinde buldukları kişisel duruma göre değerlendirmek lâzımdır. Eğer bir hukuk sistemi, kendisine gaye olarak, amaç olarak aldığı eşitlik fikrinin bizzat kendisiyle ihtilafa düşmesini istemiyorsa, bu haksızlık ihtimaline tahammül edemiyorsa, hükümlerinin düzeltilebilmesi olanağını vermekten başka bir çaresi yoktur. Bu düzeltme ise, iki türlü olabilir. Ya hukuki kural, somut durumun bireyselliğine uyabilecek bir elastikiyete sahip olacak, ya da hukuki kuralın karşısına bunun uygulamadaki şiddetini bertaraf edecek başka bir kural konulmuş olacaktır. Yasa koyucu, özel bir olay hakkında yasaya istisna yapamaz. Bu özel hâl için özel bir yasa koyamaz. O zaman yapılacak olan, sözkonusu özel hallerin, uygulama bakımından ve uygulama sırasında dikkate alınmasıdır. Bu durumun dikkate alınması, karşılaşılan zıt çıkarların hâl icabına göre denge haline getirilmesini gerektirir. İşte "hakkanîyet" kavramı burada karşımıza çıkmakta ve bireyselleştirilmiş ya da somutlaştırılmış bir adalet türü olarak, bu çıkarlardan en kuvvetli durumda

(53) KEYMAN, Hukuki Pozitivizm, s.32.

(54) ÇEÇEN, s.48-49.

(55) TUNCAY, s.54.

(56) ÇEÇEN, s.49-50.

(57) *Supra.*, dn.50.

(58) ARAL, Vecdi, Toplum ve adaletli Yaşam, "Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması," İstanbul 1988, s.193; ARAL, Hukuk Felsefesinin Temel., s.135.

(59) ARAL, Toplum., s.193; ARAL, Hukuk Felsefesinin Temel, s.135.



olanı değil, (zayıf olmasından ötürü) en fazla korunmaya muhtaç olanı gerçekleştirmeye (60) çalışmaktadır.

“Gerçekten, yazılı kurallara boyun eğmekten, insanlar için ne önem taşıdıklarına bakmadan onların sözcüklerini aynen uygulamaktan başka bir kaygısı olmayan hâkimler, hukukun, olayların özellik ve ayrılıklarına ve böylece de yaşama uyacak bir biçimde fonksiyon görmesine engel olurlar; bu ise, adalet işlerini, yaşam ve insanlığa düşmanca duygusuzlaştırmak, canlılığını yitirmek ve bükokrasiye düşmek tehlikesi ile karşı karşıya bırakır” (61). Tarih boyunca hâkimlerden şikâyetin çoğu, yasa metnine aykırı, fakat hakkaniyete ve işin icabına uygun karar vermelerinden değil, keyfi, tarafgir bir şekilde, zalimane hüküm vermelerinden, veyahut artık ihtiyaca uymayan bir metni “sadakatin kemalile tatbik etmelerinden” (62) olmuştur.

Öte yandan tam bir hakkaniyetin de adaletsizliğe götüreceğini unutmamak gerekmektedir. Bu açıdan hakkaniyete de bir sınırlama getirilmelidir. “Buna göre ancak temel düşüncesi diğer olaylara da uygulanabilecek ölçüde genelleştirilebilen bir karar adaletli olabilir. Böyle bir genelleştirme de, sözkonusu karara olayın yalnızca tipik özelliklerinin temel yapılamasını gerektirir” (63). “Gerçi bu karar olaydan olaya değişecektir; fakat yeni, benzer bir olaya ilişkin karar, ancak bu olay yeni temel bir özelliği ihtiva ediyorsa, değişik olacaktır; yoksa eşitlik ilkesi açıkça çiğnenmiş, feda edilmiş olur” (64).

Adalet kavramı ile hakkaniyet kavramı birbirleri ile kaynaşmış kavramlardır. Ancak bu kaynaşmışlığa rağmen, acaba aralarında ince bir sınır ve bir farklılık var mıdır?

Çoğu defa eş anlamlı olarak kullanılan adalet ve hakkaniyet kavramları arasında çok belirsiz ve silik te olsa, bir farkın bulunduğunu belirten bazı görüşlere göre (65); “adalet” kuralları ve ilkeleri besleyen, onlara hakim olması gereken yüksek bir düşünceden ibarettir. Hakkaniyet ise, bazı şartların veya çözüm tarzlarının, önceden ve kesinlikle tayin edilmesinden doğacak sakıncalar gözetilerek, hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkili

(60) BİLGE, s.199.

(61) ARAL, Hukuk Felsefesinin Temel. s.134.

(62) BELGESAY, Emcet, “Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mes’uliyeti”. AÜHF.D., C.XII, 1955, s.3-4, s.277.

(63) ARAL, Hukuk Felsefesinin Temel, s.135.

(64) ARAL.s.216.

(65) TEKİNAY, s.75-76.

olur. Kısacası adalet, ilkelerin veya düzenin; hakkaniyet ise somut olayların özelliklerine uyan çözüm tarzlarının en yüksek moral temelini oluşturur. Fakat birbirlerinden bağımsız kavramlar değildirler. Sadece hakkaniyet, genellikle ilkelere veya kurallara hükmeden adaletin, bu defa bizzat yargıç tarafından somut olaydaki özelliklere yansıtılmasını ifade eder.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, hak ve nisfetle yani hakkaniyetle karar vermek durumunda olan hâkim, adalet duygusuna yönelecek, daha doğrusu "adalet sezgisi" kendisine yol gösterecektir. Hâkim pozitif hukukta bulunan boşluğun doldurulmasında vereceği kararın normunu adalet idealine göre tayin etmekle mükelleftir. Ancak adalet idealinin ve adalet düşüncesinin dayanak yapıldığı kararın somut olaya ve onun özelliklerine uygulanması hakkaniyetin alanını göstermektedir. Hakkaniyetle hâkim, pozitif hukuk içinde, adalete uygun karar vermeye çağırılmaktadır. Yargıtay'ın bir kararı bu konudaki yaklaşımı ortaya koymaktadır: "Hak ve nisfetle hükmetmek, belirli bir olayın bütün özelliklerine cevap vermeyi ve olayın tüm icaplarını gözönünde bulundurmayı zorunlu kılar. Hatırlamak gerekir ki, hak ve nisfet düşüncesi, hâkimi, doğal hukuk görüşünün getirdiği ideal adalet düşüncesine yöneltmektedir. Bir olayın bütün özellikleri yüksek bir adalet düşüncesi (...) çerçevesinde gözönünde tutulup değerlendirilmedikçe, var olan çeşitli çözüm biçimleri arasında mümkün en adilini bulabilmek söz konusu olamaz" (66).

Bu durum bir bakıma etik değerın toplumsal gerçeklik tarafından belirlenmesine de uygun düşmektedir. Toplumda doğru davranış tiplerinin saptanmasında etik değerler kendi koşulları içinde ele alınır. Yargılama buna göre yerine getirilir. Yasaların ve diğer yasal nitelikli düzenlemelerin boş bıraktığı ya da açıkça düzenlemediği her olay kendi öz koşullarına göre karara bağlanır. Yasaların açıkça düzenledikleri durumlarda bile, adalete kesin karşıt düşen katı uygulama bir yana bırakılır, adalete uygun düşen uygulamalar yoluna gidilir. Bu noktada yetkililere ve hâkime var olan durumun tüm özel koşullarını ele alarak değerlendirme yapabilme hakkı tanınmalıdır (67). Zira hâkimler ve diğer yetkili uygulayıcılar hukukun önüne çıkan tüm sorunları çözümlenmek ve bir kurala bağlamak zorundadırlar. Hukukun işlevselliğinin sürekliliği nedeniyle bu görevden kaçınamazlar. İşte bu nedenle hukukun kaynakları arasında (hakkaniyet)'te yer alır. (Hakkaniyet) ilkesi gereğince

(66) 9.HD., T.9.4.1968, E.691/K.4629 (ORHANER, S.B., Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1969, s.191).

(67) ÇEÇEN, s.60-61.

karar veren hâkimlerin ve çeşitli uygulayıcıların getirdikleri kurallar hukuk düzeni içinde yer alırlar ve boşlukları doldururlar. Hakkaniyet hukuku durağanlıktan kurtarır, değişen toplum koşullarına uymasını sağlar ve hukuku sürekli yenileyerek canlandırır, toplumsal gelişmenin arkasında kalmasını önler. (Hakkaniyet), hukukun yaşaması için çok yönlü bir kaynaktır (68).

Sonuç olarak hakkaniyet kavramı ile adalet kavramı arasındaki belirsiz farkın kapsam itibarıyla olduğunu, somut olaya münhasır olması nedeniyle daha dar kapsamlı ve özel (bireysel) bir yapısı bulunan hakkaniyetin, genel ve ideal adalet bütününe yöneldiğini söyleyebiliriz.

#### IV- SONUÇ

Adalet ile hem içiçe hem de karşı karşıya bir ilişki düzeni içinde bulunan (hakkaniyet) somut ve belirgin olayların adaletidir (69). Daha doğrusu adaletin somut olaylara uygulanmasıdır. Yasanın genelliliğini düzelten bir şey olarak, yani genel olmak itibarıyla bütün hallere mükemmel bir şekilde uyamayan yasal adaletten farklı bir adalet türü olarak ortaya çıkar. Uygulama sırasında kuralın, olaya intibak etmesini, onun girinti ve çıkıntılarını göre bükülebilmesini sağlar (70). Bu şekliyle hakkaniyet adaletin daha fazla gerçekleşmesine yardımcı olur.

Hakkaniyet bir tür adalet olmakla birlikte, katı anlamıyla adalet ile sürekli ve aşılmaz bir çelişkiyi de içermektedir. Bir yandan hukuk kurallarının katılığını önleyerek, kazandırdığı esneklikle adalete katkıda bulunur, gereksinmelerini karşılar. Diğer yandan ise adaletin içerdiği eşitlik ilkesine aykırı olarak eşitsizliğe dayanmakta, somut olayları kendine özgü koşulları içinde ele alarak değişen sonuçlar, kararlar ve cezalar getirmektedir. Bir anlamda adalete uygun her tutum hakkaniyete, hakkaniyete uygun her tutum adalete karşıt gibi görünmekteyse de; hakkaniyet ile adalet hem içiçe hem de karşı karşıya olarak iki yönlü bir ilişki içindedir. Görünüşte eşitliği çığnıyor gibi ortaya çıkan hakkaniyet son noktada dolaylı olarak gene de adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır. Gerçek adaletin, eşitliğin yanısıra orantılı durumları da gözönünde tutması gereklidir (71). Hakkaniyet, adaletin katı eşitlikçi yönünü

(68) ALLEN, C.K., *Law in the Making*, Oxford University Press, 1958, s.396'dan, aktaran, ÇEÇEN, s.63.

(69) ÖZBİLGİN, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı*, İÜHF Yayını, İstanbul 1976, s.259.

(70) VECCHIO, G.Del, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, çev. Sahir Erman, İstanbul 1952, s.303. Tıpkı Aristoteles'in belirttiği ve bükülebilen bir maddeden imal edilmiş olması nedeniyle eşyanın en düzgün olmayan kenarlarını bile ölçebilen ve Leshos inşaatlarında kullanılan meşhur cetveli gibi. *Ibid.*, s.303.

(71) ÇEÇEN, s.63-66.



yumuşatan ve tamamlayan bir işlev görmektedir. Bu anlamıyla adaleti arayan hâkim, yasa tarafından tanınan takdir yetkisi gereğince, somut bir halde, hâl ve durumun gereklerini ve bu arada tarafların sosyal durumlarını, refah ve yoksulluk hallerini gözönüne alabilir ve kararını hakkaniyete uygun olarak verir ve vermelidir.

## KANITLANAMAYAN PARA-EŞYA-ANAHTAR BULUNDURMAK

Prof. Dr. Faruk EREM (\*)

• *ANLATIM DÜZENİ: 1- Suçun niteliği. 2- Evvelki mahkûmiyet. a- Suçların tek tek sayılmış olması. b- Sayılan suçlar. 3- Para ve eşyanın zuhur etmesi. 4- Zilyetliğin kanıtlanamaması. 5- Taklit anahtar ve benzerleri. 6- Müsadere. 7- Manevi unsur.*

Kuşkusuz Ceza Kanununun tartışmalı maddelerinden biri de 578 inci maddedir. Bu madde hükmünü Ceza Hukuku ilkeleri ile bağdaştırmak pek güçtür. Madde hükmüne göre: "Bir kimse, dilencilikle veya sirkat ve nehip ve garet ve yol kesmek veya dolandırıcılık ve hırsız yataklığı ile mahkum olduktan sonra, üzerinde kendi hali ile mütenasip olmayan para ve eşya zuhur eder ve bunlara meşru surette malik olduğunu isbat edemezse" cezalandırılır.

578 inci maddenin ikinci fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: "Böyle bir kimse üzerinde taklit ve tağyir olunmuş veya yaptırılmış anahtar veya kilitleri açmaya veya zorlamaya mahsus alât ve maymuncuk zuhur eder ve bunları o anda meşru surette nerede kullanacağını tayin edemezse" cezalandırılır ve "Eğer bunlar gece vakti elinde zuhur etmiş ise" ceza arttırılır ve "üzerindeki eşya" müsadere olunur.

### 1- SUÇUN NİTELİĞİ

Madde "makul şüphe" yaratmak istemektedir. Böylece "şüphe sanık lehinedir" kuralına aykırı düşülmemeye çalışılmıştır. Fakat esasında "sıf şüphe suçu" bahis konusudur (1).

Suç ne icabi, ne de selbi bir fiildir, sadece bir "şüphe suçu" bahis konusudur (2).

Kanun bu hükmü ile mülkiyeti ceza yoluyla korumak istemiş, mülkiyete

(\*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

(1) Kşz.Manzini, IX, n.2971, Yeni İtalyan CK. 708, bk. Lattanzi (G.) Codice penale (Milano, 1962), s.772, Viazi, s.207.

(2) Manzini (V.), Trattato di diritto penale Italiano, (Torino, 1926), IX, n.2971.

karşı suçların meydana gelmemesini sağlamak istemiştir (3).

Yeni İtalyan Ceza Kanunu (m.707,708) iki ayrı suç kabul eder. Bunlardan birincisi (m.707) ilerde bir suç işlenebileceğini, ikincisi ise işlenmiş bir suçu farzederek (m.708) önlemeye çalışır. Birinci suç taklit anahtar, maymuncuk gibi şeylerin failin üzerinde yakalanması, ikincisi para ve kıymetlerin yakalanması öngörülür.

## 2- EVVELKİ MAHKUMİYET

Her iki maddede failin belirtilen suçlardan evvelce mahkum olması gereklidir. Suçlar sayılarak tahdit edilmiştir. Mala karşı suçlardan olsa dahi (inâncı kötüye kullanmak gibi) sayılan dışında kalan suçlar öngörülmemiştir (4).

Maddede sayılan suçların yabancı ülkede işlenmiş olmasının geçerli olamayacağı, çünkü "yabancı memleket mahkemesi" kararlarının kabul edilemeyeceği (m.87,b.4) ileri sürülmektedir (5).

### a) Suçların tek tek sayılmış olması

Eğer tek tek sayılan suçlar başka suçların unsuru veya şiddet sebebi ise (örneğin, TCK.nun 450/8,9. maddesinde hırsızlık hali) madde –bizce– uygulanamayacaktır, çünkü mahkumiyet (örneğin, hırsızlıktan değil) adam ölmekten verilmiş olacaktır (6).

Evvelki mahkumiyet "kesin hüküm" haline gelmiş olmalıdır. Evvelki hüküm kalkmış ise, (genel af, neticede düşürücü tecil gibi) mevcut sayılamayacağından 578 inci madde uygulanmaz.

Fail yukarıda sayılan suçlardan biri veya birden fazlası ile mahkum olması gerekir. İkinci fıkra birinci fıkraya yollamaktadır.

Mala karşı işlenmiş sayılan suçlardan evvelce mahkum olan kimsenin durumu "şüpheli" uyandırmıştır. Bu şüphelinin gelecekte suç işlemek olanağı yaratacağı farz olunur.

Maddede sayılan suçların TCK'.nda yazılı suçlardan olması şart değildir, özel kanunda yer almış olabilirler.

(3) Bk.Vazzi (P.), Trattato di diritto penale, VII, ss.207.

(4) Manzini, IX, n.1971.

(5) Majno, IV, (tercüme) s.421.

(6) Bk. Manzini, IX, n.2971.



**b) Sayılan suçlar**

Dolandırıcılık (TCK. 503) sayılan suçlardandır. Dolandırıcılık (TCK. 503) halinde, 504, 505 inci maddedeki suçlar da dahildir. Hiyleli iflas da (506) bir çeşit dolandırıcılıktır.

Dilencilik hali hem dilenmek, hem de dilendirmeyi kapsar (TCK. 544, 545).

"Hırsız yataklığı" deyimi isabetsizdir. 512 nci maddedeki haller kasbedilmiş "eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak" sayılan bütün haller kastedilmiştir (7).

"Nehip ve garet, yol kesmek" deyimleri TCK. nun 495-499 uncu maddelerinde yazılı "yağma, yol kesmek, adam kaldırmak" suçlarıdır.

**3- PARA VE EŞYANIN ZUHUR ETMESİ**

Kanunun 578 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan failin "üzerinde kendi hali ile münasip olmayan para ve eşyanın zuhur etmesi" suçun unsurlarından biridir.

"Kendi hali ile mütenasip olmamak" önemli bir unsurdur, fakat kanun bunu açıklamamış, hâkimin takdirine bırakmıştır. "Hâkim bu hususları takdir yetkisini kullanırken bir takım vasıfları ve şartları gözönüne almak zorundadır" (8). Her halde hükümde bu hususları açıklamalıdır.

Para ve eşyanın "zuhur etmesi" durumunun "suç üstü" olarak yakalanmak anlamındadır. Her ne kadar başka maddelerde (örneğin, dilencilikte, TCK. 544) "tutulmak"dan söz edilmekte ise de bu fark sadece sözde kalmaktadır.

Para ve eşyanın failin "üzerinde" bulunması şart mıdır? Bazı yazarlar (9) failin evi, bavulu, çantası gibi yerlerde bulunmayı da maddeye dahil saymaktadırlar. Konu tartışmalıdır (10).

**4- ZİLYETLİĞİN KANITLANAMAMASI**

578 inci madde failin üzerinde bulunan para ve eşya "meşru surette malik olduğunu isbat edememesi" suçun diğer bir unsurudur. Eğer sanık para ve eşyanın kaynağını kanıtlarsa suç işlenmemiş sayılır. Eğer fail bunu kanıtlamazsa veya kanıtlamak istemezse sorumlu olur.

(7) Bk. Manzini, IX, n.2971.

(8) Manzini, IX (Tercüme), s.422.

(9) Bk. İtalyan Yargıtay Kararı, Manzini, IX, n.2971, Viazzi, s.209.

(10) Majno, IV (Tercüme), s.421.

Para ve eşyanın maddede sayılan suçlardan gelmediğini değil, herhangi bir suçtan (örneğin, inancı kötüye kullanmaktan) husule gelmediğini kanıtlamak gerekir (11).

“Meşru surette ziilyetlik delili”ni ilgilinin göstermesi gerekir, kanıt, “malik” olmaya değil, “ziilyetlik”e yönelik olmalıdır. Maddede kullanılan “malik” kelimesi “zilyet” anlamına geleceği gibi, para ve eşyanın meşru menşeinin gösterilmesidir. Fail bu para ve eşyaları “yakalandığı anda” meşru surette sahip olduğunu kanıtlayamamalıdır.

Zilyetliğin meşru şekilde elde edildiğinin kesin delili getirilmiş olmalıdır. Ziilyetliğin kanun dışı bir faaliyet (kumar gibi) sonucu olsa dahi ziilyetliğin kanıtlanması mümkündür, hatta kanun dışı faaliyetten mahkum edilmiş olsa dahi (12).

Kanun “isbat külfeti”ni sanığa yüklemiştir. Bu ceza hukuku kurallarına aykırıdır. Gerçek bu faraziyenin aksi olsa bile, kanıtlayamamak halinde haksız mahkumiyet doğabilecektir.

Kanıt mevcut, fakat yetersiz ise gayrimeşruluk faraziyesini bozar (13). Bu görüş maddenin haksızlığını –bir dereceye kadar– giderir.

## 5- TAKLİT ANAHTAR VE BENZERLERİ

578 inci maddenin 2 nci fıkrasında sayılan taklit anahtar ve benzerleri, meşru bir maksada yönelik olduğunun, meşru olarak kullanmak maksadı ile bulundurulduğunun kanıtlanması lazımdır (14).

Maddede “taklit ve taşıyıcı olunmuş veya yaptırılmış (sahte) anahtar veya kilitleri açmağa veya zorlamaya mahsus alât ve maymuncuk”dan söz edilmektedir. Bunların bulunmuş veya herhangi bir şekilde ele geçirilmiş olması hükme dahil değildir (15).

Sahte (değiştirilmiş, aslına uydurulmuş, yapılmış) anahtar bahis konusudur, sahibi tarafından kaybedilmiş, sahil anahtar, ele geçirilmiş anahtar bu madde dışındadır (16).

(11) Bk. Manzini, IX, n.2971.

(12) Kşz. Viazzi, s.210.

(13) Manzini, IX, n.2971.

(14) Manzini, IX, n.2972.

(15) Saltelli (O.) – Di Falco (E.R.), Commento Teorico - Pratico del nuovo codice penale, III, s.1219.

(16) Manzini, IX, n.2972.

“Taklit anahtar, sahibinin terk veya kaybettiği anahtar veya haksız yere elinde bulunduğu asıl anahtarla bir kilit açılarak” suç işlenmiş ise, “şiddet sebebi hırsızlık” cürmü (TCK. 493,b.2) işlenmiş olur (TCK. 78).

Kanunumuz aletlerin “zuhur etmesi”nden, Mevaz Kanun (m.492) failin üzerinde “yakalanmak”dan söz etmektedir (17).

Adı geçen anahtar ve aletlerle evinde yakalanan kişi bu madde ile cezalandırılmaz, çünkü kanunun önlemek istediği tehlike doğmuş değildir (18).

“Kilitleri açmaya veya zorlamaya mahsus alet” deyimi, sahte anahtar olmasalar bile kilitleri açmak veya zorlamaya elverişli aletleri kasteder.

Failin bahis konusu anahtar ve aletlerle “gece” yakalanmış olması şiddet sebebidir. Tehlike böylece ağırlaşmış olur. Gece vakti “fiile bağlı”, “maddî” şiddet sebebidir (TCK. 67) gece vakti TCK.nun 502 nci maddesinde gösterilmiştir.

## **6- MÜSADERE**

578 inci maddenin ikinci fıkrasında müsadere söz edilmekte, müsadere hükmü birinci fıkrada yer almamakta, Mevaz Kanunda (m.492) ise müsadere hükmü, maddenin sonunda her iki fıkrayı kapsayacak şekilde bağımsız fıkra olarak yer almaktadır. Bizce her iki fıkrada da müsadere gereklidir.

Müsadere hükmü –Majno Şerhi tercümesinin aksine– Mevaz Kanunda (m.492) ikinci fıkranın sonuna eklenmiş değil, üçüncü fıkra olarak yer almaktadır.

## **7- MANEVÎ UNSUR**

Diğer bütün kabahatlerde olduğu gibi bu suç için de sadece fiilin iradi olması manevi unsur için yeterlidir.

(17) Manzini, IX, n.2972.

(18) Manzini, IX, n.2972.



## TEHDİT SUÇU ÜZERİNE

R.Yılmaz YAZICIOĞLU (\*)

- **ANLATIM DÜZENİ:** 1- Genel olarak. 2- Tehdit suçu ile korunan hukukî yarar. 3- Suçun maddî unsuru. a- Haksız ve ağır zarar. b- Tehdidin şartlı olması. 4- Suçun manevî unsuru. 5- Kızgınlıkla söylenen sözlerde tehdit suçu. 6- Sonuç.

1. "Bir kimse kanunda yazılı hallerin haricinde başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit ederse ...", TCK'nun 191 inci maddesi gereğince cezalandırılır (1). Bu maddede yer alan tehdit kelimesi, Arapça kökenli bir sözcük olup "**korkutma**" anlamını taşır.

Tehdit fiili, ayrıca, Ceza Kanunumuzda yer alan bir çok suçun unsuru veya ağırlatıcı sebebi de teşkil ettiğinden (TCK.nun 258, 308, 416, 429, 495 inci maddeleri gibi), 191 inci maddedeki bu hüküm, kanunda belirtilmiş suçların dışındaki hallere tatbik edilen ve bu suçlara oranla da daha genel ve yardımcı bir düzenlemedir (2).

Suçun hukukî görünümü, aynı zamanda, bağımsız, otonom bir nitelik taşır (3).

---

(\*) **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi:**

- (1) Şahsın hürriyeti aleyhine cürümler başlıklı TCK.nun 2. babının üçüncü faslında yer alan **tehdit suçu** 1889 İtalyan CK.nun 156 ncı maddesinden iktibas edilmiştir. 156 ncı madde, 1930 tarihli Rocco Kanunu ile ilga edilmiş ve yeni kanunun 612 nci maddesinde yine şahsın hürriyeti aleyhine cürümler başlıklı faslında düzenlenmiştir. Böylece, Zanardelli Kanunu çok ağır, ağır ve hafif tehdit olmak üzere üç tip tehdit öngörürken, Rocco Kanunu, ağır ve hafif olmak üzere, iki tip tehdit öngörmektedir. Bugünkü İtalyan CK.nun 612 nci maddesi şöyledir: (**Tehdit**) "Her kim başkasını haksız bir zarar ile tehdit ederse, mağdurun şikayeti üzerine, 100.000 lire'te kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Eğer, tehdit ağır ise, veya 339 uncu madde de (ağırlatıcı haller) gösterilen suretlerden biri ile yapılsa, re'sen takip edilir ve cezası bir yıla kadar ağır hapis cezasıdır."
- (2) **CRESPI Alberto, ZUCCOLA Giuseppe, STELLA Frederico**, Commentario Breve al codice penale, Padova, 1986, s.999; **SALTELLI Carlo, ROMANO-DI FALCO Enrico**, Commentato teorico-partico del nuovo codice penale, seconda ediz., vol.IV, Torino, 1940, s.373.
- (3) Ancak, tehdit suçu, önceleri İtalya'da otonom bir suç sayılmamakta ve diğer suçların ya bir unsuru ya da ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilmekteydi. 1859 Sardunya Ceza Kanunu tehdit suçunu kamu güvenliğine (emniyeti umumîye) karşı işlenen suçlar (md. 431) ve kişilere karşı işlenen kabahatler (md. 686/2) bölümlerinde yer verilmekteydi. 1853 Toskana Ceza Kanunu ise, tehdit suçunu cebir kullanma suçundan ayırarak, şahıs hürriyeti ve şahsî huzura karşı suçlar (md. 362) kısmında düzenlemişti. (**DASSANO Francesco**, Minaccia (diritto penale), Enciclopedia di diritto, vol. XXVI, Milano, 1976, s.334 dn.7).

2. Bir kimsenin başkasını korkutmasını ceza yaptırımına tâbi kılan tehdit suçu ile korunan **hukukî yarar**, kişilerin psikolojik özgürlüklerini, iç hürriyetlerini, bireysel dünyalarını dışarıdan gelecek yaptırım, eylem ve tehlikelere karşı korumaktır. Bu suçun meydana getirilmesi ile, kişinin iradesi ve iç hürriyetinin serbest ve özgür bir ortamda oluşması ve bunu tehlikeye düşürecek eylemlerin de önlenmesi amaçlanır; böylece, kişinin serbest olarak hareket etme ve karar verebilme yeteneği korunmak istenir (4). Bunun yanında, aynı zamanda, özgürlük haklarından birini oluşturduğu savunulan, şahsî sükûnetin, güvenlik duygusunun da korunduğu ifade olunabilir (5).

3. Bu suçun **maddî unsurunun** hareket kısmını ise, bir başkasına, haksız ve ağır bir zarara uğratılacağıının bildirilmesi kapsar. Bu ise, söz, hareket, jest, yazı, resim, sembol veya vs. olgunun, mağdura, açık veya gizli, doğrudan veya dolaylı olarak iletilmesi şeklinde gerçekleşebilir (6). Burada önem arz eden husus, bildirilen veya iletilen haksız ve ağır zararın mağdurun psikolojik özgürlüğünü etkileyebilecek düzeyde olmasıdır; bunun için de yöneltilen zararın az çok ehemmiyet arzemesi gerekir. Ancak, bu etkilenmenin gerçekleşmesi gerekmez (7).

Bu sebeple, tehdit cürmü bir **tehlike suçu**'dur (8). Bir zararın meydana gelmesine gerek yoktur, hatta suçun meydana gelmesi bakımından suçla korunan hukukî yararın dahi zarara uğraması gerekmez (9); sadece, mağdurun, kendisine yöneltilen zarar olgusunu hissedebilecek, bundan dolayı endişelenebilecek olması yeterlidir (10).

Yöneltilen tehdidin uygun olması gerekir, ancak, bu uygunluk mağdur bakımındandır; zira, tehdidin, olay anında mahdurda meydana getirdiği, etkisi

(4) CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999; MANZINI Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, a cura di PISAPIA, quinta ediz., vol. VIII, UTET, Torino, 1985, s.803; VIARO, Violenza e minaccia, Novissimo Digesto italiano, vol. XX, Torino, 1975, s.973; DASSANO, s.334; IMPALLOMENI Giovan Batista, Il codice penale italiano, vol. II, part. specs., Firenze, 1890, s.134.

(5) ANTOLISEI Francesco, Manuale di diritto penale, part. spec. vol. I, nona ediz., a cura di CONTI, Milano, 1986, s.137; CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999.

(6) ANTOLISEI, s.138; DASSANO, s.336; VIARO, s.972; İt.Yarg. 7.12.1977 - İt.Yarg. 26.4.1976 - İt.Yarg. 19.6.1974 (CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999); Yarg. 4.CD., 1991/152 E., 1991/062 K. ve 20.2.1991 T., YKD., C.17, S.12, 1991, s.1880.

(7) VIARO, s.972; CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999; İt.Yarg. 1.12.1981, Cassazione penale, 1983, s.1323; İt.Yarg. 22.3.1978, Cass.pen.Mass., 1980, s.395.

(8) MANZINI, s.807, aynı şekilde vol. IV, n.1149 II b; VIARO, s.972; DASSANO, s.335; EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Üçüncü baskı, C.III, Ankara, 1985, s.252; GÜVEN Mustafa, Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Derg., S.4, 1987, s.59; SELÇUK Sami, İzar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, Yargıtay Derg., C.11, S.3, 1985, s.225.

(9) CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999; VIARO, s.972.

(10) İt.Yarg. 22.3.1978, Cass.pen. Mass, 1980, s.395.

önemlidir. Tehdidin uygunluğunun takdiri ise, ileriye yönelik (ex-post) olarak yapılmamalıdır. Değerlendirmenin, geçmişe yönelik (ex-ante) olarak, hadisenin gerçekleştiği zamanda mevcut bulunan objektif ve sübjektif şartlara göre, orta düzeydeki bir kimsenin algılaması olarak nitelendirmek gerekir (11).

Bunun sonucu olarak da, gerçek ve mutlak imkânsızlık halleri dışında, yöneltilen tehdidin gerçekleştirilmesinin imkânsız olması suçun oluşması bakımından bir ehemmiyet arz etmez (12). Önemli olan, tehdidin korkutmaya elverişli olmasıdır (13).

Mağdurun yokluğunda da bu suç gerçekleşebilir, zira tehdidin mağdurun yüzüne karşı işlenmesi gerekmez; önemli olan pasif sübjenin yani mağdurun bundan haberdar olmasıdır (14). Bu olasılık, aynı zamanda, tehdit suçunda teşebbüsün oluşabileceği tek ihtimaldir. Zira, tehdit suçu **şekli bir suçtur** (15), bu sebeple, ancak, eksik teşebbüs söz konusu olabilir (16).

Eğer, mağdur, yöneltilen tehdidi içinde bulunduğu durum (ruhî veya fizikî), yaşı, zekâsı, sıhhati, işitme veya görme yeteneği veyahut herhangi başka bir neden uyarınca algılama kabiliyetinden yoksunsa, suç gerçekleşmez. Fakat, yukarıdaki özelliklere sahip biri vasıtasıyla (dolayısı ile faillik yolu ile), üçüncü bir şahsın tehdit edilmesi mümkündür.

a. Tehdit suçunun konusunu teşkil eden mağdura yöneltilmiş ağır zararın haksız, gayrî kanunî olması gerekir. Bu sebeple, failin haklı ve meşru bir hakkını yerine getirmeye ilişkin sarf ettiği sözler tehdit suçunu oluşturmaz. Ancak, bu sözler başka bir suçu oluşturmayacak bir usûl ve tarzda ifa edil-

- (11) CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999; MANZINI, s.803; ANTOLISEI, s.139; İt.Yarg. 1.12.1981 ve 22.3.1978 t.lî kararları, bkz. dn.7; İt.Yarg. 27.6.1975, Rivista penale, 1976, s.432 (CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999).
- (12) MANZINI, s.810; DASSANO, s.336; SALTIELLI ROMANO-DI FALCO, s.372; İt.Yarg. 8.3.1965, Cass. pen. Mass., 1965, s.919; İt.Yarg. 24.10.1958, Giustizia penale, 1959, II, s.286 (CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999).
- (13) İt.Yarg. 22 Mart 1978: "Suçun gerçekleşmesi için pasif süjenin gerçekten tehditten etkilenmiş olması gerekmez"; 27 Haziran 1975, Riv. pen., 1976, s.432 - 13 Ocak 1970, Cass. pen. Mass. an., 1971, s.281 - 15 Ocak 1957, Riv. it. dir. pen., 1957, s.648 - 8 Şubat 1957, Giust. pen., 1957, II, s.470 - 16 Mayıs 1956, Giust. pen, 1956, II, s.746 tarihli İt. Yarg. kararları da bu yöndedir (MANZINI, s.820 dn.3).
- (14) DASSANO, s.338; ANTOLISEI, s.139.
- (15) İt.Yarg. 1 Aralık 1981, Cass. pen. Mass. an., 1983, s.1323: "Tehdit suçunu bir tehlike ve şekli suç kabul etmek icab eder, bunun neticesi olarak da, pasif süjenin gerçekten korkması gerekmez. Önemli olan, yöneltilen tehdidin korkutacak nitelikte olması ve bundanda pasif süjenin iç huzurunun etkilenilebilecek olmasıdır"; aynı yönde, İt.Yarg.nın 15 Ocak 1957, 5 Kasım 1956 tarihli kararları (MANZINI, s.819 dn.2).
- (16) Bir kimsenin mektupla tehdidinde bu ihtimal mevzubahis olabilir; muhatabın eline geçmeden evvel tehdide konu mektubun ele geçmesi gibi. Ancak, tehdit suçunda hiç bir zaman tam teşebbüs söz konusu olmaz, zira icra fiilleri tamamlandığında suç da gerçekleşmiş olur.



melidir: Mesela, sövme veya hakaret gibi. Keza, kişi mevcut hakkını hakkın suistimali şeklinde kullanıp pasif sùjeyi haksız bir zarara uğratacağı yolunda korkutursa, bu suç gerçekleşebilir.

Öte yandan, yöneltilecek ağır ve haksız zarar gerçekleşebilecek veya mümkün olan birşey olmalıdır; fakat, çok hayal ürünü veya aptalca kabul edilen bir şey de, mağdurun bunlara inanması mümkün, zayıf kültürlü ve entellektüel bilgiden yoksun bulunması halinde, suç konusu teşkil eder (17).

Ağır ve haksız zarar, mağdurun ya sùbjektif bir hakkına ya da hukuken korunan bir menfaatine ait olmalıdır. Bu ise, mağdurun mülkiyetine veya manevî değerlerine ilişkin olabilir.

Bu ağır ve haksız zarar gelecekte gerçekleşecek bir şeye de ilişkin olmalıdır (18); zarar geleceğe ilişkin değilse, suç gerçekleşmez (19) (örn.: "kızımı kaçırmış olsaydın seni gebertirdim" gibi). Bunun gibi, tehdit, aynı zamanda, failin iktidarında olan birşeye de taallük etmelidir, yoksa, suç yine gerçekleşmez (örn.: "çıkan fırtınada denizde boğularak öleceksin" gibi).

**b.** Doktrin tarafından işaret edildiği üzere, tehdit şartlı da olabilir (20): "Eğer, bunu yaparsan kafanı kırarım" gibi. Ancak, buradaki şart sadece sözde kalmalıdır, eğer, bu tür tehdit, mağdurun belli bir şeyi yapmamaya veya yapmaya sevk edecek nitelikte ise, TCK.nun 188 inci maddesinde düzenlenen şartlı tehdit suçunu oluşturur (21).

Tehdidin sabit bir şeye veya mağdurun belli bir menfaatine ilişkin olması da gerekmez; tehdidin pasif sùjenin, yani yöneltildiği kişinin iç huzurunu etkilemeye yönelik olması yeterlidir (22).

(17) ANTOLISEI, s.140.

(18) MANZINI, s.814; CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.999; Impallomeni ise, bu haksız ve ağır zararın geleceğe ilişkin olabileceği gibi o anda meydana gelen birşeye de ilişkin olabileceği görüşündedir (IMPALLOMENI, s.134); buna karşın, Saltelli Romano-di Falco ise, bu zararın o andaki bir şeye ilişkin olmasını çok anlamsız bulmaktadır (SALTELLI ROMANO-DI FALCO, s.372).

(19) İt.Yarg. 2.Cd., 12 Ocak 1938, Annali, 1938, s.104 (SALTELLI ROMANO-DI FALCO, s.372 dn.1).

(20) MANZINI, s.809; DASSANO, s.343; İt.Yarg. 26 Kasım 1980, Cass. pen. Mass. ann., 1982, s.741; 20 Ocak 1973, Cass. pen. Mass. ann., 1974, s.304; 3 Nisan 1957, Giust. pen., 1957, II, s.666 (MANZINI, s.809 dn.9).

(21) ANTOLISEI, s.139; İt.Yarg. 23 Mart 1981, rivista penale, 1982, s.96; İt.Yarg. 28 Şubat 1974, Mass. dec. pen., m.127051.

(22) ANTOLISEI, s.140; aksi görüş, MANZINI, s.814 ve İt.Yarg. 26 Ekim 1980, Cass. pen. Mass. ann., 1982, s.741: "Eğer, neticesi belirsiz tehdit, tehdidin korkutma, endişelendirme olanağını ortadan kaldırıyorsa, bu tehdit suçunun oluşmasına da engel olur"; gene İt.Yarg. 16 Ocak 1956, Giust. pen., 1956, II, s.484.

4. Tehdit suçunun **manevî unsuru**'nu ise, **kast** oluşturur, zira, bu suç ancak, kastın varlığında mevzubahis olabilir. Bu suçtaki kast, **genel kast**'tır (23). Fail, bir başkasını **haksız bir zarar ile** tehdit ettiğini bilmeli (coscienza) ve istemelidir (volontà), yani fail tehdit ettiği zararın da haksız olduğunu bilmeli ve istemelidir. Failin tehdit ettiği hususun gerçekleşmesini isteyip istememesinin bir önemi yoktur. Ancak, fail, hareketinin haksız olduğunu bilmiyorsa, tehdit suçu gerçekleşmez (24).

Failin taşıdığı amaç ve saik bu suçun gerçekleşmesi bakımından önemli değildir; zira, failin mağdurun iç huzurunu bozmak yönündeki niyeti tehdit suçunun oluşmasına yeter. Ancak, tehdit suçu genel ve yardımcı bir hüküm olduğundan fail, özel bir amaç ve saikle suç işlerse, failin taşıdığı saik, işlemek istediği suç bakımından önem arzeder (25). Mesela, zenginleşmek amacıyla hareket ederse, yağma (TCK. md. 495), hak aramak için hareket ederse, kendiliğinden hak alma (TCK. md.308/2) suçları oluşur (26). Failin hareketleri ve kullandığı araçlar amacı hakkında bilgi verebilirse de, bunlar başlı başına failin amacını ortaya çıkarmaya yeterli olmazlar. Failin amacının tespiti ise, hâkimin takdir yetkisinde olup, gerekçesinde çelişki bulunmadığı müddetçe, Yargıtay'ca denetlenilebilecek bir husus da değildir (27).

Ceza Kanunumuzun 191 inci maddesinin meydana gelebilmesi için her türlü kast yeterlidir: Ne bir plân kastı, ne de özel bir kast aranır.

Hiddet ve tehevür kastı ortadan kaldırmaz (28) ve tehdit suçunun oluşmasına da engel olmaz (29).

#### 5. Eskiden doktrin, tehdit suçunu oluşturan unsurları ruhî sakinlik ve

- (23) **DASSANO**, s.340; **MANZINI**, s.820; **VIARO**, s.974; **ANTOLISEI**, s.141; **CRESPIZUCCOLA -STELLA**, s.1001; **SALTELLI ROMANO-DI FALCO**, s.372; **SELÇUK**, s.225.
- (24) İt.Yarg. 7 Aralık 1977, Giust. pen., 1978, II, s.587: "Tehdit suçunda kast, failin haksız bir zarar ile tehdit ettiğini bilmesi ve bunu istemesi halinde mevcuttur, eğer, aktif süje tehdit ettiği hususun kanuniliğinde yanılığa düşerse, suç gerçekleşmez" (**MANZINI**, s.821, dn.2)
- (25) **DASSANO**, s.339; **VIARO**, s.974; **MANZINI**, s.821.
- (26) **SELÇUK**, s.225.
- (27) **MANZINI**, s.821.
- (28) **MANTOVANI Ferrando**, Diritto penale, part. gen., seconda ediz., Cedam, Padova, 1988, s.317; **ANTOLISEI Francesco**, Manuale di diritto penale, part. gen., decima ediz., a cura di **CONTI Luigi**, Milano, 1987, s.311; **BETTIOL Giuseppe**, Diritto Penale, part. gen., decima ediz., a cura di **CONTI Luigi**, Milano, 1987, s.311; **BETTIOL Giuseppe**, Diritto Penale, part. gen., dodicesima ediz., a cura di **MANTOVANI Luciano** Pettoello, Cedam, Padova, 1986, s.517: "... bilmekteyiz ki, anı kast ne sorumluluğu azaltır ne de otadan kaldırır"; **DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Şahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Sekizinci bası, C.II, İstanbul, 1983, s.251; **ÖNDER Ayhan**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul, 1992, s.286
- (29) **MANZINI**, s.822.

soğukkanlılık olarak kabul eder ve bunun neticesi olarak da, hiddetin kastı kaldırdığını savunurdu (30). Bu görüş, Toskana Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına dayanılarak, kısa bir dönem için, Carrara'nın önderliğinde savunulmuş, fakat, ne doktrinde ne de tatbikatta benimsenmiştir (31). Her ne kadar, Carrara'nın etkisinde hiddetin kastı ortadan kaldırdığı yönünde bazı kararlar verilmişse de (32), o zaman bile, tatbikatta bu düşünce tam bir taraftar toplamamıştır (33). Bugün için ise, İtalya'da, tehevürün, hiddetin kastı ortadan kaldırmadığı şeklinde hem doktrin hem de tatbikat bakımından yeknesaklık mevcuttur. Ancak, bunu bizim ülkemiz bakımından ifade edebilmek imkânsızdır; hiç bir ülke tarafından benimsenmeyen bir düşünce etrafında, içtihat, tehdit suçunda **taammüdün varlığını** şart koşturmaktadır (her ne kadar, Yargıtay Özel Dairesi bu yanlış düşünceyi, aşabilmişse de (34), aynı şeyi,

(30) CARRARA Francesco, Programma del corso di diritto criminale, part. spec., vol. II, Lucca, 1882, §. 1577; MAJNO Luigi, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara, 1978, C.2, s.125: "... tehdit fiilinin niyet unsuruna gelince hukukî nazariyatça kabul edilen prensip, tehdit fiilinin taammüden vukua gelmesidir."

(31) DASSANO, s.339, dn.46.

(32) İt.Yarg., 23.2.1892, 18.5.1896, 12.4.1897, 15.9.1900 (SELÇUK, s.227).

(33) İt.Yarg., 25.4.1898, 27.6.1898, 13.1.1899, 10.2.1899, 17.11.1899, 11.2.1900, 18.4.1900, 11.5.1900 (SELÇUK, s.227); DASSANO, s.339.

(34) Yarg. 4.CD. 1990/4589 E. 1990/5636 K. ve 5.11.1990 T., Yarg. Kar. Derg., Mart 1991, s.445; Yarg. 4.CD. 1990/4140 E. 1990/5635 K. 5.11.1990 T., Yarg. Kar. Derg., Aralık 1991, s.1878; Yarg. 4.CD. 1990/7463 E. 1991/942 K. ve 14.2.1991 T., Yarg. Kar. Derg., Ağustos 1991, s.1263, ifade etmeğe çalıştığımız görüşlerimizin bir kısmını yansıtan ve bir birinin aynısı sayılabilecek bu kararlardan sonuncusu şöyledir: "TC. Yasasının 191 inci maddesinde yer alan; yardımcı hüküm niteliğinde olan ve (amaç-tehdit) olarak salt tehdit eylemini cezalandıran cürmün manevî ögesi, tehdit etme bilinç ve iradesi öğelerinden oluşan genel kasıttan ibarettir. Bu kasıt, kastın oluşum süreci ve yoğunluğu açılarından bir düşünce kastı (dolo di proposito) ya da bu kastın en yoğun biçimi olan tasarlama (taammüt) veyahut da kavga ve tartışma gibi çoğu durumlarda görüldüğü üzere bir öfke (taşkınlık) kastı (dolo d'impeto) da olabilir. Bu nedenle de, saptandığı takdirde öfke, bilinç ve iradeyi kaldırmayıp, yalnızca iradeyi ve dolayısıyla sorumluluğu zayıflatığından, suç kastının ortadan kalkması söz konusu olamaz (...). 2- Bir tehlike suçu olan tehdidin, ciddi olup olmadığı hususu ise, tehdidi içeren sözlerin gerçekleşmesinin kaçınılmaz olup olmamasına göre değil, oluştuğu ortama ve tarafların bedensel ve ruhsal durumlarına göre, tehdit edici sözlerin gerçekleşme olanağı ve mağdurun iradesini etkileme derecesi ölçüleri içinde, önceden bir bi sayılması olanaksız etkenler gözetilerek, ilk mahkemece değerlendirilecek olgusal bir sorundur (...). Tehit cürümünün hukukî ve maddî konuları, suç kastının zaman süreci içindeki oluşumu ve niteliği, suçun yapısına ilişkin yukarıda açıklanan nedenler gözetilmeden, tartışma ve kavga sırasında salt öfkeyle işlenen tehdidin suç olamayacağı nedenine dayanılarak yasal temelden yoksun gerekçeyle hüküm kurulması ... yasaya aykırıdır."



YCGK. için söyleyebilmek mümkün değildir) (35).

Bu düşünceye katılabilmemiz imkânsızdır (36).

Özellikle, normal ve sakin birine oranla, hiddet içindeki kimsenin hareketlerinin korkutuculuğu ile hiddetin yapacağı etki bu suçun oluşumunda göz ardı edilemez. Zira, bir yandan öfkelenen failin olaydaki korkutuculuğu ve bu husustaki daha kuvvetli inandırıcılığı, öte yandan faili tehevür haline sokan hadisenin daha başka bir alanda değerlendirilebilme olanağı, ruhun soğukkanlılığı ve sakinliği görüşünü bertaraf eder (37). Eğer, faildeki hiddet, haksız tahrikten kaynaklanıyorsa, TCK.nun 51 inci maddesi uygulama alanı bulur

- (35) Puccioni'nin, Piacenza Ceza Mahkemesinin, 19. yüzyıl sonlarına doğru bir olaya ilişkin vermiş olduğu kararına ilişkin görüşlerinden etkilenen (PUCCIONI, Il codice penale toscano illustrato, vol. IV, Pistoria, Cino, 1857, s.641 vd.) Carrara'nın, bu husustaki düşüncesini savunan YCGK.; tehevüren söylenen sözlerde kast bulunmadığını iddia etmektedir. YCGK. 1990/4-368 E. 1991/36 ve 18.2.1991 T., Yarg. Kar. Derg., Eylül 1991, s.1395: "... Fiilin bilerek ve isteyerek işlenmiş olması gereklidir. Bu itibarla Failin bilerek mağduru haksız bir zarara uğratacağını bildirmeyi istemesi lâzımdır. Başka deyişle tehdidin tasarlanarak işlenmiş olması gereklidir. Bu takdirde ancak tehdidin ciddi bir nitelik taşıdığı kabul olunabilir. Failin ayrıca niyetini gerçekleştirmeyi isteyip istememesinin önemi yoktur.

Tehdidin manevî unsuru tasarlamaktır. Bu takdirde tehdit ciddi nitelikte kabul olunabilir. Bu nedenle kavga sırasında öfke ile söylenen sözlerde tasarlama sözkonusu olmadığından tehdit suçu meydana gelmez.

Tehdit, ferdin iç sükûnunu diğer bir deyimle ferdin hukukî emniyet şuurunu ihlal ettiği için suç sayılmıştır. Failin bu olguyu yaratabilecek, ciddi bir korku doğurabilecek şekilde davranması gerekir. Bu husus da, fiilin istenerek düşünülerek, sonuçlarını göyerecek işlenmesini gerektirmektedir. Kavgada veya tartışmada failin ciddi bir olguyu düşünerek hareket etmesi mümkün değildir. Bu nedenle kavgada, tehdidi içeren sözlerin söylenmesinde suçun unsurları oluşmamıştır.

Tehdit, mağduru istenilen bir hareketi yapmaya zorlamak ve onu korkutmak olduğuna göre, hukuken değerlendirilebilmesi için uygunluk, elverişlilik, yeterlilik koşulları gerçekleşmelidir. Kavgada kızgınlıkla söylenen sözlerde bu koşullar gerçekleşmeyecek olması birbirine karıştırılmaktadır. Söylenmesi için sebep olmayan ve yapılması mümkün bulunmayan ancak kızgınlık anında sarfedilen sözlerde kasıt bulunmamaktadır." Dikkat edilecek olursa, bu kararda tehdidin ciddiliği kavramı ile, tehdidin gerçekleşip gerçekleşmeyecek olması birbirine karıştırılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir şeyin ciddi olması başka, gerçekleşmesi başka şeydir. Fail söylediği şeyleri hiç gerçekleştirmeyi düşünmese bile, tehdit suçu gerçekleşir; tehdit suçunda ciddiye ise, fail bakımından değil, mağdur bakımından önem arzeder. Eğer, sarf edilen sözler mağduru endişeye düşürmeye, onun iç huzurunu bozmaya sevk ediyorsa, suç gerçekleşir. Ancak, failde mağduru iç huzurunu bozmaya, onu endişelendirmeye yönelik bir kast bulunmalıdır. Kavgada tehdit eden (faili), tehdit edileni (mağduru) endişelendirmeyi, onu korkutmayı düşünmediği, bu hususu istemediği şeklinde kabul etmek pek mümkün değildir, zira, fail, elbetteki, sarf ettiği sözleri veya yaptığı hareketleri kendisi veya üçüncü kimse lehine durum yaratmak için yapmaktadır (aksi halde, bu sözleri laf olsun diye söylemiş kabul etmek icab edecektir). Özellikle, birisini korkutmak için, daha önceden, bu hususun tasarlanması ise, hiç şart olmasa gerekir. Önemli olan, failin, mağduru iç huzurunu, yönelttiği ağır ve haksız bir zarar ile bozgununu bilmesi ve bunu istemesidir.

- (36) MANZINI, s.822; DASSANO, s.340; CRESPI-ZUCCOLA-STELLA, s.1001; SALTELLI ROMANO DI-FALCO, s.372, dn.2; EREM, s.256; SELÇUK, s.226; GÜVEN, Tehdit Suçunun Subjektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Derg., s.6, 1988, s.107; CİHAN Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978 s.152; GÜRKAN H. Armağan, Korkutma (Tehdit) Suçu Açısından Yargıtayımızın Kökleşmiş Kararlarının Eleştirisi, Balıkesir Bar. Derg., S.14, 1983, s.22; İt. Yarg. 2.CD. 3 Mayıs 1933, Annali, 1933, s.1017 (SALTELLI ROMANO-DI FALCO, s.372, dn.2): "Fail, mağduru haksız davranışından kaynaklanan hiddet içinde, mağduru haksız ve ağır bir zararla tehdit etmiş olsa bile, bu durum, fail bakımından, tehdit suçunun oluşmasına engel olmaz."

- (37) DASSANO, s.340.

(38). Ancak, tehevvrle hareket, kastı ortadan kaldırmaz. Ayrıca, kısmî akıl hastalığı, sarhoşluk ve kavgada tehdit, tehdit suçunun oluşumuna engel olmaz (39).

Taammüd ise, kastın yoğun biçimidir ve Ceza Kanunumuzda, ancak, belirtildiği hallerde aranılabilir. Bu da, kasten adam öldürme suçunda (TCK. md.450/4) ve kasten müessir fiil (TCK. md.457/2) suçunda ağırlatıcı sebep olarak söz konusudur; bunun dışında ise, Ceza Kanunumuz bakımından taammüdü arandığı başka bir ihtimal yoktur. Özellikle, kanun koyucu tarafından düzenlenmediği halde, içtihatça tehdit suçunda taammüd kastını aramak yerinde değildir.

Hiddet kastının, anî kastın varlığı ise, tartışmasızdır (40). Bu sebeple, kavgada veya kızgınlık halinde söylenen sözlerle tehdit suçu, elbetteki, gerçekleşir; aksi halde, tehdit suçunun tatbiki kanun koyucunun istemediği şekilde daralır (41).

Halbukî, şaka bile tehdit suçunu oluşturmaya yeterlidir (42).

6. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, tehdit suçunun meydana gelmesi bakımından her türlü kast mümkündür. Bu da demektir ki, bu suçun oluşması için ayrı bir kast gerekmemektedir; bu sebeple, genel kastın dışında, ayrıca, özel kast ve taammüdü arayan içtihadın içine düştüğü yanlışlığa düşmemek gerekir (43). Bunun neticesi olarak, **gayrimuayyen kast** da bu suçun oluşmasını sağlayabilir: mesela, fail sarfettiği sözlerde tehdit etme riskini taşıyorsa, bunu

(38) "Kanunumuz hiddet heyecanının kasdı kaldırabileceğini kabul etmemiştir. Hiddet heyecanının dikkate alındığı umumî hüküm **haksız tahrik** hükmüdür. Kanun bu heyecana kasdı kaldırıcı değil, cezayı azaltıcı tesir tanımıştır" (EREM, s.256); bu husustaki Yargıtay kararları için bkz. dn. 34).

(39) MANZINI, s.822.

(40) Bkz. dn. 28.

(41) SELÇUK, s.228.

(42) SELÇUK, s.230.

(43) Öncelikle belirtmek gerekir ki, özel kast (dolus specialis) "kanunun suç unsuru veya ağırlatıcı sebep olarak kabul ettiği hallerde, failin belirli bir saikle hareket etmesinin yani, bilme ve istemeden başka, **belirli bir saikle** hareket etmesinin, ayrıca, şart koşulduğu hallerde var olan kasttır (DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.249)" yani özel kast "suçun kanunî tarifteki şeklinin ve maddî hususiyetinin dışında, suçun gerçekleşmesibakımından bir önemi olmayan, failin suçu gerçekleştirmek bakımından taşıdığı saiktir (MANTOVANI, s.314)" (Aynı doğrultuda, PAGLIARÒ Antonio - TRANCHINA Giovanni, Istituzione di diritto e procedura penale, seconda ediz., Milano, 1988, s.89; ANTOLISEI, part. gen., s.307; STEFANI Gaston - LEVASSEUR Georges, Droit pénal général, tome I, quatrième edit., Paris, 1970, s.189; GARZANTI, La nuova enciclopedia del diritto e dell'economia, Milano, 1989, s.490; EREM, C.I, s.510). Taammüd ise, bir özel kast olmayıp faildeki kastın yoğun biçiminin bir tezahürüdür. Halbukî, kanun koyucu, bu suç bakımından failde kast yoğunluğu veya belirli bir sebebi aramış değildir; kanun koyucunun beklentisi, mağdurun iç huzurunun, irade hürriyetinin tehlikeye düşmesidir (bunun zarar bile görmesi gerekmemektedir).

öngörebiliyorsa veya kesin bir korkutma amacı ve isteği taşımasa da, bir küçüğü ebeveynleri önünde korkutuyorsa, bu tür kast söz konusu olur (44).

Eğer, fail, tehdit ettiği hususu ayrıca gerçekleştirecek olursa, bu durumda, fail hem TCK.nun 191 inci maddesinden hem de gerçekleştirdiği diğer suçtan dolayı gerçek içtima kuralları gereğince sorumlu olur (45).

---

(44) DASSANO, s.340.

(45) MANZINI, s.805



KISALTMALAR

<b>Bar.</b>	: Baro
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>Cass.pen.Mass.</b>	: Cassazione penale Massimario
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>CK.</b>	: Ceza Kanunu
<b>Derg.</b>	: Dergi
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>ediz</b>	: Edizione
<b>édit</b>	: Édition
<b>Guist. pen.</b>	: Giustizia penale
<b>it. Yarg.</b>	: İtalyan Yargıtayı
<b>K.</b>	: Karar
<b>md.</b>	: Madde
<b>örn.</b>	: Örneğin
<b>part. gen.</b>	: Parte generale
<b>part. spec.</b>	: Parte speciale
<b>Riv.it.dir.pen.</b>	: Rivista italiano di diritto penale
<b>Riv. pen.</b>	: Rivista penale
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TCK.</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>Yarg.Kar.Derg.</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>YCGK.</b>	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
<b>vol.</b>	: Volume

## KAYNAKÇA

- ANTOLISEI Francesco,** : Manuale di diritto penale, part. gen., decima ediz., a cura di CONTI, milano, 1987.
- ANTOLISEI Francesco,** : Manuale di diritto penale, part. spec., vol. I, nona ediz., a cura di CONTI, Milano, 1986.
- BETTIOL Giuseppe,** : Diritto penale, part. gen., dodicesima ediz., a cura di MANTOVANI L. Pettoello, Cedam, Padova, 1986.
- CARRARA Francesco,** : Programma del corso di diritto criminale, part. spec., vol. II, Lucca, 1982.
- CİHAN Erol,** : Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978.
- CRESPI Alberto, ZUCCOLA Giuseppe, STELLA Frederico,** : Commentario breve al codice penale, Padova, 1986.
- DASANO Francesco,** : Minaccia (diritto penale), Enciclopedia di diritto, vol. XXVI, Milano, 1976.
- DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir,** : Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, Sekizinci bası, C.II, İstanbul, 1983.
- EREM Faruk,** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.I-III, Üçüncü baskı, Ankara, 1985.
- GARZANTI,** : La nuova enciclopedia del diritto e dell'economia, Milano, 1989.
- GÜRKAN H. Amağan,** : Korkutma (Tehdit) Suçu Açısından Yargıtayımızın Kökleşmiş Kararlarının Eleştirisi, Balıkesir Bar. Derg., S.14, 1983.
- GÜVEN Mustafa,** : Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Derg., S.4, 1987.
- GÜVEN Mustafa,** : Tehdit Suçunun Sübjektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Derg., S.6, 1988.

- IMPALLOMENI G. Battista,** : Il codice penale italiano, vol. II, part. spec., Firenze, 1980.
- MANTOVANI Ferrando,** : Diritto penale, part., gen., seconda ediz., Cedam, Padova, 1988.
- MANZINI Vincenzo,** : Trattato di diritto penale italiano, a cura di PISAPIA, quinta ediz., vol. VIII, UTET, Torino, 1985.
- MAJNO Luigi,** : Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. II, Ankara, 1978.
- ÖNDER AYHAN,** : Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul, 1992.
- PAGLIARO Antonio -  
TRANCHINA Giovanni,** : Istituzione di diritto e procedura penale, seconda ediz., Milano, 1988.
- PUCCIONI,** : Il codice penale toscano illustrato, vol. IV, Pistoria, Cino, 1857.
- SALTELLI Carlo,  
ROMANO DI-FALCO Enrico,** : Commentato teorico-pratico del nuovo codice penale, seconda ediz., vol. IV, Torino, 1940.
- SELÇUK Sami,** : İzzar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, Yargıtay Derg., C. 11, S. 3, 1985.
- STEFANI Gaston -  
LEVASSEUR Georges,** : Droit pénal général, tome I, quatrième édit., Paris, 1970.
- VIARO,** : Violenza e minaccia, Novissimo Digesto italiano, vol. XX, Torino, 1975.



## BOŞANMA HALİNDE MADDİ TAZMİNAT

### VE

## YOKSULLUK NAFAKASI

Nedim TURHAN (\*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** I- Giriş. Hukuk uygulamalarında sorumluluk; genel olarak: a- Sözleşme dışı sorumluluk (haksız eylem sorumluluğu). b- Kusura dayanmayan sorumluluk (nesnel veya sebep sorumluluğu). c- Sözleşme sorumluluğu. II- Genel olarak kusur kavramı. Öğretide Kusur tanımı: Kusur kabul edilen eylemin belirlenmesinde ölçüler. Nesnel (objektif) kusurda ölçü. Öznel (subjektif) kusurda ölçü. Sezginolma - tanımı. Kusurun kusurları: Kasıt. İhmal. Hukuka aykırılık. Medeni Kanununun 143/1. maddesine göre oluşan kusurun yasal koşulları. 1- Boşanma kararının kesinleşmiş olması. 2- Mevcut veya beklenen bir yararın hukuka aykırı olarak zedelenmiş olması. 3- Boşanmanın kusura dayalı olarak gerçekleşmesi. 4- Zarar ile boşanma nedeni arasında nedensellik bağının bulunması. Konu ile ilgili bilimsel görüşler. Konu ile ilgili yargısal görüşler. 3- Mukayeseli hukukta tazminat. a- İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretisi. b- Alman Hukuku. c- Fransız Hukuku. 4- Nedensellik (uyum illiyet) bağı. 5- Zarar-zararın kapsamı. 6- Zararın tesbiti ve takdiri. 7- Görevli mahkeme. 8- Yetkili mahkeme. 9- Yoksulluk nafakası. a- Genel olarak. b- Koşulları. 1- Daha az veya eşdeğerde kusur. 2- Boşanma nedeniyle yoksulluk. 3- Yoksulluk nafakasının miktarı. 4- Yoksulluk nafakasının arttırılıp eksiltilmesi, ödeme şekli, kaldırılması. 10- Maddî ödence ile yoksulluk nafakasında ortak yönler. 1- Boşanmanın eki (fer'i) niteliğinde olması. 2- Boşanma davası içinde istenilmesi halinde peşin harca tabi olmadığı. 3- Faiz sorunu. 4- Maddî ödence ve yoksulluk nafakasının koşulları varsa birlikte hükmedilebileceği.

---

(\*) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi.

**MEDENİ KANUN'UN 143/1. MADDESİ MADDİ ÖDENCE  
(TAZMİNAT) VE 144. MADDESİ YÖNÜNDEN YOKSULLUK  
NAFAKASI SORUMLULUĞU**

1- Medeni Kanun'un 143/1. maddesi "mevcut ve hatta muntazar bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kabahatsız karı veya kocanın, kabahatlı olan taraftan münasip maddî bir tazminat talebine hakkı vardır" şeklindeki düzenleme ile boşanmada kusursuz olan eşin diğer eşten maddî tazminat isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Yasanın kusursuz eş ifadesinden kusursuzluğun hangi ölçüler içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, gerek uygulamada gerekse öğretide kesin çizgilerle belirlenememiş günün koşullarına uygun kesin bir yorum yapılamamıştır. "Kusursuz eş ifadesinden tamamen masum, kendisine hiç bir kusur yüklenemeyecek karı koca olarak mı anlaşılacaktır" veya kusuru, evlilik birliğinin bozulmasına yol açmayan veya yol açsada diğer eşin kusuru ile karşılaştırıldığında daha az kusurlu olan taraf kusursuz sayılabilecek mi?

Hukuk uygulamalarında sorumluluk; genel olarak:

a) *Sözleşme dışı sorumluluk* (haksız eylem sonucu oluşan hukuka aykırılık).

b) *Kusura dayanmayan sorumluluk* (nesnel veya sebep sorumluluğu). Bu tür sorumlulukta bir şeyin, bir faaliyetin ürününden yararlanan kimsenin o şeyin veya faaliyetin doğurduğu zarara da katlanmasını öngörür. Bu tür sorumluluğun içinde tehlike, hakkaniyet, eğemenlik alanı, hukuka aykırılık, nesnel özen görevini savsaklama gibi nedenlerden kaynaklanan zararlar girer. Bu görüşe gelişen veya değişen ekonomik, sosyal, toplumsal gelişmelerin sonucunda ulaşılmıştır.

c) *Sözleşme sorumluluğu*

olmak üzere ayırımı tabii tutulmuştur.

TMK. madde 143 ve 144 ile kusura dayalı olmak üzere ancak yukarıda belirtilen sorumluluk türleri dışında aile hukukuna özgü özel bir sorumluluk düzenlenmiştir.

**2- GENEL OLARAK KUSUR KAVRAMI**

**Kusur:** Kusura dayalı sorumluluğu düzenleyen BK.'nın 41 inci maddesi kusuru sorumluluğun ana koşulu olarak kabul etmekle beraber kusurun tanı-

mini yapmamıştır. Aile hukukuna özgü sorumluluğu düzenleyen Medeni Kanunun 143 üncü maddesinde de kusur tanımına yer verilmemiştir.

### ÖĞRETİDE KUSUR

**Tanımı:** Hukuka aykırı davranış olarak tanımlanmaktadır. Bir kimse hukuka uygun olmayan bir davranışı ile başkasına verdiği zarardan sorumludur.

### KUSUR KABUL EDİLEN EYLEMİN BELİRLENMESİNDE KABUL EDİLEN ÖLÇÜLER

**Nesnel (Objektif) Ölçü:** Kişinin bulunduğu ortama göre normal düşünen bir kişinin davranış biçiminden farklı bir eylemde bulunması olarak değerlendirilir. Ortalama davranış biçimi dışına çıkan kişinin eylem yeteneğine sahip olması da gerekir. (Öznel-Subjektif unsur). Buna sorumluluk veya kusur ehliyeti denir. MK.'nun kabul ettiği ölçülere göre sorumluluk yeteneğinin ilk koşulu mümmeyyiz (sezgin) olmaktır. Zira sezgin olmayan küçükler ve kısıtlılar eylem yeteneğinden yoksundur. (medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksunluk MK. m.14). Sezgin olmayan kimsenin eylem ve işlemi hukuki sonuç doğurmaz (MK. m.15). Sorumluluk için sezginlik yeterlidir. Reşit olma aranmaz. Sezginlik MK.nun 13 üncü maddesiyle olumsuz bir yöntem kullanılarak tanımlanmıştır. Buna göre: Yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya bunlara benzer medenlerden biriyle akıllı bir kişinin davranış yeteneğinden yoksun olmayan herkes sezgindir.

**Sezgin Olmanın Olumlu Tanımı ise:** Kişinin başkalarıyla olan işlemlerinde, eylemlerinde bunların kapsamını, nedenini, doğacak sonuçlarını akıllı bir insan gibi makul ölçüler içerisinde değerlendirebilmesi ve bu değerlendirmeye uygun biçimde davranabilmesidir (Prof.Dr. F.Eren - Borçlar Hukuku, Cilt 2).

**Kusurun Unsurları:** Kişinin sorumluluğu için, zarara neden olan eylemin kasten veya ihmal sonucu gerçekleşmesi gerekir (BK. m.41).

**Kasıt:** Hukuka aykırı olan eylemin sonucunun onu işleyen tarafından bilinmesi veyabilmesinin gerektiği davranışlar.

**İhmâl:** Hukuka aykırı sonucu istememekle beraber bu sonucun oluşmaması için gereken özenin gösterilmemiş olmasıdır. İhmalin ağır veya hafif olması sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde etkili bir faktördür.



**Hukuka Aykırılık:** Hukuka aykırılık deyimi, sorumluluk hukukunun esaslı bir ögesidir. Ancak yürürlükte bulunan yasalarımız hukuka aykırılığı tanımlamamış, bu tanımı uygulamacıyabırakmıştır. **Öğretide hukuka aykırılık** kişileri, onların maddî-manevî mal varlığını koruyan yazılı veya yazılı olmayan emredici hukuk, ahlâk ve örf-adetlere ilişkin kuralların zedelenmesi olarak tanımlanmaktadır. Hukuka aykırılık kısaca, başkalarının eĒemenliğinde bulunan ve korunması gereken haklarına geçerli bir nedene dayanılmaksızın el atma olarak tanımlanabilir.

Açıklayıcı bu kısa hatırlatmadan sonra konumuzu oluşturan MK.'nun 143/1 inci maddesiyle düzenlenen ve kendine özgü bir sorumluluk şekli oluşturan boşanma sonucu kusursuz eşçe uğranılan zararın yasal unsurları:

1- Taraflar boşanmış, boşanma kararı kesinleşmiş olmalıdır (aykırılık halinde maddî ödence istenemez).

2- Hukuka aykırılık olmalıdır. Yani boşanan eşin devam eden (mevcut) veya beklenen (muntazar) bir yararı hukuka aykırı bir eylemle zedelenmiş olmalıdır.

3- Boşanma taraflarından birinin kusuruyla gerçekleşmiş olmalıdır.

4- Oluşan zarar ile boşanmayı gerçekleştiren sebepler arasında uygun nedensellik (illiyet) bulunmalıdır (Gurti, Rossel, Egger, Tekinay, Velidedeoğlu, Tuor: Ayrılık halinde dahi maddî ödenceye hüküm edilebileceği görüştündedir).

Yukarıdaki açıklamalardan MK.'nun 143/1 inci maddesine göre ödence istemenin ilk koşulu kesinleşmiş bir boşanma hükmünün varlığıdır. Bu sonuca hem yasanın açık düzenlenmesi hem de, boşanma gerçekleşmeden karıkoca arasında tazminat alacağından dolayı icra takibi yapma olanağının bulunmaması (MK. m.165) nedeniyle ulaşılmaktadır. Maddî ödence için aranan ikinci koşul kusursuzluktur. Kusursuzluk deyiminden anlaşılması gereken husus ne olmalıdır? Kusursuzluğun kapsamı ve derecesi yukarıda da değinildiği gibi uygulama ve öğretide kesin çizgilerle belirlenmiş değildir.

Bu konuyla ilgili Türk öğretisindeki görüşler:

*Doç.Dr. Bilge Öztan (Aile Hukuku 1979):* "Tazminat istenebilmesi için taraflardan birinin kusurlu hareketiyle boşanma gerçekleşmelidir. Tazminat alacaklısının hafif kusurlu olması istekte bulunmasını ve kendisine tazminat

verilmesini engellemez. Önemli olan bu eşin boşanma nedeninin meydana gelmesinde doğrudan (birinci derecede) kusurlu olmamasıdır. Atıf (yollama): Köprülü, Feyzioğlu) Aleyhine boşanma davası açılan eşin müterafik kusuru varsa (hafif kusur olması koşuluyla) bu husus BK.nun 44 üncü maddesine göre ödence miktarının belirli bir ölçüde indirilmesinde dikkate alınır. Boşanmada her iki eş aynı ölçüde kusurlu ise ödence istenemez" (yollama; Yazıcı-Atasoy, İkinci Hukuk Dairesi'nin 25.2.1946 gün, 4273/934 sayılı kararı).

*Prof.Dr. S.S.Tekinay (Türk Aile Hukuku 1978):* "Boşanma davasında eşlerden birinin mutlak olarak kusursuz olması ender rastlanan durumlardandır. Tazminat isteyen eşin kusurları bulunmakla beraber bunlar birliğin bozulmasına sebep olan diğer olaylara oranla ikinci derecede kalıyor veya bir takım kıskırtmaların, tahriklerin basit birer tepkisi olmaktan ileri gitmiyorsa onu yine kusursuz saymak gerekir. Bu duruma göre Federal Mahkemenin benimsediği görüş doğrultusunda **"davranışlarıyla evlilik birliğinin bozulması arasında sebep ve sonuç ilgisi bulunan eş bile, eğer diğer eşe nazaran daha az kusurlu ise ödence isteyebilir"**. O halde kabahatsizliği, kusursuzluğu evliliğin bozulmasına etki yapacak derecede kusurlu olmamak ilkesi yerine daha yumuşak ve daha adil olan daha az kusurluluk ilkesine terk etmiştir. Ancak kusurun azlığı BK.nun 44 üncü maddesinin uygulanmasını ve ödünceden indirim yapılmasını gerektirir. Burada düşünür, zina yapan bir kadının dahi icabında kocasından kusuru daha ağır olmamak koşuluyla ödence isteyebileceğine değinerek örnek olarak "yıllardır yalnızlığa terk edilen kimsesiz bir kadına sadakatsizliği halinde kocası ödence vermekle yükümlü tutulabilir" zira burada boşanmaya sebep olan kusurun ağır olması değil, belki daha ağır olması aranır. Aynı düşünce için "bak. BGE 98 II 161: JT 1973 E 254" İsviçre Federal Mahkemesi."

*Prof. Dr. Turgut Akıntürk (Aile Hukuku 1975):* Maddî tazminat talep edebilmenin bir diğer şartı tazminat isteyen eşin boşanmada kusursuz olmasıdır. Mamafî bu eşin hafif kusurlu olması halinde de maddî tazminat talep edebilme hakkı vardır. Fakat bu hâl BK. m.44 uyarınca tazminat miktarından indirim yapılmasını gerektirir.

*Prof. Dr. F.N.Feyzioğlu (Aile Hukuku 1989):* Eşin kusursuz olması şartını, yoksulluk nafakasında da aynen aramıştık. Hatırlanacaktır ki, buradaki kusursuzluk (mutlak kabahatsizlik) şeklinde anlamamaktayız. Eşin boşanma sebebini yaratmamış olmasını yeterli görmekteyiz. Tazminat isteyen eşin

davranışı ve eylemleriyle evlilik bağının çözülmesi arasında doğrudan bir illiyet yoksa, o eş MK. m.143 anladığı ve aradığı ölçüde kabahatsiz demektir. Hakim bu şartın gerçekleşmesinde BK. m.44'deki "müterafik kusur" prensibinden yararlanabilir. Buna karşılık boşanma halinde davalı eşten tazminat istenebilmesi için onun boşanma sebebinin doğuşunda kusurlu olması gerekir. Şidetli geçimsizlikten bazen, akıl hastalığında ise her zaman davalı eşin kusurlu olduğundan söz edilemez."

*H.V.Velidedeoğlu (Aile Hukuku 1965):* "Maddî tazminat takdir olunurken hâkim, boşanma ile ihlal olunan menfaati, eşlerin malî durumunu, tazminatla mükellef olanın kusurunun derecesini gözönüne alır. Tazminatta müstehak olanın da hafif kusuru varsa BK. 44'deki esasları gözönünde tutarak tazminat miktarını azaltır, hatta hiç tazminata hükmetmeyebilir. Sayın düşünür burada İsviçre Federal Mahkemesinin yollama yapmış bu mahkemenin uygulamada kararlılık kazanan görüşünü benimsemiştir. "Federal Mahkemenin yeleşmiş bulunan yeni görüşüne göre (BGE 71 II 52, BGE 79 II 134, ZGB 151)'de "boşanan eşin tazminat isteyebilmesi için şart olan kusursuzluk, artık eskisi gibi (BGE 60 II 392) eşin boşanmaya sebep olacak hiçbir davranışının bulunmaması şeklinde anlaşılmamaktadır. Kusurluluk vasfı ancak muayyen ağırlıktaki bir kusurun bulunması durumunda kalkar. Bundan maksat, o eşin boşanmaya veya evlilik bağının temelden sarsılmasına doğrudan sebep olacak bir kusurun bulunmasıdır." Kusurlu davranışın önce kusursuz sayılan eş tarafından başlaması bile bu durumu değiştirmez. Önemli olan nokta kusur ile evlilik bağının kopması arasındaki illiyet bağıdır. Her iki tarafta kusursuz veya eşit kusurlu ise biri diğerinden tazminat isteyemez."

Öğretimize hakim olan bu görüşlerden çıkan sonuçlar şöylece özetlenebilir:

**Maddî ödense yükümlüsü:** Boşanmaya kusuruyla sebebiyet veren eştir. Bu hususta duraksamaya yer verecek bir sorun bulunmamaktadır.

**Maddî ödense alacaklısı:** Boşanmaya ulaşan olaylarda kusursuz olan veya boşanmayı sağlamaya yeterli olmayacak kadar hafif kusurlu olan veya kusurlu davranışına boşanmada kusurlu olan eşin tahrik, teşvik ve kışkırtmalarına tepki niteliğinde belirlenen davranışlardan dolayı daha çok kusurlu sayılmayacak olan eştir.

Eşlerin ikisinde kusursuz (akıl hastalığı gibi) veya her ikisi de boşanma



nedeni olabilecek kadar kusurlu ise (iki tarafın karşılıklı hakareti, zinası gibi) birbirilerinden ödence isteyemez.

Ödence isteyen eşin hiç kusuru yoksa veya mevcut kusurları boşanmayı sağlayacak nitelikte ve ağırlıkta değilse, daha çok kusurlu olan ve kusuru boşanma sebebi olabilecek ağırlıkta olan eşten ödence isteyebilir. Hâkim ödencenin kapsamını belirlerken BK.nun 44 üncü maddesinde öngörülen-karşılıklı (müterafik) kusuru gözönünde bulundurmak durumundadır.

### YARGITAY'IN KUSURLA İLGİLİ GÖRÜŞÜ

Yargıtay'ın bu konudaki düşüncesi ağırlıklı olarak ödence isteyebilecek eşin boşanma olayında tam kusursuzluğunda toplanmakla beraber 20.12.1990 gün, 8301-13549 sayılı kararında: "..... boşanma kararı gerekçesine göre davacının daha fazla kabahatli olduğu gerçekleşmiş bulunmasına göre ödence isteklerinin reddine ilişkin hükme karşı temyiz itirazlarının reddi gerekir ....." şeklindeki kabulü ile daha az kusurlu olan veya kusuru boşanmayı sağlayacak ağırlıkta olmayan eşe ödence isteme hakkı tanınmıştır. Yine ikinci. Hukuk Dairesi'nin 29.6.1992 gün, 7261-7488 sayılı kararında: "..... somut olayda, davacı eşin kocası hakkında 'içki içiyor, eve yeterince bakmıyor' şeklindeki serzenişleri davacı koca yönünden boşanmayı sağlayacak ağırlıkta bir kusur olarak kabulü mümkün değildir ....." şeklindeki ifadeyle de boşanmaya yeterli olmayan kusuru kusursuzluk olaak değerlendirme eylemine girmiştir.

### 3- MUKAYESELİ HUKUK YÖNÜNDEN

#### a) İsviçre Federal Mahkemesi'nin kusurla ilgili görüşü

İsviçre MK. (ZGB m.151) gereğince boşanmada kusursuzluğun kabulüne davalı eşin evlilik birliğini yüklediği yükümlülükleri, evlilik birliğinin bozulmasında pay sahibi olacak tarzda ağı biçimde ihlal etmiş olması yeterlidir (BGE 158 II 366). Ancak davacının ağır kusuru (zarara uğrayanın kendi kusuru) kusur ve zarar arasında bulunması gereken nedenselliği ortadan kaldırır. Dolayısıyla ödence isteğini önler. Davacının boşanmaya neden olan olaylarla illi (nedensellik) olmayan ağır kusuru ise ödence isteğini önlemez. Sadece indirim nedeni olur. Zira evlilik birliğinin yüklediği görevleri yerine getirmekte ağır kusurlu olan eşin diğer eşin kusurundan yararlanıp ödence istemesi dürüstlük kurallarına aykırıdır (MK. m.2) (BGE 88 II 141, BGE 90 II 71). MERZ, ödence isteğinde bulunan eşin boşanma ile nedensellik bağı

içinde bulunmayan kusurunun İMK.nun 151 inci maddesinin uygulanması bakımında ödence isteğini engellememesi gerektiği görüşüyle Federal Mahkemenin yukarıda belirtilen görüşlerine katılmamıştır. Bu fikir Hinderlik tarafından da benimsenmiş olmasına karşın Federal Mahkeme 1967 ve sonraki kararlarında bu eleştirilere rağmen önceki görüşlerinde ısrarlı olmuştur.

**Zarar:** Ödence isteğinin bir diğer koşulu da zarar unsurudur. MK. m.143/1 ile ödence istenebilmesi için var olan veya beklenen (mevcut vemüntazar) yararlıardan yoksunluğun boşanma sonucu gerçekleşmesine bağlı kılınmıştır.

**Zarar:** Bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında gerçekleşen azalmadır. Mal varlığı geniş anlamda: Taşınır, taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve mülkiyetten gayri ana haklar (mutlak haklar), alacak, maddî olmayan mallar üzerindeki (nisbi-görelî) hakları, fikrî ve sınaî hakları ve ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği, çalışmasından elde ettiği ve ileride elde edeceği ihtimal dahilinde olan kazanç ve gelirlerini kapsar. Bunların dışında kalan ve kişilik haklarını ilgilendiren yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik saygınlık gibi hukuki değerlerden belirli koşulların gerçekleşmesiyle mal varlığının olumlu veya olumsuz olarak etkileyebilir. Örnek: Boşanmadan kaynaklanan sinirsel bir rahatsızlık sonucu çalışma gücünü belirli oranda kaybetme, belirli bir süre çalışmaktan alıkoymak gibi nedenlerin varlığı malî bütünlüğü halde ve gelecekte olumsuz yönde etkilemiş ise zararın varlığını kabul etme zorunluluğu doğar. Mal varlığını etkilemeyen kişilik haklarının zedelenmesi ise manevî ödence konusunu oluşturur. Her nevî mal varlığı azalmasının zarar görenin isteği ve iradesi dışında gerçekleşmiş olması gerekir.

Federal Mahkeme aşağıdaki konularda mevcut zararın varlığını kabul etmiştir. (Karı kocanın birlikte bir iş yürütmeleri fakat boşanma ile bu işin tasfiye edilmesi, bankaca karı-kocaya birlikte verilen kredi çerçevesinde yapılacak ödenceen boşanma üzerine hiç başlanmaması veya ödemelerin boşanma sebebiyle kesilmesi);

Kadının boşanmadan önce uzun süre ayrı yaşamış ve bu zaman zarfında kendi geçimini sağlayabilmiş olması, bu dönem için nafaka almamış olması sebebiyle uğradığı kaybı sonradan tazminat olarak talep edebilir (BGE 90 II 73).

Kadın evlilik süresince çalışmamışsa fakat boşanma süresine evinin ve kendisine bırakılan çocukların geçimini sağlamak için kazanç elde etmek zorunda ise bu da onun açısından mal varlıksal bir zarar teşkil eder (BGE 79 II 132; 99 II 358; 98 II 167).

Eğer kadın evlilik boyunca çalışmamışsa ve boşanmadan sonra işe devam ediyorsa fakat artık kazancı ve ekonomik durumu evlilik esnasında olduğu kadar güçlü değilse, bu kadın çocuksuz dahi olsa sözü geçen değer azalmasının tazminini isteyebilir (BGE 79 II 132).

Kadın kocasının evi geçindirme mükellefiyetini ihmal etmesi sebebiyle evlilik süresince geçimini kendisi sağlamış olsa dahi boşanma sonrasında yine de tazminat talep edebilir (BGE 95 II 598).

#### **b- Alman Hukukunda**

Türk-İsviçre hukuk sisteminde yer alan boşanma halinde kusursuz eş tazminat verilmesi hükümlerine Alman Medenî Hukukunda yer verilmemiş, bunun yerine yardım nafakası ve bakım görevleriyle ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Alman Medeni Kanununda eşin zinası ve ailevi görevlerini aşırı derecede savaştığı halde yardım nafakası istenemeyeceğini, bunun dışında kendi geçimini sağlayamayan boşanmış eşin diğerinden nafaka alabileceğini kabul etmiştir (1.7.1977 tarihli MK. değişikliği ile (madde 1587). Boşanan eş koşullarının varlığı halinde sigorta ve emeklilik gelirlerinin yarısının verileceği ilkesi benimsenmiştir.

Fransa MK. özellikle 1976 yılındaki değişiklikle, evliliğin sona ermesiyle oluşan eşitsizliğin giderilmesini (MK. madde 270) bu giderimin gereksinme duyanın ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli olmasını ve diğer tarafın maddî olanaklarıyla uyumluluk içinde değerlendirilmesini (md.271) değerlendirilmede; eşlerin sağlık durumu, çocuklar için ayrılması gereken zaman, eşlerin bir iş yapabilme güçleri, yeni meslek edinebilme yetenekleri, malların tasfiyesiyle oluşan yeni durumların gözönünde bulundurulmasını öngörmektedir.

Fransa MK. Türk-İsviçre sisteminin ağırlık verdiği kusur ilkesini çok hafifletmiş bunun yerine zayıf olana yardım ilkesine ağırlık verilmiştir. Bunun dışında boşanma ile ilintili bulunan maddî-manevi ödence ile yoksulluk nafakalarının belirlenmesi bakımından konulan ilkeler Türk-İsviçre Hukuk Sistemiyle paralellik arz etmektedir.



#### **4- MADDÎ TAZMİNATIN BİR DİĞER ÖĞESİ NEDENSELLİK BAĞIDIR (Uygun İlliyet)**

Yukarıda ödense istenilmesi boşanma yüzünden eşlerden birinin zarara uğraması ve zararın daha az kusurlu olan tarafın eyleminden değil daha çok kusurlu olan eşin eyleminden kaynaklanması gereğine değinildi. Ancak bu iki öğenin varlığı ödense istenmesi için yeterli görülmemiştir. Ödense istenebilmesi için ayrıca boşanmayı sağlayan olaylarla meydana gelen zarar arasında uygun bir nedenselliğin de bulunması gerekir.

#### **5- KONUMUZU İLGİLENDİREN VE MEDENİ KANUNUN 143/1. MADDESİ İLE BELİRLENEN ZARARIN KAPSAMI**

Yasa boşanma yüzünden "mevcut bir menfaatin haleldar olması" şeklinde ifade edilen zararın kapsamını belirlemek için, mevcut menfaatten neyin amaçlandığının bilinmesi, tanımının yapılması gerekir.

Öğretide: Mevcut (varolan) yarar "karı veya kocanın nafaka haklarının ortadan kalkması;

Evlenme sözleşmesinden kaynaklanan her nevi yararlanmanın yitirilmesi.

Kabahatsiz eşin boşanma sonucu diğerine ait olan malları, sermayeyi iade zorunda kalması, ticarethanenin artırılma (tasfiye) durumunda kalması ile doğan zararları ifade ettiğini (Prof.Dr. T.Akıntürk - Aile Hukuku, 1975, sh.232; TANDOĞAN, Aile Hukuku Ders Notları (teksir), tasnif ve ilaveler yapan Ayiter Nuşin, 1965, sh.101).

Kadının MK. m.152/2'den kaynaklanan (kocasının ev sağlaması karı ve çocukları gereği gibi geçindirme gibi) haklardan boşanma sonucu yoksun kalması, karının kocasına yardım etme onu görüp gözetme yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda (MK. m.153/2). Kocanın boşanma sonucu bu destekten yoksun kalması, karının MK. m.151/2 uyarınca maddî sıkıntı içine düşen kocasına maddî ve malî yardım da bulunması halinde kocasının bu yardımlardan yoksul kalması, karının mal ayrılığı sisteminden uygun ölçüde aile giderlerine katlanmasının gerektirdiği ve evliliğin karının kusuru ile sonuçlanması halinde kocanın yoksun kaldığı maddî ve malî yoksunluğu, yine kadının kusurlu davranması sonucu gerçekleşen boşanmanın kocanın ticari saygınlığını belirli ölçüde zedelemesi ile oluşan zarar, eşlerden birinin diğerine zührevi

bir hastalık aşılması sonucunda boşanmaya karar verilmesi, tedavi giderlerinin kusursuz eş için maddî tazminat konusu olabileceği belirtilmiştir (H.V. Velidedeoğlu, Aile Hukuku, 1965, T.Esener).

Kadının infak ve iaşesi gibi koca tarafından karşılanması gereken yararlardan yoksunluğu, boşanma yüzünden başka bir yere taşınma, kocanın zinası sonucu şok geçiren kadının tedavi giderleri (B.Ö. Tan, Aile Hukuku 1979; Tekinay, Aile Hukuku; Feyzioğlu, Aile Hukuku).

\* Yasal düzenlemeyle anılan "mevcut yarar" kavramının yukarıda özetlenen görüşler doğrultusunda öğretilde kabul edilen kapsamı özetlenecek olursa:

Kocanın MK. m.152/2 kaynaklanan bakım giderleri, boşanma sonunda oluşan rahatsızlıkların gerektirdiği iyileştirme giderleri, eşlerin bir başka yere taşınması için yaptığı giderleri, ticari saygınlığın belirli ölçüde zedelenmesi, kocanın yasa gereği eşinin yardımından yoksun kalması sonucu oluşan zararları kapsadığı hakim görüşü olarak benimsendiği görülmektedir. Hakim görüş ifadesi aksinin düşünüldüğü anlamında anlaşılmamalıdır. Zira öğretilde bu konuda anlayış beraberliği vardır.

### **Beklenen (muntazar) Yarar (menfaat)**

Yasanın mevcut ve muntazar (beklenen) yararlar karşılığı olarak tanımladığı zararın bir birlerinden kesin çizgilerle ayrılması bunlara ayrı ayrı kapsam tayin edilmesi kolay olmasa gerek. Zira halen varolan bir yararlanma beklenen bir yarara dönüşebilir. Örneğin: Kocanın, karısının nafakasını sağlama yükümlülüğü halde ve gelecekte yoksun kalınabilen bir yararlanma türüdür. Bu itibarla beklenen bir yararın zedelenmesi: Evlilik devam etseydi ileride kusursuz eşin sağlayacağı maddî olanaklardan boşanma nedeni ile yoksul kalma olarak tanımlanabilir.

### **Beklenen yararın öğretildeki değerlendirilmesi**

Kadının kocasının ticarethanesinde çalışıyor ve karşılığında bir ücret alıyorsa bu imkânın kaybolması, tazminata yol açar. Miras hakkını almaması değil, fakat miras yararının kaybı, emekli maaşı, dul maaşı bağlanma olanlığının yitirilmesi beklenen yarar olarak gösterilebilir (Doç.Dr. M.Ötan, Aile Hukuku, 1979).

"Mirasa mutaalik haklar, nafaka, irad, sigortadan mütevellit bir alacak,

yardım sandığı alacaklarına dair haklarının ihlalini anlamak icap eder” (Prof.Dr. Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, 1975).

“Ölüme bağlı bir tasarrufun boşanma yüzünden (MK. m.146) ortadan kalkması ivazlı olan miras sözleşmesinin boşanma yüzünden hükümsüz kalması” (Prof.Dr. H.V. Velidedeoğlu, Aile Hukuku, 1965).

“Evlenme mukaveleleri ve ölüme bağlı tasarrufların boşanma yüzünden hükmünün yitirme bu nedenle kabahatsiz işin menfaatlerini kaybetmesidir. (MK. m.146/2)” (Prof.Dr. F.N. Fezyioğlu, Aile Hukuku, 1986).

“Yoksun kalanın nafaka, kocaya ait bir ticari işletmeden aldığı aylık, miras menfaatlerinden yoksunluk beklenen zararlarıdır” (Prof.Dr. S.S. Tekinay, Türk Aile Hukuku, 6.Bas. 1986).

Öğretide benimsenen beklenti halindeki (muntazar) yararlar (menfaat) özetlenecek olursa:

Kabahatsiz olan eşin boşanma sonucu yoksun kaldığı ve kalacağı nafaka, miras menfaati ölüme bağlı kazandırma ile edinilebilen yararlıardan yoksunluk, eşine ait bir işletmeden çalışarak elde ettiği kazanç kaybı, evlilik içinde kazanılması mümkün olan sigorta, emekli aylığı, gelirlerinden yoksulluk olarak ifade edilebilir.

#### **İsviçre öğretisi ve uygulamasında beklenen menfaatlerin zedelenmesi sonucu meydana gelen zarara gösterilen örnek:**

“Muntazar menfaatler, evlenmenin aktedilmesi sebebiyle meydana gelen, fakat somutlaştırılması (fiilen gerçekleşmesi) gelecekte tahakkuk edecek bir olaya bağlı bulunan, evlenme devam etseydi gerçekleşeceği açıkça belli olan ve boşanma anında henüz kusursuz eş tarafından elde edilmemiş bulunan mal varlığını ifade eden yararlarıdır.

Boşanma ile ortadan kalkan miras hakları, diğer eşin yaptırdığı hayat sigortasından boşanan kusursuz eşin lehtar olarak belirtilmiş olması, ancak boşanma ile eşin bundan yararlanmaması, boşanmış karının sosyal hakları (emeklilik, sosyal sigorta hakları v.s.). Evli kadın daha zayıfsa, boşanma ile bu duruma düşmesi sebebiyle kaybettiği haklarının tazminini isteyebilir (BGE V 60).

Eğer evlilik devam etseydi bu ilişkide bir değişiklik husule gelecek, bu değişiklik karının sahip olacağı muntezar hakları artıracak idiyse (mesela,



boşanma olmasaydı bir süre sonra kocaya bir yakınından miras kalacağı ve kadının da böylelikle ileride kocası öldüğünde ondan daha çok şey elde edeceği açıkça belliyse) bu fazlalık dahi boşanmış eş lehine tazminatta nazara alınmalıdır (BGE 85 II 77; 94 II 217).

İsviçre mahkeme içtihatlarında beklenen hak ve bundan kaynaklanan zarar geniş yoruma tabii tutulmakta, bunda tazminatla yükümlü eşin kusuuruyla boşanmaya sebebiyet vermiş olmasından güç alınmaktadır. Ayrıca davacı kadın ise kocaya nazaran daha zayıf olduğundan bunun için hükmedilecek tazminat daha geniş tutulmaktadır.

#### 6- ZARARIN TESBİTİ VE TAKDİRİ

Yukarıda belirtilen koşulların varlığını belirleyen hakim kusursuz veya hafif kusurlu eşe (istek varsa) uygun miktarda ödenceye hüküm etmekle yükümlüdür. Hakim ödenceyi takdir ederken öncelikle tarafların maddî ve malî durumlarını, yaşantılarını, kültür düzeylerini, nesnel (objektif) ölçülere göre tesbit etmekle işe başlamalı, ondan sonra zarar gören eşin yoksun kaldığı yararları araştırmak, kapsamını belirledikten sonra uygun miktarda bir tazminata hükmetmelidir. Hâkimin hükmedeceği tazminat destekten yoksun kalma durumundaki gerçek tazminat olmayıp uygun göreceği bir miktardır. Burada mevcut ve beklenen yararlar yasaların tanıdığı karı-kocanın yasal kurallar gereği yapmakla yükümlü oldukları ve evlilik birliğinin gerektirdiği görev ve sorumluluklardan kaynaklanan yararlar olarak değerlendirilmesidir. Eşlerin yasal bir zorunluluk olmadığı halde fazladan (ekstradan) sağladığı yararlar zararın kapsamı dışında tutulmalıdır (örnek; koca karısını her yıl tatile götürmek, yurt dışı seyahati yaptırmakla yükümlü değildir. Ancak bu imkânlar sağlanmış ise bunlar fazladan yapılmış hizmetler olup boşanma sonucu bunlardan yoksunluğun karşılığı istenemez). Zira, eşler birbirlerinden yasal koşullar gereği isteyebileceklerinden daha fazlasını talep edemezler. Yapılacak soruşturma sonucu belirlenecek duruma göre hâkim: Ödence alacaklısının insanca yaşamasını (maddî-manevî varlığını koruma ve geliştirme Anayasa m.17), yeterli olacak ödenceyi takdir eder. Bu takdir mutlak değildir. Ödence borçlusunun da sonraki yaşamını insanca devam ettirebilme hakkı gözönünde bulundurularak maddî gücü ve geliri ile alacaklının zedelenen yararı mukayese edilerek adil bir denge kurulmak suretiyle uygun görülecek bir tazminat olmalıdır. Dengenin kurulmasında ayrıca evliliğin süresi kusurun ağırlığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Gelecekteki yararlanmalardan yoksunluk ile destekten yoksunluk arasındaki ilişki:

Bilindiği gibi ölüm nedeniyle bir kimsenin desteğinden yoksun kalan herkes ölümün kasıtlı olarak veya tedbirsizlik dikkatsizlik sonucu gerçekleştirilen kimseye karşı bu zararın tam karşılığını isteyebilir. Buradaki zarar gerçek bir zararın karşılığıdır. Boşanma yüzünden zarar gören ise yalnızca kusursuz eşdir. Buradaki yoksunluk gerçek bir zararın karşılığını ifade etmez. Yukarıda izah edildiği gibi Hâkim, hafif kusur halinde kusurun mahiyetini ağır kusur halinde kusurun niteliğini eşlerin evlilik süresini, mal varlıklarını, gelirlerini, eşin yeniden evlenebilme şansını, ev işleri yapmaktan kurtulan eşin bu işler için harcadığı zamanının gelir getirecek bir başka işte kullanabilme olanağını gözönünde bulunduracaktır. Hâkim belirtilen olguları ayrı ayrı değerlendirerek gerçek zarara değil, uygun bir ödünceye hükmedecektir. Burada önemli olan husus ödencenin, borçlunun ödeme gücü, mal varlığı, ile de uyumlu olmasıdır. Borçlu altından kalkamayacağı bir malî yükün altına sokulmamalıdır. MK.nun 143/1 inci maddesindeki ödence bu yönü ilede destekten yoksun kalma tazminatından farklıdır. Destek yoksunluğundan borçlunun ödeme gücü dikkate alınmayarak gerçekleşen ve beklenen zarar ne ise ona hükmedebilir. Medeni Kanununun 143 üncü maddesi bunun için tam ödenceden değil, uygun ödenceden söz etmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus boşanma olmasa idi kabahatsiz eşin evlilik süresi içerisinde elde ettiği yararlar ile, ileride elde etmesi açıkça belli olan beklenti halindeki yararlarının boşanma yüzünden kaybolmasının gerçekçi bir şekilde tesbit edilmesi ve yukarıda belirtilen özelliklerde gözönünde bulundurularak uygun miktarın bulunarak zarar gören eşe verilmek suretiyle kaybolan dengenin yeniden kurulmasıdır.

## 7- GÖREVLİ MAHKEME

Boşanma ile nedensellik bağı olan ödence isteği, boşanmanın eki (fer'i) niteliğinde bulunduğundan boşanma ile ilintili bu davanın asliye mahkemesinin görevine girmesi gerekir.

## 8- YEKİLİ MAHKEME

Yetki konusunun iki değişik varsayıma göre çözümlenmesi gerekir.

a) Ödence boşanma davası ile istenmiş veya açılan boşanma davasında karşı dava olarak getirilmiş ise, yetkili mahkeme boşanma davasını görmeye yetkili olan asliye hukuk mahkemesidir (HUMK. m.9/son).

b) Ödence isteği boşanma davasından sonra istenmiş ise, genel kurala bağlı olarak davalının ikametgâhı mahkemesi yetkilidir.

#### **Davanın açılma zamanı**

Ödence isteği yukarıda belirtildiği gibi boşanma davası ile birlikte veya o dava içinde istenebileceği gibi boşanmadavasının sonuçlanmasından sonra da istenebilir (Yar.Tev.İçt.Bir.K. 22.1.1988 gün ve 5/1 sayılı).

#### **Ödencenin bağlı olduğu zamanaşımı**

Medeni Kanun m.143 ile düzenlenen ödence isteği ne haksız eylemle ve ne de sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat şekli olmayıp aile hukukuna özgü bir zamanaşımına tabi olması zamanaşımının başlangıcının genel kurallara göre boşanma davasının kesinleşme tarihinden itibaren başlatılması gerekir. Ancak bu konuda uygulamada bir örneğe, öğretilerdeki bir düşünceye de rastlanılmamıştır.

#### **9- YOKSULLUK NAFKASI (MK. m.144)**

**Yasal Kural:** (3444 sayılı Yasa ile değişik MK. m.144). "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.

#### **a) Genel olarak**

Kocanın yasadan kaynaklanan nafaka yükümlülüğü diğer eş yönünden boşanma ile sona erer. Çocuklar yönünden ise nafaka yükümlülüğü rüş yaşına, koşulları varsa öğrenim süresince ve yine koşulları varsa yardım nafakası olarak devam eder. Boşanan kusursuz veya daha az kusurlu eş için nafakanın evliliğin sona ermesinden sonra devam etmesi için eşin yoksulluğa düşmesinin gerçekleşmesi ile mümkündür. Burada karı lehine daha geniş düşünülmüş karının kocaya yoksulluk nafakası vermesi onun hali refahta olmasına bağlı olarak kabul edilmiştir. Kocanın sorumluluğu için mali durum ön koşul olarak ele alınmış, sadece takdir edilecek nafakanın miktarında dikkate alınacağına ilişkin hüküm konulmuştur. Hemen söylemek gerekir ki, yoksulluk nafakası tazminat veya ceza niteliğinde bir yaptırım değildir. Zira karı kocanın kusursuz olması dahi bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz.



### b) Koşulları

1- Nafakayı isteyen eşin kusursuz veya daha az veya eş değerde kusurlu olması:

3444 sayılı Yasa ile değişiklikten önce yoksulluk nafakasının kusursuz eş tarafından istenebileceğini öngörmekte idi. Değişikle bu istek "kusuru daha ağır olmamak" koşuluna bağımlı hale getirildi. Bu itibarla boşanmaya yol açan olaylarda daha az kusurlu olan eş veya eşdeğerde kusurlu olan karı yoksulluk nafakası isteyebilecektir. Yalnız "daha çok kusurlu" olmamak deyiiminin kapsamının belirlenmesi nasıl olacaktır. Öğretide baskın görüş, daha az kusurun veya karı yönünden eş değer kusurun başlı başına bir boşanma için yeterli olmayan kusur olarak değerlendirmektedir. Ancak daha az kusurlu olma hali için kabul edilebilir olan bu düşünce "eş değer" kusur içinde geçerli olabilir mi? Eş değerde kusur demek; genelde karı kocanın karşılıklı kusurlarının eşit ve yek diğeri için boşanma nedeni olabilecek ağırlıkta olması demektir. Bu durumda taraflardan birini diğere üstün tutma, birini diğere göre kayırma olanağı yoktur.

O halde eşit kusurluluk durumu ne zaman nafaka istemeye hak kazandırır? Yasanın bu düzenlemesi 3444 sayılı Yasa ile getirilmiştir. Öğretide ve yargı uygulamasında bu husus henüz aydınlığa kavuşmamış, yeterince tartışılmamıştır. Bu hususun değerlendirilmesinin her olaya özgü koşullara göre yapılması gerekecektir.

**Örnek:** Yargıtay uygulamasında kocanın zina etmesi olayı karıya ona, hakaret etme hakkı vermiyeceğinden, kocanın hakaret olayına dayalı boşanma isteği kabul edilmektedir. Bu olayda koca icap ettiği hallerde (kocasını zina ettiği kadınla görmesi halinde (sırasında), kocanın zina ettiği kadının sözü geçtiğinde vs.) tepki sonucu kocasına hakaret etmiş ise kusurlar eş değerde olmakla beraber, kadının eyleminde tahrik unsuru bulunduğundan, daha az kusurlu kabul edilmesi ve nafaka isteğinin karşılanması gerekeceği, karı-kocanın ayrı ayrı zinalarının gerçekleşmesi sonucu birinin açtığı dava boşanma ile sonuçlanmış ise kusurların eşitliğine bakılarak nafakaya karar verilmesi ise doğru bir değerlendirme olarak kabul edilmemelidir. Karı-koca boşanma olayında kusursuzda olabilirler. Örnek; kocanın veya karının akıl hastası olması, olayında olduğu gibi bu gibi kusura dayalı olmayan yasalardan kaynaklanan boşanmalarda kusur söz konusu olmadığından şartları varsa eşler biri birinden yoksulluk nafakası isteyebilirler.

2- Kusursuz eşin (daha az veya eş değerli kusurlu) boşanma sonucu yoksulluğa düşecek olması; yoksulluğa düşmenin tanımı, kapsamı, ağırlığı nasıl tesbit edilecektir. Bu konuda yasal bir düzenleme yoktur. Bunun takdiri hakime bırakılmıştır. Boşanan eşlerden biri kendi olanaklarıyla geçimini sağlayamıyorsa, yoksulluğa düşüyor demektir. Ancak yoksulluğa düşme keyfiyeti her kişiye, ortama göre değişebilen faktörlere göre değerlendirilmelidir. İş bulabileceği halde çalışabilecek durumdaki eşin, tembellik etmesi sonucu yoksulluğa düşmesi, yoksul olması, kendisine nafaka verilmesini önler. Bu davranış, iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı gibi, karşı tarafı zararlandırma amacı taşır. İyi niyete dayanmayan davranışlar yasalarca korunmaz. Yoksulluğa düşmenin kişinin kendi kusuruna dayanıp dayanmadığı önem kazanır. Servet sahibi eşin servetine sahip çıkmaması veya olağanın dışındaki şartlarla elden çıkarması sonucu yoksulluk nafakası istemine hak kazandırmaz. Eşin iş bulamaması veya ülke koşullarına göre hemen veya yakın zamanda iş bulma, iş kurma, olanağının bulunmaması hastalık nedeniyle çalışamaması gibi haklı nedenlerle geçimini bizzat sağlayamaması sonucu yoksulluğa düşmesi halinde nafaka alacaklısı olarak kabulü gerekir.

3- Yoksulluğa düşme boşanma sonucu olmalıdır. Eşin kendi kusuru sonucu iflas etmesi, kumar oynaması, dengesiz davranışlarıyla işlerindeki özensizlik, tedbirsizlik sonucu yoksulluğa düşmüş olması nafaka istemini önler. O halde yoksulluğa düşme olayı ile boşanma arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. İliyetsizlik sorumluluğu önler.

#### 4- Nafakanın miktarı :

Bu konuda da kesin kıstaslar koymanın pratik bir yararı yoktur. Takdir edilecek nafaka tarafların maddî varlıkları, gelirleri, sosyal yaşantılarıyla uyumlu, acı ve sefaleti önleyici, ahlâki ve manevî değerlere olan inanç ve saygıyı korumaya yeterli ve nafaka borçlunun malî gücü ile oranlı olmalıdır. Eşlerden birini yoksulluktan kurtarıırken diğerini yoksulluğa itmemelidir.

5- Yoksulluk nafakasının süresi 3444 sayılı Yasa ile değişik MK. m.144 ile daha önce zamanla sınırlı olan yükümlülük süresiz hale getirilmiştir. Ancak nafaka alacaklısının yoksulluktan çıkması, evlenmesi, evlenme sözleşmesine dayalı olmaksızın karı koca gibi yaşaması, haysiyetsiz hayat sürmesi, veya eşlerden birinin ölmesi ile aksi taraflarca kararlaştırılmamış ise yükümlülük sona erer (MK. m.145/3).

Tarafların durumunda oluşacak değişiklikler nafakanın artırılması (H.V. Velidedeoğlu aksi görüşte. Bak. Türk Aile Hukuku 1965), veya eksiltmesini gerektirdiği gibi (MK. m.145/4), gibi tamamen kaldırılmasına da karar verebilir. Yoksulluk nafakası eşler tarafından yapılacak bir sözleşme ile kabul edilebilir (MK. m.145/2), sözleşmeye dayalı nafakanın dahi artırılması indirilmesi ve kaldırılması istenebilir (MK. m.145/4).

Yargıtay 2. HD., MK.nun 134/3 üncü maddesine göre gerçekleştirilen anlaşmalı boşanmalar sonucu istenecek yoksulluk nafakasında değişik bir ölçü benimsenmiştir. Bilindiği gibi anlaşmalı boşanma için tarafların hakim önünde iradelerinin bizzat birleşmesi, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hakkında da tarafların anlaşmış olmaları ve bu düzenlemenin hâkim tarafından da uygun görülmüş olması gerekir. Yoksulluk nafakası ödenince gibi, diğer nafakalar gibi boşanmanın eki (fer'i) niteliğinde olan isteklerdir. Anlaşmalı boşanma, belirtilen yasal kurallara uygun yapılmış ise bu hükmün kesinleşmesinden sonra artık yoksulluk nafakası istenemez. Anlaşmalı boşanma yasal koşulları kapsamıyorsa bu halde malî konularda bir anlaşma söz konusu olmadığından, yoksulluk nafakasının istenebileceğini kararlaştırmıştır.

Taraflar yoksulluk nafakasını anlaşarak kararlaştırabilecekleri gibi karşılıklı veya tek taraflı olarak bundan vaz da geçebilirler. Yargılama sırasında iradeyi bozan nedenler dışında serbest irade ile malî yönden bir isteğinin bulunmadığını belirten eş bundan sonrası için istekte bulunamaz. Malî konulardaki isteklerden feragat niteliğindeki beyan HUMK.nun 95 inci maddesi uyarınca kesin hüküm sonucu doğurur ve tarafları bağlar. Malî konularda bir beyan olmaksızın boşanmanın gerçekleşmiş olması halinde ise; bir feragat söz konusu olmayacağından zamanaşımı süresi aşılmamak koşuluyla her zaman istenebilir. Nafaka aile hukukuna özgü bir alacak olduğundan BK.nun 125 inci maddesi uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabi olması ve boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren başlaması gerektiğini düşünüyorum. Bu konuda yargısal ve bilimsel bir görüşe rastlamadığımı açıklamak isterim.

Yoksulluk nafakası aydan aya ödenmek üzere verilebileceği gibi, toptan bir ödeme şeklinde de takdir edilebilir veya taraflar bu şekilde anlaşabilirler (MK. m.145). Ancak hakim önündeki anlaşma dışındaki, tarafların anlaşmalarının hâkim tarafından onaylanmış olması gerekir (MK. m.150/5). Aksi halde yargı onayını taşımayan sözleşme hukuki bir değer taşımaz.



Nafakanın aylıklar halinde veya toptan ödenmesinin kararlaştırılmış olması alacaklının ölümü halinde onun mirasçıları yönünden önem arzeder. İrad şeklindeki nafaka alacaklısının mirasçılara intikâl etmez borçlunun mirasçıları da alacaklıya karşı sorumlu olmaz. Toptan ödemede, tahsilat ölüm tarihinden sonraya kalmış ise bunu isteme hakkı alacaklının mirasçılarına geçer. (H.V. Velidedeoğlu, Aile Hukuku, 1965). Nafaka alacağı kişiye bağlı bir haktır. Kişisel haklar tevarüs yolu ile intikal etmez.

### 10- MADDİ ÖDENCE İLE YOKSULLUK NAFKASINDA ORTAK YÖNLER

1- Ödence ve yoksulluk nafakası yukarıda belirtildiği gibi boşanmanın eki (fer'i) niteliğinde olan isteklerdir. Boşanma davası içinde sözü edilen yazılı bir başvuru ile istenebileceği gibi (Y.HGK. 2.5.1990 gün ve 1990/2-111-261 sayılı kararı) karşılık dava veya bağımsız bir dava ile istenebilir. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda bu istekler boşanma davası sonuçlandıktan sonrada dava konusu yapılabilir (Yar.İç.Bir.Kararı 22.1.1988 gün ve 5/1). Ancak ödence ve nafakaya karar verilebilmesi için bir isteğin bulunması zorunluluğu vardır.

#### Ödence ve nafaka isteğinin harca tabi olup olmadığı

Boşanma davası dışındaki isteklerin harca tabi olduğu kuşkusuzdur. Sorun boşanma davası içinde sözlü veya yazılı başvuru ile gerçekleşen ödence ve yoksulluk nafkasının harca tabi olup olmamasında toplanmaktadır. 2.Hukuk Dairesi ve Y.HGK. ilk uygulamalarında boşanma davası içindeki bu gibi isteklerin harca tabi olmadığı yolundadır. 2.HD. bu görüşü halen sürdürmektedir. Y.HGK ise 22.1.1992 gün ve 1991/2-605-16 sayılı kararla önceki uygulamasını değişik bir düşünce ile değiştirerek bu isteklerin harca tabi olacağı, ancak peşin harç alınmasının zorunlu olmadığı, hükümlerle beraber gerekli harcında alınması gerektiği vurgulanmıştır. Gerçekten yargı işlerinin kural olarak harca tabi olduğunu belirleyen 492 sayılı Harçlar Yasasının 2 nci maddesindeki temel ilkenin ayrıcalıkları aynı yasanın 13 üncü maddesinde açıklanmıştır. Bu hükme göre ancak ayda 5000.- lirayı geçmeyen nafakalar harca tabi tutulmamaktadır. Bunun dışında kalan ödence ve her türlü nafaka istekleri ayrıcalığın dışında tutulmuştur. Bu itibarla boşanma davası içinde istenmiş olsa bile peşin harcın alınmasından sonra yargılamasına geçilmesinde zorunluluk vardır. Y.HGK peşin harca tabi olmama şeklinde belirlenen görüşünün yasal bir dayanak bulunmadığından katılmak mümkün değildir.

### Faiz sorunu

Gerek ödence, gerekse yoksulluk nafakası boşanma ile sıkı sıkıya ilintili istekler olduğundan bunların istenebilirliği hüküm altına alınmış olmalarıyla beraber bu istekler ve boşanmaya ait hüküm kesinleşmiş olmalarıyla olanaklı hale gelir. Bu itibarla ödence ve nafakaya ilişkin istek ve boşanma kararının kesinleşmesiyle hüküm ifade edecektir. Faiz isteği varsa boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren işletilmesi gerekir. Faize istek tarihinden hüküm etme hatalı bir yorum olur (2.HD. nin 2.2.1991 gün ve 10305-860 sayılı kararı).

### Kusur yönünden

Maddî manevî ödence istenebilmesi için istekte bulunan eşin boşanmaya neden olan olaylarda kusursuzluğunun gerçekleşmesi (veya öğretide kabul edilen yorumla diğer eşin kusuruna göre daha az kusurlu olması ve bu hafif kusurun bir boşanma nedeni olacak ağırlıkta olmaması) gerekir. Yoksulluk nafakası alacaklısının ise diğer eşten daha çok kusurlu olmaması önem taşımaktadır. Eşit kusurda dahi yoksulluk nafakası istenebilir. Boşanmada daha çok kusurlu olan eşin nafaka isteyemeyeceği kuşkusuzdur. Boşanmada iki tarafada kusursuz olabilir örneğini, eşlerden birinin akıl hastası olması gibi. Bu halde nafaka ödeyicisinin kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Kusursuz olmasına rağmen diğer şartlar oluşmuş ise koca, karıya nafaka vermekle yükümlü olur. Ancak iki tarafın da kusursuz olması halinde bir taraf lehine ödence istenemez. Eşit kusur halinde de ödence istenemez. Daha az kusur ödence isteklerinde bir indirim nedeni (BK. md.44)'dir. Yoksulluk nafakasında ise kusurun azlığı çokluğu nafakadan indirmeyi gerektirmez.

Ödence ve yoksulluk nafakası istemi için koşullar aynı anda elverişli ise her ikisine de hüküm edilebilir mi? Bu konuya değinen düşüncelerde maddî ödence içinde ileriye yönelik olarak zedelenen tümnafaka yararlarının giderilmesi imkân dahilinde bulunmadığından ve bu menfaatlerin giderilmesinde yoksulluğa düşme şartıda aranmayacağından maddî ödence ve yoksulluk nafakasının birlikte istenemeyeceği yönünde yoğunlaşmıştır (Prof.Dr. S.S. Tekinay, Aile Hukuku, 1986, 6. bası). Davacı iki isteği birlikte yapmış ise onun yararına olanın tercih edilmesi ve hükmün bu yolda kurulması gerekir.

Bu konuda belirlenmiş bir görüşe Yargıtay uygulamasında rastlamak mümkün olmamıştır. Kişisel görüş olarak, maddî ödence ileriye yönelik nafakadan yoksulluğu hedefliyerek takdir edilmiş ise artık yoksulluk nafakası iste-

nemez. Zira ödence kişiyi yoksulluktan kurtarır. Ancak verilen ödence yoksulluktan kurtarmaya yeterli değilse ve kusursuz eşin başkaca gelir kaynağı yoksa ve buna imkân da bulamıyorsa uygun miktarda yoksulluk nafakasına hüküm edilmesini engelleyen yasal bir kural yoktur.

Ödence ve nafaka arasında diğer bir fark; ödencenin arttırılıp, eksiltilmesi veya kaldırılması mümkün olmadığı halde koşulları varsa aylık ödemeler (irad) şeklinde bağlanan nafakadan artırılması, eksiltilmesi ve kaldırılması imkân dahilindedir (MK. m.145). Ancak irad şeklinde bağlanan maddî tazminatında MK.nun 145 inci maddesindeki koşullara bağımlı olmak üzere kaldırılması olasılığı vardır.



## BİBLİYOGRAFYA

- AKGÜN Zerrin** : Boşanma Hukuku, 1949
- AKINTÜRK Turgut** : Aile Hukuku, 3. Bas. Ankara, 1978.
- BİRSEN Kemalettin** : Medeni Hukuk, 1954
- DİKMEN Cemil** : Boşanma Halinde Maddî ve Manevî Zarar ve Tazmini. 1979.
- EGGER** : Aile Hukuku, 2. Bas. Tahir Çağa çevirisi.
- FEYZİOĞLU N. Feyzi** : Aile Hukuku.
- FRANKO Nisimi** : Manevî Zararın Tazmini (Bas.Tar. 1979).
- GÜRSOY T. Kemal** : Manevî Zarar ve Tazmini. A.Ü.H.F. Dergisi, C.XXX, s.1-4, 1973.
- KARAHASAN, R. Mustafa** : Tazminat Davaları, İstanbul, 1976.
- TANDOĞAN Halûk** : Türk Mesuliyet Hukuku. Ankara, 1961.
- TEKİNAY S. Selahattin** : Türk Aile Hukuku. 6. Ba., 1966.
- ULUSAN İlhan** : Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi ilkesi ve Uygulama Alanı (Fak.Tezi. İstanbul, 1977).
- VELİDEDEOĞLU V.H.** : Türk Medeni Kanunu, C.II, Aile Hukuku, 5. Bas. İstanbul, 1965.
- Adalet Dergisi** : 1947, 1950, 1952, 1960, 1967.
- AÜHF Dergisi** : 1951, C.8, s.1-4 ve 1975 s.1-4.
- İlmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi** : (Aralık 1968 - Kasım 1957)
- Yargıtay Kararları** : (1975-1978 sayı)

**TAPULU TAŞINMAZLARIN HARİCEN SATIŞI VE BUNA HASREN  
“VENİRE CONTRA FACTUM PROPRIUM” (ÇELİŞKİLİ DAVRANIŞ) -  
“NEMO AUDİTUR” (KÖTÜ OLARAK KAZANILMIŞ DURUM HUKUKSAL  
KORUMANIN DIŞINDA KALIR) VE “CULPA İN CONTRAHENDO”  
(SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDE KUSUR) KAVRAMLARI HAKKINDA  
KISA AÇIKLAMALAR**

Nihat YAVUZ (\*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** Giriş. A- Medeni hukukun ikincilliği ilkesi. B- Harici satışlarla ilgili içtihatları birleştirme kararları. C- Şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hali hangi hallerde iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. 1- Yasanın buyurduğu biçime uyulmamışsa yapılan işlem batıldır. 2- Hâkim şekle aykırılığı kendiliğinden gözönüne almak zorundadır. 3- Kuralın istisnası. 4- Batıl sözleşme borçluyu bağlamaz. 5- Aldatma ile şekil eksikliğinin yarattığı durum. 6- Sözleşme yerine getirildikten sonra butlanın ileri sürülmesi hali. 7- Hakkın kötüye kullanılması hali önceden belli ve statik ilkelere bağlanamaz. 8- Kuralın genel esasları. a- Hileli davranışlarla şekle aykırılığa neden olan kimse sonradan buna dayanamaz. b- Şekle aykırı sözleşme ifa edilmişse. c- Butlanı öne sürenin ifa sırasında sözleşmenin şekle aykırı olduğunu ve sonuçlarını bilmesi veya kendi çıkarı için şekil eksikliğini istemesi gerekir. D- Venire Contra Factum Proprium ve Nemo Auditor ilkeleri. a- Önceki bağlılığa uygun davranılmalıdır. b- Başkasını haklı olarak beklediği hususlarda aldatmaktan kaçınmak gerekir. c- Haklar uygunsuz zamanda kullanılamaz. E- İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay Uygulamasından açıklanmalı örnekler. F-Açıklamaların özeti. a- Medeni Kanunun 2. maddesindeki ilkeler. b- Şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sözleşmeler koşulları olduğundan BK. m.41/II uyarınca sorumluluk kaynağı olabilir.

### **GİRİŞ:**

Konunun güncel ve de önemini yitirmeyen taşınmaz mal satımlarını da çok yakından enterese etmesine ve özellikle Yargıtay'ımızın son yıllarda çok ileri, adil ve cesur kararlar vermesi nedeniyle incelenmesi gerekli görülmüştür. Açıklamalar öğreti ve yerli ve yabancı mahkeme kararları arasındaki ilişki kesilmeden yapılmaya çalışılacaktır.

Bilindiği üzere yasal dayanak MK. nun 2 nci maddesidir: “Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. / Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suiistimalini kanun himaye etmez” Mecellenin 100 üncü maddesi ise şu şekilde idi: “Her kimki kendi tarafından tamam olan şeyi nakzetmeğe sa’y ederse sa’yi merduddur.”

(\*) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi.

**A) Önce, son zamanlarda çok sık uygulanan MK. madde 2'deki objektif iyi niyet ilkesinin ikincilliği (taliliği)ni vurgulayalım ve önemine binaen SCHWARZ'ın görüşünü aynen aktarmakla yetinelim:**

"İkinci maddenin her iki hükmüde kanunun, son zamanlarda genel esaslar tabiriyle ifade olunan büyük kaidelerinden biridir. Bu esaslar, ferdi vaziyetlerin ve hususiyetlerin baştan görülmesi mümkün olmayan sayısız değişiklikleri karşısında bir nazım, ve kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde de, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Umumi esaslar kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik vaziyetlerine uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedirler.

Bununla beraber bunların tatbikinde çok ihtiyatlı ve basiretli olmak icab eder. Bu umumi hükümleri sık sık tatbik etmek, yani hukuki meselelerin hallini bunlara istinat ettirmek tehlikeli bir temayüldür. Bu, yanlış bir hukuki metoddur; zira bir hukuki meseleyi, şu keyfiyet hüsnüniyyet kaidesi icabatındandır, bu keyfiyyet hüsnüniyyete muhaliftir, şunu talep etmek bir hakkın suiistimalidir diyerek, basit, kolay ve müphem bir takım hakkaniyet hislerine tevkiyan hal etmek tabiatıyla çok mümkündür. Çünkü nihayet hukuken doğru her hal tarzı hüsnüniyyet icabatına uygun olmak mecburiyetindedir ve her haksızlıkta bir hakkın suiistimali şeklinde tavsif olunabilir.

Fakat her zaman bu bakımdan hareket edilecek olursa, bundan hukuki kat'i yetsizlik ve emniyetsizlik doğar; zira hüsnüniyyet ve hakkın suiistimali kat'i surette tarifi mümkün olan mefhumlar olmayıp, müphem ve geniş mahiyet arzeden mefhumlardır. Roma hukukunun doğumundan beri geçen iki bin seneden fazla bir zamanda tekâmülün neticesi olarak bu günkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel hususi hukukun manâsı, hukuki meseleleri sarîh olmayan hakkaniyet hisleri ile değil, kat'i ve açık prensiplerle hal etmektir. Bizim bütün hususi hukuk tahsilimizin hedefi budur ve tahsil ve tedris metodu, hayatın sayısız tezahürlerine, mümkün olduğu kadar açık ve teferuatlı bir şekilde işlenmiş hukuk prensipleriyle hakim olmak gayesini güder ve bu esasa dayanır.

Sadece hüsnüniyyet ve hakkın suiistimaline dayanan bir tatbikat bu hedefi tehlikeye koyar. İş bu iki esasın önemi çok büyüktür; fakat hukuki meselelerin halline bunlarla başlamayıp her meseleye ona taalluk eden hususi hükmü tatbik etmek ve bu umumi esasları da fevkalâde zaruri olan



hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik etmek lâzımdır. Hukuk tahsiline yeni başlayanların bu hususta ne kadar dikkat nzarları çekilse yeridir; zira müptediler, çok kolay, fakat tehlikeli bir yol karşısında, çok zor, zahmetli, fakat daha emin ve kat'i bir vasıtayı istimal etmeyi öğrenmek mecburiyetindedirler.

Bilhassa teferruatına henüz tamamiyle hakim olunamayan yeni bir kanunun ilk devirlerinde hukukun çok müşkül olan tatbikini, bu gibi bir kaç umumi ve müphem hükümlerle yenmeğe çalışmak tehlikesi mevcuttur. Bu hususta dikkat nazarı ne kadar çekilse o kadar iyidir. Fakat bu suretle bunlar olmaksızın kanunun iyi ve salim işlemlerine imkan bulunmayan iş bu genel kaidelerin çok büyük önemi küçültülmek istenilmemiştir. Yukarıki hususları zikretmekten maksat, iş bu umumi kaidelerin hususi kaidelerle olan münasebet ve rabitasını tebarüz ettirmektir" (Schwarz, A.B.: Medeni Hukuka Giriş, Çev. Hıfzı Veldet, İst. 1946, s.203/204; ayrıca bu konudaki İsviçre ve Alman Hukuku için bkz. Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, 2. cilt, İstanbul, 1974, s.124/127).

Yargıtay'da aynı görüştedir: "Tabiatıyla özel kanun hükümleri mevcutken ve onlara tatbiki icabederken ve objektif, gerçek anlam ve değerlerini korurken bunların tamamen ihmali ile genel hükmün özel hükme tercihi söz konusu değildir. O halde dürüstlük kurallarının bu özel hükümle bağdaşabileceği ölçüde uygulanması icabeder." (H.G.K. 8.4.1981; 48/269 (YKD. C.7, Sayı: 8, Ağustos 1981, s.944).

**B) Şimdi de, toplu ve kısa olarak dört tane inançları birleştirme kararı ile birlikte harici satışların uygulamadaki durumunu gözden geçirelim:**

1- Sözleşmedeki şekil noksanına karşın taşınmaz alacaklı adına tescil edilmişse, tescile neden teşkil eden sözleşme geçerli olmadığı için mevcut tescil yolsuz bir tescil olup mülkiyetin geçişini sağlamadığı gibi, kaydın düzeltilmesi davasına konu olabilir. Ne var ki bu arada taşınmazın mülkiyeti iyi niyetli bir üçüncü kişiye devir edilmişse (MK. m.931) veya yolsuz tescile karşı koşulları gerçekleşip mülkiyeti yılanma ile kazanmışsa (MK. m.638) ya da şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek bir hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa (MK. m.2) kaydın düzeltilmesi davası sonuç vermez.

2- Tescil yapılmamış olmasına karşın alacaklı taşınmaza elmen (zilyed)

kılınmışsa malik açacağı el atmanın önlenmesi ile alacaklının elmenliğine her an son verebilir. Ancak 10.7.1940 gün ve 2/77 sayılı İnançları Birleştirme Kararı uyarınca satıcı aldığı parayı geri verinceye kadar alıcının elmenliğine son veremez. Yine bu karara göre alıcı taşınmazdan elde ettiği yemişleri tazmin etmeyeceği gibi haksız işgal tazminatı da ödemeyecektir. Zira iyiniyetli sayılmaktadır. 5.7.1944 gün ve 12/26 sayılı İnançları Birleştirme Kararında ise alıcının taşınmaz mal üzerinde diktiği şey ve inşa ettiği bina bakımından MK. 650 nci maddesinden yararlanabileceği hükme bağlanmıştır.

3- Alacaklı taşınmaza elmen kılınmayıp ta bir ödemede bulunmuşsa satıcı için bu para nedensiz zenginleşme konusu sayılır. Oysa Yargıtay 29 .2.1940 gün ve 31/47 sayılı İnançları Birleştirme Kararı ile satıcının aldığı parayı iade borcunun nedensiz zenginleşmeye dayanmayacağını, geri verme istemine BK. m.66'daki zamanaşımının değil, BK. m.125'teki 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca bu zamanaşımında paranın satıcıya verildiği tarih değil de, satıcının: "Ferağdan nukul ve imtina ettiği" tarihten itibaren başlayacağı aynı İnançları Birleştirme Kararında belirlenmiştir. (Bu konuda özlü bilgi için bkz. Akipek, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, Mülkiyet, Ankara, 1973, s.108/110; Gürsoy, Kemal / Eren, Fikret / Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978, s.511/515; Tekinay, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, 3. bası, 1.Cilt, İstanbul, 1978, s.463/466; Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, 2. bası, İstanbul, 1978, s.346/349; Kılıçoğlu, İnançları Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, YD.C.15, Sayı: 1-4, sh.283 vd.; karş. Bertan, Suad: Aynı Haklar, C.1, Ankara, 1976, s.508/510).

### **C) Şekil noksanının ileri sürülmesinin hangi hallerde iyiniyet kuraları ile bağdaşmayacağı hakkında kısa ve genel bilgiler :**

1- Önce genel olarak benimsenen kuralı belirtelim: Yasanın emrettiği biçime uyulmamışsa yapılan işlem çürüktür (batıldır). (Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s.246; Oğuzman, M.Kemal: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, 3. bası, İstanbul, 1978, s.70; Tuhr, s.245; Arsebük, s.335; Tekinay (Borçlar) s.108; Becker, s.58).

2- Yukarıda (1) no'daki kuralın doğal sonucu: HÂKİM ŞEKLE AYKIRILIĞI KENDİLİĞİNDEN GÖZÖNÜNE ALMAK ZORUNDADIR (Tunçomağ, s.236; Tuhr, s.234; Oser/Schönenberger, Borçlar Hukuku, Çev. Recai Seçkin, Ankara, 1947, s.111; Tekinay (Borçlar), s.111).

3- Ancak her kuralın bir istisnası olduğu gibi bunun da istisnası MK.nun 123 üncü maddesindeki durumdur: MK. m.123'e göre, evlendirme memuru önünde yapılmış bir evlenme yasaca emredilmiş biçimde uyulmamış olması yüzünden iptal edilemez (Tunçomağ, s.236; Tuhr, s.245; Tekinay (Borçlar) s.109, ayrıca başka örnekler için de s.108/109'a bakılmalıdır; Becker, s.59, Arsebük, s.335; Egger, A.: Giriş ve Kişinin Hukuku, Çev. Volf Çernis, Ankara, 1947, s.94).

4- Batıl sözleşme borçluyu bağlamaz: Bunu ifa etmemek ahlâka aykırılık sonucunu oluşturmaz (Tunçomağ, s.236; Tuhr, s.245; Becker, s.58; Arsebük, s.335).

5- Ancak borçlu aldatma ile karşı yanı şekle bağlı bir sözleşmeyi şekilsiz yapmaya sevk etmiş ve sonra da şekil eksikliğini öne sürerek borcundan kurtulmak istemişse bu hareket dürüstlük kuralına ve ahlâka aykırı düşer. Bu durumda hukuki işlemin kural olarak batıl sayılacağı ve zarar görenin, zararını BK. m.41/II uyarınca tazmin ettirebileceği söylenebilir (Tunçomağ, s.236-237; Becker, s.61; Oser/Schönenberger, s.112; Tuhr, s.245, Egger, s.95; Arsebük, s.335; Çenberci, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, 2.bası, Ankara, 1973, s.128; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Gayrimenkul Satış Vaadi, İst. 1959, s. 142,yalnız Tunçomağ s. 237 ile Kocayusufpaşaoğlu s. 142'de burada karşı yanı sözleşmeyi şekilsiz yapmaya sevk edip sonradan şekil eksikliğini öne sürmenin BK. m.41/II'ye değil de müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisine (culpa in contrahendo)'ya aykırılık biçiminde nitelenmesinin daha doğru olacağını savunmaktadır ki, bu teorinin kurucusu sayılan JHERING'in 1860 yılında yazdığı ("Culpa in contrahendo" ya da Batıl veya Eksik Kalmış Sözleşmelerde Tazminat) isimli çalışmanın konusu ile bu düşüncenin paralelliği apaçıktır. Eğer çok tartışmalı olmakla birlikte "culpa in contrahendo" sorumluluğunu, akit dışı değil de hakim fikir sayılan akdi sorumluluğun ilkelelerini benzetme yoluyla uygulama şikkini seçecek olursak dahi istenecek tazminat kural olarak yine de menfi zararın tazmini olacaktır. Zira burada güven uyandırmaktan doğan bir zarar söz konusudur. Ne var ki ileride varacağımız sonuçla uyumlu kaldığımızı belirtmek bakımından hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda menfi zararın (olumsuz zarar) müsbet zarara (olumlu zarar) erişmesi ve gerektiğinde bunu da aşmasına cevaz verilmek gerektiğini belirtmek durumundayız).

6- Şekle aykırı olarak meydana getirilmiş borç sözleşmelerinde butlanın



öne sürülmesi; eğer bu sözleşmeden doğan borçlar tamamen yerine getirilmiş iseler, bazen hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilir. Böyle bir durum varsa, sözleşme emrolunmuş biçimde yapılmamış olmasına karşın, geçerlik kazanır. Sözleşme ta baştan beri geçerli sayıldığı için ifa edilmiş edimler geri istenemeyecekleri gibi ifa edilmemiş edimlerin ifaları da istenebilecektir (Tunçomağ, s.237; Tekinay (Borçlar), s.113; Egger, s.96; Köprülü, Bülent: Medeni Hukuk, İstanbul, 1979, s.145; Tuhr, s.246; Çenberci (Vaad), s.130).

İfanın genel bir iyileştirme fonksiyonu reddedilmekle birlikte uygulama-dada buna gereken önem verilmektedir. Binlerce örnekten –yeri geldiği için– bir tanesini verelim: “Ancak şekil şartı gerçekleşmemiş olmakla beraber akdin icra edildiği, örneğin taşımanın yapıldığı, ücretin ödendiği anlaşılırsa şekil noksanlığı nedeniyle akdin geçersizliği artık ileri sürülemez ve böyle bir iddia objektif iyi niyet kurallarına da aykırı düşer” (Zeyneloğlu, Ahmet: Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara, 1980, s.22 ve dipnot: 5'teki 11.HD.'nin 3.3.1972; 5927/1045 sayılı kararı). Hatta tamamen ifade –belirtelim ki taşınmaz mal satımlarında ifa'dan amaç teşçildir– gerekmez. Nitekim 4.HD. 8.10.1979; 8969/11003 sayılı kararına karşı yazılmış bir karşı oy yazısında aynen şöyle denilmiştir: “Dairenin çoğunluk görüşünde uygulanan ana ilke doğrudur (NOT: Yüksek daire şekil noksanı – 2490 sayılı Yasanın 25 inci maddesine aykırılık – nedeniyle geçersiz bir sözleşme bulunduğunu vurguladıktan sonra, muteber bir sözleşme yapılmadıkça sözleşmenin yerine getirilmemiş olmasından dolayı tazminat hakkının doğmayacağını belirtmekte idi). Esasen Yargıtay uygulamalarında bu yoldadır. Gerçi bozma ilamında da belirtildiği veçhile taraflar arasında geçerli bir sözleşme yoktur. Ne var ki davalı sözleşme ile yükümlendiği teslim borcunun büyük bir bölümünü yerine getirmiş bulunmaktadır. Medeni Yasanın 2 nci maddesi hükmünce herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken aradaki iyi niyet kurallarına uymakla yükümlüdür. Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suiistimalini yasa himaye etmeyeceğine göre, sözleşmeye dayanılarak mal teslimine başlandıktan ve büyük bir bölümü yerine getirildikten ve taraflar bu sözleşmeye dayanarak karşılıklı iddia ve davada bulunduktan sonra, taraflarca iddia ve savunulmadığı halde dairece sözleşmenin düzenleme şeklinde (re'sen) yapılmadığından ve bu itibarla taraflara tazmini nitelikte haklar ve borçlar yüklenemeyeceğinden söz edilerek mukavelenin geçersiz sayılması doğru değildir. Çünkü şekil eksikliği nasıl re'sen dikkat nazara alınıyorsa, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı olup olmadığı yönünde dairece re'sen incelenecek konulardandır” (YHD.

Kasım/1979, s.1668/1669). Burada, bundan başka ileride İsviçre Federal Mahkeme kararlarında da görüleceği üzere şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin de dürüstlük kuralına uyup uymadığının kendiliğinden incelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca kendi içerisinde çelişkiye düşmekle birlikte (zira bir yandan şekil eksikliğinin re'sen gözetileceğinden söz açılırken öbür yandan yanlarca iddia ve savunulmadığı halde dairece sözleşmenin geçersizliğini re'sen dikkate alamayacağını haklı ve yeni eğilime uygun olarak belirtmektedir) şekle aykırılık sonucundaki geçersizlik hakkındaki modern görüş benimsenir görünmektedir.

7- Şekle aykırılık nedeniyle butlan iddiasında, hakkın kötüye kullanılması durumunun var olup olmadığı konusunda önceden ve kesin olarak bir şey söylenemez. Bunun için her olayın taşıdığı özellikler incelenmelidir (Tunç-omağ, s.237; Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, (Kıs.Eşya), Ankara, 1977, s.263; gerçekten Oğuzman'ın (Pratik, s.77/81) belirttiği gibi bir çok olayları ilkelere uydurmak için yapay hâl çarelerine başvurmak zorunluluğu ile karşılaşılır. O halde ne yanların borçlarını yerine getirmelerinden sonra butlanın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmalı ve ne de borçların henüz yerine getirilmemiş olması durumunda butlanın ileri sürülmesinin kötüye kullanma olmadığı kabul edilmelidir. Bakılacak şey olayın koşullarıdır.

8- Bu son kuralın genel esasları ise şunlar olabilir:

a) Hileli davranışlarla şekle uyulmamasına neden olan tarafın sonradan şekle aykırılığa dayanması hakkın kötüye kullanılmasıdır.

b) Şekle aykırı bir sözleşmeden doğmuş olan borçların tamamen veya hiç değilse büyük bir bölümü itibarıyla (bkz. yukarıdaki 4.HD.'sinin kararına yazılan karşı oy yazısına) istenerek ifa edilmesi halinde de hakkın kötüye kullanılması ortaya çıkabilir. Çünkü şekil bozukluğu bulunan sözleşmenin ifası ile şekil şartının hedef tuttuğu koruma gayeleri artık anlamını yitirmiş görünürler. Kanunun şekil şartı koyarak uyardığı kimse, bu şarta uymayarak yaptığı sözleşmeyi ifa etmişse, bunun sonradan şekil sakatlığını ve sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyetli bir davranış sayılmayabilir. Öyle ise şu soru kaçınılmaz oluyor. Şekil sakatlığı bulunan ve bu nedenle geçersiz olan sözleşmenin yerine getirilmesi genel olarak bu sakatlığı düzeltici ya da iyileştirici bir hükmü var mıdır? Bu çalışmanın bazı yerlerinde genel olarak değindiğimiz üzere, İsviçre/Türk Medeni Kanunları bunu Alman ve Fransız Medeni

Kanunlarının aksine (bkz. Alman MK. 313, Fransız MK. 1338, İFA ŞEKİL BOZUKLUĞUNU DÜZELTİR, İYİLEŞTİRİR) genel bir kural olarak düzenlemişlerdir. Yalnız BK. m.238/3'de özel bir kural vardır. Diğer sözleşmelerde böyle bir hüküm yoksa da ifanın iyi niyet kuralları değerlendirilirken gözden kaçırılmaması gereken özel bir önemi vardır.

c) Bunlarda yetmez; butlanı öne sürenin ifa sırasında sözleşmenin şekle aykırı olduğunu ve sonuçlarını bilmesi, veya kendi çıkarı için şekil eksikliğini istemesi yahut bu arada mal fiatlarında meydana gelen önemli değişiklikten yararlanmaya kalkışmış olması veya korunmaya değer bir çıkarının olmaması da gerekir. (Tunçomağ, s.238; Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, C.1, Ankara, 1969 (Kıs.Özel Borç Münasebetleri), s.163; Kocayusufpaşaoğlu (Vaad), s.141; Tekinay (Borçlar), s.114/115; Karahasan (Eşya), s.364).

**D) İleride yeri geldikçe dokunacağımız ve Yargıtayımızın da sık sık uyguladığı “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM” ile “NEMO AUDİTUR” ilkelerinden kısaca söz etmekte yarar vardır:**

Bunda da kaynağımız, bu sahada en kapsamlı açıklamaları yapan İsviçre'li iki profesörün; MERZ ve DESCHENAUX'ün yaptıklarından yararlanıp sistemlerini benimseyen sayın Prof.Dr. Zahit İMRE'nin Medeni Hukuka Giriş, 2. bası, İstanbul, 1976, adlı yapıtı olacaktır:

“Bir kimse daha önceki davranışları ile prensip olarak bağlı değildir; değişik hareket etmek şahsın hürriyetine girer. Buna karşılık, bir hukuki muamele ile bağlanıldığı takdirde, bu durum karşı tarafta haklı bir güven doğurabilir. Bu türlü bir halde, buna aykırı ve değişik bir tutum veya davranış hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyabilir.

a) Önceki bağlılığa uygun davranmak konusundaki zımni yükümlülük, bu konunun başta gelen bir halidir.

b) Başkasını haklı olarak beklediği hususlarda aldatmaktan kaçınma yükümlülüğü de bu konunun diğer bir önemli halidir. Bir sözleşme veya bir hukuki muamele ile açık veya zımni (örtülü) yükümlülükler altına giren şahsın davranışlarını gerek bu yükümlülüklerle çelişkiye düşmesi, gerek sözleşmenin diğer tarafının veya 3. şahsın bundan haklı olarak beklediği hususlarda bu yüzden aldanması, burada hakkın kötüye kullanılması sonucunu meydana getirebilir. Bu türlü bir hareket tarzı ile karşı tarafın hakkının kaybına sebep



olan kimsenin bununla borçtan veya bağılıktan kurtulduğunu ileri sürmesine karşı, MK. Madde 2, fıkra 2 kuralına dayanılarak itiraz olunabilir.

c) Hakkın kullanılmasının gecikmiş veya uygunsuz bir zamanda ileri sürülmemesi yükümlülüğü: Genel olarak, bir hakkın doğduğu anda hemen veya bir süre sonra kullanılması, talep ve dava olunması zorunlu değildir; hakkın kullanılması bir zamanaşımı veya hakkı düşüren bir süreye bağlı ise, bu sürenin dolmasından önce harekete geçilmesi yeterlidir; böyle bir sürenin bulunmadığı hallerde ise hak sahibi hakkını her zaman, meselâ 30 yıl geçikten sonra kullanabilir. Fakat böyle bir gecikme, bazı hallerde, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyabilir ve bu türlü bir durumda hakkın ileri sürülmesinin caiz olmaması icab eder” (s.295/298).

“Bir hakkın (durumun) kötü kazanılmış olduğu def’i:

Meşru olmayan bir duruma dayanılarak kazanılan bir hakkın kullanılması, genel olarak, hukuken kabul edilmemektedir. Bu prensibe kısaca “NEMO AUDİTUR PRENSİBİ” denmektedir. Bu hususta MK. ve BK.’da genel bir hüküm yoktur, fakat özel hallere ilişkin bazı hükümler vardır (Mesela: BK. mad. 21, 31, 44/1, 154, MK. mad. 134/2). Bu türlü özel bir hükmün bulunmadığı hallerde bu prensibin uygulanması, MK. madde 2, fıkra 1’in doğruluk ve inanç prensibi uyarınca, kanunun veya hukuki muamelenin yorumu ve boşluklarının doldurulması ile mümkündür. Fakat, Nemo Auditur Prensibinin asıl önemi, bunun kanuni veya hukuki muameleyi düzeltici fonksiyonu (görevi) olmasında görülür.

Gerçekten, kötü olarak kazanılmış durumun hukuki korumanın dışında bırakılması gereği, yorum ve kıyasın ötesinde, bazen hukuki muamelenin düzeltilmesini haklı kılar. Sözleşmeden veya kanundan doğan borç ve yükümlülüklerle aykırı hareketler hakkında sözleşmede veya kanunda hüküm bulunmayabilir. Ve bu türlü davranışta bulunan kimse bundan bazı menfaatler sağlamış olabilir; burada bu şahsın bu durumunu istismar etmesi (haksız menfaatler elde etmesi), hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı çerçevesine sokulabilir.

Örnek 1. “...Ancak, veren gibi alanda hukuken caiz olmayan (gayrimeşru) bir davranışta bulunduğundan, MK. madde 2, fıkra 2 genel kuralının, bu türlü bir halde, kanunu (BK. madde 65 hükmünü) düzeltici bir rolü ve görevi olabilecektir; özellikle, davranışlardaki gayrimeşruluk daha çok alan tarafta

ise, bu böyle olmak gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi bu görüşü benimsemiştir. Ve gayrimeşru olarak birşey kazanan ve BK. madde 65 hükmüne dayanan şahsa karşı hakkın kötüye kullanılması kuralını uygulamıştır” (s.299/300).

**E) İsviçre Federal Mahkemesi ile Yargıtay uygulamasından konuyla ilgili açıklamalı örnekler:**

a) “1- ...OR 216/1; BK.213 1 gereğince, gayrimenkul satımının hüküm taşıması resmi şekilde yapılmasına bağlıdır... Bu bakımdan, gerçekte kararlaştırılandan daha düşük bir satım parasının gösterildiği gayrimenkul satım senedi, OR 216/BK.213’ün koyduğu şekil şartını gerçekleştirmediğinden hüküm taşımaz (BGE 51 II 573, 53 II 164, 68 II 233, 75 II 148, 78 II 224).

(...)

Federal Mahkemenin içtihadına göre, Yargıç, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını, kendi serbest takdirine göre ve olaydaki hâl ve şartları gözönünde tutarak incelemek zorundadır. Bu konuda Yargıç, katı kurallara bağlanmamalıdır (BGE 72 II 44, 78 II 227)... Davacının, davalıların dürüstlüğü aykırı olarak karşı koymaları sonucunda, yerine getirilmesini sağlayamamış olduğu sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi normaldir.

(...)

Bir sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri süren tarafın hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını anlamak için, gözönünde tutulacak hâl ve şartlar arasında her iki tarafın isteyerek sözleşmeyi ifa etmiş olmalarına özel bir önem vermek gerekir “BGE 84 II 369 (Kaneti, Selim: İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları, C.2, Ankara, 1968, s.47/48)”.

b) “3- ...Bir sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle hükümsüz olduğunu ileri süren kimse, ancak davranışı özel hâl ve şartlardan ötürü, açıkça dürüstlüğü aykırı ise, hakkını kötüye kullanmış olur... Davalının, gayrimenkulü artık elinden çıkarmak istememesinden ya da, davacının ileri sürdüğü üzere, daha yüksek fiat elde etmeyi amaçlamasından ötürü, şekil eksikliğine dayanması önemli değildir. Her iki ihtimalde de, şekil eksikliğine dayanmak konusunda, korunmaya değer bir menfaat vardır. Davacı hakkın kötüye kullanıldığını savunduğuna göre, böyle bir menfaatin bulunmadığını isbat yükü kendisine düşer” (BGE 36 II 258 (Kaneti, s.49).

c) “Şekil eksikliğinden ileri gelen hükümsüzlüğü Yargıç görevinden ötürü

gözönünde tutmalıdır. Bu bakımdan, davalının yargılama sırasında buna dayanmamış olması önemli değildir" (BGE 86 II 398 (Kaneti, s.50).

NOT: Bize göre Federal Mahkeme'nin yerleşmiş olan bu görüşünün gerekçesini yine başka bir kararında şöylece bulmak mümkündür: "Önüme gelen olaylardan şekil eksikliği beliriorsa, yargıç görevinden ötürü (re'sen) geçersizliği tesbit etmelidir; OG.63 gereğince, bu ödev Federal Mahkemeye de düşer... Kanununun, istisnai olarak yenilik doğuran bir hükmü zorunlu kıldığı durumlar dışında, mutlak ya da nisbi hükümsüzlük, bir talebin konusu değil, ancak hukuki dayanağı olur" BGE 90 II 34. (Kaneti, s.68, karş. 4.HD.. 5.11.1966, 9438/9562, Renda, Nihat/Onursan, Galip: Borçlar Hukuku, Ankara, 1972, s.116).

d) "Yargıç butlanın ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı oluşunu da, görevinden ötürü araştıracağından...

2- ...a) Federal Mahkeme'nin bir çok kararlarında belirttiği üzere, bir işlemin şekil eksikliğinden kendi yararına sonuç çıkaran kimse, kural olarak hakkını kötüye kullanmış olmaz; aksi takdirde, şekil kuralı ameli bakımından geniş ölçüde etkisini yitirir...

b) Alıcının satılanın ayıplı oluşuna dayanan taleplerinden sıyrılmak amacıyla satıcının şekil eksikliğine dayanması, Federal Mahkemenin içtihadına göre bu anlamda özel bir durumdur; çünkü satıcı OR 216 1/BK.213 1'deki şekil kuralını amacından saptırmaktadır.

c) Federal Mahkeme'nin eski içtihadı, tarafların karşılıklı olarak serbest iradeleriyle gerçekte istemiş oldukları sözleşmeyi yerine getirmelerinden sonra, bir tarafın şekil eksikliğine dayanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir; çünkü sözleşme yerine getirilmiş olduğuna göre, artık tarafların, resmi şeklin düşüncesiz kararlara karşı sağladığı korumadan yararlandırılmaları gerekmez. (BGE 50 II 147; 53 II 165; 54 II 331). Bu görüş kanun koyucunun şekil kuralını kabul etmesine amil olan gerekçelerle, her özel olaydaki koruma ihtiyacını yanlış olarak karıştırmaktadır. Gerçi, gayrimenkul satımının resmi şekle bağlanması, düşüncesiz kararlara karşı koruma nedenine (bu tek gerekçe olmamakla beraber) dayanmaktadır; bu şekle uymayan gayrimenkul satım sözleşmeleri, kural olarak, özel olayda tarafların korunması gereğinin var olup olmadığı düşünülmezsizin, hükümsüzdür. Yeni içtihat, şekle aykırı olan sözleşmenin yerine getirilmesini önemli saymakla birlikte, ifanın, bütün durumlarda tek başına, hükümsüzlük savunmasını



durdurmaya yeterli olup olmadığı noktasını açık bırakmıştır. Şekil eksikliğini ileri sürmenin, şekil kuralını amacından saptırmasına da şekil eksikliği savunmasına başvuran tarafın bu eksikliği kendi hileli davranışlarıyla yaratmış olması gibi, başkaca durumların gözönünde tutulması ağır basmaktadır..." (BGE 86 II 398 (Kaneti, s.51/52).

e) "Bu bakımdan, hakkın kötüye kullanıldığı savını destekleyebilmek için sözleşmenin şekil eksikliğine rağmen yerine getirilmiş olması dışında, başkaca hâl ve şartlar da olmalıdır. Mesela, sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında davacının hükümsüzlüğü bildiği, sonradan ortaya çıkan ve iktisadi durumun değişmesi gibi, davalının sorumlu olmadığı olaylardan ötürü, şekil eksikliğine dayanmak yolunu tuttuğu isbat edilmelidir" (BGE 87 II 28 (Kaneti, s.55).

f) "Her iki tarafın isteyerek sözleşmeyi yerine getirmeleri, hükümsüzlüğe karar verilmesini mutlak olarak önlemezse de, gözönünde tutulması gereken önemli bir etkidir. Olayda, sözleşme tamamen yerine getirilmiştir. Alıcı, malik olarak tapu kütüğüne yazılmış ve satım parasının tümünü notere yatırmıştır.

...Taraflar arasındaki sulh görüşmeleri sırasında, her iki tarafta evvelce yapmış oldukları satış sözleşmesinin geçersizliğini biliyorlardı. Buna rağmen satıcı, evvelce sattığı gayrimenkulü yeni bir satış sözleşmesi ile geri almayı, sonuçsuz kalan bu görüşmeler sırasında kabul etmişti. Satıcı, yeni bir satım sözleşmesiyle gayrimenkulü geri almayı kabul ettiğine göre, dürüstlük kuralı ile satım sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesine engel olur.

(...)

Kanton mahkemesi, satıcının önce gayrimenkulü geri almayı teklif ettiğini, bu teklifi red edilince, alıcının satılanın ayıplarına dayanan değer eksikliği ve tazminat taleplerinden sıyrılmak için, satımın hükümsüzlüğünü ileri sürdüğünü tesbit etmiştir. Böyle bir davranış, hakkın kötüye kullanılmasının bir unsuru olmaya elverişlidir.

3- Satıcı, satım sözleşmesini isteyerek yerine getirmiş, sözleşmenin hükümsüzlüğünü bilmesine rağmen, gayrimenkulü yeni bir satım sözleşmesi ile geri almayı teklif etmiş, katılmış olduğu hileden yararlanmış ve şekil bozukluğunu da, salt satılanın ayıplarına dayanan taleplerden sıyrılmak amacıyla ileri sürmüş olduğuna göre, açıkça hakkı kötüye kullanmış olmaktadır (ZGB

2 II/MK. 2 II). Gerçekten, ZGB 657/MK. 634, OR 216/BK.213'ün başlıca amaçları, tarafları düşüncesiz kararlara karşı korumak ve iradelerinin açıkça, doğru ve tam olarak açıklandığı konusunda gerekli güvenliği sağlamak iken, satıcı bu kuralları belirtilen amaçlarından saptırmaya çalışmıştır. Bu bakımdan sözleşmenin hükümsüzlüğü savunmasının hakkın kötüye kullanılması nedeniyle dinlenmemesi doğrudur" BGE 90 II 154 (Kaneti, s.60/61).

g) "Geçersizliğin sonuçlarına dayanmayı hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmek, sözleşme geçerli imişçesine, ifa edilmesini ve ifa etmeden doğan zararların giderilmesini istemek hakkını da tanımak anlamını taşır; bunun yersizliği ise, açıktır. Gerçekte, davacı, yapı yapma vaadini kapsayan sözleşmeyi geçersizliğini bilerek ve isteyerek, adi yazılı şekilde yapmışsa da, bunu borçlarından sıyrılmak amacıyla ileri sürmüş değildir" BGE 90 II 34 (Kaneti, s.69).

ı) Uzunca oları BGE 90 II 21'in gerekçesinden konumuzla ilgili özetler:

"Federal Mahkeme bir çok kez karar verdiği üzere bir yanın şekil eksikliğinden ötürü hukuksal işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi tek başına hakkın kötüye kullanılması değildir. Bir sözleşmenin geçerliğinin şekle uyulmasına bağlıysa, tüm ana noktalarda karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalı bulunsa bile, şekle aykırılık sözleşmeyi hükümsüz kılar. Bu nokta, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Çünkü, aksi görüş benimsenirse, şekil kuralı anlamsız kalır. Ancak yanlardan birisinin kendi hilesiyle yaratmış olduğu bir şekil eksikliğine dayanması, hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Ne var ki, şekil eksikliği ile sakatlanmış sözleşmeye taraf olan kimse, arada kendi ediminin değerinin artmış ve dolayısıyla karşı edimin değerini aşmış olmasından ötürü, ifa borcu altına girmez. Zira satılanın değer artışından ileri gelen kazançtan, satıcının değilde alıcının yararlanması için bir gerekçe gösterilemez. Federal Mahkeme satıcının, artık gayrimenkulü elden çıkarmak istememesinden ya da başkasına yapacağı bir satıştan daha fazla kazanç elde etmeyi amaçlamasından ötürü şekil eksikliğine dayanmasını, dürüstlüğe aykırı saymamıştır. Satıcı, sözleşme ister geçerli, ister şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olsun, alıcıya elde ettiği ya da elde etmeyi tasarladığı kazanç konusunda hesap vermek zorunda değildir. Aksine, gayrimenkul alımı için bir yarışın bulunduğu günümüzde, bir kimsenin, resmi senette satım konusunu yeterince belirtmemiş olmasına rağmen, korunması yanlış olacaktır. Resmi şeklin sağladığı

hukuk güvenliği ve yanları düşüncesiz kararlara karşı koruma amacı, acele ve yetersiz olarak senetlenmiş bir satım sözleşmesi yapanın menfaatinden önce gelir" (kaneti, s.56/59; Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 2. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 3.bası, İstanbul, 1977, s.267/270). Ayrıca bkz. bu kararın tanıtılması bakımından, Acemoğlu, Kevork: Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi, MHAD. Yeni Seri, Yıl: 1, No: 1, 1967, s.150/151.

h) "Alacaklının hakkını kullanmaksızın, zamanaşımı süresinin geçirilmesine hileli davranışları ile yol açmış bulunan şahıs, zamanaşımını ileri sürmekle İMK. 2 nci maddesinin 2 nci fıkrası (TMK madde 2/11) anlamında hakkını kötüye kullanmış olur. Kötü bir kast bulunmaksızın alacaklıyı, zamanaşımı süresi içerisinde hukuki bir yola başvurmaktan alıkoyan bir tavrın tutulması ve alacaklının bu hareketsizliğinin makul ölçüler içinde, sırf objektif dahi anlaşılabilir olması halinde hakkın kötüye kullanılması vardır." BGE 69 II 104 (Ataay, AYTEKİN: İsviçre Federal Mahkeme Kararları, MHAD. Yeni Seri, Yıl: 1, Sayı: 2, 1968, s.212).

i) "Öğretiye ve mahkeme içtihatlarına göre, hukuki bir müesseseyi kendisine tamamen yabancı olan bir amaç uğrunda kullanan kimse, İMK.'nin dürüstlük kaidelerine uygun surette davranılmasını emreden 2 nci maddesindeki (TMK. madde 2'deki) yükümü ihlal etmiş olur" (Ataay, s.212/213, dip not: 7).

"Bir hakkın kullanılması bu hakkın gayesine aykırı düştüğü takdirde açıkça kötüye kullanma mevcuttur." BGE 53 II 97.

"Hülasa bir kimse hakkını dürüstlük kaidelerine aykırı olarak kullanırsa, bunu kötüye kullanmış olur. Bu kötüye kullanma açık ise, kanun tarafından korunmaz. Hukuk ancak meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka şeye yaradığı takdirde mevcudiyet sebebini kaybeder" 10.10.1956 tarihli bir İsviçre Mahkeme kararından. (Ataay, s.213).

"Medeni Kanun, hakkın kötüye kullanılmasını tarif etmemekte, bir hakkın kullanılmasının hukuka uygun bulunduğu veya hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hususlarının takdirini hakime bırakmaktadır" 10.10.1956 tarihli İsviçre Mahkeme Kararından. (Ataay, s.210, dip not: 3, ayrıca bkz. s.211'deki diğer kararlara).

Konuya özgü İsviçre Federal Mahkemesi'nin özgün kararları sıralandıktan sonra, Prof. Feyzioğlu'nun çıkardığı şu genel sonuca katılmamak mümkün değildir:



"Federal Mahkeme, (hakkın kötüye kullanılması) sorununu çözmeyi, belli prensiplerin ışığı altında (Hakimin takdirine bırakmakta)dır. Bu takdir yetkisini kullanırken, Hakimin (somut olayın koşullarını gözönünde tutması) ve (katı kurallara kendisini bağlı saymaması) önerilmektedir. Kuşkusuz bu öneriler, MK. madde 2/II'deki genel prensibin elastikliliğini ve canlılığını muhafaza etmesi, mümkün kılması bakımından yerindedir, ancak yine de hâkime ışık tutacak (belli prensipler)deki içtihadın da bilinmesinde zorunluluk vardır. Bunlar, izlenen kararlarda görüleceği üzere (hak sahibinin, hakkını zamanında kullanmasına, objektif olarak onda güven uyandıracak davranışlarda bulunmak suretiyle engel olmak); (hakları sosyal amaçlarının dışında kalan başka çıkarları ve sonuçları elde etmek gayesiyle kullanmak); kanun koyucunun (tarafı uyarıcı ve koruyucu fonksiyonları nedeniyle şekle tabi tuttuğu işlemleri o şekle uymadan ve şekle uyulmayışın sonuçlarını bilmesine rağmen kendi isteğiyle ifa ettikten sonra şekil noksanlığı nedeniyle işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmek) gibi "dürüstlük kurallarına" ters düşen; toplumiçinde varlığı zorunlu "güven duygusu"nu istismar eden ve "hakların tanınış ve korunuş amaçları" ve "sosyal fonksiyonları" ile bağdaşmayan davranışlardır. Bunlar, hâkime, bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı sorununun çözümünde ışık tutacak temel prensipler olacaktır; fakat her halde –İsviçre için bu yasağın işletilmesinde hakkın o tarzda kullanılmasından karşı tarafın (zarar görmüş) olması müstakil bir unsur olarak aranmayacak, kullanışın dürüstlük kurallarına aykırı olduğu, herkesçe görülüp kabul edilecek bir "açıklıkta olması, yeterli sayılacaktır" (Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Medeni Kanunun 50. Yıl Dönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanunun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul, 1978, s.166/167).

MUKAYESELİ (Konumuz dışı olmakla birlikte söz bundan açılmışken, bkz. hakkın kötüye kullanılması bakımından karşılaştırmalı hukuk açısından ayrıntılı bilgi taşıyan şu iki incelemeye: 1- Saymen, F.Hakkı: Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali, İHFM 1946, C.XII, Sayı: 4, s.1129 vd; 2- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Hakkın İyi veya Kötüye Kullanılması, AD. 1959/2, s.113 vd.) düşünmeyi sağlamak ve şaşılacak kadar benzerliğe işaret etmek için aynı konuya kısaca Yunan Medeni Yasası ve uygulaması yönünden de bakmakta yarar vardır:

23.2.1946 tarihli Yunan Medeni Yasasınının 281 inci maddesi aynen şöyledir: "Hakkın doğruluk ve itimat veya ahlâk kaideleri veya kendisinin sosyal veya iktisadi gayesi ile tayin edilen sınırları açıkça aşacak şekilde

kullanılması yasaktır.”

Yüksek Mahkeme (Areogag) bu konuda şu ana kaideyi kabul etmiştir: Yasal biçimde (şekline) uygun yapılmayan bir hukuksal işlemin geçerli olamayacağını savlama (iddia etmek) doğruluk ve itimata aykırı değildir. Aksi halde biçime ilişkin hükümlerin amacı ortadan kalkardı. Fakat bu husus kesin olarak kabul edilemez. Hukuksal işlemin geçerli olmadığı sav'ının (iddiasının) hakkın kötüye kullanılması olarak kabulü bazı olaylarda ayırık (istisnaen) olarak olanaklıdır. Örneğin, işlemin biçim eksikliği nedeniyle hükümsüz olduğunu savlayan (iddia eden taraf), bu eksikliğe hilesi ile sebebiyet vermişse, işlemin hükümsüzlüğünü istemekle hakkını kötüye kullanmış olur. Esas itibarıyla somut olayın özelliğine göre karar vermek doğrudur. Ayrıca biçim eksikliğinin önem derecesi verilecek kararda rol oynar. Atina İstinaf Mahkemesi, ölmüş annesinin oğluna (torun) geçen cihazı, işlemdeki biçim eksikliği bulunması nedeniyle dava eden büyük babanın davasını biçim eksikliğinin önemsiz bulunması nedeniyle, hakkın kötüye kullanılmış olacağı düşüncesiyle red etmiştir (Ch.N.FRAGNISTAS, Yunan Medeni Kanununda Hakkın Kötüye Kullanılması, Çv. Ümit Doğanay, İHFM, C.XXIII, Sayı: 3-4, İstanbul, 1958, s.482). Ayrıca son örnekle ilgili olarak bkz. “Taraflar evlatlık akdinde eksiklik olmadığı düşüncesi ile akdi geçerlik şartından yoksun olmadığını bilmeyerek yıllarca bu akdin gereğini yerine getirmişlerdir. Nitekim evlat edinenin sağlığında akdin feshi yolunda herhangi bir dava açılmış değildir. Taraflar uzun yıllar bu sözleşme şartlarına göre davrandıklarından, evlat edinen öldükten sonra evlat edinenin diğer bir evlatlığının evlat edinme sözleşmesinde noterin imzasının bulunmadığını, ileri sürerek akdin hükümsüzlüğünün tesbitini istemesi hakkın kötüye kullanılmasıdır” HGK. 11.1.1964, 953/640 (ABD. 1965, s.192; AD. 1965, s.943).

Yargıtayımızın da konumuz yönünden genellikle Federal Mahkeme paralelinde kararları bulunduğu söylenebilir. Bu alanda sadece örnek olarak bkz. Feyzioğlu, s.167 vd. Ayrıca aşağıda sıralanacak kararlar ise yeni örneklerdir:

a) “Yasada öngörülen biçim kurallarına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersiz sayılırlar ve bu sözleşmelerin yerine getirilmesi de onlara geçerlik kazandırmaz. Başka bir anlatımla ifa şekil bozukluğunu gidermez. Ancak ifadan sonra şekil bozukluğunu ileri sürmek MK.'nun 2 nci maddesi hükmü gereğince objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.

Olayda, arsa tapusu ferağ verilmek suretiyle geçersiz sözleşme esas itibariyle yerine getirilmiş, fakat yerine getirilmeyen fer'i nitelikteki haklar (davada zamanında teslim edilmeyen daire için kararlaştırılan ceza parası istenir) dava konusu yapılmıştır. Bu durum karşısında şekil noksanına dayanılarak sözleşmenin esası yönünden ileri sürülmesi objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmayan bir savunma, fer'i nitelikteki hususlar hakkında da ileri sürülemez" 13. HD. 13.3.1980, 1267/1669 (YKD. C.VII, s.2, Şubat 1981, s.203). Aynı paralelde, 13. HD. 26.5.1980, 2333/3412 (YKD. C.VI, s.9, Eylül 1980, s.1259 vd.) 15. HD. 29.5.1979, 1126/1282 (YKD. C.VI, s.8, Ağustos 1980, s.1133).

b) "Yapılan sözleşme ve verilen söze bağlılık hukukun da üstünde bir ahlâk ve iyi niyet kuralıdır.

Davacının, kendisi gibi, belirli bir daireyi satın aldığını bildiği davalı hakkında şuf'a davası açması ve dava dosyasına göre (240.000) lira bedelle alınan yeri (35.000) lira ile ele geçirmek istemesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz" HGK. 19.3.1980, 1101/1420 (YKD. C.VI, s.9, Eylül 1980, s.1193).

c) "...davalının, teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanıp kullanmadığı MK. madde 2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eşdeyişle güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığı saptanmalı ve uyuşmazlık böylece çözüme bağlanmalıdır. Önemle vurgulayalımki, hâkim, az önce anılan yasa hükmünü de doğrudan (re'sen) gözetmekle yükümlüdür" 13. HD. 7.4.1981, 519/2513 (YKD. C.VII, s.7, Temmuz, 1981, s.877).

d) "D.S.İ. Barajlar ve Hidroelektrik Santraller Dairesi Başkanlığı'nın 25.1.1977 gün ve 473/940 sayılı yazısı ile "Sözleşmeli olarak çalışmasında bir sakınca" bulunmadığı bildirildikten ve usulü dairesinde sözleşme yapılarak çalışmasını sürdüren bir personelin "...yüklediği mecburi hizmetini tamamlamadan" görevinden ayrılmak suretiyle taahhüdünü ihlal ettiği iddiası MK.'nin 2 nci maddesinde yazılı kurala da aykırıdır. Hâkimin görevinden ötürü (re'sen) bu hususu incelemesi gerekir" 15. HD. 11.5.1979, 1039/1116 (NOT: Zorunlu hizmet yükümlüsü olan davalı, davacı kurumun onayı ile 1.3.1977 tarihinden itibaren aynı kurumda sözleşmeli personel olarak çalışmaya başlamış; davacı kurum ise davalının 1.3.1977 tarihinden itibaren memuriyet görevinden ayrılmak suretiyle yükümlülüğünü ihlal ettiği nedeniyle ödetme davasını açmış, yerel mahkeme istem doğrultusunda hüküm



kurmuştur. Yargıtayımız burada MK. 2 nci maddesindeki dürüstlük ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkelerinin özel ve tipik bir uygulama durumu olan “ÇELİŞKİLİ DAVRANIŞ = VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”, yasağını gözönünde tutmuştur. Bu yazının başlangıcında belirtildiği üzere Meccellenin küllî kaidelerinden olan 100 üncü maddesi ise bu yasağı şu şekilde ifade etmiş idi: Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakzetmeğe sa'y ederse sa'yi merduddur.”)

e) “Bakıp gözetme sözleşmesi uyarınca, temlik edilen taşınmaz veya payının başka kişilere satışına engel yasal bir hüküm yoktur. Öte yandan MK.'nun 2 nci maddesinde söz konusu iyi niyet, her hakkın kullanılmasında sınır teşkil etmekte ve yasanın açıklık getirmediği bir durumda hakim in müdahalesini sağlamaktadır” 14.HD. 31.1.1980, 232/519 (YKD. C.VI, s.8, Ağustos 1980, s.1131).

f) “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi noterce re'sen düzenlenmiş ve sözleşenlerden olan davacıların miras bırakanı ve davalı miras bırakanın ölümüne kadar sözleşme hükümlerini uygulamışlardır.

Davacıların miras bırakanı sağlığında şekil eksikliğinden ötürü bir dava açmamıştır. Sözleşme bakılacak olanın ölümüne kadar uygulanmış bulunduğu göre, mirasçılardan şekil noksanlığını ileri sürerek sözleşmenin iptalini istemeleri iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz” 13. HD. 17.1.1974, 1238/4 (YKD. C.3, s.3, Mart 1977, s.393.)

g) Satış yapıldıktan ve sözleşme hükmü yerine getirildikten yıllarca sonra satışı yapan davacının iştirak halinden müşterekliğe geçişin yolsuz olduğunu ileri sürmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Davacıların miras bırakanlarından kalan apartmanda onay sayılan davranışlarıyla başlangıçta iştirak halinden müşterekliğe geçişte var olan geçersizliği geçerliliğe dönüştürerek 10 yıldan beri davalının paydaşlığını kabul ettiklerine göre onayla sağlık kazanan işlemin başlangıçtaki sakatlık durumunu ileri sürüp bozulmasını isteyemezler” 1.HD.sinin 4.10.1977 gün ve 7278/9911 sayılı ilamından özetler. (YKD. C.IV, s.3, Mart 1978, s.332 vd.) NOT: Görülüyorki yüksek mahkeme burada da zaman unsurunu ve ona tabi olacak onay “İCAZET” durumunu gözönünde tutarak MK. madde 2'yi işletmiştir.

h) “Taraflar arasındaki 8.7.1971 günlü adi sözleşme ile davalı müteahhit tapuda kayıtlı arsası üzerinde inşa edeceği 9 tam ve bir teras katlı işhanının

bodrum katı ile zemin katına isabet eden 224/1000 arsa payını 300 bin liraya davacıya devir ve ferağ etmeyi ve fenni şartname esaslarına göre 500 bin lira bedelle inşa etmeyi ve davacıda bu bedelle inşa ettirmeyi karşılıklı olarak kabul etmişler, 8 Temmuz 1971 günlü ek mukavele ile de, davalının bodrum katı davacıya satmaması halinde, arsa payı bedeline 100 bin lira ve inşaat bedeline 185 bin lira ilave edilmek kaydıyla birinci katın kat sahibi davacı için rezerve edilmesi hususunda anlaşmaya varılmıştır.

Davacı teşkil istemiyle açtığı davasında, MK.'nun 650 nci maddesine dayanmıştır. Aynı yasanın 2 nci maddesi ile kendi iyi niyetini karşı tarafın kötü niyetini ve davasının hukuki dayanakları olarak ileri sürmüş ve maddî olayları ayrıntılı olarak bildirmiştir. Davalı müteahhit arsa sahibidir. MK.'nun 650 nci maddesi hükmünce "Binanın kıymeti açıkça arsa kıymetinden ziyade ise hüsnüniyetle hareket eden levazım sahibi muhik bir tazminat mukabilinde-mecmuunun mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir". Davacının iddiasına göre olaya MK. 650 nci maddesinin az önce açıklanan hükümleri uygulanamaz. Ancak usul hükümlerine göre maddî olayları bildirmek taraflara, bu maddî olayların tavsifi ile uygulanacak hukuk kurallarını saptama ise Hakime aittir. Davacının bir takım maddî vakıalara dayandırdığı istemi teşçilden ibarettir. Bu istemin dava yoluyla yerine getirilmesine MK.'nun 650 nci maddesi elverişli değilse de satış arsa payı belirlenmek suretiyle yapıldığından isteğin kat mülkiyeti kanunun açısından değerlendirilmesi gerekir.

Özel daire bozma kararında belirtildiği üzere bu sözleşmenin arsa payını da kapsayan bağımsız bölüm satışı niteliğinde olduğu ve yasaların öngördüğü biçimde yapılmaması itibariyle şekil yönünden geçersiz olduğu kuşkusuzdur. Davalı da davacıya gönderdiği ihtarnamede "sözleşme ve ekinin yasaların gerektirdiği şekilde düzenlenmemiş olması bakımından geçersiz olduğunu" hukuk müşavirinin mütalaasına dayanarak bildirmiş ve tahliye isteğinde bulunabileceğini ihtar etmiştir.

Hal böyle olmakla beraber, davalının ihtarnameyi göndermesinden çok evvel inşaatın tamamlanarak davacının yukarıda sözü edilen sözleşmelerle satın aldığı bağımsız bölümlere yerleştiği, burada ticari faaliyetini sürdürmeye başladığı, satış bedeli yönünden ödenen para miktarında uyuşmazlık olmakla beraber davacının sözleşmelerde yazılı bedel üzerinden ödemedede bulunduğu ve davalının uyandırdığı güvence nedeniyle davacının sözleşmenin geçerli olduğu inancıyla malik gibi bazı davranışlarda bulunduğu, masraflar yaptığı

dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Bir sözleşmenin taraflarından birisi o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı tarafta sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmişse artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu savunma yasal himayeden yoksun kalır. Olayda da davalının şekle aykırılık nedenine dayanan savunması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmaktadır. O halde davalı artık sözleşmenin geçersizliğine dayanarak akdin icrasından kaçınamaz.

Yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde mahkemenin teşçile ilişkin direnme kararı sonucu itibarıyla uygun olduğundan direnmeye yöneltilen temyiz itirazlarının reddi ile diğer yönlerin incelenmesi için dosya özel daireye gönderilmelidir" (HGK. 6.6.1979, 190/799).

1- Görülüyor ki davacı adi sözleşme ile satın aldığı tapulu taşınmazın kendi adına tescilini istemektedir. Dayanağı MK. 650 nci maddesidir. Oysa bu maddenin olaya uymadığını gerek yerel mahkeme, gerek Yargıtay özel dairesi (14. HD.) ve gerekse HGK. kabul etmekte olup, yerel mahkeme hiç gereği yok iken MK. nun 1. maddesine dayanmak ihtiyacını duymuş, özel daire davanın reddi gereğine değinmiş, HGK ise pek doğru olarak "maddi durumları bildirmek taraflara, bu maddi olayların tavsifi ve uygulanacak hukuk kurallarını saptamak ise Hakime aittir" kuralına dayanarak MK. 2 nci maddesini uygulamıştır. Gerçekten modern usul yasalarına iki ilke egemendir. 1- JURA NOVIT CURIA (KANUN MAHKEMECE BİLİNİR), 2- DA MIHI FACTUM, DABO TIBI- JUS (OLAYI İZAH ET Kİ HÜKMÜ VERİYİM). Bu iki ilkenin olayda HGK.ca gayet isabetli olarak uygulandığını görmekteyiz.

2- İfa, Borçlar Yasasında tanımlanmamıştır. Ne var ki, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir diye de tanımlanmasında sakınca yoktur. Gözlemlediğimiz kadarı ile uygulamada da biçim eksikliğine karşın ifa edilmiş sözleşmelerin, bilahare buna dayanılarak ibtali cihetine gidilmesi halinde MK. 2 nci maddesindeki sınırlama olasılığı ile karşı karşıya idi. Ancak taşınmaz satımlarında amaçlanan ifa ise tapuya teşçildir. Bu kararda ise adi sözleşme mahkeme eliyle ve MK. nun 2 nci maddesi yoluyla tapuya teşçile (ifaya) dayanak olmaktadır. Yasanın geçerlik koşulu olarak uyulmasını istediği biçimde uyulmaması durumu kural olarak işlemin hükümsüz olması sonucunu



doğurur. Böyle durumlarda sorunu çözmek için elimizde iki olanak bulunmaktadır. Birisi MK. 2/II'deki (hakkın kötüye kullanılması yasağı)dır ki, buna dayanılması halinde biçimine uyulmadan yapılan işlem sanki şekline uygunmuş gibi hüküm ifade edecektir; diğeri de BK. 41/2'deki kuraldır ki, buna göre şekline uygun yapılmayan işlem yine geçersiz sayılmaya devam edecektir. Ancak ahlâka aykırı bir fiil ile başkasına bilerek zarar veren kimse diğerrinin zararını gidermek durumundadır. Öte yandan hakların kötüye kullanılmasının yaptırımı olarak MK. nun 656 ncı maddesinden örneksenerek: a) Eski hale getirme, b) Kötüye kullanmanın durdurulması ve önlenmesi, c) Zararın tazmini v.b. (Feyzioğlu, s. 186/187) istenebilirse de, şurası unutulmamalıdır ki, hakkın kötüye kullanılmasının doğuracağı zararı gidermek çoğu kez Hakimin takdir ve tayin edeceği bir meblağ (hiç olmazsa her zaman) olmaz; özellikle para değerinin hızla düştüğü ekonomik ortamlarda bu böyledir. Bir başka açıdan şu örnekler verilebilir: "Muayyen bir mahalde fiili bir inhisar şeklinde icrayı faaliyet edip etmediğini makul bir sebep olmaksızın muayyen kimselere satmak istemeyen ve onları ızzar etmek gayesi güden fırıncının tazminat tediyesine mahkumiyeti kâfi olmadığı gibi, muayyen bir ders kitabını basmış olan bir tâbiin rakip iki mektepten ancak birisinin talebesine satması ve diğerr mektebi ızzar içinde onun talebesine satmaktan imtina eylemesi halinde mektep idaresinin veya talebelerin yalnız nakdi tazminatla iktifa edemeyecekleri açıktır. Bunun gibi, tedavi etmekte olduğu hastasını sırf üzme veya bazı zararlara sokmak için ziyaret ve tedaviden imtina eden hekimi de nakdi tazminat tediyesine mahkum etmek kâfi değildir" (Saymen, F.Hakkı: Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi, İHFM. C.XI, Sayı: 1-2, İstanbul, 1945, s.326). Gerçekten yararlar arasında bulunması gereken dengenin sağlanması için bunları sözleşme yapmağa veya yapılmış sözleşmeyi ifaya zorlamak gerekir. İşte yüksek mahkemenin de yaptığı budur.

Yargıtayımız ayrıca kararlarında şu gerekçeye de yer vermektedir: "...davacının satın aldığı bağımsız bölümlere yerleştiği, burada ticari faaliyetini sürdürmeye başladığı ... ve davalının uyandırdığı güvence nedeniyle davacının sözleşmenin geçerli olduğu inancıyla malik gibi bazı davranışlarda bulunduğu, masraflar yaptığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır." Burada da yukarıda 15. HD.'sinin 11.5.1979; 1039/1116 sayılı kararında not olarak kısaca değindiğimiz "Venire contra factum proprium" (kendi fiili ile yaratılmış olan güvene aykırı davranışının) sorumluluk yaratan bir başka görünümü karşısında bulunmaktayız. Gerçekten aslında geçerliği şekle bağlı olan bir

sözleşmeyi şekilsizliğe rağmen kendi rızası ile ifa edeceği güvenini yaratarak şekil koşullarının gerçekleştirilmesine bizzat kendisi engel olduktan sonra, sözleşmenin şekil noksanından dolayı geçersizliğini ileri sürmek sorumluluğu gerektirir. (Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Eleştirileri, 3. Cilt, İstanbul, 1971, –Kıs.Eleştiriler, 3– s.126). Yine az yukarıda değinildiği üzere önceki davranışlarla bağdaşmaz eylemde bulunanın BK. 41/2 (Alman MK. 826) uyarınca giderime mahkum edilmesi de olanaklıdır. Bilimsel ve yargısal görüşler bu noktada oybirliği halindedir. Ama MK. nun 2 nci maddesinden kaynaklanan ve “AYNEN TAZMİN” diyebileceğimiz ikinci yol yok mudur? İşte yüksek mahkeme bu yola olanak tanımaktadır. Bu görüş aslında yeni bir görüşte sayılmaz. Zira sayın OĞUZMAN, Federal Mahkemenin 5 Şubat 1946 tarihli kararında ileri sürdüğü Hakimin bir hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için de olsa tapu memuru çürük bir sözleşmeye dayanarak teşkil yapmaya zorlayamayacağı görüşünü eleştirirken aynen şöyle demekte idi: “Şayet butlan dermeyanı hakkı suiistimal ediyorsa, hakim borcun ifasına karar verebileceği cihetle, bu ifanın mevzuunun bir gayrimenkul mülkiyetinin nakli olan hallerde teşkilin yapılmasına karar vermesine ve tapu memurunun da bu karar gereğince teşkil yapmasına bir mani düşünülemez” (Oğuzman, –Pratik– s.80; ayrıca aynı makale için bkz. Oğuzman, M.Kemal: Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İBD. C.XXIX, Sayı: 6, Haziran, 1955, s.249/258). Öte yandan öğreti de karşı yanı ilkin şekle uymamaya yöneltip arkasından bunu ileri sürüp yükümlülüklerinden sıyrılmak isteyen kişinin bu hükümsüzlük sav'ına BK. 41 inci maddesinin 2 nci fıkrasının uygulanmasına yandaş bulunanlardan (Tuhr, A.von: Borçlar Hukuku, Çev. Cevat Edege, İstanbul, 1952, s.245; Arsebük, s.325; Bu gibi durumlarda hakkın kötüye kullanılmış sayılacağını ileri sürenler için bkz. Egger, s.95; Güral (Akipek), Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara, 1953, s.104,138) SCHWARZ (Schwarz, A.: Borçlar Hukuku Dersleri, Çev. Bülent Davran, İstanbul, 1948, s.248) BK. 41/2 uyarınca yapılan istemin gerektiğinde aynen eski durumun iadesi ilkesine dayanılarak çürük işlemin sahih sayılmasına yönelik olabileceğine işaret etmiştir.

Yeri gelmişken burada bir konuya daha dokunmak isteriz. BK. 41/2'ye dayanılarak istenecek zarar, menfi (olumsuz) zarardır. Bu zarar hüküm ifade ettiğine veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yada kurulmaması yüzünden, bu güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarardır (Tuhr, s.82; Tandoğan, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961,

s.427; Eren, s.45). Burada boşa çıkan bir güvenden doğan zarar söz konusudur. Menfi zarara (Negatives Interesse) diğerleri yanında sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da girer. Buna yoksun kalınan kâr ya da kaçırılan fırsatta denebilir. Örneğin çürük sözleşme ile satın alınan şey, o zaman başkasından 100 liraya tedarik edilebilirken, şimdi 120 liraya bulunmaktadır (Tuhr, s.83 ve dip not: 29, Tandoğan, s.428; Eren, s.46). Bunun doğal sonucu şu olmak gerekir: Eğer satıcı şekilden yoksun sözleşmeyi daha başlangıçtan itibaren ifa etmemek amacıyla yapmış, böylece karşı yanı şekli gerçekleştirilmekten alıkoymuş veya başta böyle bir niyeti yokken bilahare güven ilkesinin onamayacağı bir nedenle ve yükümlülüklerinden sıyrılmak amacıyla bu duruma yönelmiş ise ya da hâl ve şartlar bu ileri sürüşün dürüstlüğe aykırı olacağını gerektiriyorsa öbür yanın menfi zararını gerçeklere uygun bir yükseklikte takdir etmek gerekir. Örneğin, o zamanın rayiçlerine göre 500 bin liraya satılmış olan bir dairenin teslimine kadar bir kaç devalüasyon yüzünden değeri 1,5 milyon liraya çıkmış ise, şekil yüzünden butlan iddiasına muhatap olan kimse eğer BK. nun 41/2 nci maddesi yoluyla hak aramayı düşünüyorsa menfi zararın 1,5 milyon olması gerekir. Burada menfi zararın müsbet zararı gerektirdiğinde geçebileceğine dikkat çekmek isteriz (aynı fikirde Eren, s.46; karş. Tandoğan, s.428/429 ve oradaki KELLER'in fikri).

İsviçre öğretisi ve mahkeme kararlarındaki hakim fikre göre butlan iddia edildiği vakit sözleşme henüz ifa edilmemişse Hakim, hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle ifaya, örneğin geçersiz taşınmaz satışına dayanılarak teşçile karar veremeyecektir. BECKER'in deyimi ile "muteberiyete müteallik şeklin ifasını temin edecek bir dava mevcut değildir" (Becker, s.60; Kocayusufpaşaoğlu, (Vaad), s.141; Bkz. Tandoğan (Özel Borç Münasebetleri), s.163/164: Fakat henüz teşçil yapılmamışsa, hakkın kötüye kullanıldığını iddia eden taraf şekil noksanı ile malül akde dayanılarak teşçile hükmedilmesini isteyemez; o, sadece akdin hüküm ifade etmemesinden doğan menfi zararının tazminini talep edebilir). Ancak bu konuda kesin bir yargıya varmadan önce Yargıtay'dan bir örnek vermek isteriz:

"Bu itibarla hadisede muteber bir piyango keşide edildiğinin kabulü gerekir. Muamele muteber olunca da piyango'da, kendisine ikramiyeye isabet etmiş olan kimse için o ikramiyeyi talep hususunda bir alacak hakkı doğar. Bu alacak hakkı piyango'nun mevzuu bir gayrimenkul olduğu takdirde o gayrimenkulün temlikini istemek hakkıdır. MK.'nun 634 üncü maddesi sarahatına



göre gayrimenkul mülkiyetini nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber bulunmadığından davacı lehine doğmuş hak yukarıda işaret olunduğu üzere sadece bir mütalebe hakkı yani teşkil için hukuki sebebi teşkil eden resmi senedin tanzimini istemek selahiyetidir. Davalının bundan imtina halinde mahkemece verilecek karar (hukuki sebep) yani resmi senet yerine kaim olur. Ve böylece aynen ifa imkan dahilinde girmiş bulunur" TD. (Şimdiki 11. HD.) 4.10.1958, 2745/2513 (BATİDER, Ocak, 1961, C.1, Sayı: 1, s.102). Aynı sonuca dürüstlük kuralının ışığında varmamak için neden göremiyoruz (Karş. Ayiter, Nuşin: Yukarıda zikredilen dergi, s.107).

Anılan HGK. direkt konumuzu ilgilendirmedeği için ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmayacaktır. Ancak yetenekli ve bilgili Hakimlerimizin elinde bu çözüm tarzının yaşadığımız günlük sosyal gerçekler karşısında âdil sonuçlar vereceğinden kuşku duyulmasın. Bunun belki de ortak bir adalet duygusunun sonucu olabileceği vurgulanmalı ve birisi Fransa'dan, ötekisi Almanya'dan olmak üzere iki örnek verilmelidir.

Kiraya veren kira sözleşmesinin sonunda bu sözleşmeyi yenilemeye zorunlu olmamakla beraber, sırf kiracıyı zarara sokmak amacı ile bu yenilemeden çekinirse hakkını kötüye kullanmış olacaktır. Bazı durum ve koşullar altında hâkimin hükmü kiraya verenin iradesi yerine geçerek, kiraya veren kira sözleşmesi yapmaya zorunlu duruma sokulabilir. Fransız SEINE İstinaf Mahkemesi'nin çözümü böyledir (Saymen, s.326. Hatta sayın Profesör bir adım daha ileri atarak bu konuda şöyle demektedir: "Meselâ, evini çocuklu bir aileye, askere, memura, kiralamak istemeyen ve sebep olarak ta mücerret müstecirin çocukları bulunmasını, asker ve memur olmasını ileri süren mucir, akit yapma hususundaki serbestisini suiistimal etmiş olur, zira hakkını gayri içtimai bir tarzda, yani meşru bir sebebe müstenit olmaksızın kullanmıştır" (s.888/889).

"e) Alman Yargıtay'ı en yeni içtihatlarıyla şekil noksanı yüzünden sözleşmenin butlanı durumunda sağlanan hukuki himayelerin, meselâ sebepsiz zenginleşme taleplerinin ya da menfi zararın tazmini taleplerinin istisnaen yeterli olmaması ve sözleşmeye uygun düşecek olan ifa durumundan kaçınmanın dürüstlük kurallarına aykırı düşmesi durumunda, istisnaen dürüstlük kuralları gereğince hukuki işlemin bağlayıcılığının da kabul edileceği çözümünü getirmiştir" (Sungurbey, Eleştiriler, 3, s.134/135).

NOT: İsviçre/Türk BK. nun 41/2 nci maddesi: "Ahlâka mugayir bir fiil ile

başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs kezalik o zararı tazmine mecburdur” buna tekabül eden Alman MK. 826 ise: “Başkasına genel ahlâka aykırı surette kasden zarar veren kimse, bu zararı tazmin borcu altına girer” şeklindedir.

Kuşku yoktur ki, bu karar hakkında çok şeyler yazılacak ve söylenecektir. Bizim burada inceleme konumuz bakımından çıkaracağımız sonuç şu olacaktır: Yüksek mahkemenin taşınmaz mal satımında şekil eksikliği yönünden yasal engeller ve de yerleşmiş görüşü ileri hukuk anlayışı içerisinde aşarak (Sözleşmedeki şekil (biçim) eksikliğini ileri sürmenin MK. nun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasına uyan bir hakkın kötüye kullanılması sayıldığığının öğretide oybirliği sağladığı söylenemez. Çünkü Oser/Schönenberger, (s.1) “Şekil noksanını ileri sürme, MK. nun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasına uyan bir hakkın suiistimali değildir. Zira kanunun himayeye dair bir hükümden istifade eden kimse, afaki hüsnüniyet kaidelerine aykırı harekette bulunmuş olmaz” demektedir. Ne va ki büyük çoğunluk (örneğin: Egger, s. madde 2, Arsebük, s.325, Tuhr, s.246, Schwarz (Borçlar) s.248, Güral (Akipek), s.104, 138, 172, Tekinay (Borçlar), s.113) şekil eksikliği nedeniyle geçersizlik –butlan, hükümsüzlük– ileri sürmenin bazen bir hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabileceğini kabul etmektedirler) bu noktaya gelmiş olduğuna göre, işgörme akdini şekil eksikliğine rağmen geçerli saymak evleviyetle mümkün olacaktır.

Söz güven ilkesinden açılmışken bunun diğer hukuk şubelerinde de aynı ağırlıkta geçerli olduğunu önemle vurgulayarak örnek kabilinden yayınlanmış bir karar sunmakla bu konuda yetinelim:

“Nişanlı erkeğin daha önce davacı kadın aleyhine aynı mahkemede açmış olduğu nişan hediyelerinin iadesi davası varken, o dava ile birleştirme dileği ile açılmış bulunan nişan bozmadan doğan manevi tazminata ilişkin bu davada, davalının yetkisizlik itirazında bulunması iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz” 3.HD. 1.6.1981, 2825/28. Ayrıca savunma hakkının kötüye kullanılması bakımından bkz. 2.HD. 18.10.1979; 7092/7470 (YHD. Kasım/1979, s.1661/1662).

## F) AÇIKLAMALARIN ÖZETİ

### a) Medeni Kanunun ikinci maddesindeki ilkeler

1- Biçim eksikliğinden dolayı geçersiz olan sözleşmenin her iki tarafça isteyerek ifasından sonra geri alma istemi hakkın kötüye kullanılması sayılır.

2- Borç doğuran sözleşmenin ifasından önce dahi, hileli davranışıyla kendisi biçim eksikliğine yol açan kimsenin biçim eksikliğinden dolayı geçersizliği ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılmasıdır (BGE 43 II24).

3- Sözleşme kurulurken biçim eksikliğini gözönünde tutmuş ya da bu eksikliği kendi çıkarına olarak istemiş olan bir kimsenin sonradan biçim eksikliğinden dolayı geçersizliği ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir (BGE 53 II 166).

4- Biçim eksikliğinin dürüstlük kurallarına göre gözönünde tutulmasının gerekip gerekmediği sorunu, Hâkim tarafından "KATI KURALLARA BAĞLI OLMAKSIZIN HER SOMUT OLAYDA TÜM DURUMLARI ÖZGÜR TAKDIRİNE GÖRE DEĞERLENDİREREK" incelemek gerekir (BGE 86 II 232). Alman Yüksek Mahkemesinin de yerleşmiş içtihadı bu merkezde olup "TARAFLARIN ŞİMDİYE KADAR Kİ DAVRANIŞLARININ VE BUNUN SONUCU OLARAK VUKU BULAN İLİŞKİLERİNİN EYLEMSEL GELİŞİMİ" dikkate alınmalıdır.

5- HAKKIN DÜRÜST OLMAYAN (yasaya, ahlâka, sözleşmeye ya da dürüstlük kurallarına) BİR YOLDAN KAZANILMASI SORUNU: Böyle bir yoldan kazanılmış olan hakkın ya da hukuksal durumun kullanılması kötüye kullanma demektir. Zira "utanılacak davranışını anlatan kimse (mahkemede) dinlemez."

Hak sahibi, hakkı dürüst olmayan (yasaya, ahlâka, sözleşmeye ya da dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışla) kazanmışsa, bu hakkın kullanılması kural olarak kötüye kullanmadır. Bu hal Anglo Amerikan Hukuk çevresindeki "Unclean hands" (mahkemeye gelen kimsenin temiz ellerle gelmesi gerekir), ilkesine benzemektedir. Objektif olarak dürüst olmayan bir davranış yeterli olup, hile ya da kusur gerekli değildir.

6- YAZILI AKIL (Aksiyon: Mütearife: Halkın hukuk bilinci: Hukuksal özdeyiş ve ilkeleri) :



a) Utanılacak davranışını anlatan kimse, mahkemede dinlenmez.

b) Hiç kimse, kınanacak davranışından, kendisi için ne haklar, ne de karşı haklar çıkarabilir.

c) Bir kimseyi aldatmakla, bir hak sağlanamaz.

d) Haksızlıktan hiç bir çıkar sağlanamaz.

e) Hiç kimseye kendi hilesi yardım edemez.

f) Haksızlık yaparak hiç bir hak sağlanamaz. Kötülük kimseye çıkar sağlamaz. Hile ve desise, kimseyi korumaz; bunları yapanlar, bunlardan yararlanamaz.

7- İFAYLA BİÇİM EKSİKLİĞİNİN DÜZELMESİNİN, TAŞINMAZ KENDİSİNE GEÇİRİLEN KİMSENİN BİZZAT KENDİSİNİN DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRI DAVRANMIŞ OLDUĞU GERÇEĞİNİ ORTADAN KALDIRMAZ. Bu konuda Münih şerhinde FÖSCHLER şu bilgileri vermektedir: "Ne var ki, düzelve, ANCAK BİÇİM EKSİKLİĞİNE İLİŞKİN OLUR. Düzelve olayı, başkaca geçersizlik nedenlerini, yasaya aykırılık, ahlâka aykırılık, işlem yeteneksizliği, ve şayet mahkemesi onayının eksikliği ve başkaca geçersizlik nedenlerini kapsamaz" Öyle ise Alman bilimsel öğretisinde oybirliği ile kabul edilen ilkeye göre: "Bizzat kendisi hileli davranışta bulunmuş olan kimse, hiç bir durum da, kendi davranışına dayanarak, öbürünün iradesine aykırı bir yolda ifa isteyemez" (Flume, Medicus, Reinicke, Förschler).

8- BİÇİM EKSİKLİĞİ YÜZÜNDEN GEÇERSİZLİĞE DAYANMANIN CAİZ OLMAMASI: Bu konuda Merz şunları yazmıştır: Ne var ki, biçim eksikliği yüzünden geçersizliğe dayanmanın hakkın kötüye kullanılması olduğu savunmasını, kendi ediminin ifasından –yalnızca bir bölümce de olsa– haksız yere kaçınmış olan kimse (BGE 84 II 378), tümüyle genel olarak bizzat kendisi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde çelişkili bir davranışta bulunmuş olan kimse ileri süremez."

**b) ŞEKLE AYKIRILIK NEDENİYLE GEÇERSİZ SÖZLEŞMELER KOŞULLARI OLUŞTUĞUNDA BK. 41/II UYARINCA SORUMLULUK KAYNAĞI OLABİLİR.**

aa) Yargıtay 4.HD. nin 5.5.1958 gün ve 3355/2984 sayılı kararına göre; şekle uygun olarak yapılmayan bir taşınmaz satımı sözleşmesinin yerine getirileceği konusunda kesin bir inanç uyandırmış olan kimse, taşınmazın

mülkiyetini geçirme borcunu yerine getirmekten kaçınırsa, BK. 41/II uyarınca sorumlu tutulur. Bu karara konu olan olayda, ".... davalı taraf ticari bir mües-  
sese açarak bir çok reklâmlar yaparak, İstanbul'da Altınşehir adı ile bir şehir  
kurulacağını halka bildirmiş ve orada isteyenlere birer parsel yer verileceği  
hakkında halk üzerinde kesin kanaat uyandıracak şekilde hareket etmiş  
bulunmaktadır. Böylece, davalı ile hususi anlaşmaya giren bir kimse .... diğer  
tarafın kânuni şekle uygun olmayan akdi yerine getireceğini yani parseli  
kendisine ferağ edeceğini pek haklı olarak kabul edecek durumda bulun-  
maktadır" Yargıtay'a göre, bu durumda "..... davalının gayrimenkulü satmak-  
tan ve temlik etmekten kaçınması ..... istekle işlenmiş ahlâka aykırı bir fiil olur  
ve eğer bu kaçınmadan bir zarar doğmuşsa, sözkonusu hüküm uyarınca (BK.  
41/II) bu zararı tazmin ile mükellef tutulması gerekir."

bb) Yargıtay 3. HD. nin 29.9.1962 gün ve 4629/7109 sayılı kararında,  
tapulu bir taşınmazın şekle uyulmadan satımı halinde sözleşmenin yerine  
getirilmemesinin BK. 41/II uyarınca tazminat istemine yolaçabileceğini bir kez  
daha doğrulamıştır. Bu karara göre, "şekil sebebiyle butlana rağmen hile ve  
desise istimaliyle akdi ifa edeceği zehabını mutazarrırda uyandıran veya  
böyle bir zehabı takviyeden şahıs aleyhine mutazarrır tarafından Borçlar  
Kanununun 41 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca dava ikame edilebilir."  
Karara göre, "bu gibi hallerde ifadan beklenen menfaat yani ifa zararı talep  
olunamaz. Aldanmış olan taraf yalnız diğer âkide itimat etmesinden, yani  
şekle riayet edilmemesine rağmen diğer tarafın akdi rızaen ifa edeceğini  
zannetmesinden mütevevillit zararının, yani menfi zararının tazminini talep  
edebilir."

cc) Yargıtay 13. HD. 17.4.1984 gün ve 761/2930 sayılı kararına göre:  
"Taraflar arasındaki satış sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmıştır. Tapulu  
taşınmazların tapu dışı adi senetle satışı geçersiz olup, taraflar için hiç bir  
alacak ve borç doğurmaz (MK. madde 634, BK. madde 213). Böyle bir  
sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek ve ifasından kaçınmak haksız fiil teşkil  
etmez. Öğretide ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilen baskın görüşe göre  
şayet borçlu hile ile diğer tarafı şekle bağlı bir sözleşmeyi şekle uyulmadan  
yapmaya sevketmiş ve sonra da şekil eksikliğini ileri sürerek borcundan  
kurtulmak istemiş ise, bu hareket hem objektif iyiniyet kuralına ve hem de  
ahlâka (BK. madde 19, 20) aykırı düşeceğinden, haksız eylem teşkil eder ve  
BK.'nun 41/2 nci maddesi hükmüne göre tazminatı gerektirir. Sözleşmenin  
şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğünü ileri süren kimse, bunun sonuçla-

rından yararlanmak için, korunmaya değer menfaatleri olduğunu isbat yükü altında değildir (MK. madde 6). Aksine, hükümsüzlüğün yarattığı sonuçlardan yararlanılamayacağını savunan kimse, şekil eksikliğine dayanmaya dürüstlüğü aykırı kılan hâl ve şartları isbat yükü altındadır. Davalının, şekil eksikliğini maksatlı olarak bilerek yaratmış olduğu söylenemez. Dava konusu olayda davacı, davalının bilerek ve hile ile kendisini kandırarak sözleşmeyi resmi şekle uyulmadan yapmaya sevkettiği iddia ve isbat edilmiş değildir.”

#### dd) ŞEKLE AYKIRILIĞIN BİZZAT YARATILMASI

Sözleşmenin taraflarından birisi şekle aykırılığı bizzat yaratıp, karşı tarafı sözleşmenin geçerliliği konusunda ikna edip yanıltmışsa, sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılıp şekle aykırılık aşılabilir mi? İsviçre’de bazı hukukçular (Merz. Nr.491; BGE 106 II 36; Kılıçoğlu, s.308) şekle aykırılığın kasten yaratılması halinde karşıtarafın bu yüzden uğradığı olumsuz (menfi) zararın tazmin edilebileceğini kabul etmektedirler. Buna göre sözleşme geçerli sayılmadığından, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan olumlu (müsbet) zararın tazmini istenilemez.

c) Kat mülkiyeti yasasına tabi olarak yapısına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin olarak geçerli bir sözleşme olmadan tarafların anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi, satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının uzun süre malik gibi kullandığı halde satıcının tapuda devre yaşaması halinde cebri teşkil davası kabul edilebilir mi? Bu soru Yargıtay’ın 30.9.1988 gün ve 2/2 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı ile şu şekilde yanıtlanmıştır: “Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri teşkil davasının kural olarak kabul edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yaşaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin MK. nun 2 nci maddesini gözeterek açılan teşkil davasının kabul edebileceğine...”



## KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork** : Hakkın k6t6ye kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi, MHAD. No: 1, 1967.
- Akipek, Jale** : T6rk Eşya Hukuku, 2. Kitap, M6lkiyet, Ankara, 1973.
- Atalay, Aytekin** : İsviçre Federal Mahkeme Kararları, MHAD, Yıl.1, 1968.
- Bertan, Suad** : Aynı Haklar, c.1, Ankara, 1976.
- Çemberci, Mustafa** : Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959.
- Egger, A** : Giriş ve Kişinin Hukuku, Çev. Volf Çernis, Ankara, 1947.
- Gürsoy, Kemal / Eren, Fikret / Cansel Erol** : T6rk Eşya Hukuku, Ankara, 1978.
- İmre, Zahit** : Medeni Hukuka Giriş, 2. bası, İstanbul, 1976.
- Kaneti, Selim** : İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları, C.2, Ankara, 1968.
- Karahasan, Mustafa Reşit** : T6rk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, Ankara, 1977.
- Kılıçoğlu, Ahmet** : İçtihatları Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın K6t6ye Kullanılması, YD. C.15, Sayı: 1-4.
- K6pr6l6, B6lent** : Medeni Hukuk, İstanbul, 1979.
- Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, 6zer** : Eşya Hukuku, 2. bası, İstanbul, 1978, Oğuzman, M.Kemal: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, 3. bası, İstanbul, 1978.
- Oser/Sch6nenberger** : Borçlar Hukuku, Çev. Recai Seçkin, Ankara, 1947.
- Renda, Nihat / Onursan, Galip** : Borçlar Hukuku, Ankara, 1972.
- Schwarz, A.B.** : Medeni Hukuka Giriş, Çev. Hıfzı Veldet, İstanbul,

1946.

- Saymen, F.Hakkı** : Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali, İHFM. 1946, C.XII, **Saymen F.Hakkı**: Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi, İHFM. C.XI, Sayı: 1-2, İstanbul, 1945.
- Sungurbey, İsmet** : Medeni Hukuk Sorunları, 2. Cild, İstanbul, 1974.
- Tandoğan, Halûk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, C.1, Ankara, 1969.
- Tekinay, Selahattin Sulhi** : Eşya Hukuku, 3. bası, 1.Cilt, İstanbul, 1978.
- Tuhr, A.von** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1976.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1976.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** : Hakkın İyi veya Kötüye Kullanılması, AD. 1959/2.
- YKD.** : C.7, Sayı: 8.
- Zeyneloğlu, Ahmet** : Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara, 1980.

## MANEVÎ TAZMİNATA İLİŞKİN İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI MADDÎ TAZMİNATA VE YOKSULLUK NAFAKASINA DA UYGULANABİLİR Mİ

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN (\*)

Boşanmanın malî sonuçları iki yönde ortaya çıkar: Bir taraftan mal rejimi sona erer; diğer taraftan, eşlerin maddî ve manevî tazminat ve yoksulluk nafakasına ilişkin talep hakları doğar. Öte yandan, kanun koyucunun, boşanmanın tazminat ve nafaka ile ilgili düzenlemeleri üç kısa madde içine sığdırma çabası bazı boşlukların doğmasına yol açmıştır.

Söz konusu boşluklardan biri, Medenî Kanun'un 143 üncü maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkraları ile 144 üncü maddelerinde öngörülen dâvaların boşanma dâvası ile birlikte açılıp açılmayacağı hususunun, düzenlenmemiş olmasından doğmaktadır. Bu dâvaların açılma zamanının Medenî Kanun'da düzenlenmemiş olması, sonuçta, gerek doktrinde (1), gerek mahkeme kararlarında (2) farklı bir takım görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Nitekim, bu farklı görüşlere Yargıtay'ın sadece muhtelif dairelerinin kararlarında değil, aynı dairelerin kararlarında bile rastlanmaktadır.

Halbuki hukukun ana görevlerinden biri, benzer problemlerin benzer şekilde çözümlenmesi ile, toplumda, hukuka güven duygusunun hâkim olmasını, istikrarı sağlamaktır. Türk pozitif hukukunda bu husus, bir yandan, Medenî Kanun'un 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasında öngörülen "Hâkim, hükümlerinde ilmî içtihadlardan ve kazaî kararlardan istifade eder" kuralı ile, diğer yandan da 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesiyle sağlanmaya çalışılmıştır.

(\*)Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

- (1) Maddî ve manevî tazminat davalarının boşanma davasından sonra da açılması gerektiği yolunda bkz. **Hakbilen**: Yoksulluk Nafakası, ABD. 1952, sh.346; **Ergenekon**: Türk Medenî Hukukunda Yardım Nafakaları, Ankara 1966, sh. 140; **Esener**: Boşanmanın Ferî Neticelerine Dair Mukaveleler, AHFD. 1952, c.VIII. s.3-4, sh.655; **Tekinay**: Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990, sh. 256; **İnal**: Uygulamada Nafaka Davaları, Ankara 1992, sh. 115 Maddî ve Manevî Tazminat Davalarının boşanma davasından sonra açılmayacağı görüşünde olanlar için bkz. **Yalçınkaya/Kaleli**: Boşanma Hukuku, Ankara 1987, sh. 1925; **Köprülü/Kaneti**: Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, sh. 279; **Saymen/Elbir**: Türk Medenî Hukuku, 3. cilt, Aile Hukuku, İstanbul, 1960, sh.279.



22.1.1988 tarihli büyük İctihadı Birleştirme Kararı (3) ile "manevî tazminat dâvasının, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da açılıp açılmayacağı meselesi"ne ilişkin Yargıtay İkinci ve Dördüncü Hukuk Daireleri arasında mevcut bulunan görüş ayrılığı bir çözüme bağlanmıştır. Bilindiği gibi, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesine göre, İctihadı Birleştirme Kararları mahkemeleri bağlar (4)

Bu durumda, sözkonusu İctihadı Birleştirme Kararı'nda hükme bağlandığı üzere, manevî tazminat davaları, boşanma davasından sonra da açılabilir. Gayet tabiidir ki, kişilere tanınan bu imkân, manevî tazminat talebinin, boşanma ile birlikte veya boşanma dâvası henüz kesinleşmeden, onun yanında, ayrı bir dava ile ileri sürülmesini engellemektedir.

Burada tartışılan konu, İctihadı Birleştirme Kararı'nın kıyasen maddî tazminat ve yoksulluk nafakası talepleri için de uygulanıp uygulanamayacağıdır. Zira İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, kararı, mânevî tazminat davası ile sınırlı tutmuştur.

İctihadı Birleştirme Kararı'nın Medenî Kanun'un 143 üncü maddesinin 1 inci fıkrasındaki boşluğun doldurulmasında kıyas yoluyla uygulanabilmesi, ancak 143 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki ve 144 üncü maddedeki olguların (maddî tazminat ve yoksulluk nafakasına yol açan taleplerin dayandığı olguların) 143 üncü maddenin 2 nci fıkrasındaki talebe yol açan olgulara benzemesi halinde mümkündür. Bu itibarla, önce sözkonusu iki fıkranın

- (2) Tazminat Davalarının ve yoksulluk nafakasının boşanma davası ile birlikte istenebileceği yolunda bkz. 2. HD. 24.6.1968, 3479/4207 (İnal, sh. 134); 2. HD. 26.9.1969, 4219/4248 (Yazıcı/Atasoy, Şahis, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, sh.358); 2.HD. 5.4.1965 1666/1833 (Yazıcı/Atasoy, sh.360); 4.HD. 31.1.1984, 10328/785 (Yalçınkaya/Kaleli, sh.1925); 4.HD. 8.10.1985, 7166/7995 (Yalçınkaya/Kaleli, sh.1940); 2.HD. 12.4.1977, 2978/3801 (İnal, sh.126); 2.HD. 8.11.1965, 5824/5330 (İnal, sh.151).

Tazminat davasının ve yoksulluk nafakasının boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra da açılabilirliği yolunda bkz. 4. HD. 23.12.1985, 7549/10244 (Yasa Hukuk Dergisi, 86,4, sh.565); 2. HD. 13.4.1939, 1586/3538 (İnal, sh.140).

- (3) YKD 1988, s.8, sh.1031 vd.
- (4) Yargıtay Kanunu 2.1.1983 tarihinde kabul edilmiş ve Resmî Gazete'de 8.2.1983 tarih ve nr. 17953 ile yayınlanmıştır. Kanun'un 69'uncu maddesine göre yayınlandığı gün yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 45 inci maddesinin 5 inci fıkrası şöyledir: "İctihadı Birleştirme Kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurulları'nı, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. İctihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesinin ve kaldırılmasının istenmesinin de 45 inci maddenin 1 inci ve 2 nci fıkralarına göre olacağını, maddenin 3 üncü fıkrası hükme bağlamıştır. Sözkonusu fıkralar ise aynen şöyledir: "İctihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması halinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekli olması zorunludur.

Diğer merci ve kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yolu- na gitmenin gerekip gerekmediğine birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir."

**amacı, konuş nedeni, hukukî mahiyeti**, daha sonra da 144 üncü madde üzerinde durmak gerekir. Nihayet, **İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bir tahlili** yapılarak, kararın yalnızca manevî tazminata hükmedebilmek için varlığı gerekli gerekçelere mi dayandırıldığı, yoksa ileri sürülen gerekçelerin aynı zamanda maddî tazminat ve yoksulluk nafakası yönünden de geçerli mi olduğu hususları da ele alınmalıdır.

Kanunkoyucu, Medenî Kanun'un 143 üncü maddesini düzenlerken, boşanmanın kişinin maddî ve manevî varlıklarında yol açtığı eksilmeyi gidermek **amacını** gütmüş, bütün özel hukuk alanı için geçerli olan temel bir ilkeden hareket etmiştir: Bir kimseye hukuka aykırı olarak zarar veren, bu zararı tazmin etmelidir. Söz konusu ilke, Borçlar Hukuku'nda gerek haksız fiil, gerek akit alanında bir yaptırım olarak yer almaktadır. Tıpkı Borçlar Hukuku alanında olduğu gibi, boşanmada da gerek maddî, gerek manevî tazminata ilişkin talepler, üç unsurun varlığı halinde doğmaktadır. Bunlar hukuka aykırı bir davranış, zararın kusurlu olarak doğmuş olması ve davranış ile zarar arasında illiyet bağının varlığıdır.

Kısaca özetleyecek olursak, Medenî Kanun'un 143 üncü maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkralarının **amacı ve konuş nedenleri** aynıdır. Medenî Kanun'un 144 üncü maddesinin konuş nedeni ve amacı da Medenî Kanunun 143 üncü maddesinin 1 inci fıkrası ile aynıdır.

Bu fıkralardaki taleplerin **hukukî mahiyetlerine** gelince; Medenî Kanun'un 134 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına ilişkin talebin hukukî mahiyeti hakkında doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüş; talebin, akitten veya haksız fiilden kaynaklandığı savunulmuştur. Her iki görüşün de leh ve aleyhinde konuşulabilir. Ancak, hangi görüş kabul edilirse edilsin, maddî tazminat talebinin hukukî sebebi boşanmadır. Kusursuz eşin mâmelekî varlıkları ve beklemece hakları boşanma sonunda zarara uğramaktadır. Zarar ve buna ilişkin talep hakkı, boşanmanın kesinleşmesiyle ilk olarak kanundan dolayı doğmaktadır. Manevî tazminat talebinin hukukî sebebi ise, haksız fiildir. Manevî tazminat talebi, Medenî Kanun'un 24 üncü maddesinin bir uygulanma şeklidir ve Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesi karşısında le specialis'dir. Medenî Kanun'un 143 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında öngörülen manevî zarar, evlilik birliğinin beraberinde getirdiği yükümlülükleri düzenleyen aile hukuku normlarının ihlâli ile doğar. Ancak, manevî zararın tazmini talebi evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde sözkonusu olur. Burada boşanma olgusu, tazminat talebinin doğmasında maddî bir şarttır.

Özetleyecek olursak, boşanmanın kesinleşmesi manevî tazminatın talep edilmesinde talebin maddî bir unsurunu oluştururken, maddî tazminatın talebinde hukukî sebeptir. Yalnız, her iki tazminat talebinin de ileri sürülebilmesi, boşanma kararının kesinleşmesine bağlıdır ve talepler hukukî mahiyetleri itibariyle birbirine ters düşmemektedir.

Yukarıdaki gerekçelerin yanında, ayrıca her iki tazminat talebinin aynı maddede düzenlenmiş olması, bugüne kadar devam eden ve İsviçre'de halen de devam etmekte olan uygulamada bu taleplerin mutlaka boşanma davası ile birlikte istenmesi hususunun aranması da, fıkralar arasında **organik bir bağ**'ın varlığını ortaya koyar.

**İçtihadı Birleştirme Kararı tahlil edildiğinde** ise, bu karara temel teşkil eden ilkenin kabulüne yol açan gerekçelerin manevî tazminatın özelliğinden kaynaklanmadığı, genel olarak dava hakkının kullanılmasına ilişkin olduğu tespit edilir. Nitekim, karardaki başlıca gerekçeler şunlardır:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36 ncı maddesinde düzenlendiği üzere, kişilerin, meşrû vasıta ve yollardan yararlanarak, haklarını aramaları, onların temel haklarından. Manevî tazminat talebi de, Anayasa'da düzenlenen bu hakkın kapsamı içinde düşünülmesi gereken bir hususa ilişkindir. Diğer yandan, Anayasa'nın 13 üncü maddesi, hakların bu maddede öngörülen sebepler varsa ve ancak bir kanunla sınırlanabileceğine ilişkindir. Halbuki, Medenî Kanun'un 143 üncü maddesinin ikinci fıkrası için kanun'da herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Yani manevî tazminat davasının boşanma davasının kesinleşmesinden sonra açılmayacağı yolunda bir sınırlama yoktur. Medenî Kanun'un 143 üncü maddesinin ikinci fıkrasında mevcut olmayan bir sınırlamayı kabul Anayasa'nın 13 üncü maddesine ters düşer.

Ayrıca, bir hakkın varlığının kabulü bir kimseyi kendi yararına da olsa, dava açmaya zorlayabilmek imkanını vermez. Kendisine belli bir konuda dava hakkı tanınan bir kimsenin, davasını kendi yararına en uygun düşen zamanda açmakta serbest olması onun en doğal hakkıdır.

Sonuç olarak, İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki ilkenin, gerekçesinde ileri sürülen sebepler gözönünde tutulduğunda, maddî tazminat ve nafaka taleplerine de uygulanması gerekir; zira, bu sebepler münhasıran manevî tazminat davasına has özellikler taşıyan hususlar değildir.

Yargıtay'ın, 22.1.1988'den sonraki kararlarında, isabetli olarak istikrarlı



bir şekilde, İctihadı Birleştirme Kararı'ndaki ilkeyi maddî tazminat ve yoksulluk nafakasına da uygulandığı görülmektedir (5). Doktrinde de bu görüşe katılan yazarlar vardır.

Son olarak üzerinde durulması gereken mesele, boşanma davasının kesinleşmesinden sonra hangi süre içinde nafaka ve tazminat davalarının açılabilceğidir. Bu hususa ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Her ne kadar Medenî Kanun'un 5 inci maddesi, Borçlar Hukuku'ndaki genel esasların Medenî Hukuk'un diğer kısımlarına da uygulanacağını hükme bağlamışsa da, bu uygulama ancak işin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde mümkündür.

Medenî Kanun'un 143 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında düzenlenen manevî tazminat talebi, hukukî mahiyeti itibariyle bir haksız fiildir ve yukarıda da belirtildiği gibi Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesi karşısında özel bir hükümdür. Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerde zamanaşımını düzenleyen 60 ıncı maddesinin buraya uygulanıp uygulanamayacağını araştırmadan önce, aile hukukundaki haksız fiillerde zamanaşımını düzenleyen hükümlerin mevcut olup olmadığına bakmak ve uygun düşüyorsa bu hükümleri kıyasen uygulamak daha isabetlidir. Aile hukukunda muhtelif yerlerde haksız fiillere ilişkin zamanaşımı düzenlemelerine gidildiği görülmektedir. Meselâ, nişanın haksız bir fiille bozulması halinde Medenî Kanun'un 87 inci maddesi, maddî ve manevî tazminat davasının açılması için bir yıllık bir süre öngörmektedir. Aynı şekilde, gerek uygulama, gerek doktrinde, ananın evlilik dışı çocuk doğurması halinde manevî tazminat talebi için Kanun'un 305 inci maddesi manevî tazminat istenebileceğini öngörmüş; fakat, davanın hangi süre içinde açılabilceğini hükme bağlamamıştır. Burada da Medeni Kanun'un 87 nci maddesindeki sürenin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir.

Bizim görüşümüze göre, boşanma dâvasının kesinleşmesinden sonra açılacak maddî tazminat davaları için de zamanaşımı süresi bir yıl ile sınırlı olmalıdır. Aynı çözüm Medenî Kanun'un 144 üncü maddesi için de sözkonusudur; zira, yoksulluk nafakası evlilik birliğindeki bakım yükümlülüğünün bir devamıdır. Mahiyeti itibariyle maddî tazminata benzemektedir. Sadece, Kanunkoyucu, burada nafakayı ödeyecek kimsenin kusurlu olup olmadığını aramamıştır. Bu itibarla, yoksulluk nafakası da boşanmanın kesinleştiği tarihten itibaren bir sene içinde açılmalıdır. Böylece, bir taraftan maddî, manevî tazminat ve yoksulluk nafakası davalarının açılma süreleri arasında

(5) 2.HD. 23.11.1990, 3655/11498 (İnal, sh.132); 2.HD. 3.11.1992, 51/510 (Yayınlanmamış).

bir yeknesaklık sağlanmış olacak, diğer taraftan da aile hukukunda haksız fiil niteliği taşıyan öteki davaların açılması için öngörölen sürelerle bir paralellik yaratılabilecektir. Daha uzun bir süre, meselâ Borçlar Kanunu'nda öngörölen 10 yıllık zamanaşımı süresinin buraya uygulanması isabetli görünmemektedir; zira, aile hukuku ilişkileri kendine özgü ilişkilerdir ve uzun bir zamanaşımına yer verilmesi boşanma ile ilişkileri sona eren kişilerin lüzumsuz yere güç durumlarla karşılaşmalarına yol açabilir.

Nihayet son olarak üzerinde durulacak konu, bir yıllık zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren başlayacağıdır. Bize göre, zamanaşımının başlangıç ânı, herhalde boşanma kararının kesinleşme tarihi olmalıdır.

## KAMBIYO SENETLERİNDE FAİZ SORUNU

Y. Semih ÖKTEMER (\*)

● **ANLATIM DÜZENİ:** I- Konu. II- Faiz şartı. III- Kambyo senetlerinde temerrüt faizi. 1- Temerrüt faizi oranı. 2- TTK.'nun 1461 inci maddesi uygulanır mı? 3- 3095 sayılı Kanuna göre temerrüt faizinin oranı. a- Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi'nin görüşü. b- Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin görüşü. c- Öğreti görüşü. d- Görüşümüz. 4- Yasal faizin anlamı. 5- Faize faiz yürütülmesi. I V- Sonuç.

### I- KONU

Kambyo senedi, kanunun belirlediği şekil şartlarına uygun biçimde düzenlenmiş, borcu doğuran sebepten mücerret, tedavül kabiliyetini haiz olan senetlerdir. Kambyo senetlerinin tümü kıymetli evrak sayılmakla beraber, her kıymetli evrak kambyo senedi vasfında değildir. Kambyo senetlerinin hukuki yapısı, TTK.'nun 582 nci maddesi ile başlayan "Dördüncü Fasıl" hükümlerine tabidir. Bu senetleri, kanunun tayin ettiği mutlak ve mecburi şekle uygun düştüğü takdirde kambyo senedi sayabiliriz. İİK.'nun ise, 167 nci maddesi ile, kambyo senetlerini (çek, poliçe, emre muharrer senet) olarak sayma yolunu tercih etmiştir.

Bu yazıda, kambyo senedi vasfını haiz senetlerle ilgili faize ilişkin konular ele alınmıştır.

### II- FAİZ ŞARTI

Poliçe bakımından faiz şartını düzenleyen TTK.'nun 587 nci maddesi hükmü, 690 inci maddedeki yollama nedeni ile bonolar hakkında da uygulanır. Bu iki çeşit kambyo senedinde, vade (görüldüğünde) veya (görüldüğünden belli bir müddet sonra) ödeme biçiminde tesbit edilmiş ise, bu çeşit kambyo senedine faiz yazılabilir. TTK.'nun 615 inci maddesine uygun düşmekle beraber, vadesi (keşide gününden belli bir müddet sonra) yahut (belli bir günde) ödeme şeklinde tayin edilmiş poliçe veya bonoya faiz kaydı konulamaz. Eğer bu çeşit vadeli senede faiz şartı yazılır ise, kambyo senedi olarak

(\*) Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Onursal Üyesi.



geçerliliğini yitirmemekle beraber, sadece bu faiz şartı yazılmamış ve yok hükmündedir. Ayrıca, faiz kaydının geçerli olabilmesinin ikinci şartı, faiz oranının senet metninde açıkça gösterilmiş yani yazılı bulunmasıdır. Bu faizin başlangıç gününe işaret edilmemiş ise, senedin tanzim tarihinden itibaren işlemeye başlar. TTK.'nun 587 inci maddesinde kastedilen ana para faizi olup, başladığı günden vade gününe kadar geçen süre zarfında, senette belirli oranda işlemeye devam eder. Kambiyo senedi bedeli vadesinde ödenmediği takdirde, bu faize faiz uygulanıp uygulanmayacağı hakkında TTK.'nunda özel bir hüküm bulunmadığından Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin Birinci fıkrasındaki tamamlayıcı hüküm uygulanmalıdır. Yani ana para (kapital) faizi için, temerrüt durumunda geçmiş gün faizi, ancak icra takibi açıldığı veya mahkemeye başvurulduğu günden itibaren istenebilir ve yürütülebilir. Yoksa, vade gününe kadar hesaplanıp ortaya çıkan bu faiz ana paraya ilave edilip tutarı üzerinden gecikme faizi istenebileceğine dair görüşe katılmak mümkün değildir (1). Fakat taraflar aksini kararlaştırmışlar ise, yani bu faizin ana paraya katılmasını veya vade gününden itibaren işlemeye başlamasını kabul etmişler ise, bu şart geçerlidir, ticarî iş bahis konusu olmakla, cezai şartın tenkisine ilişkin BK.104/2, TTK.'nun 24 üncü maddesi hükümleri uygulanamaz. Böyle bir şart 3095 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine aykırı değildir, zira bu madde bu konudaki TTK. hükümlerini saklı tutmuştur. Keza, bu faizin ana parayı geçmesi halinde dahi geçerliliğini korur. Zira, 22.3.1303 tarihli "Murabaha Nizamnamesi" yürürlükten kaldırılmıştır (3095 sayılı Kanun, madde 5).

Çeklerde ise, ana para (kapital) veya herhangi bir faiz şartı tesbiti mümkün değildir. Çekte yer alan böyle bir şart yazılmamış ve yok hükmündedir. Çünkü çek görüldüğünde ödenir. Tanzim günü olarak ileri bir tarih atılmış olsa bile, ibrazında ödenir (TTK. madde 707).

### III- KAMBYO SENETLERİNDE TEMERRÜT FAİZİ

Uygulamada, kambiyo senetlerine, ana paraya vade gününe kadar işlemek üzere faiz şartı düşürüldüğü görülmektedir. Daha çok senet bedelinin vadesinde ödenmemesi halinde, belli bir faiz oranı ile birlikte ödeme vaadi şeklinde, senetlerde yer almaktadır. Böyle bir kayıt geçerli olmakla beraber, aslında, çek hariç, yazılmadığı hallerde, hukuken değişen bir şey yoktur. Çünkü, vadesinde ödenmeyen kambiyo senetleri yönünden alacaklının (hamilin) müracaat hakkının kapsamını zaten kanun belirlemiş olup, bu tam-

(1) Talih Uyar, İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, sh.30.

amlayıcı hükümlere göre, istekte bulunulabilecektir (TTK. 637, 638, 722).

### 1- Temerrüt faizi oranı

Gerek kanuni gerekse temerrüt faizinin tesbitinde “sözleşme ile serbestçe kararlaştırma” ilkesi esastır. Aksini belirleyen, yani kambyo senetleri bakımından sözleşme serbestisini engelleyen bir kanun hükmü mevcut değildir. Bilakis, bu serbestinin mevcudiyeti kanun maddeleri ile teyit edilmiştir (3095 sayılı Kanun madde, 1, 2). Eğer, kambyo senedinde temerrüt faizi, meselâ yüzde otuzun üstünde hatta reeskont faizi oranından fazla biçimde kararlaştırılmış ise, bu oran nazara alınmak üzere temerrüt faizi hesap edilmelidir.

Öğretide yer alan bir görüşe göre; “Taraflar gerek poliçe üzerinde veya ayrı bir sözleşme ile, bedelin vadesinde ödenmemesi halinde, kanunun öngördüğü yüzde otuz oranının ve hatta banka reeskont faizinin uygulanmasını kabul edebilirler. Bu takdirde, poliçe için temerrüt faizi olarak tarafların kabul ettiği yüksek orandaki faiz uygulanabilir” (2). Prof.Dr. Seza Reisoğlu da bu fikri savunmaktadır (3). Taraflar böyle bir oran tesbit etmemişler ise, kanunun tamamlayıcı hükümlerinin uygulanacağı tabiidir.

Takipte, belirli faiz oranına itiraz edilmediği takdirde, o oran esas alınır. Kesinleşen faiz oranı sonradan değiştirilemez. İcra müdürü kendiliğinden faiz oranının kanuna uygunluğu yönünden denetim yapma, oranı azaltıp veya yükseltme hak ve yetkisine sahip değildir (4). Faiz oranı kanuna aykırı ise, itiraz yolu ile icra tetkik merciince düzeltilebilir.

### 2- Kambyo senetlerinde TTK.’nun 1461 inci maddesi uygulanır mı?

Ticari işlerde, ödeme yerindeki banka iskonto oranı yüzde on’un üzerinde olduğu takdirde, temerrüt faizinin bu iskonto haddine göre istenebileceği TTK.’nun 9 ve 1461 inci maddeleri gereğidir. Bu hükmün kambyo senetleri hakkında da geçerli olduğu, 1461 inci maddenin uygulanabileceği, enflasyonun yüksekliği ve kanuni faiz oranının düşüklüğü, adalet duygusu ile vaktiyle 12 nci Hukuk Dairesi’nce kabul görmüş idi (5). Fakat bu içtihat kısa zaman sonra terkedilmiştir. TTK.’nun 1461 inci maddesinin, ancak sözleşme bulunan

(2) Gönen Eriş, Kıymetli Evrak, Taşıma, sh.472.

(3) Yargıtay Kararları Açısından 3095 Sayılı Kanun.

(4) Talih Uyar, age., sh.30.

(5) 12. HD.nin 19.12.1978 tarih, 1978/10118/10471 sayılı; 6.2.1978 tarih, 1978/458/907 sayılı; 8.4.1980 tarih, 1980/1870/3338 sayılı içtihatları.

hallerde devreye gireceği, aktin tarafı olmayan senedin tedavülüne karışmış diğer kişileri de bağlayacağı, TTK.'nun 637 nci maddesinde özel düzenleme mevcut iken, 1461 inci maddenin uygulanamayacağı halen benimsenen görüştür (6). Aslında, 1461 inci maddenin uygulama yeri bulması için, taraflar arasında sözleşmenin mevcudiyetine gerek kalmaksızın, bir ticari işin bahis konusu olması, bir de talep bulunması yeterlidir ve bu halde iskonto haddine göre temerrüt faizi uygulanabilir (7). Kaldı ki, 1461 inci maddede herhangi bir oran bulunmadığı, bu nedenle de 3095 sayılı Kanun'un 5/2 nci maddesi kapsamı dışında kaldığı savunulmakta ise de (8), 1461 inci maddenin TTK. nun 637, 638, 722 nci maddelerindeki özel hükümlere göre daha genel nitelik arzemesi, sayılan maddelerde oranların belirli bulunması karşısında, kambiyo senetleri açısından geçerli olamayacağı, sair ticari işler yönünden gözönünde tutulabileceği fikri ve dolayısıyla, 12. HD.'nin evvelki görüşünü terk ile son içtihatlarındaki düşünceye dönüşü kanuna uygundur.

### 3- 3095 sayılı Kanuna göre temerrüt faizinin oranı

TTK.'nun 637, 638, 722 nci maddelerine göre temerrüt faizi oranı nedir? Hamil, kambiyo senedinin ödenmemiş olan bedelini, vadenin gelmesinden, çekte ibraz gününden itibaren yüzde on faizini, protesto vs. giderlerini, bedelin yüzde üç'ünü aşmayacak şekilde komisyon isteyebilir. 3095 sayılı "Kanuni Faiz ve Temerrüt faizine İlişkin Kanun"un yürürlüğe girdiği 19.12.1984 tarihine kadar yüzde on oranının, bu tarihten sonra ise 3095 sayılı Kanun hükmünün uygulanması suretiyle yükseltildiği konusunda görüşler birleşmiştir. Ancak, bu oranın hangi miktarda yükseltildiği ve uygulanacağı noktasında fikir ayrılığı mevcuttur. Bir tarafta 11. HD.'nin ısrarla sürdürdüğü, diğer yanda ise 12. HD.'nin görüşü vardır.

#### a- 11. HD.'nin görüşü

TTK.'nunda (637, 638, 722) nci maddeler ile, hamilin vadenin gelmesinden sonra neleri isteyebileceği hakkında özel ve ayrı bir düzenleme vardır. 3095 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte yüzde on olan temerrüt faizi oranı yüzde otuz'a yükseltmiştir. 3095 sayılı Kanun'un kabulünden önce yürürlükteki 1461 inci madde hükmüne rağmen, 637, 638, 722 nci maddelerin sadece kambiyo senetleri bakımından uygulanacak özel faiz hadlerinin tesbit

(6) 12. HD.nin 16.2.1981 tarih, 1980/9514-1981/1448 sayılı içtihadı.

(7) HGK.nun 17.12.1986 tarih, 1985/11-383-1986/1099 sayılı içtihadı.

(8) Prof.Dr. Seza Reisoğlu, age., sh.20.



edilmiş olması, kanun koyucunun amacının, bu özel faiz oranının ve eklentilerinin muhafazası olduğu sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan, 637/2 nci maddede müracaat hakkının vadeden önce kullanılması halinde, senet bedelinden resmi iskonto haddi üzerinden indirim yapılması öngörülmüştür. Anılan maddede ödeme halinde resmi iskonto haddi nazara alındığı halde, vadeden sonra sadece belli oranda gecikme faizinin isteneceğinin hükme bağlanması, kanun yapıcının özel düzenleme arzu ve iradesini açıkça ortaya koymaktadır. Aksi halde, vadesinde kendisine senedin ibraz edilmediği sair borçlular, temerrütte hiç bir eylemleri olmadığı halde, bunun sonuçlarına katlanmaları gibi, adil olmayan bir müeyyideye tabi tutulmuş olacaklardır. Öyle ise, bu maddelerde yazılı faiz oranının 3095 sayılı Kanun ile sadece yüzde otuz'a çıkarıldığı kabulü zorunludur (9).

### **b- 12. HD.'nin görüşü**

TTK. nun 637, 638, 722 nci maddelerindeki özel düzenleme nedeni ile 1461 inci madde uygulanamaz. Ama bu ilkeyi başka sahalara teşmil etmemelidir. Evvel emirde, senet metninde temerrüt faizi oranı tesbit edilmiş ise, bu oran geçerlidir. Meselâ, senette oran yüzde onbuçuk olarak yazılı ise, bu senet 3095 sayılı Kanun'dan sonra düzenlenmiş olsa bile, temerrüt faizi yine yüzde onbuçuk olarak hesaplanmalıdır, yoksa yüzde otuz veya daha fazla oranda değil (10). Kambiyo senetlerine, 3095 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 19.12.1984 gününe kadar, TTK.'nun 637, 638, 722 nci maddeleri gereği yüzde on oranında temerrüt faizi uygulanır. TTK.'nun 4 üncü maddesine göre, kambiyo senedi tanzimi, TTK. hükümleri ile düzenlenmiş olması nedeni ile, tarafların sıfatına bakılmaksızın ticari işlem sayılır. Hâl böyle olunca, 3095 sayılı Kanun'un yürürlük gününden itibaren, talep var ise, anılan kanunun 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrası icabı, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faizi oranına göre temerrüt faizi hesaplanması ve uygulanması mümkündür (11).

### **c- Öğreti görüşü**

Bir fikre göre; Kambiyo senetlerinde TTK.'nun 1461 inci maddesi uygulanmaz. 3095 sayılı Kanun özel bir kanun ise de TTK.'nun 637, 638 ve 722 nci maddelerini değiştirmemiştir. Özel maddelerle saptanmış faiz oranı uygulan-

(9) 11. HD.'nin 4.7.1985 tarih, 1985/3887-4202 sayılı; 22.6.1984 tarih, 1984/2557-3639 sayılı; 27.12.1991 tarih, 1991/5504-6907 sayılı; 19.1.1988 tarih, 1987/7229-1988/85 sayılı içtihatları.

(10) 12. HD.'nin 22.5.1989 tarih, 1988/13003-1989/7527 sayılı içtihadı,

(11) 12. HD. nin 12.6.1985 tarih, 1985/317-5898 sayılı; 18.9.1986 tarih, 1985/14569-1986/9143 sayılı içtihatları.

malıdır (12). Keza, TTK.'nın 1461, 9 uncu maddeleri tamamlayıcı nitelikte olup, özel hüküm verirken genel hüküm uygulanamaz. 1461 inci maddenin kambiyo senetleri yönünden geçerli olamayacağı, ciro yolu ile senet el değiştireceği için, herhangi bir kusuru olmayan bu kişilerin ödemedeki aksaklıktan sorumlu tutulmaması gerekeceği, bu itibarla yüzde otuz oranının aşılması icap ettiği öne sürülmüştür (13).

Bir başka görüş ise, senette faiz oranı yüzde otuz'dan fazla olarak yazılı ise, bu oran yüzde otuz'a indirilerek hesap edilmelidir (14).

Aykırı fikire gelince: Adi işlerde gecikme faizinin oranı, taraflarca saptanmamış ise yüzde otuz'dur. Ticari işlerde faiz, gabin ve ahlâka aykırılık sınırlarına dikkat edilmesi koşulu ile serbestçe –yüzde 60, 70 gibi– kararlaştırılabilir. Eğer taraflar faiz miktarını tesbit etmemişler ise, anılan kanunun 2/3 üncü maddesi gereği, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına yükseltilebilir. Sözleşme olsun olmasın, eğer ticari iş bahis konusu ise, alacaklı reeskont faizi oranında talepte bulunabilir (15). Esasen matlâplarında da anlaşılacağı üzere, 3095 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi temerrüt faizi ile ilgili değildir. Temerrüt faizi 2 nci maddede düzenlenmiştir. Kambiyo senedi tanziminin ticari işlem olduğu şüphesizdir ve reeskont faizi oranının uygulanması istenebilir. Maddedeki (arada sözleşme olmasa bile) ibaresi ile, ciranta ve tedavüle karışmış kişiler kastedilmektedir. TTK.'nın 637, 638, 722 nci maddelerinde faiz oranının belirlenmiş olması engeli, 1461 inci madde açısından öne sürülebilir ise de, "TTK.'da kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümler uygulanmaz" diyen 3095 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi karşısında geçerli bir gerekçe olmaktan çıkmıştır (16).

#### d- Görüşümüz

3095 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesindeki amaç, yüksek enflasyon oranı karşısında, borçlunun kötü niyetli davranışına mani olmak, dava veya takibin sonuçlanmasını, kısacası alacağın tahsilini geciktirici tutumu ve zaman kaybının yol açtığı paranın satın alma gücündeki azalmayı önlemek, alacaklı zararını mümkün mertebe azaltmak ve karşılamaya çalışmaktır. O halde

(12) Gönen Eriş, age., sh. 472.

(13) İsmail Doğanay, T.Ticaret Kanunu Şerhi; Cilt.2, sh.1793.

(14) Talih Uyar, age., sh.30.

(15) Talih Uyar, age., sh.279-282.

(16) Prof.Dr. Seza Reisoğlu, Yargıtay Kararları Sempozyumunda sunduğu tebliğ.

yorumu bu amacı sağlayacak biçimde yapmak lazımdır. Bir kerre, 3095 sayılı Kanun, TTK. ve BK.'na nazaran, faiz düzenlenmesi yönünden daha özel nitelikte olup, genel hükümlere tercih edilmesi zorunludur. Kambiyo senetleri açısından, 1461 inci maddenin uygulanamayacağı, senette faiz oranı gösterilmiş ise her şeyden önce o orana itibar edileceği hususlarında ittifaka yakın görüş birliği vardır. TTK.'nun 637, 638, 722 nci, hatta 9 uncu maddelerindeki yüzde on oranının değiştiği de çekişmesizdir. Fakat bu yüzde on oranı ne kadara yükseldi? İşte, duraksama ve ayrık görüşler bu noktada ortaya çıkmaktadır.

1461 inci madde ile 637, 638, 722 nci maddelerin karşılaştırılması söz konusu değildir. 3095 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinde "kanuni faiz", 2 nci maddesinde "temerrüt faizi" ele alınmıştır. Kanundaki bu ayrıma dikkat edilmelidir. Keza, 4 üncü madde uyarınca, amaca uygun biçimde, muhtelif faiz oranları öngörülüyor ise, bunlardan alacaklı yararına olanı, yani en yüksek oran ve hüküm uygulanır. Ayrıca, 5 inci maddenin 2 nci fıkrası ile, BK. ve TTK.nun kanuni ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümlerinin uygulanamayacağı hususu (637, 638, 722 nci maddedeki yüzde on oranının) açıkça kanun metnine alınmıştır. BK. ve TTK.'nun bu hükümleri yürürlükten kaldırılabacaktır. Kanunun gerekçesinde yazılı olduğu üzere, ileride enflasyon ve faiz oranlarının düşebileceği düşüncesi ile, "askıya alınma" ile yetinilmiş, yerlerine 3095 sayılı Kanun hükümleri ikame edilmiştir. (3095 sayılı Kanun'un gerekçesi).

Kambiyo senedi düzenlenmesinin ticari iş (işlem) olduğu hususu tartışmasızdır. Öyle ise, 3095 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, talep var ise, reeskont faizi oranında temerrüt faizi uygulanacaktır. Senedin tedavülüne karışmış kusursuz üçüncü kişilerin durumu ne olacaktır? Onlar mağdur olmazlar mı, tarzındaki karşı çıkma yersizdir. Zira, ödeyen rucu hakkı olan kişi, TTK.'nun 638 inci maddesi gereği, kendisine rucu imkanına sahip olduğu kişiden, ödediği ölçüde istekte bulunabilecektir. Öyle ise, üçüncü kişinin mağduriyetinden söz edilemez. Kaldı ki, üçüncü kişi korunacak diye, borçluyu (keşideci) sebepsiz himaye altına almanın anlamı yoktur. Zaten, 3095 sayılı Kanun'daki "sözleşme olmasa bile" ibaresinin cirantaları kapsama dahil ettiği açıktır. Nitekim, 11. HD.'nin son içtihadındaki anlayış, görüşümüze yaklaşıldığı intibasını vermektedir (17).

(17) 11.HD.'nin 21.4.1992 tarih, 1990/6469-1992/5497 sayılı içtihadı.



#### 4- Yasal (kanuni) faizin anlamı

Uygulamada sıkça görülen hallerden biri de şudur: Alacaklı çok kere, takip talebi veya dava dilekçesinde, oran belirtmeksizin, (alacağımızın yasal-kanuni faiziyle birlikte tahsili) tarzında beyanda bulunmaktadır. Böyle bir halde hangi oran uygulanır? 3095 sayılı Kanun'un 1., TTK.'nin 9 uncu maddesi kanuni faizi tarif etmiştir: Bu oran yüzde otuz'dur. Kanımızca, oran açıklanmaksızın kanuni faizden söz ediliyor ise, ticari iş (işlem) bahis konusu değilse, temerrüt faizi olarak yüzde otuz, eğer ticari iş (işlem) söz konusu ise reeskont faiz oranı uygulanmalıdır. Kanunun tayin ettiği orandan daha azı istenebilir, fakat sözleşmede daha yüksek oran tesbit edilmiş bulunmadıkça, adi işlemde yüzde otuz'un, kambiyo senedi düzenlemek gibi ticari işde ise reeskont faizi oranının üzerindeki faiz isteğine değer verilemez. Yasal faiz şeklindeki istek karşısında, kanuna göre ortaya çıkan oran uygulanmalıdır (18). Tabiidir ki, kanuni oran sebepsiz aşılmış olsa bile, icra takibine itiraz edilmedikçe, aşırı oran geçerli sayılmalıdır. Faiz oranına usulüne uygun itirazın, diğer itirazlarla birlikte çözümleneceği açıktır.

#### 5- Faize faiz yürütülmesi

Uygulamada, itiraz sebebiyle adli mercileri işgal eden sorunlardan biri de, asıl alacağa, takip gününe kadar işlemiş faiz vesair eklentiler katıldıktan sonra ortaya çıkan meblağa, takip tarihinden itibaren yeniden temerrüt faizi talep edilmesidir. Bu biçim istek, faize tekrar faiz uygulanmasına sebebiyet verir ki, BK.'nin 104 ve 3095 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesine aykırıdır. 3 üncü madde "kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanır iken mürekkep faiz yürütülemez" hükmünü havidir. Bu hüküm emredici nitelikte olmakla, süresi içinde baş vurulduğu takdirde, itiraz sebepleri arasında sayılmasa dahi, resen gözetilir. Yargıtay görüşü de böyledir.

### IV- SONUÇ

Görülüyor ki, kambiyo senedine dayanan kişi, bu görüş ve içtihat aykırılıkları karşısında, eğer dava açar ise yüzde otuz, takip talebinde bulunur ise, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için tesbit ettiği reeskont faizi oranı dahilinde temerrüt faizi isteyebilecektir. Böylece uygulamanın ikilik arz ettiği meydandadır. Kanımızca, bu aykırılığın bir an önce giderilmesi büyük önem taşımaktadır, İçtihatları Birleştirme Kararı'nın konusunu teşkil etmesinde zaruret vardır.

(18) 12.HD.'nin 10.5.1984 tarih, 1984/3691-5893 sayılı içtihatı.

**KARŞILIKSIZ ÇEK**  
**KARŞILIKSIZ ÇEKİN HUKUKİ VE CEZAI SONUÇLARI (\*)**  
**( III )**

Alpay ANTMEN (\*\*)

**V- KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDESİNİN HUKUKİ SONUCU**

Bir çekin karşılıksız çıkması sonucu oluşan "karşılıksız çek" halinin hukuki sonucu, hamilin müracaat borçlularına başvurabilmesi ve onlardan, kendisine, TTK.'da belirtilen kapsamda müracaat haklarını talep edebilmesidir.

**1- Genel Olarak**

Hamil, süresi içinde muhatap bankaya ödeme için ibraz ettiği ve yine süresi içinde karşılıksızlığını tespit ettirdiği bir çekin karşılıksız çek hükmünde olması sebebi ile kendisine ödenememesi halinde bazı şartları yerine getirmesi sonucu, keşideciye, ödemededen sorumsuzluk kaydı koymamış olan cirantalara ve diğer çek borçlularına karşı müracaat haklarını kullanabilir. Hamil, müracaat hakkına sahip olduğu takdirde kendisinden önceki müracaat borçlularından herhangi birine başvurabilir. (TTK. madde 720/son cümle). Müracaat borçluları hamile karşı müteselsilen sorumludurlar, hamil müracaat borçlularından istediği birine veya birkaçına başvurabilir.

Hamile ödeme yapan müracaat borçlusu da keşideci dahil kendisinden önceki müracaat borçlularına, ödediği miktar için (TTK. madde 638) başvurabilir.

Çek niteliği olmayan senetler için veya yetkili hamil tarafından ibraz edilmeyen çekler için olduğu gibi (120) süresi dışında ibraz edilen veya TTK. madde 720 ya da 3167 Sayılı Kanun madde 5'de anılan şekillerden biri ile karşılıksızlığı ve süresi içinde ibraz edilmiş olduğu tespit ettirilemeyen çekler için de hamilin TTK. madde 720'ye göre müracaat borçlularına başvurma hakkı yoktur.

(\*) Yargıtay Dergisi Cilt: 19, Ocak-Nisan 1993, Sayı: 1-2, Sayfa: 113-131'den devam.

(\*\*) Avukat.

(120) Göle, C.: s.173.

Süresi içinde ibraz edilmeyen veya ibraz edilmiş olsa bile süresi içinde ödenmediği TTK.'nun veya 3167 sayılı Kanun'un öngördüğü şekillerden biri ile tespit ettirmeyen hamil, keşideci dahil kendisinden önce gelen müracaat borçlularına karşı müracaat haklarını kullanamadığı gibi, çek bedeli için, onlara karşı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile dahi takip edemez. Bu gibi durumlarda sadece, TTK.'nun madde 730/1, 14 üncü bendinin atfı dolayısıyla 644 üncü maddesine göre, keşideciye karşı sebepsiz iktisap davası açarak zararlarını karşılatırma yoluna (121) ya da karşılığın devri halinde karşılığın devri davası açarak alacağını tahsil etme yoluna gidebilir (122).

Hamil, müracaat haklarını çekin ödenmemesi halinde kullanabilir. Bir çekin ödenmemesi ise çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

(1) Çekin karşılıksız çek hükmünde olması sebeplerinden herhangi birinin varlığı ile kısmen ya da tamamen ödenmemiş veya ödenmemiş olması halinde,

(2) Çekin karşılıksız çek hükmünde olma sebepleri dışındaki başka bir nedenle ödenmemiş olması (123),

(3) TTK. madde 718'e göre, hesaba geçirilecek çeklerde iflâs etmiş, ödemelerini tatil etmiş ya da aleyhine yapılan icra takibi semeresiz kalmış olan muhatabın çek bedelini nakden ödeme talebini hamilin reddetmesi,

(4) TTK. madde 719'a göre muhatabın hesaba geçirilmek üzere çekilen bir çek bedelini kayıtsız ve şartsız alacak olarak hesaba geçirmekten kaçınması,

(5) TTK. madde 719'a göre ödeme yerindeki takas odasının, çekin, hamilin borçlarına mahsup edilmek kabiliyetini haiz olmadığını belirtmesi hallerinde, hamil müracaat haklarını kullanabilir (124).

Müracaat borçluları; keşideci, cirantalar ve avalistlerdir. Fakat ciranta, çekin ödenmemesindeki sorumluluktan kendini muaf tutabileceği gibi, ciro suna "olumsuz emre" kaydını koyarak kendilerine sonradan senedin ciro suna yapılmış olan şahıslara karşı sorumluluğunu ortadan kaldırabilir (TTK. madde

(121) Bkz. dipnot 120.

(122) İnan, N.: Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s.67.

(123) Bu hallerde çek karşılıksız çek hükmünde olmadığı halde, ödenmeme sebebiyle hamilin müracaat borçlularına başvurma hakkı vardır. Çekin ödenmemesi sebepleri konusunda ayrıntılı bilgi ve tasnif için bkz. Göle, C.: s.171.

(124) Poroy, R.: s.282.



730/1, 3 bendi dolayısıyla TTK. madde 597) (125).

Hamilin müracaat haklarını kullanması TTK. madde 726'ya göre zama-  
naşımına tâbidir. Hamilin müracaat hakları çekin ibraz süresinin bitiminden altı  
ay geçmekle zamaşımına uğrar (TTK. madde 726/1). Çek borçlularının  
birbirlerine karşı müracaat haklarını kullanmaları ise, çekin kendisine ödendiği  
veya çek hakkında kendisine dava açıldığı tarihten itibaren altı ay geçmekle  
zamaşımına uğrar (TTK. madde 726/2).

## **2- Hamilin Müracaat Borçlularına Başvurma Hakkının Şartları**

Karşılıksız bir çek dolayısıyla hamilin müracaat borçlularına başvurarak,  
müracaat haklarını kullanabilmesi için çekin süresi içinde muhatap bankaya  
ibraz edilmesi, çekin süresi içinde ibraz edildiğinin ve ödenmediğinin tespit  
ettirilmesi ve keşidecinin düzeltme hakkını kullanmamış olması gerekir. Bu  
şartlardan birinin eksik olması halinde hamil, kendisine yapılan kısmi ödeme  
teklifini red ederse, red ettiği oranda müracaat haklarını kullanamaz (126).

### **a- Çekin süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmiş olması**

Bir çek ödeme için ancak TTK. madde 708'de yazılı süreler içinde ibraz  
edilmek zorundadır. TTK. madde 708 ibraz için gereken süreleri açıkça  
belirtmiştir. Aynı maddenin son fıkrasına göre ibraz süresi, çekte keşide günü  
olarak gösterilen tarihten itibaren işlemeye başlar. Hamilin çeki süresi içinde  
muhatap bankaya ibraz etmemesi halinde müracaat borçlularına başvurma  
hakkını kaybeder (127), (128). İbraz süresinin son günü bir tatil gününe rast-  
larsa, son gün, tatili izleyen ilk günün mesai saati bitimine kadar uzar (129).

### **b- Çekin ödenmediğinin süresi içinde tespit ettirilmiş olması**

Çekin süresi içinde ödenmediğinin tespiti, TTK. madde 708'de belirtilmiş  
olan, ödeme için ibraz süresi içinde yapılmış olması gerekir. Yani hamilin,  
ödemeye için ibraz süresi içinde çeki hem muhatap bankaya ibraz etmesi hem  
de ödenmediğini tespit ettirmiş olması gerekir. Ödemeye için ibraz gibi, tespitin  
de TTK. madde 708'de belirtilen sürelerin geçmesinden sonra yapılmış olması

(125) Kınacıoğlu, N.: s.348.

(126) TTK. m.730/1b8 delaletiyle m.621 bkz. Poroy, R.: s.181.

(127) Çekin yasal süre geçtikten sonra ibraz edilmesi halinde 3167 sk. m.16/1'de yazılı suç dahi oluş-  
maz. Bu konuda bkz. Y.7.CD.'nin E.1989/2523, K.1989/11436 sayı ve 24.11.1989 tarihli kararı  
(YKD. 1990, C.16, S.6, s.924 vd.)

(128) Ayrıntılı bilgi için bkz. Göle, C.: s.128 vd.

(129) Aynı konuda bkz. Y.7.CD.'nin E.1987/4606, K.1987/14746 sayı ve 26.11.1987 tarihli kararı  
(YKD. 1988, C.14, S.8, s.1160 vd.)

halinde, hamil müracaat haklarını kaybeder. İleri tarihle düzenlenmiş bir çek, keşide tarihinden önce de ibraz edilebileceği için (TTK. madde 707, 3167 Sayılı Kanun madde 4) hamil bu durumda dahi gerekli tespiti yaptırdıktan sonra, çek üzerindeki keşide tarihini beklemeden müracaat haklarını kullanır.

Hamil, ödeme için ibrazı, muhatap bankaya ibraz süresinin son gününde yaptığı durumlarda protesto veya buna muadil tespiti, TTK. madde 721/2 nci fıkrasına göre, müteakip iş gününde dahi yaptırılabilir (130).

TTK. madde 708'de öngörülen sürelerde çekin ibrazı veya tespitin yapılması bir devletin mevzuatı ya da mücbir sebep gibi aşılması imkânsız herhangi bir engel yüzünden mümkün olmazsa, ibraz süreleri TTK. madde 723/1 fıkrası gereğince uzar. Fakat aynı maddenin V. fıkrası gereğince hamilin veya çeki ibaza yetkili kıldığı kişinin salt şahsından kaynaklanan olaylar mücbir sebep sayılmaz. Söz konusu mücbir sebep yüzünden çekin muhatap bankaya ibrazının mümkün olmadığı hallerde, hamil, durumu gecikmeksizin kendi cırantasına noter vasıtasıyla ihbara ve bu ihbarı çeke yahut alonja, yerini ve tarihini belirterek yazmaya ve imzalamaya, TTK. madde 723/3 üncü fıkrası gereğince mecburdur. TTK. madde 723/4 üncü fıkrası gereğince mücbir sebepler ibraz süresinin bitiminden önce olmak şartıyla, durumun ihbar edildiği günden itibaren on beş günden fazla devam ederse, çekin ibrazına ve çekin ödenmediğinin tespitine gerek olmaksızın hamil, müracaat borçlularına başvurabilir (131).

Hamilin karşılıksız çıkan çeki süresi içinde ibraz ettiği ve karşılığının ödenmediğinin tespiti üç yolla yaptırılabilir. Söz konusu tespit süresi içinde yaptırılmakla hamil müracaat borçlularına başvurma hakkını kazanır. Tespit şu şekillerde yaptırılabilir:

(1) Muhatap banka tarafından, ibraz günü de gösterilmek suretiyle ve ayrıca kısmen veya tamamen ödenmeme sebebi de belirtilerek çekin üzerine yazılacak bir beyanla bu tespit yapılabilir. Tespitin bu şekilde yapılabilmesi TTK. madde 720/1 inci fıkrasının 2 nci bendinde öngörüldüğü gibi ayrıca, 3167 Sayılı Kanun madde 5 ile bankaya bir yükümlülük olarak getirilmiştir.

(2) TTK. madde 720/1 fıkrasının 3 numaralı bendi gereğince, bir takas odasının çek vaktinde teslim edildiği halde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanı ile (132) tespit işlemi yerine getirilebilir.

(130) Göle, C.: s.175.

(131) Göle, C.: s.175-176.

(3) TTK. madde 720/1 fıkrasının 1 numaralı bendi gereğince noter tarafından düzenlenecek ödememe protestosu ile tespit yapılabilir. Bu protestonun şekli, kapsamı gibi konularda poliçeye ilişkin TTK. madde 627, 628, 629, 631, 632, 633, aynı yasanın madde 730/1 fıkrasının 9 uncu bendi gereğince uygulanır (133).

#### ***c- Keşidecinin düzeltme hakkını kullanmamış olması***

Keşideci kendisine 3167 sayılı Kanun madde 7'ye göre yapılan ihtarı aldıktan sonra aynı yasanın 8 veya 16/2 maddelerine göre düzeltme işlemlerini süresi içinde yerine getirmişse hamilin müracaat borçlularına başvurma hakkı kalmaz (134).

### **3- Hamilin Müracaat Borçlularına Başvurma Hakkının Kapsamı**

Hamilin müracaat haklarının kapsamını incelerken, hamilin keşideciye veya cirantalara başvurmuş olması ile cirantaların kendilerinden önce gelen müracaat borçlularına başvurmuş olması hallerine göre üçlü bir ayırım yapmak gerekir. Avalistler ise aval verdiği müracaat borçlusu gibi sorumlu olduklarından, onlar için farklı bir ayırma ihtiyaç yoktur (TTK. madde 730/1, 7 bendi gereği madde 614/1).

#### ***a- Hamilin keşideciye başvurmuş olması***

Hamil, TTK. madde 726/1 fıkrasına göre çekin ibraz süresinin bitiminden altı ay içinde, keşideciye müracaat hakları nedeniyle başvurabilir. Hamil keşideciden TTK. madde 722'de belirtilmiş hususları ve bunlar yanında, çekin karşılıksız çek hükmünde olması sebebi ile aynı kanunun madde 695/3'de belirtilen hususları da talep edebilir. Çekin karşılıksız çek hükmünde olması sebebi ile, hamil hem TTK. madde 722'de belirtilen hususları hem de bunun yanında çekin karşılıksız çıkan bedelinin %5'i ile uğradığı zararların da tazminini keşideciden talep edebilir (135).

Hamil keşideciden müracaat hakkı sebebi ile şu hususları talep edebilir:

- (132) "İbraz keyfiyeti tarihsiz bir şerhle çek arkasına işlenmişse TTK.'nun 708 ve 720. maddelerine uygun sayılamaz..." (Y.12.HD., 2.10.1987, E.13256, K.9648). Karar için bkz. Eriş, G.: Açıklamalı-İçtihatlı TTK, Kıymetli Evrak ve Taşıma, C.2, Ankara 1988, s.819 vd. no 1487 (Göle, C.: s.174, dipnot 3).
- (133) Göle, C.: s.175, dipnot 4.
- (134) Aynı görüş için bkz. Göle, C.: s.176.
- (135) Kınacıoğlu, hamilin müracaat haklarının kapsamını sadece TTK. m.722'de belirtilen hususlar için kabul etmiştir. (Kınacıoğlu, N.: s.349). Ayrıca, Poroy, TTK. m.695/3 fıkrasında belirtilen hususların karşılıksız çekin hukukî yaptırımını olduğunu söylerken, müracaat hakkının kapsamını TTK. m.722'de belirtilen hususlar ile sınırlamıştır. (Poroy, R.: s.284 ve dipnot 71).



(1) Çekin kısmen veya tamamen karşılıksız olması sebebi ile hamiline ödenmeyen kısmı (TTK. madde 722/1 bent 1) (136).

(2) Çekin ibraz gününden itibaren %30 temerrüt faizi (3095 sayılı Kanun, madde 1/1 fıkrası ile değişik, TTK. madde 722/1 bent 2) (137). Ancak hamilin talebi üzerine, 3095 sayılı Kanun madde 2/3 fıkrası gereğince temerrüt faizi oranı olarak, TC Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı reeskont faizi oranı uygulanır. Faiz, çekin muhatap bankaya veya takas odasına ibraz edildiği veya protesto tarihinden işlemeye başlar (138).

(3) Hamilin protesto veya buna eşdeğer tespiti yaptırması ve gönderilen ihbarnamelerin masrafları ile diğer harcamalarını (TTK. madde 722/1 bent 3).

(4) Çek bedelinin %03'ünü aşmamak üzere komisyon ücreti (madde 722/1 bent 4).

(5) Çekin kısmen ya da tamamen karşılıksız kalan bedelinin %5'i oranında cezai şart. Bu tazminatın istenebilmesi için bir zararın doğması şart olmayıp çekin ödenmemesi yeterlidir (139), (140).

3167 Sayılı Kanun madde 8 ile, TTK. madde 695/3'de yer alan %5 tazminat %10'a çıkmış değildir (141). 3167 Sayılı Kanun, madde 8'de getirilen %10 tazminat hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanabilmesi için öngörülmüştür ve sadece düzeltme hakkının kullanılmasında ödenir (142), (143).

(6) Hamil, TTK. madde 722 uyarınca tahsil edeceği temerrüt faizi ile karşılanamayan zararlar dolayısıyla karşılıksız çek yüzünden uğradığı diğer zararların da tazminini hamilden isteyebilir (TTK. madde 695/3). Bu tazminat

(136) Aynı görüş için bkz. Öztan, F.: s.654-655, Göle, C.: s.181 ve 191, Selçuk, S.: s.268 vd.

(137) Poroy, faizin halen %10 oranında olduğu görüşündedir. (Poroy, R.: s.284).

(138) Karakaya, S.: s.52.

(139) Selçuk, S.: s.268.

(140) Aynı görüş için bkz.; İnan, N.: Çek Rizikoları, s.55, Reisoğlu, S.: s.138.

(141) Aksi görüş için bkz.; Karakaya, S.: s.52; Canbolat, S.: Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 sk. ile ilgili bir inceleme, Ankara Barosu Dergisi, 1985, S.2, s.27 ve 31; Eriş, G.: s.733; Eriş, G.: 3167 sk. m.8 ve 16/2 ile TTK. m.695/3 fıkrasının zımnen yürürlükten kaldırıldığı görüşündedir. (Göle, C.: s.192, dipnot 19).

(142) Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Y.11.HD. E.1989/12558, K.1990/805 sayı ve 7.2.1990 tarihli kararında; "3167 sk. m.8'le öngörülen tazminat düzeltme hakkı ile ilgili olup bankalarca uygulanır, ilamsız takip yapılamaz" diyerek %10 tazminatın özel bir düzenleme olduğunu belirtmiştir. (YKD. 1991, C.17, s.228). Ayrıca; Y.12.HD., E.1989/2501, K.1989/11872, 9.10.1989 tarihli kararı (YKD. 1990, C.16, S.3, s.570).

(143) Yargıtay %5 tazminatı halen uygulamaktadır. Bkz. Y.11.HD. 19.1.1988, E.7299, K.85 (Eriş, G.: s.854, no 1544/a).

ayrı bir dava yolu ile istenebilir ve bu talep kambiyo senetlerine mahsus takip yolunda talep edilemez (144). Keşidecinin bu zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusuru gerekli bulunmamakla birlikte bir zararın varlığı zorunludur. Ayrıca bu zararın da karşılıksız çek keşide edilmiş olmasından doğması gerekir (145).

**b- Hamilin keşideci dışındaki bir müracaat borçlusuna başvurusu**

Hamilin keşideci dışındaki bir müracaat borçlusuna başvurusu halinde sadece TTK. madde 722'de belirtilen hususları talep etmeye hakkı vardır. Hamil, keşideciden %5 tazminat ve uğradığı zararların tazminini talep edebileceği halde, bu iki hususu diğer müracaat borçlularından talep edemez (146). Çünkü; %5 tazminat ve hamilin uğradığı zararlar TTK. madde 695/3 fıkrası gereğince karşılığı bulunmadan bir çek keşide eden kimseden talep edilebilir.

Hamil keşideci dışındaki bir müracaat borçlusundan şu hususları talep edebilir:

(1) Çekin ödenmemiş olan bedelini,

(2) İbraz gününden itibaren %30 temerrüt faizi (veya hamilin talep etmesi üzerine Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı oranda faiz) (147),

(3) Protestonun veya buna muadil olan tespitin ve gönderilen ihbarnamelerin masrafları ve diğer masraflar,

(4) Çek bedelinin %3'ünü aşmamak üzere komisyon ücretini isteyebilir. (TTK. madde 722).

**c- Ödeyen müracaat borçlusunun diğer müracaat borçlularına başvurma hakkı**

Bir müracaat borçlusu TTK. madde 722'ye göre hamile ödeme yaptıktan sonra, kendisi de, kendinden önce gelen müracaat borçlularına, TTK. madde 730/1 bent 13'ün atfı dolayısıyla 638 inci maddesine göre başvurabilir.

Ödeyen müracaat borçlusu kendinden önce gelen müracaat borçlularına başvurduğu takdirde şu hususları talep edebilir:

(144) "Bu tazmin iddiası dava yolu ile dermeyan edilir. Böyle bir alacak genel zamanaşımı hükümlerine dahildir." (Y.12.HD., 22.2.1974, E.749, K.1603) Karar için bkz. Eriş, G.: s.739, no. 1364.

(145) Selçuk, S.: S.4/5, s.269.

(146) Keşideci lehine aval verenler (TTK. m.730/1 bent 7 atfı) ile m.614/1 ve kimin için verildiği belli olmayan avallerin avalistleri (TTK. m.730/1 bent 7 atfı ile m.613/4 ve 614/1) hariç.

(147) 3095 sayılı 1984 tarihli Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin K.m.1/1 ve m.2/3.

(1) Ödemiş olduğu meblağın tamamını,

(2) Ödeme tarihinden itibaren %30 temerrüt faizi (ve ayrıca, ödeyen müracaat borçlusu da Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı reeskont faizi oranını talep edebilir) (148),

(3) Yaptığı masrafları,

(4) Çekin ödenmeyen bedelinin %2'sini aşmamak üzere komisyon ücretini talep edebilir.

#### 4- 3167 Sayılı Kanun Açısından Durumun İncelenmesi

Bir çekin karşılıksız çek hükmünde olduğunu muhatap banka tarafından tespit edildiği durumlarda, 3167 Sayılı Kanun muhatap bankaya bazı mükellefiyetler yüklemiştir. Muhatap bankaya yüklenen bu yükümlülüklerin büyük çoğunluğu karşılıksız çıkan çek bedelinin keşideciden tahsiline yönelmiştir. Muhatap banka, özellikle 3167 Sayılı Kanun madde 7'ye göre yapacağı ihtar ile, çekin karşılıksız çıkan kısmını, %10 tazminatı ve temerrüt faizi ile birlikte, tahsile çalışmaktadır. Ancak, 3167 Sayılı Kanun'da bu yolda hükümler getirilirken hamilin müracaat borçlularına başvurmak için, keşidecinin düzeltme hakkını kullanma süresini bekleme öngörülmediği için (149) ortada bir karışıklık mevcuttur. Aynı anda keşideciye hem muhatap banka 3167 Sayılı Kanun madde 7'ye göre ihtar yaparak, "çekin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminat ve temerrüt faizi ile birlikte öde" derken, hem de hamil müracaat haklarını kullanmaya başlamış olabilecek ve hatta kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe dahi girişmiş olabilecektir. Böyle bir durumla karşılaşan keşideci, icra vezasine takip konusu parayı ödemez ise haciz ile karşı karşıya kalır. Ayrıca, keşidecinin, muhatap bankaya hamil adına ödeme yaptığından bahisle aleyhine açılmış icra takibinin iptalini de istemesine imkân yoktur. Çünkü düzeltme işlemleri sebebiyle ödenen miktar ile icra takibinin iptali için ödenmiş olması gereken miktar arasında farklar vardır (150).

Bu karışıklığı önlemenin tek yolu hamilin; keşidecinin düzeltme hakkı var ise gerekli süreleri bekleyerek, düzeltme hakkını kullanıp kullanmadığını görüp, düzeltme hakkını kullanmamış ise müracaat hakkına başvurması;

(148) Bkz. dipnot 147.

(149) "Karşılıksız çıkan çekin bedelini muhatap bankanın ihtarına uymaksızın hamile ödeyen keşideci, yeniden çek kullanma hakkının tespitini isteyemez." Y.11.HD.'nin E.1987/7941, K.1987/6992 sayı ve 11.2.1987 tarihli kararı (YKD. 1988, C.14, S.6, s.802 vd.)

(150) İcra takibinin iptali hakkında bkz. Kuru-Arslan-Yılmaz: İcra ve İflas Hukuku, 4.bası, Ankara 1989, s.203 vd.



keşidecinin düzeltme hakkı yok ise ihtarın (3167 Sayılı Kanun madde 7) sonucunu bekleyerek düzeltme işlemlerini yerine getirip getirmediğini görüp, düzeltme işlemlerini yerine getirmemiş ise müracaat hakkını kullanma yoluna gitmesidir (151). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, en iyi çözüm bu olmakla beraber keşidecinin karşılıksız çek keşide etmesi sonucunda zarara uğrayan, mağdur olan bir çek hamilinden, yasada yeri olmadığı halde, “bu karışıklığı önlemek için bekle” demek biraz insafsızlık olur. Keşidecinin bir fiili yüzünden zarara uğrayan hamilden, keşidecinin zarara uğramaması için “beklemesi” istenemese gerekir.

3167 sayılı Kanun’da yapılan yasa değişikliği ile, karşılıksız çek keşidesi durumunda, hamilin müracaat hakkı ile keşidecinin (hesap sahibinin) düzeltme hakkının bağdaştırılması gerekir, inancındayım.

#### **VI- KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDESİNİN CEZAİ SONUCU (KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETME SUÇU)**

Karşılıksız çek keşide edilmesinin cezaî sonucu, 3167 Sayılı Kanun madde 16 ile düzenlenmiş olan, karşılıksız çek keşide etme suçudur.

##### **1- Genel Olarak**

Karşılıksız çek keşide edilmesi halinde, 3167 Sayılı Kanun madde 16’da karşılıksız çek keşide edenlerin cezalandırılması amacıyla karşılıksız çek keşidesi suçu olarak adlandırılabilen “bağımsız ve şekli” (152) bir suç hükmüne bağlanmıştır.

Karşılıksız çek keşide etme suçu 3167 Sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar, 1929’dan itibaren TCK madde 503’e göre cezalandırılmakta idi. Karşılıksız çek keşidesini özel olarak düzenleyen bir yasa hükmü olmadığı için, karşılıksız çek keşidesi dolandırıcılık suçunun özel hali olarak kabul edilmekteydi. Karşılıksız çek keşidesine TCK madde 503’ün uygulanmasının temelini ise TBMM’nin 17.1.1929 tarihli 22 nci inikadının birinci celsesinde 471 sayılı kararı ile verdiği (153) TCK’nun 503 üncü maddesine ilişkin yorum kararı oluşturuyor idi. Bu yorum kararı ile, karşılıksız çek keşidesi suçu TCK’nun 2

(151) Aynı görüş için bkz. Göle, C.: s.193.

(152) 3167 sk.’nun getirdiği suç hakkında yapılan nitelendirmeler için bkz.; (“...ayrı ve özel bir suç türü...” Eriş, G.: s.733), (Karşılıksız Çek Keşidesi Şekli Suçu-Karakaya, S.: s.65, 3 numaralı başlık), (“...3167 sk. m.16 ile karşılıksız çek keşidesi şekli suç haline geldi...” Şener, O.H.: Eksik unsurlu çek keşidesi eylemini 3167 sk. m.16 ile cezalandırmak mümkün müdür? Ankara Barosu Dergisi, 1988, S.2, s.241), (“...ayrı ve bağımsız bir suç...” Donay, S.: s.105).

(153) Donay, S.: s.99.

nci kitabının 10 uncu babında yer alan "mal aleyhine işlenen cürümler"den sayılıyordu. 1929'dan önce ise, 7.4.1330 tarihli Çekler Hakkındaki Yasa'nın 3 üncü maddesi ile karşılıksız çek keşidesi halinde 1274 sayılı Ceza Kanununun 155 inci maddesi ile ceza tayin edileceğini hükme bağlıyordu. Bu iki yasanın yürürlükten kaldırılmasından sonra doğan boşluk, bahsettiğimiz, 1929 tarihli, 471 sayılı kararı ile doldurulmuş idi (154).

19.3.1985 tarihinde 3167 Sayılı Kanun kabul edilince artık karşılıksız çek keşidesi suçu özel ve bağımsız bir suç haline geldi. Bu sebeple de karşılıksız çek keşide edenler hakkında 3167 Sayılı Kanun madde 16 uygulanacaktır. 3167 Sayılı Kanun ile böyle özel ve bağımsız bir suç getirilmesinin amacı, aynı yasanın 16 ncı maddesinin hükümet tasarısının gerekçesinde de belirtildiği gibi, "dolandırıcılık suçunun unsurlarının, karşılıksız çıkan her çek yönünden tespiti mümkün olmadığından, bu şekildeki çek keşidelerinin bir kısmının cezasız kalması gibi durumlar ortaya çıkmakta, bu durum çekte olan güveni sarsmaktadır." (155).

3167 Sayılı Kanun madde 16/1 fıkrası gereğince; gerekli bütün yasal unsurlara sahip bir çekin, ibraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce aynı yasanın 4 üncü maddesine göre ibraz edildiğinde, karşılıksız çek hükmünde olması sebebiyle kısmen yada tamamen, yetkili hamiline ödenmemesi veya ödenememesi halinde, böyle bir çekin keşidecisine bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği gibi, ayrıca bir yıl ile beş yıl arasında, mahkemenin suçun mahiyetine göre takdir edeceği bir süre boyunca çekle işleyen hesap açmaşı ve çek keşide etmesi de yasaklanır.

## 2- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Hukukî Konusu

Her suç hukukî bir değer veya menfaatin ihlâlidir (156). Karşılıksız çek keşide edilmesinde ise suçla korunan yarar yani suçun hukukî konusu, bir ödeme vasıtası olan çekte, ferdî ve kamusal güvenliği sağlamaktır.

3167 Sayılı Kanun ile karşılıksız çek keşide etme suçu, dolandırıcılık suçunun kapsamından çıkarılmış ve artık mal aleyhine işlenen suçlardan olma özelliğini yitirmiştir. Bunun yerine; hukukî konusunun da, ekonomik

(154) Karşılıksız Çek Keşidesinin Tarihçesi Hakkında bkz. Adalet Dergisi eki, s.9 vd.; Erem, F.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.4, 3.bası, Ankara 1985, s.668; Donay, S.: s.99 vd., 102 vd.

(155) 3167 sk.'nun hükümet tasarısının 17. maddesinde belirtilmiştir. Hükümet Tasarısının gerekçesi için bkz. Donay, S.: s.185 vd.

(156) Hafizoğulları, Z.: 3167 sk. m.16'da öngörülmüş olan suçun sınırları, Batider, 1988, C.14, S.4, s.24.

yaşamın ayrılmaz bir parçası olan çeklere karşı güven duygusu ve çekin ticarî ve iktisadî hayatta düzenli bir şekilde kullanılması olduğu gözönüne alınarak, ekonomik suç kategorisine dahil edilmiştir (157).

3167 Sayılı Kanun ile korunan temel amaç, çek kullanımının sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesidir, denildiğinde karşılıksız çek keşide etmenin “tek konulu suç” olduğunun kabulü gerekmektedir. Ayrıca karşılıksız çek keşide suçu, neticesi devam eden âni suçlardandır (158).

### **3- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Faili**

Karşılıksız çek keşide suçunun faili, 3167 Sayılı Kanun m.16’da belirtil-diği üzere, çeki keşide eden yani düzenleyendir. Keşideci gerçek veya tüzel kişi olabilir. Gerçek kişi bizzat çeki imza edebileceği gibi temsilci veya vekil aracılığıyla da düzenletebilir. Eğer bu temsilci veya vekil çek hesabı üzerinde doğrudan doğruya tasarruf yetkisi taşıyorsa, sadece bunlar sorumlu olurlar. Tüzel kişi adına çeki imza eden gerçek kişiler, karşılıksız çek keşide etme suçunu işlemiş sayılırlar (159).

Çeki ciro edenler, çekin karşılıksız çıkmasından dolayı, 3167 Sayılı Kanun madde 16’ya göre cezalandırılmazlar. Çekin karşılıksız olduğunu bilerek ciro edenlerin genel hükümlere göre cezalandırılmasında ise hiç engel yoktur (160). Ayrıca Donay’ın belirttiği üzere, çek keşide edenle ciro eden önceden anlaşmak suretiyle, karşılıksız çeki bir üçüncü kişiye devr etmişlerse (karşılıksız çek keşide etme hususunda anlaşmış olmaları şartı ile), iştirak hükümlerinin uygulanıp ciro edenin de 3167 Sayılı Kanun madde 16’ya göre cezalandırılması söz konusu olacaktır. Ancak keşideci ve cirantanın, karşılıksız çek keşidesi hususunda anlaşmamış sadece karşılıksız çekin cirosu üzerinde anlaşmış olmaları halinde, cirantanın karşılıksız çek keşidesi suçuna iştirak ettiğinden bahsedilemeyeceği ve fakat genel hükümlere göre sorumlu olacağı inancındayım.

Karşılıksız çek keşide etme suçu ancak hesap sahibi ve onun temsilcisi veya vekilleri tarafından işlenebileceğine göre, mahsus suçtur. Bu sebeple de hesap sahibinin çek karnesini ele geçirerek, onun imzasını taklit ederek karşılıksız çek keşide edenler, karşılıksız çek keşide etme suçunu değil, TCK.

(157) Donay, S.: s.11.

(158) Erem, F.: Çek Kanunu ve Karşılıksız Çek, Yargıtay Dergisi, C.12, S.4, s.413.

(159) Eriş, G.: s.735-736.

(160) Bu görüş için bkz. Donay, S.: s.112.



madde 349'un atfı dolayısıyla madde 342/1 fıkrası gereğince "resmi evrakta sahtecilik" suçundan cezalandırılırlar (161).

#### 4- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Ön Şartı

Ön şart denilince; fiilin icrasından önce gerçekleşen müsbet veya menfi hukukî unsurlar olup, bunların bulunup bulunmaması, belirli bir suç şeklinin vücut bulmasına sebep verir (162). Bir suç için gerekli ön şartın yokluğu halinde söz konusu suçun oluşmasına imkân yoktur.

Karşılıksız çek keşide etme suçunun ön şartı ise; TTK. hükümlerine uygun ve 3167 Sayılı Kanun'da belirtilen koşulları taşıyan, yasal bütün unsurları haiz bir çekin mevcut olması gerekliliğidir. Yani suçun ön şartı, karşılıksız olduğu ileri sürülen senedin çek hükmünde olmasıdır (163).

İbraz edilen senet çek hükmünde değilse yani çek için gerekli yasal unsurlardan bir veya birkaçı eksik ise (164) veya çek daha sonradan çek niteliğini kaybeder ise yani sahte veya tahrif edilmiş ise, karşılıksız çek keşidesi suçu oluşmayacaktır. Donay'a göre, karşılıksız çek keşidesi suçunun oluşabilmesi için bir çekin kurucu unsurlarının bulunması zorunludur. Ayrıca, çekin kurucu unsurlarının varlığını aramak suçta kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Eğer ortada geçerli bir çek yoksa karşılıksız çek de yoktur. Yorum yolu ile ve sadece çek görünümü kavramı ile kişilerin cezalandırılmasına imkân yoktur. Esasen ceza hukukunda kıyas cari olmadığı gibi yeni bir suç tipi yaratmaya müsait genişletici yoruma gitmeye de hukukî olanak yoktur (165). Hafizoğulları ise bu noktada, karşılıksız çek keşidesi suçunun hukukî konusundan hareketle sonuca varmaktadır. Hafizoğullarına göre; 3167 Sayılı Kanun madde 16'daki suçla ihlâl edilen ve cezayla korunan hukukî değer veya menfaat, eğer bir ödeme vasıtası olarak çekin güvenilirliğini sağlamadaki kamusal ve aynı zamanda ferdî yararsa ve bu da ancak karşılıklıla sağlanmaktaysa, çek olmayan bir evrakın doğal olarak karşılıklılığı veya karşılıksızlığı söz konusu olamaz. Böyle olunca, şekil/muteberlik şartları itibariyle eksik bir evrakı çek sayıp, 16 ncı maddeyle sağlanan cezaî himayeden yararlan-

(161) Adalet Dergisi, Eki, s.24.

(162) Adalet Dergisi Eki, s.25.

(163) Donay, S.: s.112.

(164) Aynı görüş için bkz. Reisoğlu, S.: s.169. Fakat Selçuk, Fransız öğretisi ve Fransız Yargıtayının çözümünü benimsediğini ve yararçı bir değerlendirme ile senedin çek görünümünde olmasını yeterli bularak unsur eksikliğine rağmen karşılıksız çek keşidesi suçunun oluşacağı görüşündedir. (Bkz. Donay, S.: s.113).

(165) Donay, S.: s.113.

dırmak mümkün olmamak gerekir (166).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1.6.1987 tarihli esas: 1987/7-95, karar:1987/321 sayılı kararında (167); "...karşılığının bulunmadığı anlaşılrsa dahi, TTK. madde 692/5'de belirtildiği şekilde keşide yeri veya keşidecinin ad ve soyadının yazılı olduğu yerde herhangi bir yer adı yazılı olmadığından, madde 692/son'a göre bu yerde keşide edildiğini kabule olanak bulunmayan ve dolayısıyla '693 üncü madde gereğince çek sayılmayan belgeyi düzenleyerek müdahile veren sanığın eylemi, 3167 Sayılı Kanun'a aykırı davranmak suçu'nu değil, unsurları gerçekleştiği takdirde dolandırıcılık suçunu oluşturacağı..." belirtilerek; özellikle keşide yeri yazılmayan belgenin çek vasfı taşımadığı, bu belge karşılığında bankaların ödeme yapmayacağı gibi karşılıksız çek keşide etme suçunu da oluşturmayacağını belirtmiştir. Yargıtay sorunu özellikle, keşide yeri açısından incelemekle birlikte "...çekin şekil unsurlarına yeni unsurlar ekleyen ve karşılıksız çek keşidesini biçimsel ve şikâyete bağlı bir suç haline getiren 3167 Sayılı Kanun'a dayanarak suç oluşturduğunu kabul etmek, kanunsuz suç veya ceza olmaz ilkesine de ters düşecektir" diyerek sorunu genelleştirmiştir. Böylece TTK. ve 3167 Sayılı Kanun'da öngörülen şekil şartlarına uygun olmayan bir belgeyi çek olarak kabul etmediğinden, buna bağlı sonuçların da oluşmayacağını yerinde olarak kabul etmiştir (168), (169).

##### **5- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Cezalandırılabilme Şartı**

Cezalandırılabilme şartı; bazı suçlarda, suçun bütün unsurları tamam olduğu halde, faile ceza verilebilmesi için ayrıca, failin elinde olmayan, doğması şüpheli bir olayın vuku bulması gerekir. Bu olayın gerçekleşmesi halinde faile ceza verilebilmekte, aksi halde fail cezalandırılmamaktadır (170).

Karşılıksız çek keşide etme suçunda failin cezalandırılabilmesi için çekin süresi içinde muhatap bankaya ibrazı gereklidir. 3167 Sayılı Kanun madde 16'ya göre; bir çekin ibaz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce, 4 üncü maddeye göre ibraz edilmiş olması gerekir. Bir çek süresi

(166) Hafizoğulları, Z.: 3167 sk.'nun 16. maddesinde öngörülmüş olan suçun sınırları, Batider, 1988, C.14, S.4, s.21.

(167) Bu karar için bkz.; Donay, S.: s.114 vd.

(168) Donay, S.: s.122.

(169) Bu karar eleştirisi için bkz.; Hafizoğulları, Z.: s.21, Donay, S.: s.114 vd.

(170) Adalet Dergisi Eki, s.27.

dışında muhatap bankaya ibraz edilmiş ise, banka, bu çekin karşılıksız olması halinde, karşılıksız çeklere ilişkin gerekli bütün işlemleri yapsa dahi (ihtar, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na bildirme ve duyurma gibi), keşidecinin 3167 Sayılı Kanun madde 16'ya göre cezalandırılmasına imkân yoktur (171).

### **6- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Maddî Unsuru**

Karşılıksız çek keşide etme suçunun maddî unsuru; keşide edilmiş çekin süresi içinde muhatap bankaya ibrazında, karşılıksız çek hükmünde olması sebebiyle, bedelinin hamiline kısmen ya da tamamen ödenmemesi veya ödenmemesidir. Yani karşılıksız çek keşide edilmiş olmasıdır.

Karşılıksız çek keşide etme suçunun zaman açısından oluşması, çekin, keşideci tarafından hamile verilmesinden TTK. madde 708'de öngörülen ibraz sürelerinin bitimine kadar devam eder. Çek, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edilmiş olsa dahi, ibrazında ödeneceği için (3167 Sayılı Kanun madde 4 ve 16), çek üzerinde yazılı keşide tarihinin suçun oluşmasına ilişkin sürenin başlangıcı bakımından kural olarak önemi yoktur (172). Yani karşılıksız çek keşide etme suçu, çekin bankaya ibrazı ve karşılıksız olduğunun tespiti anında oluşmaktadır.

#### **a- Hareket**

Karşılıksız çek keşide etme suçunda hareket, keşidecinin bir çek keşide etmesidir. Keşideden maksat, keşidecinin çeki tanzim etmesi ve hamile teslim etmesidir. Hareket unsurunun tamamlanması için çekin tanzimi yanında teslimi de gerekir. Çek tanzim edilmiş olsa ve karşılıksız çek keşide etme suçunun diğer unsurları oluşsa dahi bu çek tedavüle çıkarılmadıkça veya muhatap bankaya ibraz edilmedikçe suç oluşmaz.

#### **b- Netice**

Karşılıksız çek keşidesi suçunda netice, keşideci tarafından tanzim edilip tedavüle çıkarılan senedin, süresi içinde ibraz edilmesi anında karşılıksız çek hükmünde olmasıdır.

Karşılıksız çek keşide etme suçunda icra hareketleri çekin bankaya ibrazı anında tamamlandığına göre, suç bankaya ibraz anında oluşacaktır.

(171) Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Örneğin bkz. Y.7.CD. E.1989/2523, K./1989/11436 sayı ve 24.11.1989 tarihli kararı. (YKD. 1990, C.16, S.6, s.924).

(172) Donay, S.: s.138.



Buna göre de suçun işlendiği yer, neticenin hasıl olduğu, çekin ibraz edildiği banka şubesinin bulunduğu yerdir (173).

Suçun işlendiği zaman ise, çekin muhatap bankaya ibraz edilip de karşılıksız olduğunun tespit edildiği tarihtir.

### **7- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun İcrası**

Karşılıksız çek keşide etme suçunda çekin tanzimi ile icra hareketlerine başlanmış, hamile teslimi ile devam edilmiş ve bankaya ibraz edilip karşılıksız çıktığı tespit edilince de icra hareketleri tamamlanmış ve böylece de suç tüm unsurları ile oluşmuştur (174).

İcra hareketlerinin bitimi ile suç tamamlanmış olacağından, kural olarak bu suça tam teşebbüs olanağı yoktur (175). Failin cezalandırılabilmesi için çekin bankaya ibraz edilmiş ve karşılıksız olduğunun tespiti, kanun koyucu tarafından bir cezalandırılabilme şartı olarak aranmıştır. Cezalandırılabilme şartları da, suçun bütün unsurları ile tamamlanmasından sonra gerçekleşen ve faile ceza verilebilmesine imkân veren hususlardır. Burada fail, kanunda yazılı bir neticeye kusurlu hareketiyle neden olduğu için sorumlu tutulmuyor, aksine kusurlu olmasa bile gerçekleşen neticeden sorumlu tutuluyordur (176). Bu sebeplerle karşılıksız çek keşide etme suçunda, cezalandırılabilme şartı olan, çekin süresi içinde ibrazı ve karşılıksız olduğunun tespiti şartı yerine getirilmedikçe faile ceza verilemez. Yani karşılıksız çek keşide etme suçu tam teşebbüse uygun olmadığı gibi eksik teşebbüse de uygun değildir (177).

### **8- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Manevî Unsuru**

Karşılıksız çek keşidesi suçunun manevî unsurunun ne olduğu konusunda doktrinde bir görüş birliğine varılmış değildir. Bazı yazarlar karşılıksız çek keşidesi suçunun objektif sorumluluk olduğunu (178), bazıları ise failin

(173) Bu görüş için bkz.; Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Gn.Md.'nün 9.4.1986 gün ve 3.2.1986, 66/21542 sayılı mütalâası; Y.3.CD. E.1986/4353, K.1986/1510 sayı ve 11.2.1987 tarihli karar (Adalet Dergisi Eki, s.31). Aksi görüş için bkz. Demirbaş, T.: Karşılıksız Çek Keşidesinde Suçun İşlendiği Yer ve Zaman (Karar İncelemesi), İzmir Barosu Dergisi, 1988, S.1, s.73 vd.

(174) Adalet Dergisi Eki, s.31.

(175) Donay, S.: s.139.

(176) Demirbaş, T.: s.76.

(177) Aksi görüş için bkz.; Donay, S.: 139.

(178) Karşılıksız çek keşidesinin manevî unsurunun obj. sorumluluk olduğu görüşü için bkz.; Uyar, T.: Karşılıksız Çek Çekmek Suçu, ABD. S.5/6, s.677; Güven, M.: Kusurlu Karşılıksız Çek ve Karşılıksız Çek Suçu, YD 1988, E.14, S.3, s.254-255; Eriş, G.: s.737; Kes, K.: Çeklerde Hukukî ve Cezai Sorumluluk, İBD, 1985, S.4/5/6, s.352; Karakaya, S.: s.21; Adalet Dergisi Eki, s.32 vd. Poroy, R.: s.270; Teoman, Ö.: s.22.

kastının gerekli olduğunu (179) savunmuşlardır.

Kanımcı; 3167 Sayılı Kanun'un genel gerekçesi ve 16 ncı maddenin özel gerekçesi gözönüne alındığında (180) karşılıksız çek keşide etme suçunun manevî unsuru olarak objektif sorumluluk kabul edilmelidir. 3167 Sayılı Kanun'un Hükümet tasarısının 17 nci maddesi gerekçesinde, "...karşılıksız çek keşide eden kişiler... (hakkında) müstakil bir müeyyide getirilmiş, muhatap bankaya süresi içinde ibraz edildiğinde ödenmeyen her türlü çek keşidecisinin cezalandırılması öngörülmüştür..." denilerek, karşılıksız çek keşide suçundan keşidecinin cezalandırılması için, sadece süresi içinde ibraz edildiğinde çekin karşılıksız çıkması yeterlidir. Karşılıksız çek keşide etme suçunun fail cezalandırılırken, karşılıksız çek keşide etme kastının olup olmadığı değil, sadece süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilen bir çekin karşılıksız çek olup olmadığı ve keşidecinin çeki iradesiyle keşide edip etmediği aranır (181).

Objektif mesuliyet hallerinde dahi hareketin fail tarafından iradî bir şekilde yapıldığı ve bu hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun olduğu hususunun ispat edilmesi gerekir. Ancak kast ve taksir şeklini alabilen neticeye etkili olabilen bir kusurluluk aranmaz (182). Karşılıksız çek keşide etme suçunda da, failin, karşılıksız çıkmış olan çeki iradî olarak düzenlemiş olması aranır. İradî hareket varsa kast veya taksirin olup olmadığı aranmaz.

3167 Sayılı Kanun madde 16 ile cürümlerde kastın esas olması prensibine "yasal bir istisna" getirildiği inancındayım. Kanun koyucu 3167 Sayılı Kanun'dan önceki dönemde pek çok karşılıksız çek keşidesi fiillerinin cezasız kalmasından etkilenecek böyle bir istisnayı getirmiştir. Kanun koyucunun bu istisnayı bilinçli olarak getirdiği inancındayım. Çünkü 3167 Sayılı Kanun'da, karşılıksız çeklerde hesap sahibine ihtar yapılması, düzeltme hakkı tanınması (3167 Sayılı Kanun madde 16/2 fıkrası gereğince, fail, bir yıl içinde iki kez gibi bir sayı sınırlaması olmadan, düzeltme işlemlerini yerine getirirse hamilin şikâyet hakkı doğmaz) gibi kurumlar getirilerek, objektif sorumluluk ilkesi yumuşatılmış ve iyiniyetli keşidecilerin, hamilin zararını karşılamaları halinde,

(179) Manevî unsurun obj. sorumluluk olmadığı görüşü için bkz. Erem, F.: Ceza Özel, s.678 vd.; Donay, S.: s.145 vd.; Göre, C.: s.213; Yılmaz, D.: s.106.

(180) 3167 sk.'nun gerekçesi için bkz. Donay, S.: s.185 vd.

(181) "Karşılıksız çekte suç, çekin bankaya ibrazı ve karşılığının bulunmadığının anlaşılması ile oluşmasına göre, ibrazdan önce tüm yasal koşulları içeren suçta konu edilen çekin karşılığının bulunmaması ile 3167 sk. m.16'da yazılı suç oluşmuştur." Y.Ceza Gn.K. E.1989/7-213, K.1989/280, T.9.10.1989 (YKD. 1990, C.16, S.3, s.428 vd.)

(182) Adalet Dergisi Eki, s.33.

ceza görmemeleri yolu tercih edilmiştir. Kanımca karşılıksız çek keşidesi fiillerinde ihtar yapılması, düzeltme hakkı tanınması ve hatta düzeltme hakkının olmadığı durumlarda dahi (sayı sınırlaması getirilmeksizin) düzeltme işlemlerinin yerine getirilmesi sonucu failin cezalandırılmaktan kurtulabilmesi; objektif sorumluluk ilkesinin 3167 Sayılı Kanun madde 16'da anılan suç açısından, sakıncalarının önlenmiş olması anlamını taşır.

### **9- Karşılıksız Çek Keşide etme Suçunda İçtima**

3167 Sayılı Kanun'da içtima durumu ile ilgili özel hükümler olmaması sebebiyle bu konuda TCK'daki genel hükümlerin uygulanması söz konusu olur.

Keşidecinin keşide ettiği birden fazla çek yaprağı karşılıksız çek hükmünde olduğunda, keşide edilen her çek için ayrı ayrı 3167 Sayılı Kanun ihlâl edilmiş olacağından, fail her karşılıksız çek keşidesi fiilinden ayrı ayrı takip edilir. Fakat keşideci aynı borç için aynı zamanda birden fazla çek keşide ettiği hallerde ne olacaktır? Yargıtay Ceza Genel Kurulu, aynı borca dayalı olarak aynı zamanda düzenlenip verilen birden fazla çekin karşılıksız çıkması halinde çeklerin sayısınınca değil, tek bir suçun bulunduğuna karar vermiştir (183). Yargıtay burada, aynı olaydan kaynaklanan müteaddit çek verme eyleminde, bunların aynı anda verilmesi koşulu ile, kasıt birliği bulunduğunu ve müteselsil suç durumunun varlığını kabul etmiştir (184). Ancak, karşılıksız kalan her çek yaprağı için bankanın ayrı ayrı 125.000 lira ödeme yükümlülüğü, her çek için düzeltme hakkının ayrı ayrı kullanılması gerekliliği, bu birden fazla çekin aynı borçtan doğmasından etkilenmeyecektir. Ayrıca aynı borç için birden fazla düzenlenen çekler karşılıksız kaldıklarında ortada birden fazla karşılıksız çek olacağı ve bunların da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği düşünülebilir. Fakat Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği gibi, aynı borç için, aynı anda düzenlenip verilen çeklerde kasıt ve zaman birliği olacağından, böyle hallerde tek suç olduğunun kabulü daha isabetli olur.

### **10- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Takip Şatları**

3167 Sayılı Kanun madde 16/2 gereğince, karşılıksız çek keşide etme suçunun takip edilebilmesi çek hamilinin şikâyetine bağlıdır. Çek hamilinin şikâyeti olmadıkça failin cezalandırılmasına imkân yoktur.

(183) Donay, S.: s.144-145'de belirtilen; Y.Ceza Gn.K.'nun E.1988/7-544, K.1989/22 sayı ve 6.2.1989 tarihli kararı (YKD. 1989, C.15, S.6, s.875).

(184) Donay, S.: s.145.



3167 Sayılı Kanun madde 16/2 fıkrasında, "...bu fiiller..." ifadesi kullanılmışsa da sadece karşılıksız çek keşide etme suçunun takibi şikâyete bağlıdır. Yoksa 3167 Sayılı Kanun'da belirtilen diğer suçların takibi şikâyete bağlı değildir (185).

#### **a- Şikâyet hakkı olanlar**

3167 Sayılı Kanun madde 16/2 fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, karşılıksız çek keşide etme suçunda, şikâyet hakkı çek hamiline tanınmıştır. Söz konusu yasanın madde 16/2 fıkrasında, "...takibat... çek hamilinin şikâyetine bağlıdır" denilerek bu konuda kuşkuya yer vermemiştir. Hamilin yetkili hamil olması gerekir. Buna göre, TTK. madde 697'ye göre çekin, lehine keşide edildiği kişi elinde olması şartı ile şikâyet hakkını bu kişiler kullanabilir. Eğer çekin kimin lehine keşide edildiği belirtilmemiş ise, bu çek hamile yazılı çek sayılır ve kimin elinde bulunur ise o kişi şikâyet hakkını kullanabilir. Eğer çek ciro edilmiş ise, çeki muntazam ciro silsilesi ile elinde bulunduran ve ciro silsilesinden yetkili hamil olduğu anlaşılan kişi şikâyet hakkını kullanabilir. Çek TTK.'da öngörülen şartlara uygun ciro edilmemiş ise veya çekin çalınma, bulunma vs. (186) sebeplerle bir başkası eline geçmesi halinde, elinde çeki bulunduran kişinin şikâyet hakkı yoktur.

#### **b- Şikâyetin koşulları**

Şikâyetin koşulları hakkında öncelikle TCK.'na bakmak gerekir. TCK. madde 108'e göre, şikâyet süresi altı aydır. Bu nedenle çek hamili çekin karşılıksız olduğunu öğrendikten itibaren altı ay içinde şikâyet hakkını kullanmak zorundadır (187). Çek hamili şikâyet hakkını kullanmaz ise, başkaca bir şarta gerek olmaksızın, fail hakkındaki ceza takibatı başlamaz. Ayrıca, 3167 Sayılı Kanun madde 16/2 fıkrası gereğince, hamilin hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçme hakkı vardır ve bu hakkı kullandığı takdirde ceza takibatı başlamamış ise, takibata hiç başlanmaz, başlamış ise takibat durur.

Hesap sahibinin düzeltme hakkının bulunduğu durumlarda (3167 Sayılı Kanun madde 8/2) hesap sahibinin bu hakkının 3167 Sayılı Kanun madde 8/

(185) Donay, S.: s.153.

(186) Mesela; "Dava konusu çekin bankaya ibraz edilip karşılığı olmadığı saptandıktan sonra alacağın temlik yolu ile devredilince müktesibin şikâyet hakkı yoktur." Y.7.CD., E.1990/468, K.1990/8550, T.29.6.1990 (YKD. 1991, C.17, S.3, s.457).

(187) Donay, S.: s.156.

1 fıkrasına uygun olarak kullanması halinde şikâyet hakkı doğmaz (188). Yani şikâyet hakkının doğması için muhatap bankanın hesap sahibine ihtar yapması ve hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanmamış olması gerekir (189).

Hesap sahibinin düzeltme hakkı kalmamış ise (3167 Sayılı Kanun madde 8/2), hesap sahibi 3167 Sayılı Kanun madde 16/2'ye göre, düzeltme işlemlerini yerine getirerek hamilin zararlarını karşılayarak cezaî takibattan kurtulabilir. Hesap sahibi, düzeltme hakkı kalmamış olsa dahi düzeltme işlemlerini yerine getirerek hamilin şikâyet hakkının doğmasını isteyebilir. (3167 Sayılı Kanun madde 16/2).

#### **c- Şikâyetten vazgeçme**

Şikâyetten vazgeçme, TCK. madde 89/1 fıkrası gereğince, şikâyete bağlı suçlarda kamu davasının düşme sebebi olarak gösterilmiştir (190). 3167 Sayılı Kanun madde 16/2 fıkrası gereğince hamil, hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçebilir. Vazgeçme şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve vazgeçme için hamilin medenî hakları kullanma ehliyetinin bulunması aranır. Fail kabul etmediği zamanlarda vazgeçme hüküm ifade etmez.

#### **d- Şikâyetin veya şikâyetten vazgeçmenin sonuçları**

Şikâyet hakkı kullanılmakla birlikte, kimin hakkında şikâyette bulunulmuş ise onun hakkında ceza takibatı yapılacaktır. Faillerin birden fazla olması halinde, bir fail hakkındaki şikâyet, şikâyetin sirayeti ilkesi sonucunda, bütün failer hakkında geçerli olacaktır (191).

Şikâyetten vazgeçme halinde ise fail hakkındaki ceza takibatı sona erer. Şikâyetten vazgeçme hüküm kesinleşinceye kadar geçerli olacağından, hüküm kesinleştikten sonra hamilin şikâyetinden vazgeçmesi anlam ve sonuç ifade etmez.

### **11- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunda Yetkili Mahkeme**

Yetkili mahkeme, karşılıksız çek keşide etme suçunun işlendiği yer

(188) Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Y.Ceza Gn.K. E. 1990/7-338, K.1990/356 sayı ve 24.12.1990 tarihli kararı. Bu kararda "şikâyet hakkı düzeltme hakkının kullanılmaması ile doğar" denmiştir. (YKD. 1991, C.17, S.3, s.423).

(189) Y.7.CD. E.1987/13369, K.1988/2816, T.17.3.1988 (YKD. 1988, C.14, S.9, s.1304); Y.7.CD. E.1987/709, K.1987/934, T.6.2.1987 (YKD. 1987, C.13, S.4, s.638) sayı ve tarihli kararlar da bu doğrultudadır.

(190) Adalet Dergisi Eki, s.45.

(191) Donay, S.: s.160.

mahkemesidir. Karşılıksız çek keşide etme suçunda, çekin ibraz edilip de karşılıksız olduğunun tespit edildiği yer suç yeri olduğu için (192) yetkili mahkeme de buna göre belirlenir. Yetkili mahkeme, çekin ödeme için ibraz edilip de karşılıksız olduğunun tespit edildiği banka şubesinin bulunduğu yer mahkemesidir (193).

### 12- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunda Görevli Mahkeme

Asliye ceza mahkemeleri genel görevli mahkeme olup, sulh ve ağır ceza mahkemelerinin sayılı ve sınırlı olarak sayılmış görevine giren işler dışında kanunda aksine bir hüküm olmadıkça görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir (194). 3167 Sayılı Kanun'da karşılıksız çek keşidesi suçu için görevli mahkeme belirtilmediğinden, genel hükümlere göre görevli mahkemeyi belirlemek gerekir. CMUK. madde 421 ve 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Mütâallik Kanunun 29 uncu maddesinde 3167 Sayılı Kanun'dan bahsedilmemiş olması dikkate alındığında, karşılıksız çek keşide etme suçu için görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

### 13- Zamanaşımı

TCK madde 102'de belirtildiği üzere ve 3167 Sayılı Kanun'da özel bir zamanaşımı getirilmemiş olması sebebi ile karşılıksız çek keşide etme suçunun dava zamanaşımı beş yıldır.

### 14- Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunda Tekerrür

Tekerrür, bir ceza mahkûmiyetine uğradıktan sonra yeniden suç işleyen kimsenin durumudur (195). Tekerrür halinde faile, daha önce de suç işlemesi sebebi ile, daha önce suç işlemeyenlere oranla daha fazla ceza verilir. TCK. tekerrür konusunda karma sistemi kabul ederek hem genel (TCK. madde 81/1) ve hem de özel (TCK madde 81/2) tekerrüre hüküm ve sonuçlar bağlamıştır.

Karşılıksız çek keşide etme suçunda, genel tekerrür açısından herhangi bir problem yoktur. Karşılıksız çek keşide etme suçunun faili, cezasını çektikten veya cezası düştüğü tarihten itibaren beş sene içinde bir suç daha

(192) Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Gn.Md.'nün 9.4.1986/21542 sayılı mütalâası için bkz. Adalet Dergisi Eki, s.49.

(193) Bkz. Y.3.CD., E.1986/13333, K.1986/13220 (YKD. 1987, C.13, S.3, s.468) ve Y.3.CD. E.1986/4533, K.1986/1510, T.11.2.1986 (YKD. 1987, C.13, S.5, s.77).

(194) Adalet Dergisi Eki, s.49.

(195) Erem, F.: Türk Ceza H. Genel Hükümler, C.2, 12.bası, Ankara 1985, s.80.



işlerse yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır (TCK. madde 81/1).

Karşılıksız çek keşide etme suçunun faili cezasını çektikten veya cezası düştüğü tarihten itibaren beş sene içinde, yine bir karşılıksız çek keşide etme suçunu işlerse bu sefer cezası altıda birden üçte bire kadar artırılır (TCK. madde 81/2). Karşılıksız çek keşide etme suçunda özel tekerrür açısından problem; 3167 Sayılı Kanun'dan önce karşılıksız çek keşide etmeleri sebebi ile TCK. madde 503'e göre, dolandırıcılık suçundan ceza gören sanıklar hakkında 3167 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra işledikleri karşılıksız çek keşide etme suçları sebebi ile TCK. madde 81/2'nin uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. TCK. aynı cins suçun tasnifi konusunda, 87 nci maddesinde sayma usulünü tercih ederek, hangi suçların aynı cinsten olduğunu tahdidî olarak saymıştır. TCK. madde 87 dikkate alındığında dolandırıcılık suçu ile bağımsız karşılıksız çek keşide etme suçunu (3167 Sayılı Kanun madde 16) aynı cinsten kabul etmek zordur. Kanımca, karşılıksız çek keşide etmeleri sebebi ile TCK. madde 503'e göre ceza verilenler hakkında, 3167 Sayılı Kanun madde 16'daki karşılıksız çek keşide etme suçunu gerekli süre içinde yeniden işleseler dahi özel tekerrür değil, sadece genel tekerrür uygulanabilir (196).

### **15- Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunun Cezâî Müeyyidesi**

Karşılıksız çek keşide etme suçunun müeyyidesi 3167 Sayılı Kanun madde 16/1 fıkrasında gösterilmiştir. Karşılıksız çek keşidesi suçunun failine bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği gibi, bunun yanında fer'i ceza olarak (197) bir yıldan beş yıla kadar bankalarda çekle işleyecek hesap açması ve çek keşide etmesi de yasaklanır.

#### **a- Hürriyeti bağlayıcı ceza**

3167 Sayılı Kanun madde 16/1 gereğince, karşılıksız çek keşidesi suçunun failine bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Donay, karşılıksız çek keşide etme suçunun ekonomik bir suç olduğuna işaret ederek, bu ceza'nın söz konusu suç için, oldukça uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza sistemi olduğunu ve ekonomik suçlarla her zaman bağdaşmayan hürriyeti bağlayıcı cezanın, hem de beş yıla varan yükseklikle uygulanmasının yerinde olmadığını belirtmiştir (198). Ancak kanun koyucunun amacının çেকে güven-

(196) Aynı görüş için bkz.: Adalet Dergisi Eki, s.50.

(197) Donay, fer'i ceza yerine emniyet tedbirleri olduğu görüşündedir. Bkz. Donay, S.: s.151.

(198) Donay, S.: s.150.

nirliliği sağlamak olduğu düşünülecek olursa ve uygulamada karşılıksız çek keşidesi fiillerinin yoğunluğu gözönüne alınırsa söz konusu cezanın yerinde olduğu kanısındayım (199). Ayrıca kanun koyucunun, iyiniyetli hamilleri korumak için, bankaya ihtar mükellefiyetini getirmiş olması, hesap sahibine düzeltme hakkı tanınması ve hesap sahibinin düzeltme hakkı olmadığı zamanlarda dahi failin düzeltme işlemlerini yerine getirerek ceza takibatından kurtulabilmesine olanak vermesi, çıkarlar dengesini isabetli olarak sağladığını göstermektedir.

### ***b- Fer'i ceza***

3167 Sayılı Kanun madde 16/1 gereğince karşılıksız çek keşide etme suçunun failine, mahkeme, işlenen suçun mahiyetine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir sürede bankalarda çekle işleyecek hesap açma ve çek keşide etme yasağı da getirir.

Faile çekle işleyecek hesap açma ve çek keşide etme yasakları getirilmesi, TCK. madde 402'de belirtilen, "cürme vasıta kıldığı meslek ve sanatın tatili ve işyerinin kapatılması" gibi fer'i bir cezadır (200). Bu husus 3167 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde belirtilen, "Çek kullanımının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve çek hamillerinin korunması yönünden ... bir mevzuat düzenlemesine gidilmesini mecburi kılmıştır. ... Ayrıca karşılıksız çek keşide edenler yönünden bu kanun tasarısı ile caydırıcı olabilecek müeyyideler getirilmekte ve konulan esaslara aykırı hareket edenlerin fiillerinin cezasız kalmaması göz önünde tutulmuş bulunmaktadır"; hususlardan da çıkarılabilir. 3167 Sayılı Kanun'un bu yasaklamaları getirirken amacı tedbir almak değil, fakat faile cezaî bir müeyyide getirmiş olmaktadır.

## **VII- SONUÇ**

Nihayet çalışmanın sonuna gelmiş bulunuyorum. Sonuçta varılabilecek en önemli sorun, kanun koyucunun iyiniyetle ve karşılıksız çek keşide fiillerini en aza indirerek çekerle güvenirlilik kazandırmak amacı ile hazırladığı 3167 Sayılı Kanun, TTK. hükümleriyle bağdaştırılamamıştır. 3167 Sayılı Kanun ile daha iyi bir düzenlemeye gidilmek istenmişse de ortaya bir çok sorun çıkmıştır.

Kanun koyucu bankaların yapacağı ihtarın iadeli taahhütlü mektupla

(199) Aynı görüş için bkz. Adalet Dergisi Eki, s.51.

(200) Adalet Dergisi Eki, s.52

yapılmasına hükmetmişse de (3167 Sayılı Kanun madde 7), bu hükmün TTK.'nun 20/3 fıkrası, ile ne de Tebligat Kanunu'nun hükümleri ile bağdaşır yanı yoktur. Yapılacak yasa değişikliği ile söz konusu ihtarın Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmasına hükmedilmesi daha isabetli olacaktır.

Bundan başka, 3167 Sayılı Kanun'un tanıdığı "düzeltme hakkı" ile kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna gidilmesi zamanı arasında bağlantı kurulmadığı için, hesap sahibi zor duruma düşebilmektedir. Kanun koyucunun yapması gereken, çıkarlar dengesini göz önüne alarak, düzeltme hakkının kullanılması ve icra takibi arasında ilişki kurmasıdır.

3167 Sayılı Kanun'da sadece yeterli karşılığı olmayan çeklerin karşılıksız çıkması sonucu karşılıksız çek durumunun doğabileceği gibi bir anlam çıkarılabilse de karşılıksızlığa yol açan diğer hallerde ne olacağı konusunda her hangi bir açıklık olmaması 3167 Sayılı Kanun'un büyük bir eksikliğidir. Kanun koyucu, bu konuda, açık hüküm getirerek, hangi karşılıksızlık hallerinin 3167 Sayılı Kanun kapsamına girip girmeyeceği konusundaki çelişkileri ortadan kaldırması gerekir.

Bunlardan daha önemli olarak, 3167 Sayılı Kanun ile getirilen cezaî hükümlerin caydırıcı olmaktan uzak olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu durum karşılıksız çek keşide etme suçunun Asliye Ceza Mahkemeleri iş yükünün önemli bir bölümünü oluşturmasından anlaşılabilir. Uygulamada karşılıksız çek keşidesi fiilleri son hızıyla devam etmekte, Asliye Ceza Mahkemelerinde sanıkların duruşmaya gelmemeleri veya ödeme yapacaklarından bahisle mehil istemeleri sonucu, hızlı yargılama yapılamamakta ve adalet gecikmektedir.

Aslında suç sayılan bir eylemin önüne geçilmesi tek başına ceza hükümleri ile sağlanamaz. Toplumun bilinç ve dürüstlük düzeyinin karşılıksız çek keşidesi fiillerine yön verildiğini söyleyebiliriz. Yapılması gereken öncelikle çekle işleyecek hesap açmak isteyen kişilerin bankalarca, aşırılığa varmayan bir titizlikle seçilmeleri daha sonra ise bankaların müşterilerine çek kullanımı hakkında bilgi vermeleridir (3167 Sayılı Kanun madde 2). Ancak, yine de her şeyi bankalardan beklemek yanlış olur. Çünkü, 3167 Sayılı Kanun'un ihtar, ihtarın tebliği, çek karnelerini iade zamanı gibi hükümleri açık olmadığı için çek karneleri zamanında iade edilmemekte, özellikle düzeltme hakkını kulla-



nan hesap sahibi çek keşidesine devam etmektedir. Yalnız, bunlardan daha da önemli olan, bankalar arasında bir bilgi ağı kurularak, karşılıksız çek keşide edenler hakkındaki bilgilerin her an her banka şubesinde "kolaylıkla" erişilebilecek bir bilgi deposunda hazır bulunmasıdır. Banka şubelerine yığın yığın gönderilen tebliğlerden, kime çek karnesinin verilmesinin uygun olacağını tespitine pratik imkân yoktur. TC. Merkez Bankası çatısı altında bütün bankaların bir bilgi ağı ile birleştirilmesi sadece çek açısından değil, ilerde çeklerden daha büyük problem yaratacak "kredi kartları" açısından da çok önemlidir. Bu konuda yapılması gereken çalışmaların bir an önce tamamlanması ve en önemlisi gereği gibi işlemesi sağlandıktan sonra karşılıksız çek keşidesi fiilleri biraz daha azaltılabilir. Kanun Koyucu, 3167 Sayılı Kanun'un cezaî hükümlerinin daha seri uygulanabilmesi için gerekli tedbirleri almak ve daha caydırıcı olmak açısından, hapis cezası ve yasaklar yanında para cezası da getirmek zorundadır.

Son olarak söylenmesi gereken nokta ise: 3167 Sayılı Kanun aslında, teferruata kaçmak istememiş ama açıklığın teferruat olmadığını gözden kaçırmıştır. Çek hakkında düzenleme yaparken, TTK.'nun çek ile ilgili hükümlerini hesaba katmayarak 3167 Sayılı Kanun ve TTK. hükümlerini bağdaştırmamıştır. Sadece TTK. hükümleri değil, Tebligat Hukuku ve İcra İflas Hukuku hükümleri de göz önüne alınmamıştır. Yapılması gereken, gerçekten yerinde hükümlerin de yer aldığı (mesela 2., 3., 8., 9., 10., 11 inci maddeler) bu yasanın ıslah edilerek, Türk Hukuk Sistemi içindeki diğer hükümlerle uyumlu hale getirilmesidir.

KISALTMALAR

<b>Batider.</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>CMUK.</b>	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>E.</b>	: Esas numarası
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>K.</b>	: Karar numarası
<b>m.</b>	: Madde
<b>MB.</b>	: Merkez Bankası
<b>MK.</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>RG.</b>	: Resmî Gazete
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TC.</b>	: Türkiye Cumhuriyeti
<b>TCK.</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>vb.</b>	: Ve benzeri
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>Y.</b>	: Yargıtay
<b>YKD.</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>3167 SK.</b>	: 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanun.

BİBLİYOGRAFYA

<b>Adalet Dergisi</b>	: 1988/3 Sayısının Eki: Karşılıksız Çek Keşide etme Suçu (Adalet Dergisi Eki).
<b>Akyazan, Sıtkı</b>	: Çekin Muhataba İbrazı Zorunluluğu ve Çekten Cayma, Batider, 1972, C.6, S.4, s.687.
<b>Arkan, Sabih - Göle, Celal</b>	: Karşılıksız Çeki Ödeyen Bankanın Keşideciden Talep Hakkı, Batider, 1983-1984, C.12, C.2, s.53.
<b>Atalan, Halûk</b>	: Hukukî ve Cezâî Açından Çek, Adalet Dergisi, Mayıs-Haziran 1990, S.3, s.37.
<b>Başaran, Ahmet</b>	: Karşılıksız Çek Vermek Suçu, Adalet Dergisi, 1985, S.5, s.85.
<b>Canbolat, Selahittin</b>	: Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 Sayılı Kanun ile İlgili Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 1985, S.2, s.287.
<b>Çamoğlu, Ersin - Tekinalp, Ünal</b>	: Türk Ticaret Kanunu, 5.bası, İstanbul 1986.
<b>Demirbaş, Timur</b>	: Karşılıksız Çek Keşidesinde Suçun İşlendiği Yer ve Zaman, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 1988, S.1, s.73.

- Domanıç, Hayri** : Karşılıksız Çek, İstanbul 1983.
- Donay, Süheyl** : Son Değişikliklerle Çek, Kırklareli-Vize 1990, 2.bası.
- Dönmezer, Sulhi** : Karşılıksız Çek, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1977, S.1-4, s.303.
- Erdoğan, Serdar - Esmerok, Fikret** : Çek Kullanımı Kanunu, İzmir Eczacılar Odası Bülteni, 1986, S.5, s.21.
- Erem, Faruk** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.4, 3.bası, Ankara 1985, (Ceza Özel).
- Erem, Faruk** : Karşılıksız Çek Suçunun Hukuksal Niteliği, Batider, 1974, C.7, S.4, s.901 (Karşılıksız Çek).
- Erem, Faruk** : Çek Kanunu ve Karşılıksız Çek, Yargıtay Dergisi, C.12, S.4, s.410 (Çek Kanunu).
- Eriş, Gönen** : Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Kıymetli Evrak ve Taşıma, C.2, Ankara 1988.
- Erman, Sahir** : Karşılıksız Çek, Batider, 1981, C.11, S.2, s.119.
- Göle, Celal** : Çek Hukuku, Ankara 1989.
- Gürbüz, A.Hulusi** : Yargıtay Uygulaması Işığında Ticarî Senetlerin İptali Davaları ve Ticarî Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1988.
- Güven, Mustafa** : Kusurlu Karşılıksız Çek ve Karşılıksız Çek Suçu, Yargıtay Dergisi, 1988, C.14, S.3, s.238.
- Hafızoğulları, Zeki** : 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanununun 16. Maddesinde Öngörülmiş Olan Suçun Sınırları, Batider, 1988, C.14, S.4, s.21.
- İnan, Nurkut** : Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981 (Çek Rizikoları).
- İnan, Nurkut** : Özel Hukukta Karşılıksız Çek Kavramı, Batider, 1981, C.11, S.2, s.95 (Karşılıksız Çek).
- Kalpsüz, Turgut** : Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahlili, Batider, 1981, C.11, S.2, s.33.
- Karakaya, Selahittin** : Karşılıksız Çek, Ankara 1986.
- Kes, Kamil** : Çeklerde Hukukî ve Cezaî Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi, 1985, S.4-5, s.344.
- Kınacıoğlu, Naci** : Kıymetli Evrak Hukuku, 3.bası, Ankara 1987.
- Küçükbayrak, A.Adnan** : Karşılıksız Çek İlgili Bazı Meseleler, Malî Hukuk, 1988, S.16, s.25.
- Oğuzoğlu, A.Çetin** : Uygulamada Bono ve Çek Sorunları, İstanbul 1988.
- Öztan, Fırat** : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976.
- Poroy, Reha** : Kıymetli Evrak Hukuku, 11.bası, İstanbul 1989.
- Reisoğlu, Seza** : Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 2.bası, Ankara 1985.
- Sarıduman, Ünal** : 3167 Sayılı Yasa ile İlgili Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988, S.2, s.234.



- Selçuk, Sami** : Çek Keşidesinin Koşulları ve Karşılıksız Çek, Adalet Dergisi, 1974, S.4-5, s.259.
- Şener, Oruç Hami** : Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemini 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. Maddesi ile Cezalandırmak Mümkün müdür?, Ankara Barosu Dergisi, 1988, S.2, s.239.
- Tandoğan, Halûk** : Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkardıkları Sorunlar, Batider, 1981, C.11, S.2, s.63.
- Tandoğan, Halûk** : Sonraki Tarihli Çekler ve Ticaret Kanunu ile 3167 Sayılı Kanun Açısından Ortaya Çıkardıkları Sorunlar, Ankara 1985.
- Teoman, Ömer** : Çek Yasası ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1987.
- Tümerkan, Somay** : Dolandırıcılık Suçu, İstanbul 1987.
- Uyar, Talih** : Karşılıksız Çek Vermek (Keşide Etmek) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 1987, S.5-6, s.671.
- Yılmaz, Duran** : Çekin Hukukî ve Cezai Açısından İncelenmesi, Adalet Dergisi, 1989, S.6, s.75.
- Yüksel, Ali Said** : Karşılıksız Çek, Batider, 1963, C.2, S.1, s.38.

## TÜRK İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞAN ÇOCUKLAR

Doç. Dr. Mine MANGIR (\*)  
Aysel KÖKSAL (\*\*)

Türk İş Hukuku'nda 20.06.1977 tarihine kadar çıraklarla ilgili özel bir yasa yoktu. Bu tarihte çıkan 2089 sayılı Çırak, Kalfa ve Ustalık Yasası'na kadar çıraklık konusu bazı kanunlarda yer alan hükümlerle düzenlenmekteydi.

Umumi Hıfzıssıhha Yasası'nda çocuklar ve kadınların güvenliğine ait önemli hükümler bulunmaktadır. Yasada çocuk işçiler iki gruba ayrılmaktadır. Birinci gruptakiler 12 yaşından küçük olanlardır ve bunlar fabrika ve imalathaneler gibi her türlü sanayi müesseseleri ile maden işlerinde amele ve çırak olarak çalıştırılmazlar. İkinci gruptakiler ise 12-16 yaşları arasındakilerdir ve bunlar günde sekiz saatten fazla çalıştırılmamalıdır. 12-16 yaşları arasındaki çocukların saat 20.00'den sonra çalıştırılmaları da yasaklanmıştır (Berki, 1980; Uysal, 1982; Ilıcak, 1986; Akbaş, vd. 1990).

Bu yasaya göre, mahalli belediyelerce bar, kabare, dans salonları, gazino ve hamamlarda 18 yaşından küçük çocukların çalışması yasaklanabilmektedir (Gökçe, 1983).

Umumi Hıfzıssıhha Yasası çocuklar ve gençlerin iş güvenliği konusunda yetersiz olmakla birlikte, zamanın koşullarına göre oldukça ileri sayılabilecek ilk adımları atmıştır (Centel, 1982).

Borçlar Kanunu'na göre hizmet akdi hakkındaki hükümler çıraklık akdine de uygulanır. Çıraklık akdi bir işletme sahibi tarafından bir kimseye (çırağa) belirli bir sanat öğretmek ve mesleki gelişmelerine yardım etmek vaadine karşılık bu kimsenin işletme sahibine bir ücret verme ya da işinde çalışma gibi borçlar altına girmesinden doğan bir akittir. Burada önemli olan çırağa bir sanatı ya da mesleği öğretmek ve bu alanda gelişmesini sağlamaktır. Uy-

(\*) Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesi Ev Ekonomisi Yüksek Okulu Çocuk Gelişimi Anabilim Dalı.

(\*\*) Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesi Çocuk Gelişimi Doktora Öğrencisi.

gulamada 18 yaşından küçük birçok işçi, çırak adı altında çalıştırılmaktadır. Yargıtay bu kişilerin çırak sayılabilmeleri için çırak adı altında çalıştırılmalarının yeterli olmayıp aynı zamanda belirli bir mesleği öğrenmek açısından gerekli bilgi ve tecrübeyi sağlamak amacıyla işyerine alınmış olmaları aranmaktadır (Berki, 1980; Çelik, 1985).

Bu yasaya göre usta çırağa sanatı olanca dikkat ve özenle öğretmek zorundadır. Usta, çırağın zorunlu derslerine devamına, mesleğine ait okul ve kurslara gitmesine ve çıraklık sınavlarına girmesine izin vermelidir (Süzek, 1986).

Sinai Müesseselerde ve Maden Ocaklarında Mesleki Kurslar Açılmasına Dair Kanun'un birinci maddesine göre, gündelik ortalama yüzden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde kurslar açılmalıdır. Kanunla, iki kilometre mesafede bulunan ve her biri yeteri kadar yani en az yüz işçi çalıştırmayan işletmelerin de kurslar açabilmesine olanak tanınmıştır. Kurslara devam zorunludur. Mazeretsiz kursa gitmeyenlerden, gitmediği her gün için gündeliğinden yarısını geçmeyecek şekilde kesinti yapılabilir. Bir ayda beş gün devamsızlık yapanların görevine son verilir. Kurslara devam edip sınavda başarısız olanlar aynı işyerinde çalıştıkları takdirde bir sonraki yılda derslere devam etmek zorundadırlar. Kurs masraflarının tamamının işyeri sahipleri tarafından karşılanması öngörülmektedir. Kanunun yedinci maddesinde, tüzüğün ilanından itibaren üç ay içerisinde kurs açmayanlara para cezası, tekrarı durumunda ise, işyerinin kapatılması cezasının verilebileceği belirtilmektedir (Uysal, 1982; Gökçe, 1983; Akkutay, 1991).

İş Kanunu çeşitli düzenlemelerle değişikliklere uğramıştır. Çocukların çalışma koşulları ve çalışma yaşına ilişkin hükümlerde hemen hemen bir değişiklik olmamıştır. 1475 sayılı İş Kanunu'nda çocukların çalışma yaşı 15 olarak belirlenmiştir. Ancak bu yaş sınırı, çocukların sağlıklı bir gelişmelerinin olması, işin çocuğun okul, mesleki eğitim ve mesleğe yönelme programlarına veya öğrenimden yararlanma yeteneklerine zarar vermeyecek şekilde hafif olması durumlarında 13'e indirilebilmektedir (Talas, 1979; Akbaş, vd. 1990).

16 yaşından küçük işçilerin, hangi işte olursa olsun günde 8 saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Bunlardan ilkokula gienlerin iş sürelerinin, okul saatlerine engel olmayacak biçimde düzenlenmesi gerekmektedir ve ders saatleri 8 saatlik iş süresinden sayılmalıdır (Centel, 1982).

18 yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların maden ocakları



ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında yapılan işlerde çalıştırılmaları yasaktır. Sanayiye ait işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek çocuklarla her yaştaki kadınların gece çalıştırılmaları da yasaklanmıştır. 16 yaşını doldurmamış çocuklar, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Hangi işlerin ağır ve tehlikeli olduğu Çalışma ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca hazırlanarak bir tüzükte gösterilir.

13-18 yaşları arasındaki çocukların herhangi bir işe alınmadan önce bir hekim kontrolünden geçmesi gerekmektedir. 18 yaşını dolduruncaya kadar en az 6 ayda bir aynı şekilde doktor muayenesinden geçirilerek, o işe devamlarında bir sakınca olup olmadığının kontrol ettirilmesi gerekmektedir (Centel, 1982; Gökçe, 1983; Ilıcak, 1986; Tiryakioğlu, 1991).

Çıraklık, Kalfalık ve Ustalık Yasası, 507 sayılı Kanun'a tabi işyerleri ile 5590 sayılı Kanun'a göre kurulmuş olan mesleki teşekküllere kayıtlı işyerlerine ve bu işyerlerinde çalıştırılan çırak, kalfa ve ustalara uygulanmaktadır. Bu kanuna göre, çırak çalıştırmak isteyen işyeri sahibi ya da kanun temsilcisi, alacağı çırak adaylar için mahalli çıraklık eğitim komitesine 7 işgünü içinde bilgi vermekle yükümlüdür. Çırağın teorik ve pratik öğrenim programına devam edebilmesi için çırak yada velisi ile işveren arasında çıraklık sözleşmesi imzalanmalıdır. Çırak olabilmek için en az 12, en çok 18 yaşında olmak ve seçtiği sanatın gerektirdiği vasıflara sahip olmak gerekmektedir. Çıraklık sözleşmesinden sonra 18 yaşının doldurulması durumunda çıraklık sözleşmesi devam edecektir. İşyeri sahibi, çırağa işe başladığı günden itibaren İş Kanununca tespit edilen asgari ücretin en az %30'unu vermekle yükümlüdür. Ücrette, her 6 ayda bir çırağın ücretinin en az %5'inden az olmamak koşulu ile kademeli olarak artış olmalıdır. İşyeri sahipleri, çıraklara bir sene öğrenimden sonra yılda bir ay ücretli izin vermek zorundadır (Gökçe, 1983; Çelik 1985; Akkutay, 1991).

Bu yasada, çırak olabilme koşulları, çıraklık sözleşmesi, tarafların karşılıklı görev ve yükümlülükleri ve yasaların ilgili hükümlerine uyulmadığı zaman getirilen ceza yaptırımlarını tanımlamaktadır (Akbaş, vd. 1990).

Çıraklık ve Mesleki Eğitim Kanunu 1986 yılında kabul edilmiştir. Kanunun amacı, çırak, kalfa ve ustaların eğitimi ile okullarda ve işletmelerde yapılacak mesleki eğitime ilişkin esasları düzenlemektir. Aday çırak ve çıraklar mesleğin özelliğine göre haftada 8 saatten az olmamak üzere 10 saate kadar genel ve mesleki eğitim görürler. Bu eğitime katılabilmeleri için çıraklara

ücretli izin verilmelidir. 507 sayılı Kanuna tabi işyerleri Bakanlıkça tespit edilecek illerde ve meslek dallarında 18 yaşını bitirmemiş kişiler çıraklık sözleşmesi yapmadan çalıştırılmazlar.

Bu Kanunla birlikte bir takım özendirici tedbirler getirilmiştir. Bu tedbirlerden bazıları şunlardır: Aday çırak ve çıraklar öğrenci statüsüne kavuşturulmuştur; aday çırak, çırak, kalfa ve ustaların eğitimleri sırasında kazandıkları bilgi ve beceriler, meslek liselerine geçişte değerlendirilebilecektir; işyeri açma, ustalık belgesi esasına bağlanmış, kalfalık ve ustalık belgelerine iş yaşamında geçerlilik kazandırılmıştır (Anonymous, 1987; Anonymous, 1991a).

#### KAYNAKLAR

- AKBAŞ, U., ve BERBEROĞLU G., 1990** : Sitelerde Mobilya İş Kolunda Çalışan Çıraklara 3308 sayılı Yasayla Getirilen Yeniliklerin İncelenmesi. H.Ü. Sosyal Hizmetler Y.O. Yayınlanmamış Lisans Tezi. Ankara.
- AKKUTAY, Ü., 1991** : Türkiye'de Çıraklık Eğitimi. Erek Ofset. Ankara.
- ANONYMOUS, 1987** : Çıraklık Eğitimi ve Yapılan Çalışmalar. Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı. Çıraklık ve Yaygın Eğitim Genel Müdürlüğü. Ankara.
- ANONYMOUS, 1991** : Apprenticeship Training Republic of Turkey. Ministry of National Education. General Directorate of Apprenticeship and Nonformal Training.
- BERKİ, N., 1980** : "Türk İş Hukukunda Genç İşçiler". Genç İşçilerin Sorunları Semineri. Sayfa: 51-56. II. Baskı. Türk-İş Yayınları: 135. Ankara.
- CENTEL, T., 1982** : Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği. İstanbul Üniversitesi Yayınları: 3041. Hukuk Fakültesi. No: 677. Doktora Tezi. Fakülteler Matbaası. İstanbul.
- ÇELİK, N., 1985** : İş Hukuku Dersleri 7. Baskı. M.Ü. Eğitim ve Yardım Vakfı. No: 85. İstanbul.
- GÖKÇE, B., 1983** : Cumhuriyet Döneminde Çocuk ve Gençlere Ait Yasal Düzenlemeler ve Yayınlar. Gençlik ve Spor Bakanlığı: 01-89. Ankara.
- ILICAK, S., 1986** : "Genç İşçiler ve Sağlık Sorunları". Genç İşçilerin Sorunları ve Çözüm Yolları Ulusal Sempozyumu. 3-5 Şubat 1986 - Balçova-İzmir. Sayfa: 88-92. Türk-İş Yayınları: 169.
- SÜZEK, S., 1986** : Temel İş Yasaları. I. Baskı. Savaş Yayınları. Feryal Matbaa

- cılık San. ve Tic. Ltd. Şti. Ankara.
- TALAS, C., 1979** : Çocuklara Bakış Açısı. Balıkesir Merkez Yetiştirme Yurdunun Kalkındırma Derneği Yayınları. I. Erdini Basımevi ve Yayınevi. İstanbul.
- TİRYAKİOĞLU, B., 1991** : Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı. Bilim Serisi: 6 - Ankara.
- UYSAL, M., 1982** : Çıraklık Eğitimi. A.Ü. Eğitim Bilimleri Fakültesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara.



## TAŞINMAZ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARI

Levent YAVUZ (\*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** 1- Giriş. 2- Türk eski eserler hukukunun tarihçesi. 3- Korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları. 4- Koruma alanı. 5- Tespit ve tescil. 6- Eski eserlerin zamaşımı ile kazanılamayacağı ilkesi. 7- Sonuç.

### 1- GİRİŞ

Tarih kültür ve tabiat varlıkları bakımından son derece zengin mal varlığına sahip olan ülkemizdeki bu zenginliği korumak ve gelecek kuşaklara aktarmak hepimizin görevidir. Bu yalnızca bir vatandaşlık ödevi değil, aynı zamanda bilime hizmet ve insanlık gereğidir. Çünkü, bu gibi değerler geçmişten günümüze ve geleceğe köprü kuran uluslararası kültür birikimleridir.

Günümüzde, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasının önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Bu konu, asıl inceleme alanı olan Eski Eserler Hukukunun (EEH) yanısıra, hızla gelişmekte olan Çevre Hukukunun da esaslı ilgi alanında bulunmaktadır. Ayrıca eski eserler Anayasa'nın 63 üncü maddesi ile Anayasa Hukuku ve Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ceza Hukuku ve Ticaret Hukuku ile bağlantılıdır (1).

EEH'nun uğraş alanı, Tarih, kültür ve tabiat varlıklarıdır. Bu nedenle yazımızın bundan sonraki bölümünde eski eserler (kısaca ee'ler) olarak anılacaktır. Ancak şunu hemen belirtelim ki, bu gibi eserlerin mutlaka eski olması gerekmez. Gelecek kuşaklara olduğu gibi aktarılmasında kamu yararı bulunan varlıklar yeni olsa bile ee kapsamında değerlendirilip, koruma altına alınabilir (2).

Yazımızda, taşınmaz ee'lerin zamaşımı ile kazanılamaması hususu incelenecektir.

### 2- TÜRK EEH'nun TARİHÇESİ

İlk kez, 1869 yılında, Asar-ı Atika Nizamnamesi (AAN) adlı bir EEK

(\*) Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.

(1,2) Geniş bilgi için bkz., Umar B., Çilingiroğlu A., Eski Eserler Hukuku, s.4-5 ve s.41-42.

yürürlüğe kondu. Gerçekten, 1908 öncesinin "Nizamname" adını taşıyan metinleri, bugünkü anlamda "Tüzük" değildir ve yasa değerindedir; bunu, hem de (daha sonraki, 1906 tarihli) Asar-ı Atika Nizamnamesine ilişkin bir davada, Anayasa Mahkemesi açıkça belirtmiştir (\*). 1874'de bunun yerine bir yenisi, 1884'te de onun yerine daha yenisi yürürlüğe kondu. 1906 yılında ise, uzun süre yürürlükte kalacak olan son Asar-ı Atika Nizamnamesi çıkarıldı. Bu metinde taşınmaz ee'lerin korunmasına ilişkin kurallar yeterli olmadığı için, 1972 yılında ayrıca bir "Muhafaza-i Abidat Nizamnamesi" yürürlüğe kondu. Adı geçen nizamnamelerin her ikisi, 1973 yılına kadar uygulanmış ve ancak EEK yürürlüğe girince, EEK madde 53 ile kaldırılmıştır.

EEK (Eski Eserler Kanunu), 25.4.1973 tarihli ve 1710 sayılıdır. Oldukça uzun bir yasa idi; 55 maddesi vardı.

2863 sayılı "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)" 23.7.1983 günlü Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdi. Yeni yasa 76 maddelidir. Ayrıca geçiş döneminin bazı konularını düzenleyen 6 geçici maddesi vardır. Sonradan çıkarılan 3386 sayılı değişiklik yasası 2863 sayılı yasanın sonuna bir de "Ek Madde" getirmiştir (3).

### 3- KORUNMASI GEREKLİ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARI

KTVKK madde 5'e göre; taşınır ve taşınmaz ee'lerin tümü "devlet malı"dır. 1906 tarihli AAN madde 4 ve 1710 sayılı EEK madde 3'de de, özel mülkiyet konusu taşınmazlarda var olan (ya da ileride varlığı bilinecek olan) her çeşit ee'ler devletin malı sayılmıştır.

1710 sayılı EEK'nda, madde 1, fıkra 1, ee kavramını tanımlamış, fıkra 2'de taşınmaz ee'ler ve madde 3'te taşınır ee'ler üzerine uzun örnekler listesi vermişti (taşınmazlar listesi şimdi KTVKK madde 6'da, taşınır listesi de madde 23 bent a'dadır). Fıkra 4-9'da ise, taşınmaz ee'lerin bazı özel türleri olarak kabul edilen anıt, külliye, sit, tarihi sit, arkeolojik sit/ören yeri, tabii sit/ tabii anıt kavramları tanımlanmıştı. Yeni yasanın madde 3f.(a) bent (1)'deki tanımlamasına göre, şimdi kültür varlığı diye adlandırılan, EEK'nun ee diye andıklarından başka bir şey değildir, yani KTVKK anlamında kültür varlığı olan her nesne EEK anlamında ee'dir. (Bu bakımdan sit'in, ee'den ayrı salt bir coğrafik koruma alanı olduğu yanlışlığına düşülmemelidir. Yasanın madde 3 fıkra 5'te tanımlanan "koruma alanı"nın ne olduğu ve sit ile arasındaki farklılık ise aşağıda açıklanacaktır.)

Dolayısıyla, KTVKK, koruyucu kapsamı içinde aldığı kavramlar bakı-

(\*), AMK 6.7.1965, E.1965/16, K.1965/41.

(3) Umar B., Çilingiroğlu A., age., s.1-11 ve s.43.

mından, daraltıcı ya da genişletici bir değişiklik getirmemekte, yalnızca EEK'nun ee kavramını ikiye bölmektedir (kültür varlığı ve doğa varlığı olarak).

Bir taşınmaz içindeki ee'in, KTVKK madde 5 ile Medeni Kanunun 618, 619 vd. maddelerindeki mülkiyete ilişkin hükümleri karşısındaki durumu incelediğinde:

Kimi yazarlarca, "ee'ler üzerinde buldukları arazi ile birlikte değerlendirilir ve devir temlikleri de birlikte olur" denilmektedir (4). Benzeri çağrışımlar yapılan deyimler KTVKK'da da (Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Malikleri vb.) bulunmaktadır.

Her ne kadar altında veya üzerinde ee bulunan taşınmazlardan özel mülkiyet konusu olanlar hakkında kişilerin kazanılmış hakları etkilenmemekte ise de (5); Devlet, kişiye taşınmazındaki eski eser üzerinde çok sınırlı kullanma yetkisi tanımaktadır. Bu tasarruf da yine devletin izni ölçüsünde yapılabilir (KTVKK madde 11). Bu nedenle gerek kamu hukuku tüzel kişilerinin özel mülkiyete tabi taşınmazlar, gerekse özel mülkiyete tabi taşınmazların devri halinde; üzerinde veya altında bulunan ee'ler alıcıya geçmemektedir. Bu nedenle az önceki görüşe ve KTVKK'ndaki "taşınmaz ee'lerin maliki" türünden deyimlere katılamıyoruz (6).

Devletin de ee'leri satma yetkisi kesinlikle yoktur. Bu nedenle yasadaki "Devlet malı" deyimini; devletin hüküm ve tasarrufu altındaki sahipsiz mal olarak anlaşılması uygun olur (7).

Şimdi özel mülkiyet konusu bir arazi üzerinde, devlet malı niteliğinde bir ee bulunması halinde ne olacağı sorusuna gelince:

Taşınmaz ee'ler devlet malı olmakla birlikte, bunları içeren taşınmazın kendisi sırf bunları içeriyor diye devlet malı durumuna girmiş olamaz. Buna ilişkin bir Yargıtay kararında da şöyle denilmektedir:

"Mahzenin mücerret asar-ı atikadan madut olması, Hazine adına tescilini icap ettirmeyip bu mahzenin üzerinde bulunan gayrimenkullerin usulüne tevkiifan istimlaki halinde mahzen bedelinin istimlak bedeline katılmamasının icap ettireceğine..." (8).

KTVKK madde 11, fıkra 1, cümle 2'de bulunan; "korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları ile bunların koruma alanı, zilyetlik yoluyla iktisap edilemez" kuralını bu çerçevede içinde anlamalıdır. Bu kural, özel mülkiyetteki taşınmazın sırf üstünde ya da altında ee (örnekleri KTVKK madde 6'da belirtilmiştir) var

(4) Karagözoğlu H.F., Eski Eserler Hukuku, s.21-22.

(5) Yargıtay 7.HD., E. 983/10125, K. 983/12823, T. 13.9.1983.

(6) Geniş bilgi için bkz. Umar B., Çilingiroğlu A., age., s.73 vd.

(7) Oktay S., Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması. s.58.

(8) Yargıtay HGK 9.1.1952, E.1/9, K.4



diye, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülk edinilmesi engellenemez. Bu söylenen, hem Medeni Kanun madde 638'deki adi zamanaşımı, hem de Medeni Kanun madde 639'daki olağanüstü zamanaşımı için doğrudur (9).

Öte yandan, tarihsel çevre sorunuda gözardı edilemez. Taşınmaz ee'lerin imkânların elverdiği ölçüde çevresiyle birlikte korunması şarttır. Aksi durumda sözü geçen eserlerin geçmişi yansıtan özelliği geniş biçimde yok olur. Tek tek belki tam anlamı ile taşınmaz ee sayılamayacak yapılar, hep birlikte bize sosyal, mimari ve tarihsel özellikleri yansıtabilirler (10).

Aynı konudaki bir Yargıtay kararında da: Antik saha ve arkeolojik sit alanı içinde etrafı tarihi eserlerle çevrili taşınmazda ee bulunduğu bilinmese bile özel mülkiyetten söz edilemeyeceği belirtilmiş, dava konusu taşınmazın eski eserler ile dolu ören bölgesindeki külliyyeden soyutlanamayacağı hükme bağlanmıştır (11).

#### 4- KORUMA ALANI.

KTVKK madde 3 fıkra 5'de, "taşınmaz kültür varlıklarının muhafazaları veya tarihi çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu alan" olarak tanımlanmaktadır. Yine madde 8'e göre, koruma alanının tespiti ve karar alma yetkisi Koruma Kurulları'nındır. Bu kurullar tespit işleminde Koruma Yüksek Kurulu'nun (KTVKYK) ilke kararlarını gözönüne alırlar (KTVKK madde 9).

Her bir kültür yada tabiat varlığı için ayrılabacak koruma alanı, ayrı ayrı belirlenmek gerekir: İşte zaten bu yüzden yasa, "koruma alanı, korunacak nesnenin geometrik merkezini çevreleyen şu kadar metre yarıçaplı bir dairedir" türünden bir çözüm getirmeğe kalkışmamıştır (12).

Burada hemen şu açıklamayı yapmakta yarar bulunmaktadır. Yasadaki "koruma alanı" ile; "sit" tanımındaki "korunması gerekli alanlar" birbirinden tümüyle farklıdır. Koruma alanı'nın ee olması gerekmez, bu alan sadece çevrelediği taşınır veya taşınmaz nitelikteki ee'nin (höyük, kilise, kale yıkıntısı, heykel, mezarlar ya da asırlık bir çınar) muhafazası amacına hizmet eder. Sit olarak tanımlanan korunması gerekli alanı ise; 1710 sayılı EEK madde 1 fıkra 6'daki tanımıyla:

"Homojen oluşları ve özellikleri; tarihi estetik, artistik, bilimsel, ekolojik, etnoğrafik, edebi veya efsanevi önlemleri bakımından korunmaları ve değerlendirilmeleri gereken, tabiatın veya tabiatla insanların müşterek eseri olan topoğrafik bölgelere (yeryüzü parçalarına) sit denir."

(9) Umar B., Çilingiroğlu A., age., s.86-89.

(10) Mumcu A., EEH ve Türkiye, A.Ü. HFD 1971, s.41-76.

(11) Yargıtay 1.HD. 15.11.1978, E.1978/11872, K.1978/11937.

(12) Umar B., Çilingiroğlu A., age., s.143.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında da sit'in bir taşınmaz ee olduğu belirtilmiş, tarihi, arkeolojik, tabii sit tanımları yapılarak bunların bütünü ile korunmasının esas olduğu açıklanmıştır.

Görüldüğü gibi taşınmaz kültür ve tabiat varlığı taşınır ee'de olabildiği halde; sit, tüm olarak korunmasında kamu yararı olan bir taşınmaz ee'dir. Dolayısıyla, yasa koyucu zaten bir yeryüzü parçası olan sit'e bir de ayrı "koruma alanı" tesisine gerek görmemiştir. Buna ek olarak, zaten tescilli bir sit alanı içinde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının durumuna gelince; bu varlıklar tarihsel ya da doğal bir koruma alanı içinde olacaklarından, bunlara bir daha madde 3 fıkra 5 anlamında bir "koruma alanı" tesisi de gerekmez.

Koruma Kurulu ve Yüksek Kurulu kararları idari yargı denetimine tabidir. Bu kurullarca yapılan tespit, izin vb. işlemler aleyhine İdari Yargıya dava açılabilir. Adli Yargıda görülmekte olan bir davada; "ee olup olmadığının saptanmasında devlet kurullarının görüşü alınmalıdır (13)". Ancak, Adli Yargının kurul kararının yerinde olup olmadığını bir ara sorun olarak denetleme yetkisi bulunmamaktadır (14).

### 5- TESPİT VE TESCİL

KTVKK madde 7, ee'nin tesbit yetkisini Kültür Bakanlığına (kastedilen bu Bakanlığa bağlı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu Başkanlığı'dır - KTVKB), tesbiti onaylayıp tescil kararı verme yetkisini de KTVKYK'na (3386 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, bölgesel Koruma Kurulu'na) tanımakta, ayrıca bunlara ilişkin işlemlerin yürütülmesi yöntemine değinmektedir.

7 nci maddeye göre tesbit ve tescil işleminin yapılmasında, taşınmaz kültür ve tabiat varlığının tapuya kayıtlı olması şart değildir (15). Bir ee olarak sitler de tescile tabidir.

### 6- TAŞINMAZ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ ZAMANAŞIMI İLE KAZANILAMAMASI

KTVKK madde11 I. fıkra 2 nci cümlesi ile, ee'ler ve bunların koruma alanlarının zilyetlikle kazanılamayacağı hükmü; eski 1710 sayılı Yasada bulunmamakta idi. Sözü geçen hüküm yeni olmakla birlikte; bu yasadan önce de gerek 766 sayılı Tapulama Yasası madde 33/6 ve gerekse onu yürürlükten kaldıran 3402 sayılı Kadastro Yasası madde 18/2'de de aynı hüküm mevcut bulunmaktadır.

(13) Yargıtay HGK 6.12.1978, E.77/1-148, K.78/1057

(14) Geniş bilgi için bkz. Umar-Çilingiroğlu, age., s.315-316.

(15) Geniş bilgi için bkz. Umar B., Çilingiroğlu A., age., s.137-139.

Hukuk mahkemesinde Medeni Kanun madde 639'a dayalı olarak görül-  
mekte olan bir davada; taşınmazın kültür ve tabiat varlığı olması ihtimali  
mevcut ise; mahkemenin bu sorunu kendi atayacağı bilirkişi aracılığıyla  
çözümlemesi olanaksızdır. Yargıç bir ara sorun (16) niteliğindeki bu durumun  
çözümlemesi için Kültür Bakanlığı'na yazı yazarak, oradan istiyecektir.  
Bakanlıktan tesbit ve Koruma Kurulundan tescil kararı çıkınca, mahkeme o  
araziye devlet malı niteliğinde sayabilecek, açılan davayı reddedebilecektir  
(17). Bu husustaki bir Yargıtay kararında da; tescilli bulunan bir höyüğün,  
korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı özelliği gösterdiğinden dolayı  
zilyetlikle edinilemeyeceği açıklanmıştır (18).

KTVKK madde 3'de "koruma alanı" ile "sit" tanımı ayrı ayrı yapılmıştır.  
Uygulamada, yasanın madde 11, 1 inci fıkra, 2 nci cümlesinde belirtilen  
"koruma alanı" deyiminin madde 3'deki tanımı içerdiği, böylece "sit alanları-  
nın" zilyetlik ile edinilmesine bir engel bulunmadığı sorusu akla gelebilmekte-  
dir.

Umar ve Çilingiroğlu, yazımızda çok yararlandığımız eserlerinde "sit"  
tanımını şöyle yapmaktadırlar:

Sit, özelliklerini ister doğaya, ister doğayı insan emeğinin az ya da çok  
işlemesine bağlı olsun; tarihsel bilimsel ve benzeri yönlerden taşıdığı özellikler  
nedeniyle tüm olarak korunup değerlendirilmesinde kamu yararı bulunan  
yeryüzü parçasıdır.

KTVKK madde 3'de de sitin korunması gerekli alan olduğu hükme  
bağlanmıştır. Buradan da açıkça anlaşılacağı üzere sit'ler; kültür ve tabiat  
varlıkları gibi bir ee türü olarak zilyetlikle edinilemeyen alanlara dâhildir.

Nitekim, bir Yargıtay kararında da son derece açık olarak, sitlerin  
korunması gerekli alanlar olduğundan zilyetlik yoluyla kazanılamayacağı  
belirtilmiştir (19).

Burada, uygulamadaki bir noktaya daha değinmek gerekmektedir.  
Hukuk mahkemeleri, önlerindeki davada Bakanlık (KTVKB) mütalâası ile  
yetinmekte, şayet bu yerin taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olduğu bildirilmiş  
ise; açılan davayı reddetmektedirler. Tabiat ve Kültür varlıkları ile sitlerin  
sadece tespit ile yetinilmemesi ve Kurulca taşınmazın bölgesel kütüğe de  
tescil edilmesi, ayrıca tapuya kayıtlı ise kaydına şerh verilmesi gerekir. Bu  
işlemlere karşı ise idari yargı yolu açık olup, sözü geçen tespit ve tescil işlemi  
ancak idari yargı yoluyla ortadan kaldırılabılır. Nitekim bir Yargıtay kararında  
da mahkemenin; Bakanlık'tan tespit ve Yüksek Kuruldan tescil kararını iste-

(16) Bkz. yukarıda s.6, dipnot (14).

(17) Umar B., Çilingiroğlu A., age., s.139.

(18) Yargıtay 8.HD., E.1989/8731, K.1990/5478, T. 3.4.1990.

(19) Yargıtay 8.HD., T. 24.2.1992, E.1992/591, K.1992/3567.



mesi, koruma alanının haritaya bağlanıp itiraz süresi de beklendikten sonra, kesinleşen kültür ve tabiat varlığının hazine adına tescili ile beyanlar hanesine şerh verilmesi gereği belirtilmiştir (20).

İşte ee'lerin tescil işlemini ve bu işleme karşı tarafların İdari Yargıya başvuru sürelerini beklemeksizin, dava konusu yerin taşınmaz ee veya sit alanı olduğuna dair görüş ile dava olumsuz sonuçlandırıldığı takdirde, bir bakıma, Hukuk Mahkemesince; İdari Yargı yolu önlenerek görev tecavüzü ortaya çıkmaktadır. Bunun önüne geçilebilmesi için, Hukuk Mahkemesini, Bakanlığın olumlu görüşünün ardından taşınmaz ee'nin ve sit alanının KTVKK madde 7 ve madde 57 uyarınca tescil işleminin yapılmasını beklemeli ve bu işleme karşı İdari Yargıya başvurduğu takdirde de; görevli mahkemenin kararını beklemelidir.

## 7- SONUÇ

Kültür ve Tabiat Varlıkları tanımı KTVKK madde 3'te ayrı ayrı yapılmış ve yine aynı maddede bunların sağlıklı olarak korunabilmeleri için bir koruma alanı tanımı da getirmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu koruma alanının ee olması gerekmemektedir. Ancak yasa koyucu ee'lerin muhafazaları için bu alanı gerekli görüp, yasanın 11 inci maddesi ile de zilyetlikle kazanılmasını yasaklamıştır. Sit'ler de, kültür ve tabiat varlıkları gibi ayrı tanımlanmış ise de, açıklandığı üzere sit; bir kültür ve tabiat varlığı gibi ee türüdür ve yeryüzü parçası olduğundan, kendisi korunması gerekli bir alandır. İşte bu nedenledir ki; sitlerde madde 11'de belirtilen zilyetlikle kazanılamayan yerlerdendir. KTVKK 17 nci maddesindeki koruma amaçlı imar planından maksat, yasanın "kazanılmış haklara saygı" ilkesinden hareketle, sit alanı olarak tespit ve tescil edilmiş alanlarda, üzerinde özel mülkiyet tesis edilmiş taşınmazlar da dahil olarak, sit alanının özelliğini ve bütünlüğünü bozacak inşaat vb. yapılaşmaları önlemek ve kontrol edebilmek içindir. Bu alanda bulunan tapulu taşınmazların, tapu kayıtlarının beyanlar hanesine ee şerhi verilir ve daha önce açıklandığı üzere kişilere, kısıtlı olsa bir tasarruf olanağı sağlanır. Ancak kesinleşmiş bir sit alanında Medeni Kanun madde 639'a dayanan bir davanın dinlenilmesi olanağı KTVKK madde 11 hükmü nedeniyle yoktur. Aynı şekilde Hazinesinin de, bu alanda tapulu taşınmaz sahibi aleyhine, taşınmazın sadece bir bölümünde ee bulunduğu bahisle, iptal davası açmaması gerekir.

Hukuk Mahkemelerince, kültür ve tabiat varlıkları ile sit'lerin tespitine ilişkin mütalâa ile yetinilmeyip, bu gibi yerlerin tescil edilip edilmediğini de

(20) Yargıtay 16. HD. T. 12.3.1992, 9883-4237 (Bu karara, yerel mahkemenin direnmesi üzerine; HGK T.2.12.1992 16-669/715 sayılı kararında, sitlerin zilyetlikle edinilebilecek alanlar olduğu belirtilmiştir ki; açıklamaya çalıştığım nedenlerle, bu görüşe katılamıyorum.

araştırmaları; bu sağlanmış ve işlem aleyhine idari yargıya başvurulmamış ise davanın reddine karar vermeleri ya da taşınmazın ee niteliğiyle hazine adına tesciline karar vermelerinin daha uygun olacağı kanaatindeyim.

#### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Karagözoğlu H.F., Sönmez İ., Karagözoğlu T.** : Taşınır, Taşınmaz Eski Eserler Hukuku, Ankara. 1989.
- Mumcu A.** : Eski Eserler Hukuku ve Türkiye, A.Ü. HFD 1971, C.28, N.1-4, Ankara.
- Oktay S.** : Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990.
- Umar B.,Çilingiroğlu A.** : Eski Eserler Hukuku, Ankara 1990.

## MİRAS HUKUKU

Çeviren  
Dr. Kemal DAYINLARLI (\*)

**Federal Mahkeme'nin İkinci Dairesi'nin Bayan (M.) ve dava arkadaşlarına karşı (B.)'nin açtığı davada (karar düzeltmesi) suretiyle 23 Mayıs 1991 tarihinde verdiği hükmün özeti:**

*Medeni Kanun 8, 16, 467, 519/1. bent 1. Akıl hastalığından rahatsız bir şahıs tarafından el yazısı ile yazılmış bir vasiyetnamenin geçerliliği.*

1. Ölüme bağlı geçerli tasarruf ehliyeti: Uygulanabilir ilkeleri hatırlatma, (gerekçe 2).

2. Bu davada, belirleyici an için, temyiz kudretini haiz vasiyet ehliyetsizliği yeterli belirginlikle ispatlanmış değildir (gerekçe 3b).

### Gerekçelerin Özeti

2. Geçerli olarak bir vasiyet suretiyle tasarrufta bulunabilmek için temyiz kudretini haiz olmak gerekir (MK. m.467); akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle (MK.m.16) mantıklı olarak hareket edemeyen kişi tasarruf ehliyetinden mahrumdur; muamelenin yapıldığı esnada tasarruf ehliyeti bulunmayan bir kimse tarafından yapılan ölüme bağlı bir tasarruf iptal edilebilir (MK. m.519/1, bent 1).

a) İsviçre Medeni Kanunu anlamında mantıklı olarak hareket edebilme yeteneğine sahip olan kimse temyiz kudretini haizdir (MK. m.16). Bu şekilde belirlenen temyiz kudreti iki unsuru içerir: Fikri unsur, belli bir muamelenin anlamını, sebep ve sonuçlarını değerlendirme yeteneği ve iradi veya karaktere has bir unsurdur. Bu da kişinin serbest iradesine göre, mantıklı bir anlayış içinde hareket etme yeteneğidir (ATF 111 V 61 consid. 3a, 90 II 11/12 consid. 3, 77 II 99/100 consid. 2; cf. GROSSEN, Les personnes physiques, traité de droit civil suisse, II/2, p.36; DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physi-

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından.

KAYNAK: Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse Recueil Officiel 117, Volume II. Partie Droit Civil, Pages: 231-238.



ques et tuelle, 2e éd. p.22, n.79-81; WERRO, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, Fribourg, 2e éd., 1986, p.28 ss. n.144-174). Bundan fazla, İsviçre hukukunda temyiz kudreti nispidir: Soyut olarak değil, somut olarak belli bir muameleye, onun niteliğine ve önemine göre değerlendirilmelidir (ATF 10 II 276 consid 3 102 II 367/368 consid 4), muamelenin yapılışı esnasında istenilen yetenek mevcut olmalıdır (ATF 111 V 61 consid. 3a, 108 V 128 consid. 4b, 90 II 12, consid. 3; SJ 1988 p.286; cf. GROSSEN, op. cit., p.38; DESCHENAUX/STEINAUER, op. cit., p. 22/23, n. 82/82a; WERRO, op. cit., p. 38/39, n. 194/195).

Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti söz konusu muamelede veya yapıldığı esnada mevcut olmalıdır. Söz konusu muameleye göre veya muamelenin yapıldığı anda mevcut olmalıdır. (ATF 44, 2, 118; ss; TUOR n. 2 art. 467 cc). Bu belirleyici andan önce veya sonra ehliyetsizlik var ise bu durum miras bırakanın tasarruflarını yazdığı andaki akli durumundan anlaşılabilir. Bu durumda, çözüme kavuşturulacak sorun Bayan (R)'nin genel bir tarzda mantıklı hareket etme yeteneğinden mahrum olup olmadığını bilmek değil, ihtilâflı vasiyetin yapıldığı anı dikkate almaktır (Arescz S karşı Z 14 Mart 1945 ve J sp 19 Aralık 1957); böyle bir muamele mali duruma ve vasiyet edenin arzularına göre basit tasarrufları ve anlaşılması kolay muhtevayı veya Krummenacher c. Eiholzer kararlarında olduğu gibi yazımı güç tasarrufları ihtiva edebilir (ATF 39 II 196 ss). Bruggisser-Zehnder et Isler c. Seiler et consorts davalarında olduğu gibi (ATF 44 II 114 ss). Varsayımların birinde ve diğerinde tasarruf edenin mantıklı olarak ve haklı, dengeli, hakkaniyete dayalı hareket etmesi istenmez; temyizden mahrumiyet için tuhaf herhangi bir tasarruf, kıstas olarak dikkate alınabilir (ATF 39 II 198 gerekçe 3; Thor n. 3 art 467 cc). Buna karşın, iptal edilebilirlik sadece kişinin ne yaptığını mantıklı olarak kavrayamadığı zaman değil, gördüğü ve anladığı halde tâbi olduğu bir etkiye dayanma gücü bulunmadığı zaman da mevcuttur (ATF 39 II 200, 55 II 229 consid. 4, 77 II 99/100 consid. 2, 90 II 11/12 consid. 3 et les arrêts cités).

O halde, söz konusu muamele mantık dışı ise, temyiz kudretinin yokluğunu kabul etmek gerekir. Fakat kanun anlamında bir kişinin temyiz kudretinden mahrum olması ancak en azından kısmi olarak, Medeni Kanununun 16 ncı maddesinde sayılan sebeplerden biriyle yani akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle, söz konusu faaliyet sektöründe ve özel durumlarda yeterince ciddî anormal durumların mantıklı hareket yeteneğini gerçekten bozdu-

ğunun bilinmesi ile olur (ATF 88 IV 114). Akıl hastalığı ile devamlı olan psikolojik bunalımları anlamak gerekir. Bu bozukluklar, buna yakalanan şahsın dışa yansıyan tavırlarında belirgin biçimde, nitelik ve derinlik itibariyle bilgisiz bir kimsenin dahi fark edebileceği düzensiz sonuçlar gösterir. (ATF 85 II - 460 consid. 3;62 II 264; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 24 n. 88, qui citent SCHNYDER/MAURER, n. 26 ad art. 369 CC). Hastalığın altüst ettiği gerekçe olmayıp hayali olan sabit fikirler ekseriyetle böyledir (Zwangsvorstellungen, Wahnideen), (9 Mart 1972, gerekçe 3a kararı).

b) Temyiz kudreti kural olarak vardır. Onun var olduğu kabul edilir. Onun bulunmadığının isbatı onun yokluğunu iddia edene düşer (ATF 108 V 126 consid. 4, 98 la 325, 90 II 12 consid. 3 et le réflérences). Fakat bu ispat hiçbir özel kayda tabi değildir (ATF 98 la, 325 91 II 338 consid. 8, 90 II 12 consid. 3 et les arrêts cités); ciddi her kuşkuyu içeren büyük benzerlik yeterlidir – özellikle ölmüş bir şahsın aklî durumu söz konusu olduğu zaman, – zira eşyanın tabiatı onun mutlak olarak isbatını imkânsız kılmaktadır (ATF 91 II 338 consid. 8, 90 II 12 consid. 3, 78 II 199, 74 II 205 consid. 1 et les arrêts cités; SJ 1988 p. 286).

Reşit bir kimse söz konusu olduğunda, onda genellikle temyiz kudreti vardır, o halde temyiz kudretinin yok olduğunu gösteren olayları ortaya çıkarmak mirasta hakkı olana ve vasiyetnameye karşı çıkana düşer (ATF 56 II, 161 consid. II). Gerçekten, Medeni Kanun'un 8 inci maddesi bu davada olduğu gibi kanunun özel bir kanıt kuralını öngörmediği bütün hallere uygulanır. Buradan kendiliğinden, kıstaslar arasında, sorumluluklarının bilincinde olan kişiler hakkında tecrübesi bulunan ve vasiyet edeni tanıyan kişilerin vardığı hükümler doktorların fikirleri kadar ağırlık kazanır.

Vasiyeti yaşatmanın düşüncesiyle, temyiz kudretinin yokluğunun ispatı ciddiyetle değerlendirilmelidir (Arrêt c. cité). Bununla birlikte, bu ispat özel ispatı gerektirmez (yukarıda c'de anılan karar). Böylece örneğin, hâkim Medeni Kanun madde 501 ve 502 hükümlerine uygun olarak, vasiyet edenin tasarrufa ehliyetli görüldüğü şeklindeki şahit ifadeleriyle bağlı değildir. Bu anlamda, Federal Mahkeme (ATF 39 II 199-200 consid. V.) 22 Haziran 1881 medeni ehliyete dair Federal Mahkeme yasasının yürürlüğü zamanında Kanton makamlarının yaptığı gibi resmi memurun beyanlarına değer verip ona bağlı kalmayı kabul etmiyordu. Aynı şekilde vasiyet edenin ehliyetli olup olmadığına karar vermek için bir vasiyetnamenin şahit ifadelerine bağlı kalmayı da kabul etmiyordu. Özel bir hüküm yokluğunda Medeni Kanun'un 8

inci maddesi gereğince sağlık raporu zorunlu olabilir. (ATF 108, V, 126, cc. 4, 98, 1a, 325). Bu, hâkimin bizzat kendi bilgileri ışığında sorunun çözümlenemediği hallerde zorunludur (ATF 47,126). Fakat bilirkişinin doğru bir fikirden hareket edip etmediğini ve nispi karakterini hesaba katıp katmadığını, ayrıca hangi kanıtların uygun olduğunu tetkik etmek hâkime düşer (ATF 98, 1a, 325). Nadiren ikinci bir bilirkişi incelemesi gerekebilir. Buna mukabil diğer isbat vasıtaları yeterli görülebilir; eğer ölen şahsın akli durumunu tayin etmek o muamelenin yapıldığı esnada mümkün ise kesinlikle yeterlidir (dans ce sens: ESCHER, n. ad art. 467 CC; dans un sens diffèrent: TUOR, n. 9b ad art 467 CC).

Akil hastalığı durumunda, bulanıklık sebebine rağmen mantıklı hareket etme yeteneği mevcut olabilir: Bir ara berraklık gösterdiği anda hareket eden bir akıl hastasının muhtemel durumu böyledir (ATF 108 V.126 consid. 4; DESCHENAUX/STEINAUER, op. cit., p. 26 n. 94a; BUCHER, n.137 et 131 ad art. 16 CC; GROSSEN, op. cit., p. 38). Fakat bilirkişi raporuna göre, akıl hastalığı mutlaka temyiz kudretinin yokluğu anlamını taşımaz. Zira tıbbın anlayışı hukuk anlayışından daha geniştir. Üstelik rahatsızlık bütün faaliyet sahalarına inhisar etmeyebilir. Öyle ki tamamen saf bir tıbbi müşahade görülen çok açık ciddi durumlar hariç mutlaka ispat yükünü ters çevirmez. (BUCHER, n.73 à 75 et 130 ss ad art. 16 CC et les arrêts cités, dont ATF 88 IV 114 et 44 II 449; SCHNYDER/MAURER, n. 65 à 67 ad art. 369 CC; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 3e éd., p. 73, n. 3.2.3.4.2.).

c) Fiili hâkim, ihtilâflı muameleyi yaptığı zaman bir şahsın bulunduğu durumu, tabiatını ve muhtemel düzensizliklerin sonuçlarını serbestçe tayin eder (ATF 91 II 338). Karar, Federal tashih yargısının temyiz ehliyeti fikrine dayandığı ölçüde veya hayatın genel tecrübelerine ve yüksek derecede benzerliklere istinaden bundan çıkardığı sonuçları yeniden gözden geçirebilir: Başka bir deyimle, hukuka uygun bir tarzda problemin ortaya konup konmadığını inceler (ATF 91 II 338, 90 II 12 consid. 3 et les arrêts cités). Buna mukabil, temyiz eden kişi tarafından ilk derece hâkimin delillerin sonucunu keyfi olarak değerlendirdiği şeklinde bir iddiası olursa buna karşı, kamu müracaatı açıktır. Bu inceleme, Anayasanın 4 üncü maddesinin ihlâl edilip edilmediği hususunda vardır. Tabii hâkimin delillerin takdirinde keyfi davranıldığı sonucuna varılırsa kamu müracaatı açıktır.

3-b) Kanton Mahkemesi, vasiyet edenin devamlı bir akıl hastalığına



maruz kaldığını ve mantıklı olarak durumu değerlendirme yeteneğinin bulunmadığını, belli bir fiilin kapsamını ve sebebini anlamadığını müşahade etmiştir; işte bu yeterli ciddi çöküntü sebebiyle, vasiyet edenin akli dengesinin berrak olduğu bir zamanda 4 ve 22 Mart 1985 tarihinde vasiyetnameyi yazdığının müracaat eden tarafından ispat edilmesini zorunlu görmüştür.

Bu hukuki gerekçe, Kanton Mahkemesinin ölen kişinin hastalığının herhangi bir işlemde olduğu gibi vasiyet içinde temyiz kudretini ortadan kaldırdığına kanaat getirdiğini düşünmeye sevkeder. Genelde karar okunduğu zaman durum böyle görünmüyor. Bu konuda dayanılan olayların açıklanması derinlemesine araştırılmıştır; müteveffanın hayatı uzun uzadıya anlatılmış ve bilirkişi raporu onu ayrıntılı olarak analiz etmiştir; sonra tespit edilen müşahadeler açıklıkla sayılmıştır. Oysa, bu özet bayan (R)'nin sağlıktan yoksun durumunun ciddiyetini "Mart 1985 ayından itibaren" kuşkusuz ifade etmektedir ve onun etki altında kalabilir olduğu anlaşılmaktadır; fakat kanton yargısı "asla bu muamelede mantıklı hareket etme yeteneğine dair hastalığın sonucunu muamelenin yapılması anı itibarıyla müşahade etmemiştir" (ATF 108, V. 129 in fine).

Genelde, olayların açıklanması kısmı okunduğunda durum daha fazla ikna edici değildir. Bilirkişilerin bizzat kabul ettiklerine göre Mart 1985'te vasiyet etme ehliyetini kesinlikle belirleme imkânsızlığı mevcuttur. Bayan (R)'yi vesayet altına alma söz konusu olmamıştır. Tasarruflarını hayatının son 8 ayında kendisi yapmaya devam etmiştir. Yabancı bir ülkede olduğu esnada işlerinin yönetimini başkasına bizzat kendisi tevdi etmiştir. Sonra,

1984 yılında bir apartman satın almış, bunun geçerliliği itiraza uğramamıştır. (M) lehine muhtemel bir vasiyete itiraz etme tamamen anlaşılabilir bir durumdu. Neuchâtel hukukunu seçme ve bu seçimin gerekçesi, vasiyet edenin ne yaptığını bildiğini gösteriyordu. Mart 1985'deki diğer tasarruflarının muhtevasına gelince, onun yorumu hukuktan çıkmış olup, kuşkusuz bu münakaşa edilmiştir. Özellikle, mirasçının veya vasiyet lehtarının kim olduğu tartışılmıştır (bir avukat tarafından ve hukuki 3 düşünce üzerinde); fakat bu bilinçsizce kullanılmış deyimler meselesi olup, durumdan çıkarılan bir kıstas değildi. Bu defa, hukuki kapsam tayin edilmiş, alınan kararlar mantıklı olarak düzenlenmiştir ve tamamen haklıdır; vasiyet edenin fobilerini ve bozukluklarını göstermemektedir. Çok kıymetli bir dostunun oğlu lehinde hareket etme durumu da yoktu. Özellikle müteveffa kendi ailesinden uzakta görünüyor ve

durumunu da bilmemektedir. O noktada, muhtemel bir ehliyetsizliğini düşünmedi. Bu durumda, aile fertleri de unutulmadılar: Vasiyet eden, lehlerine tasarrufta bulundu ve onlar müteveffanın mirasçıları oluyordu. Üstelik Bayan (R)'ye noter tarafından da kendisine tavsiyede bulunulmuştu. Bu da ikinci bir gerekçedir: Kanuni olarak ve ciddi surette bazı şeyleri yapmanın bilincindeydi; ayrıca müşavirinin fikirlerini aldı ve onların ne söylediğini anlamıştı.

Böylece, bilirkişilerin belirsizliği ve normal bir tutumun işaretleri mevcuttu. Bu durumda geriye ibraz edilen delillerden hükümden çıkarılan sonuç olarak ne anlaşılması gerektiğini incelemek kalıyordu.

aa) Lozan psikososyal merkezinin yaptığı inceleme gerçekten gerek doktrin, gerekse içtihat hukukunun gerekleri bakımından özetinde verildiği gibi belirleyici değildir. 108.V-126 ss kararında görüldüğü gibi Bayan (R), uzun zamandan beri bunalımlı olduğuna inanıyordu. Fakat eğer kronik paranoit şizofreniden rahatsız olsaydı tedavi görmüş olurdu. Psikiyatri servisinde verilen rapora göre, onun sağlık durumunda ciddi bozukluk Mart 1985'den itibaren olmuştur. "Fikri ve kavrama fonksiyonlarında bozukluk yoktu". "Zeki ve hassas" o asgari sosyal bir uyumu sadece "gerçeğin idrakında hassas" olarak ortaya koyuyordu. "Üçüncü şahıslarla ilişkilerinde etki altında kalabilirdi". Kararı değişikliğe uğrayabilirdi. Vasiyetin redaksiyonu esnasında "ailesiyle olan ilişkilerin idrakındadır". Böylece bir kişi tarafından etki altında bulunulabilir hatta iyi niyetle buna tanık olunabilirdi. (Fakat davada hiçbir baskının varlığı iddia edilmiş değildir ATF II 100; temyizde davalılar tesbit edilmemiş olan bir fiili öne sürerek bir şüpheyi ortaya koymakla yetinmişlerdir).

Bazen bilirkişiler kanaat belirtirken daha az tereddüt ederler; bir vasiyetnamenin kapsamını takdir ve Mart 1985'de bu anlayışın işlevinde en azından tereddüt etmişlerdir. Davada, sorun olan kısma geldiklerinde şarta bağlı ifade kullanmışlardır. Bu durumda, akıl hastalığının varlığı vasiyet etme ehliyetinin ispat yükünün ters çevrilmesini gerektirmez.

bb) Dinlenen tanıklar söz konusu olunca, kanton mahkemesi bir kıstasa dayanarak bir tercih yapıyor: Vefat edeni tanıyan kişiler olmasına rağmen 6 tanık dikkate alınmamıştır. Deniyor ki bu tanıklar ona tesadüfen rastlayan kişiler olup, yüzeysel asgari sosyal uyum görünümünü muhafaza edebiliyorlardı.

En azından, bu şahıslardan biri olan noter için böyle bir değerlendirme hayatın genel tecrübelerine uymaz (cf. Poudret, Sandoz Monot,

Commentaire de la loi Fédérale d'Organisation Judiciaire II, P. 537 ss. no. 4.2.4.). Noter müteveffa ile iki iş yaptı: 1984 yılında (V)'nin apartmanını satın aldı, sonra Mart 1985'de vasiyetnameyi yaptı; herdefasında, gördü ki müşterisinin belli bir seviyede giyimi düzgündü ve onda mükemmel bir intiba bırakmıştı. Her halûkârda, noter ona vasiyetnamesinin yazılmasında resmi işleme dair izahatta bulundu. Noterin hatırladığına göre Bayan (R), en azından bu tasarrufu, ölüme bağlı tasarruf olarak yaptığını söylemişti: Noter'in beyanı ise "onunla müzakere ettik; bana çeşitli sorular sordu; bu vasiyetnameyi yazdık" şeklinde idi. Bu belgenin metni gösteriyor ki hukuk "mesleği icabı" noter ona bilgiler vermişti.

Noter 1984-1985 yıllarında vasiyetnamenin kesinlikle yazılışı anında müdahale ettiğinden hayatın genel tecrübesi ve müşterilerini değerlendirmede alışık olan bu kanun adamının tanıklığını yok farzetmeye izin vermez. Noterin şahsına münhasır özel şartlara istinat ettirerek beyanları karara etkili olamaz. Kanton makamı değerlendirme yapsaydı bunu belirtirdi; durum böyle değildir.

c) Buradan anlaşıldığına göre, gerek tanıklar, gerekse bilirkişilerle belirleyici anda, yeterli kesinlikle temyiz kudretiyle, vasiyet ehliyetsizliği isbat edilmiş değildir. Akıl hastalığı ve müşahade edilen fikri zayıflık, isbat yükünün ters çevrilmesini gerektirmez. Bu durumda, berraklık anını araştırmaya gerek yoktur. Ölüme bağlı olarak tam ehliyetli olup olmadığını ve sağlık durumunda belli bir süre kesiklik bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur. Temyiz kudretini haiz olma karinesine karşı dâvalıfara düşen ispat etme yükü yerine getirilmemiştir.

#### Karşılaştırma için

<u>İsviçre MK.</u>	<u>Türk MK.</u>
8	6
16	15
467	449
519/1 bent 1	499/1 bent 1



- TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI (Medeni Hukuk)

## TÜRKLERİN KİŞİ HALLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA YABANCI MAHKEMELERİN YETKİSİ

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (\*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : I- Konu. II- Charlottenburg Sulh Mahkemesi'nin 3 Aralık 1986 tarih ve 176 F 80/85 sayılı kararı. 1- Karar. 2- Gerekçe. III- Sonuç.

### I- KONU

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 28 inci maddesi Türkiye'de ikâmetgâhı bulunmayan, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda yabancı mahkemelerin yetkisini düzenlemektedir. Söz konusu madde aşağıdaki hükmü ihtiva etmektedir:

"Türkiye'de ikâmetgâhı bulunmayan Türk vatandaşlarının, kişi hallerine ilişkin davaları, ikâmet ettikleri ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede bulunmaması halinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye'de sakin değilse Türkiye'deki son ikâmetgâhı mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir Mahkemelerinden birinde görülür."

Çevirisini verdiğimiz somut davaya konu olan olayda, her ikisi de Türk vatandaşı olan davacı ve davalı, Almanya'da, Berlin şehrinde ikâmet etmektedir. Davalı koca eşini ve çocuğunu terkederek bilinmeyen bir yere gitmiş ve bunun üzerine eşi de aleyhine boşanma davası açmıştır.

Alman mahkemeleri, söz konusu kanunun anılan maddesindeki atfa dayanarak tarafları Türk olan davada kendisini yetkili görmüş ve aşağıdaki hükmü vermiştir:

### II- CHARLOTTENBURG SULH MAHKEMESİ'NİN 3 ARALIK 1986 TARİH VE 176 F 80/85 SAYILI KARARI

#### 1- Karar

Tarafların bozmalarına ve 24.10.1977 doğumlu müşterek çocuklarının

(\*) Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.

velâyetinin annesine tevdiine karar verilmiştir.

Çocuğun ikâmetgâh yerinin değiştirilmesi, vesayet makamının iznine tabidir.

## 2-Gereke

Taraflar; 18.7.1977 tarihinde, Türkiye'de Eyüp Evlendirme Dairesi'nde evlenmişlerdir. Her ikisi de Türk vatandaşdır.

Evlilikten, 29 Ekim 1977 tarihinde bir çocukları olmuştur.

Eşler, 14.10.1981 tarihinden beri ayrı yaşamaktadırlar. Davalı kadın kocasının kendisini ve ilk evliliğinden olan çocuğunu sürekli olarak dövdüğü için, anılan tarihte evi terk etmiştir. Davalı kocanın o tarihten beri nerede olduğu bilinmemektedir ve kendisi bütün araştırmalara rağmen bulunamamıştır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 606/a maddesine göre, mahkeme milletlerarası yetkilidir. Söz konusu hükme göre, eşlerin mutad meskenlerinin Almanya'da bulunması ve verilecek kararın eşlerin ülkesinde tanınması halinde, mahkeme yetkilidir.

Somut olayda, eşlerin mutad meskenleri Berlin'dedir. Ancak davalı kocanın nerede bulunduğu bilinmemektedir. Araştırmalar sonuçsuz kalmıştır. Bu hale göre, Alman mahkemesinin vereceği kararın, 2675 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 28 ve 42 nci maddeleri uyarınca Türkiye'de tanınacağı kabul edilebilir. Söz konusu Kanunun 28 inci maddesine göre, Türkiye'de ikâmetgâhı bulunmayan Türk vatandaşları oturdukları ülke mahkemelerinde dava açabilirler. Yabancı ülke mahkemelerinin bu şekilde vermiş oldukları kararlar da 42 nci madde uyarınca Türkiye'de kesin hüküm olarak tanınabilir.

Anılan Kanunun 28 inci maddesine göre, somut davada Türk Hukuku uygulanmalıdır.

Türk Medeni Kanununun 134 üncü maddesine göre, taraflar boşanmalıdır. Bir taraftan davacı kadının evden kaçmış olması, diğer taraftan da davalı kocanın nerede olduğunun bilinmemesi gerçeği karşısında, evliliğin haklı bir şekilde sarsıldığı ve eşlerin tekrar bir araya gelerek evlilik birliğini yeniden kurmaları beklenemez.

Eşlerin müşterek çocukları uzun süredir bir yurt'ta kalmaktadır. Davacı kadın çocuğun velayetinin kendisine verilmesini talep etmiştir. Çocuğu bakıp gözeten gençlik teşkilâtı konu hakkında dinlenmiştir.

Alman mahkemesi velayet konusunda da milletlerarası yetkilidir. Küçük-

lerin Korunmasında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuka ilişkin 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 1 inci maddesine göre, Alman makamları çocuk hakkında tedbir kararı vermeye yetkilidir.

Söz konusu Sözleşmenin 2 nci maddesine göre, olayda Alman Hukuku uygulanacaktır. Bu durumda, Alman Medeni Kanununun 1671/2 nci maddesine göre çocuğun velayeti anneye verilmelidir. Babanın nerede olduğu bilinmediği için, kendisi bu konuda dikkate alınmamalıdır.

Çocuğun yurt'ta yaşaması, velayetin annesine tevdiine engel değildir. Çocukla annesi arasında iyi bir ilişki vardır. Ancak, çocuğun geleceği ve eğitim durumu kendisinin yurtda kalmasını gerektirmektedir. Bu nedenle velayet anneye tevdi edilmekle beraber, çocuğun ikâmet yerinin belirlenmesi yetkisi, çocuğun halen yaşadığı yurt yetkililerine bırakılmıştır. Çünkü çocuğun refah ve geleceği bunu gerektirmektedir.

### III- SONUÇ

Somut davada Alman mahkemesi olayı boşanma ve velayet hukuku açılarından ayrı ayrı değerlendirmiştir.

Boşanma hukuku açısından, MÖHUK'un 28 inci maddesindeki atıftan yararlanarak kendisini yetkili görmüş ve kararını vermiştir. Ancak mahkeme boşanmaya uygulanacak hukuk açısından da 28 inci maddeye atıf yapmıştır ki, bu isabetli değildir. Çünkü, 28 inci madde münhasıran yabancı mahkemenin yetkisini düzenlemektedir.

Boşanmaya uygulanacak hukuk hakkındaki kanunlar ihtilâfı kuralları ise MÖHUK'un 13 üncü maddesinde belirlenmiştir. Bu hükme göre boşanmaya ilk derecede eşlerin müşterek millî hukuku uygulanacaktır. Somut olayda da eşlerin müşterek millî hukuku Türk hukuku olduğu cihetle Alman mahkemesi boşanma kararını Türk Medeni Kanununun 134 üncü maddesine dayandırmıştır. Bu durumda Alman mahkemesinin verdiği karar sonucu itibarıyla doğru ve Türkiye'de tanınabilir niteliktedir. Alman mahkemesi, velayet konusunu ise Küçüklerin Korunmasına İlişkin 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Türkiye, anılan sözleşmeyi onaylayarak taraf olmuştur.

Sözleşmenin 1 inci maddesine göre, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke makamları, 2 nci maddesine göre, kendi hukukunu uygulayarak önlem almaya yetkili olduğu cihetle, Alman mahkemesinin vermiş olduğu karar akdî hukuk açısından isabetli ve Türk makamları çocuk hakkında yeni bir karar verinceye kadar geçerli sayılmalıdır.



## • YARGITAY'DAN HABERLER

### YENİ SEÇİLENLER EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (\*)

#### YENİ SEÇİLENLER

##### YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANI

###### • Müfit UTKU

3 Ağustos 1932 günü Mardin'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957 yılında bitirdikten sonra, Mardin Hâkim adayı olarak 1958 senesinde mesleğe başlayan Utku, daha sonra sırasıyla; 1959'da Kale Sulh Hâkimliği ve 1962'de Çamlıdere Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile 1963'de de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1977 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen, Arapça ve Fransızca bilen Müfit Utku, Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi iken Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından; 2.7.1986 günü Yedinci Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiş, bu görevini sürdürürken yine Yargıtay Büyük Genel Kurulunca 5.7.1993 tarihinde Yargıtay Birinci Başkanlığına seçilmiştir.

##### CUMHURİYET BAŞSAVCISI

###### • Halûk YARDIMCI

1932 yılında Diyarbakır'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955 senesinde bitirdikten sonra, bir süre avukatlık yapıp tekrar hâkimlik mesleğine geçen Yardımcı, sırasıyla; Urfa Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Manisa Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Burhaniye Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

25 Ocak 1979'da Yargıtay Üyeliğine seçilen, Fransızca ve Arapça bilen Halûk Yardımcı, Beşinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından belirlenen adaylar arasından, Cumhurbaşkanı'nca; 15.6.1987 günü Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğine, 15.6.1989 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığına ilk kez, 23.6.1993 gününde ise ikinci kez atanmıştır.

##### YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

(\*) Yargıtay Yayın Müdürü.

- **Mustafa AKSOY**

14 Mayıs 1932 günü Develi İlçesi'nin Kulpak Köyü'nde doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1959 senesinde mesleğe başlayan Aksoy, daha sonra sırasıyla; Şirvan Hâkim Yardımcılığı, Akdağ Madeni Hâkimliği, Karacabey Hâkimliği ile Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve Adana Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

20.5.1982 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Uyuşmazlık Mahkemesi Üyeliği görevinde de bulunan Mustafa Aksoy, Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 6.4.1993 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

- **Türkân GÜVEN**

1938 yılında Kilis'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 senesinde bitirdikten sonra, Ankara Hâkim adayı olarak aynı yıl mesleğe başlayan Güven, daha sonra sırasıyla; Mardin Sorgu Hâkimliği ve Mersin Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1982 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen ve İngilizce bilen Türkân Güven, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 3.7.1989 günü ilk kez seçildiği Birinci Ceza Dairesi Başkanlığına, 8.7.1993 günü ikinci kez seçilmiştir.

- **CAHİT KARAKOÇ**

1930 yılında Bartın'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1953 senesinde bitirdikten sonra, Bartın Hâkim Adayı olarak 1954'de mesleğe başlayan Karakoç, daha sonra sırasıyla; Posof Hâkimliği, Alaplı Hâkimliği, Ulus Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Zonguldak Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve İstanbul Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile İzmir Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

İzmir Cumhuriyet Savcısı iken, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Cahit Karakoç, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürürken, 20.9.1993 günü Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

## **EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR**

### **YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI**

- **Müzdâ Altay**

8 Ağustos 1928 günü Ankara'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1953 senesinde mesleğe başlayan Altay, daha sonra sırasıyla; Samandağ Hâkimliği, Araban Hâkimliği, Göynük Cumhuriyet Savcılığı, Çubuk Cumhuriyet Savcılığı ve Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nde yetkili Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

22.2.1980 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyeliği göre-

vinde de bulunan Müzdat Altay, 10.7.1990 gününden beri sürdürdüğü Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkanlığından, 8.8.1993 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

### **YARGITAY ÜYELERİ**

#### **• ŞEFİK ÇOLAK**

15.9.1928 günü Elazığ'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949 senesinde bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak aynı yıl mesleğe başlayan Çolak, daha sonra sırasıyla; Hasankale Hâkimliği, Hozat Hâkimliği, Malatya Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Gürün Cumhuriyet Savcılığı, Kırşehir Hâkimliği, Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ve Ankara Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Şefik Çolak, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Üyeliğinde 15.9.1993 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

#### **• İsmet TEKİN**

15 Ağustos 1928 günü Nallıhan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1953 senesinde mesleğe başlayan Tekin, daha sonra sırasıyla; Adıyaman Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Kırıkkale Cumhuriyet Savcılığı ve Adalet Müfettişliği ile Adalet Başmüfettişliği ve Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İsmet Tekin, Sekizinci Ceza Dairesi Üyeliğinden 15.8.1993 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

### **YARGITAY TETKİK HÂKİMLERİ**

#### **• Ahmet Ziya SAĞESEN**

5 Nisan 1928 günü Ordu'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1958 yılında bitirdikten sonra, aynı sene Ordu Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan Sağesen, daha sonra sırasıyla; Kemaliye Cumhuriyet Savcılığı, Eynesil Münferit Sulh Hâkimliği, Eynesil Hâkimliği ve Görele Ceza Hâkimliği ile Erzurum Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

1978 yılında Ankara Hâkimliğine atanan ve yetkili olarak Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği ile Akerî Yargıtay İkinci Daire Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunan Ahmet Ziya Sağesen, Birinci Başkanlık (Tasnif Kurulu) Tetkik Hâkimliğinden 5.4.1993 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

*Yeni seçilen; UTKU, YARDIMCI, AKSOY ve GÜVEN' ile KARAKOÇ'a yeni görevlerinde başarılar, Emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; ALTAY, ÇOLAK ve TEKİN ile SAĞESEN'e de yaşam boyu sağlık ve mutluluklar dileriz.*



## YARGITAY YAYINLARI

- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**  
**Andreas von TUHR**  
 Çeviren: **Avukat Cevat EDEGE**  
 1128 sayfa, iki cilt birarada, lüks ciltli ..... 42.400.- TL.
  
- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)**  
**İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ**  
 976 sayfa, üç renkli ve selefon korumalı kapak ..... 26.500.- TL.  
**125. YILINDA YARGITAY 1868-1993**  
 668 Sayfa, sunideri ciltli, 135 gramaj  
 Leykam kuşe kağıt, renkli ve ofset baskı ..... 397.500.-TL.
  
- **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARIN ADALET YILI AÇIŞ KONUŞMALARİ (1943-1993)**  
**Ali Rıza GENİŞ**  
 624 sayfa, selefon korumalı ve beş renkli kapak, ofset baskı ..... 76.320.- TL.
  
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**  
**Ali Rıza GENİŞ**  
 Yıl: 1975-1981, 593 sayfa, üç renkli gofre kapak ..... 26.500.- TL.
  
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**  
**Ali Rıza GENİŞ**  
 Yıl: 1982-1986, 712 sayfa, üç renkli vernik korumalı ..... 31.800.- TL.
  
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ**  
 Cilt: VI, Yıl: 1981-1990, 696 sayfa, lüks ciltli ..... 84.800.-TL.
  
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**  
 Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-12 ..... 37.100.- TL.  
 Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-12 ..... 63.600.- TL.  
 Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-12 ..... 106.600.- TL.

Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12 .....	190.000.- TL.
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12 .....	216.240.- TL.

• **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt: 14, Yıl: 1988, Sayı: 1-4 .....	26.500.- TL.
Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-4 .....	31.800.- TL.
Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-4 .....	37.100.- TL.
Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4 .....	63.600.- TL.
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4 .....	72.080.- TL.

- 1- Yayın bedellerine %6 oranındaki **Katma Değer Vergisi** dahildir.
- 2- **1989, 1990, 1991, 1992 ve 1993 yılı Yargıtay Kararları Dergisi ile 1988,1989,1990,1992 ve 1993 yılı Yargıtay Dergisi'nde ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6 ile Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları (1943-1993)adlı kitaplarda, Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine %20 indirim uygulanır.**
- 3- Diğer yayınlarda indirim yapılmaz.
- 4- **Ödemeli gönderilmez. Temsilcimiz yoktur.**

**HESAP NUMARALARIMIZ**

- T.C. Ziraat Bankası Kızılay-Ankara Şubesi, 304/110
- Posta Çekleri Merkezi 92932

**YAZIŞMA ADRESİMİZ**

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 A N K A R A
- **Tel:** (9-4) 425 16 32 - 425 16 49
- **Faks:** (9-4) 419 41 11

