KURULUŞ: OCAK – 1975, YIL: 20, SIRA SAYI: 79

YARGITAY DERGİSİ

CİLT : 20 TEMMUZ - 1994 SAYI : 3

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

YAYIN KURULU

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

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

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayınlanır.**
- **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 Ankara.
- **Telefon:** (0-312) 425 16 32 - 425 16 49; 417 53 80/2385, 2484, 2486.
- **Faks :** (0-312) 419 41 11
- **Santral :** (0-312) 417 53 80 (20 hat); 417 90 36 (4 hat)
- % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1994 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 129.280.- liradır.**
- Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304/110** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
- Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
- Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
- **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
- Kapak Düzeni : Ertekin KAYA

İÇİNDEKİLER

Sayfa

1– DEVLETLER HUKUKU

a) Yrd. Doç. Dr. Ziya AKİNCI : Milletlerarası Ticaret ve Çevre Hukuku 213-239

2– USUL HUKUKU

a) Prof. Dr. Faruk EREM : "Üst Mahkemeler" Kanun Tasarısı . 240-256

3– MEDENİ HUKUK

a) Prof. Dr. Şeref ERTAŞ : Kamu Yararına Yapılan Teberruların Normal Teberrularla Birlikte Tenkisinden Doğan Problemlerin Çözümü 257-269

b) Kahraman KOÇ : Şufa Bedeli Hakkındaki Hukuk Genel Kurulu Kararı Münasebetiyle .. 270-278

4– MİRAS HUKUKU

a) Mehmet DEMİR : Olumlu Miras Sözleşmeleri 279-294

b) Erdoğan GÖKÇE : Tenkis Davasında Deliller Nasıl Toplanır 295-306

5– BORÇLAR HUKUKU

a) İrfan OKUR : Kiralanan Yapıdaki Bozukluğa Bağlı Olarak Zarar Gören Kiracının Zararının Tazmini İçin Yüklenicinin Sorumluluğuna Başvurmasında İmalatçının Sorumluluğu Hukukunun Uygulanması (I) 307-324

Sayfa

6– NESEP HUKUKU

a) Mustafa ATEŞ : Nesep Hukuku Yönünden Sun'i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu 325-344

7– ÖZEL HUKUK

a) Mehmet KAŞIKÇI : Hazine Arazisinin Belediyeye Geçmesi Üzerine Düşünceler (I) 345-361

8– FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI

a) Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI : Milletlerarası Tahkim 362-367

9– TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI

a) Doç. Dr. Şeref ÜNAL : Boşanmadan Sonra Nafaka ve Uygulanacak Hukuk 368-371

8- YARGITAYDAN HABERLER

a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik ve Vefat Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar 371-381

Yargıtay Yayınları 382-383

—oOo—

MİLLETLERARASI TİCARET VE ÇEVRE HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Ziya AKINCI (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ*** *: Giriş. I- Çevre hukukunun milletlerarası ticaret üzerindeki etkisi. A- Çevre korumacılığının yabancı malların pazara girmesini önlemek amacı ile kullanılması. B- Devletin çevre desteği ve milletlerarası ticari rekabet. C- Sermayenin çevre standartı düşük ülkelere hareketi. II- Milletlerarası çevre problemlerinin çözümü. A- Milletlerarası çevre standartının milli hukuklar tarafından oluşturulması. 1- Devletlerin egemenliği ve milletlerarası çevre problemleri. 2- Milli hukuklarda öngörülen çevre standartlarının ülke dışında da (extrat erritorially) uygulanması. B- Milletlerarası çevre standartının milletlerarası düzenlemelerle saptanması. 1- Genel olarak. 2- Çevre hukukunun milletlerarası ticaret üzerindeki etkisine ilişkin bazı düzenlemeler. a- Avrupa Topluluğunun milletlerarası ticaret ve çevre hukukuna ilişkin düzenlemeleri. b- GAAT. aa- Genel olarak. bb- Uyuşmazlığın GAAT hükümleri uyarınca çözümü. cc- Milletlerarası ticaret ve çevre hukuku politikası. c- OECD prensipleri. d- NAFTA müzakereleri. III- Türk çevre hukuku. A- Türk çevre mevzuatı. B- İç hukuktaki düzenlemeler. 1- Çevre Kanununun öngördüğü yaptırımlar. a- İşletme ruhsatı verilmemesi. b- Faaliyetlerin durdurulması. c- Para cezası. d- Hapis cezası. 2- Çevre Kanununun öngördüğü tedbirler. 3- Çevre korumacılığı ile ilgili teşvikler. C- Çevre ile ilgili olarak Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler. 1- Çok taraflı milletlerarası sözleşmeler. 2- İki taraflı milletlerarası sözleşmeler. S o n u ç.*

GİRİŞ

Milletlerarası ticaretin hızlı gelişimi, çevre ile ilgili sorunların da bu gelişime paralel olarak, milletlerarası düzeyde ele alınmasını gereğini doğurmaktadır. Ozon tabakasının delinmesi, tehlikeli atıklar, nesli tükenen hayvan

(*) **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi..**

ve bitkilerin korunması, hava, deniz, akarsu ve diğer doğal kaynakların kirlenmesi gibi çevre sorunlarına çözüm getirilmesi, ancak milletlerarası alanda yapılacak işbirliği sonucunda gerçekleşebilir.

Milletlerarası hukuk ve çevre korumacılığı arasındaki ilişki, özellikle son yirmi yıl içerisinde ilginç bir gelişme göstermiştir. Bu süre içerisinde milletlerarası düzeyde bir takım düzenlemeler oluşturulmuş, bir çok milli hukuk düzeninde ise, çevre hukuku ile ilgili hükümler getirilmiştir. Çevre korumacılığının ülkesel sınırları aşarak milletlerarası alana yayılması, *"milletlerarası çevre hukuku"*nun gelişmesine sebep olmuştur (1).

Çevreyi korumak için milletlerarası alanda öngörülen bu düzenlemeler, milletlerarası ticaret hukukunu doğrudan etkilemekle birlikte, milletlerarası çevre hukukunun gelişimi milletlerarası ticaret hukukundan bağımsız olarak gerçekleşmiştir. Bunun sonucu olarak, milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin bazı kuralların, çevre hukukunda milletlerarası alanda oluşan gelişmelere uygun olarak yeniden düzenlenmesi söz konusu olmuştur.

Çevre sorunları hakkında milletlerarası düzeyde çözüme ulaşmak, milli menfaatlerin birbiriyle çatışması sebebiyle, oldukça zor olacaktır (2). Bu çatışma, ozon tabakasının delinmesi sonucu ortaya çıkan ısı artışı karşısında çeşitli devletlerin gösterdiği tepkilerde açıkça ortaya çıkmaktadır. Afrika ülkeleri gibi, küresel ısınmanın halühazırda çölleşme tehlikesine yol açtığı ülkeler, diğer ülkelere nazaran daha hızlı ve etkin çözüm bulunmasına gayret etmektedir. Buna karşılık, ekonomisi tarımdan ziyade endüstriye dayanan veya coğrafi konumu nedeni ile küresel ısınmadan daha az etkilenen ülkeler, söz konusu sorunun çözümü için öngörülen özverilere daha isteksiz yaklaşmaktadır (3).

Çevre problemleri ile ilgili olarak milli hukuk sistemlerinde düzenlemeler yapılmakta ve böylece çevre korumacılığının milli hukuklar düzeyinde ger-

---

(1) **R. Repetto & R. Sobin:** *Transforming Technology: An Agenda for Environmentally Sustainable Growth in the 21th Century,* Washington 1991, 6.

(2) Çevre problemlerine milletlerarası çözüm üretilmesinin getirdiği mali külfet için bkz. Report of the Secretary General of the Conference, "Financial Resources and Mechanisms", Preparatory Committee for the United Nations Conference on Environment and Development, 4th Sessions, New York, 2.3.1992, A/Conf. 151/PC/101 United Nations General Assembly.

(3) **W. D. Nordhaus,** *Approaches to Global Warming,* in Rudiger Dornbusch & James M. Peterba eds., 1991, 201-202.

çekleşmesi amaçlanmaktadır (4). Çevre korumacılığı ile ilgili olarak her ülkenin kendi mücadelesini yapması, kuşkusuz çevre alanında önemli adımlar atılmasını sağlayacaktır. Bununla beraber, bazı çevre problemlerinin çözümü milli hukuklardan ziyade, milletlerarası alanda işbirliği gerektirmektedir. Gerçekten, çevre problemlerinden bazıları niteliği gereği etkisini milletlerarası boyutta göstermektedir. Ozon tabakasındaki deliğin yarattığı problemlerin etkilerini tek bir ülkede göstermemesi, çevre problemlerinin milletlerarası boyutuna çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır. Bazı çevre problemleri ise, ozon tabakası örneğindeki gibi milletlerarası nitelik taşımasalar da, etkileri dolayısıyla birden çok ülkeyi ilgilendirmekte, dolayısı ile milletlerarası boyutta problemlerin doğmasına neden olmaktadır. Bir ülkedeki Sülfürdioksid tüketiminin, diğer bir ülkede asit yağmuruna sebep olması bu tür milletlerarası problemlere bir örnektir. Çevre problemlerinin milletlerarası boyutlara ulaşması, söz konusu problemlerin çözümünün de millitlerarası alanda aranması gereksinimini doğurmuştur.

I) ÇEVRE HUKUKUNUN MİLLETLERARASI TİCARET ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Milletlerarası ticaret ile çevre hukuku arasındaki en önemli ilişki rekabet hukuku bakımındandır. Çevre ile ilgili düzenlemeler, milletlerarası ticari rekabeti değişik biçimlerde etkileyebilmektedir.

A) Çevre Korumacılığının Yabancı Malların Pazara Girmesini Önlemek Amacı ile Kullanılması

Milli hukuklarda çevre ile ilgili olarak öngörülen bazı kurallar, aşağıda görüleceği gibi, yabancı malları kendi pazarına sokmamak amacı ile kullanılabilir. Bu konu ayrıntılı olarak aşağıda incelenecektir.

Bundan başka, milli hukuklarda öngörülecek çevre kuralları, sermayenin yabancı ülkeye kaçmasına veya yabancı sermayenin gelmemesine sebep olabilir.

ABD, Japonya ve bazı AT üyesi devlette yer alan firmalar, çevre korumacılığına ilişkin olarak çok sıkı kurallara sahip olmakla, çevre konusunda daha duyarsız ülke firmalarına naza an daha yüksek maliyetle üretim yap-

---

(4) Örneğin, Türk Hukukunda bu alanda yapılan düzenlemeler çalışmamızın III. Bölümünde incelenmiştir.

makta, bu durum da, söz konusu firmaların milletlerarası ticaret alanında rekabet gücünü olumsuz yönde etkilemektedir (5).

B) Devletin Çevre Desteği ve Milletlerarası Ticari Rekabet

Yine, çevre korumacılığını destekleme görünümü altında, devletlerin kendi firmalarını destekleyici tedbirler alması, milletlerarası ticari rekabet ortamını diğer devlet firmaları aleyhine bozacaktır. Milli hukuk düzenlerindeki çevre hukuku ile ilgili düzenlemeler hormonize edilir veya aynı standarta ulaştırılırsa, milletlerarası ticari rekabet korunmuş olacaktır. Bununla beraber, bazı durumlarda, çevre ile ilgili milli hukuk düzenlerindeki kurallar aynı olmasına rağmen, milletlerarası ticari rekabet bakımından dengelerin bozulduğu görülmektedir. Bunun en yaygın örneği, çeşitli milli hukuk düzenlerinin, çevre korumacılığı ile ilgili olarak kendi firmalarına farklı teşvik ve muafiyetler uygulamasıdır. Bu uygulamanın genellikle, çevre korumacılığı ile ilgili araştırma ve geliştirme projelerinin desteklenmesi, teknik yardım, vergi indirim veya mali kaynak temini yolları ile gerçekleştiği görülmektedir.

C) Sermayenin Çevre Standartı Düşük Ülkelere Hareketi

Çevre hukukunun milletlerarası ticarete bir başka etkisi ise, sermaye hareketleri açısındandır. Yatırımcıyı bir başka ülkeye sermaye götürmeye yönelten etkenler arasında en önemli sırayı ucuz işgücü almaktadır. Gelişmiş ülkelere nazaran daha zayıf çevre hukukuna sahip olan ülkeler, üretim maliyetini doğrudan etkilemesi sebebiyle yabancı yatırımcıyı cezbetmektedir. Böylece üretim maliyetini düşüren firmalar, milletlerarası ticarette rekabet güçlerini arttırmaktadırlar. Bu duruma en iyi örnek, kendi hukuklarındaki çevre korumacılığına ilişkin yükümlülüklerden kaçmak için, Meksika serbest bölgelerinde yatırım yapan ABD firmalarıdır (6). Özellikle, Meksika ile ABD arasındaki ticarete ilişkin sınırların zaman içerisinde ortadan kaldırılmasıyla, ABD firmaları Meksika'da yatırım yapmayı daha cazip bulmuş ve bunun neticesinde ABD bir çok yeni istihdam olanağını Meksika'ya kaptırmıştır. Meksika'nın ABD sınırında kurulan fabrikalar, ucuz işgücü ve vergi avantajları ile ABD'de yerleşik firmaların rekabet gücünü zaten olumsuz etkilemekte iken, çevre korunmasına ilişkin kurallar da ortaya çıkan faktör, rekabet dengelerini Meksika'da yerleşik firmalar lehine çevirmiştir.

---

(5) **H. J. Leonard:** *Pollution and the Struggle for the World Product,* New York, 1988, 12.

(6) Trade Environment, Conflicts and Opportunities, Congress of The US Office of Technology Assessment, 1992 Washington.

II) MİLLETLERARASI ÇEVRE PROBLEMLERİNİN ÇÖZÜMÜ

Milletlerarası alanda ortaya çıkacak çevre problemlerinin çözümü, yine milletlerarası alanda kabul görecek ve uygulanacak bir çevre standartının oluşturulmasına bağlıdır. Burada karşılaşılan problem, farklı menfaatlere sahip devletlerin, ne şekilde ortak çevre standartına ulaşabileceğidir. Başka bir deyiş ile söz konusu milletlerarası çevre standartı oluşturulurken izlenmesi gereken yol, ilgili alanlarda milletlerarası düzenlemeler yapmak mıdır? Bu soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda, gerekli alanlarda milletlerarası çevre standartının oluşturulmasına kadar geçecek süre içerisinde çevre problemleri nasıl çözülecektir? Kaldı ki, çevre ile ilgili olarak değişik menfaat gruplarına ait devletlerin, aynı standartlar üzerinde uzlaşması, pratikte gerçekleşebilecek midir? Milletlerarası çevre standartının oluşturulduğu kabul edilse dahi, tüm devletlerin bu standartlara uyması, uygulamada nasıl sağlanacaktır?

Bu sorular, çevre ile ilgili olarak milletlerarası alanda ortaya çıkan problemlerin, bizzat milli hukuklar tarafından çözülmesi eğilimini doğurmaktadır. Bunula beraber, bu eğilimin ortaya çıkardığı en önemli sakınca, milli hukukların, çevre hukukunu koruma görüntüsü altında, milletlerarası ticari rekabeti bozan düzenlemeler öngörmeleridir. İşte aşağıda, milletlerarası çevre standartının oluşturulması hususunda söz konusu olan iki yaklaşım, olumlu ve olumsuz yanları ve uygulamadan örnekler ile incelenerek ve bunun sonucunda da, milletlerarası çevre problemlerinin çözümü için tercih edilmesi gereken metod, tesbit edilmeye çalışılacaktır.

A) Milletlerarası Çevre Standartının Milli Hukuklar Tarafından Oluşturulması

1) Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Çevre Problemleri

Milletlerarası hukukta, devletin ülke toprakları içerisinde mutlak egemenliği prensibi kabul edilmektedir. Bununla beraber bu egemenlik hakkı kullanılırken devletlerin, milletlerarası alanda kabul edilen bazı asgari standartlar (7) ile diğer devletlerin haklarına zarar vermeme prensibine uyulması beklenmektedir (8). Özellikle bir devletten diğerine akan nehirlerin kirletilmesine

---

(7) Bkz. **E. Nomer:** *Tab'a ile Yabancının Musavatı*, İstanbul 1962, s. 2; **A. Çelikel:** *Yabancılar Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 1987, 31.

(8) **J. G. Starke:** *Introduction to International Law*, 10th Edition, Londra 1989; **D. J. Harris:** *Cases and Materials on International Law*, Londra 1991; **M. N. Shaw:** *International Law*, Cambridge 1991.

ilişkin uyuşmazlıklarda, bir devletin kendi ülkesi içinde egemenlik hakkını, diğer ülkelere zarar verecek şekilde kullanamayacağı vurgulanmaktadır (9). Bu konu ile ilgili olarak Kanada ile ABD arasında tahkime konu olan bir uyuşmazlık, bir Kanada'lı firmaya ait bir fabrikanın yol açtığı çevre kirliliğinden kaynaklanmıştı. Söz konusu fabrika Kolombiya'da faaliyet göstermekteydi ve bu fabrikanın sebep olduğu sülfür dioksit kirliliği Amerikan sınır köylerindeki ağaçlara ve diğer zirai ürünlere zarar vermekteydi. Hakemler uyuşmazlıkla ilgili olarak verdikleri kararda, gerek ABD hukuku, gerekse milletlerarası hukuk kuralları uyarınca, hiç bir devletin ülkesini bir başka ülkeye ve kişilere zarar verecek şekilde kullanmaya ve kullandırtmaya hakkının bulunmadığı sonucuna vardılar (10).

Bu örnekler, devletlerin ülkeleri üzerinde mutlak hakimiyet sahibi olmaları prensibinin, devletlerin egemenlik hakkını diğer bir devlet ülkesinde çevre sorunlarına yol açacak şekilde kullanılmasına izin veren bir prensip olarak anlaşılamayacağını vurgulamaktadır.

Böylece, bir devlet ülkesinde çevre korumacılığına ilişkin standartların, diğer bir devlet ülkesine çevre bakımından zarar vermesini önlemesi amaçlanmaktadır.

2) Milli Hukuklarda Öngörülen Çevre Standartlarının Ülke Dışında da (Extraterritorially) Uygulanması

Bazı durumlarda devletler, milli hukuklarında yer verdikleri bazı prensipler ile doğrudan veya dolaylı olarak kendi ülkeleri dışında da uygulanmak üzere çevre standartları tesbit etmektedirler. Burada amaç, başka ülkelerden ithal edilecek ve kendi ülkesinde satılacak malların, belirli çevre standartlarına uygunluğunun sağlanmasıdır. Bu durumda, milletlerarası çevre hukukuna ilişkin standartların belirli bir milli hukuk sistemi tarafından öngörülmesi söz konusudur. Bu metod, hızlı ve etkili bir metod olmakla birlikte, bazı ülkeler, özellikle kendi firmalarını rekabet hukuku açısından korumak için, çevreyi korumak üzere öngördükleri kuralları, yabancı firmalara da uy-

---

(9) Örneğin, *International Commission on the River Oder* davasında Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, bu prensibe dayanarak karar vermiştir. Bkz. 5 ILR 83. Aynı eğilimin vurgulandığı bir başka karar için bkz. *Island of Palmas,* 2 RIAA, 839.

(10) *Trail Smelter* arbitration. (1939) 33 AJIL, s. 182. Aynı şekilde Korfu kanalı davasında da, her devletin ülkesinin bir diğer ülkeye zarar verecek şekilde kullanılmasına engel olma yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir. *Corfu Channel, (1949)* ICJ Reports, s. 22.

gulamaktadırlar. Bu uygulama, çevre hukukuna ilişkin standartların farklı olması gibi sebeplerden kaynaklanabileceği gibi, sadece yabancı firmaların ürünlerinin kendi pazarlarında satılmasını önlemek amacını da taşıyabilir. İşte, milletlerarası çevre tandartının milli hukuklar tarafından belirlendiği durumlarda, bir koşulun gerçekten çevre korumacılığı amacını mı taşıdığı, yoksa yerli malları koruma gayesine mi yönelik olduğu tereddüt doğuracaktır. Aşağıdaki uyuşmazlıklar, bu durumlara örnek teşkil etmektedir.

ABD ile Kanada arasındaki bir uyuşmazlık, Kanada'nın ABD'ye istakoz ihracatı sebebiyle ortaya çıkmıştı. Söz konusu olayda, her iki ülkenin çevre kuralları, üreyecek büyüklüğe ulaşmamış istakozların avlanmasını yasaklamaktaydı. Bununla beraber, Kanada'nın söz konusu istakozlar için öngördüğü asgari büyüklük, ABD standartına nazaran daha düşüktü. Bunun da sebebi, Kanada sularında yaşayan istakozların, ABD kıyılarındaki istakozlarından daha küçük yaşta üreyebilmelerinden kaynaklanmaktaydı. Bununla beraber ABD, kendi kurallarının öngördüğü büyüklüğe ulaşmaması sebebiyle Kanada'dan istakoz ithalini yasakladı (11). Ortaya çıkan uyuşmazlığı çözmek üzere, ABD–Kanada Serbest Ticaret Anlaşması gereğince ikili komisyon toplandı (12) ve söz konusu komisyon uyuşmazlığa GAAT kurallarını uyguladı. Uyuşmazlıkta Kanada, kendi sularında yetişen istakozların ABD'de sularındaki istakozlara nazaran daha küçük boyutta üreme olgunluğuna geldiğini belirterek, istakoz ithalinde ABD'nin kendisine karşı uyguladığı yasağın kaldırılmasını istiyordu. ABD ise, pratikte ABD istakozu ile yabancı istakozların birbirinden ayırt edilmesinin çok güç olduğunu vurgulayarak, daha küçük büyüklükteki istakozların ithaline izin verilmesi durumunda, istakoz avlanmasına ilişkin iç hukukun uygulanmasının mümkün olmayacağını ifade etmekteydi. Uyuşmazlık için toplanan komisyon, Kanada ve ABD istakozlarının aynı kurallara tabi olduğu, dolayısıyla yabancı bir ürüne karşı ayırımcı politika izlenmediğini vurgulayarak, oy çokluğu ile ABD'nin söz konusu ithal yasağının yabancı bir ürünün kendi pazarında satılmasından ziyade, kendi iç hukuk kurallarının uygulanabilmesi amacını taşıdığı sonucuna vardı.

Bazı ülkeler ise, yerli firmaları korumak amacıyla çevre ile ilgili bazı düzenlemeler öngörmekte, böylece çevre hukukuna ilişkin kurallar arkasına sığınarak yabancı ürünlerin kendi pazarlarına girmesini önlemeye çalışmak-

---

(11) 1989 National Oceanic and Atmospheric Administration and Ocean and Coastal Programs Authorization Act, Public Law No. 101-224, Sec. 8, 103 Stat. 1905, 1907 (1989).

(12) International Legal Materials 1988, vol. 27, 281-402.

tadır. Bu durum, bira ve alkolsüz içki kutularının, yeniden kullanılabilir olmasını öngören Danimarka Hukuku'nda gözlemlenmiştir (13). Söz konusu uyuşmazlıkta Danimarka'nın 1981 yılında yürürlüğe koyduğu bir kanun uyarınca, soda, alkolsüz içkiler ve bira satışının (14) ancak yeniden kullanılabilen şişelerde yapılabileceği öngörülmekteydi. Ayrıca, söz konusu kanun, şişelerin şekli ile bu şişelerin toplanma ve yeniden doldurulma usulünü de ayrıntılı olarak tanımlamaktaydı. Bu düzenlemenin, yabancı firmaların Danimarka'da rekabet gücünü ortadan kaldırdığı, Danimarka'ya mal satmak isteyen bir yabancı firmanın yukarıda belirtilen koşulları yerine getirmesinin oldukça masraflı olacağı ve Danimarka'lı firmalarla rekabet edemeyeceği ifade edildi. Uyuşmazlıkta dikkati çeken bir başka mesele, söz konusu kanunun, yabancı firmaların Danimarka şirketleri ile rekabet etmediği süt ve şarap sektörüne uygulanmaması idi. Bu gelişmelerin sonucu olarak, Avrupa Komisyonu, AT temel prensiplerinden malların serbest dolaşımı ilkesinin ihlal edildiği dolayısı ile Danimarka aleyhine dava açtı. Danimarka, söz konusu düzenlemenin, yalnızca çevre korumacılığı amacını taşıdığını savundu. Avrupa Adalet Divanı kararında, çevre korumacılığın AT'nin temel politikalarından biri olduğu belirtilerek, Danimarka'nın ilgili düzenlemesinin AT çevre politikasına uygun olduğu ifade edildi. Mahkeme kararında, Danimarka'nın söz konusu uygulamasının prensip olarak çevre korumacılığına uygun olduğu vurgulanırken, yeniden kullanılabilen şişelerin yalnızca Danimarka Hükümeti'nden alınması şartının, milletlerarası ticari rekabeti zedelediği ifade edildi.

Aynı şekilde, Tayland ve ABD arasında sigara ithalinin kısıtlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkta da, milli hukuklarda yer alan bu tür yasakların, milletlerarası ticareti olumsuz yönde etkilemesi gözlemlenmektedir. Söz konusu uyuşmazlıkta Tayland Hükümeti 1966 Tütün Kanununa uygun olarak ruhsat almayan sigaraların ithalini yasaklamıştı. Bundan başka ithal sigaralar, yerli sigaralara nazaran daha farklı ve yüksek vergiye tabi tutulmaktaydı. Bunun üzerine ABD, GATT nezdinde şikayette bulunarak, söz konusu kısıtlamanın kaldırılmasını talep etti. Tayland Hükümeti söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak hazırladığı savunmada, GATT kurallarının XX(b) maddesine dayandı. Bu madde uyarınca, insan, hayvan veya bitki sağlığı-

---

(13) *Commision of the Europen Communities v. Kingdom of Denmark,* 54 Comm. Mkt. L.R. 619 (1989).

(14) Aynı şekilde Almanya'da bu tür bir ambalaj mevzuatına haizdir. *Verpackungsverordnung,* 12.9.1991.

nın korunması için *gerekli* tedbirlerin alınması amacıyla GAAT kurallarına istisna getirilmesi mümkündü. Tayland Hükümeti bu madde uyarınca ithalata kısıtlama getirilmesinin gerekli olduğunu, zira sigara kullanımının azaltılmasına ilişkin hükümet politikasının uygulanabilmesi ve özellikle kendi vatandaşlarını insan sağlığına zararlı katkılar içeren Amerikan sigaralarından koruyabilmek için, söz konusu tedbirlerin alınmasının zorunlu olduğunu iddia etti. Söz konusu uyuşmazlıkta, XX(b) maddesinde yer alan gerekli kavramı üzerinde duruldu, Komisyonun verdiği karar uyarınca Tayland Hükümeti'nin ithalat kısıtlamaları, GATT kurallarının XX(b) maddesinin kasdettiği "gerekli tedbirler" niteliğinde değildi. Çünkü Tayland Hükümeti, bu alanda ulaşmak istediği sonucu, milletlerarası ticarete söz konusu kısıtlamaları getirmeksizin, başka metodlar da gerçekleştirebilirdi. Kararda bu metodlara örnek olarak, sigaranın muhteviyatının daha ayrıntılı olarak açıklanması koşulu, sigara reklamlarının yasaklanması, belirli katkı maddelerinin kullanımının yasaklanması, fiyat ve satışların kontrol altında tutulması ve yerli sigaralarla ayırım yaratmayacak şekilde vergi uygulaması gösterilmekteydi (15).

Bir başka uyuşmazlıkta (16), ABD, Deniz Memelilerini Koruma Kanunu'nu ihlal etmesi sebebiyle, Meksika'dan balık ithal edilmesini yasaklamıştı. Bu olayda, ABD, ton balığı avını belirli usullere tabi tutmakta, Meksika'lı avcıların ise bu usullere aykırı olarak avlanarak, yunus balıklarının ölmesine sebep oldukları iddia edilmekteydi. Bunun sonucu olarak, ABD, Meksika'dan ton balığı ithaline yasak getirmişti.

Uyuşmazlık, ABD'nin Deniz Memelilerini Koruma Kanunu'nu ihlal ettiği gerekçesi ile Meksika'ya karşı uyguladığı balık ithalatı yasağı sebebiyle ortaya çıkmıştı. Söz konusu kanun (17), ticari balık avı sebebiyle, deniz memelilerinin öldürülmesi veya yaralanmasını önlemek amacını taşımaktaydı. ABD Hükümeti'nin, tonbalığı avı esnasında yunus balıklarının öldürüldüğü gerekçesine dayanarak, Meksika'dan tonbalığı ithal edilmesini yasaklaması üzerine, GATT kurallarının ihlal edildiği gerekçesi ile Meksika GATT prosedürüne başvurdu. Meksika ve ABD, GATT prosedörü uyarınca uyuşmazlığı çöz-

---

(15) *Thailand: Restrictions on the Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (1990). Complaining Party: Us.* Report of the Panel, GATT, BISD 37 Supp. 200 (1990).

(16) *United States: Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Pruducts From Canada (1982). Complaining Party Canada.* Report of Panel, GAAT(s Basic Instruments and Selected Doucuments 29 Supp. 91.

(17) 1972 tarihli Amerikan Deniz Memelilerini Koruma Kanunu *(The Marine Mammal Protection Act of 1972).*

mek için yaptıkları müzakerelerde bir sonuca varamadılar. Bu arada, ABD, söz konusu yasaya aykırı olarak balık avlayan ülkelerden Amerika'ya satmak üzere balık satın alan ülkelere karşı da, yasak uygulamaya başladı (18). Fransa ve İtalya'nın da bu yasaktan etkilenmesi üzerine, Avrupa Topluluğu GATT prosedürünün ilk adımı olarak, ABD ile müzakere talebinde bulundu (19). Müzakerelerden sonuç alınamayınca, GATT Konseyi'nin uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararda, ABD'nin öngördüğü ithal yasağı sert bir dille eliştirildi (20). Buna göre, söz konusu yasak ve kısıtlamalar, yerli ürünlere uygulanmaz veya daha esnek uygulanırken, ithal malların çeşitli yasak ve sınırlamalara tabi tutulması, GATT kurallarının X.1. maddesine aykırı düşecektir.

Yukarıdaki örnek kararlardan görüldüğü üzere, milli hukuk sistemlerinde öngörülen bir kuralın çevre korumacılığını mı desteklediği, yoksa yerli malları mı koruduğu meselesi uygulamada tereddüt uyandırmaktadır. Bu tür kuralların, yerli firmaları koruyucu özellikler içeren tanımlar getirmesi yerine, diğer hukuk düzenlerinde var olan kurallara uyum sağlayacak şekilde oluşturulması, milletlerarası çevre hukukunun rekabet ortamını zedelemesini önleyecektir.

B) Milletlerarası Çevre Standartının Milletlerarası Düzenlemelerle Saptanması

1) Genel Olarak

Milletlerarası çevre standartının milli hukuklarca belirlenmesinin doğurduğu sakıncaları önlemek için çevre korumacılığının milletlerarası düzenlemelerle yapılması gerektiği fikri savunulmaktadır. Çevre kirliliğini önlemek amacıyla yapılacak milletlerarası düzenlemeler, sözleşmeye taraf olan devlete çeşitli yükümlülükler getirecektir. Bu yükümlülükler, devletin çevreye zararlı ürünleri denetlemesi, yasaklaması, fazladan vergi yükü getirmesi veya bu tür ürünlerin üretimi ve satışını yalnızca devlet teşekküllerini yaptırması gibi olumsuz tedbirler olabileceği gibi, çevre dostu ürünlere vergi indirimi

---

(18) *Earth Island Institute v. Mosbacher, Secretary of Commerce,* US Dstrict Court for the Northern district of California, 27.1.1991.

(19) **J. Maggs:** *"EC Will Protest US Tuna Embargo Against 20 Nations"*, The Journal of Commerce, 4.2.1992, 3.

(20) **A. Charnovitz,** *"Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX"* Journal of World Trade, 1991 vol. 25, s. 47-48.

yapılması, teşvik verilmesi veya tüketiciye tanıtılması gibi olumlu tedbirler de olabilir (21).

Milletlerarası ticaret ve çevre hukuku arasındaki ilişki, çeşitli milletlerarası kuruluşlar tarafından ele alınmıştır. Bu alandaki kurumlar arasında önemli bir yeri olan GATT, 20 yıl önce milletlerarası ticarette çevre korumacılığını sağlamak için 20 yıl öncesinden çalışma grubu oluşturmasına karşın, konu ile ilgili GATT tarafından yapılan ilk toplantı 1991 tarihinde gerçekleşmiştir (22). Milletlerarası ticaret alanında çevre korumacılığı ile ilgili problemler, Kuzey Amerika Ticaret Anlaşması'nda da (NAFTA) (23) ele alınmaktadır. Bu alandaki en somut adımlar OECD (24) tarafından gerçekleştirilmiştir. Mevcut problemlerle ilgili önerileri içeren bir rehber hazırlanarak, milli hukuklardaki çevreyi koruyan düzenlemelerin geliştirilmesine gayret edilmiştir. Birleşmiş Milletler'in de, milletlerarası ticaret ve çevre hukukunu ilgilendiren girişimleri mevcuttur (25). Birleşmiş Milletler'in 1992'de Rio de Janerio'da düzenlediği bir konferansta, milletlerarası ticaret ve çevre korumacılığı ele alınmıştır (26). Ayrıca Milletlerarası Ticaret Odası, Milletlerarası ticaret ve çevre problemleri ile ilgili yaklaşımını içeren prensipleri sekiz başlık altında toplamıştır (27).

Milletlerarası alanda söz konusu olan düzenlemelerden bazıları, aşağıda özetle incelenecektir.

2) Çevre Hukukunun Milletlerarası Ticaret Üzerindeki Etkisine İlişkin Bazı Düzenlemeler

a) Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Ticaret ve Çevre Hukukuna İlişkin Düzenlemeleri

Avrupa Topluluğu, üye ülkeler arasında gerçek anlamda bir serbest pazar ve rekabet ortamı yaratmayı amaçladığı için, milletlerarası ticareti ilgilen-

---

(21) **R. B. Stewart / J. B. Wiener,** *The Comprehensive Apporoach Global Climate Policy: Issues of Design and Practicality, Arizona Journal of International and Comparative Law,* Vol. 9, No. 1, 98.

(22) Trade and Environment, 9.

(23) *North American Free Trade Agreement.*

(24) *Organisation for Economic Co-operation and Development.*

(25) *United Nations Conference on Environment and Development* (UNCED).

(26) **M. Erdem:** *"1992 Birleşmiş Milletler Konferansı Çevre Gelişme Konferansı"* (1991) MHB Yıl 11, S 1-2, s. 27.

(27) The Commission on International Trade Policy, Policy and Programme Department, *"International Trade and the Environment: Principles for Policy and Implementation",* Document No 103/160, 1991.

diren bir çok alanda ortak standartlar oluşturmaya gayret etmektedir. Üye ülke hukukları arasında hormonizasyon sağlanamadıkça, değişik ülkelerde yerleşik firmalar farklı kurallara tabi olacak, bu durumda da gerçek bir rekabet ortamından söz etmek mümkün olmayacaktır (28). Bu etkenler, Avrupa Topluluğu'nun çevre hukuku alanında çeşitli düzenlemeler yapması gereğini doğurmuştur.

1970 yılında AT, "çevre programı" düzenleyerek, bu alanda geleceğe yönelik olarak yapılması gereken hususları planladı. Bu program çerçevesinde su ve hava kirliliği, atıklar, çeşitli kimyasal maddelere ilişkin düzenlemeler ve doğal yaşamın korunması gibi konularda çeşitli planlar öngörüldü. Bu aşamalardan sonra, AT'nin bugün gerçekleştirmeyi amaçladığı hedef, üye ülke hukuklarındaki düzenlemelerin hormonizasyonunu sağlayarak, milletlerarası ticarette çevre hukukuna ilişkin kısıtlamaları ortadan kaldırmaktır. Maastricht Anlaşmasında ulaşılan en önemli aşama, Çevre Fonu hakkında üye ülkelerin görüş birliğine varabilmeleri olmuştur. Buna göre, 1989-1993 yılları arasında daha az gelişmiş üye ülkelerdeki (İrlanda, Yunanistan, Portekiz ve İspanya) projelerde kullanılmak üzere Avrupa Topluluğu'nun diğer fonlarından sağlanmak üzere 1.4 milyar ABD Doları tahsis edilmiştir (29).

AT mevzuatında, çevre ile ilgili olarak 300'e yakın düzenleme mevcuttur. AT'nun söz konusu düzenlemelerde öngördüğü ve global ısınmaya sebep olan kimyasal gazlarda indirimi sağlayacak çeşitli tedbirler, bu alandaki diğer düzenlemelere örnek olmuştur (30). AT Komisyonu'nun Bakanlar Konseyi'ne sunduğu teklif uyarınca, 2000 yılına kadar atık gaz olarak atmosfere karışan karbondioksit miktarının azaltılması için, varil başına 10 ABD Doları vergi alınması gibi çeşitli teklifler öngörülmüştür. Ancak, böyle bir uygulama, Topluluk içinde faaliyet gösteren endüstri kuruluşlarının milletlerarası alanda rekabet gücünü azaltacağı için, Komisyon, ağır sanayi AT üyesi ülke hukukları arasında hormonizasyonu sağlamak üzere yapılan düzenlemelerde kabul edilen standart, çevre ile ilgili diğer düzenlemeler dikkate alındığında oldukça yüksektir. Bundan başka, üye ülkelerin bu standartın altında düzenlemeler öngörmesi yasaklanmakla birlikte, daha yüksek stan-

---

(28) **N. Haigh and K. von Moltke:** *"The European Community; An Environmental Force"*, EPA Journal, vol. 16, No. 4, 1990, 7.

(29) Office for Official Publications of the European Communities, *"Environmental Policy and in the European Community"* 1990, 25.

(30) *"EC Commissioner Says Maastriccht Summil Fell Short in Envronmental Areas"* International Environment Reporter, 18.12.1991, 670.

dartların kabul edilmesi mümkündür (31). Bu alanda daha düşük standartları kabul etmiş ülkelerde gerekli değişikliklerin yapılması için, geçici olarak bazı ülkelere AT Çevre Fonundan yardım sağlanabilecektir. Bununlar beraber, üye ülkelerin çevre ile ilgili AT direktiflerini yürürlüğe koymakta yavaş kaldığı, hatta söz konusu direktifleri göz ardı ettiği gözlemlenmektedir. 1990 tarihi itibarıyla üye devletlerin çevre ile ilgili direktifleri gereği gibi yürürlüğe koymamasından kaynaklanan 303 uyuşmazlık Komisyona intikal etmiştir (32).

AT üyesi ülkelerin çevre ile ilgili kuralları arasında hala uyumsuzluklar olması sebebiyle, AT'nun çevre ile ilgili düzenlemelerini gereği gibi yürürlüğe koymayan ülkelere karşı ne yapılabileceğine göz atmakta yarar vardır. Eğer bir üye devlet, çevre politikası bahane edilerek ithalata engel getirildiği kanaatinde ise, Komisyon araştırması talep edebilir. Eğer Komisyon görüşmeler yolu ile çözüm sağlayamazsa, Avrupa Adalet Divanı'na başvurulabilir. Avrupa Topluluğu Adelet Divanı, söz konusu ülkenin çevre politikasına dayanarak ithalatına sınırlama veya yasak getirmesinin haksız olduğu kanaatinde ise, bu sınırlama veya yasağın kaldırılmasına karar verebilir. Eğer Adalet Divanı, söz konusu ülkenin çevre politikasıyla ilgili kuralının, Topluluğun düzenlemeleri ile uyum içerisinde olduğuna karar verirse, ilgili ürünün ithaline ilişkin yasak teyid edilmiş olacaktır. Nitekim bu durum, Danimarka ile ilgili uyuşmazlıkta ortaya çıkmıştır. Danimarka'nın, bira ve alkolsüz içeceklerin yalnızca yeniden kullanılabilir şişelerde satılabileceğine ilişkin kuralının, ithalatı engelleyen bir kural olduğu iddia edilmiş, buna karşın Adalet Divanı'nın uyuşmazlıkla ilgili kararında, milletlerarası ticarete engel getirmesine rağmen, söz konusu kuralın AT çevre politikasına uygun olduğu ifade edilmiştir (33).

Bu tür uyuşmazlıklar için Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na başvurulması teorik olarak mümkün olmakla birlikte, somut olarak en etkin çözümün, üye ülkelerde oluşacak kamu oyu desteği olduğu ifade edilmektedir (34).

AT, rekabet ortamını bozacak şekilde ithalat yasaklarına sebep olabileceği için, üretilen malların çevre hukukuna uygunluğu için aranan standartlarının harmonizasyonuna büyük önem vermiştir. Bu amaçla, 1985 yılında

---

(31) AT Konseyi, *The Single European Act*, Art. 130 T, 1986.

(32) **H. F. French:** *"The EC: Environmental Proving Ground"*, World Watch, 11-12, 1991, 26-33.

(33) Bkz. yuk. dpn. 13.

(34) Trade and Environment, 21.

üretilen mallarda aranan çevre standartlarının harmonizasyonu için detaylı bir plan öngörülmüştür. Bununla beraber, bazen tek bir üründe aranacak teknik standartın harmonizasyonu, bir kaç yıl sürmüştür. Üye ülkeler arasında görüş birliği sağlanıncaya kadar, bazı malların teknolojik olarak güncelliğini yitirdiği gözlemlenmiştir. Bu sebeple AT bugün daha geniş ve genel bir standart harmonizasyonu gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Bu yaklaşım, AT sınırları içindeki imalatçılar için aynı düzeyde bir maliyet yükü ile belirli bir seviyede çevre korumacılığı sağlamayı hedeflemektedir.

b) GAAT

aa) Genel Olarak

1947 yılında kurulan ve milletlerarası ticari alanda önem taşıyan ülkelerin hemen hepsi dahil olmak üzere 100'den fazla ülkenin üye olduğu GAAT'ın amacı, milletlerarası ticareti mümkün olduğu kadar serbest hale getirerek, ekonomik gelişmeyi gerçekleştirmektir. GAAT, bir kurum olarak ele alındığında, özellikle uyuşmazlıkların çözülmesinde gözlemlendiği üzere, hala çeşitli zaafiyetlere sahiptir. Ancak, her şeye rağmen, kurulduğundan bugüne kadar GAAT, milletlerarası ticaretin gelişmesine önemli katkılarda bulunmuştur (35). GAAT'ın önderliği sayesinde, ithalatla ilgili bir çok sınırlama ve vergi yükü azaltılmıştır.

GAAT düzenlemelerinin bazıları, çevre ile ilgili tedbirlerin bahane edilerek, milletlerarası ticarete sınırlama getirilmesini önlemek amacını taşımaktadır. Gerçekten, mahalli mevzuatta, gümrük kurallarında veya uygulamada rastlandığı üzere, çevre ile ilgili tedbirler milletlerarası ticareti etkilemektedir. Bu tedbirler, yabancı üreticinin çevre ile ilgili mahalli mevzuatta yeralan tedbirlere uymuş olması, bu durumu yetkililere kanıtlaması şeklinde öngörülebilir. Ancak, daha da kötüsü, söz konusu kuralların doğrudan, yabancı üreticinin ülkede rekabet şansını ortadan kaldırmak amacını taşımasıdır. Örneğin, ithali söz konusu olan bir ürün hakkında, bir ülkenin, esasında güvenilir olmasına rağmen, diğer bir ülkenin labratuar test sonuçlarını kabul etmemesi veya diğer ülkelerin ürünlerini çevre koşullarına aykırı kılacak düzenlemeler öngörerek, ithalata kısıtlama getirmesi gibi koşullar, bahsedilen amaca yönelik tedbirlerdir.

---

(35) **J. H. Jackson:** *Restructuring the GAAT System*, New York, 1990, 27.

bb) Uyuşmazlıkların GAAT Hükümleri Uyarınca Çözümü

GAAT kurallarından kaynaklanan uyuşmazlıklar için, yine GAAT kurallarında bir çözüm mekanizması öngörülmüştür. Bu mekanizma uyarınca, uzlaşma yolu ile çözülemeyen uyuşmazlıklar, üç üyeli bir uzmanlar heyetine intikal edecektir. Söz konusu uzmanlar, GAAT Konseyi tarafından atanacaktır. Uzmanlar heyeti 6 ay içerisinde çalışmalarını tamamlayarak, GAAT Konseyi'ne görüş bildirmektedir. Bunu takiben, GAAT Konseyi uyuşmazlıkla ilgili kararını verecektir. Konsey, GAAT kurallarının ihlal edildiği görüşünde ise, kuralları ihlal eden ülkenin uygulamasını, uzmanlar heyetinin önerdiği üzere değiştirmesi gerekmektedir. Bununla beraber, GAAT'ın bir ülkenin mahalli hukukunu değiştirmesi hususunda zorlayıcı gücü söz konusu değildir. GAAT'ın bir ülkenin mahalli hukukunu değiştirmesi hususunda zorlayıcı gücü söz konusu değildir. GAAT'ın hükümlerini ihlal ettiği belirtilen devlet ilgili uygulamasını değiştirmezse, uygun bir tazminat ödenmesi için iki ülke arasında müzakere yapılacaktır. Eğer, GAAT kurallarını ihlal eden ülke ne uygulamasını değiştirir, ne de uygun bir tazminat ödemeye yanaşırsa, GAAT Konseyi, bu uygulamadan mağdur devlete, diğer devlet malları için misilleme yapma yetkisini öngörebilir. Bununla beraber, GAAT uygulamasında en etkin yolun hukuki prosedürden ziyade, politik baskı olduğu belirtilmektedir. GAAT'ın kurulduğu 1947 yılından bu yana 79 uyuşmazlığın bu şekilde çözümlendiği ifade edilmektedir (36). Bu uyuşmazlıklardan bazıları çevre ve kamu sağlığı ile yakından ilgilidir.

Milletlerarası ticaretle ilgili engellerin kaldırılması amacı ile 1979 yılındaki Tokyo Toplantısı'nda, "Ticarete İlişkin Teknik Engellerin Kaldırılması Anlaşması" hazırlanmıştır (37). Bu anlaşmada öngörülen standart kuralların amacı, ithal edilen mallarda aranan teknik koşulların milletlerarası ticareti olumsuz etkilemesini önlemektir. Standart koşullar uyarınca, ithal edilen mallarda öngörülecek teknik koşullar için, üye devletler birbirleriyle görüşecekler ve mümkün olduğu nisbette milletlerarası standartlar tesbit etmeye çalışacaklardır. Standart koşullar uyarınca, üye devletler birbirlerini söz konusu standartlar hakkında (gerekçesi ile birlikte) bilgilendirecekler ve bu koşulları yürürlüğe koymadan önce, diğer ülke firmalarının söz konusu koşulları yerine getirebilmeleri için gerekli süreyi vereceklerdir. Milletlerarası ticareti doğrudan etkileyen bu kuralların kamu sağlığı ve güvenliği, hayvan veya bitki

(36) **P. Pescatore:** *Handbook of GAAT Dispute Settlement,* New York, 1991, 2.

(37) Söz konusu anlaşma *Standart Kurallar* olarak anılmaktadır.

sağlığı ya da çevre koruması amacını taşıması gerekmektedir (38). Doğrudan çevre korumacılığı ile ilgili olarak 1990 yılları arasında 211 kuralın GATT sekreterliğine intikal ettiği ifade edilmektedir (39).

cc) Milletlerarası Ticaret ve Çevre Hukuku Politikası

Milletlerarası ticaretin serbestleşmesi için çaba gösteren GAAT, doğal olarak milletlerarası ticaret ve çevre hukuku arasındaki ilişkiyi yakından takip etmiştir. Bu amaçla 1991 yılında GAAT Konseyi tarafından bir toplantı düzenlenmiş ve bu toplantı sonucunda üye devletler bazı hususlarda görüş birliğine varmışlardır. Görüş birliğine varılan konular arasında, GAAT'ın esas amacının çevre hukuku ile ilgili milletlerarası strateji veya standartlar üretmek değil, milletlerarası ticaretin serbestleştirilmesi olduğu, milletlerarası çevre problemlerinin çözümünde en uygun yolun milletlerarası anlaşmalar olduğu ve ticari tedbirlerin ancak gerektiği sürece öngörülmesi hususları sayılabilir.

Milletlerarası ticarette rekabeti etkileyen bir diğer etken, ihracatçı firmalara devlet tarafından verilen destektir. Bu destek sayesinde, üretim maliyeti düşürülerek, rekabet şansı yükseltilmekte ve böylece destek almayan yerli firmaların veya diğer ihracatçı firmaların rekabet gücü zayıflamaktadır. İşte, bu durumun ortadan kaldırılması için, GAAT kuralları, istisnai olarak, destekli mallara karşı bazı tedbirler uygulanmasına imkan vermektedir (GAAT m. 6). Bununla beraber, söz konusu desteğin çevre korumacılığı ve buna ilişkin araştırma ve geliştirme projeleri için verilmesi durumunda, GAAT 6. maddesinde yer alan tedbirlerin uygulanmaması teklif edilmiştir (40).

c) OECD Prensipleri

OECD, milletlerarası ticaretin çeşitli sektörleri ile bağlantılı çevre problemlerine 1972'den beri periyodik olarak değinmektedir. 1972 yılında OECD tarafından hazırlanan bir kitapçıkta, *"çevre politikasının milletlerarası ekonomik veçhesi hakkında rehber prensipler"* hazırlanmıştır (41). Söz konusu prensipler dört başlık altında özetlenebilir (42):

---

(38) Standart Kurallar, m. 2.2.

(39) GAAT Secretariat, *"Trade and Environment"*, 22.

(40) GAAT Trade Negotiations I, *"Draft Final ACT Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations"*, GAAT Document MTN, TNC/WFA, 20.12.1991, 13-18.

(41) Organisation for Economic Co-operation and Development, 26.5.1972, C(72) 128. *"The Polluter Pays Principle: Definition, Analysis, Implementation"*. Paris, 1975.

(42) Trade and Environment, 26.

Kirleten öder prensibi : Milli hukuklarda çevre korumacılığı ile ilgili hukuki düzenleme yapılacak olursa, söz konusu düzenlemenin getireceği mali yükümlülüğe çevre kirliliğine sebep olan kişilerin katlanması gerekecektir (43). Bununla beraber, milletlerarası ticareti ve yatırımları önemli ölçüde etkilemeyen durumlarda, söz konusu prensibe istisna getirilmesi imkanı tanınmıştır. Böylece, özellikle, sosyo-ekonomik açıdan acil çözüm gerektiren çevre problemleri için devlet yardımı öngörülebilecek ve "kirleten öder" prensibine bu açıdan istisna getirilebilecektir.

Harmonizasyon Prensibi : Farklı düzenlemelere gitmek için haklı sebepler varolmadıkça, milli hukuk düzenlerindeki çevre hukuku ile ilgili düzenlemelerin harmonize edilmesi gerekmektedir. Farklı kurallara sahip olmak için söz konusu olabilecek haklı sebepler arasında, ülkenin endüstrileşme seviyesi, nüfusu, öncelik verilmesi gereken sosyal problemlerin mevcudiyeti sayılabilir.

Eşitlik Prensibi : Bu prensip uyarınca, çevre hukuku ile ilgili tedbirlerin GAAT kuralları uyarınca düzenlenmesi gerekmektedir. Yine bu prensip uyarınca, çevre hukuku ile ilgili tedbirler bakımından milli mamuller ile yabancı mamuller farklı uygulamaya tabi tutulmayacaktır.

Rekabet Ortamının Korunması Prensibi : Bu prensip uyarınca, çevre korumacılığı ile ilgili tedbirlerin yarattığı ekonomik sonuçlar, harici tedbirlerle ortadan kaldırılmaya çalışılmamalıdır. Buna göre, kendi hukukuna nazaran daha gevşek çevre kurallarına sahip olan bir devlette yerleşik olan ve böylece üretim maliyeti daha düşük olan firmaların ürünlerine karşı, ekstra vergi veya gümrük uygulanması gibi tedbirlere başvurulmamalıdır. Aynı şekilde, çevre korumacılığı sebebiyle üretim maliyetini yükselten ülkeler, aynı seviyede kurallara sahip olmayan diğer ülke firmaları karşısında kendi firmalarının rekabet gücünü arttırmak için, destek veya muafiyetlere başvurmamaları gerekir. Görüldüğü gibi, burada amaçlanan, farklı çevre politikalarının ortaya çıkaracağı maliyetlerdeki değişikliğin dengelenmesi bahanesiyle, milletlerarası rekabet ortamının bozulmasının önlenmesidir.

OECD'nin GAAT veya diğer milletlerarası ticari anlaşmaları çevre hukuku bakımından değiştirme yetkisi olmamakla birlikte, endüstrileşmiş ülkeleri

---

(43) Bununla beraber, çevre kirliliğine sebep olduğu tesbit edilen firmalara getirilecek mali yük, üretim maliyetini etkileyecek ve sonuç olarak söz konusu artış, tüketiciye intikal ettirilecektir.

bu mesele ile ilgili olarak toplantıya çağırmıştır. Dünya ticaretinin dörtte üçünü gerçekleştiren 24 ülke 1991 yılında, bu girişimlerin sonucu olarak toplanmıştır. Bu toplantı sonuçlarının, üye ülkelerin çevre hukuku ile ilgili düzenlemelerine rehber olması amaçlanmıştır.

d) NAFTA Müzakereleri

Milletlerarası ticaret ve çevre hukuku arasındaki yakın ilişki, ABD, Kanada ve Meksika arasında serbest ticareti hedefleyen sözleşme olan NAFTA ile ilgili müzakerelerde de açıkça gözlemlenmektedir. Meksika'nın ABD sınırındaki ticari ve endüstriyel faaliyetler, halühazırda bir çok çevre hukuku problemi ile iç içe bulunmaktadır. Söz konusu bölgede müşterek bir standart oluşturulamaması, ABD'de bulunan yatırımcıların rekabet gücünü olumsuz etkilemekte, bunun sonucu olarak, yatırımcılar, çevre ile ilgili standartların düşük tutulması hususunda ısrar etmektedirler (44). Meksika hükümeti 1988'de çevre korumasını temin amacıyla oldukça ayrıntılı bir yasa öngörmekle birlikte, söz konusu yasanın fiilen uygulanması gerçekleşmemiştir. Bu alanda işbirliği sağlamak üzere Meksika ve ABD, 1992'de müşterek bir komisyon oluşturmuştur.

III) TÜRK ÇEVRE HUKUKU

A) Türk Çevre Mevzuatı

Çevre sorunları ve bu alanda izlenecek politikaya T.C.'nin Altıncı Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda da (1990-1994) değinilmiştir. Kalkınma Planı'nın sosyal hedef ilke ve politikalarla ilgili dördüncü bölümü çevre sorunlarına ayrılmıştır. Bu bölümün 972. maddesi uyarınca, *"bütün ekonomik politikalarda çevre boyutunun dikkate alınması esastır"*.

Çevrenin korunmasında en etkili yöntem, bu amaçla yapılacak denetimlerdir. Bu denetim, Çevre Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak, ayrıca, kuruluş ve işletmeler, kullandıkları yakıt ve ortaya çıkan atıkları, düzenli olarak Çevre Genel Müdürlüğü'ne bildirecektir.

Çevre Kanunu'nun 13. maddesi, çevre korumacılığı ile ilgili kuralların, ticari ilişkiler üzerindeki etkisine örnek teşkil etmektedir. Bu madde uyarınca, çevreye zararlı kimyasal maddelerin üretim, ithal, taşıma, depolama ve kullanımına ilişkin sınırlama getirilmesi mümkündür.

---

(44) *"Down Mexico Way"*, The Economist, 18.5.1992, 4.

Çevre korumacılığı ile ilgili hukuksal düzenlemelerin uygulamadaki başarısı, bu düzenlemelere aykırılık halinde öngörülecek yaptırımlar ve bu alanda verilecek Çevre korumacılığı ile ilgili hukuksal düzenlemelerin uygulamadaki başarısı, bu düzenlemelere aykırılık halinde öngörülecek yaptırımlar ve bu alanda verilecek teşvikler ile yakından bağlantılıdır. İşte, Türk hukukunda da bu amaçla çeşitli yaptırımlar ve teşvikler öngörülmüştür.

Türk Hukuku'nda çevre ile ilgili mevzuat, çevre korumacılığı ile ilgili olarak oluşturulan hükümlerle, bu alanda Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı ve ikili milletlerarası anlaşmalardan oluşmaktadır.

B) İç Hukuktaki Düzenlemeler

1) Çevre Kanununun Öngördüğü Yaptırımlar

Bu yaptırımlar, işletme ruhsatı vermeme, faaliyet durdurma, para ve hapis cezası olarak sınıflandırılabilir. Bu cezalar arasında hapis cezası mahkeme tarafından, diğerleri ise yetkili idari makamlar tarafından verilebilir. İdari cezalara karşı, cezanın tebliği tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesinde itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz (Çevre Kanunu m. 25).

a) İşletme Ruhsatı Verilmemesi

Çevre Kanunu'nun 11. maddesi arıtma sistem veya tesislerini tamamlamayan kurum, kuruluş ve işletmelere ruhsat verilmeyeceğini öngörmektedir. Ayrıca, yine Çevre Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler bir "çevre etki değerlendirme raporu" yazacaklardır. Bu raporda, gerçekleştirilmek istenen faaliyetin çevreye etkisi, teknoloji ve kaynak seçimi gibi bilgilerle, çevrenin korunması için alınacak tedbirler belirtilecektir (45).

b) Faaliyetlerin Durdurulması

Çevre Kanunu'nun öngördüğü bir başka yaptırım, faaliyetlerin durdurulmasıdır. Buna göre, Çevre Kanunu'nda yazılı yasaklara aykırı hareket edenler veya kanunda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen kurum, kuruluş

---

(45) Çevresel etki değerlendirilmesi faaliyet listesi, çevresel etki değerlendirilmesi uygulanacak bölgeler ve faaliyetler ile söz konusu rapora ilişkin diğer ayrıntılı hususlar, *"Çevresel Etki Değerlendirilmesi Yönetmeliği"*nde düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmelik için bkz. R.G. 21448 s., 7.2.1993 t.

ve işletmelere mahallin en büyük mülki amiri, bu yasaklan düzeltmek ve kanunda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek üzere yeteri kadar süre verilir (Çevre Kanunu m. 15) (46). Verilen sürenin bitmesine rağmen, Çevre Kanunu'na aykırı faaliyetini sürdüren kurum, kuruluş veya işletmenin faaliyetleri süreli veya süresiz olarak durdurulacaktır.

Bununla beraber, çevre kirliliği toplum sağlığı bakımından tehlike yarattığı takdirde, yukarıdaki gibi bir süre vermeye gerek kalmaksızın kirlenmeye yol açan faaliyetin geçici bir süre için kısmen veya tamamen durdurulması mümkündür. Böyle bir durumda, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı kendiliğinden veya Çevre Müsteşarlığının talebi üzerine harekete geçecektir. Söz konusu faaliyetlerin en büyük mülki amir tarafından da durdurulması mümkündür. Bu durum derhal Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile Başbakanlık Çevre Müsteşarlığı'na bildirilir (Çevre Kanunu m. 18).

Çevre kirliliğine gemilerin sebep olması durumunda da, benzer uygulama ortaya çıkacaktır. Çevre Kanunu'nun 22. maddesindeki öngörülen para cezasının ödenmemesi durumunda, çevreyi kirleten gemi veya deniz aracının teminat veya kefalet göstermemesi durumunda, seyrüsefer ve faaliyetten men edilecektir (Çevre Kanunu m. 24).

c) Para Cezası

Çevre Kanunu'nun öngördüğü hükümlere aykırı davranılması durumunda, mahallin en büyük idari amiri (47) tarafından para cezası verilmesi söz konusu olabilir. Bu cezaların tahsili ise, 6183 s. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun uyarınca olacaktır.

d) Hapis Cezası

Çevre Kanunu'nun öngördüğü yaptırımlar arasında mahkeme tarafından hapis cezasına hükmolunması da bulunmaktadır. Çevre Genel Müdürlüğü'nün denetimleri ile ilgili olarak belgeleme yükümlülüğünü yerine getirirken gerçeğe aykırı belge düzenleyenlere, fiil daha ağır bir cezayı gerektir-

---

(46) Bununla beraber, bu süre içerisinde yasaklara uyulmadığı gerekçesi ile ceza verilemeyeceği öngörülmüştür (Çevre Kanunu m. 15/2).

(47) Ancak, gemiler hakkında verilen para cezalarından Büyükşehir Belediye hudutları içerisinde kalan sahillerimiz, boğazlarımız ile liman ve körfezlerimizde; göl ve akarsularımızda cezalar, Büyükşehir Belediye Başkanları tarafından verilir. Büyükşehir Belediyesi hudutları dışında kalan cezalar ise doğrudan Sahil Güvenlik bot komutanlarınca verilecektir (Çevre Kanunu m. 24/a ve b).

mediği takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunacaktır. Bu yükümlülüğü yerine getirirken yetkili makamlara yanlış ve yanıltıcı bilgi verenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilecektir.

2) Çevre Kanununun Öngördüğü Tedbirler

Çevre Kanunu uyarınca öngörülen ve yukarıda özetlenen bu yaptırımlar sadece çevreyi kirletenlerin cezalandırılmasını amacını gütmeyip, çevre kirliliğine sebep olabilecek durumları da kapsamaktadır. Bu yaklaşımın en açık ifadesi, Çevre Kanunu'nun 8/II. maddesinde görülmektedir. Buna göre, *"kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle..."* yükümlüdürler. Aynı şekilde, yukarıda belirtildiği üzere, Çevre Kanunu'nun 11. maddesi, çevre kirliliğini önleyici bir tedbire yer vermektedir. Bu madde uyarınca, arıtma tesis veya sistemleri kurulup işletmeye hazır hale getirilmedikçe, kurum, kuruluş ve işletmelere işletme ve kullanım izni verilmeyecektir.

Çevre Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu özel çevre koruma bölgeleri ilan edebilecektir (48). Çevre Kanunu, çevre kirliliğine yol açan işletmeleri Bakanlar Kurulu'na sunmak üzere Merkez Çevre Kurulu oluşturulmasını öngörmektedir. Bu işletmeler kendi aralarında gruplandırılacak (49) ve çevre kirliliğini önleme fonuna katkıda bulunmakla yükümlü olacaklardır.

Çevre korumacılığının gelişmesinde hukuken öngörülebilecek en etkili yollardan biri, bu amaca hizmet edecek bir fon oluşturmak ve burada oluşacak birikimin, çevrenin koruması ile ilgili projelere mali kaynak olarak, çevre kirliliğini önleyecek faaliyet ve tesisleri teşvik etmektir. Nitekim Türk Hukuku'nda da, bu amacı gerçekleştirmek üzere 2872 s. Çevre Kanunu'nun 19. maddesine dayanarak, *"Çevre Kirliliğini Ödeme Fonu Yönetmeliği"* (50) düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 15 ve 16. maddeleri, fonun gelir kaynaklarını düzenlemektedir. Buna göre, söz konusu fonun mali kaynağı, ka-

---

(48) Özel Çevre Koruma Bölgesi olarak ilan edilecek bu alanları korumak ve kirlenmeyi önleyecek tedbirleri almak üzere *"Özel Çevre Koruma Kurumu"* kurulmasına dair kanun hükmünde kararname için bkz. Karar Sayısı KHK/383. R.G. S. 20341, t. 13.11.1989. Söz konusu kurumun amacı belirlenirken, milletlerarası koruma sözleşmeleri dikkate alınarak Bölgedeki koruma ve kullanma esaslarının belirleneceği öngörülmüştür (m. 1/a).

(49) Bkz. "Çevre Kirliliğine Yol Açan İşletmelerin Faaliyet Kolları İtibariyle Gruplandırılması Hakkında Karar" Karar No: 91/1551, t. 12.5.1981, RG. 20882 s. ve 26.5.1991 t.

(50) R.G. 18757 s. ve 17.5.1985 t.

ra, deniz ve hava araçlarından belirli oranlarında tahsil edilecek meblağlar ile çevreye zarar verilmesinden dolayı kesilen cezalardan oluşmaktadır. Ayrıca, Çevre Genel Müdürlüğü bütçesine bu amaçla konulacak tahsisat ile bu gelirlerin faiz gelirleri, bağış ve yardımlar, söz konusu fonun mali kaynağı olacaktır.

Çevre kirliliğini önleme fonundan yapılacak giderler ve verilecek kredilerin kapsamı, yönetmeliğin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çevrenin temizlenmesi ve çevre kirliliğinin önlenmesi için yapılacak faaliyetler ve bunlarla ilgili harcamalar, fondan yapılacak giderler arasında yer almaktadır. Ayrıca yönetmelik, arıtma tesisi yapacak gerçek ve tüzel kişilere kredi yardımı yapılmasını da öngörmektedir. Görüldüğü gibi, hukuksal düzenlemesi ve finansal kaynağı sağlanan bu mekanizmanın, doğru kaynaklar için kullanılması temin edildiği takdirde, çevre korumacılığı alanında olumlu gelişmelerin gerçekleşmesi söz konusu olabilecektir.

3) Çevre Korumacılığı ile İlgili Teşvikler

Çevre korumacılığı alanındaki en etkili yollardan birisi de bu alanda verilecek teşvikler ile çevre korumacılığının özendirilmesidir. Türk Hukukunda bu amaçla öngörülen teşvikler gümrük muafiyeti, yatırım indirimi, teşvik kredileri, vergi, resim, harç muafiyeti, yatırım finansman fonundan faydalanma, bina inşaat harcı istisnası tanınması, KDV ertelemesi, teşvik primi verilmesi, SSK Primi - Konut Edindirme Yardımı, Tasarrufu Teşvik Kesintisi iadeleri, enerji teşviki, ilave istihdam teşviki alanlarında gerçekleşmektedir. Bu teşviklerden yararlanabilmek için, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'ndan Teşvik Belgesi alınması gerekmektedir (51).

C) Çevre ile İlgili Olarak Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler

Yukarıda belirtildiği üzere, çevre problemlerinin çözümünde milletlerarası alanda işbirliği gerekmektedir. Bu amaçla, çevre korumacılığı ile ilgili olarak milli hukuk düzenlerinde yer alan hükümler arasında uyum sağlanmaya çalışılmakta ve akdedilen milletlerarası sözleşmeler ile bu alanda devletler arasında işbirliği yapılmaya çalışılmaktadır. Türkiye'nin çevre mevzuatını milletlerarası standarta uygun hale getirme girişimlerine örnek olarak,

---

(51) Bkz. *"Yatırımların, Döviz Kazandırıcı Hizmetlerin ve İşletmelerin Teşviki ve Yönlendirilmesi ile İlgili Tebliğ"*, Tebliğ No: 93/2, R.G. 21502 s., 20.2.1993 t.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı Türkiye Cumhuriyeti Hükümet Projesi gösterilebilir (52). Bu projenin amacı, Türk Çevre Mevzuatının AET Standartlarına uyum sağlamasıdır. Ayrıca, yine milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek üzere, Türkiye'in bazı çok taraflı ve iki taraflı milletlerarası sözleşmelere taraf olduğu görülmektedir.

1) Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmeler

Petrol ve diğer zararlı maddelerle deniz çevresinin kasıtlı olarak kirlenmesini önlemek ve bu maddelerin bir kaza neticesinde denize boşaltılmasını en aza indirmek amacı ile 1973 yılında *"Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme"* (Marpol-73 Sözleşmesi) imzalanmıştır (53). Sözleşmenin hükümleri, sözleşmeye taraf bir devletin bayrağını taşıma hakkına sahip olan ve bayrağını taşımaya yetkisi olmadığı halde bir tarafın yetkisi altında faaliyette bulunan gemilerde uygulanacaktır (m. 3/I).

Kirlenme tehdidine karşı gerekli önlemleri almak ve Akdeniz Bölgesi'nin özel ihtiyaçlarına cevap vermek üzere, devletlerin ve ilgili uluslararası kuruluşların işbirliğini sağlamak amacıyla 1976 yılında Barselona'da *"Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunmasına Ait Sözleşme"* imzalanmıştır (54). Türkiye bu sözleşmeye 1980 yılında taraf olmuştur (55). Söz konusu sözleşme kirlenmeyi önlemek için alınacak tedbirlerde ve yapılacak denetimlerde işbirliği öngörmekte, ayrıca kirlenme sonrası çevreye verilen zarara karşı ortak hareket edilmesini amaçlamaktadır (56). Sözleşme ve protokol hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında taraflar arasında ortaya çıkacak anlaşmazlıkların çözümünde görüşme veya uzlaştırıcı yolu kullanılacaktır. Uyuşmazlığın bu şekilde çözülmesi mümkün olmadığı takdirde tahkime gidileceği öngörülmüştür (m. 22) (57). Yine aynı yaklaşımla Karadeniz'in korunması

---

(52) Bkz. R. G. 19919 s. 4.9.1988 t.

(53) Söz konusu sözleşme ve bu sözleşmeyi değiştiren Protokol'ün (Marpol-78) metni için bkz. R.G. 20558 s., 24.6.1990 t.

(54) Sözleşmeyi imzalayan devletler şunlardır: Arnavutluk, Cezayir, Fas, Fransa, İspanya, İsrail, İtalya, Kıbrıs, Libya Arap Cumhuriyeti, Lübnan, Malta, Mısır, Monako, Suriye Arap Cumhuriyeti, Türkiye, Yugoslavya, Yunanistan.

(55) Sözleşme metni için bkz. R.G. 17368 s., 12.6.1981 t.

(56) Ayrıca bu sözleşme ile birlikte iki protokol imzalanmıştır; "Akdeniz'in Gemilerden ve Uçaklardan Vaki Olan Boşaltma Sonucunda Kirlenmesinden Korunmasına Ait Protokol" ve "Fevkalade Hallerde Akdeniz'in Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Yapılacak Mücadele ve İşbirliğine Ait Protokol".

(57) Sözleşmede öngörülen tahkim usulü, yine bu sözleşmeye ek olarak (EK A) düzenlenmiştir.

amacı ile "Karadeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi" imzalanmıştır (58). Özellikle deniz kirliliğini önleme amacı ile Türkiye'nin taraf olduğu bir başka milletlerarası sözleşme, *"Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi"*dir (59).

Çevre ile ilgili olarak Türkiye'nin taraf olduğu bir başka milletlerarası sözleşme, 1985 tarihli *"Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi"*dir (60). Bu sözleşme ile ozon tabakasındaki değişikliklerin yolaçtığı olumsuz etkilere karşı insan şağlığının ve çevrenin konunmasına ilişkin tedbirler alınması amaçlanmıştır. Yine Viyana Sözleşmesi'ne taraf olan devletler imzaladıkları *"Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü"* ile ozon tabakasını tüketen maddelerin kontrol altında tutulmasını amaçlamaktadırlar. Montreal Protokolü, kontrol altında tutulması gereken maddeleri belirlemekte ve bu maddelerin üretim ve tüketim miktarları hakkında taraf devletlere çeşitli yükümlülükler öngörmektedir. Montreal Protokolü'nün 4. maddesi, söz konusu düzenlemenin milletlerarası ticarete olan doğrudan etkisine açık bir örnektir. Söz konusu madde uyarınca, taraf ülkeler, taraf olmayan ülkelerden kontrol altında tutulan madde ithal edilmesini yasaklayacaklardır (61). Kontrol altında tutulan maddelerin, protokole taraf olmayan devletlere ihracatı da yasaklanmıştır. Yine taraflar, taraf olmayan herhangi bir devlette kontrol altındaki maddelerin üretiminde kullanılan teknolojilerin ihraç edilmesini desteklemeyeceklerdir.

2) İki Taraflı Milletlerarası Sözleşmeler

Çevrenin korunması alanında işbirliği yapmak üzere, Almanya, Macaristan ve Azerbaycan Devletleri ile ikili anlaşmalar akdedilmiştir. Almanya Federal Cumhuriyeti Hükümeti ile yapılan anlaşmada (62) her iki devleti ortaklaşa ilgilendiren alanlar saptanmış (m. 2) ve özellikle bu alanlarda ortaya çıkacak çevre problemlerinin çözümünde, taraf devletlerin birlikte hareket etmesi öngörülmüştür. Türkiye'nin Macaristan ile yaptığı sözleşmede de (63) aynı yaklaşım görülmekte, ayrıca söz konusu sözleşme, tarafların çevre

(58) R.G. 21788 s. ve 14.12.1993 t.

(59) R.G. 21834 s. ve 30.12.1993 t.

(60) Sözleşme metni için bkz. R.G. 20629 s., 8.9.1990.

(61) Kontrol altında tutulan maddelerin taraf olmayan devletlerden Türkiye'ye ithal edilmesini yasaklayan tebliğ için bkz. R.G. 6.8.1982.

(62) R.G. 13.1.1993 t. ve 21464 s.

(63) R.G. 3.7.1993 t. ve 21626 s.

mevzuatının uluslararası çevre politikası ve özellikle AT standartları ile mümkün olduğu nisbette uyumlaştırılmasını öngörmektedir. Azerbaycan ile yapılan ikili sözleşmede (64) ise özellikle tehlikeli atık trafiğinin engellenmesi ile işbirliği dikkat çekmektedir.

SONUÇ

Çevre korumacılığını alanında bütün milletleri kapsayan ve icra gücüne sahip bir milletlerarası mekanizma oluşturulmadıkça, devletlerin kendi milli hukuk düzenlerinde öngördükleri kurallar, en azından şimdilik, çevre korumacılığına ilişkin olarak düzeyde oluşturulmaya çalışılan tedbirlerden çok daha etkili olacaktır. Bunun en çarpıcı örneği, ABD'nin deniz kaplumbağalarının korunması amacı ile yaptığı düzenlemede görülmektedir. Deniz kaplumbağalarının korunması için ABD, kendisine karides satan 14 ülkeyi, öngördüğü ithalat mevzuatı sayesinde, karides avı esnasında söz konusu kaplumbağaların korunması için alınması gereken tedbirler hususunda ikna etmiştir (65).

Çevre korumacılığını gerçekleştirmek için, milli hukuklar seviyesinde öngörülecek kurallar, bugün için daha etkili sonuç vermektedir. Milli hukuklardaki kurallar sayesinde çevre korumacılığı standartını yükseltmek daha gerçekçi görülmektedir. Bununla beraber, çevre korumacılığını milletlerarası alandaki işbirliğinden soyutlayarak milli hukuklar sayesinde gerçekleştirmeye çalışmanın çeşitli sakıncaları vardır. Öncelikle, çevre korumacılığının tümüyle milli hukuk düzenlerindeki kurallara bırakılması Milletlerarası ticari rekabetin bozulmasına sebep olabilir. Çünkü, yukarıda örnekleri incelendiği üzere, milli hukuk düzenlerinde çevre korumacılığı görünümü altında kurallar öngörülerek yabancı maların ülkede satılması engellenebilir. Bu tür kurallar çevre korumacılığından ziyade, milletlerarası ticari rekabetin kısıtlanmasına hizmet edecektir.

Milli hukuk sistemlerinde çevre korumacılığı ile ilgili kuralların amacına uygun olarak işletilmesi durumunda dahi, uygulamada bazı aksaklıklar ortaya çıkacaktır. Çevre korumacılığı alanında yüksek standartlar öngören devlette yerleşik firmalar, bu alanda daha düşük standartlar arayan devlette yerleşik firmalara nazaran daha yüksek üretim maliyetine sahip olacak ve bu durum da, söz konusu firmaların milletlerarası ticari rekabet gücünü

---

(64) R.G. 21.10.1993 t. ve 21735 s.

(65) **S. S. Liberman**, *"Japan Agrees To Phase Out Trade in Endangered Sea Turtles"*, Endangered Species Technical Bulletin, vol. XVI, No: 7-8, 1991.

olumsuz yönde etkileyecektir. Bu gelişmenin bir başka sonucu da, üretim maliyetlerinde oluşacak bu artıştan kaçmak için, sermayenin çevre alanında aynı duyarlılığı göstermeyen ülkelere gitmesi olacaktır.

Görüldüğü gibi, şu an için en etkili yol olarak görülse de, yalnızca milli düzenlemeler ile çevre korumacılığını gerçekleştirmek, uzun vadede sonuç vermeyecektir. Çevre korumacılığı alanında etkili önlemlerin alınmasında milletlerarası düzenlemelerin daha uygun ve hakkaniyetli sonuç doğuracağı söylenebilir. Bununla beraber, en azından şu an için, çevre hukuku alanında etkili bir yaptırım gücüne sahip ve değişik ekonomik menfaat grupları tarafından kabul edilmiş, milletlerarası bir mekanizmanın sağlanmış olduğundan söz edilemez. Bu sebeple, çevre alanındaki sorunların çözümünde gerekli olan milletlerarası işbirliği, milli hukuk düzenleri arasında harmonizasyon sağlanması suretiyle gerçekleştirilmeye çalışılmalıdır. Milli hukuk düzenlerinin mümkün olduu nisbette ortak standartlar benimsemesi, çevre alanında gerekli olan işbirliğinin temelini oluşturacak ve milletlerarası rekabetin korunması sağlanacaktır. Böylece, çevre korumacılığı ile ilgili tedbirlerin de, milli hukuklar aracılığı ile icrası sağlanacaktır. Ayrıca, AT bünyesinde oluşturulduğu üzere, çevre korumacılığını ekonomik olarak destekleyecek bir fon kurulması, özellikle gelişmekte olan ülkelerin milletlerarası çevre standartına uyum sağlarken karşılaşacakları zorlukların aşılmasında olumlu rol oynayacaktır.

—oOo—

Kısaltmalar

AJIL : American Journal of International Law
Art : Article
AT : Avrupa Topluluğu
aşg. : Aşağıda
dpn. : Dipnot
EC : European Community
GAAT : General Agreements on Tariffs and Trade
ICJ : International Court of Justice
ILM : International Legal Materials
ILR : International Law Report
MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
NAFTA : North American Free Trade Agreement
R.G. : Resmi Gazete
RIAA : United Nations Reports of International Arbtitral Awards
s. : sayı
OECD : Organisation for Economic Cooperation and Development
t. : Tarih
vol. : Volume
yuk. : Yukarıda

"ÜST MAHKEMELER" KANUN TASARISI

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. I- Genel olarak istinaf. a- Tarihçi izah. b- Mahalli tesirler. c- Çalışmanın muayyen noktalara toplanması. ç- İstinaf denetlemesi. d- Davanın iki defa görülmesi. II- Üst mahkeme. a- Üst mahkeme. b- İstisnalar. c- 305. madde. 1- Yetki. 2- Red kararı. 3- Kanuna aykırılık. 4- Hukuka aykırılık. 5- Esas hakkında karar. 6- Direnme yasağı.*

GİRİŞ

"Üst mahkeme" (=istinaf) kavramına ilişkin tartışma sona ermiş gibidir. Adalet Bakanlığı'nın CMUK.na ilişkin değişiklik tasarısı Meclis Adalet Komisyonu'nda kabul edildi. Bu tasarı Genel Kurul'da da benimsenirse "Üst mahkeme" adı altında "istinaf" mahkemesi kurulmuş olacaktır. Tasarı "Adalet Komisyonu"nda hiç bir değişiklik yapılmadan aynen benimsenmiştir.

Evvela istinaf mahkemesi kavramını genel olarak inceleyeceğiz, sonrada kurulmak üzere olan üst mahkemeye ilişkin tasarıyı ele alacağız.

I. GENEL OLARAK İSTİNAF

Usul Kanunumuz yalnız iki çeşit kanun yolu kabul etmiştir: "İtiraz" ve "temyiz". Bir çok memleketlerde üçüncü bir kanun yolu daha kabul edilmiştir: "İstinaf".

Memleketimizde zaman zaman istinaf mahkemelerinin yeniden kurulması fikri savunulmuştur. İstinaf mahkemelerinin yeniden kurulmasının faydalı olup olmayacağı hakkında, bu müesseselerin leh ve aleyhindeki düşüncelerin (1) mukayesesi ile bir kanaate varılabilir:

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

(1) İstinaf mahkemeleri, hakkında özlü bilgi için bk. Şensoy, "İstinaf", broşür, İstanbul,

a) Tarihçi İzah : İstinaf teşkilatının lehinde düşünenler bilhassa tarihi vakıalara dayanarak bu müesseseyi izah etmek isterler. Böyle düşünenlere göre tarihin her devrinde mütekamil bir adli teşkilat nerede kurulmuş ise orada istinaf da mevcut olmuştur.

Böyle bir düşünce tarihi hakikatlere uygundur (2). Fakat doğru olmayan şey, tarihi vakıalardan istinaf lehine çıkarılan sonuçtur. Doğru görüş şudur: Mahalli kaza mercilerini zayıflatmak için istinaf bir vasıta olarak kullanılmıştır. Merkezileştirme tamamlandıktan sonra istinaf merkezin o mahallerde temsiline hizmet etmiştir. Binnetice istinaf hukuki olmaktan ziyade siyasi maksatlarla kurulmuştur (3). Rocco istinafa "orta çağ adalet anlayışının kalıntısı" nazarı ile bakar (4). İstinafın hukuken müdafaası güçtür. Diğer taraftan istinafın tarihi gelişimi münhasıran demokratik gayelerden ibaret bulunan bir teşkilat manzarası da arzetmemektedir. Bu bir krallık müessesesidir.

b) Mahalli tesirler : İlk mahkemelerin mahalli tesirler altında kalabilecekleri, halbuki en ziyade il merkezinde bulunan istinaf mahkemelerinin bu tesirlerden azade karar verecekleri ileri sürülmektedir.

Bu mütalâa hukuki sayılamaz. Kaide, mahkemelerin "iyi hâkimler"den kurulmasıdır. Mahalli tesirlere kendini kaptırmamak her derecedeki hakimde aranan vasıftır. Diğer taraftan "mahalli şartlar"ı bilmek bir ceza davasının görülmesinde faydalı, hatta bazı suçlar için lüzumludur.

1947; Dönmezer, İstinaf davası (Yeni Sabah, 26 Haziran 1952), Gözübüyük (A.), İstinaf mahkemeleri (Vatan, 27.5.1952), Aynı yazar: Batı Avrupa İstinaf mahkemeleri ve Türkiyemiz, Ad. Der. 1955, s. 431, Ansay, İstinaf konulu konferans, bk. Sotgiu (G.) La revisicne dei giudicati penale (Roma 1933), ss. 25: Ruacan Asım, Temyizi kuvvetlendirmek mi, istinaf mı? Hukuk Dergisi 25.4.1944, n. 1 ss. 3: Öktem İmran, İstinaf, Yeni İstanbul, 28.11.1952, Uslu, Feyzullah, İstinaf mahkemeleri, Hürses, 19.2.1953, Elöve, Emil, İstinaf mahkemeleri, Vatan 26.3.1955. Özlü bilgi için bk. Kunter (N.) Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul), 1989 ss. 1042.

(2) İstinafın Tarihçesi için Bk. Erem, İstinaf Mahkemeleri, Ankara HF. Derg. 1950, n. 1-2, ss. 9, Garapin, Etude critigue sur l'institution de ı'appel en matiere repressive, Paris 1941, Şensoy (s.g.e.), Seçkin (Recai) 1963-1964 açış söylevi: "Osmanlı Adliyesinde 19. yüzyılda İstinaf mahkemeleri kurulmuşken, Cumhuriyetin ilk yıllarında, yeter sayıda yetenekli Hakim bulunmaması ve işlerin bu mahkemelerde yıllarca sürüncemede kalmasına rağmen yine doğru kararlar verilmemesi gibi sebeplerden ötürü, bu mahkemeler kaldırılmıştır".

(3) bk. Prins, De I'appel dans I'organisation repressive, Paris 1875 (Grapin, den naklen, s. 15), kşz. Garraud (Traite d'instruction criminelle V. n. 1627).

(4) bk. Lavori preparatori del codice di procedura penale, VIII, 1929, kşz. Satgiu, s. 33.

c) Çalışmanın muayyen noktalara toplanması : Dava istinafa gelinceye kadar meseleler yavaş yavaş olgunlaşır. Mahkemenin muayyen noktalar üzerinde mesaisini ve dikkatini toplayabilmesi imkan dahiline girmiştir.

Bu düşünce "hukuki meseleler" için doğrudur. Bir davada hukuki meseleler yavaş yavaş olgunlaşır. Bu çeşit meseleler üzerinde muhtelif hakimlerin durması faydasız değildir. Fakat bu işi temyiz mahkemesi esasen yapmaktadır. Fiile taallûk eden meselelere (maddi meselelere) gelince bunlar birer tahrik, tesbit işleri ilk mahkemede duruşma nihayetleninceye kadar ikmal edilememiş ise bunun istinafta başarılabileceğini ümit etmek yersiz olur. Kaldı ki ceza hakimleri kazai faaliyetlerinde bir tahdide tabi tutulmamışlardır. Hâkim adaletin tecellisi için dava ile ilgili her hususu re'sen dahi tetkik edebilir. İstinaf yargıcı da bu duruşma yargıcı olduğuna göre mesaisinin muayyen noktalara teksife muktedir olamıyacaktır.

ç) İstinaf denetlemesi : İlk mahkemelerin üstünde istinaf mahkemelerinin bulunuşu ilk mahkeme hakimlerini daha titiz ve dikkatli olmağa sevkeder. İstinafın murakabası eksik soruşturma ile iktifa edilmesine mani olur, keyfi hareketleri önler.

Bu mütalâa bir dereceye kadar haklıdır. Fakat istinafın murakabasından doğacak mahzurlar karşısında bu mütalaanın değeri zayıflamaktadır.Hakimi korkutan şey bir üst mahkemenin mevcut olması mıdır? Böyle bir korkudan büyük fayda beklenemez. Adaletin hakim vicdanındaki teminatı üst mahkeme korkusu değil, haksızlık etmek korkusudur.

Bundan başka istinafın mevcut oluşu her zaman hakimi titiz olmağa sevketmez. Hata edecek olursa onu düzeltecek bir makamın mevcudiyeti hakimi daha az dikkatli yapabilir. Bu sebeple aynı işi bir kerre daha görecek olan istinaf mahkemesinin mevcudiyeti ilk mahkeme hakiminin mes'uliyet duygusunu azaltabilir.

d) Davanın iki defa görülmesi : Bir davanın bir kerre ilk mahkemede, bir kerre de istinafta tetkik edilmesi verilecek hükmün doğru ve isabetli olmasını sağlar. İlk tetkikte gözden kaçan hususlar ikinci tetkikte nazara alınmış olur.

İlk bakışta doğru gözüken bu mütaalanın haklı sayılması için istinaf mahkemesinin mahkeme hakimlerinden daha bilgili yargıçlardan müteşekkil olması ve davanın yeni baştan görülmesi lazım gelmektedir. Bu hususlar üzerinde durulmaya değer:

a) Bilgili hâkimler : Dava istinafta daha bilgili ve tecrübeli hâkimler tarafından tekrar görülecek olursa ilk mahkeme hâkimlerinin gözünden kaçanlar istinafta nazara alınmış olabilir.

Bu mütalâaya şöyle itiraz olunmaktadır (5): Mademki hâkimler daha bilgili ve tecrübeli olunca dava daha iyi görülmektedir. O halde neden mahkemeler, daha ilk kademede, bilgili ve tecrübeli hâkimlerden teşkil edilmesin? Neden davalar kâfi bilgi ve tecrübeye sahip olmayanlar elinde sürüncemede kalsın, sanıklar daha baştan itibaren en iyi hâkimlere tevdi edilmesin?

b) İkinci tetkik : Usul muamelelerinin çok ciddi ve teminatlı şartlar altında, fakat yalnız bir def'a icrası lüzumludur. Tekrarlanan muameleler sırf tekrardan dolayı bir kuvvet ve isabet kazanamazlar. Zira her defasında tekrarlanan şeyin, daima aynı kalmasını temin edebilecek hiç bir beşeri kuvvet mevcut değildir (6). En fazla istinaf mahkemeleri için varıt olan bu tenkit, diğer safhalarına da kabili tatbiktir. İstinafta yapılacak ikinci tetkikin ilk mahkemede yapılmış olan birinci tetkikten daha isabetli netice verebilmesi için ikinci tetkikin birinci tetkikten daha iyi bir tarzda cereyan etmesi icap eder (7). Halbuki bunun aksi cereyen etmektedir. İstinaf mahkemelerinde tetkikat evrak üzerinde yapılmaktadır. Her ne kadar bazı memleketlerin usul kanunlarında bir dereceye kadar sözlülüğe yer verilmekte ise de tatbikatta suçun işlendiği mahalden uzak bulunan istinaf mahkemenin bulunduğu mahale kadar tanıkların getirilmesi gibi güçlükler yüzünden evrak üzerinde tetkikat ile iktifa olunmaktadr. Bu sebeple ilk mahkemenin duruşma zabıtnamesi ile davayı incelemek zorunda kalan istinaf hakimleri gerçek ile teması sağlayamamaktadırlar. Bir müellif şöyle bir teşbih yapmıştır: İstinaf hakimi, hastayı kendi muayene eden bir hekim değildir, bir meslektaşının raporuna göre hastalığa teşhis koyan bir hekimdir (8). Ceza hukukunda "cezanın ferdileştirilmesi" bir prensip haline gelmiş bulunmaktadır. Dava ile yakından temas temin edememiş bulunan istinaf hakimlerinin cezanın ferdileştirilmesi bakımından, ilk yargıçtan daha isabetli hareket ettiği de düşünülemez (9).

---

(5) Prins (s. 128) (Grapin'den naklen, ss. 104).

(6) bk. Sotgiu, ss. 30.

(7) Bk. Garraud, V, n. 1627 (s. 11, nt. 10), kşz. Vassali, La riforma della procedura penale tedesca, s. 65 (l'appello).

(8) Andreiex Supression des cours d'appel, Rev. penitentiaire et de droit penal, 1922, s. 249.

(9) Grapin (s.g.e.), s. 20.

Davanın tekrarlanmasından bir mahzur daha doğar. Davanın ilk mahkemede karara bağlanmış olmasına rağmen, kısmen veya tamamen yeni baştan görülmesi ilk mahkemeleri halkın gözünde alçatacak ve ilk mahkemenin yaptığı işleri bir formalite haline inkilap ettirecektir. Davanın hakkında asıl kararı istinafın vereceğini düşünen ilgililer, davalarına layıkı ile önem vermiyecekler, nasıl olsa istinafta haklarını koruyacakları düşüncesiyle ilk mahkemenin muamelelerini küçümseyeceklerdir (10).

Rocco istinafı, kesin hükümle kapanmış bir davayı üst mahkemede yenilemek şeklinde, alakalının bir mahkemenin kararında bir haksızlık mevcut olduğunu üst mahkemeye "ihbar" şeklinde görür ve neticede bunu "kesin hükm'ü tartışmaya tabi kılmış olduğunu ve non bis in idem kaidesine aykırılık teşkil ettiğini bildirir (11). Bu düşüncede hakikat payı vardır. İstinaf ilk mahkeme kararlarında kesin hükümden faydalanmak imkanını kaldırır, hatta istinaf mahkemeleri bu maksatla kurulmuştur. İlk mahkeme, üst mahkeme yolunda iki dereceli bir kaza sistemini izah edecek hukuki gerekçe bulunamaz.

Adaletin biran evvel tecelli etmesi lazım iken davaların uzaması her memlekette ciddi bir endişe doğurmaktadır. Bugün ceza işlerinde esaslı bir ıslahat kuvvetle müdafaa edilen bir düşüncedir. Lüzumsuz olan her şeyi ceza usulünden kaldırmak, tiyatrovari münakaşalara mani olmak, müdafaanın prestijini ve karakterini kuvvetlendirmek, usul hilelerini cezalandırmak, kısaca hakiki adaletin şekil adaletine üstünlüğünü sağlamak ve ceza işlerinde adalet istekleri ile bağdaşabilecek bir sür'at temin etmek lüzumu kendini hissettirmektedir. İstinafın mevcudiyeti bu düşüncelere pek de uygun görülmemektedir.

II. ÜST MAHKEME

Bakanlıkça hazırlanan, Adalet Komisyonu'nca aynen kabul edilen tasarı aşağıda incelenmiştir:

Madde 26 – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun "itiraz" başlıklı üçüncü Kitabının İkinci Faslından sonra gelmek üzere "Üst Mahkeme Yargı Yolu" başlığı altında "Üçüncü Fasıl eklenmiş, "temyiz" başlıklı Üçüncü Fasıl numarası "Dördüncü Fasıl" olarak değiştirilmiştir.

---

(10) Vassali, la riforma della procedura penale tedesca (l'Apello) s. 65.

(11) bk. Sotgiu (G.), La revisione dei giudicati penali (Roma, 1933) ss. 25.

Hükümet gerekçesi :

Madde 26 – Bu madde ile, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun "İtiraz" başlıklı üçüncü Kitabının İkinci Faslından sonra gelmek üzere "Üst mahkeme yargı yolu" başlığı ile "Üçüncü Fasıl" eklenerek, bu fasılda üst mahkeme yargı yoluna ilişkin maddelerin düzenlenmesi öngörülmüş "temyiz" başlıklı Üçüncü Fasıl numarası da "Dördüncü fasıl" olarak değiştirilmiştir.

Madde 27– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Üçüncü Kitabının Üçüncü Fasıl başlığından sonra gelmek üzere bu Kanuna aşağıdaki 304a maddesi eklenmiştir.

"Üst mahkeme yargı yoluna başvurulabilen hükümler

Madde 304a– İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı üst mahkeme yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, onbeş yıl ve daha yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezalarına ait hükümler üst mahkemede kendiliğinden incelenir. Devlet Güvenlik Mahkemelerince verilen hüküm ve kararlara karşı üst mahkeme yargı yoluna başvurulamaz.

1– Beşmilyon liraya kadar (beşmilyon dahil) para cezasına dair hükümlere,

2– Yukarı sınırı yirmimilyon lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan beraet hükümlerine,

3– Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere

Karşı üst mahkeme yargı yoluna başvurulamaz.

Bu suretle verilen hüümler tekerrüre esas olmaz.

Bu maddenin ikinci fıkrasının 1 ve 2 numaralı bendinde belirtilen miktarlar hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanununa 3506 sayılı Kanun ile eklenen Ek 2 nci maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır".

Hükümet gerekçesi :

"Bu madde ile kanuna, 305 inci maddeye paralel düzenleme getirilmiş ve üst mahkeme yargı yoluna re'sen gidilmesi gereken kararlar ile üst mahkeme yargı yoluna başvurulamıyacak hüküm ve kararlar gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre, Devlet Güvenlik Mahkemelerine ilişkin Anayasanın 143 üncü maddesinin beşinci fıkrası gereğince Devlet Güvenlik mahkemelerine verilen hükümler hariç olmak üzere ilk derece mahkemelerince verilen hükümler temyiz edilemiyecek, bu hükümler aleyhine üst mahkeme yargı yoluna başvurulabilecektir".

Not : Usul Kanununa yeni bir fasıl eklenmiş, faslın Adına "Üst mahkeme yargı yolu" denmiştir. Halbuki diğer kanun yolları, kısaca "itiraz", "temyiz" olarak kalmıştır.

a) Üst mahkeme

Madde, üst mahkemeye başvurulabilecek hükümleri açıklamıştır. İlk mahkemece verilen hükümlere karşı "yargı yolu" olarak üst mahkemeye başvurulabilir. Bu kuraldır. Fakat Devlet Güvenlik Mahkemelerince verilen hüküm ve kararlara karşı üst mahkemeye baş vurulamaz. Anayasa (m. 143/5) "Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararlarının temyiz mercii Yargıtay'dır" demektedir.

b) İstisnalar

Kuralın iki istisnası vardır:

aa. Bazı hükümler, istek olmasa dahi üst mahkemece "kendiliğinden" (re'sen) incelenir. Bunlar "onbeş yıl ve daha yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezalarına ait hükümler ve kararlardır"

bb. Madde de, verilmesi ile kesinleşen hükümler beş bent halinde gösterilmiştir. Bu hükümler "Tekerrür"e esas olmayacaktır.

c) 305. madde

Usulün 305. maddesi ile uygun hükümler getirilmiştir.

Madde 28 – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 304a maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304b maddesi eklenmiştir.

"Üst mahkeme yargı yoluna başvuru süresi

Madde 304b – Asliye ve ağır ceza mahkemeleri nezdindeki Cumhuriyet savcıları, bulundukları mahkemelerin yargı çevresindeki sulh ve asliye ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet Başsavcılığına geliş tarihinden itibaren bir hafta içinde üst mahkeme yargı yoluna başvurulabilir."

Hükümet gerekçesi :

Madde 28– Bu madde ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 304b maddesi eklenmiş ve üst mahkeme yargı yoluna başvuruda, asliye ve ağır ceza mahkemeleri bünyesindeki Cumhuriyet Savcılarının yargı çevresinde bulunan sulh ve asliye ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı kendilerine kararın gönderildiği tarihden itibaren bir hafta içinde üst mahkeme yargı yoluna başvurulabileceği belirtilmektedir.

Not : Sulh ve Asliye Ceza Mahkemeleri hükümlerine karşı üst savcılığın denetimini sağlayan madde üst mahkemeye başvurusu müddetini "bir

hafta" olarak tayin etmiştir. Her ne kadar Hükümet gerekçesinde süresinin başlaması "kararın gönderildiği tarihten" (bk. 304c) başlayacağı bildirilmiş ise de kanun metninde "geliş tarihi" olarak gösterilmiştir. 304c maddede "Başsavcılığa gelmeden" söz edilmektedir.

Madde 29– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 304b maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304c maddesi eklenmiştir.

"Başvurma üzerine yapılacak işlem

Madde 304c– Dava dosyasının üst mahkeme Cumhuriyet Başsavcılığına gelmesi üzerine, incelenerek yazılı düşünceyle birlikte üst mahkeme ceza dairesine verilir"

Hükümet gerekçesi:

Madde 29– Üst mahkeme yargı yoluna başvurulan dava dosyalarının üst mahkeme Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesi üzerine, dosyalar incelenerek yazılı düşünceyle birlikte üst mahkeme ceza dairesine verilecektir. Bu madde bu hususu belirtmek için düzenlenmiştir.

Not : Üst mahkeme savcılığında dosyanın incelenmesi sonunda savcılığın "yazılı düşüncesi" ile dosya üst mahkeme ceza dairesine verilecektir.

Madde 30– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 304c maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304d maddesi eklenmiştir.

"Üst mahkemede inceleme ve soruşturma

Madde 304d– Dosya üzerinde yapılan üst mahkeme incelemesi sonunda:

1– Üst mahkemenin yer itibariyle yetkili olmadığının anlaşılması halinde dava dosyasının yetkili üst mahkemeye gönderilmesine,

2– İlk derece mahkemesi hüküm ve kararının usul ve esas yönünden kanuna uygun olduğu anlaşıldığı takdirde üst mahkeme yoluna başvurunun reddine,

3– İlk derece mahkemesinin kararında 308 inci maddeye aykırılık görülmesi halinde hüküm ve kararın bozulmasına,

4– İnceleme ve soruşturmada eksik bulunmamakla beraber hüküm veya karar hukuka aykırı ise yeniden esas hakkında,

5– Soruşturma yapılmasında ve delillerin toplanmasında usule ve hukuka aykırılık veya eksiklik bulunması halinde bu konularda soruşturma yapılıp yeniden esas hakkında,

karar verilir.

İncelenen ilk derece mahkemesinin kararında 259 uncu maddesinin birinci fıkrası hükümde aykırılık görülmesi halinde, duruşma sırasında ortaya çıkan suç yönünden yasaya uygun açılmış bir davanın bulunmaması nedeniyle kamu davasının yokluğuna ve bu suç yönünden dosyanın ayrımı yapılarak görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verilir. Sanığın iddianamede gösterilmiş olan suçu yönünden ise yukarıdaki hükümler uygulanır.

Bu madde hükümlerine göre verilen bozma kararına karşı direnilemez".

Not : Maddenin başlığı "üst mahkeme inceleme ve soruşturma"dır. Böylece üst mahkemenin esasa gireceği anlaşılmaktadır. Nitekim maddede "Üst mahkemenin incelenmesi"nden söz edilmektedir.

Maddenin son fıkrasında 259. maddeye yollamadan söz edilmektedir. 259. madde "duruşma sırasında sanığın bir suçunun ortaya çıkması"nda yapılacak işlem gösterilmiştir. Bu hükme göre "savcının talebi ve sanığın rızası ile" her iki dava birlikte hükmolunmak üzere davalar birleştirilebilir. Eğer 259. maddeye göre iki dava birleştirilmiş ise sonradan ortaya çıkan suç hakkında açılmış bir davanın bulunmaması halinde bu suç, hakkında dosya ayrılacak, görevli savcılığa gönderilecektir.

1) Yetki

İnceleme sonunda üst mahkemenin yetkisizliği anlaşılırsa, dosya yetkili mahkemeye gönderilir. Uygulamada yetkili yüksek mahkemeye gönderilmek üzere dosyanın savcılığa verilmesi biçiminde bir yola gidilmemelidir. Dosya "yetkisizlik kararı"na bağlanarak gönderilecektir.

2) Red kararı

Usul ve esasa uygun görülen ilk derece mahkemesi kararı hakkında başvurunun reddine karar verilecektir.

3) Kanuna aykırılık

Üst mahkemece, ilk derece mahkemesinin kararında Usulün 308. maddesinde sayılan "Kanuna muhalefet halleri", görülecek olursa, "Bozma kararı" verilecektir. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin "Kanuna uygun kurulmamış olması", "Kanunen memnu hakimin hükme katılması", "Hakimin reddi", "Mahkemenin yetkisizliği, görevsizliği", "kanunen mevcudu gerekenlerin gıyabında karar verilmesi", "aleniyetin ihlali", "gerekçesizlik", "müdafaanın tahdit edilmesi" halleri "bozma sebebi" sayılacaktır.

4) Hukuka aykırılık

Tasarıda üst mahkeme "inceleme ve soruşturmada eksik bulunmamakla beraber hüküm veya karar hukuka aykırı ise yeniden esas hakkında" karar verecektir.

Hükümet gerekçesinde ise mahkeme soruşturmasında eksiklik bulunmamakla birlikte hüküm ve karar kanuna aykırı ise" denilmektedir. Metinde "hüküm ve karar hukuka aykırı ise" deyimi kullanılmıştır. Eğer "kanuna aykırılık" ibaresi "hukuka aykırılık" olarak anlaşılırsa oldukça daraltılmış olacaktır.

Bu durumda üst mahkeme bozma kararı vermeyecek "yeniden" esas hakkında karar verecektir.

5) Esas hakkında karar

Tasarının 304d maddesi şu hükmü getirmiştir: "Soruşturma yapılmasında ve delillerin toplanmasında usule ve hukuka aykırılık veya eksiklik bulunması halinde bu konularda soruşturma yapılıp yeniden esas hakkında... karar verilir". Hükümet gerekçesinde ise "...hukuka aykırılık ve eksiklikler, soruşturma ile giderilip... üst mahkeme yeniden esas hakkında karar verilecektir" deyimleri yer almıştır. O halde karar bozulmayacak, hukuka aykırılık ve eksiklikler giderilerek "yeni hüküm" verilecektir.

6) Direnme yasağı

Bu maddeye göre verilen "bozma kararlarına" karşı direnme olanağı yoktur.

Madde 30– Üst mahkeme incelemesine tabi dosyalar, öncelikle yetki yönünden incelenerek, üst mahkemenin yetkisiz olduğu anlaşıldığı takdirde dava dosyası, yetkisizlik kararına bağlanarak yetkili üst mahkemeye gönderilecektir.

Yapılan üst mahkeme incelemesinde ilk derece mahkemesi hüküm ve kararlarının usul ve esas yönünde kanuna uygun olduğu anlaşıldığı takdirde üst mahkemeye yargı yoluna başvurunun reddine karar verilecektir.

Aşağıda gösterilen iki halde;

1– Yapılan üst mahkeme incelemesinde, ilk derece mahkemesinin soruşturmasında herhangi bir eksiklik bulunamamakla birlikte hüküm ve karar kanuna aykırı ise,

2– Noksan soruşturma ile karar verilmiş bulunan hallerde soruşturma yapılmasında ve delillerin toplanmasında usule ve hukuka aykırılık ve eksiklikler, soruşturma ile giderilip:

Üst mahkeme yeniden esas hakkında karar verecektir.

İncelenen ilk derece mahkemesi kararında duruşma sırasında ortaya çıkan suç sebebiyle 259 uncu maddenin birinci fıkrası hükümlerine uymadan anılan suç için hükme gidildiği anlaşıldığı takdirde dava dosyası, bu suç yönünden ayrılarak ilgili Cumhuriyet savcılığına gönderilecektir. Kamu davasına konu suç için üst mahkeme yargı yoluna başvuru ise madde hükümlerine göre incelenecektir.

Madde 31– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 304d maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304e maddesi eklenmiştir.

"Soruşturma işlemlerinin yapılması,

Madde 304e– Soruşturma yapılmasında ve delillerin toplanmasında görülen hukuka aykırılık ve eksiklikler üst mahkeme ceza dairesince giderilir.

Hukuka aykırılık ve eksiklikler, duruşma yapılmaksızın giderilemeyecek nitelikte ise, soruşturma işleri öncelikle karar veren mahkeme veya istinabe edilecek başka bir mahkemeye yaptırılır.

Üst mahkeme ceza dairesi veya başkanı ilkderece mahkemesi veya başkanının verebileceği tüm kararları verme yetkisine sahiptir"

Hükümet gerekçesi:

Madde 31– Bu madde hükmüne göre ilk derece mahkemesi kararına ilişkin olarak yapılan incelemede, soruşturma yapılmasında ve delillerin toplanmasında görülen hukuka aykırılık ve eksiklikler, üst mahkeme ceza dairesince giderilecektir. Ancak görülen hukuka aykırılık ve eksiklikler duruşma yapılmaksızın giderilemiyecek nitelikte ise soruşturma işlemi, öncelikle kararı veren ilk derece mahkemesi veya başka bir derece mahkemesine yaptırılacaktır.

Üst mahkemeler inceleme mercii olup, belli bölgeleri kapsayacak şekilde kurulacağından duruşmayı gerektiren eksikliklerin doğrudan doğruya üst mahkemelerce yapılacak duruşmalarla giderilmesi, üst mahkemelerin gereğinden çok fazla iş yükü ile karşılaşmaları sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan duruşmayı gerektiren soruşturma işlemlerini, ilk derece mahkemelerine yaptırmak üst mahkemelerin dava dosyalarını inceleyip karar vermelerine katkı ve kolaylık sağlayacaktır. Madde hükmüne göre üst mahkemece gerekli görülmesi halinde üst mahkemece yapılacak duruşma ile de delil toplanabilecektir.

Maddede yer alan diğer bir hükme göre de üst mahkeme ceza dairesi ve başkanı, ilk derece mahkemesi veya başkanının verebileceği tüm kararları verme yetkisine sahiptir.

Not : Hukuka aykırılık ve eksiklikler üst mahkemesince giderilecektir. Bunlar duruşma yapılmaksızın giderilmesi imkanı olan hukuka aykırılık ve eksikliklerdir. Eğer bunlar duruşma yapılmaksızın giderilemeyecek nitelikte ise dosya öncelikle kararı veren mahkemeye veya istinabe edilecek aynı derecede başka bir mahkemeye gönderilir.

Üst mahkemeler belli bölgeler için kurulacağından eksikliklerin giderilmesi aynı üst mahkemenin iş yükü altında kalmaları düşünülebilir. Bu sebeple duruşmayı gerektiren dava dosyaların gönderilmesi düşünülmüştür.

Üst mahkeme ceza dairesi ve Başkanı ilk derece mahkemesi veya başkanının verebileceği aynı kararları verebilecektir.

Madde 32– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 304e maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304f maddesi eklenmiştir.

"Sanığın savunmasının alınması zorunluluğu

Madde 304f– İnceleme yapıldıktan veya soruşturma işlemi tamamlandıktan sonra dosya üzerinden hüküm verilir. Ancak sanık hakkında ilk derece mahkemesi hükümdeki cezadan daha ağır bir cezayı içeren veya daha ağır bir sonucu doğurabilecek hüküm verilmeden önce duruşma açılarak sanığın dinlenmesi gerekir.

Duruşmadan vareste tutulmasını talep etmese bile, üst mahkemenin bulunduğu il merkezi dışında başka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanık, bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığı ile dinlenebilir. Duruşma gününden sanığa ve müdafiine, üst mahkeme yargı yoluna başvurmuşsa müdahile ve vekiline haber verilir".

Hükümet gerekçesi

Madde 32– Bu madde ile, üst mahkemelerin ne şekilde karar verebilecekleri gösterilmektedir. Yukarıdaki maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere üst mahkemeler, ilk derece mahkemelerince verilen hükümlerin inceleme mercii olduğundan, kararlarını dosya üzerinden vereceklerdir.

Ancak, bunun önemli bir istisnası vardır. Şöyle ki, sanık hakkında ilk derece mahkemesi hükmündeki cezadan daha ağır bir cezayı içeren veya ilk derece mahkemesi hükmünden daha ağır bir sonucu doğurabilecek hüküm verilmeden evvel sanığın dinlenerek savunmasının tesbit edilmesi gerektiğinden bu konuda maddeye açıklık getirilmiştir.

Bu madde hazırlanırken Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326 ncı maddesi hükümden de yararlanılmıştır. 326 ncı maddenin ikinci fıkrası son cümlelerinde Yargıtay'ca mahkeme hükmünün bozulmasından sonra, sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise sanığın her halde dinlenilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Bugüne kadar Yargıtay'ın bozma kararından sonra uygulanmakta olan bu hüküm, üst mahkemece verilecek kararlarda da uyulması gereken savunma hakkına ilişkin bir hüküm olduğundan, madde buna göre düzenlenmiştir. Madde sanığın ve müdafiin celbi, tutuklu sanığın dinlenme usulü de açıklığa kavuşturulmuş, ayrıca üst mahkeme yargı yoluna başvurulmuş olan müdahil vekiline de duruşma gününün bildirileceği hükme bağlanmıştır.

Not : Madde başlığı "Savunmanın alınması zorunluğu" olarak düzenlenmiş ise de dosya üzerinden hüküm verilmesi bahis konusudur. Evvela inceleme veya soruşturma yapılacak bundan sonra dosya hakkında hüküm verilecektir.

Bununla beraber sanığa, ilk derece mahkemesince verilmiş cezadan daha ağır bir cezayı içeren veya daha ağır bir sonuç doğurabilecek hüküm verilmeden önce duruşma açılacak ve sanığın dinlenmesi gerekecektir. O halde üst mahkeme "aleyhe bozma yasağı"na bağlı değildir.

Talimatla dinlenmek mümkündür. Duruşma günü tebliğ edilecektir.

Madde 33– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 304f maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304g maddesi eklenmiştir.

"Duruşmada usul

Madde 304g– Üst mahkemede duruşma, bu Kanunun 304d maddesine göre yapılan üst mahkeme incelemesine ilişkin raporun okunmasıyla başlar. Soruşturma yapılmasında ve delillerin toplanmasında usule ve hukuka aykırılık veya eksiklik tesbit edilmiş ise 304e maddesine göre yapılan soruşturma işlerine ilişkin tutanaklar da okunur, daha sonra sırasıyla üst mahkeme Cumhuriyet Savcısına müdahil ve vekili ile sanık ve müdafie söz verilir.

Okunan tutanakların dışında yeniden soruşturma işleri yapılması zorunlu görülürse hemen ikame edilebilecek olanlara müsaade edilir veya bu Kanunun 304e maddesine göre işlem yapılmak üzere duruşmaya ara verilir.

Bu Fasılda yer alan özel hükümler saklı kalmak koşuluyla Ceza Yargılaması Usulü Kanununun ikinci Kitabının Altıncı Fasıl hükümleri üst mahkemelerce de uygulanır".

Hükümet gerekçesi

Madde 33– Sanık hakkında ilk derece mahkemesi hükmünden daha ağır sonucu doğuracak bir hüküm verilmesi gereken hallerde sanığın dinlenilmesi zorunluluğu getirilmiş olduğundan, sanık duruşmada dinlenecektir. Madde, işte bu duruşmanın ne şekilde yapılacağını düzenlemektedir. Maddeye göre duruşmadan önce 304d'ye göre yapılan üst mahkeme incelemesine ilişkin rapor okunacak, sonra eksikliklerle ilgili soruşturma yapılmasına ilişkin tutanaklar okunacak, daha sonra sırasıyla üst mahkeme Cumhuriyet savcısına, 304f'ye göre yapılan bildirim üzerine duruşmaya gelen müdahil ve vekiline, sanık ve müdafiine söz verilecektir. Vareste tutulan veya tutuklu bulunan sanığın, madde 304f'nin ikinci fıkrasına göre dinlenmiş olması halinde ifade tutanağının okunmasıyla yetinilecektir.

Not : Tasarının 304g maddesi 304d'ye atıfta bulunmuştur ve 304d maddedeki duruşmanın inceleme raporunun okunması ile başlayacaktır. Eğer soruşturmada, delillerin toplanmasında usule ve hukuka aykırılık eksiklik saptanmış ise 304e maddesine göre yapılan soruşturma işlerine ilişkin tutanaklarda okunur, bundan sonra sırası ile savcıya müdahile ve vekiline, sanık ve müdafiine söz verilir.

Madde 34– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 304g maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304h maddesi eklenmiştir.

"Temyize ilişkin hükümlerin uygulanması

Madde 304h– Ceza Yargılama Usülü Kanununun İkinci Kitabının 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 320 ve 325 nci maddeleri ile 326 ncı maddesinin son fıkrası üst mahkeme yargı yolunda da uygulanır".

Hükümet gerekçesi

Madde 34– Yasaya eklenen 304h maddesiyle Ceza Muhakmeleri Usulü Kanununun temyize ilişkin 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 320 ve 325 inci maddeleri ile 326 ncı maddesinin, üst mahkeme yargı yolunda da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddede üst mahkemelerin kuruluş ve görevleri ile bağdaşmayan temyize ilişkin 305, 316, 321, 322, 323 ve 324 üncü maddelerine yer verilmemiştir.

Not : Madde, temyiz dönemine ilişkin şu maddelerin üst mahkemeler açısından da uygulanmasını öngörmüştür: Hükümden evvelki kararlar" (m. 306), "Kanuna muhalefet" (m. 307) (m. 308), "sanığın lehine olan kurallara muhalefet" (m. 309), "talep ve süre" (m. 310), "Eski hale getirme müddeti içinde temyiz" (m. 311), "Hükmün kesilmesini önleme" (m. 312), "dilekçede gösterilecek hususlar" (m. 313), "ihtiyarı dilekçe" (m. 314), "talebin reddi" (m. 315), "isteğin reddi" (m. 317), "tetkik edilecek noktalar" (m. 320), "Bozmanın sirayeti" (m. 325), "davaya yeniden bakacak mahkeme" (m. 325), maddeler hükümleri üst mahkeme yargı yolunda da uygulanacaktır.

Madde 35– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 304h maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 304ı maddesi eklenmiştir.

"Özel kanunların temyize ilişkin hükümleri

Madde 304ı Özel kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da üst mahkemelerin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin ilk derece mahkemelerinin hüküm ve kararlarına karşı üst mahkemelere başvurulur".

Hükümet gerekçesi

Madde 35– Bu maddeyle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 304i maddesi eklenerek, Özel Yasalarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da, üst mahkemelerin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin ilk derece mahkemelerinin hüküm ve kararlarına karşı, üst mahkemelere başvurulacağı hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme ile üst mahkemeler kurulduktan sonra bu doğrultuda ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi amaçlanmış, Tasarının eski hükümlere intibakı sağlanmıştır.

Not : Bu madde geçici hüküm niteliğindedir. Özel kanunlarda temyiz edileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da üst mahkemelerin görevine giren dava ve işlere ilk derece mahkemelerinin hüküm ve kararlarına karşı üst mahkemelere başvurulabilecektir.

Madde 36– Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 305 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 305–Devlet Güvenlik Mahkemelerinin hükümleri ile üst mahkeme ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz olunabilir. Ancak onbeş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezalarına ilişkin hükümler Yargıtay'ca kendiliğinden incelenir.

1– Beş yıla kadar (beş yıl dahil) hürriyeti bağlayıcı cezalar ile her nev'i para cezasına ilişkin üst mahkeme yargı yoluna başvurunun reddine dair kararlar,

2– Beş yıla kadar (beş yıl dahil) hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin ilk derece mahkemesinin kararlarında belirtilen suç vasfını ve sonuç cezayı değiştirmeyen üst mahkeme kararları,

3– Yukarı sınırı iki yıla kadar (iki yıl dahil) hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlara ilişkin suç vasfı yönünden ilk derece mahkemesinin kararına uygun üst mahkemelerin her türlü kararları,

4– Para cezasını gerektiren suçlarda, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin suç vasfını değiştirmeyen üst mahkeme kararları,

5– Yalnızca müsadereye veya müsadereye yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesinin kararlarını değiştirmeyen üst mahkeme kararları,

6– Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içerisinde kalmak şartıyla aynı hükümde, cezalardan birden fazlasını içeren üst mahkeme kararları,

7– On yıla kadar (on yıl dahil) hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar ile her tür para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemelerince verilen beraet kararlarına ilişkin inceleme ve duruşma sonunda üst mahkemece verilen beraet kararları ile başvurunun reddine dair kararlar,

8– Devlet Güvenlik Mahkemesinin,

a) Beşmilyon liraya kadar (beşmilyon dahil) Para cezasına dair mahkumiyet hükümleri,

b) Yukarı sınırı onmilyon lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan beraet hükümleri,

c) Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümleri,

Temyiz olunamaz.

Suç tarihinde onsekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkındaki beş yıla kadar (beş yıl dahil) hürriyeti bağlayıcı cezalar ile her nev'i para cezasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları, yalnız sanık ve müdafii ile Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine temyiz olunabilir.

Bu maddenin ikinci fıkrasının 8 inci bendi kapsamına giren hükümler tekerrüre esas olmaz.

Bu maddenin ikinci fıkrasının 8 inci bendinde belirtilen miktarlar hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanununa 3506 sayılı kanunla eklenen Ek 2 inci maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır".

Hükümet gerekçesi

Madde 36– Bu madde ile, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun "Temyizi kabil olan ve olmayan hükümler" başlığını taşıyan 305 inci maddesi üst mahkemelerin kuruluşuna bağlı olarak yeniden düzenlenmiştir. Maddeye, üst mahkemeler ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin temyizi kabil olan ve olmayan hükümleri düzenlenmektedir.

Düzenlemeye göre, Devlet Güvenlik mahkemelerinin hükümleri ile üst mahkemelerin bozma dışında kalan hükümleri aleyhine temyiz yoluna gidilebilecektir. Ölüm cezaları ile onbeş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin hükümlerde Yargıtay'ca re'sen incelenecektir.

Ayrıca, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 305. maddesinde yapılan bu düzenlemede temyiz edilmiyecek hükümler gösterilmiştir.

Üst mahkeme yargı yoluna başvurunun reddine ilişkin kararlar, ilk derece mahkemesi hükmünün aynen kabulü niteliğinde üst mahkeme kararı olduğundan bu karara karşı da maddedeki esaslar dairesinde temyiz yoluna başvurulabilecektir.

Not : Madde önemli hususları öngörmektedir:

a) Temyiz olunabilen hükümler

Devlet Güvenlik Mahkemeleri hükümleri ile üst mahkemelerin bozma dışında kalan hükümleri temyiz olunabilir. Onbeş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezası hükümleri Yargıtay'ca kendiliğinden (re'sen) incelenir.

b) Temyiz olunamayan hükümler

Kanunda (m. 305/2), 8 bent halinde gösterilen karar ve hükümler temyiz edilemez.

Yürürlük

Madde 47– Bu kanun 2, 3, 4, 5, 6, 11, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 ve 41 inci maddeleriyle 46 ncı maddesinin (a) bendi üst mahkemelerin kurulup faaliyete geçmesiyle birlikte, diğer madde ve hükümleri kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Hükümet gerekçesi

Madde 47– Kanun Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bir çok maddesi üst mahkemelerin kuruluşunun gereği olarak değiştirilmiş ve Kanunun "kanun yolları" başlıklı Üçüncü Kitabına bazı maddeler eklenmiştir. Tasarı ile yapılan değişikliklerin bir kısmı ile, yeni olarak getirilen hükümler, üst mahkemelerin kurulup faaliyete geçmesi ile birlikte uygulanması gerekmekte olduğundan, yürürlükle ilgili madde, buna göre hazırlanmış, Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girecek maddeler ise ayrıca gösterilmiştir.

Not : Tasarı üst mahkemelere ilişkin hükümlerin (Tasarı m. 2, 3, 4, 5, 6, 11, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 41, 46 (a bendi) üst mahkemelerin kurulup faaliyete geçmesi ile yürürlüğe girer.

—oOo—

KAMU YARARINA YAPILAN TEBERRULARIN NORMAL TEBERRULARLA BİRLİKTE TENKİSİNDEN DOĞAN PROBLEMLERİN ÇÖZÜMÜ

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *I- Medeni Kanunun 453. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan hukuki problemler. II- Öneliren yorum ilkeleri. III- İlkelerin örneklerle izahı. A- Miras bırakan bu tasarrufları sadece ölüme bağlı olarak yapmış ise örnekler. Örnek 1 (Vasıflı tasarruflar toplamının artırılmış tasarruf nisabından büyük olması). B- Örnek 2 (Vasıflı tasarruflar toplamının artırılmış tasarruf nisabından küçük olması). C- Örnek 3 (Vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış mahfuz hisseden küçük fakat normal tasarruf nisabından büyük olması). IV- Miras bırakanın vasıflı ve vasıfsız sadece sağlar arası teberrularının olması halinde tenkiste hesap sırasının nasıl olacağı. A- Vasıflı teberrular toplamının, artırılmış tasarruf nisabından büyük olması hali. B- Vasıflı teberruların artırılmış tasarruf nisabından küçük olması hali. C- Miras bırakanın tenkise tabi sağlar arası ve ölüme bağlı vasıflı, vasıfsız tasarruflarının birlikte olması. V- Özet. VI- Ve Medeni Kanuna ek madde önerisi.*

I– MEDENİ KANUNUN 453. MADDESİNİN UYGULANMASINDAN KAYNAKLANAN HUKUKİ PROBLEMLER

Medeni Kanunun 453. maddesinde 903 sayılı ve 3678 sayılı Kanunlar ile yapılan değişiklikler ile kamu yararına yapılan tasarruflarda miras bırakanın tasarruf nisabı genişletilerek bu kabil teberruların yapılması teşvik edilmek istenmiştir. Bu düzenleme Anayasamızın 35. m.sindeki mülkiyet ve miras haklarının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralla da bağdaşmaktadır.

Miras bırakanın yapmış olduğu tasarruflar sadece kamu yararına veya sadece adi tasarruflardan ibaretse tenkisin nasıl yapılacağı hususunda bir

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

tereddüt yoktur. Ancak miras bırakan vasıflı tasarruf denilen hem kamu yararına tasarruflarda bulunmuş hem de adi nitelikte yani normal tasarruflarda bulunmuş ise, tenkis işlemi nasıl icra edilecektir... Çünkü burada iki türlü tasarruf nisabı ile ve iki türlü mahfuz hisse ile karşı karşıyayız; normal mahfuz hisseler indirilmiş mahfuz hisseler ve normal tasarruf nisabı - indirilmiş tasarruf nisabı. Bunların hangisinden hareketle tasarrufları tenkis yapacağız. Medeni Kanunumuzun tenkise ilişkin hükümleri sadece normal mahfuz hisseler ve tasarruf nisabı düşünülerek konmuş ilkeleri içermektedir.

Malesef 903 ve 3678 sayılı Kanunlar ile değişiklikler yapılırken MK.nun tenkise ilişkin hükümleri (MK. 502–516) buna paralel olarak revizyona tabi tutulmamıştır. 903 sayılı Kanundan sonra sorun ortaya çıktığından, enazından 3678 sayılı Kanun ile bu boşluğun doldurulması beklenirdi. Malesef 1984 tarihli Medeni Kanun öntasarısında da bu duruma değinilmediğini görüyoruz. 3678 sayılı Kanunla MK. 443. m.de yapılan değişiklik ile sadece kamusal nitelikli teberrularda indirilmiş mahfuz hisseler artırılmış, buna karşılık mahfuz gelir kaldırılmıştır. Örneğin, füruun indirilmiş mahfuz hissesi 1/4 (3/4.1/3'den 1/2 (3/4. 2/3)ye yükseltilmiştir. Böylelikle füruu zümresinde artırılmış tasarruf nisabı da 3/4'ten 1/2'ye inmiş ve mahfuz hisseli mirasçıların mahfuz geliri (içtimai duruma uygun nafaka) ile vakıf gelirinin yüzde yirmisi mahfuz hisseli mirascılara bırakıldığı hallerde tenkis davası açılamayacağı hükmü MK. 453. m.dençıkarılmıştır.

II– ÖNERİLEN YORUM İLKELERİ

903 ve 3678 sayılı Kanunlar ile güdülen kamu yararı amacından hareketle MK. 453. m.nin bu yeni metninden doğan bu sorunun çözümünde, yani miras bırakan tarafından hem kamusal hem de adi nitelikte teberrular yapılması halinde, aşağıdaki şu ilkelerin uygulanmasının doğru olacağı kanaatindeyiz:

1) Medeni Kanundaki normal tenkis işlemine ilişkin hükümler, uygun düştüğü nisbette bu tenkis problemine de uygulanır.
2) Normal tasarruflar önce, vasıflı kamu yararına tasarruflar daha sonra tenkis edilir. Kanun koyucunun amacı kamu yararına teberruları teşvik etmek olduğundan, mahfuz hisselerin önce, normal tasarrufların tenkisi ile sağlanması gerekir. Vasıflı kamu yararına tasarrufları mümkün olduğunca tenkis dışında tutulacak şekilde işlem yapılmalıdır.

Bu ön tesbitlerden sonra iki ihtimale göre, yani vasıflı kamusal tasarruflar toplamının artırılmış tasarruf nisabını aşıp aşmamasına göre şu ilkelerin uygulanması gerekir:

3) Kamu yararına tasarruflar toplamı artırılmış tasarruf nisabından büyükse; normal tasarrufların hepsi tenkis edilir, vasıflı tasarrufların ise artırılmış tasarruf nisabını aşan kısmı tenkis edilir.

4) Kamusal vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış tasarruf nisabından küçükse; vasıflı tasarruflardan tenkis yapılmaz. Bu halde vasıflı tasarruflar toplamı ile normal tasarruflar toplamı normal tasarruf nisabını aşıyorsa, bu toplamın normal tasarruf nisabını aştığı oranda, normal tasarruflar tenkis edilir.

5) Vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış tasarruf nisabından küçük, fakat normal tasarruf nisabından büyükse; vasıflı tasarruflar tenkis edilmez, normal tasarrufların ise tamamı tenkis edilir.

III– İLKELERİN ÖRNEKLERLE İZAHI

Şimdi bu önerdiğimiz ilkeleri örneklerle açıklamaya çalışalım. Miras bırakan vasıflı vasıfsız tasarruflarını sadece ölüme bağlı veya sadece sağlar arası veya hem ölüme bağlı hem de sağlar arası tasarruflar ile birlikte yapmış olabilir.

A) Miras bırakan bu tasarrufları sadece ölüme bağlı olarak yapmış ise örnekler:

• ***Örnek 1*** ***(Vasıflı tasarruflar toplamının artırılmış tasarruf nisabından büyük olması) :***

Miras bırakanın tek mirascısı oğlu (A)'dır ve miras bırakan vasiyetnamesinde (B)'ye 40 milyon, (C)'ye 45 milyon liralık vasıflı mal vasiyetlerinde (D)'ye de 15 milyon liralık normal mal vasiyetinde bulunmuş ve net terekesi 100 milyon lira ise :

İzahlarımızı kısaltlmak için şu kısaltmaları kullanacağız:

vt = Vasıflı tasarruflar,
vtT = Vasıflı tasarruflar toplamı,
nt = normal tasarruflar,
ntT = normal tasarruflar toplamı,
nmfh = normal mahfuz hisse,
imfh = indirilmiş mahfuz hisse,
ntn = normal tasarruf nisabı,

atn = artırılmış tasarruf nisabı,
i = ihlal olunan ve tamamlanması gereken mahfuz hisse miktarı,
tob = tenkis işlemi yapılacak toplam teberru (bağış) miktarı,
b = tenkis edilecek münferit tasarruflar (bağışlar),
te = tereke mevcudu,
t = bir tasarruftan tenkis edilmesi gereken miktar.

Olayımızda :

903 sayılı Kanuna göre :
te = 100
(A) nmfh = 3/4 = 75
(A) imfh = 1/4 = 25
ntn = 1/4 = 25
atn = 3/4 = 75

vtT > atn - - - - - 85 (40 + 45) > 75

Bu halde terekeden hem artırılmış tasarruf nisabını hem de normal tasarruf nisabını karşılamak MK. 453. m. ile güdülen amaca tamamen aykırı olur. 903 ve 3678 sayılı Kanunlardan da aksine sonuç çıkarılamaz. Normal tasarruf nisabı için terekeden bir şey ayıramayacağımıza göre normal tasarrufların hiç biri infaz edilemez dolayısıyla hepsi olduğu gibi tenkis edilir, bunların karşılıkları tereke olsa bile, bunlar artık tereke olarak, mahfuz hisselerin tamamlanmasına ayrılmalıdır. Bu durumda (E)'ye yapılan 15 milyon liralık adi mal vasiyetinin tamamı tenkis edilecek ve bu miktar (A)'nın mahfuz hissesi içine girecektir. Görüldüğü gibi, burada MK. 513. m.nin ölüme bağlı tasarruflar mütenasiben tenkis edilir kuralı normal tasarruflar ile vasıflı ölüme bağlı tasarruflar arasında uygulanamamaktadır.

Vasıflı tasarrufların ise 3 nolu ilke gereğince sadece artırılmış tasarruf nisabını aşan kısmı tenkis edilecektir.

vtT = 85, atn = 75 olduğuna göre:
i = 85 - 75 = 10 milyon

Tenkis edilecek toplam vasıflı teberru miktarı = tob = 85

$t = \frac{i \times b}{tob}$ formülünü uygulayıp her vasıflı tasarruftan tenkis edilmesi gerekli miktarı şu şekilde bulabiliriz :

$$(B)t=\frac{10x40}{85}=4.7 \text{ ve } (C)t=\frac{10x45}{85}=5.3$$

Bu durumda (D)'ye yapılan 15 milyonluk normal mal vasiyetini alan (A) ayrıca bu surette tenkis ile 10 milyon lira terekeden alarak toplam 25 milyon lira alacaktır ki bu (A)'nın indirilmiş mahfuz hissesine tekabül etmektedir.

Vasıflı tasarrufların toplamı artırılmış mahfuz tasarruf nisabını geçtiği hallerde, mahfuz hisseli mirascıların terekeden indirilmiş mahfuz hisseden daha fazla pay almaları mükün değildir.

Aynı problemi **3678 sayılı Kanuna göre** çözecek olursak;

Bilindiği gibi vasıflı tasarruflarda indirilmiş mahfuz hisse 903 sayılı Kanuna göre normal mahfuz hissenin 1/3'ü iken bu 3678 ile 2/3 indirilmiştir. Bu durumda füruun indirilmiş mahfuz hissesi 903'e göre 1/4 iken 3678 göre 1/2'ye yükselmiştir.

Buna paralel olarak da artırılmış tasarruf nisabı 3/4'den 1/2'ye inmiş bulunmaktadır. Buna göre:

(A) nmf = 3/4 = 75
(A) inmf = 1/2 = 50
ntn = 1/4 = 25 atn = 1/2 = 50
te = 100

i = vtT - atn = 85 - 50 = 35

Yine burada (D)'ye yapılan 15 milyon liralık adi mal vasyietini (A), indirilmiş mahfuz hissesine ayırdıktan sonra geriye kalan 35 milyon lirayı (B) ve (C)'ye yapılan vasıflı tasarruflardan tenkis edeceğiz :

$$(B)t=\frac{35x40}{85}=16.5 \text{ , } (C)t=\frac{35x45}{85}=18.5$$

B) *Örnek 2* ***(Vasıflı tasarruflar toplamının artırılmış tasarruf nisabından küçük olması) :***

Tek mirascısı oğlu (A) ve terekesi 100 milyon lira olan miras bırakan, vasiyetnamesinde (B)'ye 10 ve (C)'ye 15'er milyon liralık vasıflı mal vasiye-

tinde ve (D)'ye 40, (E)'ye de 20 milyon liralık adi mal vasiyetinde bulunmuştur.

903 sayılı Kanuna göre :

(A) nmf = 3/4 = 75
(A) imfh = 1/4 = 25
ntn = 1/4 = 25
atn = 3/4 = 75
VtT = 25 (10 + 15)
ntT = 60 (40 + 20)

sonuç : VtT < atn = 25 < 75

Bu durumda 4 nolu genel ilke gereğince vasıflı tasarrufların hiç biri tenkis edilemez. Çünkü **vasıflı tasarrufların tenkis edilebilmesi için artırılmış tasarruf nisabının aşılmış olması gerekir** (MK. 502). Normal tasarruflardan tenkis edilecek miktar ise, vasıflı tasarruflar ve normal tasarruflar toplamının, normal tasarruf nisabını aşan miktarıdır.

Buna göre :

i = (VtT + ntT) - ntn = (25 + 60) - 25 = 60

Bu miktardan, artık terekeyi düşmek suretiyle, adi tasarruflardan tenkis edilmesi gereken gerçek miktarı bulabiliriz. Artık tereke, net terekeden bütün ölüme bağlı tasarruflar toplamı çıkarıldıktan sonra kalan bakiyedir ve bu artık tereke, mahfuz hisseli mirascılar arasında miras payları oranında bölüştürülmesi gerekir.

Olayımızda net tereke 100 milyon, toplam teberrular 85 milyon olduğuna göre, 15 milyon liralık artık tereke, (A)'nın mahfuz hissesine mahsup edilecek, dolayısıyla normal tasarruflardan yapılacak 60 milyon liralık tenkis bu sebeple 45 miyona inmiş olacaktır.

Formülümüzü uygularsak :
i = 45
tob = 60

$$(D)t = \frac{40 \times 45}{60} = 30 \ , \ (E)t = \frac{20 \times 45}{60} = 15$$

Sonuç olarak, (A), terekeden 60 (= 30 + 15 + 15) milyon lira alacaktır, bu miktar normal mahfuz hisseden (75) az fakat indirilmiş mahfuz hisseden de fazladır.

C) *Örnek 3* ***(Vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış mahfuz hisseden küçük fakat normal tasarruf nisabından büyük olması) :***

Tek mirascısı oğlu (A) ve net terekesi 100 milyon lira olan miras bırakan, (B)'ye 40 milyon liralık vasıflı mal vasiyetinde, (C) 30 ve (D)'ye de 60 milyon liralık normal mal vasiyetinde bulunmuştur.

Problemi 3678'e göre çözecek olursak :

(A) nmf = 75
(A) imfh = 1/2 = 50
ntn = 1/4 = 25
atn = 1/2 = 50

vtT < atn = 4 < 50 fakat vtT > ntn = 40 > 25

Bu tabloda vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış tasarruf nisabını aşmadığından, yukardaki 5 numaralı ilke gereğince bunların tenkis edilmesi sözkonusu olmaz. Ancak normal tasarruf nisabı olan 25 milyon lira ise, vasıflı tasarruflar ile ki bu olayda 40 milyon liradır, aşılmış olduğundan, normal ölüme bağlı tasarruflarının hiç biri, tenkis defi karşısında infaz edilemeyeceği için, hepsi tam olarak tenkis edilecek, dolayısıyla normal tasarrufların mütenasiben tenkisi de bu durumda söz konusu olamayacaktır.

Sonuç olarak, vasıflı tasarruflar (40 milyon) çıktıktan sonra kalan tereke parçası (100 - 40) 60 milyon lira, (A)'nın mahfuz hissesini oluşturacaktır. Bu miktar yine normal mahfuz hisseden az (75), fakat indirilmiş mahfuz hisseden (50) çoktur.

IV– MİRAS BIRAKANIN VASIFLI VE VASIFSIZ SADECE SAĞLAR ARASI TEBERRULARININ OLMASI HALİNDE TENKİSTE HESAP SIRASININ NASIL OLACAĞI

Sağlar arası teberrular MK. 513 gereğince mütenasiben değil, en sondan başlanarak tarih sırasına göre, ihlal olunan mahfuz hisseler tamamlanıncaya kadar yapılmaktadır. Ancak vasıflı yani kamu yararına teberrular ile adi teberrular birlikte ise yine bu kurala mutlak olarak uymak gerekecek midir?

Kanımızca bu kurala tam olarak uymak mümkün olamayacaktır. Çünkü burada tamamlanması gereken iki türlü mahfuz hisse, normal mahfuz hisse-

ler - indirilmiş mahfuz hisseler ve yine iki türlü tasarruf nisabı, normal tasarruf nisabı ve artırılmış tasarruf nisabı ile karşı karşıyayız.

Tenkis işleminde hangisinden hareket edeceğiz? Kanımızca 903 ve 3678 sayılı Kanunların amacı dikkate alınırsa, yine adi teberruların önce, kamu yararına yapılan teberrular ise ikinci sırada, tenkise tabi olmalıdır. Bu ilke çerçevesinde tarih sırasıyla tenkis mümkün olacaktır.

A) Vasıflı teberrular toplamının, artırılmış tasarruf nisabından büyük olması hali

• *Örnek 4)* Tek mirascısı oğlu (A) ve net teekesi 15 milyon lira olan miras bırakan, 1989 yılında (B)'ye 30 milyon liralık vasıflı, 1990 yılında (C)'ye 20 milyon liralık vasıfsız ve 1991 yılında da (D)'ye 35 milyon liralık vasıflı teberrularda bulunduktan sonra ölmüştür.

te = nt + sat (sağlar arası teberrular) = 15 + 30 + 20 + 35 = 100
(A) nmf = 75 (3/4)
(A) imfh = 50 (1/2)
ntn = 25 (1/4)
atn = 50 (1/2)

VtT > atn = 65 > 50

Bu durumda önce net terekedeki 15 milyon lira (A)'nın indirilmiş mahfuz hissesi olan 50 milyon liranın tamamlanmasına tahsis edilecek, arta kalan 35 milyon liranın 20 milyon lirası, önce adi teberru niteliğinde olan (C)'ye yapılan teberrudan karşılandıktan sonra arta, kalan 15 milyon lirası da en son tarihli (D)'ye yapılan 35 milyon liralık kamu yararına teberrudan tenkis edilmek suretiyle tamamlanacaktır.

Görüldüğü gibi artırılmış tasarruf nisabının aşıldığı hallerde artık normal mahfuz hisselerin dikkate alınmasına imkan olmadığı gibi, indirilmiş mahfuz hisseler, adi teberrulardan tenkis suretiyle tamamlanabildiği sürece, kamusal nitelikli teberruların tenkisi cihetine gidilmemektedir. Bu sonuç yukarda sıraladığımız ana ilkelerimizle de uyum içindedir. Yani **vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış tasarruflar toplamından büyükse, adi teberruların tamamı tenkis edilir, vasıflı tasarruflar ise artırılmış tasarruf nisabını aştığı oranda tenkis edilir.** Yalnız ölüme bağlı vasıflı tasarruflardan farklı olarak, vasıflı sağlar arası teberrular orantılı olarak değil, MK. 513 gereğince tarih sırasıyla tenkis edilecektir.

B) Vasıflı teberruların artırılmış tasarruf nisabından küçük olması hali

• *Örnek 5)* Tek mirascısı oğlu (A) ve net terekesi 15 milyon lira olan miras bırakan, 1989 yılında (B)'ye 25 milyon liralık, 1990 yılında (C)'ye 20 milyon liralık adi teberrularlarda bulunduktan sonra, 1991 yılında da (D)'ye 40 milyon liralık vasıflı teberruda bulunduktan sonra ölmüştür.

Bu olayda vasıflı teberrular toplamı artırılmış tasarruf nisabından küçük olduğu görülmektedir :

VtT (40) < atn (50)

Bu durumda, vasıflı, teberrular, artırılmış tasarruf nisabından küçük olduğundan tenkis yapılamaz.

(D) lehine yapılan vasıflı teberru en son yapılmış olduğu ve MK. 513. m. gereğince en önce tenkis edilmesi gerekirken tamamen tenkis dışı kalmaktadır. Bu sonuç yukarda 4 numara altında belirttiğimiz ilkenin doğruluğunu ortaya koymaktadır.

Olayda adi teberrularda yapılacak tenkis işlemine gelince; bu hususta 4 numara atında açıkladığımız ilkeyi, yani vasıflı tasarruflar toplamının, artırılmış tasarruf nisabından küçük, fakat normal tasarruf nisabından büyük olduğu hallerde; **adi teberruların, her iki teberrular toplamının, normal tasarruf nisabını aştığı oranda tenkis edilmesi gerektiği** kuralını uygulamamız icap edecektir. :

VtT + ntT - ntn = adi teberrulardan tenkis edilecek miktar

40 + 25 + 20 - 25 (ntn) = 60 milyon, ancak bu miktarın 15 milyonu net terekeden karşılandıktan sonra, geri kalan 45 milyonu, tarih sırasına göre, adi teberruların tenkisinden tamamlanacaktır. Bu durumda (C)'ye yapılan adi teberrunun 20 milyonu tamamen ve (B)'ye yapılan 25 milyonluk teberrunun da sadece 20 milyonu tenkis edilmek suretiyle (A)'ya 100 milyon liralık terekeden, 60 milyonluk bir pay verilecek, bu miktar normal mahfuz hissenin (75) altında, fakat indirilmiş mahfuz hissenin (50) de üzerindedir.

C) Miras bırakanın tenkise tabi sağlararası ve ölüme bağlı vasıflı - vasıfsız tasarrufların birlikte olması

Miras bırakanın sadece vasıfsız tenkise tabi tasarrufları olması halinde geçerli normal tenkis kuralları ile birlikte, yukarda belirtilen önerdiğimiz yo-

rum kuralları birlikte uygulanır. Dolayısıyla burada da ölüme bağlı tasarruflarla, sağlar arası tasarruflar birlikte tenkis edilemez.

1) Vasıflı tasarruflar toplamının artırılmış tasarruf nisabını aşması (vtT > atn)

Bu halde yukardaki 3 numaralı kural uygulanmalıdır. Buna göre adi tasarrufların tamamı tenkis edilecek, vasıflı tasarrufların ise, artırılmış tasarruf nisabını aşan kısmı tenkis edilecektir. Vasıflı ölüme bağlı tasarruflar mütenasiben, vasıflı sağlar arası teberrular ise tarih sırasına göre tenkis edilecektir.

• ***Örnek 6)*** Tek mirascısı oğlu (A) olan miras bırakan, sağlığında (F)'ye 20 milyon liralık vasıflı bir tasarruf yapmış, vasiyetnamesinde ise (B)'ye 30 ve (H)'ya da 10 milyon liralık vasıflı, (C)'ye 25 milyon liralık, (D)'ye de 15 milyon liralık adi tasarrufda bulunmuştur. Net tereke ise 80 milyon liradır.

MK. 512. m. gereğince önce ölüme bağlı tasarrufların mütenasiben tenkisi gerekir. Net terekeden mahfuz hisseler karşılandığı sürece, sağlar arası tasarruflar tenkis edilemez. Ancak burada tamamlanması gereken mahfuz hisse hangisi olacaktır. Normal mahfuz hisse mi, yoksa indirilmiş mahfuz hisse mi?

Artırılmış tasarruf nisabının aşıldığı hallerde artık normal mahfuz hisseler dikkate alınamaz.

Olayımızada 20 milyonluk sağlar arası 80 milyonluk ölüme bağlı tasarruf yapılmıştır. Tereke ise 100 milyon liradır.

(nt + sat = 80 + 20)

3678 sayılı Kanuna göre; (A)'nın normal mahfuz hissesi 75 ve indirilmiş mahfuz hissesi 50, artırılmış tasarruf nisabı ise 50 milyon liradır. Miras bırakan 20 milyon liralık sağlar arası vasıflı teberru ve 40 milyon lirası vasıflı 80 milyon liralık ölüme bağlı tasarruf yapmıştır. Toplam vasıflı teberru miktarı ise 60 milyon liradır.

Yukarda açıklandığı gibi, vtT > atn ise, adi teberruların tamamının tenkis edilmesi gerekir.

Olayda 60 (vtT) > 50 (atn)

O halde olayımızda adi ölüme bağlı tasarrufların tamamını tenkis edeceğiz demektir. Yani (C)'ye yapılan 25 ve (D)'ye yapılan 15 milyon liralık

adi teberrunun tamamı, tenkis edilerek bu 40 milyon lira (A)'nın mahfuz hissesine ayrıldıktan sonra, vasıflı tasarrufların kaç lirasının tenkis edileceğini bulmak gerekir. Yukarda 3 nolu ilke gereğince bu halde, yani **vasıflı tasarrufların artırılmış tasarruf nisabını** aştığı hallerde, vasıflı tasarruflar toplamının artırılmış **tasarruf nisabını aştığı oranda,** vasıflı ölüme bağlı tasarrufların tenkisi icap eder.

$$VtT\ (20 + 40) - atn\ (50) = i\ (10)$$

Önce **vasıflı ölüme bağlı tasarrufları mütenasiben** tenkis edeceğimize göre :

$$(B)t = \frac{10 \times 30}{40} = 7.5$$

$$(H)t = \frac{10 \times 10}{40} = 2.5$$

Görüldüğü gibi, (A) burada normal mahfuz hissesi 75 milyonu değil, indirilmiş mahfuz hissesi olan 50 milyon lirayı almakta ve sağlar arası (F)'ye yapılan 20 milyon liralık sağlar arası vasıflı teberru tenkisten kurtulmaktadır.

Burada da vasıflı tasarruflar artırılmış tasarruf nisabından küçük olduğu sürece, tenkis edilmezler, vasıfsız tasarrufların infazı, başka bir deyişle hepsi değil de sadece mütenasiben tenkis edilebilmesi için ise, vasıflı tasarruflar toplamının normal tasarruf nisabından küçük olması gerekir.

2) Vasıflı tasarruflar toplamı, artırılmış tasarruf nisabından küçük fakat normal tasarruf nisabından büyük (= vtT < atn fakat vtT > ntn) ise

Bu durumda, yukardaki 5 numaralı kural uygulanmalıdır. Buna göre vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış tasarruf nisabını aşmadığından, tenkis dışı kalacak, adi tasarruflar ise; normal tasarruf nisabı, vasıflı tasarruflar ile aşılmış olduğundan, tamamı tenkis edilecek, ölüme bağlı vasıfsız tasarruflar mütenasiben tenkis edilmeyecektir. Net tereke, gerek indirilmiş (50), gerekse normal mahfuz hisseyi (75) karşılayabildiğinden sağlar arası teberruların tenkisine gerek olmayacaktır.

• ***Örnek 7)*** Tek mirascısı oğlu (A) olan miras bırakan sağlığında 1989 yılında (F)'ye 5 milyon liralık vasıflı, (G)'ye 1991 yılında 10 milyon liralık va-

sıfsız teberruda bulunduktan sonra ölmüş, vasiyetnamesinde ise (B)'ye 30 milyon liralık vasıflı, (C)'ye 10, (D)'ye 20 ve (H)'ya da 25 milyon liralık vasıfsız mal vasiyetlerinde bulunmuş olup net terekesi 85 milyon liradır.

VtT 35 < atn (50), VtT (35) > ntn (25)

35 milyon liralık vasıflı tasarruf toplamı artırılmış tasarruf nisabını aşmadığından, bu vasıflı tasarrufları sağlar arası olsun, ölüme bağlı olsun, tenkis etmek mümkün değildir. Vasıfsız tasarruflar ise, bunların toplamı 55 milyondur, normal tasarruf nisabı, vasıflı tasarruflar ile aşıldığından tamamını tenkis etmek gerekir. Net terekeden (85) indirilmiş (50) ve normal mahfuz hisseyi (75) karşılamak mümkün olduğundan, sağlar arası teberruların tenkisine gerek yoktur.

Bu durumda bütün adi teberrular, yani 55 milyon lira tenkis edilerek, (A)'nın mahfuz hissesine tahsis edilecektir.

Sonuç olarak (A) indirilmiş mahfuz hissesinden fazla fakat normal mahfuz hissesinden de az bir meblağ (55 milyon lira) terekeden alabilecektir.

V- ÖZET

Yukarda izaha çalıştığımız MK.nun 453. m. sinin 903 ve 3678 sayılı Kanunlarla değişik hükümlerinin yorumuna ilişkin önerdiğimiz ilkeleri formüllerle şu şekilde özetleyebiliriz:

1) VtT > atn ise
   . nt.ların tamamı tenkis edilir.
   ..Vt.lar ise : VtT - atn miktarınca tenkis edilir.
2) VtT < atn ve VtT < ntn ise
   .Vt.lar tenkis edilmez
   .. nt.lar ise : VtT + ntT - ntn miktarınca tenkis edilir.
3) VtT < atn fakat vtT > ntn ise
   . Vt.lar tenkis edilmez
   .. nt.ların tamamı tenkis edilir.
4) Ölüme bağlı tasarruflar mütenasiben, sağlar arası tasarruflar tarih sırasına göre tenkis edilir.
5) Önce ölüme bağlı tasarruflar sonra sağlar arası teberrular tenkis edilmelidir.

6) Önce adi tasarruflar sonra vasıflı tasarruflar tenkis edilmelidir.

7) VtT < atn ve Vtt < ntt
mahfuz hisseler = vtT + ntn - tet

Vasıflı tasarruflar toplamı artırılmış ve normal tasarruf nisaplarından daha küçükse, vasıflı tasarruflardan tenkis yapılmaz, vasıfsız tasarruflardan ise; vasıflı tasarruflar toplamı ile normal tasarruf nisabının toplamının tereke-den çıkarıldığında bulunan fark oranında tenkisi gerekir.

Kısaltmalar :

atn = artırılmış tasarruf nisabı,
ntn = normal tasarruf nisabı,
Vt = vasıflı tasarruflar = kamu yararına tasarruflar,
VtT = vasıflı tasarruflar toplamı,
nt = normal yani vasıflı olmayan tasarruflar,
ntT = normal tasarruflar toplamı,
tet = üzerinde tenkis işlemi yapılacak tereke miktarı.

VI – VE MEDENİ KANUNA EK MADDE ÖNERİSİ

Uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önlenebilmesi için Medeni Kanunun 512. maddesine şu fıkralar eklenmelidir :

Birlikte tenkisi gerektiğinde adi tasarruflar kamu yararına tasarruflardan önce tenkis edilir.

Kamu yararına tasarruflar toplamı artırılmış tasarruf nisabını aşıyorsa, adi tasarrufların tamamı, kamu yararına tasarrufların ise, artırılmış tasarruf nisabını aşan miktarı tenkis edilir.

Kamu yararına tasarruflar toplamı artırılmış tasarruf nisabından ve normal tasarruf nisabından küçükse, kamu yararına tasarruflar tenkis edilmez, **normal tasarruflar** ise tüm tasarruflar toplamının normal tasarruf nisabını aştığı oranda tenkis edilir (vasıflı tasarruflarla normal tasarruf nisabı toplamının terekeden çıkarıldığında bulunan miktar oranında tenkisi gerekir).

Kamu yararına tasarruflar toplamı, artırılmış tasarruf nisabından küçük, fakat normal tasarruf nisabından büyükse; vasıflı tasarruflar tenkis edilmez, adi tasarrufların ise, tamamı tenkis edilir.

—oOo—

ŞUFA BEDELİ HAKKINDAKİ HUKUK GENEL KURULU KARARI MÜNASEBETİYLE

Kahraman KOÇ (*)

Eylül 1993 gün, 9 sayılı Yargıtay Kararları Dergisi'nin 1303 ve devam eden sahifelerinde yazılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı özet olarak şöyledir : "Şufa davalarında eğer bu hak daha evvel kullanılmış ise o tarihdeki değer, şayet sonradan kullanılmış ise dava tarihindeki değer esas tutularak, şufa bedeli tesbit edilir, görevli mahkeme de buna göre tesbit olunur" denmekte ve bazı gerekçeler de gösterilerek bindokuzyüz otuzlardan günümüze kadar gelen yerleşmiş inançtan dönülerek "şufa bedelinin payın satışında tapu sicilinde belirtilen değer olmayıp hakkın kullanıldığı, şayet daha önce kullanılmamış ise dava tarihindeki değer olduğunun kabulü hukukun temel amaçlarından olan adaleti (hakkaniyet) gerçekleştirecektir. Davalının satış akdinde bildirilen bedelin düşük gösterildiğine dair iddiası varsa her türlü delil ile isbat etmesine imkân verilmesi, ayrıca objektif neden ve enflasyon sebepleri de nazara alınarak tayin edilmesi gerekir" buyurulmaktadır. Netice olarak da:

İnceledikleri dosyada 8.5.1982 ve 13.1.1983 günlerinde satılan payların dava tarihi olan 10.2.1988 tarihinde yapılan keşfe göre kırkdört milyon lira olduğu anlaşıldığından tapudaki yüzbin küsür liranın değil kırkdört milyonun esas tutulacağından sulh mahkemesinin verdiği görevsizlik kararının onanmasına oyçokluğu ile karar vermiştir.

HUMK.nun 440. maddesine göre ve okunan Yargıtay kararlarının karar düzeltmeye tabi olmaması yüzünden bu Genel Kurur kararı kesindir.

Halbuki; naçiz kanaatıma göre önce bu kararın veriliş biçimi sakattır. Çünkü, 1930'lardan bu güne kadar mahkemelerden çıkan kararlar; şufa bedeli tapuda yazılı olan bedel ile yapılan masraflardan ibarettir, bu bedeli da-

---

(*) Yargıtay Onursal Üyesi.

ha yüksek olduğuna dair savunmalar dinlenemez şeklindedir ve hepsi de Yargıtay'ca onanmıştır ve pek çoğu da Genel Kurul'da kabul olunmuştur. Ayrıca, 20.6.1951 günlü İçtihadı Birleştirme Kararı da böyledir ve açıkça tapuda yazılı bedele masrafların da eklenmesi ile hâsıl olacak miktardır diye de Genel Kurul'da yorumlanmıştır. Kaldı ki son kararda bile bu şekilde yorumlandığı hiç bir tereddüde yer bırakmadan izah ve ifade edilmiştir. Şimdi, Yargıtay Kanununun 45. maddesinin beşinci fıkrasına baktığımız zaman şu yazıları görürüz : İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar". Şu durumda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu içtihadı birleştirme kararına saygı göstermesi icap ederdi. Bütün yorumlara göre tatbik edilegelen bu içtihat ve tatbikden döndüm denmesi, (BAĞLAR) kelime ve ifadesinin tam zıddı olmaktadır. Burada akla gelen sorunun cevabı çok basittir. Şayet yürürlükte bulunan içtihadı birleştirme kararı yanlış ise onun hal yeri Yargıtay Büyük Genel Kurulu'dur. Buna emsal olarak üç karardan sözetmem gerekiyor. Zira, bu üç kararın görüşülmesinde ben de naçiz bir üye olarak bulunmak şerefini kazanmıştım. Bunlardan birisi :

• 1– Murisin ölümünden sonra mirasçılardan birinin gayrimenkulü yirmi sene kavgasız, arasız kullanması halinde adına tescili gerekir yollu 27.4.1949 günlü, 7 esas, 7 karar sayılı bir içtihadı birleştirme kararı mecuttu. Birinci Hukuk Dairesi Başkanı sayın Suad Bertan, elinde bulunan böyle bir dava dosyası ile karşılaşınca müzakeresini yapıp oya müracaat ettiği zaman mirascılardan birinin zilyedliği diğer ortaklar adına da yapılmış sayılacağı ve bu biçimde tescil kararı verilemiyeceği hususunda oylar toplanınca, Yargıtay Başkanlığı'na yazı yazarak sözü geçen içtihadı birleştirme kararının geçerli olup olmadığının tesbitini istemiş ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu toplanmış ve yapılan görüşmelerden sonra bu içtihadı birleştirme kararının 26.5.1954 tarihinde iptaline karar vermiştir. Ancak bu son içtihadı müteakip Birinci Daire, elindeki işi karara bağlayıp bozmuştur.

• 2– Müstakbel mirasçıya değerinden ucuza satışlarda şufa :

Altıncı Hukuk Dairesi üyesi bulunduğum sırada, bizi bir hayli sıkıntıya sokan bu biçimdeki şufa davalarında dairemiz kurulmadan önce başka dairenin verdiği kararlara uyarak şufa hakkını kabul ederek temyiz olunan kararları onamakta iken, doğudan bir dosya geldi. Yaşlı bir kadın kızına 1950 yılında hakiki değeri milyonların üstünde olan onbeş parçadaki gayrimenkuldeki payını 300 lira karşılığında satmış, diğer pay sahibi mal bulmuş mağribi

gibi satışın ertesi günü şufa davasını açmış, davalı mahkemeye gelerek "satan annemdir ve benden başka mirasçısı da yoktur, annem bana kızım üçyüz lira ver, hisselerimi al dedi, ben de: anne sen öldüğün zaman bunlar zaten bana kalacak satmağa gerek yoktur sözüme, hayır kızım ben imama danıştım, öldüğüm zaman teçhiz tekfin mezar işleri üçyüz liraya çıkarmış, o yüzden almanı istiyorum diye söylendi, ben tekrar anne yeterki sen ölme, öldüğün zaman bunları yapmak boynumun borcudur ve satışa gerek yok dedim, bunun üzerine annem, bunu biliyorum ama senin anlamadığın bir husus var o da senin harcayacağın para senindir ama hisselerimi sana satarsam harcanacak para benim olacağından mezarımda rahat ederim sakın beni kırma" diye yalvarınca ben de razı oldum. Hâkim bey buna satış denebilir mi" diye savunma yapmış. Hâkim davacıdan sormuş, o da "evet davalı hanımın söyledikleri aynen doğrudur ve bugün için hisselerin değeri de milyonun üzerindedir, ama satış satıştır ve ben hakkımı istiyorum demiş. Mahkeme şufayı kabul etmiş. Bu karardan üzüntü duyduk. Yapılan oylamada bu bir bağış ifade eder ve şufa işlemez şeklinde oylarımızı kullandık. Oluşan bu durum üzerine Başkanlığa müzekkere yazılarak müstekar içtihat hilâfına bir içtihad doğduğundan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan karar istenmesine, bu işin neticesine kadar da dosyanın bekletilmesine karar verdik. Hukuk Genel Kurulu, 27.3.1957 tarihinde oybirliği ile sonradan tahassul eden içtihadımızın doğruluğuna ve bu gibi işlerde şufa cereyan etmeyeceğine karar verdi. Biz de elimizdeki bu dosyayı karara bağladık.

• 3– Kayseri Asliye Hukuk Mahkemesi, Hacı Nasrullah Vakfı'na ait bir dosyayı karara bağlamış. Temyiz üzerine Birinci Hukuk Dairesi, davayı açan Vakfın mütevellisidir, mülhak da olsa tek başına mütevelli tescil davasını açamaz, bu nedenle davanın reddi gerekir diye hükmü bozmuş, mahkeme eski kararda direnmiş, temyiz incelemesi duruşmalı olarak yapıldı ve mütevelli tek başına dava açamaz diye üç muhalife karşı direnme kararı da bozuldu. Karar düzeltme talebi de red edildi. Aradan iki veya üç ay geçti. Genel Kurulda yine Kayseri'den gelme aynı biçimde bir direnme kararının duruşması yapıldı. Meğer mütevelli iki parsel hakkında iki ayrı dava açmış, ikisi de arzettiğim biçimde bozulmuş, mahalli mahkeme ikisine de direnmiş. Birinin tebliğ işleri çabuk bittiği için o gelmiş, şimdi de diğeri gelmiş. Mümeyyiz vekili ümitsiz, karşı taraf vekili ise pek neşeli idi ve "verdiğiniz kararın daha mürekkebi kurumadı, direnme kararı büyük bir çoğunlukla bozuldu" diyordu. Ertesi hafta müzakeresi yapıldı. Vakıflar Kanunu ve Nizamnamelerden de söz ederek sıkı bir biçimde mütevellinin vakıf lehine dava açmasında

hiç bir sakınca olmadığını ve dava açmak vakfı idare eden zatın birinci görevi olduğunu ve bu işte menfaati bulunduğunu arzettim. Oya geçildi ve sıra bana gelinceye kadar otuz oy "dava açar" şeklinde toplanmıştı, oyumu soran merhum başkana : "Genel kurul karar nisabı yirmi dörttür (o zamanki nisap) halbuki bana gelmeden otuzu bulduk, ancak bir kaç ay önce mütevelli dava açamaz diye karar verildi ve kesinleşti, şimdi ise aksine içtihat belirdi, önce bu işin Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nda hal edilmesini ve çıkacak içtihadı birleştirme kararı sonunda elimizdeki dosyanın karara bağlanması icap etmektedir" dedim. Bunun üzerine işin Büyük Genel Kurul'da hallinden sonra karara bağlanmasına karar verildi. Neticede 4.3.1959 günlü, üç muhalife karşı "mütevelli tek başına dava açabilir" yollu içtihadı birleştirme kararı kabul edildi ve bekletilen dosya da bu biçimde karara bağlandı.

Arzettiğim bu üç içtihadı birleştirme kararları da gösteriyorki, ortada bir müstekar içtihadı birleştirme, hatta müstekar içtihat varken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeniden tahassul eden çoğunluk oyuna dayanarak karar veremez. Yargıtay Kanununun 45. maddesinin beşinci bendinkedi bağ ortadan kalkmadıkça, müstekar içtihadı değiştiremez. Yürürlükte bulunan bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması ise Yargıtay Kanununun 16 ve müteakip maddelerine göre Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun görevidir. Büyük Genel Kurul'un kimlerden oluşacağı da sekizinci maddede yazılıdır. Binaenaelyh naçiz kanaatıma göre verilen karar kanuna şekil bakımından aykırıdır.

Arzettiğim emsal kararlara, süregelen teamüle göre işlem yapmakta büyük faydalar vardır. Çünkü; son karar dergide yayınlandı ve hâkimlerle avukatlar bu kararı okudular. Bu karar Hukuk Genel Kurulu'ndan çıktığına bakılınca bazı hâkimler buna dayanarak karar verecek, bazıları da devam eden içtihadı birleştirme kararına göre hüküm tesis edecektir. Bu suretle kararlarda bir dalgalanma olacaktır. Nasıl olsa bu iş Büyük Genel Kurul'da halledilecektir. O zaman, ya 5.5.1993 günlü Hukuk Genel Kurulu'nun çoğunluk fikri kabul olunacak, yahutta kabul edilmeyecektir. Kabul edilmediği takdirde ise yüzlerce karar bozulacak ve böylece hem mahkemeler, hem de taraflar sıkıntı çekecektir. Teamüle uyularak karar bekletilmiş olsaydı hiç bir sıkıntı sözkonusu edilemezdi.

İşin esasına gelince; verilen kararda kanuna aykırı sebepler olduğu gibe tereddüt doğuran nedenler de mevcuttur. Zira :

A– Tapuda yapılan resmî bir satış akdidir ve resmen bu akid ile üçüncü şahsa satılmıştır. Payın değeri akit tablosunda açıkça gösterilmiştir. Akit tamamlandıktan sonra bu akdi yapanların yazılı bedelden daha yüksek olduğunu iddia etmeye hakları yoktur. Burada, HUMK.nun 288 ve 290. maddeleri tanık dinlenmesine asla izin vermez, yerleşmiş içtihadlar da böyledir. Buna rağmen kararda âkid durumunda bulunan müşteri (ki davalı) tapuda ödediğim bedel şu kadardı ama özel olarak düşük gösterdik, ödediğim paranın şu kadar olduğunu tanıkla isbat edeceğim diye bir savunma yaparsa kötüniyetin tam ortasına düşmüş olmaz mı? Eğer hakikaten ödnen bedelden düşük bir satış parası gösterilmiş ise evvela bu Devlet aleyhine işlenmiş bir suç sayılır, çünkü ödenecek harç o nisbette az olacaktır ki bu hal aynı zamanda ahlakî bir düşüklük ifade eder.

Şufa hakkı Medenî Kanunun takyidleri arasındadır. Müşteri pay satın alırken tapuda diğer pay sahibini mutlak surette öğrenmiştir. Bu hali ile bilir ki diğer pay sahibi şufa hakkını pekâlâ kullanabilir. İşte bu durumu da düşünerek satış bedelini doğru olarak bildirip ve ancak o şekilde iyiniyetini göstermesi gerekir. Bunun aksine davranış kötüniyetin himayesine yol açar.

B– Kanunkoyucu, takyidi satış tarihinden başlamak üzere en çok on sene olarak kabul etmiş, ancak daha evvel ıttıla olursa bu öğreniş tarihinden geçerli olmak üzere bir ay içinde şufa kullanılmazsa düşeceğini açıkça belirtmiştir. Bu durumda müşteri on sene "aman pay sahibi satışı öğrenmesin" diye Allah'ına yalvarmayı bırakarak satışı diğer pay sahiblerine noter veya taahhüdlü bir mektupla bildirirse, tebliğ tarihinden geçerli bir ay sonra şufa hakkı kullanılmazsa artık tam olarak huzura kavuşur. Şayet sesini çıkarmaz ve pay sahibinin satışı öğrenmemesi için elinden gelen gayreti gösterirse on sene (ki bu süreyi kanun koymuştur) beklemesi gerekir. Şu hali ile enflasyonun davacının hakkına etki yapmaması icap eder. Çünkü, şufa hakkını kanun tanımakta ve bir süre ile de kayıt altına almaktadır. Kanunu bilmemek ise mazeret sayılmaz ve pay sahibi durumu öğrenseydi diye aleyhine sebep aranamaz.

C– Şufada açılan dava ile, bütün içtihadlara göre; müşterinin aldığı payın tapudaki akde belirtilen bedeli verilerek adına tescili istenince satılan pay ve satış bedeli belli olup o akidde gösterilen bedel ve yapılan masraflar karşılığında bu hak kabul edilir. Şayet davadan önce ve süresinde ben şufa hakkımı kullanıyorum demiş ve davalı da bu gün yarın diye oyalıyarak aradan uzunca bir zaman geçmiş ise bu hakkın kullanıldığı tarih ile daha önce

kullanılmaması halinde dava tarihindeki pay değerinin tesbiti ile ona göre karar verilmesi tezat teşkil etmektedir. Buna bir de enflasyon farkını eklemek elbette davalıyı korumak ve davacıyı kötüniyetli saymak manasını taşır. Çünkü, kanunun emri bir takyiddir. 20.6.1951 günlü İçtihadı Birleştirme Kararına göre de hisse müşteriye neye mal olmuşsa o bedelle payın davacı adına tescil edilmek gerekir. Davalı uzun süre haber vermemek suretiyle kazandığı zamandan mükâfatlandırılmasını icap ettiren bir hali kabul etmek adeta pay sahibini kötüniyetli saymak manasını ifade eder.

D– Şufa ihtilâfları ve açılan davaların pek çok sebebi vardır. Ondokuz sene kürsü ve altı sene iki ay da Yargıtay üyeliği olmak üzere tam yirmialtı sene iki ay hâkimlik yaptım. Arza hacet yok, altı sene iki aylık üyeliğim Altıncı Hukuk Dairesi'nde geçti ve bu Dairenin işleri başında şufa davaları geliyordu. Bu nedenle şufa işlerinde ne gibi entrikalar döndüğünü ve tarafların meşru payı alabilmek veya davayı uzatmak için ne gibi desiselere başvurduğunu esefle görmüş bir insanım.

İhtilâf, önce ortaklar arasında meydana gelen soğukluk ile başlar. Ortaklar kardeş bile olsalar payını iyi bir fiyatla satmak için daima müşteri ararlar ve böylelerini buldukları anda payını satarlar. Zira, diğer ortak çoğu zaman ortağının payını almakta nazlı davranır ve isterki öldü fiyatına alabilsin. Çoğu zaman da parası olmadığı için alamaz, ama başkası alırsa dava açar ve zaman kazanır, parasını temin ederim hayaline düşer. Yahutta ölürüm, payımı ortağıma satmam diye diretir. Bu arada hakiki bedelini veren üçüncü şahsa satar, hatta ortağım almasın diye de fiyatını hakiki satış bedelinden çok yukarıda gösterir. Satışdan sonra da akla hayale gelmeyen davranışlar başlar ve şufa davaları yıllarca uzayıp gider. Bu arada "mazur görmelerini dilerim" hâkim de işi sıkı tutmazsa onbeş, hatta yirmi sene dava karara bağlanamaz.

Şimdi, diyelim ki satışı öğrenince pay sahibi ihtar çekti. Müşteri de gelip tapuda ferağ verecek, iki taraf hazır. Şufa hakkı, yapılan satış akdinde satan ile alan yani müşteri arasında yer tutmak hakkı olduğuna göre şefi tapuda yazılı olup ödenen satış bedeli ile tapu harç ve masraflarını ödeyecek, müşteri de parasını alıp ferağını verecek ve hiç bir zorunluk çıkmayacaktır.

Satışı başka yollardan öğrenmiş ise, dilekçesinde ben satışı şu tarihde öğrendim diyen davacı iddiasını her türlü delil ile isbat edebileceği gibi, davalı da aynı biçimde satışı daha önce öğrenmş ve şufa hakkı düşmüştür yol-

lu savunmasını isbata çalışacaktır. Yemin teklifi dahi yapılacaktır. Tanıkların dinlenmesi, hele ilçe sınırları dışında bulunanların talimat ile dinlenmeleri epeyce zaman alacaktır. Böylece tatbikat yüzünden dava tarihi ile hüküm tarihi arasında hayli zaman geçecektir. Son Genel Kurul kararına göre davanın açıldığı tarihdeki pay değerine göre hüküm verileceği gibi, ayrıca objektif sebepler ve enflasyon nedeni ile de eklemeler yapılacaktır. Dolayısiyle davalı ferağa yanaşmamak suretiyle kazandığı zaman içinde hem paydan yararlanacak hemde ayrıca mükâfatlandırılacaktır. Bu hale göre süresinde şufa hakkını kullanan paydaşa karşı ferağ hususunda direnişe geçen davalıya faydalı bir tercih ve teşvik yolu açılmış olmaktadır.

Hele, Usul Kanununun 288. maddesi hilâfına; ben payı tapuda gösterilen fiyatın tam üç misline aldım, tanıklarım vardır derse ve bu biçimdeki talebi de her türlü delil ile isbat edilir şeklindeki son karara uygun olarak tesbit edilirse o zaman yalancı tanık ortaya çıkacak, hele bir de mahkemelerin başağrısı olan bilirkişilere müracaat zorunluluğu da doğunca davanın yıllar yılı sürmesi temin edilmiş olacaktır. "Adaleti bu biçimde tecelli ettirmek görevimizdir" diyen Yüksek Kurul istemeden yolsuzluğa aracı olacaktır.

Kararda "şufa bedelinin, şufa hakkının kullanıldığı tarihteki, şayet önceden bu hak kullanılmamış ise dava tarihindeki değeri olmalıdır" denmek suretiyle de tezada düşülmüştür. Çünkü; şufada üç tarih vardır. Birisi, satan ile alan arasında yapılan akid tarihi, diğeri pay sahibinin akdi öğrenerek müşteriye ben şufa hakkımı kullanıyorum dediği tarih, diğeri de dava tarihidir. Gerek şarihlerin, gerekse mahkemelerin tatbikatta ittifak ettikleri şufanın tarifi şöyledir : (Şufa, bir satış akdinde bayi ile müşteri arasında yer tutmak hakkıdır). Bu tarife göre pay sahibi ben şufa hakkımı kullanıyorum diye müşteriye haber verdiği anda bu hak kullanılmış olurki neticesi ortadadır. Sen bu akdi kaça mal etmiş isen parasını verip alacağım demektir. Bu hal yeni bir akid olmadığına bakılınca artık pazarlık konusu yapılamaz ve daha önce bir ıttıla olmadıkça tam on sene bu şufa hakkının devamını kanun emretmektedir. Ne zaman dava açılırsa açılsın hak düşmemiş ise silinecek kaydın değeri hep tapuda yazılı bedeldir. Bu bedel olduğu da 20.6.1951 günlü İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurlu'nun gerek mahkemeler, gerekse Yargıtay daireleri ve Genel Kurul kararları ile de yorumlanmıştır. Zaten 1930'lardan beri böyle tatbik edildiği, kararda da açıklanmaktadır. Hal böyle iken şufa hakkının kullanıldığı tarih ile dava tarihini birbirinden ayırmak kanunen izahı olmayan bir tutumdur. Çünkü, akid tarihindeki değer ıttıla tarihi ne olursa olsun

bu hak düşünceye kadar değerini korur. Zira, müşteri en çok on sene bu yüke katlanmak zorundadır. Şufadan maksat, o mala yabancı sokmamak ve bütünlüğünü muhafazayı temin etmek ve şufa isteğini diğer pay sahip ve sahiplerine bırakmak olduğuna bakılınca ayrı ayrı tarihlerde, ayrı bedel aranması şufa mefhumu ile bağdaşmaz.

Öte taraftan; Usul Kanunu davanın değerini, bu davanın açıldığı tarihdeki değeri olduğunu kabul eder. Açılan dava şu tarih ve şu numaralı kaydın şufa hakkı yüzünden adına tescil edilmesi olduğu gözönünde tutulunca, o kaydın değeri tapuda yazılı miktardır. İçtihadı Birleştirme ve tüm tatbikata binaen bu bedele davalının harcadığı harç ve masrafların eklenmesi de gerekmekte olup, başka türlü tefsire kanun hükümleri izin vermez. Hakkın kullanılması ve dava açılması tarihleri arasındaki kabul edilen ayrılığın izahı imkânsız bir durum yaratmaktadır. Bu görüş, başka davaları da etkisi altına almaktadır. Mesela, satış vaadi hakkındaki cebrî tescil davalarında da ihtar veya dava tarihlerine göre değer kabul etmek gerekecektir. Cebrî tescil davası bir akdin icrası olduğundan, nasıl ayrı ayrı tarih kabul edilemez ve akiddeki değer üzerinden işlem yapılırsa şufa da aynıdır, bayi ile müşteri arasındaki satış akdi pay sahibine geçecek ve kanun emri yerine getirilecektir. Şayet müşteri fiili ile değerde bir artış yapmış ise o zaman bu farkı sebepsiz iktisap nedeni ile ayrıca isteyebilecektir.

Dava açıldıktan sonra enflasyonun da şufa bedeline tesir etmesi Usul Kanununun açık emrine aykırı düşer. Kaldı ki herkesin çok iyi bildiği gibi onbeş yirmi sene süren davada enflasyon nasıl tatbik edilecek ve sorumlusu yalnız davacı mı olacaktır?

E– Yüksek Kurul adaleti en seri biçimde tecelli ettirmek istiyorsa, kangren halini almış ve almakta olan şufa işinde Medeni Kanunun 927. maddesini harekete geçirmek olmalıdır. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü bu maddenin sadece mukaveleden doğan şufa işlerinde tatbik edileceğini, kanunî şufada tatbik edilemeyeceğini 26.4.1937 tarihinde bütün Tapu Müdürlüklerine bildirmiş ve ondan sonra şufa davaları bitmez tükenmez bir ihtilâf haline gelmiştir. Halbuki sözü geçen madde metni çok açıktır. "Kendilerine malumat verilmeksizin tapu sicilinde yapılan tasarrufları alâkalılarına tapu sicil muhafızı bildirir. Bu kabil tasarrufların iptali için konulmuş olan müddetler ihbarın vusul tarihinden itibaren işlemeye başlar" denmektedir. Sayın Suad Bertan tarafından Türkçe'ye çevrilen Zilyedlik ve Tapu Sicilli adlı kitabın 381. sahifesi ve yine aynı zatın telif eseri olan Aynî Haklar adındaki eserinin birinci cilt 795. sa-

hifesinde kâfi izahat vardır ve sayın üstad satışı haber vermek tapu memurunun görevidir demektedir.

Bu madde uykudan uyandırılıp işlemeye başladığı andan itibaren şufa davalarının çok azalacağını ve açılan davaların da en kısa bir süre içinde hükme bağlanacağını ve mahkemelere yük olmaktan çıkacağını arzederim.

—oOo—

OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMELERİ

Mehmet DEMİR (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. 1- Miras sözleşmesine ilişkin genel bilgiler. I. Tanımı. II- Niteliği ve özellikleri. III- Olumlu-olumsuz miras sözleşmeleri ayrımı. 2- Olumlu miras sözleşmeleri. I- İçeriklerine göre olumlu miras sözleşmeleri. A- Mirasçı atama sözleşmesi. B- Mal vasiyeti sözleşmesi.C- Üçüncü kişi yararına miras sözleşmesi. II- Ehliyet. III- Şekil. IV- Hüküm ve sonuçlar. 3- Miras sözleşmesinin sona ermesi. I- Kendiliğinden sona erme nedenleri. A- Lehine tasarruf yapılan kimsenin miras bırakandan önce ölmesi. B- Mirastan mahrumiyet nedenlerinden birinin varlığı. C- Evliliğin sona ermesi. D- Şartın gerçekleşmesi-gerçekleşmemesi. E- Muvazaa. II- Tek taraflı irade beyanıyla fesih. III- İki tarafın iradesi ile fesih. S o n u ç .*

GİRİŞ

Kişiye malvarlığı üzerinde ölümüne bağlı olarak vasiyetname veya miras sözleşmesi yapma olanağı tanınması, iradî miras hukukunda çok değişik ve çözümü güçlük gösteren sorunlara yol açmıştır. Bunlar arasında şunlar belirtilebilir: – Ölüme bağlı hukukî işlemleri yapma ehliyeti, – Bu tür işlemlerin konusu, – Hangi şekil şartlarının tâbi tutulacağı, – Ölüme bağlı bu işlemlerin içeriğinin belirlenmesi, yani ölüme bağlı işlem türleri... (1).

(*) **Yahyalı Hâkimi.**

(1) TUOR, P. (Çev: ARTUS, Amil); İMK'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, I. Kısım, Ankara 1956, s. 350-352; KÖPRÜLÜ, B: Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1985, s. 122-124; ESCHER, A. (Çev. Ansay, S.Ş.): MK. Şerhi, Miras Hukuku, Ankara 1953, s. 81-83; AYİTER, N. KILIÇOĞLU, A: Miras Hukuku, Ankara 1991, s. 70-79; BERKI, S. Miras Hukuku, Ankara 1975, s. 33-40; İNAN, A. N. : Miras Hukuku, 2. Bası, Ankara 1982, s. 92 vd.; İMRE, Z. - ERMAN, H. : Miras Hukuku, İstanbul 1989, s. 62-63; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Miras Hukuku, 3. Bası, 1987, s. 134 vd.; ŞENER, E. Miras Hukuku Şerhi, Ankara 1988, s. 331-332.

Konumuzu doğrudan ilgilendiren ve bu nedenle de üzerinde incelememizi yoğunlaştıracağımız sorun, ölüme bağlı hukukî işlemlerin hangi şekil ve kalıplar içerisinde ortaya çıkabileceği ile ilgilidir. Bu açıdan, şekli anlamda ölüme hukukî işlemler, vasiyetname ve miras sözleşmesi olarak görüldüğünden; daha da özel bir ölüme bağlı tasarruf şekli olan miras sözleşmeleri üzerinde durarak, bu tür sözleşmelerde sözleşmeye olumlu bir içerik katan ve doktrinde olumlu miras sözleşmeleri (2) olarak adlandırılan miras hukuku sözleşmelerinin türlerini açıklamaya çalışacağız. Bu açıklamalara temel olacak olumlu-olumsuz miras sözleşmeleri ayırımı yapılmak suretiyle, araştırmanın çıkış noktasını belirleyeceğiz. Bu ayırım sayesinde, olumlu miras sözleşmelerinin hüküm ve sonuçları ile sona erme halleri üzerinde yapılabilecek hukukî saptamaları belirterek çalışmayı tamamlayacağız.

1. MİRAS SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. Tanımı : İsviçre/Türk Hukukunda miras sözleşmesi adı altında olumlu ve olumsuz miras sözleşmelerini içerecek şekilde geniş bir düzenleme vardır. Bu nedenle, yapılacak bir tanımın geniş bir anlamda olması söz konusudur. Bu durum, MK. m. 474-477 arasında **"Miras Mukaveleleri"** başlıklı düzenlemeden de anlaşılabilir. Kanun, 474. maddesinde bir kimseye mirastan pay veya belirli bir mal bırakılmayı öngören olumlu içerikte miras sözleşmesi öngörmüş; hemen arkasından 475. maddede ise, mirastan vazgeçme yani mirasçılık sıfatını kaybetme sonucunu doğuran olumsuz içerikte bir mirastan feragat sözleşmesini düzenlemiştir. Bu bakımdan miras sözleşmelerini MK.daki düzenlemeye dayanarak şu şekilde tanımlama olanağı vardır: "Miras bırakan ile diğer taraf arasında yapılan öyle bir ölüme bağlı işlemdir ki, bununla ya miras bırakan kendi terekesinde maddi anlamda ölüme bağlı, bağlayıcı bir işlemde bulunur ya da diğer tarafın miras bırakanın terekesi üzerinde ileride doğacak Miras Hukukuna ilişkin taleplerinden feragatini sağlar" (3).

MK. m. 474'te olumlu miras sözleşmesinin mutlaka sözleşmesinin diğer tarafının yararına yapılacağı şeklinde bir kural yoktur. Bu nedenle taraflar sözleşmeyi bir üçüncü şahsın yarar sağlaması için de yapabilirler (4).

---

(2) DURAL, M.: Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980, s. 30 vd.; KÖPRÜLÜ, s. 129 dn. 13; AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 138; CANSEL, E.: Miras Hukuku Ders Notları (Teksir), Ankara 1986, s. 207 vd. İNAN, s. 175-179; ŞENER, s. 332-334.

(3) DURAL, s. 17; Ayrıca tanım için bkz.: KÖPRÜLÜ, s. 129; OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1990, s. 146; TUOR, s. 351; İMRE-ERMAN, s. 169.

(4) Bkz. ileride "Üçüncü Kişi Yararına Miras Sözleşmeleri" başlığı.; ESCHER, s. 288; OĞUZMAN, s. 146, dn. 226.

II. Niteliği ve Özellikleri

Ölüme bağlı hukukî bir işlem olan miras sözleşmesi herşeyden önce, iki taraflı ve fakat bir Miras Hukuku sözleşmesidir. Bu nitelikte bir sözleşme olması, BK.'daki genel hükümlerin (Borçların teşekkülü ve özellikle akitten doğan borçlar ile ilgili kuralların) uygulanmasına engel sayılamaz. Çünkü MK. m. 5 dolayısıyla, BK.nın genel hükümler kısmındaki sözleşme hükümleri, miras hukuku kurallarına ve özellikle miras sözleşmesinin içeriğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Öte yandan miras sözleşmelerinin bağlayıcı olması da sözleşme niteliğinden kaynaklanan bir özelliktir.

Miras sözleşmeleri, bir üst kavram olarak ölüme bağlı tasarruflardan sayıldığı için, ölüme bağlı tasarrufları düzenleyen hükümlere tâbi olmanın yani sıra vasiyetnamelere ilişkin hükümler miras sözleşmelerinin bünyesine uygun olduğu ölçüde örnekleme yoluyla uygulanır (5).

Miras sözleşmelerinin hukukî niteliğini ve hukukî sonuçlarını belirlerken bir yandan sözleşme, diğer yandan da ölüme bağlı hukukî işlem olmaları gibi çifte nitelikte bir işlem olduklarını unutmamak gerekir.

Miras sözleşmesi ile lehine tasarruf yapılan kimse için ne tür bir hukukî statü doğduğu konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. İsviçre/Türk Hukukunda baskın görüş, miras sözleşmesi ile menfaatine tasarruf yapılan karşı tarafın (yada üçüncü bir kişi lehine miras sözleşmesi ise üçüncü kişinin) doğmuş bir hakkının olmadığı sadece muntazar (beklenen) bir hakkının olduğudur (6).

Öte yandan miras bırakanın yaptığı bir miras sözleşmesine rağmen, onun sağlararası tasarruf serbestisi tamamen sınırlanmamakta ise de, miras sözleşmesi ile lehine tasarruf yapılan kimsenin durumu vasiyetnamedekinden daha güçlüdür. Çünkü, vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesine karşı tarafın rızası olmadan kural olarak son verilmemektedir (7).

Taraflarca yapılan sözleşme, esas mahiyeti yönünden borçlandırıcı (iltizamî) bir sözleşme olmayıp, sadece mirasa yönelik ve hükmü de irsî (ölüme bağlı) bir sözleşmedir. Sözleşmenin diğer tarafı (karşı âkid) ancak miras

---

(5) DURAL, s. 23-24.; ESCHER, s. 211 başlığı.; ESCHER, s. 288; OĞUZMAN, s. 146 dn. 226.

(6) DURAL, s. 25.; İMRE-ERMAN, s. 175,; AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 138

(7) KÖPRÜLÜ, s. 130-131; DURAL, s. 27.; İMRE-ERMAN, s. 170.

bırakanın ölümünden sonrası için bir hak kazanmakta ve tasarrufun muhtevasında vasiyet de varsa bu hak tek taraflı bir irade beyanıyla ortadan kaldırılmamaktadır (8).

MK. m. 474/I'de; "Bir kimse ... taahhüt edebilir" şeklinde denilmiş olmakla beraber bu yerinde görülmemektedir. Çünkü miras bırakan burada, sözleşmenin karşı tarafına ilerde terekede çıkmayan mal veya haklardan dolayı tazminat ödeyecek şekilde bir taahhüt altına girmemektedir. Âkit taraf sadece m. 474/son cümleye dayanarak, miras bırakanın, yapılan miras sözleşmesine rağmen, sağlığında terekesi üzerinde yaptığı ve miras sözleşmesinden doğan taahhütleriyle bağdaşması olanağı bulunmayan teberrulara ve ölüme bağlı tasarrufa itiraz etme haklarına sahiptir (9).

III. Olumlu/Olumsuz Miras Sözleşmeleri Ayırımı

Kanunda böyle bir ayrımın olmadığını ve bunun doktrinde çoğunlukla yazarlarca teorik olarak yapıldığını söyleyenler olmakla birlikte (10), Türk/İsviçre Hukuklarında MK. m. 474'te olumlu miras sözleşmeleri; m. 475'te olumsuz miras sözleşmesi (mirasçı nasbı ve muayyen şeyi vasiyet sözleşmeleri) (mirastan feragat sözleşmesi) olarak iki türlü miras sözleşmesi kabul edilir. Olumlu içerikli miras sözleşmeleri için kanun, sadece miras sözleşmesi (mukavelesi) demekle yetinmiş; bir mirasçının, gelecekteki miras hakkından vazgeçmesine yönelik sözleşmeler için ise mirastan feragat sözleşmeleri terimini kullanmıştır (Olumsuz miras sözleşmesi).

Böyle bir ayırımın yapılmasının nedeni, dar anlamda ve daha teknik bir durumu ortaya koyan olumlu içerikteki miras sözleşmelerini hem olumsuz miras sözleşmesinden daha kolay ayırabilmek hemde olumlu miras sözleşmesi türlerini açıklama güçlüğünü gidermektir (11).

Gerek olumlu gerekse olumsuz miras sözleşmesinde miras bırakanın yaptığı maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf yanında sözleşmenin diğer ta-

---

(8) İMRE-ERMAN, s. 176; İNAN, s. 176; Öte yandan, tasarrufun muhtevasında bir vasiyet söz konusu ise, bundan doğan hakkın tek taraflı irade beyanı ile ortadan kaldırılmaması gerekir.

(9) CANSEL, s. 209 ve 212; AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 138; İNAN, s. 176.

(10) Kanunda böyle bir ayırım olmadığından söz ederek, bu ayırımı teorik olarak kabul eden görüş için bkz. BERKİ, s. 83, dn. 130; Bununla birlikte doktrin hemen hemen tamamıyla bu ayırımı her yönüyle kabul etmektedir; DURAL, s. 30, dn. 1'e de bkz.

(11) Bu gerekçeyi savunan yazar, özellikle DURAL, s. 29-30.

rafının hiç bir karşı edim borcu altına girmemesi ya da feragat eden sıfatıyla hiç bir ivaz almaması halinde tek taraflı; diğer tarafın da bir ölüme bağlı tasarruf yapması veya sağlararası bir borç (ölünceye kadar bakma gibi) altına girmesi yada feragat edenin bir ivaz karşılığında mirastan feragat sözleşmesini yapması halinde iki taraflı olumlu/olumsuz miras sözleşmesinden söz edilir. Kısaca, iki taraflı miras sözleşmeleri, iki tarafın karşılıklı olarak ölüme bağlı tasarruf yaptıkları sözleşme olup, her bir âkit taraf hem miras bırakan vasiyetçi ve hem de mirasçı veya musaleh sayılırken; tek taraflı miras sözleşmelerinde sadece bir taraf miras bırakan - vasiyetçi sıfatıyla ölüme bağlı bir tasarruf yapmaktadır (12). Tek taraflı olarak yapılan miras sözleşmeleri de, lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan diğer âkit tarafın, yapılan sözleşmede her hangi bir ölüme bağlı tasarruf yapmaması veya miras bırakan–vasiyetçiye karşı sağlararası bir borç altına girmemesi halinde tek taraflı-ivazsız miras sözleşmesi veya ona karşı sağlararası bir ivaz vermeyi veya onun lehine belirli bir şey yapmayı taahhüt etmesi halinde ise tek taraflı-ivazlı miras sözleşmesi olmak üzere iki şekilde görülebilir. Örneğin, miras sözleşmesinin içeriğinde ölünceye kadar bakma akdi (BK. 511 vd.) veya kaydı hayatla irat (BK. m. 507 vd. anlamında) sözleşmesi bulunması halinde ortada tek taraflı -ivazlı bir olumlu miras sözleşmesi söz konusudur (13).

2. DAR ANLAMDA MİRAS SÖZLEŞMELERİ (OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMELERİ)

I. İçeriklerine Göre Olumlu Miras Sözleşmeleri :

A. Mirasçı Atama (Nasbı) Sözleşmeleri

Taraflar arasında yapılan miras sözleşmesinde miras bırakan, sözleşmenin diğer tarafını terekesinin hepsi ya da belli bir oranı (1/2, 1/3 gibi) üzerinden külli halef sıfatıyla mirasçı olarak atanması (nasbedilmesini) istiyorsa, bu takdirde bir "mirasçı nasbı sözleşmesi" vardır (14). Bu tür miras sözleşmesinin konusu kısaca, bir kimseye mansup mirasçı sıfatı kazandırmaktır. Sözleşmenin karşı tarafına böyle bir sıfatın kazandırılması aynı zamanda

---

(12) Bu konuda bkz. Bir Yönlü-İki Yönlü miras mukaveleleri ayrımı için, OĞUZMAN, s. 150-151; İMRE-ERMAN, s. 173-174-175; KÖPRÜLÜ, s. 129 dn. 13; CANSEL, s. 207-208; Karşılıklı miras mukavelesi başlığı altında bkz. ESCHER, s. 285-286; ŞENER, s. 333.

(13) CANSEL, s. 208; İMRE-ERMAN, s. 175-176 ve dn. 8'e bkz.

(14) DURAL, s. 30; İMRE-ERMAN, s. 169.

onun yönünden diğer iki olumlu miras sözleşmesindeki akit taraflara göre daha avantajlı bir hukuki durum sağlar. Bu halde bir kimse sözleşmeye göre, miras bırakanın ölümü üzerine, onun terekesinin bir orantısı üzerine veya mahfuz hisseli mirasçısı yoksa tamamına ve hatta mansup mirasçı sıfatıyla iradî bir mahfuz hisseye sahip olabilecektir (15).

B. Mal Vasiyeti Sözleşmeleri

Bu tür bir olumlu miras sözleşmesinde, miras bırakan sözleşmenin karşı tarafına terekesindeki belirli bir malı veya şeyi vasiyet etmek suretiyle o kişiyi terekeden vasiyet alacaklısı durumuna sokar (16). Sözleşmenin diğer tarafı (musaleh) vasiyet alacaklısı sıfatını ancak vasyetçi-miras bırakanın ölümünden sonra elde eder.

Vasiyet sözleşmesi anlamında olmak üzere, taraflar sözleşmeyi terekede bulunacak mallarla ilgili mücerret br aynî hak ihdasına yönelik olarak ta yapabilirler. Örneğin, lehine vasiyet sözleşmesi yapılan bir kimsenin, vasiyetçiye belli bir ivaz (karşı edim) ödeyerek, onun terekesinden çıkacak bir evde sükna (oturma) hakkını sağlamaya yönelik olarak vasiyet sözleşmesi yapması hali (17).

Mirasçı atama sözleşmeleri ile vasiyet sözleşmeleri arasındaki en önemli fark, atanan kişi ile lehine vasiyet yapılan kişinin farklı hukukî statüde bulunmalarında görülür. Atanan kişi külli halef sıfatı ile mirasçı durumuna girmekte iken, lehine mal veya hak vasiyet edilen kişi (lehtar) cüzî halef sıfatıyla sadece vasiyet alacaklısı durumuna geçmektedir. Bu farklılık ise, yapılan sözleşmelerin mahiyetinden kaynaklanmaktadır.

C. Üçüncü Kişi Yararına Miras Sözleşmeleri

Miras bırakan yaptığı miras sözleşmesi ile normal bir durumda sözleşmenin diğer tarafına (âkidine) bir mal yöneltir ya da onu mirasçı olarak atar. Fakat bu sözleşmenin olumlu sonuçları (yani mal çevirme-tahsis yada mirasçı atama gibi) üçüncü bir kişi lehinde de gerçekleşebilir ki; bu durumda karşı âkit (sözleşmeyi yapan diğer taraf) ancak irade beyanında bulunmak suretiyle miras bırakanı bağlayan aracı (mutavassıt) kişi rolünü üstlenmekte-

---

(15) BERKİ, s. 84; CANSEL, s. 212.

(16) DURAL, s. 31;

(17) BERKİ, s. 84; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 249.

dir (18). Tarafların üçüncü kişinin yarar sağlaması için yaptığı bu tür olumlu miras sözleşmesine örnek olarak şunlar gösterilebilir : Miras bırakan (A)'nın, oğlu (B) ile yaptığı miras sözleşmesi ile (B)'nin evlilik dışı çocuğu durumundaki (Ü)'yü mirasçı nasbetmesi veya onun yararına bir ev vasiyet etmesi durumunda (Ü)'nün bu miras sözleşmesine katılmasına gerek olmadığı gibi, herhangi bir bilgisinin olup olmaması da sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğmasında önem taşımamaktadır.

Üçüncü kişi yararına miras sözleşmesinin, BK. m. 111'de düzenlenmiş bulunan "Üçüncü Şahıs Lehine Sözleşme"den farklı bir takım yönleri vardır (19). Herşeyden önce BK. m. 111 anlamında bir "Üçüncü Şahıs Lehine Sözleşme" de lehine sözleşmede bir borç şart edilmiş (kararlaştırılmış) bulunan üçüncü kişinin, o borcun yerine getirilmesini talep etme hakkı sözkonusudur. Bu talep, üçüncü kişinin, lehine borcun kararlaştırılmış olması nedeniyle (kendiliğinden) yapılan sözleşmeye katılması sonucunda elde ettiği bir durumdur. Oysaki, üçüncü kişi yararına miras sözleşmesinde, miras bırakanın üçüncü kişiye karşı bir bağlanması olmamakta ve o, ancak miras bırakanın ölümü ile tereke üzerinde hak ileri sürebilecek duruma gelmektedir (20).

Üçüncü kişi miras bırakanın ölümü üzerine yapılan miras sözleşmesindeki içeriğe göre, bir miras hakkı ya da bir vasiyet alacağı elde edecek yani tereke üzerinde hak ileri sürebilecek duruma gelecektir. Bu hakkı ileri sürebilmesi için, sözleşmenin diğer tarafının, üçüncü kişiyi temsil hakkını haiz olmasına da gerek yoktur. Çünkü, sözleşme daha önce üçüncü kişinin herhangi bir iradesine veya sözleşmeye katılmasına gerek kalmadan miras bırakan ile diğer âkit arasında gerçekleştirilmiş olup, miras bırakanı sadece karşı âkide bağlı tutmaktadır (sorumlu kılmaktadır) (21).

Üçüncü kişiyi yani atanan mirasçı ya da vasiyet alacaklısı tarafların kendileri belirleyebileceği gibi bunun seçimini bir başka kimseye de bırakmaları söz konusu olabilir. Yalnız bunun için, taraflardan miras bırakan yönünden yapılan sözleşmenin, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması ve temsil yasağına tabi tutulması ile ilgili olması nedeniyle, titiz davranmak gerekecektir. Miras bırakan yaptığı ölüme bağlı bir hukukî işlemde (burada üçüncü kişi yararına miras sözleşmesi) işlemin maddî yönünü belirlerken,

(18) DURAL, s. 31; İMRE-ERMAN, s. 175;

(19) CANSEL, s. 208-209; ESCHER, s. 288; DURAL, s. 31-32.

(20) DURAL, s. 32;

(21) ESCHER, s. 288.

kendi kişisel tanısına uygun olarak işlemden yararlanacak kişi ya da kişileri düzenleme kapsamına sokmak isteyeceğinden kural olarak lehine işlem yaptığı kişiyi, bizzat saptayacaktır. Eğer yaptığı sözleşmede bu üçüncü kişiyi, sözleşmenin karşı tarafının dışında bir başka kişinin (örneğin, kendi mirasçılarından birinin yada vasiyeti tenfiz memurunun) saptamasını istemekte ise, bunu da dikkate almak gerekir (22).

Öte yandan miras bırakanın mirasçı ya da musalehin seçimini üçüncü kişiye ancak şu iki şartın gerçekleşmesi halinde bırakabileceğini savunanlarda vardır (23). Bu şartlardan birincisi miras bırakanın, üçüncü kişinin seçimi hangi objektif kıstaslara göre yapacağını ölüme bağlı hukukî işlemde açık ve yeterli olarak göstermesi; ikincisi ise, seçebilecek kişilerin miras bırakan tarafından gösterilmiş olmasıdır. Bu iki şartın bulunması durumunda mirasçı veya vasiyet alacaklısının seçiminin üçüncü kişiye bırakılması ve üçüncü kişinin yaptığı seçimin geçerli olması kabul edilebilir, denmektedir (24). Bu görüş, vasiyetnameler yönünden ileri sürülmekte ise de miras sözleşmeleri yönünden de savunabilir. Ancak miras sözleşmelerinin iki taraflı ve bağlayıcı birer işlem olmaları nedeniyle, sözleşmenin taraflarınca, seçimin konusu ve seçimi yapacak kişinin gösterilmesi gerekir. Miras sözleşmesinde bunların miras bırakan tarafından yapabilmesi bir görülmüşse, o artık seçime esas olacak kriterleri ve seçilebilecek kişi ya da kişileri tek başına gösterebilecektir (25). Bu, daha çok seçimi yapacak kişinin subjektif değerlendirmesine engel olunmak istendiği durumlarda görülür. Çünkü bu halde miras bırakan tarafından konulmuş kriterlerin, etkisiz kalması söz konusu olabilir.

II. Ehliyet

Miras sözleşmesi yapabilmek için MK. m. 450'ye göre tam bir fiil ehliyetinin kazanılmış olması gerekir. Bu madde, miras sözleşmesinin sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafı yönünden ehliyet kuralları getirmiş, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan sözleşmenin diğer tarafı genel ehliyet kurallarına tabi tutulmuştur. Buna göre, miras sözleşmesi yapabilmek için, yapan kimsenin mümeyyiz olması ve kısıtlı olmaması gerekir (26).

---

(22) DURAL, s. 32; Ayrıca bkz. BGB §. 2064.

(23) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 148-150; OĞUZMAN, s. 146.

(24) DURAL, s. 39-40; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 146-147.

(25) DURAL, s. 40-41.

(26) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 140-146; ECSHER, s. 107-112; DURAL, 53 vd.; İNAN, s. 102-104; TUOR, s. 352-357; İMRE-ERMAN, s. 176; Ayrıca Y. 2. HD. 28.12.1976, E. 8377, K. 9404'e bkz.

Ölüme bağlı tasarruflarda temsil veya vekâlet geçerli olmadığından ehliyetsiz kimse yerine kanunî temsilcisi de bu tasarrufu yapamaz. Ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan sözleşmenin diğer tarafı, temsilci aracılığıyla olumlu bir miras sözleşmesi yapabilir. Çünkü MK. m. 450 hükmü sadece miras sözleşmesi ile ölüme bağlı hukuki işlemler yapanlar hakkında öngörülmüş olup, belirtilen ehliyet şartları onlar yönünden aranır (27.).

III. Şekil

MK. m. 492'ye göre "Miras sözleşmesi resmi vasiyet şeklinde olmadıkça muteber değildir". Bu hükümden açıkça anlaşılıyor ki, miras sözleşmesi vasiyetnamedeki şekillerden (El yazısı vasiyetname, resmi vasiyetname ve sözlü vasiyet) sadece resmi şekilde düzenlenebilir. Öte yandan miras sözleşmesinin, ölüme bağlı ve fakat iki taraflı –bağlayıcı niteliği, resmi vasiyetnameden farklı ek bazı şartlar altında yapılması istenmektedir (28). Bunun nedeni hemen, MK. m. 492/2.f.de gösterilmiştir: "Her iki taraf arzularını aynı zamanda resmi memura beyan ve tanzim olunan mukavelenameyi memur muvacehesinde ve iki şahit huzurunda imza ederler". Buna göre, taraflar iradelerini aynı sırada yani araya bir zaman aralığı girmeden bir ötekinden hemen sonra resmî memura bildirmeleri gerekir.

Miras sözleşmelerinde şekil yönünden resmi vasiyetnameden farklı olarak, bunlara özgü şekil kurallarını şöyle sıralamak mümkündür: – Tarafların aynı anda resmi memur önünde bulunmaları; – tarafların iradelerini açıklamalarından sonra resmi memurun bunu bizzat yazması ya da yazdırması; – tarafların miras sözleşmesini tanık önünde imzalamaları; – tarafların tanık önünde belgeyi okuyup, bunun iradelerine uygun olduğunu beyan etmeleri; – tanıkların vereceği şerh; – miras sözleşmesini düzenleyen resmî memurca saklanması (29).

Okuma-yazma bilmeyenlerle sözleşme metnini okumak istemiyenlerin de MK. m. 482'ye göre miras sözleşmesi yapabilecekleri ve şahitlerin m. 482/son f.na ve m. 492/II'ye göre verecekleri şerhin ölüme bağlı sözleşmeyi yapanın imzası yerine geçeceği kabul edilmektedir (30).

---

(27) DURAL, s. 68; Daha fazla bilgi için anılan eserlere (dipnot 38'de yapılan atıf yerlerine) bkz.

(28) DURAL, s. 88 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 227-228-229; TUOR, s. 380; ESCHER, s. 302-303; CANSEL, s. 213.

(29) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 228-229; DURAL, s. 88 vd.; İNAN, s. 133-135.

(30) CANSEL, s. 214; Sözleşme aslının resmi memur tarafından saklanması ile ilgili görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 230; DURAL, s. 95-96; İNAN, s. 135.

IV. Miras Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

MK. m. 474 c.1'de "taahhüt" terimi kullanılmış olmakla birlikte, bunun borçlar hukuku anlamında bir borç doğuran sözleşmede söz konusu olan taahhütten ayrı bir bağlanma durumu olduğu söylenmelidir. Her ne kadar miras bırakan bir taahhüt altına girmekte ise, bu taahhüdün yerine getirilmemesi miras sözleşmesinin diğer tarafı lehine tazminat talep etme hakkı imkânı vermez. Burada, karşı taraf, miras bırakanın miras sözleşmesindeki taahhüdüne aykırı olarak, sağlığında terekesi üzerinde yaptığı tasarruflara (hibe yolu ile yaptığı sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflar) karşı itiraz hakkına sahiptir (31). Bu hakkın hukuki niteliğinin iptal mi, yoksa tenkis mi olduğu tartışmalıdır.

Miras sözleşmesinin yapılmış olması, miras bırakanın, miras sözleşmesinin konusuna giren hususlarda bir hukuki işlem (sağlararası veya ölüme bağlı) yapmasını engellemez. Bu MK: m. 474 c.2 ve 3'de tasarruf hakkının eskisi gibi devam edeceği, ancak miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bazı tasarruflara, onun ölümünden sonra da itiraz edilebileceği şeklinde belirtilmiştir.

Yapılan miras sözleşmesinin konusu, daha sonra yapılmış bulunan bağış ile bağdaşıp-bağdaşmama haline doğrudan etkilidir (32). Eğer miras sözleşmesi mirasçı atamayı konu olarak içeriyorsa bağış miras sözleşmesi ile bağdaşır. Ancak bu halde dahi miras bırakan, bağışlamalarda bulunamayacağını taahhüt etmişse ya da kötü niyetle ve sırf sözleşmenin yükünden kurtulmak amacıyla gelişi güzel bağışlamalar yapmaktaysa, bu tür bağışlar miras sözleşmesi ile bağdaşmaz ve sözleşmenin diğer tarafınca itiraz konusu yapılabilir. Miras sözleşmesi ile muayyen mal vasiyeti yapılıyorsa muayyen malın ferd'en ya da nev'an muayyen olmasına göre rücu etmiş olma durumu söz konusudur.

Miras sözleşmesi ile mirasçı nasbedilmiş veya kendisine belli bir mal vasiyet edilmiş kimsenin MK. m. 474/III.c'ye dayanarak, miras sözleşmesini ihlal eden ölüme bağlı tasarruftan veya sağlararası bağışlamadan yararlanan kimseye karşı açtığı davada, yapılacak iş, bu sonraki tarihli tasarrufların önceki miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı oranda tenkise tati tutmaktır (33).

---

(31) CANSEL, s. 209, 210; AYITER-KILIÇOĞLU, s. 138-139, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 245-248; DURAL, s. 146-166; İNAN, s. 176.

(32) DURAL, s. 156-165; AYITER-KILIÇOĞLU, s. 145.

(33) DURAL, s. 202; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 246.

Miras sözleşmesi ile miras bırakandan bir yarar sağlayacak olan kişiler (atanan mirasçı veya tayin olunan belli mal vasiyetlisi), bir miras sözleşmesi nedeniyle birer mahfuz hisse sahibi olarak görülmekte ve kendilerinin bu hissesine tecavüz halinde, tenkis davası ile ilgili MK. m. 513 (tenkis davasında zamanaşımı), m. 507 ve 508'deki hükümlerine kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir (34). Karşı âkidin miras sözleşmesiyle bağdaşmayan daha sonraki sağlararası ve ölüme bağlı tasarruflara karşı ileri sürebileceği itiraz hakkının ve buna bağlı olarak açacağı davanın hukuki niteliğinin iptali davasına da benzemesi nedeniyle aslında burada kendine özgü bir dava söz konusudur. Bununla birlikte doktrinde bu davanın tenkise yaklaşan bir dava olduğu kabul edilmektedir. Hatta bir çeşit tenkis davası olduğu da söylenmiştir (35).

3. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. Kendiliğinden (Kanun gereğince İnfisahı) Sona Ermesine Yol Açan Nedenler :

Bu nedenlerin varlığı halinde miras sözleşmesinin feshine veya iptal davası açmaya gerek yoktur. Çünkü sözleşme kendiliğinden hükümsüzdür. Bunlar :

A. Lehine Tasarruf Yapılan Kimsenin Miras Bırakandan Önce Ölmesi : Bu, MK. m. 495/c.1'de gösterilmiştir: "Mirasçı veya lehine vasiyet yapılan kimsenin, tasarrufu yapan kimseden evvel vefatı halinde miras mukavelesi münfesih olur". Bu hükme göre, miras bırakanın herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Miras sözleşmesi kanunî mirasçılardan biri ile yapılmış ve kanunî mirasçı, miras bırakandan önce ölmüşse, onun yerine miras bırakanın da kanunî mirasçısı olması şartı ile kanunî mirasçıları alır (36).

Üçüncü kişi yararına miras sözleşmesinde ise, ölümü ile miras sözleşmesini kendiliğinden sona erdirecek olan kimse, lehine miras sözleşmesi ile tasarruf yapılmış olan üçüncü kişidir. Yani, bu tür olumlu miras sözleşmesinde sözleşmeyi yapan karşı tarafın ölümü sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez (37).

---

(34) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 250; CANSEL, s. 212; AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 140; İNAN, s. 177; ŞENER, s. 337.

(35) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 250; Kanundaki iptal temininin tenkis olarak yorumu ile ilgili; Y. 2. HD., 27.3.1979. E. 180, K. 257.

(36) DURAL, s. 205-209; KÖPRÜLÜ, s. 134-135; İMRE-ERMAN, s. 180-181; İNAN, s. 139-140.

(37) DURAL, s. 206.

Kanunun bu 495/c.1 hükmü emredici nitelikte görülmediğinden taraflarca aksinin karşılaştırılması olanağı vardır. Yani, lehine miras sözleşmesi yapılan miras bırakandan önce ölürse onun yerini mirasçılarının kendiliğinden alacağına ilişkin bir kararlaştırma mümkün görülmektedir (38).

B. Mirastan Mahrumiyet Nedenlerinden Birinin Varlığı : MK. m. 520 düzenlenmiş bulunan mirastan mahrumiyet nedenlerinden birinin varlığı halinde de miras sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Miras sözleşmesi ile mirasçı veya musaleh olarak gösterilmiş olan kimsenin bu halde mirasçılık ehliyetini kaybetmesi söz konusu olduğundan, onun mirasçı veya musaleh olmaması da gerekecektir (39). Bu durumda da MK. m. 495 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı söylenmektedir (40).

C. Evliliğin Sona Ermesi : Bu neden, miras sözleşmesinin karı-koca arasında yapılmış olması ve daha sonra da evliliğin, MK. m. 146/II'ye göre boşanmayla sona ermesi halinde miras sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açar. MK.nun 146. m.de her ne kadar sadece boşanmadan söz edilmekte ise de, evlenmenin mutlak ya da nisbi butlan ile sona ermesi hallerinde de miras sözleşmesi kendiliğinden sona ermelidir (41).

D. Şartın Gerçekleşmesi / Gerçekleşmemesi : Miras sözleşmesi eğer bir şartın (bozucu ya da geciktirici) gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi haline bağlı olarak yapılmış ise, bozucu şartın gerçekleşmesi ya da geciktirici şartın gerçekleşmemesi (miras bırakanın ölümünden önce) halinde herhangi bir hükme gerek kalmadan kendiliğinden sona erer (42).

E. Muvazaa : Miras sözleşmelerinde muvazaa ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığından MK. m. 5 aracılığıyla BK. m. 18 hükümleri kıyasen uygulanacağından, muvazaalı miras sözleşmeleri kesin olarak hükümsüz sayılır. Muvazaalı olarak yapılan bir miras sözleşmesi batıl sayıldığından, muvazaa iddiası, ölüme bağlı tasarrufun iptali için öngörülmüş süre geçmiş olsa bile, ilgili kimseler tarafından her zaman ileri sürülebilir (43).

---

(38) DURAL, s. 207.

(39) İMRE-ERMAN, s. 181; DURAL, s. 211; AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 142; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 241-242.

(40) DURAL, s. 211.

(41) İMRE-ERMAN, s. 181; DURAL, s. 209-210; KÖPRÜLÜ, s. 135; İNAN, s. 140; ŞENER, s. 346.

(42) DURAL, s. 212; AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 142; Ayrıca bkz. Y. 7. HD., 10.10.1977, E. 270, K. 10338.

(43) DURAL, s. 212; AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 145; DURAL, s. 293-294.

II. Tek Taraflı İrade Beyanıyla Fesih (Dönme) :

MK. m. 493/II'ye göre miras sözleşmesiyle mirasçı nasbedilen veya lehine muayyen mal vasiyeti yapılan kimse, miras bırakana karşı mirastan ıskatı (44) gerektirecek bir fiil işlerse, miras bırakan sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile sona erdirebilir (dönebilir). Burada, sözleşma ancak miras bırakanca vasiyetname şekillerinden biri ile diğer âkitin iradesine bağlı kalmadan son vermektedir. Kanunda bu sona erdirme bakımından bir süre belirlenmemiş olduğundan sözleşmeyi yapan miras bırakan ölünceye kadar, MK. m. 493/II'ye dayanarak sözleşmeden dönebilir (tek taraflı fesih beyanıyla) (45).

Miras sözleşmesi, taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi halinde MK. m. 494 yaptığı yollama gereği, diğer taraf BK. m. 106 vd. hükümlerine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı olarak, fesih (dönme) hakkını kullanmak suretiyle sona erdirebilir (46). Örneğin, taraflar arasındaki miras sözleşmesi ölünceye kadar bakma karşılığında bir evin vasiyeti şeklinde ise vasiyetçiye bakım borçlusu, miras sözleşmesi gereği kendisine düşen bu edimi ifa etmediği takdirde; miras bırakan–vasiyetçi BK. m. 106 gereğince ona edimin ifası için uygun bir süre verir ya da tesbit ettirir. Bu süre içinde edim yerine getirilmezse, miras bırakan miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönebilir. Ya da miras bırakan sağlararası ivaz borcu altındaki karşı taraftan aynen ifa veyahut da ifa yerine, ifa etmeme nedeniyle uğradığı tazminatı isteyebilmek gibi seçimlik haklarından birini dönme hakkını kullanmadan önce seçebilir (47).

---

(44) MK. m. 493/II.f.da mirastan mahrumiyetten söz edilmekte ise de, burada mirastan iskatı gerektiren bir hareketten dolayı miras bırakan kanundan doğan dönme hakkını kullanmaktadır. Öte yandan burada söz konusu olan iskat sebebi, MK. m. 457'dekilere göre daha dar kapsamlı olup sadece vasiyetçinin şahsına karşı davranışlardan ibarettir. Bununla birlikte m. 457'deki iskat sebeplerinin burada da uygulanması gerektiği konusu doktrinde belirtilmiştir. Bu görüşler için bkz. İMRE-ERMAN, s. 178-179; KÖPRÜLÜ, s. 133; DURAL, s. 231-246; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 243 (dn. 5)-244; Daha değişik bir yaklaşım için bkz. AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 143 ve dn. 13; ŞENER, s. 341.

(45) BERKİ, s. 87-88.

(46) AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 144; KÖPRÜLÜ, s. 133-134; DURAL, s. 246 vd.; İNAN, s. 138-139; ŞENER, s. 342-343.

(47) Daha geniş bilgi için bkz. DURAL, s. 252-264.

III. İki Tarafın İradesi İle Fesih (Anlaşma ile Sona Erdirme MK. m. 493/I):

Taraflar aralarındaki miras sözleşmesini MK. 493/I. fıkraya dayanarak alelâde yazılı şekilde yapacakları bir anlaşmayla sona erdirebilirler (feshini kararlaştırabilirler). Doktrinde bu şekilde yapılan iki taraflı hukuki işleme, miras sözleşmesini sona erdirme sözleşmesi adı da verilmektedir (48). Bu sözleşme de, sonuçlarını ölümden sonra doğurması itibariyle bir ölüme bağlı tasarruftur ve bu nedenle ölüme bağlı tasarruflarda söz konusu olan kişiye sıkı suretle bağlılık ve temsil yasağı bu sözleşmeler yönünden de geçerlidir Öngörülen yazılı şekil ise geçerlik şartıdır (BK. m. 11).

Taraflar aralarındaki miras sözleşmesini alelâde yazılı şekilde yapacakları anlaşmayla sadece feshedebilirler; yani sözleşmeden karşılıklı dönme dışında, sözleşmede değişiklik yaparak istemeleri halinde bunu ancak BK. m. 12'deki kural gereğince miras sözleşmesinde öngörülen resmi yazılı şekle uyarak yapabilirler (49).

BK. m. 16/2.f.deki hükme dayanarak tarafların, miras sözleşmesini ancak resmi şekilde yapacakları bir fesih anlaşması (dönme, son verme sözleşmesi) ile sona erdireceklerini kararlaştırmaları durumunda, bu kararlaştırmanın MK. m. 493/I.f. hükmü karşısında daha garantili olması nedeniyle, feshin resmi şekle uyularak yapılması gerektiği; miras sözleşmesinin sözlü olarak ta feshedilebileceğine dair bir sözleşme kaydı varsa bunun geçersiz olduğu görüşüne katılmak mümkündür (50). Çünkü, ölüme bağlı tasarruf olan bu son verme sözleşmesinin şekli, MK. m. 493/I'de öngörülen asgari adi yazılı şekil şartına uymalı ve fakat sözlü olarak yapılmasının BK. m. 12 ve 13 hükümleri karşısında geçersiz sayılması gerekir. Tarafların, kanunda öngörülen alelâde yazılı şekli güçlendirmek ve daha güvenli bir işlem yapmak düşüncesiyle, son verme sözleşmesinin de, serbest iradelerine göre, resmi şekilde yapılacağını kararlaştırabilmeleri mümkün ve geçerli görülmelidir.

---

(48) DURAL, s. 212; ve özellikle şartları ile ilgili 214-221 arası.

(49) AYİTER-KILIÇOĞLU, s. 142; İMRE-ERMAN, s. 177; ŞENER, s. 345.

(50) BERKI, s. 87; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 242.

SONUÇ

Olumlu miras sözleşmeleri başlıklı bu incelemede MK. m. 475 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan ölüme bağlı sözleşmeler (miras sözleşmeleri) hakkında genel bilgiler ile olumlu-olumsuz miras sözleşmeleri ayırımı üzerinde durulduktan sonra; içeriklerine göre olumlu miras sözleşmeleri incelenmeye çalışılmıştır. İçerik itibariyle miras sözleşmesine olumlu bir özellik kazandıran, sözleşmenin karşı tarafına ya da üçüncü bir kişiye miras bırakanın ölümüyle, terekenin belli bir orantısına mirasçı olma veya belirli bir malın kendisine verilmesini talep etme şeklinde bir hukuki statü sağlanmasıdır. Olumsuz miras sözleşmesinde (mirastan feragat sözleşmesi) ise, mirasçı yönünden bir olumsuzluk vardır. Muhtemel mirasçı miras hakkından miras sözleşmesiyle vazgeçmektedir.

Miras sözleşmeleri sağlararası sözleşmelerden birçok yönden farklılık gösterirler. Bununla birlikte birer sözleşme olmaları nedeniyle BK.nun sözleşmelere ilişkin hükümleri bünyelerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen bunlara da uygulanır.

Miras sözleşmelerinin sona ermesine yol açan nedenler ise, MK.nun 493/I, 493/II, 494 ve 495. maddelerinde gösterilmiştir. Bunlardan birinin bulunması halinde miras sözleşmesi sona erecektir. Sona erme yönünden gerekli koşulların neler olduğu ve hangi anlarda gerçekleştiği konusu, yapılan miras sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarının doğumunu engelleyeceğinden ayrı bir önem taşımaktadır.

—oOo—

BİBLİYOGRAFYA

- AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M. : **Miras Hukuku,** Ank. 1991.
- BERKI, Şakir : **Miras Hukuku,** Ank. 975.
- CANSEL, Erol : **Miras Hukuku Ders Notları (Teksir),** Ank. 1986.
- DALAMANLI, Lütfi : **Tatbikatta Satış Vaadleri,** Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, İst. 1980.

– DURAL, Mustafa : **Miras Sözleşmeleri,** İst. 1980.

– ESCHER, A. : **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi,** Miras Hukuku (Çev.: S.S. ANSAY), Ank. 1953.

– İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan : **Miras Hukuku,** İst. 1993.

– İNAN, Ali Naim : **Miras Hukuk,** 2. Bası, Ank. 1982.

– KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip :: **Miras Hukuku,** 3. Bası, İst. 1987.

– KÖPRÜLÜ, Bülent : **Miras Hukuku,** 2. Bası, İst. 1985.

– OĞUZMAN, M. Kemal : **Miras Hukuku,** 4. Bası, İst. 1990.

– ŞENER, Esat : **Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerhi,** Ank. 1988.

–TUOR, Pierre : **İMK.'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı,** (Çev. Amil ARTUS), I. Kısım, Ank. 1959.

KISALTMALAR

Art : Artikel (Madde)

b. : Bend

bkz : Bakınız

BGB Bürgerliches Gesetzbuch : (Alman Medeni Kanunu)

Bk. Borçlar Kanunu

c. : Cümle

dn. : Dipnot

E. : Esas

f. : fıkra

İMK. : İsviçre Medeni Kanunu

K. : Karar

m. : madde

MK. : Medeni Kanun

vd. : ve devamı

Y. HD. : Yargıtay ... Hukuk Dairesi

ZGB Zivilgesetzbuch : (İsviçre Medeni Kanunu)

TENKİS DAVASINDA DELİLLER NASIL TOPLANIR

Erdoğan GÖKÇE (*)

Tenkis davası, uygulaması az olan, zor bir davadır. Zorluğu, teferruatlı bir soruşturma ve delil toplama ve bunun sonunda da yine teferruatlı kuralların uygulanması ile yapılan hesaplamadan doğmaktadır. 30 yıl hâkimlik yapan bir kişinin elinden en fazla 10 kadar tenkis davası geçmektedir. Çok İlçe Adliyesinin arşivinde örnek tenkis dava dosyası bulamazsınız. Buna karşılık, dosyası en az adliyelerin arşivlerinde bol bol elatmanın önlenmesi dava dosyası bulunur. Ve bu nedenlerle, mesleğin başında olan bir hâkim, bu dava ile karşılaştığında zorluklara uğramaktadır. Ve bunun sonucu dosya bilirkişi incelemesine geldiğinde (dosyanızda şu, şu hatalar noksanlıklar var, bunları tamamlayıp tekrar gönderin) diye geri çevrilmekte ve davalar uzamaktadır. Bilimsel eserlerde geniş bilgiler olmakla birlikte, bu yazımda anlatıldığı gibi, uygulamanın getirdiği zorluklar ve teferruat, bilimsel eserlerde yoktur. Esasen bu yazıda yer alan açıklamalar, bilimsel eserlerin konusunun dışında kalmaktadır. Bu inceleme ise tamamen uygulamaya yönelik olarak ve uygulamanın zorluklarından hareket edilerek hazırlanmıştır.

Ben, 25 yıl olan hâkimlik yaşamımda, Tekirdağ ve Fatih Hukuk Hâkimi olarak ta görev yaptım. Elimden geçen tenkis davası sadece 4 - 5 taneyi geçmedi. Emekli olduktan sonra, bilirkişi olarak görevlendirildiğim yüzlerce dosyayı satır satır okuyup inceleme olanağı bulmam sonunda, gördüğüm hatalar ve karşılaştığım problemler ve elimden geçen 5, 10, 15, 20 ve hatta 26 senelik tenkis dava dosyaları ve bu dosyalardaki uygulama yetersizlikleri, bu yazımın hazırlanış nedenlerine haklılık vermektedir.

Sayın Esat Şener'in (Miras Hukuku Şerhi) ile (Türk Medeni Kanunu Şerhi) ve Sayın Avukat Gültekin Tüfek'in (Tenkis Davaları) isimli eserleri, defalarca okunmuş, eski senelerin ilgili Yargıtay kararları taranmış ve bu çalışma tamamen uygulamacı sayın hâkimlere ve avukatlara yararlı olmak amacıyla bu yazı hazırlanmıştır.

(*) Fatih Emekli Hukuk Hâkimi.

Medeni Kanun'un 502 - 516. maddelerinde düzenlenmiş bulunan Tenkis Davası pek çok teferruatlı kuralları içermektedir. Bu nedenlerle yargılaması da teferruatlı bir soruşturmayı gerektirmektedir.

Uygulamada yapılmakta olan hatalar yönünden bu davanın yargılamasında izlenmesi gereken yollar aşağıda açıklanmıştır. :

1– Bilindiği gibi Medeni Kanun'un sistemine göre tenkis davasında tüm değerlendirmeler, miras bırakanın ölüm gününe göre yapılır. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Yargıtay Kararları Dergis'nin Mart/1993 sayısında yer alan 4.2.1993 gün ve E: 1993/12436, K: 1993/816 sayılı kararında (seçme hakkının kullanıldığı tarihe göre tenkise tabi malların değerlerin belirlenmesi gerektiğini) kararlaştırmıştır.

Bunun gerekçesi, uzayan davalar sırasında enflasyon nedeniyle para değerinin düşmesi sonucu hak sahiplerinin zarara uğraması gerçeği olarak, bu kararda anlatılmaktadır.

Bu kararı veren 2. Hukuk Dairesi'nin sayın üyelerini candan kutlamak bir meslek borcudur. Hukuki gerçekçilik akımına nefis bir örnek olan bu karardan dönülmemesini dilerim.

Bu karar ile girilen yeni uygulama sonucu, TENKİSE TABİ MALLARIN DEĞERLERİ'nin seçme hakkının kullanıldığı tarihe göre belirlenmesi gerekecektir.

2– HUMK.unda son senelerde yapılan en olumlu değişikliklerden birisi taraflara verilmesi gereken (kesin süreler)'dir.

Kesin sürenin sonucu bildirilerek, yapmaları gereken işlem açık olarak belirtildiğinde, davalar çabukluk kazanmaktadır.

Bu davada da, sıra delil bildirmeye geldiğinde, bu yola gidilmelidir. Kesin süreli verilen dellil bildirme emri ile taraflar bu sürede delil bildirerek veya bildirmeyerek kendilerini bağlarlar ve ancak karşı tarafın muvafakatı ile yeni delil bildirebilirler. Bu bakımdan bu davada verilecek ara kararı ile:

(Tarafların ..... günlük kesin süre içinde :

a) Delil listelerini ve tanık dinleteceklerse, tanık listelerini vermelerine,

b) Tanıklarının, tanıklık edecekleri konuları açıklamalarına,

c) Bu süre içinde miras bırakanın terekesinin aktif ve pasifine konması mümkün değerleri açıklamalarına,

d) Taşınmaz malların tapu kayıtları ile ilgili bilgileri, pafta, ada, parsel, numaralarını bildirmelerine, taşınmazlar üzerinde bulunan takyitlerin, hacizlerin, borçların miktarları ile birlikte açık ve teferruatlı olarak sorulmasına,

e) Taşınır malların bulundukları yerleri, parası varsa hangi bankanın hangi şubesinde bulunduğunu açıklamalarına,

f) Miras bırakanın terekesi tespit edilmişse dosya numarasını bildirmelerine, bu delilleri toplatmak için ilgili yerlere yazılar yazdırtmalarına,

g) Tapu kayıtları ve çapları ve akit tablolarının onanmış örneklerini getirtmelerine, tereke tespiti ve vasiyetnamenin tenfizi dosyalarını getirtmek üzere yazılar yazdırtmalarına,

h) Bankadaki paranın miras bırakanın ölüm tarihindeki faizli bakiyesinin miktarının sordurulmasına,

i) Miras bırakanın mirasçılık belgesini vermelerine,

j) Mirasçılık belgesi davası açılmış ise numarasını bildirmelerine,

k) Delil ve tanık listelerini, yukardaki hususlarda verecekleri açıklayıcı dilekçelerini birbirlerine tebliğ ettirmelerine,

l) Bu kesin süre içinde bu gerekleri yerine getirmemeleri halinde bunların bildirme hakkından vazgeçmiş sayılacaklarına,

Karar verilerek hazır bulunanlara açıkça ihtar edildi, bildiri şeklinde, bir ara kararı, davayı dava başında rayına oturtmuş olacak, ilerde adeta perakende olarak yeni bildirimde bulunmalarını ve davanın uzaması önlenmiş olacaktır.

3, 8,10 yıl sürmüş çok davada mirasçılık belgesi bulunmadığı görülmektedir. Tenkis davasında davacı sıfatı, mirasçılık belgesinden mirasçılığın belirlenmiş olması ile ispatlanır. Saklı pay hesaplaması da mirasçılık belgesinden hareket edilerek yapılır.

Bazı olaylarda şöyle bir durumla karşılaşılmaktadır: Miras bırakan üzerinde tapuda yazılı mallar yanında, miras bırakana başkalarından intikal eden

ve miras bırakandan başkalarının da hissedar olduğu mallar bulunmaktadır. Miras bırakan (A)'nın babası (B)'den kalan taşınmazlar vardır. Tapuda bunlar (B) adına yazılıdır. Ancak milras bırakan (A)'nın bu taşınmazdaki payını bilebilmek için (B)'nin de mirasçılık belgesine gereksinimi vardır. İşte bu gibi hallerde (B)'nin mirasçılık belgesinin verilmesine karar verilmelidir.

4– Tapu Sicil Müdürlüklerinden sadece tapu kayıt örnekleri getirtilirse, hatalı olmaktadır. Tapu kaydı, istendiği tarihteki mülkiyeti gösterir. Miras bırakanın mirasçısından nasıl mal kaçırdığını göstermez. Bu nedenle Tapu dairesinden akit tablolarının örneklerinin getirtilmesi, tapu kayıtlarının el değiştirmeleriyle getirtilmesi doğru olacaktır. Bu sayede, satış, bağış ölünceye kadar bakma akdi, tarihi, satış bedeli açık olarak belli olacaktır.

Bazen mal kaçırmalar, tapulama tespitinden önceki işlemlerle yapılmış olmaktadır. Bunu belgeleyebilmek için tapulama/kadastro tutanaklarının örneklerini ve bu örneklerde geçen kadastro tespiti ile bu parsele revizyon gören kadastro tespitinden önceki tapu kayıtlarının ve bunların dayanak belgelerinin ve akit tablolarının örneklerini getirtmek gereklidir.

Bazı dava dilekçelerinde, miras bırakanın davalılara devir ettiği malların ada, parsel numaraları ile miras bırakanın gerçekte devrettiği malların ada, parsel numaraları farklı olarak çıkmaktadır. Bu bilgilerin doğru olarak öğrenilmesi akit tablolarının getirtilecek örnekleri ile belil olmaktadır.

Taşınmazın keşifte doğru olarak bulunması çapının uygulanması ile olur. Bu nedenle çap örneği de getirtilmelidir.

Bunun yanında bazı olaylarda şöyle durumlarla karşılaşılmaktadır: Miras bırakan (M), 8 sayılı parselinden 100/600 payını davalı (A)'ya ve 200/600 payını davalı (B)'ye devretmiştir. Daha sonra 8 sayılı parsel ifraz edilmiş, miras bırakana kalan kısım 19 sayılı, davalı (A)'ya kalan kısım 20 sayılı ve davalı (B)'ye kalan kısım 21 sayılı parsellere ayrılmıştır. Sonra davalı (A) başka yolla malik olduğu 12 sayılı parselle 20 sayılı parselini tevhit ettirmiş ve 32 sayılı parsel ve (B) başka yolla malik olduğu 13 sayılı parseli 21 sayılı parseli tevhit ettirmiş ve 33 sayılı parsel doğmuştur. Şimdi, yapılacak keşifte, 8 sayılı parselden ifraz edilen ve miras bırakanın davalılara devir ettiği 20 ve 21 sayılı parsellerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun için tapudan getirtilecek çapta 20 ve 21 sayılı parsellerin gösterilmesi gereklidir.

5– Miras bırakanın taşınmaz malları üzerindeki hacizler, ipotekler, ödenmemiş ise, miras bırakanın borçları içine katılmak ve terekenin pasifine konmak gerektiğinden, taşınmazlar üzerindeki haciz ve ipotekler olup olmadığı ve bunların karşılığı olan miras bırakanın borçlarının miktarları sorulmalıdır.

Miras bırakana karşı açılmış icra takibi varsa, bu takdirde bu dosyayı da getirtmek ve ölüm tarihindeki faizi ile icra giderleri ile birlikte olan borcu tespit ettirmek gerekir. Bunun için, ilgili İcra Müdürlüğüne yazı yazılarak miras bırakanın ölüm tarihindeki borcu, aynı tarihteki icra giderleri ve işlemiş faizi ile hesap edilerek miktarının bildirilmesini istemek gerekir.

6– Miras bırakanın terekesi tespit edilmişse, tespit edilen aktif ve pasif terekenin aktif ve pasifine yazılacağından, bu terekenin tespiti dosyasının getirtilmesi gerekir.

Tereke tespiti dosyalarına müzekkereye verilen cevap tarihinde bankalardaki paralar bildirilmektedir. Halbuki tenkis davasının kuralı miras bırakanın ölüm tarihinde bankadaki parasının faizli bakiyesinin tespitidir ve terekenin tespiti dosyasında sorulmuş olmasına rağmen, tenkis davasında bu hususun sorulup tespiti, zorunludur.

7– Bazen temlikler vasiyetname ile yapılmaktadır. Çok kere davacı mirasçılar dava dilekçelerinde vasiyet edilen malları yanlış bildirmektedirler. Bu nedenle vasiyetname örneğinin ve vasiyetnamenin tenfizi dosyasının getirtilmesi doğru olacaktır.

8– İddia ve savunma yönünden taraf tanıkları dinlenecektir. Tanıklardan sorulacak hususlar, (miras bırakan, davacı mirasçısından nasıl mal kaçırdı, davacı ile arası nasıl açıktı, davalı ile arası nasıl iyi idi, davacıyı evine hiç sokmazdı, hastalığında ile evine girmesine nasıl engel oldu, davalıya hayatı boyunca nasıl destek oldu, onu nasıl kayırdı, davalının satış bedeli olan paraları ödeme gücü olup olmadığı, bir taraftan geliri olmayan bir kişi olup olmadığı, son senelerinde kimlerle birlikte ikamet etmekte idi, onlara nasıl, ne şekilde destek olduğu ve ölünceye kadar bakma akdi varsa akdin yapıldığı tarihte miras bırakanın bakılmaya ihtiyacının bulunup bulunmadığı, sağlığının nasıl olduğu) yolunda olacaktır.

Tanıkların bu açıklamaları ile muvazaanın subjektif unsurunun ispatı mümkün olacaktır.

9– Terekenin pasifine konacak değerlerden birisi, miras bırakan ile birlikte yaşayanların bir aylık iaşe giderleridir. Bu bakımdan miras bırakanın birlikte yaşayıp destek olduğu kişilerin kimler olduğunun tanıkların sözleri ile belirlenmesi gerekmektedir.

10– Miras bırakanın borçları, terekenin pasifine yazılır. Sayın Esat Şener, Miras Hukuku Şerhi isimli eserinin 605. sayfasında açıkladığı üzere, infisahi şarta bağlı borçların pasife yazılması gerekecek (MK. 152), ancak MK.nun 149. maddesinde düzenlenen talikı şarta bağlı borçlar pasife konmayacaktır. Ayrıca miras bırakanın ölüm gününde öğrenimini bitirmemiş veya sakat durumda bulunan çocuklara taksim sırasında MK.nun 608/2. maddesine göre uygun bir tazminat verileceği öngörülmekle, bu çocuklara verilecek tazminatın terekenin pasifine konması gerekecektir.

Sayın Hocamız Esat Şener, aynı eserin aynı sayfasında aile içinde yaşamakta olan ve özel iş sahibi veya aile içinde yaşayan reşit çocukların özel işleri nedeniyle veya hizmetlerinin karşılığını aileye tahsis etmiş iseler, (MK. m. 610) ve bunu yaparken açıkça bağışlama amacını taşımıyor ise ölüm halinde haklı bir tazminat istemeleri mümkün olmakla, bu tazminatın pasife konmasını önermektedir ki, bu hallerde buna göre hareket edilmesi gerekecek ve bu tazminatın ne kadar olması gerektiğini mahalli mahkeme bulunduğu yerde seçeceği bilirkişilere tespit ettirecektir.

Yine Sayın Şener'in eserinde yazılı olduğu gibi vâdeli, yani muaccel olmamış borçlar ve miktar bakımından muvazaalı ödemelerin pasife konması gereklidir.

Sayın Şener, adı geçen eserinin 595 ve sonraki sayfalarında şüpheli alacakların aktife konmaması gerektiğini, tahsil edilebilecek alacakların aktife konacağını yazdığı gibi, vâdeli ve faizli alacakların da aktife konacaklarını bildirmektedir.

Vadeli alacakta, paranın bankaya konduğu veya vadeli alacağın doğduğu gün ile seçimlik hakkın kullanıldığı gün arasındaki sürenin faizi hesap ettirilecek ve ana paraya eklenerek bulunacak miktar aktife konacaktır.

Ölüm ile sona ermeyen intifa haklarının kapitalize değerlerinin terekenin aktifine konması gerektiğini Sayın Şener bildirmektedir.

Bilindiği gibi Türk Hukuk Sisteminde intifa hakkının nasıl değerlendirileceğine dair kurallar Vergi Usul Yasası'nın 296. maddesinde düzenlenmiş

olup, üzerinde intifa hakkı bulunan malın değerinin bilirkişiye tespit ettirilmesi ve 296. maddede yer alan intifa hakkı sahibinin yaşının hangi değer dilimine girdiğine bakılarak intifa hakkının değerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bir örnek vermek gerekirse, üzerinde intifa hakkı bulunan malın değeri 100.000.- TL. ve intifa hakkı sahibinin yaşı 71 olsun. Yasaya göre 71 yaşındaki kişinin intifa hakkının değeri tüm değerin % 10'u kadar olmakla, bu kişinin intifa hakkının değeri:

100.000 : 100 x 10 = 10.000.- TL. olarak bulunacaktır.

Sayın Şener öğreti ve uygulamada miras bırakandan kalan hatıra nitelikli malların ve özellikle resim ve mektupların değerlerinin terekenin aktifen konmayacağını, bunların sanat eseri olması halinde aktife konacaklarını bildirmektedir.

Sayın Şener'in bildirdiği gibi, nafaka alacaklarının, miras bırakanın sağlığında açılmış manevi tazminat davaları sonunda alınacak manevi tazminat tutarları, terekenin aktifine konacak ve kıdem tazminatı ile ölüm tazminatı ve emekli ikramiyelerinin ölümle mirasçılara ait olacağından aktife konmayacaktır.

Yine miras bırakanın, ölümü halinde ödenmek üzere başkaları yararına yaptığı veya kendi adına yapıp ta, sağlığında başkalarına devrettiği veya kendi adına yapıp ta, sağlığında karşılıksız olarak devrettiği sigortalar, seçimlik hakkın kullanıldığı gündeki satın alma değerlerinden, aktife konacaktır. Bunun için anılan gündeki değerinin sigorta şirketinden sorularak tespiti veya bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak bu değerin belirlenmesi gerekecektir.

11– Keşifte araştırılacak hususlar ise şöyledir :

a) Keşfe gitmezden önce dosyanın özetini çıkartmak ve uygulanacak tapu kayıtlarını yazmak, yani keşfe, keşfin planını yaparak gitmek en iyi yoldur.

b) Tapu kaydı ve çap okunacak ve yerine uygulanacaktır. Ve keşfi yapılan taşınmaz bulunacaktır.

c) Miras bırakanın temlikinden sonra, taşınmaz üzerine yapılan inşaat varsa, bunları miras bırakan yapmadığı için bunlar değerlendirme dışı bırakılacaktır.

d) Değerler, seçimlik hakkın kullanılış gününe göre yapılacaktır. Bu güne göre gerçek değerler bilirkişilere tespit ettirilecektir. Seçimlik hakkın nasıl kullandırılacağı ayrıca açıklanmıştır.

Bunun yanında düşük bedelle satış gösterilip, gerçekte gizli bağış bulunduğu iddialarında, satışın yapıldığı tarihte taşınmazın gerçek bedelinin bilirkişilere tespit ettirilmesi gerekir.

Böylece satış yapılmış olarak görülen tarihteki gerçek değer ile muvazaalı düşük bedel arasındaki açık fark ortaya çıkacak ve muvazaanın objektif unsuru ispatlanmış olacaktır.

e) Çok kere bilirkişiler değer sorulduğunda (bu malın şu tarihe göre değeri 300-500 lira eder) gibi belirli olmayan değerleri bildirirler. Belirli olmayan değil, belirli değerin tespiti gerekir. Bunun için keşif başında bilirkişileri uyararak (bana tek değer bildireceksiniz. 300-500 lira gibi değer bildirmeyeceksiniz. Düşünerek tek değer bildirin) denmesi yerinde olacaktır.

f) Tapulaması yapılmamış yerlerde keşif yapılırken, miras bırakanın temlik ettiği kaydın uygulanması gerekir. Ve bu kayıt tutanağa geçirilmelidir. Çok kere bu kayıtlar değil, tedavül eden kayıtlar uygulanmaktadır ve hele tevhit, ifraz varsa, yanlış kayıt uygulanmış olmaktadır.

g) Keşif tutanağına her taşınmaz için ayrı sıra numarası verilerek tutanak düzenlenmelidir. Bunun yararı, hesaplama bilirkişinin yapacağı kontrol ve buna dayalı bilirkişi raporunun mahkeme, taraflar ve daha sonra Yargıtay incelemesinde denetlenmesinin kolaylıkla yapılmasını temindir.

12– Bazı kolaycı yanlar, keşif giderlerinden ve zamanından kaçmak için tenkise konu mallar, eğer ortaklığın giderilmesi davasıyla satılmış ise, bu dosyaların getirtilmesi ve buradaki değerlere göre hesaplama yapılmasını, istemektedirler. Ve tabiidir ki, bu malların değerleri, bu dosyalarda, ölüm tarihinden çok sonra belirlenmiş olmakla, Yargıtay'ın yeni aradığı seçimlik hakkın kullanılma gününe göre değerlerin belirlenmesi kuralına aykırı hareket edilmiş olmaktadır. Bu davranış hesaplamayı sakatlayacak bir davranış olup bu tuzağa düşülmemelidir.

13– Bilirkişi raporlarında bulunacak hususlar ise şöyledir :

a) Raporda, keşifte uygulanan tapular, parsel numaraları ile ve keşif tutanağındaki sıraya göre düzenlenmelidir. Böylece keşfin ilgili kayıtlara göre doğru yapılıp yapılmadığının kontrolü sağlanmış olur.

b) Raporda seçimlik hakkın kullanılış gününe göre gerçek değerin ve şayet davalıya satış ile geçmişse satış tarihindeki gerçek değerlerin yazılması gereklidir.

c) Tapulama görmemiş yerlerin keşiflerinde tapunun tarih ve numarası yazılarak, bilirkişi raporunda şu tarih ve şu sayılı ve şu köyün, şu mevkiindeki, şu alanlı tarlanın değeri... şeklinde açıkça yazılması gereklidir. Çok kere raporlarda bu bilgiler bulunmadığı için hangi taşınmazın keşfinin yapıldığı belli olmamaktadır. Keşif tutanağı ve bilirkişi raporu böylece taraflarca ve Yargıtay'ca kolayca ve doğru olarak denetlenebilir hale gelmesi için, yukarda önerdiğim gibi yazılmalıdır.

Bunun yanında en çok yapılan hatalar tapulama-kadastro tespitinden önceki sisteme göre tutulmuş kayıtların uygulanmasında yapılmaktadır. Bu da eski kayıtları okuma değerlendirmelerdeki tecrübesizliklerden olmaktadır. Halbuki eski kayıtlar dikkatle okunur ve (gerekli notlar) çıkartılarak, keşifte hangi kaydın uygulanması gerektiği önceden belirlenerek keşfe gidilirse, bu hataların olmayacağı açıktır.

d) Keşifte taşınmazı gören bilirkişiler değer bildirmede (bu tarlanın dekarı seçimlik hakkın kullanma gününde (100.000 TL. eder) gibi genel beyanlarda bulunmaktadırlar. Halbuki (Bu tarla 10.000 m^2. alanlı olup, seçimlik hakkın kullanılış gününde 1 dekarının değeri 100.000.- TL.'dır. Tarlanın tümünün değeri ise, 1.000.000.- TL. eder veya bu tarla miras bırakanın payı 1/2 olmakla değeri 500.000.- TL. eder) şeklinde söylemeleri gerekir. Raporlarında, bu şekilde ve sıra ile bu değerleri bildirmeleri gerekir. Bu sayede terekenin aktifinin değeri keşif sonunda düzenlenen raporda belli olacak ve ilerde hesaplamada şöyle hata oldu, böyle hata oldu itirazları önlenecektir.

14– Tenkis hesabının yapılmasından önce davalıya MK.nun 506. maddesine göre seçimlik hakkın kullanması sağlanmalıdır.

Davalı (malı seçip para ödemeyi kabul ederse) davalı davacıya para ödeyecektir.Davalı (parayı seçip malı vermek isterse), bu takdirde davcının saklı payı karşılığı kadar ilgili taşınmazdan kendisine pay verilecektir. Bunun da özel bir hesabı vardır.

Seçimlik hak, böyle önceden kullandırılırsa, dava dosyası bir kez bilirkişi incelemesi için gönderilmiş ve hem zaman ve hem de masraftan tasarruf edilmiş olacaktır.

15– Medeni Kanun'un 512. maddesinde tenkiste tertip başlığı altında düzenlenen kurallara göre tenkisin hangi sıra ile yapılacağı gösterilmektedir. Bunun için yukarda anlatılan, akit tablosu ve vasiyetname gibi belgelerin getirtilmesinin yerinde olduğu açıktır.

16– Medeni Kanun'un 506. maddesinde yazılı olduğu üzere, (kıymetine noksan gelmeksizin taksimi kabil olmayan muayyen bir mal vasiyet edilip te bu vasiyet tenkise tabi olursa) davacıya saklı payına karşılık malın verilmesi mümkün olmaktadır.

Sayın Esat Şener Türk Medeni Kanunu Şerhi'nin 884. sayfasında "2. HD.nin bu konudaki uygulamasını anlatmakta ve bu kuralın ölüme bağlı olmayan tasarruflarda da istisnasız uygulandığını, ancak davaya konu şeyin miras payları oranında mirasçılar arasında taksiminin (bölünmesinin) mümkün olması halinde, alınacak proje uyarınca herkesin payının, bağımsız tapulara bağlanmak üzere, davacının saklı payına düşenin onun adına ve geriye kalanın da öteki ilgililer namına tesciline karar verileceğini" açıklamaktadır.

Bu bakımdan bazı keşif tutanaklarında bilirkişilere sorulduğu görülen, bu mal kıymetine noksan gelmeksizin mirasçıları arasında taksimi kabil midir, değil midir, sorusunun keşifte sorulmasının anlamı yoktur. Bu soru, saklı pay karşılığı olan değer, ortaya çıktığında sorulacak bir sorudur. Bu bakımdan bu sorunun o aşamada sorulması, araştırılması gerekecektir.

17– Medeni Kanun'un azaltılmış saklı paylarla ilgili 453/2-3. maddesi 23.11.1990 günü yürürlüğe giren 3678 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir. Bu nedenle, miras bırakanın 23.11.1990'dan önce ölümü halinde önceki düzenlemeye göre ve 23.11.1990 gününden sonra ölümü halinde yeni düzenlemeye göre uygulama yapılacaktır.

Medeni Kanun'un ilk halinde 453. maddede azaltılmış saklı pay kavramı yoktu. Bu madeye 13.7.1967 gün ve 903 sayılı Yasayla eklenen fıkralarla azaltılmış saklı pay kavramı ve uygulaması getirilmiş olup, daha sonra 23.11.1990 günü yürürlüğe giren yeni düzenleme ile bu uygulamada değişiklik yapıldı.

İşte miras bırakanın ölüm gününe göre bu farklı yasa metinlerinden hangisinin uygulanacağı seçilip ona göre işlem yapılacaktır.

Yasanın son halinde metinde yer alan (kamu yararına çalışan dernek)ler yararına veya (gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğinde işlere

harcayan vakıf) yararına bağış varsa bu dernek veya vakıfların, bu nitelikleri taşıyıp taşımadığının araştırılıp saptanması gerekecektir.

Bu saptamaların Valiliklerden veya İçişleri Bakanlığı'ndan sorularak yapılabileceğini düşünmekteyim.

18– Konuyu iyi bilemeyen veya davayı çığrından çıkartmak isteyen bazı kötü niyetli taraflar, cenaze masraflarını biz yaptık, şu kadar para harcadık bu para bize verilsin, iddialarında bulunmaktadırlar. Ve bunun ispatına talip olup, zaman kaybedilmektedir. Tenkis davasında cenaze masrafları yasa gereği pasife konacak bir değerin tespitini gerektirmektedir. Yoksa bu dava, cenaze masraflarının bir taraftan alınarak bir tarafa verilmesi gibi bir yaptırımla sonuçlanmaz. Bu nedenle, bu konuda dikkatli olunmalıdır.

Bunun yanında, bazı kötü niyetli taraflar, net tereke miktarını yükseltmek için pasife konması yasa gereği zorunlu olan değerlerin pasife konmamasını, istemektedirler. Mahkemeleri bu yolda karar almaya zorlayıcı taleplerde bulunmaktadırlar. Ve yine konuyu iyi bilemeyen bazı davacı yanlar, bu tuzağa düşerek, iki tarafın imzalı beyanları ile tereke pasifi ortadan kaldırılmaktadır. Bu konuda da, dikkatli olmakta yarar vardır.

19– Tenkis davaları, incelikleri iyi bilinemediği için yargılamaları çok uzun sürmektedir. Konuyu iyi bilen hâkimlerin elinde dahi davalar uzun süre almaktadır.

Bu davalarda, uygulamada, önce yazılı deliller toplanmakta, sonra tanıklar dinlenmekte ve daha sonra keşifler yapılmaktadır.

Bu üç aşamanın her birisi ikişer sene süre almaktadır. Çok hızlı yargılamalarda ise birer yıl almaktadır.

Bu süreleri azaltmanın bence en kolay yönü, tanık dinleme işi ile birlikte keşiflerin birlikte yapılmasıdır. Bu çok aceleci bir davranış gibi görülürse de, gerçekte öyle değildir. Zira, bir miras bırakanın mallarının çoğunu bir veya birkaç kişiye devri olayının sonucu, çok büyük bir olasılıkla, tenkise karar vermekle sonuçlanmaktadır. Bu nedenle önerim, acelecilik olmayacaktır.

20– Seçimlik hakkın kullandırılmasında da hatalar yapılmakta olup bu konuda yapılacak iş aşağıdadır:

Davada seçimlik hakkı kullandırması (MK.nun 506. m.ne göre önce davalıya bu hakkı nasıl kullanacağı, malı seçip davacıya para ödemek mi, yok-

sa mal verip para almayı mı kabul ettiğinin) sorulması, davalı duruşmaya gelmiyorsa, davalıya çıkartılacak uyarılı davetiye ile bu hakkı kullanmaya çağrılması ve davetiyeye (size karşı açılan bu tenkis davasında malı seçip davacıya para ödemek sureti ile mi, yoksa parayı seçip davacıya mal vermek sureti ile mi seçimlik hakkınızı ... günlük kesin sürede mahkememize bildirmeniz ve bu süre içinde seçimlik hakkınızı kullanmamanız halinde yasa gereği seçimlik hakkın davacıya kullandırılacağı ihtar olunur) açıklamasının yazılarak davalaya tebliği gerekecektir.

Davalının bu hakkını kullanmaması halinde, yasa gereği bu hakkın davacıya kullandırılması ve daha sonra bu hakkın kullandırma tarihine göre, malların değerlerinin bilirkişilere tespit ettirilmesi olacaktır.

Davayı uzatmakla vekil edenlerini enflasyondan yararlandırmak amacı ile çok kere davalı vekilleri duruşma tutanaklarından görüldüğü gibi, seçimlik hakkımızı vekil edenim ile görüşüp bildirmek için süre isterim demekte ve bu süreler davalı vekillerine verilmekte ve ara kararı ile kesin süre verilmemekle, davalı vekilleri daha sonraki oturumlarda mazeret bildirerek, vekil edenimi göremedim, kendisiyle konuşamadım demekte ve davaları uzatmaktadırlar.

Bu engellemeleri önlemenin çaresi, davalı vekillerine kesin süre vererek seçimlik hakların kullanılmasını sağlamaktır.

21- Yirmibeş yıllık hâkimlik ve 12 yıldan fazla bilirkişilik deneyimlerimin sonunda geliştirilerek hazırlanmış bulunan bu yazımı uygulamacıların takdirlerine, saygılarımla sunarım.

—oOo—

KİRALANAN YAPIDAKİ BOZUKLUĞA BAĞLI OLARAK ZARAR GÖREN KİRACININ ZARARININ TAZMİNİ İÇİN YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞUNA BAŞVURULMASINDA İMALATÇININ SORUMLULUĞU HUKUKUNUN UYGULANMASI

(I)

İrfan OKUR (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. BİRİNCİ BÖLÜM: Bozukluk kavramı ve kiracı ile yüklenici arasında kurulabilecek ilişkinin hukuksal niteliği. I- Yapıdaki bozukluk kavramı ve kapsama giren bozukluk. 1- Terim sorunu. 2- Eser sözleşmesi bakımından bozukluk. 3- Kira sözleşmesi bakımından bozukluk. 4- Bozukluk türleri ve konunun kapsamına giren bozukluk. II- Yapıdaki (kiralanandaki) gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluklardan dolayı kiracı ve yüklenici arasında kurulabilecek ilişkinin hukuksal niteliği. 1- Genel olarak. 2- Kiracının, yükleniciden zararının tazminini sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümler yardımıyla isteyebileceği görüşü. a- Üçüncü kişileri koruyucu etkisini beraberinde getiren sözleşme görüşü. b- Toplumsal ilişkiden doğan sorumluluk görüşü. c- Güven olgusuna dayanan bir zarardan uzak tutma sorumluluğunun bulunduğu görüşü. 3- Kiracının, yükleniciden zararının tazminini sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine göre isteyebileceği görüşü. İKİNCİ BÖLÜM: Kiracının yapıdaki bozukluğa bağlı zararlarının tazminini doğrudan yükleniciden haksız eylem hükümlerine dayanarak istemesi. I- Genel olarak haksız eylemi düzenleyen Borçlar Kanununun 41. maddesinin incelenmesi. II- Haksız eylem hükümlerine dayanarak yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilmenin koşulları. 1- Yapının teslim edilmiş olması. 2- Yapının tesliminden sonra kullanma ile gizli veya bilerek gizlenmiş bozuklukların ortaya çıkması. a- Gizli bozukluk. b- Yüklenicinin bilerek gizlemiş olduğu bozukluklar. c- Gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluğun yükleniciye bildirilmesi (ihbar yükümlülüğü). 3- Bozukluğa bağlı bir zararını meydana gelmesi ve zarar ile gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluk arasında uygun nedensellik bağının mevcut olması. a-*

(*) Gökçeada Hâkimi.

Zarar kavramı ve konumuz bakımından zararın niteliği. b- Zararla, gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluk arasında uygun nedensellik bağının mevcut olması. c- Birden çok nedenin ortak etkisi ile zararın meydana gelmesi. III- Haksız eylem hükümlerinden yararlanılması durumunda kanıt yükü sorunu. 1- Kanıt yükü sorunu. 2- Zarar gören yönünden kanıt güçlüğü. a- İk görünüş kanıtı (prima-facie delili, fiili karine) ilkesi. b- Kanıt yükünün ters çevrilmesi ilkesi. c- Uygulama ve değerlendirme. d- Yüklenicinin sorumluluktan kurtulması. IV- Sorumluluk süresi (zamanaşımı). 1- Genel olarak. 2- Sözleşme sorumluluğu çerçevesinde. 3- Haksız eylem sorumluluğu görüşü çerçevesinde. V- Kiracının talep haklarının yarışması. S o n u ç.

GİRİŞ

İncelememizle kullandığı konut veya işyerinde gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluklara bağlı olarak zarar gören kiracının, koşulları gerçekleştiği takdirde; diğer sorumlular yanında doğrudan yükleniciden zararının tazminini istemesi seçeneğini anlatmaya çalışacağız.

Kira sözleşmesinde kiracının kiraladığı yapının bozuk olması durumunda iki talep hakkı vardır: Ya kiranın indirilmesini ya da sözleşmenin feshini istemek. Ayrıca BK.nun 96. maddesinden yararlanarak olumlu zararının tazmini de talep edebilir. Ancak bu durumda kiraya verenin sorumlu tutulabilmesi için zarara kiralayanın kusuruyla neden olması gerekir. Kiralayanın kusuru kanıtlanmadığı takdirde kiralayan sorumlu tutulamayacaktır. Kiracının bir diğer olanağı da BK.nun 58. maddesindeki yapı malikinin objektif sorumluluğuna başvurmaktır. Bu olanak elverişlidir. Ancak, kiracı küçük miktarlı zararlarında, kira ilişkisinin zedelenmesine engel olmak için bu yola gitmek istemeyebilir. Bu durumda bir hak kaybına yol açar. Büyük miktarlı zararlarda (örneğin, yapının çökerek, can kaybı, yaralanma ve değerli eşyaların hasarına yol açması) ise, yapı malikinin kendisi de büyük zararlara uğramış olabilir; kiracının yapı malikinin sorumluluğuna başvurması semeresiz kalabilir. Geriye belki de yapıdaki bozukluğun asıl sorumlusu olan yüklenici kalmaktadır. Yapıyla çeşitli yönlerden ilgileri bulunan kiracı, kiralayan, yapı maliki ve yükleniciden genellikle ekonomik durumu en iyi olan yüklenicidir.

Konut ve işyeri gereksiniminin çok yoğun olması, ekonomik ve sosyal yaşamda yapı (inşaat) sektörünün çok önemli bir yer almasını sağlamıştır.

Yapı üretimi tek üretim olabileceği gibi yığın üretim şeklinde de olabilir. Yığın üretimde, gelişmiş teknolojiler, yeni malzemeler kullanılmakta, üretim sürecine çeşitli kişiler karışabilmektedir. Yapı, üretimden ara satıcılardan son alıcıya kadar el değiştirme yoluyla bir sürüm zincirine de konu olabilmekte; konut veya işyeri gereksinimi giderdiğinden tüketime konu olabilmektedir. Yapıdan, bu sürüm zincirine dahil olmayan çeşitli kişiler (en önemlisi kiracılar) de etkilenebilmektedir.

İmalâtçı (yapımcı) sıfatıyla yapıyı üreten yüklenici ile doğrudan sözleşme hukuku gereğince ilişkisi olmayan sürüm zincirine katılan ve yapıyla kira gibi farklı nitelikte ilişkisi bulunan bu kişilerin imalatçı ile ilişkilerini düzenleyen; geniş anlamda imalâtçının sorumluluğunu düzenleyen kurallar Borçlar Yasamızda mevcut değildir. Ekonomik ve sosyal yaşam imalâtçının sorumluluğu koşullarının mevcut hükümlerden yararlanarak oluşturulmasını dayatmaktadır. İmalâtçının tüketiciye karşı sorumlu olması kabul edilirken, genellikle tüketicinin ekonomik yönden daha zayıf olması olgusundan hareket edilmektedir.

Bu nedenle, konut veya işyeri gereksinimini giderme yönünden tüketici olarak kabul edilebilecek kiracının bozukluğu bağlı zararlardan dolayı imalatçı sıfatıyla yüklenicinin sorumluluğuna başvurmasında; incelemede imalâtçının sorumluluğu hukuku ilkelerinden yararlanılacaktır.

Diğer yandan, ülkemizde yapı üretiminin yükleniciler açısından kötü kullanmaya, haksız kazançlar elde etmeye elverişli bir sektör oluşturduğu bilinen bir olgudur. Zorlayıcı neden (mücbir sebep) sayılamayacak ölçüde bir deprem, sel baskını, fırtına gibi durumlarda; birçok yapının çöktüğü, büyük ölçüde hasara uğradığı, kullanıcı kişilerin beden tamlığının ölerek veya yaralanarak zarar gördüğü, eşyalarının hasara uğrayıp zarara uğradıkları, bilinen ve yinelenen olaylardır. Bunların çoğunda sonradan yapılan incelemede; sözleşmeye aykırı niteliksiz ve eksik malzeme kullanma, işçilik hatası, proje hatası gibi durumların bu zararlara neden olduğu belirtilmektedir.

Hukuksal bilgisizlik, hak arama anlayışının yeterince yerleşmemesi ve yasal boşluk gibi nedenlerle; çoğu zaman bunlara sebebiyet veren yüklenicilerin sorumluluğuna başvurulamamaktadır. Ya da rücû ilişkileri devreye girmekte, zarar gören yapı malikine, o satıcısına ve en son olarak yüklenici-ye başvurulması gerekmekte; davalar uzamakta, bazen başvurular semeresiz kalmakta, hak kayıpları doğmaktadır.

İşte incelememizde, bu rücû ilişkilerine gerek kalmaksızın doğrudan zarar gören kiracının, zararının tazmini için yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmesi ve ona karşı açılacak tazmin davasının koşullarını ve hukuksal niteliğini incelemeye çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOZUKLUK KAVRAMI VE KİRACI İLE YÜKLENİCİ ARASINDA KURULABİLECEK İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

I. YAPIDAKİ BOZUKLUK KAVRAMI VE KAPSAMA GİREN BOZUKLUK

1– Terim Sorunu

"Bozukluk" terimi yasalarda bazen "ayıp" (BK.nun 194, 232, 249 ve 251. md.lerindeki gibi);bazen de "kusur" (BK.nun 357 ve 360. md.lerindeki gibi) terimi ile aynı anlama gelmek üzere kullanılmaktadır. Biz, kavramı daha iyi anlattığına inandığımız "bozukluk" terimini kullanacağız (1).

2– Eser Sözleşmesi Bakımından Bozukluk

Eser sözleşmesi bakımından bozukluk, yapıda öngörülen niteliklerin veya bulunması gerekli niteliklerin yapıda mevcut olmaması olarak tanımlanabilir. Yapı, aynı türden yapılarda bulunması gerekli niteliklere sahip değil veya farklı nitelikler taşıyorsa bozukluk var demektir. Yapının taşıması gereken nitelikleri, öncelikle iş sahibi ile yüklenici (müteahhit) arasında kurulmuş sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmalıdır. Yüklenici, yapıyı gerçekleştirirken; sözleşmenin yorumlanmasından ortaya çıkacak iş sahibinin kullanma amacını göz önünde tutacaktır. Bunu gerçekleştirirken, MK.nun 2. md.sinde yer alan doğruluk ve güven kuralları uyarınca hareket edecektir (2).

3– Kira Sözleşmesi Bakımından Bozukluk

BK.nun 249. md.ne göre, kiralayan kiralanan şeyi sözleşmenin amacı-

---

(1) Kavramların değerlendirilmesi için bk. Yavuz, Nihat: Kira Sözleşmesinde Kiralayanın, Kiralananın Bozukluklarından Dolayı Sorumluluğu, YD. 1982, Sa. 1-3, s. 188.

(2) Turanboy, Asuman: Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Bozukluklardan Dolayı Sorumluluğu, AD. 1982, Sa. 4, sh. 12.

na uygun bir şekilde kullanmaya elverişli nitelikte teslim ve kira süresi içinde de kiralananı bu nitelikte tutma yükümlülüğü altındadır.

Kiralayanın asıl edim yükümlülüğü olan kiralananı kiracının kullanımına terk eylemi yanında, sözleşmeden doğan amaca uygun ve düzgün biçimde kullanımına hazır bulundurma eylemi ise yan edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır (3).

Kiralayanın yan edim yükümlülüğün bir sonucu olarak; kira ilişkisinde kiralayanın kiracıya karşı, "kiralananın bozukluklarını sağlama (ayıba karşı tekeffül) "yükümlülüğü altında olması söz konusu olmaktadır. Bunun anlamı, kiralanan şeyin sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını ve işletilmesini olanaksız kılacak ya da önemli ölçüde azaltacak bozukluklardan dolayı kiralayanın sorumlu olduğudur (4).

Gerek eser, gerekse kira sözleşmesi bakımından ortaya çıkan sonuç; yüklenicinin ve kiralayanın konumuz yönünden sorumluluklarının temelini bozukluğa karşı sağlama borcunun oluşturmasıdır.

4– Bozukluk Türleri ve Konunun Kapsamına Giren Bozukluk

Bozukluk türlerine ve yapılan ayrımlara; kira sözleşmesi, eser sözleşmesi ve satım sözleşmelerinde rastlamaktayız. En temel ayrım, bozukluğun maddî (fiziksel) ve hukuksal bozukluk olarak ayrımıdır. Bu ayrım BK.nun 194. md.sinde yapılan ayrımdır ve eser sözleşmesinde de aynı hükümlere (BK. md. 360) tâbidir. Bir diğer ayrım da önemli-önemsiz bozukluk ayrımıdır. Eser sözleşmesinde bu ayrım önemli - az önemli olarak belirtilmekte (BK. m. 360), eser sözleşmesinde önemsiz bozukluktan söz edilmemektedir (5).

Bozukluk türleri yönünden eser sözleşmesinde farklı bir ayrım olarak; malzeme bozukluğu, işleme bozukluğu ve tasarım bozukluğu ayrımlarına yer verilmekte, bu ayrım inşaat işlerinde yüklenici ile tasarımcı (mimar-mühendis) sorumluluk alanlarının belirlenmesinde kullanılmaktadır (6).

Bozukluk türleri yönünden konumuz için önemli ayrım, açık (görünür) bozukluk ve gizli bozukluk ayrımıdır. Türk–İsviçre Borçlar ve Medeni Yasa-

---

(3) Yavuz, sh. 189.

(4) Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C: 1/2, İstanbul 1988, s. 111.

(5) Seliçi, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul,1978, s. 144.

(6) Seliçi, s. 143.

larında açıkça bu ayrıma yer verilmemiştir. Ancak gerek uygulamada ve gerek öğretide bu ayrım yapılmaktadır.

Gizli bozukluk, özenli bir inceleme ile ortaya çıkmayan gerekli dikkat ve özen gösterilse bile bilinemeyeceği benimsenen, ancak kullanma ile ortaya çıkan bozukluklardır. Açık bozukluk ise, gizli bozukluk olarak kabul edilmeyen, dikkatli ve özenli bir inceleme sonucu bütün kapsamı ve önemi ile görülen ve anlaşılabilen bozukluklardır (7).

Gizli bozukluk kavramı içinde düşünülebilecek bir durumda, eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin bilerek (kasden) sakladığı açık bozukluklardır. Bu bozukluk bundan sonra "bilerek gizlenmiş bozukluklar" olarak anılacaktır Bu bozukluk türü, BK.nun 362. md.sinin birinci fıkrasında belirtilmektedir. Yargıtay, bilerek gizlenmiş bozuklukları gizli bozuklukla aynı sonuca bağlamıştır (8). 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 87. maddesinde bu durum "malzemenin hileli olması" olarak nitelenmiştir.

Konumuz bakımından bozukluk türleri olarak yapılan ayrımlardan açık ve gizli bozukluk ayrımı önem taşımaktadır. Çünkü, yapının teslimminden sonra açık bozukluk zamanında yükleniciye bildirilmemiş ise; bu bozukluklardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkar (BK. m. 362/I-II). Bu durum çoğunlukla kullanmadan önceki döneme aittir. Kullanma ile ortaya çıkabilecek bozukluklar gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluklardır. Kiracının yapıyla ilgisi kullanmayla başlamaktadır. Kullanma ile ortaya çıkan bu bozukluklar nedeni ile, ısmarlayan (yapı maliki) bizzat yapıda somutlaşan bir zarar; kiracı da bu bozukluğa bağlı olarak bir zarar görmüş olabilir. Belirtilen nedenlerle, açık bozukluklar için kiracının yüklenicinin sorumluluğun devam ettiği (BK.nun 362/I. maddesi, son cümle) gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluklara bağlı zararlarda, onun sorumluluğuna başvurması düşünülebilir.

---

(7) Seliçi, s. 143.

(8) Y. 15. HD.nin 24.10.1974 T., 1480/1316 s. kararında, "..şu da var ki, yüklenici davalının, kasden sakladığı açık bozukluklarla yöntemine göre yapılan muayenede görülemeyecek bozukluklar hakkında yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Kabul, gizli bozuklukları kapsamaz. Yüklenicinin kasden sakladığı açık bozukluklar gizli bozuklukla eşit tutulmuştur" denilmektedir (Karahasan, Mustafa Reşit: Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, s. 1163).

II. YAPIDAKİ (KİRALANANDAKİ) GİZLİ VEYA BİLEREK GİZLENMİŞ BOZUKLUKLARDAN DOLAYI KİRACI VE YÜKLENİCİ ARASINDA KURULABİLECEK İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

1- Genel Olarak

Kiracı, her şeyden önce ilerde daha ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, bu bozukluğa bağlı zararlarının tazmini için, aralarındaki kira sözleşmesi gereğince kiralayana, ya da BK.nun 58. md.si gereğince yapı malikinin objektif sorumluluğu hükümlerine başvurarak zararının tazminini isteyebilir. Kiracı, bu konudaki taleplerini, talep haklarının yarışması ilkesi uyarınca ileri sürebilir (9).

Kiralananda ortaya çıkan belirtilen nitelikteki bozukluklara bağlı olarak zarar gören kiracının durumuna sözleşme sorumluluğu çerçevesinde yaklaşıldığında;bu zarar BK.nun 249 vd. maddeleri gereğince kiralayanın kiralananı kira süresi içinde kullanmaya ve işletilmeye elverişli şekilde hazır bulundurma borcunun bir sonucu olarak, olumlu zarar şeklinde doğmaktadır. Kiralayananın bu borcu kusura bağlı bir sorumluluktur. Kiralayan kusurlu olmadığını, örneğin yüklenicinin kusurlu olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma olanağına sahiptir. Bu durum kiracının konumunu kiralayana karşı zayıflattığı gibi, kiracı büyük miktarlı olmayan zararlarında kira ilişkisinin bu nedenle zedelenmesini istemeyebilir. Kiralayan çoğu durumda aynı zamanda yapı maliki konumundadır. Kiracı için, yapı malikinin BK.nun 58. md.sindeki objektif sorumluluğuna dayanmak, yapı malikinin sorumluluğu kusura dayanmadığı, kurtuluş kanıtı getirme olanağı bulunmadığı için elverişli bir yoldur. Ancak birinci durumda belirtilen tehlikeler burda da söz konusudur. Çünkü, yapı malikinin kendisi de bozukluk nedeniyle yapıda somutlaşan bir zarar görmüş (örneğin, yapının çökmesi gibi) olmakla mağdur durumda olabilir. Yapı malikine yöneltilecek talep, ekonomik gücünün yeterli olmaması nedeniyle semeresiz kalabilir. Belirtilen nedenlerle ve kural olarak sözleşme hukukunda hak ve borçlar sözleşmesinin tarafları için söz konusu olduğundan, aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan kiracı ile yüklenici arasında sözleşme hukuku dışında bir çözüm arayışı gündeme gelmiştir.

Bazı küçük ayrımlar dışında bu ilişkinin imalatçının sorumluluğu hukuku" çerçevesinde kurulabileceği kanısındayız. Zira imalat, tüketime konu

(9) Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, C: II, Ankara 1986, s. 324/325.

olabilecek ekonomik değeri olan her türlü taşınır, taşınmaz mal ile bilgi ve düşünce ürünüdür. Yapı da bir imalâttır. Yüklenici bunu imal eden kişidir. Kiracı ise, konut ve işyeri gereksinimini gideren tüketici kişi konumundadır. Çoğu zaman yapı da birçok imalât gibi, üretimden kiracının kullanımına girinceye kadar araya ilk malikinden (iş sahibi) son malikine kadar başka satıcıların da girdiği bir sürüm zincirine konu olmakta; kiracı da bu zincire başka bir hukuksal ilişkiyle bağlanmaktadır.

İmalâtçının sorumluluğu hukuku çerçevesinde çözüm geliştirildiğinde; tartışmalı olan, üretici (yüklenici) ile son kullanıcı olan kiracı arasındaki ilişkinin, borçların kaynağı olan hangi tür sorumluluk hükümleri ile sağlanabileceği hususudur.

İmalâtçının sorumluluğu hukuku ile ilgili olarak, sorunun geniş olarak tartışıldığı Alman Hukukunda; bu konuda başlıca iki görüş olduğu bir kısım yazarların sorunu sözleşme hukuku çerçevesinde, diğer bir kısım yazarların ise sözleşme dışı sorumluluk özellikle haksız eylem sorumluluğu çerçevesinde çözüm getirdiği belirtilmektedir (10).

2– Kiracının Yükleniciden Zararının Tazminini Sözleşme Sorumluluğuna İlişkin Hükümler Yardımıyla İstenebileceği Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlar, farklı çıkış noktalarından hareket etmişlerdir. Bunları kısaca belirtelim :

a) Üçüncü Kişileri Koruyucu Etkisini Beraberinde Getiren Sözleşme Görüşü

Sözleşme sorumluluğunda sadece sözleşmenin tarafları için bir koruyucu alan yaratılmaktadır. Üçüncü kişileri koruyucu etkisi olan sözleşme görüşü ise, bu koruyucu alana sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri de dahil etmektedir (11). Böylece bu görüş, konumuza uygulandığında bir eser sözleşmesi olan iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisine üçüncü kişi konumunda olan kiracı da girecek, korumadan yararlanmış olacaktır.

---

(10) Bu konuda geniş bilgi için bk. Öztan, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, sh. 49 vd.

(11) Öztan, sh. 52; Kaplan, İbrahim: Türk ve İsviçre Hukukunda İmalâtçının Sorumluluğu, Ad. 1977, Sa. 1-2, sh. 89.

Bu görüşün bir dilek niteliğinde olduğu; sözleşmenin koruyucu etki alanına en azından belli ve sınırlandırılmış kişilerin girebileceği, bunun sözleşme hukukunun ilkelerinden biri olan, korunacak kişilerin önceden görülebilir ve belli sayıda olma ilkesine aykırı olacağı gerekçesiyle eleştiriye uğradığı belirtilmektedir (12).

b) Toplumsal İlişkiden Doğan Sorumluluk Görüşü

Bu görüş imalâtçının sorumluluğunu tipik toplumsal davranışlara dayandırmaktadır. Buna göre taraflar arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi mevcut olmasa bile, imalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilir. Çünkü sözleşmenin doğumu için bir irade açıklamasına gerek yoktur. İmalatçının belirli bir davranışı kendisi için belirli bir edim yükümlülüğü yaratmakta ve bu yolda iradesi var sayılmaktadır (13).

Bu görüş, tipik eylemsel durumlara dayandığı, bunlarla ilgili sosyal davranışların tipik sayılabilmesi için çok sık ortaya çıkması gerektiği, oysa bu durumun uygulamada görülmediği belirtilerek eleştirilmektedir (14). Hemen belirtelim ki, bu görüşün konumuza uygunluğu bulunmamaktadır. Zira yüklenicilerin kiracının bozukluğa bağlı zararlarını tazmini tipiklik kazanacak şekilde çok sık görülen bir olgu değildir.

c) Güven Olgusuna Dayanan Bir Zarardan Uzak Tutma Sorumluluğunun Bulunduğu Görüşü

Bir irade açıklaması karşısında olan tarafın, bu açıklamanın geçerliliğine duyduğu güven nedeniyle bir zarar doğmuşsa, bu açıklamayı yapan kişinin yarattığı bu güven olgusundan dolayı tazmin yükümlülüğü vardır. Çünkü tüketici malı, imalâtçının vaadettiği niteliklere güvenerek satın alarak kullanmaktadır. Tüketicinin bu güveni korunmalıdır. Bu görüş konumuza uygulandığında, imalâtçı sıfatıyla yüklenici ürettiği yapının bozukluktan arınmış olduğu konusunda bir güven yaratmakta; bu güven olgusu nedeniyle, yapıyı ısmarlayan iş sahibi, alıcı ve kullanan kiracının güveni korunmalıdır.

Türk Hukukunda SEROZAN, imalatçının sorumluluğu alanında imalâtçı ile tüketici arasında doğrudan doğruya edim yükümlerinden bağımsız "söz-

---

(12) Öztan, sh. 53-55; Sözleşme sorumluluğu çerçevesinde çözüm arama görüşüne karşı başlıca eleştiri noktaları için bk. Kaplan, İmalatçının Sorumluluğu, sh. 87 vd.

(13) Öztan, s. 65.

(14) Öztan, sh. 66.

leşmesel davranış yükümleri" ilişkisinin, bu ilişki çevresinde de imalâtçının güven olgusuna dayalı bir zarardan uzuk tutma sözleşmesel yükümlülüğünün bulunduğunu; bunun da sözleşmesel tazminata elverişli bir özel güven ilişkisi niteliğinde olduğunu belirterek; soruna bu görüş çerçevesinde yaklaşmanın daha uygun sonuçlar vereceğini ileri sürmektedir (15).

Kanımızca, soruna sözleşme sorumluluğu çerçevesinde çözüm arandığında, güven olgusu görüşü en uygun olanıdır. Ancak, sözleşmelerde sorumluluktan kurtuluş kayıtlarına yer verildiği, bunun sözleşmenin doğrudan tarafı olmayan kiracı gibi kişilerin haklarını da sınırladığını gözönüne alırsak, elverişli çözüm sayılamaz.

Soruna sözleşme sorumluluğu içinde çözüm aranması anlayışı belirtilen eleştiriler nedeniyle fazla taraftar bulamamıştır. Gerek uygulamadaki gerekse öğretideki baskın görüş, soruna ayrı bir düzenleme getirilinceye kadar, sözleşme dışı sorumluluk hükümleri, özellikle haksız eylem sorumluluğu hükümleri yardımıyla çözüm aranması görüşüdür (16).

3– Kiracının Yükleniciden Zararının Tazminini Sözleşme Dışı Sorumluluk Hükümlerine Göre İsteyebileceği Görüşü

Soruna çözüm arayan görüşlerden, sözleşme sorumluluğu içinde çözüm arayan görüşlere getirilen haklı eleştiriler ve görüşlerin doyurucu sonuçlar sağlamaması karşısında, uygulama ve öğreti baskın olan görüşe, soruna sözleşme dışı sorumluluk hukuku içinde çözüm aramıştır. Sözleşme dışı sorumluluk hükümleri çerçevesinde çözüm aranırken, soruna objektif sorumluluk hükümlerinin (BK.nun 55. maddesindeki, adam çalıştıranın sorumluluğu ve BK.nun 58. md.sindeki yapı malikinin sorumluluğu) mi yoksa BK. nun 41. md.sindeki haksız eylem hükümlerinin mi elverişli olduğu öncelikli tartışma konusu olmuştur. Ayrı bir düzenleme olmadığı için imalatçının sorumluluğu konusunun hukuk sistemimizde objektif sorumluluk ile kusur sorumluluğu arasında bir yerde olduğu kabul edilmektedir (17).

---

(15) Serozan, Rona: Y. 4. HD.nin 5.7.1977 T., 2921 E; 7745 K. sayılı ilamı için (Günümüzde Yargı Dergisi, Şubat 1979, Sa. 34, s. 25/26); Yukarıda belirtilen Yargıtay kararında, yapı ile ilgili olmamakla birlikte, bir binek aracını üreten firmaya karşı, aracı ara bayiinden satın alan kişinin üretici firmaya karşı açtığı tazminat davasının güven olgusu görüşünden" hareketle kabulünü istemiştir. Yargıtay kararında aynı zamanda haksız eylem hükümlerinden söz ederek karma bir eğilim sergilemiştir.

(16) Kaplan, İmalâtçının Sorumluluğu, sh. 104; Öztan, s. 79.

(17) Kaplan, İmalâtçının Sorumluluğu, sh. 104.

Genel olarak, adam çalıştıranın objektif sorumluluğunu düzenleyen BK. nun 55. md.si ile, yapı malikinin objektif sorumluluğunu düzenleyen BK.nun 58. md.sinin soruna uygun olmadığı, zarar görenin doğrudan imalatçıya başvurmasına olanak vermediği, rücû ve davanın ihbarı kurumlarına başvurulması gerektiği, zarar görenlerin bilgi düzeyi ve olayın karmaşıklığı dolayısıyla zarar görenler yönünden zararın ve nedenlerinin belirlenmesi güçlüklerinin bulunduğu, oysa gereksinimin bu olmadığı belirtilmektedir (18). Bu durumda gerek genel olarak imalatçının sorumluluğuna ve özel durum olarak konumuz bakımından yüklenicinin kiracıya karşı sorumluluğuna en elverişli çözümü haksız eylem sorumluluğunu düzenleyen BK.nun 41 vd. md.leri verebilecektir. Zira, konumuz bakımından aralarında doğrudan bir hukuksal ilişki bulunmayan yüklenici ile kiracı arasında bozukluğa bağlı zararların tazmini için en elverişli hükümleri haksız eylem hükümleri içermektedir. Şimdi bu hükümleri uygulama koşullarıyla birlikte inceleyelim:

İKİNCİ BÖLÜM

KİRACININ YAPIDAKİ BOZUKLUĞA BAĞLI ZARARLARININ TAZMİNİNİ DOĞRUDAN YÜKLENİCİDEN HAKSIZ EYLEM HÜKÜMLERİNE DAYANARAK İSTEMESİ

I. GENEL OLARAK HAKSIZ EYLEMİ DÜZENLEYEN BORÇLAR KANUNUNUN 41. MADDESİNİN İNCELENMESİ

Borçların yasadan doğan kaynaklarından biri de BK.nun 41 vd. md.lerinde düzenlenen "haksız eylem" hükümleridir. Haksız eylemin; davranış (eylem), zarar, kusur, hukuka aykırılık ve uygun nedensellik bağı olarak beş ögesi mevcuttur. Yani kusurlu bir eylem, uygun nedensellik bağı içerisinde bir zarara yol açıyor ve hukuka aykırı ise; bu borç doğuran, sorumluluk gerektiren bir haksız eylemdir.

Haksız eylem sorumluluğuna egemen ilke kusur ilkesidir. Bu nedenle uygulama ve öğretide haksız eylem sorumluluğuna "kusur sorumluluğu" da denilmektedir.

---

(18) Objektif sorumluluk hükümlerine dayanılmasının soruna doyurucu çözümler getirmediği konusunda bk. Öztan, sh. 189 vd.; Kaplan, İmalâtçının Sorumluluğu, sh. 93/94.

Uygulama ve öğretide haksız eylem sorumluluğunun koşulları genellikle yukarıda belirtilen beş öge ayrımına göre ele alınmaktadır. Öğretide bazı yazarlarca ve bazı Yargıtay kararlarında, bu beş ögenin yanına uygun nedensellik bağı dışında sorumluluğu sınırlayıcı bir kavram olarak; "hukuka aykırılık bağı teorisi" ya da hukuk kuralının (normun) koruma amacı teorisi" olarak adlandırılan bir koşul da eklenmektedir (1).

II. HAKSIZ EYLEM HÜKÜMLERİNE DAYANARAK YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞUNA BAŞVURABİLMENİN KOŞULLARI

Sorumluluk koşulları incelenirken hem haksız eylem sorumluluğunun belirtilen beş ögesi konuya uygulanarak incelenmeli, ayrıca konunun eser sözleşmesine ilişkin bazı teknik özelliklerinin de gözönüne alınması gerekmektedir. Kural olarak, yapıdaki gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluğa bağlı olarak zarar gören kiracının, zararının tazmini için yükleniciye başvurabilmesi için; bu bozukluğun yüklenici ile ısmarlayan (iş sahibi) arasındaki eser sözleşmesinde, yüklenicinin bozukluğa karşı sağlama borcu kapsamında olması gerekir. Şimdi bu koşulları inceleyelim:

1– Yapının Teslim Edilmiş Olması

Henüz sözleşmeye göre, yüklenici borçlu olduğu bütün çalışmaları bitirmemişse, yapı tamamlanmamıştır. Bu yüzden bozuklu yapı sayılamaz ve yüklenicinin bozukluğa karşı sağlama borcu doğmaz. Teslim, sözleşmenin yerine getirilmesi niyetiyle sözleşmede kararlaştırılan bütün inşaat işleri bitirilerek yapının amaca uygun ve kullanılabilir nitelikte ısmarlayanın emrine verilmesi ve zilyetliğinin sağlanarak onun kullanımına bırakılması olarak tanımlanabilir (2).

Yapının tesliminde iki temel öge bulunmaktadır: Yapının sözleşmeye göre eksiksiz tamamlanmış olması ve yapının ısmarlayanın emrine verilmesi yani onun zilyetliğine geçirilmiş olmasıdır. Tamamlanma olgusu yapının objektif ölçüler içinde amaca uygun kullanılabilir durumda olduğunun saptan-

---

(1) Kavram için ve benimseme olarak bk. Eren, Borçlar, C. II, sh. 260 vd.; uygun nedenselik bağının yeterli olduğu gerekçesiyle karşı görüş için bk. Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt, İstanbul 1992, sh. 456 vd. Yargıtay'ın bu ek koşulu kullandığı karar için bk. Y. 4. HD.nin 13.3.1978 T., 5312/3193 s. Kararı (YKD. 1979, Sa. 1, sh. 28), 8.1.1979 T., 13144/38 s. kararı (YKD. 1979, Sa. 5, sh. 642 vd.).

(2) Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C: II, Ankara 1987, sh. 125; Turanboy, Sa. 4, sh. 10.

masıyla ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada yapının zilyetliğinin ısmarlayana geçirilmesi ve ısmarlayan tarafından yapı üzerinde zilyetliğin sağlandığının belirlenmesidir ki, bu hukuken teslim anlamına gelmektedir (3). Kısaca, yüklenici bakımından teslim, tamamlanmış sayılan yapı üzerindeki zilyetliğin ifa amacı ile ısmarlayana geçirilmesidir (4). Kendisine yapı bu şekilde teslim edilen ısmarlayan, genellikle yapının ilk malikidir. Sonradan satım, bağışlama gibi hukuksal nedenlerle yapı el değiştirebilir; malik sıfatı da buna göre değişebilir.

Teslim olgusu bir davada anlaşmazlık konusu olduğu takdirde öncelikle yüklenici ile ısmarlayan arasındaki eser sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm bulunup bulunmadığını araştırmalı, yoksa bu yolda tanık dinlenmelidir. Sözleşmede yapının teslimi olgusunun belediyeden alınacak oturma izni (iskân ruhsatı) alınmasına bağlandığı durumlarda, teslim ancak oturma izninin alındığı tarihte tamamlanmış olacaktır (5).

Ayrıca, kamusal inşaat işlerinde, sözleşmenin eki niteliğinde olan 9.10.1984 tarihli, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) (6) inşaatların teslimi ile ilgili olarak 41. ve 44. md.lerinde "geçici kabul" ve "kesin kabul" kavramlarına yer vermiştir. Bunlardan "kesin kabul", işin sözleşmenin ifası olarak teslimi anlamındadır. Yüklenici kesin kabul ile yapıdaki açık bozukluklardan dolayı olan sorumluluğundan kurtulmaktadır (7). Geçici kabul, inşaatın mevcut durumu ile idare tarafından teslim alınmış olduğu anlamına gelir ve yüklenicinin bozukluklardan dolayı sorumluluğunu etkilemez (8). Bu nedenle, kamu konut ve işyerlerinde tahsisli veya kiracı olarak kullananların yapıdaki gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluğa bağlı zararları için koşulları gerçekleştiği takdirde, yüklenicinin sorumluluğuna başvurması kesin kabul tarihinden itibaren olanaklı olacaktır.

---

(3) Kostakoğlu, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 1993, sh. 466.

(4) Seliçi, sh. 35.

(5) Kostakoğlu, sh. 481, 2 No.lu karar.

(6) 2886 sayılı Devlet İhale Yasası Uyarınca, Genel ve Katma Bütçeli Daireler ile İl Özel İdareleri ve Belediyelerce yaptırılan inşaat ve hizmet işlerinde zorunlu koşullar içeren ve sözleşmenin eki niteliğinde olan BİGŞ, bu kamusal inşaat işlerindeki yapı tekniği özellikleri ile bu işlerin teslimini düzenlemektedir. Gerçek kişiler ise aralarındaki inşaat sözleşmesinde BİGŞ.in geçerli olacağını isteğe bağlı olarak öngörebilirler.

(7) Seliçi, sh. 37; Turanboy, Sa. 4, sh. 12.

(8) Seliçi, sh. 38.

3194 sayılı İmar Yasasına tabi yapılarda, inşaatın bitirilmesi günü belediyeden alınacak "kullanma izni" (İskân ruhsatı) tarihi olarak belirlenmiştir (3194 s. Yasanın 31. md.si). Bu izinde yapının yapı ruhsatı (m. 21) ve eklerine uygun olduğu ve fen bakımından sakınca görülmediğinin tesbiti gerekir (md. 30). Böylece işin bittiği kabul edilerek, yapı belediye hizmetlerinden yararlandırılacaktır. Bu nedenle kullanma izni verilmesi, yapının ısmarlayana teslim edilmiş olduğuna hukuksal anlamda karinedir. Bu bakımdan, kullanma izni alınmadan önce de, sözleşmede teslim, açıkça kullanma izni alınmasına bağlanmış ise; yapının ısmarlayana teslim edilmiş olması mümkündür (9).

Günlük yaşamda, yöntemince teslim edilmemiş yapıların sahipleri tarafından kiraya verildiği, kullanım sırasında gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluklara bağlı olarak kiracıların zarara uğradığı durumlara rastlanmaktadır.

Bu durumda, yapı maliki (kiralayan) yöntemince teslim almadığı yapıyı, taşıdığı bütün risklere karşılık, kiraya vererek riskleri üzerine aldığı düşünülebilir. Yüklenicinin bozukluğa karşı sağlama borcunu düzenleyen BK.nun 362/III hükmündeki; bu borcun teslimle başlayacağını belirten anlatım, bu görüşü destekler niteliktedir. Ancak yöntemince teslim edilmemiş, her nasılsa kiraya verilmiş yapıda, kullanım sırasında bozukluğa bağlı zarara yol açan bozukluk, yükleniciye bağlanabilecek gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluk niteliğinde ise; kanımızca yükleniciyi sorumlu tutmamak için bir neden yoktur. Çünkü kiralayanın uygun olmayan davranışı yüklenicinin davranışının haksız eylem niteliğini ortadan kaldırmış olamaz. Burada kiralayanın (yapı malikinin) davranışı, kendisi için bir kusurlu davranıştır. Yüklenici kiracının zararını tam olarak karşıladıktan sonra, kiralayana (yapı malikine) karşı açılabilecek rücû davasında, bu durum tazminattan bir indirim nedeni kabul edilmelidir düşüncesindeyiz.

2– Yapının Tesliminden Sonra Kullanma İle Gizli Veya Bilerek Gizlenmiş Bozuklukların Ortaya Çıkması

Yüklenici tarafından tamamlanarak yöntemince ısmarlayana teslim edilmiş sayılan yapılarda, açık bozukluklardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkar (BK.nun 362/I. md.si ilk cümle). Yüklenicinin bu nedenle açık bozukluklardan dolayı bozukluğa karşı sağlama borcu söz konusu değildir.

---

(9) Bk. Y. 15. HD.nin 9.1.1981 T., 236/252 s. kararı (YKD. 1981, Sa. 8, sh. 1301/1302).

Açık bozukluğa bağlı olarak kiracı bir zarar görmüş olsa bile, bu yüklenici yönünden haksız eylem sayılamaz. Bu yüzden kiracının yükleniciden bu nitelikteki zararının tazmini istemesi söz konusu değildir. Bu nitelikteki bir bozukluğu ısmarlayan bile bile kabul etmiş sayılır ve kiracının bundan doğan zararları için aralarındaki sözleşme gereğince kiralayanın veya kiralayan yapı maliki değilse yapı malikinin sorumluluğuna başvurması gerekir.

Yüklenicinin haksız eylem sayılabilecek ve sorumluluğunun devam ettiği bozukluklar yapıda kullanma ile ortaya çıkan gizli veya yüklenici tarafından bilerek (kasden) gizlenmiş bozukluklardır (BK.nun 362/II. md.si 2. cümle). Şimdi bunları kısaca inceleyelim:

a) Gizli bozukluk

Gizli bozukluklar teslimden sonra kullanma ile ortaya çıkan bozukluklardır. Yasa bu tür bozuklukları, "usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek kusurlar" olarak tanımlamıştır (BK.nun 362/II. md.si, 2. cümle). Bu nedenle, açık ve bilerek gizlenmiş bozukluk sayılamayacak bütün bozukluklar gizli bozukluk sayılmalıdır. Bu bozukluklar, işin teslimi sırasında ısmarlayanın yapacağı muayenede, ortalama bir kişinin göstereceği dikkat ve özeni göstermiş olsa bile ortaya çıkaramayacağı bozukluklardır. Kural olarak, ısmarlayan işin teslim sırasında bu muayeneyi kendisi yapar; ancak sözleşme veya teamül gerektiriyorsa bir uzman bilirkişiye inceleme yaptırılmalıdır (10).

Uygulamada bir uyuşmazlık çıktığında, bozukluğun niteliği konusunda mahkemelerce bilirkişi incelemesine başvurulmalıdır (11).

Yargıtay, çeşitli kararlarında; yapıda foseptik çukurunun küçük yapılmasını, teras mozayiklerinin eksik atılması ve ısı yalıtımının yetersizliği (12), yapının tabliye betonlarının eksik yapılması, beton içerisindeki demirlerin eksik konulması, kum ve çimentonun eksikliği nedeniyle yapının çatıyı taşıyamaması durumuna (13); bir yüzme havuzunun izalasyon seramik, fayans ve

---

(10) Tandoğan, C. II, sh. 170.

(11) Mahkemenin bozukluk niteliği konusunda bilirkişi incelemesine başvurması gerektiği konusunda bk. Y. 15. HD.nin 19.11.1979 T., 959/79 s. kararı (Kostakoğlu, sh. 432, 50 No.lu karar).

(12) Y. HGK.nun 27.3.1991 T. 1990/15-554 E,. 1991/159 K. s. kararı (Kostakoğlu, sh. 433, 52 N.lu karar).

(13) Y. 15. HD.nin 26.11.1990 T. 1990/187 E., 1990/1871 K. s. kararı (Kostakoğlu, sh. 436, 55 No.lu kararı).

savak işlerinin uygun malzeme ve nitelikli işçi kullanılmaması nedeniyle kullanımı sırasında işlev görmediğinin anlaşılmasını (14), gizli bozukluk olarak kabul etmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, "noksan iş" ile "bozuklu iş" kavramı, farklı kavramlardır. Noksan (eksik) iş, yapılmayan işi anlatır. Noksan iş sözleşmeye aykırılıktır. Noksan iş ile bozuklu iş hukuksal sonuçları yönünden birbirlerinden ayrı nitelikte hukuksal olgulardır. Bu nedenle, noksan iş bozuklu iş olarak kabul edilemez (15).

b) Yüklenicinin bilerek gizlemiş olduğu bozukluklar

Yasada bu tür bozukluk, "yüklenicinin kasden sakladığı" bozukluklar olarak anlatılmıştır (BK.nun 362/II. md.si, 2. cümle). Bu tür bozukluklar; yüklenicinin kastı veya ağır kusuruyla sözleşmeye hiç veya gereği gibi yerine getirmediği, özellikle hileli ve bozuk malzeme kullanmasıyla zamanla ortaya çıkan bozukluklardır. Yüklenici, kendisince bilinen ve öğrendiği takdirde ısmarlayanın bildirimsiz (ihbarsız) bırakmayacağını kabul etmek zorunluluğunda olduğu bu bozuklukları saklarsa bilerek gizlemenin ögeleri tamamlanmış demektir (16).

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Yargıtay uygulamasına göre; uygulanacak zamanaşımı dışında gizli bozukluk ile bilerek gizlenmiş bozukluk aynı hukuksal sonuçlara bağlıdır (17). Yargıtay bir kararında (18), inşaatte blokaj dolgu yerine kum–çakıl dolgu yapılmasını, bu tür bozukluğa örnek göstermiştir.

c) Gizli veya bilerek gizlenmiş bozukluğun yükleniciye bildirilmesi (ihbar yükümlülüğü)

Yüklenici ile ısmarlayan arasındaki eser sözleşmesine ilişkin BK.nun 362/III. md.sinde belirtilen iş sahibinin gizli veya bilerek gizlenmiş bozuklu-

---

(14) Y. 15. HD.nin 22.4.1991 T. 1991/885 E., 1991/1962 K. s. kararı (Kostakoğlu, sh. 440, 61. No.lu karar).

(15) Y. 15. HD.nin 13.6.1988 T. 1987/3812 E., 1988/2287 K. s. kararı (Kostakoğlu, sh. 418, 29 No.lu karar).

(16) Uygur, Turgut: İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, sh. 348; Seliçi, sh. 154.

(17) Bk. I. bölüm, dn. 8'deki Yargıtay kararı.

(18) Y. 15. HD.nin 25.3.1987 T. 1986/2437 E., 1987/1243 K. s. kararı (Kostakoğlu, sh. 437 No.lu karar).

ğu anladığı zaman, derhal yükleniciye bildirmesi gerektiği, aksi durumda ısmarlayanın bozukluğu kabul etmiş sayılacağı hükmünün; bozukluğa bağlı zarar durumunda kiracı tarafından da yerine getirilmesinin gerekip gerekmediği düşünmeye değer bir konudur. Bu sorun, imalatçının sorumluluğu hukukuna ilişkin yapıtlarda pek işlenmiş değildir.

Diğer yandan kiracının çoğu zaman, kiracı olarak içinde oturduğu yapının yüklenicisini, çoğu zaman hemen bilebilecek durumda olması mümkün değildir. Oysa, imalâtçının sorumluluğu alanında bu sorun, imalata ekli etiket, marka gibi tanıtıcı işaretlerle giderilmiştir. Yapı, çoğu durumda ilk malikinden sonra satış ve bağış gibi hukuksal işlemlerle başkalarına geçmiştir. Yükleniciyi kiracı bilmediği gibi, kiralayan (yapı maliki) de bilmeyebilir.

Ancak, BK.nun 362/III. md.si ile ısmarlayan yükleniciye karşı bildirim yükümlülüğü altında iken, kiracıya bildirim yükümlülüğü getirilmemesi; kiracıyı ondan daha avantajlı bir duruma getirir. Oysa rücû davaları yolu ile ısmarlayan (ilk malik)de tazmin talebi ile karşılaşmak tehlikesi içindedir. Ismarlayan (ilk malik) durumundan haberdar olmayabilir ve aradan uzunca bir zaman geçmiş olabilir. Yükleniciye karşı açabileceği rücû davasında yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği savunması ile karşılaşabilir.

Belirtilen nedenler karşısında, diğer ilgililerin zarar görmemesi için, bozukluğa bağlı zarar gören kiracı, yüklenicinin sorumluluğuna başvuracak ise; kiracısı olduğu yapının yüklenicisini kendi kiralayanı ve yapı ile ilgili diğer kişilerle temas ederek, tapu dairesi, belediye gibi kurumlardan bu yolda yararlanarak, yükleniciyi öğrenmeli ve gecikmeden yükleniciye bildirimde bulunmalıdır düşüncesindeyiz. Burada kiracı açısından derhal bir bildirimde bulunması beklenmemeli, yükleniciyi öğrenebilmesi için gerekecek süre olaya göre uygun süre olarak değerlendirilmelidir. Bunu yargıç takdir edecektir.

Bozukluk bildirimi yükümlülüğü, bir biçim koşuluna bağlı değildir. Ancak kanıtlama kolaylığı bakımından noter, telgraf veya iadeli taahhütlü mektup şeklinde yazılı bildirimde bulunmak yararına olacaktır. Bildirimin yapıldığı tanıkla da kanıtlanabilir (19). Gizli ve bilerek gizlenmiş bozukluklar için de bildirim yükümlülüğü vardır (20).

---

(19) Y. 15. HD.nin 24.11.1989 T. 1989/3847 E., 4937 K. s. kararı (Kostakoğlu, sh. 411, 17 No.lu karar).

(20) Y. 15. HD.nin 5.5.1980 T. 1980/1151 E., 1144 K. s. kararı (Kostakoğlu, sh. 432, 51 No.lu karar).

Mahkemelerce talep üzerine yapılan tesbit sonucu alınacak bilirkişi raporunun yükleniciye tebliğ ettirilmesi de Yargıtay tarafından bozukluk bildirimi olarak kabul edilmiştir (21).

Dava açılması durumunda bildirim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği mahkemece kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınamaz. Bunu ileri sürmek yükleniciye düşer (22).

Bozukluk bildiriminde, bozukluğu doğuran nedenin gösterilmesi gerekmez. Bozukluğun ve yol açtığı zararın bildirilmesi gerekli ve yeterlidir (23).

Bozukluk bildiriminin kiracı tarafından değil de silsile yoluyla kiralayandan ve en son olarak da ısmarlayan (ilk malik) tarafından yükleniciye yapılmış olması durumunda da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması gerektiği kanısındayız.

(SÜRECEK)

---

(21) Bk. dn. 12'de belirtilen Y. HGK.nun 27.3.1991 T., 1990/15-554 E., 1991/159 K. s. kararı.

(22) Y. 15. HD.nin 22.2.1990 T., 3070 E., 736 K. s. kararı (Uygur, sh. 266).

(23) Seliçi, sh. 154; Turanboy, Sa. 4, sh. 22.

NESEP HUKUKU YÖNÜNDEN SUN'İ USULLERLE DÜNYAYA GETİRİLEN ÇOCUKLARIN DURUMU

Mustafa ATEŞ (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. §1- Nesep kavramı. I- Sahih nesep. II- Sahih olmayan nesep. §2- Sun'i usullerle çocuk dünyaya getirilmesi kavramı ve hukuki çerçevesi. I- Kavram. II- Hukuki çerçeve. §3- Sun'i usullerle çocuk dünyaya getirilmesinin uygulama şekilleri ve bu şekilde dünyaya gelen çocukların nesep hukuku bakımından durumu. I- Sun'i ilkah uygulamaları. 1- Evlilik içinde sun'i ilkah (Homolog döllenme). 2- Evlilik dışında sun'i ilkah (Heterolog döllenme). 3- Yumurtalık ve yumurta nakli yoluyla ilkah. II- Tüp bebek uygulamaları. 1- Döllendirilen hücrelerin evlilik birliği içinde olanlara ait olması. 2- Döllendirilen hücrelerin evlilik birliği içinde olmayanlara ait olması. III- Embriyo nakli (transferi) uygulamaları. 1- Kocanın spermlerinin yabancı kadın rahmine ilkahı ile oluşan embriyonun evli kadına nakli. 2- Evli karı-koca ilişkisinden oluşan embriyonun yabancı bir kadına nakli (kiralık anne uygulaması). 3- Evli bir çiftin ilişkisinden oluşan embriyonun evli bir kadına nakli (doğum öncesi evlat edinme uygulaması). S o n u ç.*

GİRİŞ

Tıp dünyasında kaydedilen gelişme ve yenilikler, insanlık için övünülecek neticeler yanında, toplum hayatı ve sosyal ahlâk açısından bir sorun olarak da kendisini göstermektedir. İnsan için hayati değer taşıyan bir takım organ nakilleri, bununla ilgili olarak hayat ile ölüm arasındaki sınırların tespiti sorunu, kısırlaştırma, cinsiyet değiştirme ve nihayet sun'i ilkah, tüp bebek ve embriyo transferi gibi kavramlar günümüzün en önemli tıbbî terimleri arasında yer almaktadır.

(*) DPT. Uzmanı (Hukukçu).

Bu incelemenin konusu, son çeyrek asrın en önemli tıbbî gelişmelerinden birisi olan sun'i usullerle çocuk dünyaya getirilmesi uygulamalarının, nesep hukuku yönünden ortaya çıkardığı sorunlardır. Ülkemizde, bu konuya, şahsın hukuku, özellikle, şahsiyetin korunması yönünden temas edilmiştir. Ancak, konunun nesep hukuku yönünden arzettiği büyük öneme nazaran, sözkonusu uygulamaların aile, miras ve özellikle nesep hukuku açısından ortaya çıkardığı sorunlara hemen hiç değinilmemiştir. Gerçi, sun'i yollarla çocuk edinilmesi yöntemleri ülkemizde henüz pek yaygın olarak kullanılmamaktadır. Ancak, Amerika ve diğer Batılı ülkelerin tıp dünyasında yoğun bir uygulama alanına sahip olan bu yöntemler, bir müddet sonra ülkemizi de tesiri altına alabilir. Nitekim bu yöntemlerden "tüp bebek" uygulamasına 1980'li yıllarda başlanmıştır. Bu açıdan, ülkemizde de sözkonusu yöntemlerin tartışılması gündemi oluşmuş bulunmaktadır.

Bu çalışmada, muhtelif sun'i yollarla dünyaya getirilen çocukların nesep durumu, pozitif Türk nesep hukuku hükümlerine göre tahlil edilmeye çalışılmakta ve bu konuyla ilgili olarak ortaya çıkması muhtemel sorunlara değinilmektedir.

§1. NESEP KAVRAMI

Nesep, "bir şahıs ile, onu dünyaya getiren anası ve babası arasındaki kan bağı" şeklinde tanımlanmaktadır (1).

Hukuk sisteminde nesep sadece kan bağına dayanmaz. Medeni Kanun (md. 257) evlatlık ile evlat edinen kişi arasında da bir nesep bağı kurulacağına işaret etmiştir. Bu nesep bağı, akdî bir ilişkiye dayandığından, öğretide "akdî nesep" olarak adlandırılmıştır. Kan bağına dayanan nesep ise "gerçek nesep" olarak ifade edilmektedir.

Gerçek nesebin, yani kan bağı esasına dayanan nesebin, kanunda düzenlenmiş iki şekli vardır. Bunlardan birincisine "sahih nesep", ikincisine de "sahih olmayan nesep" denilmektedir.

Bu incelemede sun'i yöntemlerle dünyaya gelen çocukların kan bağı esasına dayanan nesep durumları ele alınacağından, öğretide "gerçek nesep" diye adlandırılan kavramın kanunda düzenlenmiş iki alt başlığına kısa-

---

(1) "Nesep" kavramı ile ilgili tanımlar için bkz. TEKİNAY, S. Sulhi: Türk Aile Hukuku, İst. 1990, sh. 292; ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk (Aile Hukuku), Ankara 1992, sh. 860; AKINTÜRK, Turgut: Aile Hukuku, Ankara 1975, sh. 251.

ca değinilecektir. Zira, sun'i yöntemlerle dünyaya gelen çocukların nesep durumu tahlil edilirken, kullanılacak ölçüt ve kıstaslar, Medeni Kanundaki sahih nesep ve gayri sahih neseple ilgili hükümler olacaktır.

I – Sahih Nesep

Evlilik birliği içinde olan karı-koca ile onların müşterek çocukları arasındaki bağa "sahih nesep" denilir (2). Sahih nesep, çocuk ile anası ve babası arasındaki kan bağının hukuk düzeninin aradığı şartlarda gerçekleşmesi durumunda söz konusu olur.

Medeni Kanun sahih nesep için iki temel şartın varlığını aramaktadır (md. 241). Buna göre bir çocuğun sahih nesepli sayılabilmesi için onu dünyaya getiren ana ve babanın;

— ya çocuğun doğduğu tarihte,
— veya çocuğun ana rahmine düştüğü tarihte
evli bulunmaları gerekir.

O halde çocuğun doğumu ana ve babasının evlenmesinden bir gün sonra vuku bulsa bile nesep sahih sayılacağı gibi, doğum olayı ana-babanın evliliği son bulduktan sonra gerçekleştiği takdirde dahi çocuğun nesebi sahih sayılacaktır. Ancak bu ikinci halde kanun azamî bir süre koymuştur. Eğer çocuk evliliğin zevalinden itibaren 300 gün zarfında doğdu ise, nesebi sahih sayılacak; aksi halde sahih sayılmayacaktır (md. 241) (3).

Sahih nesebin diğer bir kaynağı da "nesep tashihi"dir. Hukuk düzeni, evlilik dışında doğmuş çocukların nesebinin;

— anne ve babalarının evlenmeleri,
— muayyen şartlarla hâkimin kararı ve
— özel kanunlarda öngörülen şekilde idari yollardan düzeltilerek sahih hale getirilebilmesi imkanlarını getirmiştir (4).

---

(2) TEKİNAY, sh. 393.

(3) Çocuğun evlilik içinde doğması veya ana rahmine düşmüş olması nedeniyle sahih nesepli sayılması bir karineye dayanır. Kanun bu karinenin aksinin ispatına imkan tanımaktadır. Buna nesebin reddi denilmektedir.

(4) Nesebin düzeltilmesi konusunda bkz. TEKİNAY, 431-443; ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 870, 882.

II – Sahih Olmayan Nesep

Sahih olmayan nesep, sahih nesebin tersidir. Yani doğduğu sırada ya da ana rahmine düştüğü anda, ana ve babası evli bulunmayan çocuğun nesebi sahih olmayan neseptir.

Sahih olmayan nesep, çocuğun ana ve babası açısından farklı biçimlerde ortaya çıkar. Çocuğun ana bakımından sahih olmayan nesebi doğumla meydana gelir. Nesebi sahih olmayan çocuğun anası onu doğuran kadındır (MK. md. 290).

Evlilik birliği dışında doğan çocuk ile onun tabii (biyolojik) babası arasındaki nesep bağının kurulması, anaya nazaran biraz daha güçtür. Zira çoğu zaman babanın kim olduğunun tespiti zordur. Çocuk ile biyolojik (tabii) baba arasında bir nesep ilişki kuruluncaya kadar, çocuğun baba bakımından durumu "nesepsiz" olarak nitelendirilir. Çocuk ile tabii babası arasındaki nesep bağı, ancak iki şekilde kurulabilmektedir. Bunlardan birincisi, çocuğun babası tarafından tanınması (MK. md. 291), ikincisi de kişisel sonuçlarıyla babalığa hükmedilmesidir (5). Bu takdirde çocuk ile baba arasında kurulan bağa da "gayri sahih nesep bağı" denilmektedir. Zira çocuğun anası ile tabii baba arasında evlilik bağı yoktur.

§2. SUN'İ USULLERLE ÇOCUK DÜNYAYA GETİRİLMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ ÇERÇEVESİ

I – Kavram

Evrende yaşayan bütün canlılar nesillerini devam ettirebilmek için üremek zorundadırlar. Üreme ilşlemi ise, yaşayan canlı türlerine göre farklılık göstermekle birlikte, erkek ve dişi üreme hücrelerinin bir araya gelmesiyle gerçekleşmektedir. Bu işlem "döllenme" veya "ilkah" kavramlarıyla ifade edilir.

Günümüzde, çeşitli nedenlerle tabii yollardan üreme yeteneğinden yoksun olan insanların da çocuk sahibi olmak suretiyle nesillerini sürdürebilmeleri için bazı teknikler geliştirilmiştir. Genel olarak üç başlık altında özetlenebilecek bu teknikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

---

(5) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK, sh. 321, 350.

— Sun'i ilkah,
— Tüp-bebek uygulaması,
— Embriyo nakli.

Bu yöntemlerden birisiyle dünyaya gelen çocukların nesep hukuku yönünden durumlarını tartışmadan evvel, ülkemiz hukuk düzeninin bu yöntemlere esas teşkil edecek yasal dayanaklarına değinmek gerekir.

II – Hukuki Çerçeve

Memleketimizde sun'i yollarla çocuk edinilmesi yöntemleri konusunda herhangi bir yasal düzenleme bugüne kadar yapılmış değildir. Ancak bu konuda, ilk defa 1987 yılında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca hazırlanan bir yönetmelikle, bilinen ve mevcut tedavi yöntemleriyle gebe kalamayan evli kadınların bir kısmının "invitro fertilizasyon ve embriyo transferi" yoluyla gebe kalmasının sağlanmasını ve bu uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşlarının, gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin uymalarının zorunlu olduğu esaslar düzenlenmiştir (6).

Kısaca "tüp-bebek uygulaması" şeklinde ifade edilebilecek Invitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği, sun'i olarak çocuk dünyaya getirilmesi yöntemlerinden sadece "tüp-bebek uygulaması" yöntemini düzenlemiştir. Buna mukabil "sun'i ilkah" ve "embriyo transferi" yoluyla çocuk edinilmesi usullerine yönetmelikte yer verilmemiştir.

Esasen söz konusu yönetmeliğin tüp-bebek yöntemini de teferruatlı bir şekilde tanzim ettiğini söylemek güçtür. Zira yönetmeliğin düzenlediği temel konular; invitro fertilizasyon ve embriyo transferleriyle ilgili olarak kurulacak merkezler ve bu merkezlerin denetimi ve bunları yapacak kurullar, merkezlerin kurulması ve açılmasına izin ve ruhsatname verilmesi ile ilgili hususlar ile merkezlerde bulunması gerekli bölümler, araç, gereç ve personelle ilgili hususlardır.

Yönetmelik hakkındaki diğer bilgileri ilgili bahiste tekrar vereceğimizi ifade ettikten sonra, hemen belirtelim ki, sun'i yöntemlerle çocuk edinilmesinin yasal dayanaklarının, Medeni Kanun ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun" olduğu savunulmaktadır.

---

(6) Invitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferleri Merkezleri Yönetmeliği için bkz. 21.12.1987 tarih ve 19551 sayılı RG.

Gerçekten, 14 Kasım 1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle MK.nun 23. maddesine eklenen bir fıkra ile "yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinin mümkün olduğu" hükme bağlanmıştır. Keza, 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı Kanun da "Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli" ile ilgili esasları düzenlemektedir (7).

Ancak şu kadarını belirtelim ki, sun'i yollarla çocuk sahibi olunması işlemi ülkemizde henüz çok yeni olduğu için, mezkur kanun hükümlerinin bu yöntemlerin hukuki dayanağını oluşturup oluşturamayacağı hususu yeterince tartışılmış ve bu konuda müşahhas fikirler ortaya çıkmış değildir. Gerçi 2238 sayılı Kanunun 2. maddesinde "Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır" denilmekte ise de, üreme hücreleri (sperm ve yumurta) ve döllenmiş ruşeym (embriyonlar)ın organ ve doku sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Ülkemizde kabul edilen görüşe göre, sun'i ilkah ve embriyo nakli, organ nakli olarak değerlendirilmemektedir. Nitekim Prof. Dr. Faruk EREM "bebek nakli organ nakli değildir" görüşünü savunmaktadır (8). Prof. Dr. ZEVKLİLER ise, yalnızca yumurtalık naklinin organ aktarma kavramı içinde mütalaa edilebileceğini belirtmektedir (9). Buna mukabil öğretide hemen bütün yazarlar tarafından sun'i yollarla çocuk dünyaya getirilmesi işleminin kanuni bir temele dayandırılması, yani sun'i yöntemlerle çocuk edinilmesinin usul ve esaslarının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır (10).

Kanaatimizce de, sun'i usullerle çocuk dünyaya getirilmesinin şartları ve sınırlarının açık bir şekilde bir kanunla düzenlenmesi, şahsiyet haklarının himayesi ve özellikle nesep hukuku bakımından ortaya çıkacak meselelerin halledilebilmesi için elzemdir.

---

(7) Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında 2238 sayılı Kanun için bkz. 3.6.1979 tarih ve 16655 sayılı RG.

(8) EREM, F.: Organ Nakli Hakkında Kanun, YD., C. 5, 1979, s. 4, sh. 708.

(9) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 436.

(10) ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, 111; ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 433-437; KIYAK, Fahrettin: İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Ceza Sorumluluğu, YD., C. 1, 1975, s. 3, sh. 79; AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, sh. 40-44.

§3. SUN'İ USULLERLE ÇOCUK DÜNYAYA GETİRİLMESİNİN UYGULAMA ŞEKİLLERİ VE BU ŞEKİLDE DÜNYAYA GELEN ÇOCUKLARIN NESEP HUKUKU BAKIMINDAN DURUMU

Bugün üç değişik uygulama ile sun'i olarak çocuk dünyaya getirilmektedir. Bunlardan birincisi "sun'i ilkah", ikincisi "tüp bebek", üçüncüsü de "embriyo nakli" olarak adlandırılmaktadır.

Sun'i ilkah uygulaması, genel olarak cinsi münasebet olmaksızın erkeğin üreme hücreleri (spermleri)'nin kadının rahmine şırınga edilmesi şeklinde yapılmaktadır. Tüp bebek uygulaması ise, iki ayrı cinsten (erkek ve kadından) alınan üreme hücrelerinin (sperm ve yumurtaların) dış alemde, belli bir ortamda döllendirilmesinden sonra oluşan embriyonun kadının tenasül organına yerleştirilmesi şeklinde yapılmaktadır. Embriyo nakli yönteminde ise, herhangi bir şekilde kadının rahminde döllenerek oluşan embriyonun ondan alınarak başka bir kadına nakli ve gelişimini orada sağladıktan sonra dünyaya getirilmesi biçiminde bir uygulamaya gidilmektedir.

Şimdi bu uygulamaları çeşitli ihtimallere göre tahlile ve bu şekilde dünyaya gelen çocukların nesep hukuku karşısındaki durumlarını tartışmaya açalım.

I – Sun'i İlkah Uygulamaları

Sun'i ilkah, kullanılan yöntem ne olursa olsun yumurtanın tabii şartlar dışında döllenmesini sağlamayı amaçlar ve hem döllenmesiz üreme ve hem de yapay tohumlama bu tanıma girer (11). Bu uygulamanın tarihi geçmişi, 4'ncü asır öncelerine kadar dayanmaktadır. Fakat bu konudaki ilk ilmi çalışmalara başlayan kimse olarak İtalyan Lazzaro SPALLANZİ gösterilmektedir. SPALLANZİ, 18'nci asrın sonlarında köpekler üzerinde yaptığı deneylerle bu alanda başarı göstermişti. Bu tekniği insanlar üzerinde deneyen ve bir erkekten aldığı spermleri o şahsın karısına ilkah etmek suretiyle hamile bırakmayı başaran ilk şahıs İngiliz John HUNTER olmuştur. 1799'da gerçekleştirilen bu başarıdan sonra bir çok kimseler ve bu arada Amerikalı CARY, İtalyan ALFİERİ bu sahada çalışmışlar ve bu usulün geliştirilmesini sağlamışlardır (12).

---

(11) BÜYÜK LAROUSSE, C. 7, İst. 1993, md. Döllenme, sh. 338.

(12) TOSUN, Öztekin; Ceza Hukuku Bakımından Sun'i İlkah, İHFM, C. 27, 1959, s. 1-4, sh. 107.

Önceleri daha yüksek verim ve ürün elde etmek amacıyla bitkiler ve hayvanlar üzerinde uygulanan sun'i ilkah yöntemi, daha sonra çocuk dünyaya getirilmesi amacıyla insanlar üzerinde de uygulanmaya başlanmıştır.

Erkek üreme hücrelerinin cinsi münasebet olmaksızın kadının üreme organına şırınga edilmesi şeklinde tanımlanan (13) sun'i ilkah, evlilik içinde olup olmamasına göre, "evlilik içinde sun'i ilkah (homolog döllenme)" ve "evlilik dışında sun'i ilkah (heterolog döllenme)" şeklinde ikiye ayrılmaktadır (14).

1) Evlilik İçinde Sun'i İlkah (Homolog Döllenme)

Bu usul, evlilik içinde bulunan erkeğe (kocaya) ait spermlerin cinsi münasebet olmaksızın kadının (karının) tenasül uzvuna şırınga edilmesi yöntemidir (15). Böyle bir yöntemin uygulanması, eşlerin üreme kabiliyetini haiz oldukları halde bunu tabii yoldan gerçekleştirememeleri veya mekan itibariyle eşlerin uzakta olmaları nedeniyle tabii olarak üreme imkanlarından mahrum kalınması gibi sebeplerle yapılmaktadır (16). Bu ikinci nedene dayanan sun'i ilkah uygulamalarına, İkinci Dünya ve Kore Savaşları sırasında sıkça başvurulduğu için, "savaş döllenmesi" adının verildiği bilinmektedir (17).

Evlilik içinde gerçekleştirilen sun'i ilkahın, karı ve kocanın rızaları dahilinde yapılması kaydıyla, hukuka uygun sayılması gerektiği savunulmaktadır (18). Zira burada tedavi niteliğinde bir işlem söz konusu olup, bu usulde hukuken şahsiyet hakkına tecavüz sözkonusu olmadığı gibi, toplumun genel ahlâkına ve dinî inançlarına ters düşen bir durum da sözkonusu değildir. Nitekim, Diyanet İşleri Başkanlığının da sun'i ilkahın bu uygulama şeklinin dine aykırı olmadığı şeklinde görüş belirttiği bilinmektedir (19). Buna mukabil, Katolik kilisesinin sun'i ilkahın her türlüsüne karşı olduğu belirtilmektedir (20).

---

(13) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 433; BAYRAKTAR, 199; ÖZSUNAY, 113; CİHAN, Erol: Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sun'i İlkah, İstanbul 1971, sh. 17-18; TOSUN, 106.

(14) AYAN, 40; CİHAN, 20; GIESEN, D.: Civil Liability of Physicians for New Methods of Treatment and Experimentation ILCQ, vol. 25, part 1 (January 1979), sh. 209-210; BAYRAKTAR, 199.

(15) GIESEN, 209; AYAN, 41; CİHAN, 20.

(16) Sun'i ilkahı yapmayı gerektiren sebepler hakkında tafsilat için bkz. TOSUN, sh. 106-107.

(17) LÜTTGER, Insemination, 134 (AYAN'dan naklen sh. 41).

(18) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 433; ZEVKLİLER, Tedavi, 34; AYAN, 42; ÖZSUNAY, 313.

(19) EREM, Döllenme Özgürlüğü, 8.

(20) LÜTTGER, Insemination, 138 (AYAN'dan naklen, sh. 41).

Nesep hukuku yönünden evlilik içinde sun'i ilkah yöntemiyle dünyaya gelen çocukların nesebini sahih nesep olarak kabul etmek gerekir. Zira, burada evlilik içinde karı-kocanın tabii cinsi münasebetinden doğan çocukları ile, bu yöntemle edinilen çocuklar arasında hiç bir fark yoktur. Yegane fark, babaya ait üreme hücrelerinin tabî bir ilişki dışında anaya şırınga edilmesidir ve bu uygulamanın hukuka uygun olduğu herkesce kabul edilmektedir. Nihayet bu işlemin evlilik içinde gerçekleşmesi, bu çocukların nesebinin sahih kabul edilmesini gerektirmektedir. Zira, MK.nun 241. maddesi evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren üçyüz gün içerisinde doğan çocukların nesibini sahih addetmektedir. Burada çocuğun tabî ya da sun'i yöntemle yapılan döllenmenin mahsulü olup olmamasının önemi yoktur. Aslolan çocuğun dünyaya geldiği veya ana rahmine düştüğü anda, anne ve babasının evli olmasıdır. Ancak burada bir karine sözkonusu olduğu cihetle, ilgililerin bu karineyi çürütmek suretiyle çocuğun nesebini reddetmeleri mümkündür. Mesela ilkah edilen spermlerin kocaya ait olmadığı iddia ve ispat edilirse, evlilik içinde doğan sun'i ilkah mahsulü çocuğun nesebi, gayri sahih hale getirilebilir.

2) Evlilik Dışında Sun'i İlkah (Heterolog Döllenme)

Bir kadına, kocası olmayan bir erkeğe ait üreme hücrelerinin (spermlerin) cinsi münasebet dışında bir yöntemle şırınga edilmesi işlemine "evlilik dışında sun'i ilkah" ya da "heterolog döllenme" diyoruz (21). Burada evli bir kadına, kocası olmayan bir erkeğin spermlerinin ilkahı veya evli olmayan bir kadına herhangi bir erkeğin spermlerinin ilkahı sözkonusudur.

Öğretide bu ilkah çeşidinin "karışık döllenme" ve "ölümden sonra döllenme" şekillerine de işaret edilmektedir. Birinci halde birden ziyade erkeğin sperminin karıştırılarak bir kadına ilkahı, ikinci halde de artık hayatta olmayan erkeğin hayatta iken alınmış ve konserve edilmiş spermlerinin onun dul karısına veya herhangi bir kadına ilkahı sözkonusudur (22).

Evlilik dışında gerçekleşen sun'i ilkah uygulamasının Amerikan (23), İngiliz ve Fransız hukukunda geçerli kabul edildiği belirtilmektedir (24). Alman

---

(21) AYAN, 41; ÖZSUNAY, 113; GIESEN, 210; CİHAN, 20.

(22) LÜTTGER, Insemination, 134 (AYAN'dan naklen, sh. 41), Ayrıca bkz. CİHAN 53.

(23) Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin bu konudaki ilginç bir kararı için bkz. Cumhuriyet Gazetesi 1.10.1967, tarih ve s. 15528.

(24) AYAN, sh. 42.

hukuk doktrininde tartışmalı olmakla birlikte, genel olarak insan haysiyetine ve aileyi koruyucu hükümlere aykırı düştüğü ifade edilmektedir (25). Ancak Alman Federal Meclisince 13.12.1990 tarihinde kabul edilen ve 1.1.1991'de yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu ile, bir kadına yabancı döllenmiş yumurta ilkahı yasaklanmıştır (26).

Bizim hukukumuz yönünden bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu uygulamanın, insan haysiyetiyle bağdaşmaması ve Anayasadaki aileyi koruyucu hükümlere ters düşmesi nedeniyle hukuka uygun saymamak gerekir. Keza topluma hakim dinî ve ahlâki telakkilerin de bu işleme cevaz vermeyeceği dikkate alındığında, bu tür sun'i ilkahın yapılmasını amaçlayan sözleşmeleri BK. md. 20'ye aykırı saymak gerekir (27). Tarafların rızası da bu işlemi hukuka uygun kılamamalıdır (28).

Sun'i ilkahın evlilik dışında gerçekleşen bu uygulaması sonucunda dünyaya gelen çocuklar açısından son derece karmaşık ve içinden çıkılması son derece zor olan problemler ortaya çıkmaktadır. Bunların başında, bu çocukların nesebi ne olacaktır? Muayyen bir yaşa geldiklerinde tabî babalarının kimliğini öğrenme hakları var mıdır? Vericiye (donör) karşı miras hakları ve nafaka borçları doğacak mıdır? (29). Biz burada sadece nesep hukuku cihetinden ortaya çıkan sorunlara değinmekle yetineceğiz.

Bilindiği gibi sun'i ilkahın bu uygulama şekliyle dünyaya gelen çocuk, aralarında evlilik ilişkisi olmayan bir erkek ve bir kadından meydana gelmektedir. Bu yöntemle dünyaya gelen çocuğun nesebi çeşitli ihtimallere göre sahih ve gayri sahih sayılabilecektir.

a) Erkek üreme hücrelerinin sun'i usullerle ilkah edildiği kadın evli değilse, fazla bir problem çıkmayacaktır. Bu kadından dünyaya gelen çocuğun nesebi, ana bakımından gayr-i sahih (MK. md. 290), baba bakımından ise "nesepsiz" addolunacaktır. Ancak şartlarının varlığı halinde, çocuğun tabî babası tarafından tanınması veya şahsi sonuçları ile babalığa hükmedilmesi halinde, baba ile de gayri sahih nesep bağı kurulabilecektir (MK. md. 291 ve 295).

---

(25) LÜTTGER, Insemination, 146-147 (AYAN'dan naklen sh. 41).

(26) Gesetz Zum Schutz Embryonen (Embryonenschutgesetz - GSchG), Bundesgesetzblatt, Jahrang 1990, Teil I, sh. 2746-48.

(27) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 471; AYAN, 42.

(28) AYAN, 42.

(29) Bu gibi konularda ayrıntılı bilgi için bkz. CİHAN, sh. 34 vd., 38 vd., 63 vd.

Bunun dışında, çocuğun nesebinin, eğer erkek evli değilse ve başkaca bir mani de yoksa, anneyle evlenmeleri ile (MK. md. 247), keza şartlarının varlığı halinde hakimin hükmü ile, (MK. md. 249) veya idari yoldan sahih hale getirilmesi mümkün olacaktır.

Çocuk ile tabii ana ve babası arasında sahih veya gayri sahih bir nesep bağı tesis edildiğinde, çocuk bu statünün kendisine sağladığı haklardan yararlanacak, yükümlülüklerden de sorumlu olacaktır.

b) Erkek üreme hücrelerinin ilkah edildiği kadın evli ise, bu şekilde dünyaya gelen çocuğun nesep durumu ne olacaktır?

Medeni Kanunun lâfzına bakıldığında bu şekilde dünyaya gelen bir çocuğun nesebini sahih addetmekten başka bir çözüm yolu görülmemektedir. Zira, kanuna göre evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren 300 gün zarfında doğan çocuğun babası kocadır (MK. md. 241). Oysa sun'i ilkahın bu tatbik şeklinde gerçek baba koca değildir. O, sadece (deyim yerindeyse) kanun tarafından "baba farzedilmektedir". Bu durumda kocaya düşen görev heterolog döllenme ile dünyaya gelen çocuğun nesebini reddetmek olacaktır. Bu takdirde kocanın, çocuğun kendi ilişkisinden veya spermlerinden oluşmadığını ispat etmesi gerekir (MK. md. 242, 243, 244). Ayrıca diğer alâkadarlar da, bu durumu bilmeleri halinde, çocuğun nesebinin reddini sağlayabileceklerdir. Böyle bir girişim sonucu nesebi reddedilen çocuk, annesi yönünden "gayri sahih nesepli", babası yönünden ise "nesepsiz" durumuna düşecektir. Bu durumda çocuğun tekrar sahih nesepli hale gelebilmesi için; ya onu doğuran kadınla biyolojik babanın evlenmesi, ya da hakimin karar vermesi gerekmektedir. Ayrıca nesebin idari yoldan tashihi de mümkündür.

3) Yumurtalık ve Yumurta Nakli Yoluyla İlkah

Yumurtalık nakli, evli kadının yumurtalıklarında organik veya fonksiyonel bir aksaklığın bulunması sebebiyle, yabancı bir kadından alınan yumurtalığın hasta kadına aktarılmasıdır (30).

Yumurtalık nakli, teknik olarak bir organ nakli şeklinde yapılmakta ve organ nakline ilişkin hükümlere tabi olmaktadır. Burada, arızalı olan yumurtalık çıkarılarak yerine başka bir kadına ait yumurtalık (bir nevi böbrek, kalp ve karaciğer gibi organların aktarılmasında kullanılan yönteme benzer) bir

(30) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 436.

işlem uygulanarak nakledilmektedir. Bu sebeple, bu işlemin hukuka aykırı sayılmayacağı görüşü savunulmaktadır (31).

Yumurtalık nakli sonucunda, tabii yoldan veya sun'i şekilde kocasından hamile kalan evli kadının doğurduğu çocuğun nesebini sahih kabul etmek gerekir. Zira yumurtalık naklinde işlevsiz halde olan kadının rahmi, organ nakline dair hükümler çerçevesinde işlev görür hale getirilmektedir. Kadın evli değilse, tabiatıyla, çocuğun nesebi de sahih olmayacaktır.

Buna mukabil, tıpkı erkek üreme hücrelerinin bir kadına sun'i olarak ilkahında olduğu gibi, bir kadının yumurtalarının başka bir kadının rahmine ilkah edilerek orada spermlerle döllenmesinin sağlanması şeklinde yapılan işlemle dünyaya gelen çocukların nesep durumunu izahta zorluk çekmekteyiz (32). Zira bu teknikte, kısır olan bir kadının üreme organına, üremenin sağlanabilmesi için ölü ya da hayatta olan diğer bir kadından alınan dişi yumurta ilkah edilmektedir. Bu uygulamada, çocuğu oluşturan spermler kocaya aitken yumurtalar ise başka bir kadına aittir. Ancak döllenme evli bir kadının rahminde gerçekleşiyor ve çocuk da bu kadından dünyaya geliyor.

Bu durumda, evlilik içinde dünyaya geldiği için, çocuğu sahih nesepli saymak durumundayız. Burada da bir nevi evlilik içinde heterolog döllenme sözkonusu olmaktadır. Zira çocuğu doğuran kadın evli ancak, onun oluşumuna vesile olan (dişi) yumurtalar başka bir kadına aittir. Daha önceki bahislerde nesebin reddi ile ilgili olarak yapılan açıklamalar, bu başlık altında incelenen konu yönünden de aynen geçerlidir.

II – Tüp Bebek Uygulaması

Tabî yollardan çocuk yapamayan kadın ve erkekten alınan üreme hücrelerinin (yumurta ve spermlerin), anne dışında döllenmesi sağlanarak embriyo haline getirildikten sonra kadının genital organına nakledilmesi suretiyle çocuk doğurmasının sağlanması şeklindeki uygulamaya "tüp-bebek" veya "invitro bebek" denilmektedir (33).

---

(31) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 436.

(32) 4 Ocak 1994 tarihli Zaman Gazetesi'nde yer alan bir habere göre İngiltere'nin Edinburg Şehri'nde bir tıp ekibi tarafından fareler üzerinde denenen tekniğin insanlar üzerinde de uygulanabileceği kaydedilmektedir. "Ekip Başkanı Dr. R. Gosden düşürülmüş insan ceninlerinden alınacak yumurtaları kısır kadınların rahimlerine yerleştirerek rahim faaliyetini yeniden canlandırabilecek yeterli tıbbı teknolojiye sahip olduklarını söyledi". Bu konuyla ilgili tepkiler için aynı tarihli gazeteye bakınız.

(33) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 436; AYAN, 43.

Tüp bebek uygulamasını, ilk defa İngiliz kadın hastalıkları uzmanı (Jinekolog) Prof. Dr. Patrick STEPTOE ile Cambridge Üniversitesi'nden Dr. Robert EDWARDS on yıllık bir araştırmadan sonra gerçekleştirmişlerdir. Bu uzmanlar, follop borusunun tıkanması nedeniyle ortaya çıkan bir kısırlıktan dolayı çocuğu olmayan kadından aldıkları yumurtayı, kadının kocasından alınan spermler ile bir tüpte döllendirdikten sonra, döllenmiş yumurtayı (rüşeym) kadının döl yatağına yerleştirmek suretiyle, bir bebeğin dünyaya gelmesini başarmışlardı (34). Bu yöntem kısa bir müddet sonra bütün diğer dünya ülkelerinde de uygulanmaya başladı. Ülkemizde, bu usulle, ilk defa 1989 yılında bir çocuk dünyaya geldi ve bu usulün uygulanmasına halen devam edilmektedir.

Ancak diğer sun'i yollarla çocuk dünyaya getirilmesi uygulamaları gibi, tüp-bebek uygulaması da ülkemizde yasal bir düzenlemeye kavuşmuş değildir. Bununla beraber diğer uygulamalardan farklı olarak bu konunun kısmen de olsa bir yasal temele dayandırıldığı söylenebilir. Zira 1987 yılında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkarılan "İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği" bilinen ve mevcut tedavi yöntemleriyle gebe kalamayan evli kadınların bir kısmının sözkonusu yöntemle gebe kalmasının sağlanmasını ve bu uygulamanın esasları ile bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması ve çalışma esaslarını düzenlemektedir (35).

Tüp bebek uygulamasının ülkemiz açısından hukuka uygun olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu işlemin bir tedavi niteliği sözkonusudur. Ancak her tüp bebek uygulamasının hukuka uygun olduğu söylenemez. Burada iki durumu ayrı ayrı ele almak gerekir.

1) Döllendirilen Üreme Hücrelerinin Evlilik Birliği İçinde Olanlara Ait Olması

Yumurtalık borusunun kapalı olması gibi nedenlerle gebe kalamayan kadından alınan yumurta ile, onun kocasından alınan spermlerin sun'i bir ortamda döllendirilmesinden sonra oluşan embriyonun tekrar annenin rahmine yerleştirilmesi suretiyle çocuk doğurmasının sağlanması, hukuka uygun bir uygulamadır (36). Zira yukarıda sözü edilen yönetmelik de bu hususu

---

(34) 18 Temmuz 1978 tarihli Milliyet Gazetesi.

(35) Yönetmelik için bkz. 21.8.1987 tarih ve 19551 sayılı RG.

(36) AYAN, 43; ZEVKLİLER, Tedavi, 34; ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 436.

düzenlemektedir. Yönetmeliğe göre invitro fertilizasyon ve embriyo transferleri yoluyla çocuk sahibi olabilmek için;

a) Talepte bulunan kişilerin karı-koca (evli) olmaları,

b) Bilinen ve mevcut tedavi yöntemlerinden biriyle çocuk edinmelerinin imkansız olması,

c) Uygulamada döllendirilecek hürcelerin karı-kocaya ait olması,

d) Uygulamanın, Yönetmeliğin 5. maddesince öngörülen Bilim Kurulunun izin vereceği kişilerce ve bu işi yapmaya mezun merkezlerde yapılması,

gerekmektedir.

Yönetmelik çerçevesinde öngörülen usul ile çocuk sahibi olmak hukuka uygun olduğu gibi, bu şekilde dünyaya gelen çocukların nesep hukuku yönünden durumlarını, sahih nesepli saymak gerekir. Zira, uygulama tamamıyla evli kişilere yapılmakta ve çocuk evlilik birliği içerisinde dünyaya gelmektedir. Sahih nesebin gerektirdiği bütün şartlar tahakkuk etmektedir. Bu itibarla, bu uygulama ile dünyaya gelen çocukların nesep hukuku bakımından durumlarını, evlilik birliği içindeki normal bir ilişki sonucu doğan çocukların durumlarından farklı görmemek gerekir.

2) Döllendirilen Hücrelerin Evlilik Birliği İçinde Olmayanlara Ait Olması

Dış alemde (tüpte) döllendirilen üreme hücrelerinin,bir diğeriyle evlilik ilişkisi içinde olmayan kadın ve erkekten alınması suretiyle yapılan uygulama yönetmeliğe aykırıdır. Zira yönetmeliğe göre döllendirilecek hücrelerin mutlaka karı-kocaya ait olması gerekmektedir (md. 1 ve 3/f). Yönetmelik, kendilerine invitro fertilizasyon ve embriyo transferi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla ve başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılmasını yasaklamaktadır.

Buna rağmen, birbiriyle evli olmayan kişilerden alınan hücrelerin kullanılması suretiyle tüp bebek dünyaya getirildi ise, bu çocuğun nesep hukuku karşısındaki durumu ne olacaktır? Bu sual, çocuğu dünyaya getiren kadının evli olup olmamasına göre farklı şekilde cevaplandırılabilir.

a) Çocuğu dünyaya getiren kadın evli ise, yani evli bir kadından alınan yumurta ile onun evli olmadığı yabancı bir erkekten alınan spermler tüpte döllendirildikten sonra kadına transfer edilmiş ve kadın da bu çocuğu dünyaya getirmişse, bu çocuğun nesep durumu ne olacaktır?

Bu ihtimalde çocuğun tabii babası onu dünyaya getiren annenin kocası olmamasına rağmen, doğum olayı evlilik içinde gerçekleştiği için, sahih nesep karinesi uyarınca çocuk sahih nesepli sayılacaktır (MK. md. 241). Ancak pek tabiidir ki, hukuken baba gözüken şahsın veya diğer alâkadarların usulüne uygun olarak bu çocuğun nesebini reddetmeleri mümkün olacaktır. Heterolog sun'i ilkahla ilgili açıklamalar aynen burada da geçerli olacaktır (37).

b) Çocuğu dünyaya getiren kadın evli değilse, yani evli olmayan bir kadından alınan yumurta ile, bekar (evli olmayan) veya evli bir erkekten alınan spermlerin tüpte döllendirilmesi suretiyle oluşan embrionun kendisinden yumurta alınan evli olmayan kadına transfer edilmesi sonucu çocuk dünyaya getirilmesi sözkonusu ise, bu çocuğun nesebi ana bakımından "gayri sahih" baba bakımından da "nesepsiz" sayılacaktır. Zira burada MK. 241. maddenin aradığı sahih nesep şartları gerçekleşmemiştir. Çocuk, evli olmayan bir anne tarafından dünyaya getirildiği için nesebi sahih addolunmayacaktır (MK. md. b 241/2. cümle). Buna mukabil MK. 290. maddeye göre nesebi sahih olmayan çocuğun anası, onu doğuran kadın olduğu cihetle, çocuk ile annesi arasında sahih olmayan bir nesep bağı bizzat kanunca tesis edilmektedir. Çocuk ile baba arasındaki ilişki ise "nesepsizlik" olarak nitelenmektedir. Ancak usulüne göre tanıma ve hakim hükmüyle (şahsi sonuçlarıyla) babalığa karar verildiği takdirde, çocuk ile baba arasında bir gayri sahih nesep bağı kurulabilecektir. Keza, bu şekilde dünyaya gelen çocukların nesebi de, kanunda öngörülen düzeltme yolları ile sahih hale getirilebilecektir.

III – Embriyo Nakli (Transferi) Uygulamaları

Embriyo nakli, genel anlamıyla, bir kadının rahmindeki embriyonun, ondan alınarak başka bir kadına transfer edilmesidir. Burada önemli olan husus, bir embriyonun annesinden alınıp başka bir kadına nakledilmesi, gelişimini orada tamamladıktan sonra o kadın tarafından dünyaya getirilmesidir.

Embriyo transferi uygulamasının ilk defa Amerika Birleşik Devletlerinde gerçekleştirildiğini görüyoruz. 1975 yılında New York'lu Landrum SHETT-

(37) Bkz. §.3, I, 2.

LES ve Wayn DECKER isimli iki operatör bir kadının rahmindeki canlı embriyonu alıp kısır bir kadının rahmine nakletme girişiminde bulunmuşlardır (38). Bu tarihten sonra, embriyo transferi uygulamalarının ABD'de inkişaf ederek diğer dünya ülkelerinde de uygulanmaya başlandığı görülmektedir (39).

Bu konuda ülkemizde yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Invitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliğinin 10. maddesine göre "kendilerine İVF ve ET uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyonların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması ve kurulca izin verilmeyen karı-kocaya İVF–ET uygulanması yasaktır".

Mezkür yönetmelikte, tüp bebek uygulaması ile elde edilen embriyonların anne dışında bir başka kadına transferi açıkça yasaklanmıştır. Buna mukabil sözkonusu yönetmelikte, normal bir cinsi ilişki sonucunda veya sun'i ilkah yoluyla ana rahminde oluşan embriyonlar ve tüp bebek uygulaması yoluyla dış alemde oluşturulduktan sonra anne rahmine yerleştirilen embriyonların, bulundukları yerden alınarak başka bir kadına nakliyle ilgili bir hüküm yoktur. Kanaatimizce, bu tür uygulamalar, pozitif hukukumuza göre caiz olmamalıdır. Zira, burada da bir nevi heterolog sun'i ilkaha benzer bir durum söz konusudur. Diğer yandan şahsın hukuku, miras hukuku ve özellikle nesep hukuku ile ilgili olarak içinden çıkılması son derece zor olan problemler ortaya çıkacaktır. Keza, böyle bir işlemde vericinin rızası hukuka uygun kabul edilecek midir? Bu suale müspet bir cevap vermek mümkün değildir. Zira, böyle bir operasyona rıza gösterilmesine hem anayasa, hem de MK. md. 23 mani teşkil edecektir. Bu yüzden, bu konuda yapılan sözleşmeler de BK. md. 19 ve 20'ye aykırı sayılmalıdır (40).

Biz burada konunun sadece nesep hukuku yönünden ortaya çıkardığı sorunlara değinmekle yetineceğiz. Bunu çeşitli ihtimallere göre incelemek gerekir.

---

(38) Bu konuyla ilgili olarak 20.8.1975 tarihli Hürriyet Gazetesi.

(39) Yukarıda sözü edilen Alman Embriyo Koruma Kanununun 2. paragrafı, insan embriyosunun kötü amaçlarla kullanılması ve bilhassa, insan bedeni (rahmi) dışında gelişimini sağlamaya yönelik fiilleri cezalandırmaktadır (Bkz. yukarıdaki dipnot 26).

(40) Nitekim embriyo transferlerinin çocuk düşürme fiilini teşkil edebileceği (TCK. md. 469) ileri sürülmüştür (Bu konuda bkz. KIYAK, 62-63).

1) Kocanın Spermlerinin Yabancı Kadın Rahmine İlkahı İle Oluşan Embriyonun Evli Kadına Nakli

Burada evli bir çift vardır. Evli çiftlerden kadının yumurtalığına ilişkin bir problemi nedeniyle çocuk yapamaması sözkonusudur. Bu yüzden kocanın spermleri başka bir kadın rahminde döllendirilmekte ve oluşan embriyon bu kadından alınarak onun karısına transfer edilmektedir (41). Çocuk gelişimini ikinci annenin rahminde tamamladıktan sonra dünyaya gelmektedir.

Burada, çocuk evlilik içerisinde dünyaya gelmiştir. Medeni Kanunun lafzına göre (md. 241), çocuğun hem anası ve hem de babası yönünden sahih nesepli olduğu söylenebilir. Ancak burada sadece görünüşte, şekli ve kanundan dolayı bir sahih nesep sözkonusudur. Sun'i ilkahın hukuka uygun olmayan (evlilik dışında sun'i ilkah) şeklinin bir benzeri söz konusudur. Bu sebeple ilgili kişilerin nesebi reddedebilmeleri gerekir. Ancak babanın burada nesebi red edip edemeyeceğini tartışmak gerekir. Zira o, çocuğun hem hukuki hem de biyolojik babasıdır. Bununla beraber çocuğu oluşturan spermler onunla evli olmayan bir kadına ilkah edilmiş ancak, çocuğu doğuran kadın babanın karısıdır. Bu durumda alakadarların nesebin reddi davasında ileri sürecekleri husus, çocuğun annesinin, onu doğuran kadın olmadığı olacaktır. Buna rağmen MK. hükümlerine göre, çocuğu doğuran kadın anne sayıldığı için alakadarların red davası, reddedilebilecektir.

2) Evli Karı-Koca İlişkisinden Oluşan Embriyonun Yabancı Bir Kadına Nakli (Kiralık Anne)

Evli kadının gebeliği veya doğumu kaldıramayacak derecede hasta olması sebebiyle, kocasıyla olan cinsel ilişkisi veya sun'i ilkah veya tüpbebek uygulaması sonucu rahminde oluşan embriyo, onun rahminden alınarak yabancı bir kadının rahmine yerleştirilir ve kadın çocuğu doğurduktan sonra kendisinden alınır (42). Burada bir nevi "kiralık anne" uygulaması sözkonusudur (43).

Bu uygulamada, çocuk her ne kadar evlilik biriği içerisinde ana rahmine düşmüş ise de, onu dünyaya getiren kadın üçüncü bir kişi olduğundan ve

---

(41) AYAN, 43; ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 436; ZEVKLİLER- Tedavi, 34.

(42) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 437; AYAN, 43.

(43) Alman Embriyo Koruma Kanunu böyle bir uygulama yapmayı yasaklamakta ve yapanları da cezalandırmaktadır (md. 1, (1), 7).

bu kişinin evlilik birliği dışında bulunması nedeniyle, çocuğun nesebini sahih addetmek mümkün değildir. Zira doğum olayı evlilik birliği dışında gerçekleşmiştir. Bu çocukla onu doğuran anası arasında gayri sahih bir nesep bağı kurulacak, ancak birinci anne yönünden bir nesep bağı kurulamayacaktır. Zira burada kanunun lafzına göre, aslolan çocuğu doğurmaktır. Evlilik dışında doğan çocuğun anası onu doğuran kadındır (MK. 290). Keza çocukla babası arasında da bir bağ kurulamaz. Bu yüzden baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi nesepsizlik olarak nitelemek zorundayız. Zira onu doğuran anne ile babası arasında evlilik birliği yoktur, ancak, tanıma ve şahsi sonuçlarıyla babalığa hüküm verilmesi halinde babayla çocuk arasında gayri sahih nesep bağı tesis edilebilecektir (MK. md. 2291 ve 295).

3) Evli Bir Çiftin İlişkisinden Oluşan Embriyonun Evli Başka Bir Kadına Nakli (Doğum Öncesi Evlat Edinme)

Bu ihtimalde, karı kocanın her ikisi de çocuk yapma yeteneğine sahip değildir. Ancak karı, bir çocuğu doğumuna kadar rahminde taşıyabilme yeteneğine sahiptir. Anonim bir verici evli çiftin birleşmesinden oluşan embriyo alınarak başka bir evli kadının rahmine transfer edilmekte ve bu kadın çocuğu doğurmaktadır (44). Bu uygulama "doğum öncesi evlat edinme" olarak da nitelendirilmektedir.

Bu şekilde doğan çocukların nesep hukuku yönünden durumu da son derece karmaşıktır. Zira burada çocuğun birisi tabiî diğeri hukuki olmak üzere iki babası ve onun dünyaya gelmesine vesile teşkil eden iki de annesi mevcuttur. Çocuk evlilik içinde doğmakla birlikte, doğuran kadının kocası onun tabii babası değildir. Çocuğun tabii babası ise, onu doğuran kadınla evli değildir. Ayrıca tabî baba ile çocuğun ilk annesi evlidir; ancak çocuğu doğuran kadın olan ikinci anne ise tabii babanın karısı olmayan başka bir kadındır. Bununla birlikte doğum evlilik içinde gerçekleşmiştir. Bu durumda, çocuk Medeni Kanunun öngördüğü gibi evlilik içinde doğduğundan, sahih nesep karinesinden yararlanacaktır. Hukuki baba ve diğer alâkadarların nesebin reddini isteyebilmeleri gerekir. Zira çocuk evlilik birliği içinde doğmasına rağmen, gerçekte koca ile çocuk arasında bir kan bağı yoktur. O, başka bir erkeğe ait spermlerin mahsulüdür. Dolayısıyla, gerçekte çocuk ile koca arasındaki ilişkinin niteliği nesepsizliktir. Buna mukabil çocuk ile tabî baba arasındaki ilişki, ilk bakışta sahih nesep ilişkisi gibi görünmektedir. Zira çocuk, tabii baba ile

---

(44) AYAN, 43; ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 437.

evlilik ilişkisi içinde olan anasının rahmine, evlilik içinde düşmüştür. Ancak onun doğumu (ikinci bir kadın tarafından doğurulması ve bu kadının tabii baba ile evli olmaması sebebiyle) tabii babaya göre evlilik dışında gerçekleşmiştir. Bu durumda tabii baba ile çocuk arasında bir nesep bağı kurmak hukuken mümkün olmayacaktır. Ancak tanıma ve babalığa hüküm yoluyla gayri sahih nitelikte bir nesep bağı kurulabilecektir.

SONUÇ

Kısaca özetleyecek olursak, sun'i yollarla çocuk edinilmesinin üç uygulama şekli vardır. Bunlar; sun'i ilkah, tüp bebek ve embriyo transferidir. Hukuk sistemimizde sun'i yollarla çocuk edinilmesine ilişkin uygulamalar henüz hiç bir yasal temele dayanmamaktadır. Sadece tüp bebek uygulaması bir yönetmelikle düzenlenmiştir. Buna rağmen mevcut hukuk hukuk kuralları çerçevesinde düşünülecek olursa; evlilik birliği içinde yapılan sun'i ilkah (homolog döllenme) yoluyla dünyaya gelen çocuklar ile evlilik birliği içerisinde gerçekleşen tüp-bebek uygulaması sonucu dünyaya gelen çocukların nesebinin hem ana yönünden, hem de baba yönünden sahih olduğu konusunda tereddüt yoktur.

Buna mukabil, başta embriyo nakilleri olmak üzere, evlilik birliği içinde gerçekleşenler dışındaki sun'i ilkah ve tüp-bebek uygulaması sonucu dünyaya gelen çocukların nesep durumları, son derece karmaşıktır.

Bu itibarla, yapılacak bir yasal düzenleme ile sun'i olarak çocuk dünyaya getirilmesi uygulamalarına bir açıklık getirilmeli, bu uygulamaların yapılışının usul ve esasları, şartları ve sınırları açıkça ortaya konulmalıdır. Yapılacak düzenlemede, şahsın hukuku, miras hukuku, aile ve özellikle nesep hukuku yönünden ortaya çıkabilecek sorunların halledilmesi cihetine gidilmelidir. Bu düzenleme yapılırken kişi hak ve özgürlükleri ile, toplumun dini ve ahlâki inançlarına ters düşmeyecek çözümlere yer verilmelidir.

—oOo—

KAYNAKLAR

AKINTÜRK, Turgut : Aile Hukuku, Ankara 1975.

AYAN, Mehmet : Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYİTER, Nuşin : Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD, C. XXV, 1968, s. 1-2, sh. 137-144.

BAYRAKTAR, Köksal : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

BİLGİN, A. : Hayat İçin Elzem Organ Naklinde Başlıca Problemler ve Çözüm Yolları, İBD. Ekim 1968.

BÜYÜK LAROUSSE : Milliyet Yayını, İstanbul 1993, c. 7, Döllenme, sh. 338.

CİHAN, Erol : Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sun'i İlkah, İstanbul 1971.

DURAL, Mustafa : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, B. 2, İstanbul 1984.

EREM, Faruk : Döllenme Özgürlüğü, Yasa, Temmuz 1980.

EREM, Faruk : Organ Nakli Hakkında Kanun, YD., c. 5, 1979, s. 4.

GİESEN, D. : Civil Liability of Physicians for New Medhods of Treatment and Experimentation, The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), Vol. 25, part 1, January 1979, Page 209-210.

HINDERLING, H. : Organ Aktarmanın Ortaya Çıkardığı Hukuki Sorunlar (Çev. Erdener YURTCAN), MHAD, Yeni Seri, Yıl 3, No. 5, sh. 419-425.

KIYAK, Fahrettin : İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Ceza Sorumluluğu, YD, c. 1, 1975, s. 3, sh. 51-79.

ÖZSUNAY, Ergun : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982.

SARIAL, E. : Sağlararası Organ Naklinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

TEKİNAY, S. Sulhi : Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1990.

TOSUN, Öztekin : Ceza Hukuku Bakımından Sun'i İlkah, İHFM, C. 25, 1959, s. 1-4, sh. 107-115.

ZEVKLİLER, Aydın : Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992 (Medeni Hukuk).

ZEVKLİLER, Aydın : Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD, c. 1, s. 1, 1983. sh. 1-37 (Tedavi).

HAZİNE ARAZİSİNİN BELEDİYEYE GEÇMESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER
(I)

Mehmet KAŞIKÇI (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *I– Olay. II- Hazine arazileri. A- Cinslerine göre. 1- Hazine adına tapuda kaydı olan taşınmazlar. 2- Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan taşınmazlar. B- Belediyeye devir zamanına göre. 1- Dayanak kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazine adına tapuda kayıtlı olanlar. 2- Kanunların yayımından sonra tesbit veya tescili yapılan taşınmazlar. III- İlgili kanunların metinleri. 1- 1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesi. 2- 775 sayılı Gecekondu Kanununun 1, 3, 7 ve 11. maddeleri. 3- 3194 sayılı İmar Kanununun 11. maddesi. 4- 6188 sayılı Hazineden Belediyelere Devredilecek Arazi ve Arsalar Hakkında Kanunun 1 ve 2. maddeleri. 5- 7367 sayılı Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkında Kanunun 1. maddesi. IV- Yargıtay Kararları. A- Belediyelere devri öngörenler. B- Belediyelere devrin mümkün olmadığı görüşünde olanlar. 1- Hukuk Genel Kurulu kararları. 2- Daire kararları. V- Diğer metinler. VI- Hukuksal durum. A- 1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesine göre durum. B- 775 sayılı Gecekondu Kanununa göre durum. C- İmar Kanununun 11. maddesine göre durum. D- Hukuki sonuç. VII- Sosyal değerlendirme VIII- S o n u ç.*

I - OLAY

Yargıtay incelemesi sırasında, mülkiyeti Hazine üzerinde bulunan veya kamu malları niteliğinde bulunduğu için bunlarla ilgili davalarda Hazine ile belediyeler arasındaki uluşmazlıklarda, bu çeşit malların durumu tartışma konusu oluyordu. Yakinen incelendiğinde bu konuda Yargıtay'da bir fikir birliğinin de olmayışı, bizi bu konunun üzerine gitmeye ikinci etken oldu. Ger-

---

(*) Yargıtay 17. HD. Üyesi.

çekten de Yedinci Hukuk Dairesi; mer'a ile ilgili olarak, 1580 sayılı Belediye Kanununun 159 ve 775 sayılı Gecekondu Kanununun 3. maddesinden söz edilerek bu yerlerin belediye adına tescili gerektiğine karar verirken, Ondördüncü Hukuk Dairesi; belediyelere tescilin sözkonusu olmadığını, mülkiyetin Hazineye ait olduğuna karar verdiği görüldü. Hukuk Genel Kurulu kararında bir birlik olmadığı gibi, diğer dairelerde farklı yaklaşımlar göstermektedir.

Konunun bir inceleme konusu yapılmasında bir etkende özellikle mera asıllı yerlerin uygulamadaki suistimali ve istismarıdır. Kanun metinleri zorlanmayıp esas anlamları ile yorumlandığında bugünkü çarpık yapılaşmanın önlenebileceği gibi modern yapılaşmaya yardımcı olunacaktır.

II - HAZİNE ARAZİLERİ

Uygulamada Maliye Hazinesi adına tapuda kayıtlı taşınmaz ile bir kısım kamu malları yönünden bir fark gözetilmeden taşınmazların belediyelere geçeceği kabul edilmekle beraber, aşağıdaki açıklamalara ışık tutması ve bazı konuların daha iyi anlaşılabilmesi için bu taşınmazlara kısaca temas etmekte yarar görülmüştür.

A) CİNSLERİNE GÖRE

1– Hazine Adına Tapuda Kaydı Olan Taşınmazlar

Bunlar 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16/A ve 18/1. maddeleri gereğince Hazine adına tesbit edilenler ile her ne şekilde olursa olsun Hazine lehine oluşturulan tapu ile Hazinenin mülkiyetinde bulunan taşınmazlardır.

2– Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Bulunan Taşınmazlar

Devletin egemenliği altında bulunan, Devlette dahil özel mülkiyete konu olmayan ve kamunun yararlanmasına tahsis edilmeyen arazidir. Bilimsel ve yargısal görüşlere göre bunlar; dağlar, tepeler, kayalar, taşlık, pırnallık, kaynaklar, madenler, denizler, göller, deniz ve göl kıyıları, özel ormanlar dışındaki ormanlar, sazlık ve bataklıklar, fundalık, çalılık, çoraklık, akarsular ve yeraltı suları, tuzlalar, taşocaklarıdır. Konumuz yönünden (yapılaşmaya elverişli olmayan) su ile ilişkin olanlarla orman ve benzeri nitelikteki yerlerin dışındaki araziyi ilerde tartışacağız.

B) Belediyeye Devir Zamanına Göre

Böyle bir ayırım ilk bakışta gereksiz gibi gözükebilir. Ancak daha sonra açıklanacak fikirlerin daha iyi anlaşılabilmesi için bu ayırım gereklidir. Çünkü, 775 sayılı Gecekondu Kanununun 3. maddesi, "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazinenin... mülkiyetinde" bulunan taşınmazların belediyelere geçeceği kabul edildiği halde, 6188 sayılı Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkındaki Kanunun 1. maddesinde "...Belediye mülkiyetinde bulunan ve bundan sonra mülkiyetine geçecek" arazilerden sözetmektedir. İşte bu nedenden ötürü, Hukuk Genel Kurulu'nun 24.12.1982 gün ve 1980/1-43 E., 1982/982 sayılı kararında, 775 sayılı Gecekondu Kanunundan sonra Hazinenin mülkiyetine geçen taşınmazlar yönünden söz konusu kanunun uygulanmıyacağına karar vermiştir.

1– Dayanak Kanunun Yürürlüğe Girdiği Tarihte Hazine Adına Tapuda Kayıtlı Olanlar

Tesbit ve davaya konu taşınmazın, bu tarihte Hazinenin özel mülkü olarak adına tapulu olması durumunda –diğer şartlarda varsa– belediye adına tesbit veya tescil edilecek veyahutta tasarruf, bakım ve nezareti belediyeye geçecektir.

2– Kanunların Yayımından Sonra Tesbit veya Tescili Yapılan Taşınmazlar

Özellikle Gecekondu Kanununun yürürlüğe girdiği 30.7.1966 tarihinden sonra kadastro tesbiti yapılarak, Kadastro Kanununun 16 veya 18. maddeleri gereğince Hazine adına tesbit edilmesi gereken yerlerin ilgili belediye adına tesbit edilip edilmiyeceğinde önem kazanmaktadır.

Bu konuya tekrar döneceğiz.

III - İLGİLİ KANUNLARIN METİNLERİ

Konunun tam olarak açığa çıkması ve toplu olarak değerlendirilmesi açısından bunların alınmasında yarar görülmüştür.

1– 1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesi :

Belediye hududu dahilinde belediyelere ait mallar

Madde 159 – Belediye sınırı içinde sahipsiz arazi mahiyetindeki seyrangâh, harmanyeri, çayır, mera, koruluk ve bataklıkların ve belediye marifetiyle deniz, nehir ve

gölden doldurulmuş olan yerlerin ve yıkılmış kale ve kulelerin metrûk arsaları ve enkazının tasarruf, idare ve nezareti kâffei hukuk ve vecaibi ve varidatı ile beraber belediyelere devrolunur.

2– 775 sayılı Gecekondu Kanununun 1, 3, 7 ve 11. maddeleri :

Amaç

MADDE 1 – Mevcut gecekonduların ıslâhı, tasfiyesi, yeniden gecekondu yapımının önlenmesi ve bu amaçlarla alınması gereken tedbirler hakkında bu kanun hükümleri uygulanır.

Belediyelere arsa sağlanması

MADDE 3 – Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Hazinenin, özel idarelerin ve Vakıflar İdaresi dışındaki katma bütçeli dairelerin mülkiyetindeki arazi ve arsalardan veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden, belediye sınırları içinde olanlar ve 6785 sayılı Kanunun 47. maddesine dayanılarak tesbit edilen mücavir sahalarda bulunanlar, bu Kanunda belirtilen amaçlarda kullanılmak üzere, bedelsiz olarak ilgili belediyelerin mülkiyetine geçer.

Ancak, bir kamu hizmetine ayrılmış olan veya 23.12.1960 tarih ve 189 sayılı Kanun kapsamına girenlerle, 4753 sayılı Kanun hükümlerince kültür arazisi olarak tesbit edilenler veya gerek bu ve gerekse diğer kanunlarda belirtilen amaçlarda kullanılmak üzere Hazine veya özel idare elinde bırakılması Bakanlar Kurulunca lüzumlu görülenler bu hüküm dışındadır.

Bu Kanunun uygulaması dolayısıyle yapılacak imar veya ıslâh plânlarında genel muvazeneye dahil dairelerin ihtiyaçlarını karşılamak amacı ile ayrılan veya ayrılacak olanlar veya yukarda ikinci fıkradaki hizmetler için lüzumlu görülenler, daha önce belediyelere devredilmiş ise aynı şartlarla eski sahiplerine geri verilir.

Tapu daireleri, bu maddede sözü geçen arazi ve arsaları devralacak idarelerin yazılı müracaatları üzerine, en geç 6 ay içinde, yeni malikleri adına tescil eder ve durumu ilgililere yazı ile bildirirler.

5218, 6228 ve 6188 sayılı Kanunlara dayanılarak, birinci fıkrada sözü geçen daire ve kurumlarca belediyelere devrolunacak arazi ve arsaların ödenmemiş taksitleri alınmaz ve bu sebeple adı geçen daire ve kurumlar lehine tesis edilmiş ipotek kayıtları kaldırılır.

Arsaların hangi amaçla kullanılabileceği

MADDE 7 – Belediyelerin mülkiyetinde bulunan ve bundan sonra bu Kanuna göre mülkiyetine geçecek olan arazi ve arsalardan, belediye meclisi kararı ile belli edilip, İmar ve İskân Bakanlığınca uygun görülenler, bu Kanun hükümleri dairesinde konut yapımına ayrılır.

İmar ve İskân Bakanlığı, belediye meclislerince tesbit edilen yerleri redde, aynen veya değiştirerek onaylamaya veya değiştirilmek üzere geri göndermeye yetkili olduğu

gibi, teklif edilenler dışında lüzumlü gördüğü yerlerin de bu maksada ayrılmasını belediyelerden isteyebilir.

MADDE 11 – Belediyeler, bu kanunda yazılı amaçlara tahsis edilmek üzere devraldıkları arazi ve arsaları bu amaçlar dışında tasarruf edemezler.

3– 3194 sayılı İmar Kanununun 11. maddesi :

MADDE 11 – İmar planlarında; meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ait gayrimenkuller ile askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ile ülke güvenliği ile dğrudan doğruya ilgili Türk Silahlı Kuvvetleri'ne ait harekât ve savunma amaçlı yerler hariç Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsalar belediye veya valiliğin teklifi, Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan hudutları dışında özel idareye bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir. Ancak, bu yerlerin üzerinde bina bulunduğu takdirde, arsası hariç yalnız binanın halihazır kıymeti için takdir edilecek bedel ödenir. Bedeli ve ödeme şekli taraflarca tespit olunur.

Bu suretle maledilen arazi ve arsalar belediye veya özel idare tarafından satılamaz ve başka bir maksat için kullanılamaz. Bu hususta tapu kütüğünün beyanlar hanesine gerekli şerh konur.

Bu yerlerin kullanılış şekli, yani bir imar planıyla değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde, bu yerler devir alınan idareye belediye veya özel idarece aynı usulle iade edilir. Buna aykırı davranışı sabit olan ilgililer şahsen sorumludur. Bu terkinler hiçbir şekilde resim, harç ve vergiye tabi değildir.

Hazırlanan imar planı sınırları içindeki kadastral yollar, meydanlar ile meralar, imar planının onayı ile bu vasıflarını kendiliğinden kaybederek, onaylanmış imar planı kararı ile getirilen kullanma amacına konu ve tabi olurlar.

4– 6188 sayılı Hazineden Belediyelere Devredilecek Arazi ve Arsalar Hakkında Kanunun 1 ve 2. maddeleri:

MADDE 1 – Belediye sınırları içinde belediyenin mülkiyetinde bulunan ve bundan sonra mülkiyetine geçecek olan arazi ve arsalardan belediye meclisi kararı ile belli edilecekler bu kanun hükümleri dairesinde mesken yapımına tahsis edilir.

MADDE 2 – Belediyeler, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihteki belediye sınırları içinde Hazinenin ve özel idarelerin ve katma bütçeli dairelerin (Vakıflar idaresi hariç) mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup imar planında belli bir ihtiyaç ve maksada tahsis edilmemiş bulunan arazi veya arsalardan imar planına göre mesken yapılmasına elverişli olanlar bedelleri devrin yapıldığı yıl arazi vergisine matrah olan kıymetleri üzerinden ve birinci taksitleri devri takibeden bütçe yılından itibaren başlamak üzere, 10 yılda ve 10 eşit taksitte faizsiz olarak ödenmek şartiyle, belediyelere devir ve temlik olunur.

Vergide kayıtlı kıymetleri bulunmayan arsaların kıymetleri, 5432 sayılı Kanun hükümleri dairesinde ve 2901 sayılı Kanun gereğince, o mahaldeki son tahrirde civarındaki arazi ve arsalara konan vergi kıymetleri emsal alınmak suretiyle tesbit edilir ve bu kıymetler devre esas tutulur.

Bu maddede bahsi geçen arazi ve arsalar evvelâ belediyelerin bugünkü imar sınırları içinde olanlardan başlamak suretiyle ve tanzim edilecek imar planları Bayındırlık Vekâletince tasdik edilmiş olmak kaydiyle devir ve temlik olunur. İmar sınırları zamanla ihtiyaca göre genişledikçe ve bunlara ait imar planları tanzim ve tasdik edildikçe yukardaki fıkra hükmü uygulanır.

5– 7367 sayılı Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkında Kanunun 1. madesi :

MADDE 1 – Hazinenin mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan arazi ve arsalardan, belediye hudutları içinde bulunanlar, imar planı olsun veya olmasın, 6188 sayılı Kanunda yazılı maksatlarda kullanılmak üzere bedelsiz olarak belediyelerin mülkiyetine geçer.

Ancak, bir âmme hizmetine tahsis edilmiş olanlarla, 6771 sayılı Kanunun şumulüne giren arazi ve arsalar bu hükümden müstesnadır.

Bu kanunun tatbikatı dolayısıyle yapılacak imar planlarında umumi muvazeneye dahil dairelerin ihtiyaçlarını karşılamak maksadiyle tefrik olunanlar evvelce Hazineden belediyelere devredilmiş ise bedelsiz olarak Hazineye iade olunur.

IV – YARGITAY KARARLARI

Konu ile ilgili Yargıtay kararlarını, Belediyeye devri öngören ve görmeyen kararlar olarak iki bölüme ayırabiliriz.

A - Belediyelere Devri Öngörenler

Bu nitelikte 7, 16 ve 17. Hukuk Daireleri'nin zaman zaman kararlarına rastlamak mümkündür. Bu kararlarda aynı cümleler yer alır. Bu bakımdan biz bir karara yer verdik.

"Dava konusu taşınmazın belediye sınırları içinde kaldığı tapusuz yerlerden olduğu kamu hizmetine tahsis edilmediği mahkemece yapılan keşif, bilirkişi ve tanık sözleri ve mahkemece toplanıp değerlendirilen diğer delillerle belirlenmiştir. 775 sayılı Gecekondu Yasasının 3, 1580 sayılı Belediye Yasasının 159 uncu maddesinde belediye sınırları içinde kalan taşınmazların belediyeye geçeceği öngörülmüştür. Bu durumda dava konusu taşınmazın sınırları içinde bulunduğu belediye adına tescili gerekir. Mahkemece bu yönler gözönünde tutularak taşınmazın belediye adına tapuya tesciline karar verilmesi gerekir (1)".

(1) 17. HD., 27.1.1992 T., 1992/210-1114.

"Mesire yeri olarak kullanılan boş bir alan olduğu kamu malı niteliğinde bir taşınmaz durumunda değildir. Belirtilen bu niteliği ile 1580 sayılı Belediye Yasasının 159 ve 775 sayılı Gecekondu Yasasının 3 üncü maddesi uyarınca belediyenin mülkiyetine geçen yerlerden olduğunun kabulü gekerir (2)".

B - Belediyelere Devrin Mümkün Olmadığı Görüşünde Olanlar

1– HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

a– Yüce Kurul, davacı Hazine ile Belediye arasındaki bir işgal ödencesi davasında;

"Taraflar arasındaki işgal tazminatı davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Altındağ Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 18.9.1972 gün ve 323/470 sayılı kararın incelenmesi davalı tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi'nin 22.11.1974 gün ve 5190/5277 sayılı ilâmı ile, "Dosyada bulunan tapu kaydına göre dava konusu yer tapuda kayıtlı değilken 9.7.1964 tarihinde Hazine adına tapuya tescil ve 17.5.1972 tarihinde de Belediye adına tashihen kaydolunmuştur. Dava konusu yer hasbel kanun Belediyenin mülkiyetine geçtiğine göre belediye adına tescilden önceki yıllar içinde davacı Hazine işgal tazminatı isteyemeyeceğinden red kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır" gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Davacı Hazine 9.7.1964 tarihinde tesis edilen tapu kaydına dayanarak 7367 sayılı Yasa hükmünce Belediyeye intikal tarihinden önceki 1967–1972 yılları için işgal tazminatı istemektedir. Taşınmazın Hazine adına kayıtlı olduğu dönem için koşulları gerçekleştiği takdirde işgal tazminatına hükmedilebilir. Bu nedenle direnme uygun bulunduğundan direnmeye yöneltilen temyiz itirazlarının reddi ile diğer yönler incelenmek üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir (3) şeklinde karar vermiştir.

b– Hukuk Genel Kurulu, Belediyeye devredilen Hazine arazisi ile ilgili (kadim mer'a) davada, Hazinenin taraf olduğunu kabul ederken şu görüşlere yer vermiştir :

"Taraflar arasındaki elatmanın önlenmesi ve işgal tazminatı davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Yenipazar Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 4.3.1974 gün ve 150-14 sayılı kararın incelenmesi davacı Hazine vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi'nin 28.5.1974 gün ve 1487-1438 sayılı ilâmı ile "Belediyelere devredilen mer'alar için asıl mülkiyet hakkını ha-

---

(2) 17. HD. 26.2.1993 T., 1992/1662 E., 1993/2022 K.

(3) HGK., 31.3.1978 T., 1977/15 E., 1978/285 K.

iz olan Devlet namına Maliye Hazinesinin de dava hakkı bulunduğunun kabulü gerekir. Aksi görüşle Maliye Hazinesinin dava hakkı bulunmadığından sözedilerek davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğu" gerekçesiyle ve çoğunlukla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Davacı Maliye Hazinesi verdiği dilekçe ile Yenipazar Belediye sınırları içerisindeki kadim mer'anın iki dekarlık bir bölümüne davalının elatmasının önlenmesini ve 5 yıllık işgal tazminatı olan 2500 liranın tahsilini istemiştir.

Davalı, istimlâk edilen taşınmazının bedeline karşılık mer'anın bir bölümünün belediyece kendisine verildiğini, Hazinenin dava hakkı bulunmadığını beyanla davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahal mahkemesi hiç bir soruşturma yapmadan 1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesi gereğince belediye sınırları içerisindeki mer'alar Belediyelere devir olunduğundan, aynı Kanunun 70. maddesinin 11. bendi uyarınca Belediye Meclisleri bu gibi mer'aları özel mülkiyete çevirip satabileceğinden, bu nedenle Hazinenin dava hakkı bulunmadığından bahisle davanın reddine, 4.3.1974 gününde karar vermiştir.

Davacı Hazinenin temyizi üzerine bu karar 14. Hukuk Dairesi'nce 28.5.1974 gününde çoğunlukla bozulmuştur.

Mahal mahkemesi eski kararında direnmiş, davacı Hazine bu direnme kararını temyiz etmiştir.

Dava konusu yerin Belediye sınırları içerisinde kadim merarın bir bölümü olduğunda, bu yere davalının 5 yılı aşkın bir süreden beri elatıp belde halkının yararlanmasına engel olduğunda bir uyuşmazlık yoktur.

Uyuşmazlığın esası, belediye sınırları içerisindeki meralarda Devlet adına Maliye Hazinesinin dava hakkı olup olmadığında toplanmaktadır.

1– Önce, bozma ilâmında, muhalefet şerhinde ve mahal mahkemesi kararında sözü edilen ve 1.9.1930 gününde yürürlüğe giren 1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesi ile aynı Kanunun 70. maddesinin 11. bendinin incelenmesi gerekir.

1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesi ile Belediye sınırları içerisindeki meraların yalnız tasarruf, idare ve nezareti belediyelere devredilmiştir. Meraların mülkiyeti Devlet üzerinde kalmıştır. Eğer kanun vazıı meraların mülkiyetinin belediyelere devrini istese idi bunu bu madde metnine açıkça yazardı.

Örneğin; Hazineden Belediyelere devredilecek arazi ve arsalar hakkındaki 7367 sayılı Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasında, 775 sayılı Gecekondu Kanununun 159. maddesi ile, belediye sınırları içerisindeki meraların mülkiyetini belediyelere devretmemiştir.

Aynı Kanunun 70. maddesinin 11. bendine göre, Belediye Meclisleri, mülkiyeti Devlete ait olan belediye sınırları içerisindeki meraların sadece yararlanma ve kullan-

ma şekillerini değiştirebilir. Meselâ, meranın tümünü veya bir bölümünü mezbaha, pazar yeri veya dükkân olarak kullanılmasına karar verebilir. Hiçbir şekilde merayı özel mülkiyete çevirip satamazlar.

Muhalefet şerhi ile mahal mahkemesi kararında sözü geçen 17.5.1934 gün ve 808 sayılı tefsir kararı, mülkiyetle değil tasarrufla ilgili olduğundan, 3.6.1959 gün ve 8/24 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı da seyrangâhlarla alakalı bulunduğundan bu uyuşmazlığın çözümünde etkili olamazlar.

Farzı mahal, tefsir kararı ile İçtihadı Birleştirme kararının, bu uyuşmazlığın çözümünde etkili olduğu bir an için kabul edilse bile, bunlar Toprak ve Tarım Reformu Kanunu ile kabul edilen yeni hükümlerle meralar hakkında hukuki değerlerini yitirmişlerdir. Bunun nedenleri ileride açıklanacaktır.

Kanun vâzıının amacını açıklığa kavuşturmak için 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ile bu kanunun bazı maddelerini değiştiren 5618 sayılı Kanun, Hazineden belediyelere devredilecek arazi ve arsalar hakkındaki 7367 sayılı Kanun ve 775 sayılı Gecekondu Kanunun ilgili maddeleri üzerinde durmak lâzımdır.

4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 8/b ve 10. maddelerine göre, ancak kanunun belirttiği biçimde ihtiyaçtan fazla olduğu saptanan mer'a parçaları dağıtılabilir. İhtiyaçtan fazla olmayan mer'alara kanun vâzıı dokunmamıştır.

5618 sayılı Kanunun ek 6. maddesine göre, köy, kasaba ve şehirler halkının münferiden veya müştereken yararlanmalarına terkolunan mer'alar özel mülkiyete konu olamazlar.

Hazineden Belediyelere devredilecek arazi ve arsalar hakkındaki 7367 sayılı Kanunun 1 ve 775 sayılı Gecekondu Kanununun 3. maddelerinin birinci fıkraları ile Hazinenin mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan arazi ve arsalardan Belediye sınırları içerisinde bulunanlar belediye mülkiyetine geçirilirken bu maddelerin ikinci fıkraları ile âmme hizmetine tahsis edilmiş olan yerler yani mer'alar birinci fıkralar hükmü dışında bırakılmışlardır.

Esasen hukuki nitelikleri itibariyle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olan mer'alar özel mülkiyete konu teşkil edemezler ve bunun sonucu olarak aslında özel mülkiyet düzenine tâbi tutulamıyacak olan bu gibi yerlerin mülkiyetinin devredilebileceği de düşünülemez.

Açıklanan şu hükümlerle Ondördüncü Hukuk Dairesi'nin bozma ilâmındaki sebepler yerinde görülmüştür (Yüce Kurul kararının bundan sonraki bölümünde olayı halen yürürlükte olmayan Toprak ve Tarım Reformu Kanunu açısından değerlendirmiş ve aynı sonuca ulaşmıştır.

S o n u ç : Yukarıda 1 ve 2 numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle usul ve yasaya aykırı olan direnme kararının bozulmasına karar verildi" (4).

---

(4) HGK., 26.3.1976 T., 1975/14-19 E., 1976/1172 K.

c– Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında, 775 sayılı Gecekondu Kanununun yürürlüğünden sonra Hazineye geçen taşınmazlara söz konusu Kanunun uygulanmıyacağına karar vermiştir. Bu karar özellikle kadastro tesbti ile sonradan Hazine adına tesbit edilen ve edilecek taşınmazlar bakımından son derece önemli olması bakımından aynen alınmıştır:

"Taraflar arasındaki men'i müdahale, ecrimisil ve kâl davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 10. Hukuk Mahkemesi'nce davanın aktif husumet ehliyeti bakımından reddine dair verilen 13.2.1978 gün ve 1975/756-1978/81 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 17.5.1978 gün ve 1978/5963-5705 sayılı ilâmiyle; (...Dava konusu taşınmaz 1969 tarihinde, 775 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Hazine adına intikal gördüğüne göre belediyeye devri söz konusu olamıyacağından ve Hazinenin aktif husumet yetkisine sahip olduğu düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Yerel mahkeme yaptığı duruşma sonunda (...taşınmazın mülkiyetinin, 775 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 30.7.1966 tarihinde belediyeye geçmiş olduğunu ve o tarihte taşınmazın henüz Hazine adına tapuya tescil edilmemiş olmasının Hazinenin bu iktisabını önleyemeyeceğine göre davacı Hazinenin davasının aktif husumet yönünden reddine...) karar vermiş; ancak karar özel Dairece; (Dava konusu taşınmaz 1969 tarihinde, 775 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Hazine adına intikal gördüğüne göre belediyeye devri söz konusu olamıyacağı) gerekçesiyle bozulmuş ise de, mahkeme, eski kararda direnmiştir.

Dosyaya toplanan delillerden, davaya konu taşınmazın Simyon adına tapuda kayıtlı iken Simyon'un gaip olması sebebi ile mallarının idaresi için Beyoğlu 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce, 22.3.1954 gün ve 88/69 sayılı kararla adı geçene kayyım tayin edilerek taşınmazın mahkemece idare edilmesine başlandığı; on yılı geçen bir süre Simyon'un mallarının kayyım aracılığı ile mahkemece idare edilmesinden sonra Hazinenin 23.12.1967 günlü isteği üzerine 15.4.1969 gün ve 976/244 sayılı kararla MK.nun 32, 34 ve 530. maddeleri uyarınca Simyon'un gaipliğine karar verildiği ve bu karara dayanılarak 9.5.1972 tarihinde taşınmazın Hazine adına tapuya tescil edildiği anlaşılmaktadır. Bu yönden taraflarla özel Daire ve mahkeme arasında bir uyuşmazlık olmadığı gibi, 775 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra Hazinece iktisap edilen taşınmazların Belediyeye intikal etmiyeceği hususunda da bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda uyuşmazlık, (taşınmazın Hazine adına tapuya tescilinden önce, özellikle, 775 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 30.7.1966 tarihinden önce Hazinenin davaya konu taşınmazı iktisap etmiş sayılıp sayılmayacağı) yönünde toplanmaktadır. MK.nun 530/1. maddesine göre, hayat ve mematı belli olmayıpta malları on seneden beri mahkeme marifetiyle idare edilen kimsenin gaipliğine Hazinenin isteği üzerine hükmolunur. Anılan madde uyarınca gaiplik kararının verilmesi için izlenecek usuli yol, MK.nun 32/2.

maddesinde yazılı olanın aynıdır. Ancak, gaiplik kararının hüküm ifade edeceği tarihi belirleyen MK.nun 34/3. maddesi hükmü ile gaipliğine hükmedilen kimsenin mallarının Hazineye ne zaman intikâl edeceğine dair aynı Kanunun 530/2. maddesi hükmü aynı nitelikte olmadığından, bu iki hükmü kıyaslamağa ya da MK.nun 530. maddesinin ikinci fıkrasının aynı Kanunun 32/2. maddesi gibi yorumlanmasına imkân yoktur. Sözü edilen Kanunun her iki maddesinde yazılı hükümler kendi konularında ayrı nitelikte olup, yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar da açıktır.

Olayda, bu tarih, usulen yapılan ilâna rağmen hiç bir hak sahibinin çıkmaması üzerine Simyon'un gaipliğine karar verildiği 15.4.1969 tarihi olmaktadır. Onun için gaibin mallarının Hazineye 15.4.1969 tarihinde intikal ettiğinin kabulü gerekir. Tescil işleminin gecikmeyle daha sonra yapılmasının ise olayda önemi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Özel Daire bozma kararına uyularak, gaipliğine karar verilen Simyon'un mallarının 775 sayılı Gecekondu Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra Hazineye intikal ettiğinin kabulü ile davaya devam olunması ve tarafların iddia ve savunması hakkında toplanacak delillerin sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı sebep ve düşüncelerle eski kararda direnilmesi usul ve kanuna aykırıdır. O halde direnme kararının bozulması gerekir (5).

d– Mülkiyetin Hazinede kaldığını açıkça vurgulayan şu karara yer vermekte yarar vardır.

7. Hukuk Dairesi'nin ilâmıyle; nizalı yerin mer'a tahsis belgesi bulunmamakta ise de; bir yer bir belde ya da köy halkı tarafından geleneksel biçimde ve başlangıcı bilinmeyen bir süreden beri mer'a olduğunun kabulü zorunludur. Bu tür mer'alar Belediyenin sınırları dışında ise gerçek sahibi Devlettir. Köyler ya da Belediyeler kullanma hakkına sahiptirler. Belediye Kanununun 159. maddesi Belediye sınırı içindeki mer'aların tüm hakları o belediyeye ait olduğu hükmünü taşımakta ise de olayda nizalı parselin Belediye sınırları dışında bulunduğu ve bu yerden yararlanma hakkının (A) Belediyesi sınırları içinde bulunan mahallere ait olduğu saptanmıştır. Bu durumda Belediye mer'aların sahipliğine değil sınırları içinde bulunan mahallelerin yararlanma hakkına dayanmaktadır. (A) Belediyesi'nin hakkı bu biçimde sınırlı bulunmaktadır (6).

2 – DAİRE KARARLARI

a) Danıştay Birinci Dairesi, Milli Emlâk Genel Müdürlüğü'nün başvurusu üzerine 3194 sayılı İmar Kanununun 11. maddesi ile ilgili görüşünü şu şekilde bildirmiştir:

"3.5.1985 günlü ve 3194 sayılı İmar Kanununun 11 inci maddesinin son fıkrası hükmünün uygulanmasında ortaya çıkan duraksamanın giderilmesi için istişari düşünce

(5) HGK., 24.12.1982 T., 1980/1-43 E., 1982/982 K.

(6) HGK., 1.6.1984 T., 643 K.

istemine ilişkin Milli Emlâk Genel Müdürlüğü Mile 10. Şb. 3122-3558/36739 sayılı yazısında aynen :

"İmar planları içine alınan mer'aların mülkiyeti konusunda Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ile Bakanlığımız arasında, Kanunun 11. maddesinin son fıkrasının yorumu açısından görüş farklılığı meydana gelmiştir.

3.5.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanununun 11. maddesinin son fıkrası şöyle demektedir :

Hazırlanan imar planı sınırları içindeki kadastrol yollar, meydanlar ile mer'alar, imar planının onayı ile bu vasıflarını kendiliğinden kaybederek, onaylanmış imar planı kararı ile getirilen kullanım amacına konu ve tabi olurlar".

Görüş ayrılığına konu bu son fıkra ile ilgili olarak tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 7.11.1985 gün ve 1477 sayılı genelgenin eki yönergede;

"İmar planı sınırları içinde kadastrol yollar, meydanlar ile Medeni Kanunun 641. maddesi kapsamında olup, 766 sayılı Tapulama Kanununun 35. maddesi gereğince sınırlandırılması yapılan mer'a, yaylak, kışlak ve harman yerleri ile tesbit harici bırakılan yerler hazırlanan imar planının onayı ile bu vasıflarını kendiliğinden kaybederek onaylanmış imar planı kararı ile getirilen kullanma amacına konu ve tabi olurlar.

1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesi ile belediye sınırları içerisindeki sahipsiz arazi mahiyetindeki seyrangâh, harman yeri, çayır ve mer'alar belediyelere devrolunmuştur.

Büyük Millet Meclisi'nin 17 Mayıs 1934 tarih, 808 sayılı Tefsir kararında da belediyelere devrolunan hususun yalnız idare ve nezaret hakkı olmayıp tasarruf hakkını da kapsadığı belirtilmiştir.

Bu nedenle; imar planları içerisinde kalan mer'a, yaylak, kışlak, harman yeri, seyrangâh ve çayırlar ile tescil harici bırakılmış yerlerin tescili için Medeni Kanunun 912. maddesindeki tescili muktazi ayni hak doğmuş olacağından belediye sınırları içerisindeki bu gibi yerlerin imar parselasyon plânının uygulanması sırasında, arsa vasfı ile planda gösterilen kullanım ve kamu hizmetine tahsis amacına göre belediye veya Hazine adına tescil edilecek ve belediye adına yapılan tescillerden Hazineyi temsilenMaliye kuruluşuna bilgi verilecektir" (7).

Denilmektedir.

Görüldüğü üzere, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü imar planı sınırları içine alınan mer'a, yaylak, kışlak gibi yerleri belediye adına tescil edilmesini 3 Nisan 1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanununun 159. maddesine ve bu maddeye ilişkin TBMM.' nin 17.5.1934 gün ve 808 sayılı Tefsir kararına dayanmaktadır.

---

(7) Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü bu görüşünü sonradan değiştirmiştir.

1580 sayılı Kanunun 159. maddesi ile 808 sayılı Tefsir kararı dikkatlice incelenecek olursa, belediyelere devredilen hususun mer'aların kullanım, yönetim ve gözetim hak ve sorumluluğu görülür.

Tefsir kararında yer alan tasarruf deyimi tapu mevzuatındaki mülkiyet hakkı karşılığı olan teknik ifade değildir.

Bilindiği üzere mer'alar bir köy veya belediye halkının hayvanlarını otlatmaları için ayrılmış kamu mallarındandır. Kendilerine mer'a tahsis edilen köy veya belediye tüzel kişiliğinin mer'alar üzerindeki hakkı sadece kullanmaya ilişkindir. Bu hakka paralel olarakta koruma ve gözetmek görevleri vardır.

Bu tür malların özel mülkiyete konu olabilmesi için bir kamu otoritesinin idari bir tasarrufla mer'anın tahsis cihetini değiştirmesi gerekmektedir. Hukukumuzda bu yetki zaman zaman çeşitli kuruluşlara verilmiştir. Son olarak mer'aları tahsis etmek veya tahsis şeklini değiştirmek yetkisi 9.5.1985 gün ve 3202 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK.nin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 2/p, 9/d maddeleri ile adı geçen kuruluşa verilmiştir. Ancak, anılan kuruluşun bu yetkisi genel bir yetkidir. Çünkü, İmar Kanununun 11. maddesi ile bu konuda bir ayrım gözetilmiş ve ister belediyece, ister Valiliklerce yapılsın imar planı içinde kalan mer'aların hukuki niteliklerinin kendiliğinden kalkacağı kabul edilmiştir. Yani Belediye ve Valiliklere imar planı yapmaları koşuluyla dolaylı şekilde mer'aların hukuki niteliğini kaldırma yetkisi verilmiştir.

Görüldüğü üzere, 3194 sayılı İmar Kanununun 11/son maddesi, mer'aların mülkiyetini saptayan ve bu mülkiyeti belediyelere ya da Valiliklere nakleden bir hüküm değildir. Sadece mer'alık niteliğinin Belediye ya da Valiliklerce imar planı düzenlenerek kaldırılmasını sağlayan yetkiyi ifade etmektedir.

Uygulamada, belediyeler, imar planları yoluyla mer'alardan; özel mülkiyete konu olabilecek mesken, sanayi, ticaret alanı gibi yerleri de Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün anılan genelgesine dayanarak kendi adlarına tescil ettirmektedirler. Buna karşılık yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle Bakanlığımızca bu tescillere karşı dava yoluna gidilmektedir.

Bilindiği üzere, kamu idareleri arasında bu tür uyuşmazlıklar 29.6.1938 gün ve 3533 sayılı Kanuna göre tahkim yoluyla çözümlenmektedir. Bakanlığımızca bu yola başvurulduğunda lehimize karar alınmaktadır. Fakat anılan kurum temyiz yolunu kapadığı için Yargıtaya gidilmemekte ve bu konuya ilişkin bir karar alınması mümkün olmamaktadır.

Ancak; mer'aya tecavüz dolayısıyla verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.3.1976 gün ve 1975/14-19 E., K. 1976/1172 ve Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesinin 16.2.1987 gün ve 1986/7221 Esas, 1987/926 Karar sayılı ilâmlarında, 1580 sayılı Kanunun 159. maddesi ile 808 sayılı TBMM. Tefsir kararı etraflıca incelenmiş, belediyelere bırakılan tasarruf, idare ve nezaret hakkı olduğu, mer'aların mülkiyetinin devredilmediği sonucuna varılmıştır.

Bu nedenle,

3194 sayılı İmar Kanununun 11/son maddesinin imar planları içine alınan mer'aların mülkiyetinin belediyelere devrine imkan verip verilmediğine ilişkin belediyelerle Hazine arasında süre gelen ihtilafın kesin surette çözümü için Danış'tayın istişari görüşüne ihtiyaç duyulduğundan, yazımızın 2575 sayılı Kanunun 23/e maddesi gereğince Danıştay Başkanlığına havale edilmesine müsadelerinizi arz ederim denilmektedir.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Üye Birsen Çırakman'ın "İmar planları içine alınan mer'aların mülkiyeti konusunda Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü ile Maliye Bakanlığı arasında 3194 sayılı Yasanın son fıkrasının yorumundan doğan görüş ayrılığının giderilmesi istişari düşünce isteminin konusunu oluşturmaktadır.

3194 sayılı Yasanın son fıkrası, "Hazırlanan imar planı sınırları içindeki kadastrol yollar, meydanlar ile mer'alar, imar planın onayı ile bu vasıflarını kendilğinden kaybederek, onaylanmış imar planı kararı ile getirilen kulanma amacına konu ve tabi olurlar" hükmünü amir bulunmaktadır. Fıkrada sayılan yerler aslında kamunun yararlanmasına ayrılmış veya tahsis edilmiş, tapuda tescile tabi olmayan kamu mallarıdır. Bu malların onaylanmış imar planı kararı ile bu vasıflarını kendiliğinden kaybedecekleri ve planda belirtilen kullanma amacına tabi olacakları açıktır. Fıkra, mer'a olmaktan çıkan bu yerlerin mülkiyetinin devrini öngören bir hükmü içermemektedir. Ancak, bu hükümle, Belediye ve Valiliklere, imar planı düzenleyerek, mer'a olan bir yerin bu niteliğinin kaldırılmasını sağlayan bir yetkiyi kullanma olanağı tanınmaktadır.

3402 sayılı Kadastro Kanununun 48 nci maddesiyle yürürlükten kaldırılan Tapulama Kanununun 35. maddesinde "Mer'a yayla..... gibi âmmenin istifadesine tahsis edildiği veya kadimden beri umumun istifade ve intifa ettiği, belgelerle veya bilirkişi ve şahit beyanı ile tevsik edilen ortamalı arazi sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır.

Bu sınırlandırma tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirtilen gayrimenkuller hususi Kanunlarında yazılı hükümler mahfuz kalmak üzere hususi mülkiyete konu teşkil etmezler" denilmektedir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16. maddesinin 8. bendinde de aynı mahiyette bir hükme yer verilmiş bulunmaktadır. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere mer'alar, mer'a olarak tapuya tescili gerekmeyen ve özel mülkiyete konu olmayan gayrimenkullerdir. Sözü geçen 11 nci maddenin son fıkrasına göre, mer'alar bu niteliklerini planın onayı ile birlikte yitirdikleri anda plandaki kullanım amacına göre mülkiyetinin kime ait olacağı sorunu ortaya çıkmamaktadır.

Duraksama, mer'adan elde edilen ve imar planlarında konut, sanayi ve ticaret alanı gibi özel mülkiyete konu olacak biçimde belirlenen yerlerin mülkiyetinin kime ait olacağı konusunda belirmektedir.

Türk Kanunu Medenisinin, sicile mukayyet olmayan gayrimenkuller başlıklı 912. maddesinde "Kimsenin hususi mülkiyetinde bulunmayan ve âmmenin kulanmasına

tahsis edilen gayrimenkuller, onlara müteallik ve tescili muktazi aynî bir hak olmadıkça, tescile tabi değildir.

Sicile mukayyet bir gayrimenkul, kaydı lazım gelmeyen bir gayrimenkule tehavvül ettikte; kaydı sicilden çıkarılır" hükmü yer almaktadır. Bu durumda mer'a iken imar planında özel mülkiyete açılan bir yer için tescili gereken bir aynî hakkın doğduğundan kuşku duyulamaz.

3194 sayılı İmar Kanununun 11. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında Hazine ve Belediye adına tapuda tescilli olup, imar planında umumi hizmetlere ayrılan yerler için yapılacak tapu terkinine, tapuya verilecek şerhe, bu yerlerin kullanış şeklinin yeni bir imar planıyla değiştirilmesi halinde yapılacak işlemlere ilişkin hüküm sevkedilmiştir. Maddenin son fıkrası ise, esasen kamunun yararlanmasına tahsis edilmiş ve ayrılmış bulunan ve tapuda tescilli bulunmayan kadastrol yollar, meydanlar ve mer'alar hakkında olup imar planının tasdikiyle bu gibi yerlerin yalnızca plandaki kullanım amacına tabi kılınacağı yolunda hüküm içermektedir. İmar planlarında genel hizmetlere ayrılan yerler esasen özel mülkiyete konu olmamaları nedeniyle tescile tabi bulunmadıklarından, mer'alara isabet eden plandaki bu hizmetlere ayrılan yerler için, olsa olsa, tahsis şekli değişmiş olmakta ve umumun başka bir yararı için kullanılır hale dönüşmektedir. Bu yönüyle de mer'a niteliğini kaybettikten sonra plan kararıyla yol, meydan, park gibi olan yerlerin mülkiyetinin kime ait olacağı sorunu ortaya çıkmamaktadır.

Mer'a niteliğini kaybeden yer, imar planında özel mülkiyete konu olacak bir arsa vasfını almışsa bu nitelikteki arazinin malikinin Hazine olacağı tabidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.3.1976 gün ve E. 1975/1419, K. 1986/1172 ve Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 16.2.1987 gün ve 1986/7221 esas, 1987/926 karar sayılı kararları da bu görüşe dayanmaktadır.

Nitekim, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18. maddesinde de kamu mallarını belirleyen 16. maddesi hükümleri dışında kalan ve tescile tabi bulunan taşınmaz mallarla tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerlerin Hazine adına tesbit olunacağı ifade edilmektedir.

Bu nedenlerle, mer'aların hazırlanan imar planında, konut, ticaret ve sanayi alanı gibi özel mülkiyete konu olacak bir kullanım biçimine dönüştürülmesi halinde bu yerlerin, belediye adına tescilinin mümkün bulunmadığı ve Hazineye ait olması gerektiği mer'alardan genel hizmetlere ayrılan yerlerin daha sonra plan değişikliğiyle özel mülkiyete konu alanlara dönüştürülmesi halinde de belediye adına tescilin yapılamayacağı" yolundaki gerekçedeki ayrışık oyuna karşı; istişari görüş isteminin konusunu, 3.5.1985 günlü ve 3194 sayılı İmar Kanununun 11. maddesinin son fıkrası hükmünün, imar planı içine alınan mer'aların mülkiyetinin belediyelere devrine olanak verip vermediği hususu oluşturmaktadır.

3.5.1985 günlü ve 3194 sayılı İmar Kanununun Kamuya ait gayrimenkuller başlığını taşıyan 11. maddesi, "imar planlarında; meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan Vakıf-

lar Genel Müdürlüğü'ne ait gayrimenkuller ile askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ile ülke güvenliği ile doğrudan doğruya ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerine ait harekat ve savunma amaçlı yerler hariç Hazine ve Özel İdareye ait arazi ve arsalar Belediye ve Valiliğin teklifi, Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye, belediye ve mücavir alan hudutları dışında özel idareye bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir. Ancak, bu yerlerin üzerinde bina bulunduğu takdirde, arsası hariç yalnız binanın halihazır kıymeti için takdir edilecek bedel ödenir. Bedeli ve ödeme şekli taraflarca tespit olunur.

Bu suretle maledilen arazi ve arsalar belediye veya özel idare tarafından satılamaz ve başka bir maksat için kullanılamaz. Bu hususta tapu kütüğünün beyanlar hanesine gerekli şerh konur.

Bu yerlerin kullanış şekli, yeni bir imar planıyla değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde, bu yerler devir alınan idareye belediye veya özel idarece aynı usulle iade edilir. Buna aykırı davranışı sabit olan ilgililer şahsen sorumludur. Bu terkinler hiçbir şekilde resim, harç ve vergiye tabi değildir.

Hazırlanan imar planı sınırları içindeki kadastrol yollar, meydanlar ile mer'alar, imar planının onayı ile vasıflarını kendiliğinden kaybederek, onaylanmış imar planı kararı ile getirilen kullanma amacına konu ve tabi olurlar" hükmünü taşımaktadır.

İdare yazısında İmar Kanununun 11. maddesinin son fıkrasının yorumundan duraksama olduğu ileri sürülmekteyse de, bu fıkranın amaç ve anlamını belirlemek için maddeyi bir bütün olarak incelemek gerekmektedir. Madde bir bütün olarak incelendiğinde de imar planı içine alınan mer'aların bu planda tahsis edildiği amaca göre mülkiyet konusu değişmektedir.

3194 sayılı Yasanın 11. maddesinin son fıkrası hükmü, bu Kanuna göre hazırlanan imar planları içine alınan mer'aların, hukuki vasfını imar planının onayıyla birlikte kendiliğinden kaybedeceğini ve onaylanmış imar planı kararıyla getirilen kullanma amacına konu ve tabi olacağını öngörmektedir.

Bu hükme göre, daha önce mer'a olan bir yer, imar planıyla başka bir amaca tahsis edilmiş ise, o yerin mer'alık vasfı ortadan kalkmakta ve imar planının onaylanmasıyla birlikte tahsis yönü değişerek planda gösterilen amaçlar için kullanılabilir hale gelmektedir.

Bu durum, imar planı sınırları içine alınan mer'aların hepsinin belediye veya özel idareye terkine olanak vermemekte ancak, imar planları içine alınmakla mer'alık vasfı değişen bu yerlerin, a) imar planında meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi genel hizmetlere ayrılan bölümlerinin 11. maddenin yukarıda metni yazılı birinci ve ikinci fıkraları hükümlerinin uygulanması suretiyle belediye veya özel idareye bedelsiz terkine imkan vermektedir. b) Sözü geçen 11. maddenin son fıkrasında sayılan yerler (kadastrol yollar, meydanlar ile mer'alar) onaylanmış imar planında genel hizmetler dışında bir amaca ayrılmışsa, örneğin, özel mülkiyete konu olabilecek konut, sanayi ve ticaret alanı olarak belirlenmişse bu alanların belediye ve-

ya özel idareye terkininin söz konusu olamıyacağı kuşkusuzdur. c) Mer'aların imar planında, önce, genel hizmetlere ayrılması ve bu nedenle belediye veya özel idarelere mal edilmesinden sonra plan değişikliğiyle özel mülkiyete konu olabilecek yapı alanlarına dönüştürülmesi halinde ise bu yerlerin devir alınan idareye geri verileceği 11. maddenin 3. fıkrasında açık hükme bağlandığından bu taşınmazların bu yolla da belediye adına tesciline olanak bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, imar planı sınırları içindeki mer'aların; a) planın onayıyla birlikte hukuki bakımdan mer'alık niteliğini yitireceği, b) bu yerlerden genel hizmetlere ayrılanların belediye veya özel idareye bedelsiz terkinin gerekeceği, c) genel hizmetler dışında özel mülkiyete konu olabilecek bir amaca ayrılan yerlerin onaylanmış imar planıyla getirilen kullanma amacına konu ve tabi olacakları ancak, bu durumun mer'alardan elde edilen yerlerin belediyeler adına tescilini gerektirmeyeceği mütalaa kılınmakla dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına, 10.2.1989 gününde esas yönünden oy birliği, gerekçede oy çokluğuyla karar verildi (8).

(SÜRECEK)

(8) Danıştay 1. Dairesi'nin 10.2.1989 gün, E. 1988/120, 1989/19 K. sayılı kararı.

MİLLETLERARASI TAHKİM

Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

(M.) ve Tahkim Mahkemesine (Kamu Müracaatı) karşı Fincantieri - Cantieri Navali İtaliani S.P.A. ve Oto Melara S.P.A. dâvasında I. Hukuk Dairesi'nin 23 Haziran 1992 tarihinde verdiği karar.

Milletlerarası Tahkim; tahkime müracaat edilebilirlik (Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu, madde 177 fıkra 1).

1. Tahkime müracaat edilebilirliği tanımı (gerekçe 3a); Federal Mahkemenin inceleme yetkisi (gerekçe 2); "mamelek nitelikli dâva" düşüncesi (gerekçe 3b).

2. Tahkime müracaat edebilme ve kamu düzeni (gerekçe 3c). Tahkime müracaat edebilme ve İsviçre'de verilen hakem kararlarının yabancı ülkede tenfizi (gerekçe 3d).

A) Fincantieri - Cantieri Navali İtaliani S.P.A. ve Oto Melara S.P.A. savaş malzemesi imalinde uzmanlaşmış, İtalyan Hukukuna göre kurulmuş, millileştirilmiş şirketlerdir. 1979 ve 1980 yıllarında, IRAK Cumhuriyeti'ne gemi ve diğer askeri ekipmanlar satımı için satış temsilcisi olarak aracılık etme işini (M)'ye verdiler. 1987'ye kadar bu devletle yapılmış olan sözleşmeleri ve acente sözleşmeler düzenli olarak ifa edildi. Müteakiben, IRAK yetkili makamı tarafından ödemeler askıya aldığından güçlükler doğdu.

B) 4 Aralık 1989'da, (M) haklı olduğunu iddia ettiği ücret ödemesini elde etmek için yukarıdaki adı geçen iki şirkete karşı bir tahkim dâvasını Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı nezdinde açtı. 1990 ve 1991 yıllarında IRAK Cumhuriyeti ile tüm ticari ilişkileri, özellikle fiilen yasaklayan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği kararlara istinaden –çoğu dev-

---

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

KAYNAK : Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil Officiel, 118e volume, Partie II, Droit Civil, 22.02.1993/271 p. 353-358.

letler gibi İtalya ve İsviçre, Birleşmiş Milletler kararlarını dahili hukukunda kabul etmişlerdir– dâvalılar bu dâvanın tahkime konu olamayacağı nedeni ile tahkim mahkemesinin yetkisizliği itirazını öne sürdüler.

Cenevre'de toplanan tahkim mahkemesi ihtilâfı çözümlemede 25 Kasım 1991'de bir ara kararı ile kendi yetkisini kabul etti.

C) Dâvalılar LDIP md. 191 f. 1 ve OJ md. 85 (c) anlamında ara kararın iptalini istemek için LDIP md. 190 f. 2 b'de öngörülen gerekçeyi ileri sürdükleri kamu müracaatını yaptılar.

Temyiz safhasındaki dâvalı, müracaatın reddini istedi. Tahkim Mahkemesi ise müracaat sahiplerinin delillerine dayanarak hüküm vermekten vazgeçti.

13 Mayıs 1992 tarihli kararı ile 1. Hukuk Dairesi Başkanı, temyizdeki dâvacılar tarafından takdim edilen askıya alıcı sonucu olan dilekçesini reddetti.

Federal Mahkeme müracaatı reddetti.

HUKUKİ GEREKÇELER

1) Tahkim anlaşmasının yapılması esnasında taraflar İsviçre'de ikâmet etmediklerinden ve tahkim mahkemesinin toplantı yeri Cenevre'de olduğundan, Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunun 12. babı hükümleri, münhasır bir anlaşmanın bulunmaması halinde, dâvaya uygulanır (LDIP md. 176 f. 1 ve 2).

2) Temyiz edilen karar kısmî bir hakem kararıdır veya daha açık ifade etmek gerekirse Federal Mahkeme tarafından kullanılan terminolojiye göre (ATF 116 II 82 gerekçe 2b) bir ara kararıdır (Zwischenentscheid). Bu, usulün ön sorunlarını çözümleyen daha doğrusu, hakemlerin yetkilerini çözüme bağlayan bir hakem kararıdır. İlke olarak, işaret edilen Federal Mahkeme kararında belirtildiği gibi OJ'nin m. 85 (c) fıkrası Kamu Hukuku müracaatı Lato Sensu (ATF II 85 gerekçe 3b) kısmî hakem kararına karşı kabul edilemez. Hadise hakem kararı hakem mahkemesinin kendi yetkisi üzerinde karar kıldığı (bkz. LDIP md. 86 f. 3 hadise karardan bahseder) kurala bir istisna teşkil eder, bu karar, Federal Mahkeme önünde doğrudan doğruya temyiz edilebilir ve edilmelidir (LDIP md. 190 f. 3). Federal Mahkeme, hakem mahkemesinin kendi yetkisine ilişkin kabul veya kabul etmeme kararının haklı olup

olmadığını serbestçe inceler (ATF 117 II 97 gerekçe 5a).

3-a) Tahkime müracaat edebilme, hakemlerin yetkisinden hareketle tahkim anlaşmasının geçerlilik şartıdır (ATF 117 II 98 gerekçe 5b; A. BUCHER, le nouvel arbitrage international ensuisse, p. 37 n. 86; LALIVE/POUDRET/REYMOND, le droit de l'arbitrage interne et international ensuisse, p. 381 n. 4; LALIVE Arbitrage international FJS n. 946 p. 7/8). Objektif anlamında bu terim, tahkim yolu ile çözümlenmeye müsait olan dâvaları tayin eder (Ratione personae olarak tahkime müracaat edebilmeye karşın ratione materiae tahkime müracaat edilebilirlik, başka bir deyişle tarafların tahkim anlaşmasını yapmaya ehil olup olmadığını belirtir). Tahkime müracaat edilebilme sorununu çözüme kavuşturmak için İsviçreli kanun koyucu kanunlar ihtilâfı kuralına istinad ederek çözümden bilinçli olarak vazgeçerek (uygulanacak hukuka bağlanma, tarafların idare merkezinin bulunduğu yer hukununa veya hakimin hukukuna lex fori), tahkime tabi kılma imkânını öngörerek ihtilâf konusuna istinaden "Mameleke bağlı her dâva" Milletlerarası Özel Hukukun bir maddi kuralını ihdas etme yolunu seçmiştir (LDIP md. 177 f. 1; Milletlerarası Özel Hukuka dair Federal Kanuna ilişkin 10 Kasım 1982 tarihli tavsiye; FF 1983 1445 ss; LALIVE/POUDRET/REYMOND, op. cit., p. 304/305, n. 1. ad. art. 177 LDIP, LALIVE, op. cit., p. 8; BUCHER, op. cit., p. 38, n. 90; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz p. 54). Kanun koyucu böylece ihtilâf yaklaşımına bağlı tüm güçlükleri (BUCHER, op. cit., p. 38, n. 89 ve 90), özellikle ihtilâfın tahkime müracaat edilebilirliğini tayin etmede uygulanacak hukukun araştırılması gereğini hariç tutmak istemiştir (LALIVE, Ibid). Kabul edilen bu çözüm, örneğin İsviçre kantonlararası iç tahkim hukukuna karşın devlet mahkemelerinin münhasır yetkisine dokunmayıp (bkz. CIA. 5) icabı halde federal kanun koyucunun niyetini milletlerarası tahkime geniş ölçüde açık tutulduğunu beyan ediyor (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op. cit., p. 305/306, n. 2; SCHLOSSER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichts barkeit, 2e éd. p. 211/212, n. 291).

b) Müracaat sahipleri, temyizde dâvalı durumda olanın ücret ödenmesihakkına ilişkin ihtilâf konusunda LDIP md. 177/1 anlamında mamelek niteliğine haklı olarak karşı çıkmamaktadırlar. Gerçekten, aktif ve pasif olarak taraflar için parasal değeri olan tüm talepler, diğer bir deyişle, en azından taraflardan biri için, parasal olarak değerlendirilebilen menfaat bu hükmün içine girer (BUCHER, op. cit., p. 38 n. 90; LALIVE/POUDRET/REYMOND, op. cit., p. 306 n. 2, ad. art. 177 LDIP, LALIVE, Ibid; WALTER/BOSCH/BRÖNI-

MANN, op. cit., p. 58/59). Üstelik, LDIP md. 177 fıkra 1 hükmü bir dâvanın açılabilirliğini onun ihtilâflı bir hak olmasına bağlamaz. WENGER'in yaptığı gibi, CIA madde 5'e göre tasarruf özgürlüğü ile bu tasarruf anlamında "mamelek niteliğinin" özümlenmesi hatalı olur (in Bulletin ASA 1992/1 p. 20; aynı dergide Poudret'in sert tenkidine bakınız sh. 29/30). Burada birbirinden farklı iki kıstas sözkonusudur. Kanun koyucu isteyerek ikinciden çekimserliğini ifade etmiştir ki bu ikinci ihtilâfı çözümün seçimini milletlerarası hususta öngörmektedir. Tahkime tabi hukuk ilişkilerinin niteliğinin değerlendirilmesi onun tabi olduğu maddi hukukun incelenmesini gerektirir (WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, op. cit., p. 57).

O halde, LDIP md. 177 f. 1 anlamında bu dâvanın İsviçre Hukuku nazarında tahkime konu teşkil edebileceğini kabul etmek gerekir.

c) Aksine bir çözümün kabulü halinde, müracaat sahipleri iddia etmektedirler ki, Irak Cumhuriyeti'ne karşı Birleşmiş Milletler tarafından alınan ticari ambargo, bu devletle yapılan sözleşmelerden doğan taleplerin ileri sürülmesi imkânını hariç tutmaktadır. Netice olarak, bu taleplerin hakem mahkemesine sunulmasına. Bu ihtilâfın hakemde görülebilmesi LDIP md. 177 f. 1'den bağımsız olarak hakem yetkilerini hariç tutmak sonucu doğuran kamu düzeninin kesin olarak ihlâl edilmesi anlamına gelmez.

Kanun koyucu, dâvanın tabi olduğu hukuku değil, konunun niteliğine bağlı hakeme müracaat edilebilirlik kıstasını seçmiş olduğundan ilke ihtilâf için tahkime müracaat edilebilirliğe ilişkin yabancı hukukun kısıtlama ve yasaklarını dikkate almanın yeri yoktur (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op. cit., p. 308, n. 5; LALIVE Ibid). Fakat şu gerçeği de bilmek gerekir ki doktrinde, İsviçre'de bulunan Tahkim Mahkemesinin Milletlerarası Tahkim çerçevesinde kamu düzeni ile bağdaşmayan ihtilâfın hakeme gidilebilirliğini mamelek hususunda kabul etmeye yetkili olmadığını kabul eden fikir de mevcuttur (BUCHER, op. cit., p. 41, n. 98 et 100; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Ibid, POUDRET, op. cit., p. 30, ch. 3; plus réservé WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, op. cit., p.60, ch. 1, et LALIVE Ibid). Zira, bu son fikir, bütün yazarlar için aynı anlamda kabul görmez (İsviçre veya yabancı kamu düzeni Bucher için Ibid; Poudret için İsviçre Milletlerarası Kamu Düzeni Ibid, LALIVE/POUDRET/REYMOND Ibid). Bununla beraber, aşağıda işaret edilen gerekçelerin varlığında her türlü kamu düzeni ihlali hariç tutulduğundan bu sorunların incelenmesini daha ileriye götürme ihtiyacı yoktur.

Bu mevcut konu hususunda, kamu düzeni ihtilâflı talebin ancak mutlaka bir devlet makamına tabi olması zorunluğu bulunduğu zaman önemli ola-

bilir. Buna karşın, sözkonusu iddianın kendisinin kamu düzenine ilişkin olması bu dâvanın hakeme müracaat edilebilirliğini engellemeye yetmez; bu takdirde, bu şartı dikkate alma ve icabı halde, LDIP m. 190 f. 2e harfinde öngörülen gerekçe ile bu nokta üzerinde karşı çıkılan hakem kararının hukuken korunması hakem mahkemesine aittir (BUCHER, op. cit., p. 41 n. 99). O halde dâvanın hakemde görülebilmesi ihtilâflı iddianın maddi varlığına bağlı değildir. Buradan hareketle, sadece emredici hükümlere veya maddi kamu düzenini temyiz edilen dâvanın iptalini veya tenfizini takip etme imkânsızlığını gerektirmez. İhtilâfların hallinin ancak kamu düzeni açısından dikkate alınması gerekli olan hükümlerle çözümün münhasır bir devlet mahkemesine ait olduğu taleplerde sözkonusu olabilir. Dâvada, böyle bir durum içinde bulunmamaktayız. IRAK Cumhuriyeti'ne karşı alınan ticari tedbirler, bu tedbirlerin alınmasından önce yapılan sözleşmelerin geçerliliği sorununu ortaya koymaktadır. Bu sözkonusu sözleşmeler ifanın imkânsızlığı görünmektedir, fakat, bu sözleşmelerden doğan ihtilâfların hakeme götüremeyeceği hususunu çıkarmak –herhalükarda müracaat sahipleri bunu kanıtlamamışlardır– mümkün görünmüyor. Dâvalının iddialarını oturttuğu acenta sözleşmesi gibi ilgili sözleşmelerden doğan iddialarda aynı durumdadır. Özellikle, (ATF 116 II 636) Milletlerarası Kamu Hukuku kuralları tarafından etkilenmiş medenî hukuk nitelikli ihtilâfları çözümlemek için devlet hukukunu tekelleştiren hangi temel hukuk prensiplerinin bulunduğunu anlamak güçtür.. Böyle bir varsayımda, gerçekten bu tip kurallarla dâvanın tahkime gidilememesinin ileri sürülmesi değil taleplerin maddi varlığı belirleyicidir. Bu şartlarda, ambargo tedbirlerinin söz konusu sözleşmelere geriye dönük olarak uygulanıp uygulanamayacağını araştırmak gerekli değildir. Eğer onların evrensel niteliği dolayısıyla milletlerarası veya diğer kamu düzenine girmektedirler. Sonuçta, LDIP md. 177 f. 2 açısından müracaat edenler millileştirilmiş şirketler olup, ihtilâfın hakeme müracaat edilebilirliğine karşı çıkmak için bu konuda İtalyan Hukuku muhtemel sınırlayıcı hükümleri ileri süremezler.

d) Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 10.6.1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin 5/2. maddesini (RS O.277.12) ileri sürerek müracaat sahipleri onlara karşı verilen bir hakem kararının imkânsızlığına dair yetkisizlik itirazını aynı şekilde ileri sürmektedirler. Bu hükme göre, âkit devlette bir hakem kararının tenfizi bu devletin kanununa göre ihtilâfın konusu tahkim yolu ile çözümlenemezse (a) bendi veya bu devletin kamu düzenine hakem kararının tenfizi aykırı olursa (b) reddedilebilir.

Hakeme müracaat edilebilirliğin maddi düzenlemesini kabul ederken, Federal kanun koyucu İsviçre'de verilen hakem kararlarının şu veya bu

memlekette tenfiz edilmemesi hususunu kuşkusuz hariç tutmamaktadır. Bununla beraber, her halükarda, bu hakem kararının muhtemel olarak tanınmama olayını tarafların rizikosuna bırakarak bu seçimi yapmıştır (FF 1983 I 447 yukarıda). Şöyle ki, benzeri risklerin varlığı ile hakeme müracaat edilebilirliğin kısıtlayıcı yaklaşımını haklı kılmak mümkün değildir (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op. cit., p. 305 n. 1, ad. art., 177 LDIP; LALIVE, Ibid; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, op. cit., p. 55, plus réservé, SCHLOSSER, op. cit., p. 224, n. 305). Ne olursa olsun, LDIP md. 177 f. 2 bu konuda, temyiz edenlere İtalyan Hukukunun konuya ilişkin hükümlerini ileri sürmesi imkânını kısıtlamaktadır.

4) Böylece bu ihtilâflı sorunun serbestçe incelenmesi esasına dayanan hakem mahkemesi, haklı olarak, tarafların aynı düşüncede olmadığı dâvada, ihtilâfı görmesi için kendisinin yetkili olduğunu kabul etmiştir. O halde temyiz edenlerin tüm iddialarının reddi gerekmiştir.

—oOo—

BOŞANMADAN SONRA NAFAKA VE UYGULANACAK HUKUK

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ*** *: I– Konu. II– Saarbrücken Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 16.3.1993 tarih ve 6 UF 110/91 sayılı kararı. III- S o n u ç.*

I – KONU

Türk vatandaşı olan taraflar 1966'da evlenmişlerdir. Bu evlilik 01.02.1990 tarihinde, Türk Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla boşanmayla sonuçlanmıştır. Almanya'da yaşayan boşanan kadın eski eşinden nafaka talebinde bulunmuştur. Kadın, öğretmen olmasına rağmen iş bulamadığından terzilik yapmaktadır. Davalı eski eş ise maden mühendisi olup erken emekli olmuştur. Kendisi bir Türk kadınıyla yeniden evlenmiş ve davacının ifadesine göre Türkiye'de yerleşmiştir.

Tarafların evliliklerinden halen reşit olan bir kızları olmuştur. Davalı baba bu çocuk için Aile Mahkemesinin 17.02.1989 tarihli kararıyla ayda 800 Mark ödemeye mahkum olmuştur. Bu davada davacı kadın da kendisi için birikmiş olan 3.900 Mark'a ilaveten ayda 650 Mark nafaka talep etmiştir.

Alman Mahkemesi talebi aynen kabul etmiş ve borçlu koca Eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde temyiz talebinde bulunarak davanın reddini istemiştir.

II – SAARBRÜCKEN EYALET YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN 16.03.1993 TARİH VE 6 UF 110/91 SAYILI KARARI

Davalı, davanın reddine ilişkin talebinde kısmen haklıdır. Aile Mahkemesinin olayda, boşanmaya uygulanan Türk Hukukunun bir sonucu olarak

---

(*) Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.

nafakaya da aynı hukuku uygulaması milletlerarası özel hukuk kurallarına uygundur. Nitekim, Alman Medeni Kanununun Yürürlüğe Konulmasına İlişkin Kanunun 18. maddesi de bu hukuka öncelik vermiştir.

Uygulanacak hukuk konusu ayrıca, Türkiye'nin de 01.11.1983'de onaylamış olduğu, Nafaka Alacaklarına Uygulanacak Hukuka İlişkin 02.10.1973 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin 8/I. maddesine göre; nafakaya, eşlerin boşanmalarına karar verildiği ülke hukuku uygulanır. Somut olayda da boşanmaya Türkiye'de karar verildiği için, onun sonucu olarak nafakaya da aynı ülke hukukunun uygulanması zorunludur.

Boşanma ilamının Eyalet Makamları tarafından şeklen henüz tanınmamış olması, tarafların Türk vatandaşı olmaları dolayısıyla fazla bir önem taşımamaktadır.

Bu durumda olaya Türk Medeni Kanununun 134. maddesi uygulanacaktır.

Davacı kadın, nafaka talebini, boşanma davasından ayrı yapmış ve davalı bu konuya itirazda bulunmuştur. Davalı, bidayet mahkemesine, Türk Medeni Kanununun 144. maddesine dayalı olarak iki özel hukuki mütalâa sunmuş ve davacı kadının nafakayı ancak boşanma davası çerçevesinde Türk mahkemesinden talep edebileceğini iddiayla davanın reddini istemiştir. Ancak Aile Mahkemesi bu görüşü paylaşmamış ve İsviçre'den iktibas edilen TMK.nun 144. maddesinden bu sonucun çıkarılamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, nafakanın konusunun da mutlaka boşanma davası çerçevesinde açıklığa kavuşturulması zorunlu değildir. Nitekim, MK.nun 145. maddesi de nafaka konusunda sonradan karar verilebileceğini öngörmektedir. Davalı bu konuda Türk Yargıtayı'nın 1986 tarihli bu kararını ibraz etmişse de, olayda uygulanan MK. hükmü 04.05.1988'de yürürlüğe girdiği için, bu karar gözönüne alınmamıştır.

Bu konuda Yüksek Mahkeme de bilirkişiden görüş almıştır. Bilirkişi, Türk Yargıtayı'nın konuya ilişkin içtihadında bir birlik olmadığı yolunda görüş bildirmiştir. Yüksek Mahkeme, bu durumda Türk öğretisini gözönüne alarak, boşanma davasının sonuçlanmasından sonra da nafaka davası açılabileceğini kabul etmiştir.

Olayda Türk maddi hukuku uygulanacağı için, kusur konusu üzerinde de durulmalıdır. Boşanma davasında eşlerin kusuru konusunda herhangi bir

işaret yoktur. Gerçi Türk mahkemesi davalı kadının, boşanma davasının reddi talebini geri çevirmiştir ama bu, kadının kusurlu olduğunu ortaya koymaz. Kadın nihayet boşanmak istemediğine ilişkin iradesini açığa vurmuştur.

Somut olayda davacı kadın boşanmada kendi kusuru eski eşinden daha ağır olmadığı takdirde nafaka talebine haklı olabilir. Yüksek mahkeme bu konuyu 05.08.1993 tarihli oturumda açıklığa kavuşturmuş ve kadının kusurlu olmadığı kanısına varmıştır. Dinlenen tanık güven veren ifadesiyle kadının kusuru olmadığını açıklıkla ortaya koymuştur.

Bilirkişi raporuna göre Türk hukukunda nafakaya ancak talep tarihinden itibaren karar verilebilir. Bu tarih somut olayda 25.04.1991'dir. Davacı bu tarihten itibaren nafaka talebine haklı olabilir.

MK.nun 144. maddesi bu gibi durumlarda nafaka talebine hak vermektedir. Maddede asgari bir nafaka miktarı güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre nafaka talebinde bulunabilmek için evliliğin sürdürülmesi de şart değildir. Somut olayda Yüksek Mahkeme bu hükme dayanarak davacının zaruret halinde olduğunu da gözönüne almış ve Aile Mahkemesinin, kararını onaylamıştır.

III - S O N U Ç

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 13. maddesinin son fıkrasına göre, "geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri, boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olan hukuka tabidir".

MÖHUK.'nun konuya ilişkin yukarıdaki kanunla ihtilafı kuralı, boşanma ve onun sonucu olan nafaka konusunu aynı hukuka tabi tutmak suretiyle yeknesak bir düzenleme getirmiş olup, Alman Medeni Kanununun Yürürlüğe Konulmasına İlişkin Kanunun 18. maddesi hükmüyle uyum içindedir.

Somut olayda, Alman mahkemesi MÖHUK.'nun 13. maddesine açık bir atıf yapmamış olmakla beraber, uygulanan hukuk ve varılan sonuç, MÖHUK.'un çözüm tarzına uygundur.

Alman Mahkemesi somut olayda ayrıca, Türkiye'nin de taraf olduğu Nafaka Alacaklarına Uygulanacak Hukuka İlişkin 02.10.1973 tarihli Lahey Sözleşmesi'ni de gözönüne almıştır. Mahkemenin bu yaklaşımı da Türk milletlerarası özel hukuk sistemine uygundur. Çünkü, MÖHUK.'un 13. maddesi

konuya ilişkin olarak özel bir kanunla ihtilâfı kuralı koymuş olmakla beraber, 1. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin hükümlerini saklı tutmak suretiyle Lex specialis olarak bu sözleşmelere öncelik vermiştir.

—oOo—

YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK VE VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

- **M. Cahit KESKİN**

1933 yılında Yalvaç'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955 senesinde bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1957'de mesleğe başlayan *Keskin,* sırasıyla; Bingöl Hâkim Yardımcılığı ve Gölpazarı Hâkimliği ile Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

25.1.1979 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve 1983-1987 yılları arasında Yüksek Seçim Kurulu Üyeliği ile Başkanlığı da yapan *Cahit Keskin,* Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 31.5.1994 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

- **Cengiz SANİN**

1934 yılında Adapazarı'nda doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 senesinde bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak aynı yıl mesleğe başlayan *Sanin,* sırasıyla; Nazimiye Hâkimliği, Şarkışla Hâkimliği, Cihanbeyli Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği ile Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

12.11.1987 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Cengiz Sanin,* Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 18.4.1994 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmişitr.

(*) Yargıtay Yayın İşleri Müdürü.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELİĞİ

• **Mustafa YAKUPOĞLU**

14.7.1935 günü Adana'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1961'de mesleğe başlayan *Yakupoğlu,* sırasıyla; Hadim Hâkimliği ve Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

23.11.1989 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Mustafa Yakupoğlu,* Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, 10.5.1994'de Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından belirlenen adaylar arasından, 16.5.1994 günü Cumhurbaşkanınca, Anayasa Mahkemesi Yedek Üyeliğine atanmıştır.

HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU ÜYELİĞİ

• **Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU**

1940 yılında Trabzon'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1963 senesinde bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1967'de mesleğe başlayan *Mollamahmutoğlu,* sırasıyla; Hakkâri Hâkimliği ve Bayat Hâkimliği ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

6.12.1988 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve halen Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdüren, "Türk Ceza Kanununun Yorumu" ile "Ceza Genel Kurulu Kararları" adlı yayımlanmış iki ortak eseri bulunan *Sadık Mollamahmutoğlu,* 28.4.1994'de Yargıtay Genel Kurulu tarafından belirlenen adaylar arasından, 25.5.1994 günü Cumhurbaşkanınca, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yedek Üyeliğine atanmıştır.

YARGITAY ÜYELERİ

• **İsmet KÜRÜMOĞLU**

16.5.1939 günü Erciş'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961 yılında bitirdikten sonra, 30.11.1964 tarihinde Oltu Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlayan *Kürümoğlu,* sırasıyla; Derik Hâkim Yardımcılığı, Çatalzeytin Hâkimliği, Mardin Hâkimliği, Mardin Ceza Hâkimliği, Ankara-Altındağ Hâkimliği ve aynı yer İkinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ile Ankara Dördüncü Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *İsmet Kürümoğlu,* Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Okul OĞUZ**

1935 yılında İstanbul'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1966 senesinde bitirdikten sonra, Karlıova (Bingöl) Hukuk Hâkimi olarak 1966'da mesleğe başlayan *Oğuz*, sırasıyla; Cizre, Şefaatli, Gürün, Merzifon ve Yenimahalle (Ankara) Hukuk Hâkimlikleri ile Ankara 24. Asliye Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen, Fransızca bilen, Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi'nde okutman olan *Okul Oğuz*, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Seydi YETKİN**

16.2.1941 günü Hekimhan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1964 senesinde bitirdikten sonra, Malatya Hâkim Adayı olarak 24.6.1967 tarihinde mesleğe başlayan *Yetkin*, sırasıyla; Erfelek Hâkim Yardımcılığı, Ağrı Hâkim Yardımcılığı ile Ağrı, Çaycuma, Ordu, Yenimahalle ve Ankara Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Seydi Yetkin*, Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Yekdil YASUN**

1939 yılında Ezine'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1964 senesinde bitirdikten sonra, Aralık Hâkimi olarak 30.3.1971 günü mesleğe başlayan *Yasun*, sırasıyla; Şefaatli ve Sürmene Hâkimlikleri, Sürmene Hukuk Hâkimliği ile Afyon, Edremit ve Ankara Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Fransızca bilen *Yekdil Yasun*, Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Ahmet Uğur TURAN**

9.9.1940 günü Afyon'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1968 yılında bitirdikten sonra, Solhan Hâkim Yardımcısı olarak 29.4.1971 tarihinde mesleğe başlayan *Turan*, sırasıyla; Doğubeyazıt, Uluborlu, Şereflikoçhisar Hâkimlikleri; Adalet Müfettişliği ve Adalet Bakanlığı Müşavirliği, Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği ile Adalet Bakanlığı Hâkim ve Savcı Adayları Kurucu Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdür Vekilliği ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

"Kalem Mevzuatı Ders Notları", "Bakanlık Merkez Teşkilatı ve Görevleri", "Ceza Yargılaması Hukuk Bilgisi" adlı eserleri bulunan, Hâkim ve Savcı Adayları Merkezi ile Ankara Adalet Yüksek Okulunda okutman olan ve 29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ahmet Uğur Turan,* Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Lâle GÜRÜN**

18.2.1946 günü Kırşehir'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1967 yılında bitirdikten sonra, Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi olarak mesleğe başlayan Gürün, İkinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

İngilizce ile Almanca bilen ve "Mirasın Taksiminde Takip Edilecek Usuller" adlı yazısı yayımlanan, Almanya'da, "Alman Hukukunda Paylı Mülkiyet" konusunda da 1971 senesinde çalışmalarda bulunan, "Aynî Haklar" konusunda da 1971'de mastır yapan ve 29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Lâle Gürün,* Yirminci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Cafer ŞAT**

1945 yılında Divriği'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1966-1967 öğrenim yılında bitirdikten sonra, Sason Hâkimi olarak 1972 senesinde mesleğe başlayan *Şat,* sırasıyla; Nallıhan ve Ayaş Hâkimlikleri, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği, Adalet Müfettişliği ve Adalet Başmüfettişliği ile Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve İngilizce bilen *Cafer Şat,* Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Fehmi ULUSOY**

1942 yılında Ankara'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1969 senesinde bitirdikten sonra, Hanak Hâkimi olarak 1972'de mesleğe başlayan *Ulusoy,* sırasıyla; Çamlıdere Sorgu Hâkimliği, Çamlıdere Hâkimliği, Mamak Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi Hâkimliği, Yenimahalle Birinci Sulh Ceza Hâkimliği, Ankara Sekizinci Sulh Hukuk Hâkimliği, Ankara Üçüncü ve Dördüncü Sulh Ceza Hâkimlikleri ile Ankara Onikinci Sulh Hukuk ve Dokuzuncu Asliye Hukuk Hâkimlikleri ile Ankara Birinci Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Fehmi Ulusoy,* Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Erol GÜVENER**

28.5.1937 günü Bozüyük'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1969 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim adayı olarak 5.7.1971 tarihinde mesleğe başlayan *Güvener,* sırasıyla; Tutak ve Kızıltepe Hâkim Yardımcılıkları ve Hâkimlikleri ile Silifke ve Adana Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Erol Güvener,* Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Hüveyda KARAKIŞ**

1948 yılında Ankara'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1973 senesinde bitirdikten sonra, Ağrı Hâkimi olarak 1975'te mesleğe başlayan *Karakış,* sırasıyla; Çınar, Diyarbakır ve Ankara Hâkimlikleri ile Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Hüveyda Karakış,* Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Ersan ÜLKER**

1948 yılında Çaycuma'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1972 senesinde bitirdikten sonra, Ordu C. Savcı Yardımcısı olarak 7.5.1977 günü mesleğe başlayan *Ülker,* sırasıyla; Gündoğmuş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Çiçekdağı Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ersan Ülker,* Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

- **Nedim BARAN**

1.1.1950 günü Mazıdağı'nda doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1973 yılında bitirdikten sonra, Felahiye Cumhuriyet Savcısı olarak 23.3.1976 tarihinde mesleğe başlayan *Baran,* sırasıyla; Tatvan ve Manavgat Cumhuriyet Savcılıkları, Sungurlu Ağır Ceza Cumhuriyet Başsavcılığı, Adapazarı Cumhuriyet Savcılığı ile Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, "Çocuk Suçlularının Suça İtilme Sebepleri" adlı, Adalet Dergisi'nde yazısı yayımlanan ve 29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Nedim Baran,* İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

• **Ayşe ÖZÇELİK**

1951 yılında Kemaliye'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1974'de bitirdikten sonra, Muş Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi olarak 23.12.1975 tarihinde mesleğe başlayan *Özçelik,* sırasıyla; Palu Hâkim Yardımcılığı, Sandıklı ve Çatalca Hukuk Hâkimlikleri ile Üsküdar ve Ankara Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

29.3.1994 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Fransızca bilen *Ayşe Özçelik,* Üçüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

• **Turgut UYGUR**

1929 yılında İzmir'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951 senesinde bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 1953'de mesleğe başlayan *Uygur,* sırasıyla; Torul Hâkimliği, Beşikdüzü Hâkimliği ile Afyon Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Afyon Tapulama Hâkimliği, Afyon Asliye Hukuk Hâkimliği ve İstanbul Asliye Hukuk Hâkimliği ile İstanbul İş Mahkemesi Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1973 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen ve "İş Davaları", "Bağ-Kur Kanunu Şerhi", "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar ve Yargılama" ile "Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu" ve "Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku" adlı yayımlanmış eserleri bulunan *Turgut Uygur,* 1981'den beri sürdürdüğü Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığından, 6.5.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• **Ayhan KILIÇCIOĞLU**

5.3.1929 günü Çorum'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 yılında bitirdikten sonra, Çorum Hâkim Adayı olarak 1952'de mesleğe başlayan *Kılıçcıoğlu,* sırasıyla; Sivas, Patnos, Samsun, Çorum Cumhuriyet Savcılıkları, Adalet Müfettişliği, Adalet Başmüfettişliği ve Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkan Yardımcılığı ile İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

21.2.1980'de Yargıtay Üyeliğine, 16.9.1986 tarihinde de İkinci Ceza Dairesi Başkanlığına seçilen *Ayhan Kılıçcıoğlu,* bu görevinden 5.3.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY ÜYELERİ

- **Yusuf YILBAŞ**

1929 yılında Tarsus'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1952 senesinde bitirdikten sonra, Mersin Hâkim Adayı olarak 1954'de mesleğe başlayan *Yılbaş,* sırasıyla; Koyulhisar, Osmaniye, Erciş, Alanya ve Antakya ile Adana Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

26.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Yusuf Yılbaş,* Üçüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden 7.3.1994 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

- **M. Rauf YARDIMCI**

1929 yılında Mardin'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1952 senesinde bitirdikten sonra, Mardin Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Yardımcı,* sırasıyla; Hakkâri ve Diyarbakır Cumhuriyet Savcı Yardımcılıkları, Saray Cumhuriyet Savcılığı, Kahramanmaraş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Cumhuriyet Savcılığı, Rize Cumhuriyet Savcılığı, Alındağ Cumhuriyet Savcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ile Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1984'te Yargıtay Üyeliğine seçilen *M. Rauf Yardımcı,* Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliği'nden 29.1.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

- **Şefik ÇOLAK**

15.9.1928 günü Elazığ'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak aynı yıl mesleğe başlayan *Çolak,* sırasıyla; Hasankale ve Hozat Hâkimlikleri, Malatya Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Gürün Cumhuriyet Savcılığı, Kırşehir Hâkimliği, Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ile Ankara Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Şefik Çolak,* Altıncı Ceza Dairesi Üyeliğinden 15.9.1993 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

- **Coşgun ÖZAYDIN**

1939 yılında Kırıkkale'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961'de bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 1964 senesinde mesleğe başlayan *Özaydın,* sırasıyla; Arguvan Hâkim Yardımcılığı, İkizdere Hâkimliği, Vize Hukuk Hâkimliği, İstanbul Ticaret Mahkemesi Üyeliği, İstanbul Asliye Hukuk

Hâkimliği ve İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanlığı ile İstanbul Altıncı Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

15.8.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Coşgun Özaydın,* Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliği görevinde de bulunmuş ve Onbirinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden, 19.1.1994 günü kendi isteği ile emekliye ayrılmıştır.

- **Settar ATABEK**

1929 yılında Şavşat'ta doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1958'de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak aynı yıl mesleğe başlayan *Atabek,* sırasıyla; İdil Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı; Of, Bafra ve Ankara Hâkimlikleri ile Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

1988'de Yargıtay Üyeliğine seçilen *Settar Atabek,* Onbirinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden 1.7.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılacaktır.

YARGITAY CUMHURİYET SAVCISI

- **Mustafa KIN**

1928 yılında Kilis'te doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra Manisa Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak 1953 senesinde mesleğe başlayan *Kın,* sırasıyla; Lice Cumhuriyet Savcılığı Kahramanmaraş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Elbistan Cumhuriyet Savcılığı ile 21.12.1962 tarihinden beri Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunan *Mustafa Kın,* yasal yaş sınırı nedeniyle 14.12.1993 günü emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY TETKİK HÂKİMLERİ

- **Ahmet FINDIKLI**

12.3.1929 günü Erzincan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1952 yılında bitirdikten sonra, Erzincan Hâkim Adayı olarak 31.5.1954 tarihinde mesleğe başlayan *Fındıklı,* sırasıyla; Hakkâri Hâkimliği, Van Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Yerköy Hâkimliği, Yozgat Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Sarayköy ve Kırıkkale ile Ankara Hâkimlikleri görevlerinde de bulunan *Ahmet Fındıklı,* Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden 11.3.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• **Ali Rıza ÇELİKOĞLU**

1929 yılında Arhavi'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955 senesinde bitirdikten sonra, aynı yıl Ankara Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Çelikoğlu,* sırasıyla; Kurşunlu ve Kalecik Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

"Onyıllık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları" adlı yayımlanmış ortak eseri bulunan *Ali Rıza Çelikoğlu,* Hukuk Genel kurulu Tetkik Hâkimliğinden 1.7.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmışur.

• **Cevdet Hikmet ASLANGÜL**

1929 yılında Kızılcahamam'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Hekimhan Hâkimliği ile mesleğe başlayan *Aslangül,* sırasıyla; Kozaklı Hâkimliği, Niksar Hâkimliği ve Keskin Hâkimliği ile Yargıtay Birinci Başkanlık (Tasnif Kurulu) Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Çeşitli dergilerde şiirleri ile inceleme yazıları yayımlanan ve tanınmış şairlerimizden olan *Cevdet Hikmet Aslangül,* Dokuzuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden 18.8.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılacaktır.

YİTİRDİKLERİMİZ

• **Burhan Cahit KADILAR**

6.2.1935 günü Barla (Isparta)'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957 yılında bitirdikten sonra, Isparta Hâkim Adayı olarak 1959'da mesleğe başlayan *Kadılar,* sırasıyla; Torul, Turgutlu, Senirket Hâkimlikleri, Burdur ve Antakya Hukuk Hâkimlikleri ile Ankara Sulh ve Ankara Hukuk Hâkimlikleri görevinde bulunmuştur.

22.5.1982 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Onuncu Hukuk Dairesi Üyeliği görevinde de bulunan *Burhan Cahit Kadılar,* Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 19.2.1992 günü Onikinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

Çeşitli meslek dergilerinde yayımlanmış yazıları bulunan *Burhan Cahit Kadılar,* 4.4.1994 günü Yargıtay'da meydana gelen müessif yangında yaşamını yitirmiştir.

Yeni seçilen; KESKİN, SANİN, YAKUPOĞLU, MOLLAMAHMUTOĞLU, KÜRÜMOĞLU, OĞUZ, YETKİN, YASUN, TURAN, GÜRÜN, ŞAT, ULUSOY, GÜVENER, KARAKIŞ, ÜLKER VE BARAN ile ÖZÇELİK'e yeni görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; UYGUR, KILIÇCIOĞLU, YILBAŞ, YARDIMCI, ÇOLAK, ÖZAYDIN, ATABEK, KIN, FINDIKLI ve ÇELİKOĞLU ile ASLANGÜL'e yaşam boyu sağlık ve mutluluklar, yitirdiğimiz KADILAR'a Tanrı'dan rahmet dileriz.

—oOo—

YARGITAY YAYINLARI

- **İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ**
  (İkinci Bölüm – Çeşitli Sözleşme İlişkileri – Madde: 184-551)
  Dr. Herman BECKER
  Çeviren: ***Dr. A. Suat DURA***
  1328 sayfa, ofset baskı, lüks ciltli ..... **252.500.- TL.**

- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
  Andreas von TUHR
  Çeviren: ***Avukat Cevat EDEGE***
  1128 sayfa, iki cilt birarada, lüks ciltli ..... **101.000.- TL.**

- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)**
  İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ
  976 sayfa, üç renkli selefon korumalı kapak ..... **50.000.- TL.**

- **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ**
  ADALET YILI AÇIŞ KONUŞMALARI (1943 – 1993)
  Derleyen : ***Ali Rıza GENİŞ***
  624 sayfa, ofset baskı, beş renkli selefon korumalı kapak .... **90.900.- TL.**

- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**
  Ali Rıza GENİŞ
  Yıl: 1975-1981, 593 sayfa, üç renkli gofre kapak ..... **80.800.- TL.**

- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**
  Ali Rıza GENİŞ
  Yıl: 1982-1986, 712 sayfa, üç renkli vernik korumalı
  gofre kapak ..... **80.800.- TL.**

- **YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI**
  HUKUK BÖLÜMÜ
  Cilt: VI, Yıl: 1981-1990 696 sayfa, lüks ciltli ..... **151.500.- TL.**

- **125. YILINDA YARGITAY (1868 – 1993)**
  668 sayfa, renkli ofset baskı, 135 gr. Leykam kuşe kağıt,
  suni deri (siyah – bordo renkli) ciltli ..... **383.800.- TL.**

- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-12 ..... **90.900.- TL.**
Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-12 ..... **121.200.- TL.**
Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-12 ..... **151.500.- TL.**
Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12 ..... **242.400.- TL.**
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12 ..... **303.000.- TL.**
Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-12 ..... **387.800.- TL.**

- **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt: 14, Yıl: 1988, Sayı: 1-4 ..... **40.400.- TL.**
Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-4 ..... **60.600.- TL.**
Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-4 ..... **80.800.- TL.**
Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4 ..... **101.000.- TL.**
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4 ..... **121.200.- TL.**
Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-4 ..... **129.200.- TL.**

1- Yayın bedellerine % 1 oranındaki **Katma Değer Vergisi** dahildir.

2- **1989, 1990, 1991, 1992, 1993** ve **1994** yılı **Yargıtay Kararları Dergisi** ile **1988, 1989, 1990, 1992, 1993** ve **1994** yılı **Yargıtay Dergisi'nde ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6** ile **Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları (1943–1993)** ve **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi** adlı kitaplarda, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine % 20** indirim uygulanır.

3- Diğer yayınlarda indirim yapılmaz.

4- **Ödemeli gönderilmez.**

5- **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 :** (0-312) 425 16 32 – 425 16 49
- **Faks :** (0-312) 419 41 11