



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL: 21, SIRA SAYI: 83

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 21

TEMMUZ - 1995

SAYI : 3

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

YAYIN KURULU

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

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

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayınlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Caddesi No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 32 - 425 16 49
 - **Faks :** (0-312) 419 41 11
 - **Abone Servisi :** 417 44 60 / 505, 506
 - **Santral (ek bina) :** (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
 - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1995 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 242.400.- liradır.**
 - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304230/110-4** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktararak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcılarını ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Kapak düzeni : Ertekin KAYA
-

ISSN 1300 - 0195

İ Ç İ N D E K İ L E R

	<u>Sayfa</u>
1- GENEL KONULAR	
a) Doç. Dr. Sami SELÇUK : Hukuk Devleti	197-204
b) Levent YAVUZ : İngiltere Birleşik Krallığı Yargı Sistemi (Mahkemeler ve Yargı Görevlileri)	205-223
2- USUL HUKUKU	
a) Yrd. Doç. Dr. Nevhis (DEREN) YILDIRIM : Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış	224-243
b) Mustafa ATEŞ : Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmesi	244-263
3- MEDENİ HUKUK	
a) Nihat YAVUZ : Nişan Hukukunda Hediyeleri Geri İsteme Davası	264-277
4- MİRAS HUKUKU	
a) Mustafa Fadıl YILDIRIM : Beklenen (Açılmamış Bir Tereke-deki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II)	278-293
5- BORÇLAR HUKUKU	
a) Prof. Dr. Hamdi YILMAZ : Tehlike Sorumluluğu ve Sorumlulukların Çatışması	294-308

6- ÖZEL HUKUK

- a) Süleyman SAPANOĞLU : Doldurma ve Kurutma Yolu İle
Arazi Kazanılması 309-330

**7- FEDERAL MAHKEME
İÇTİHATLARI**

- a) Doç. Dr.
Kemal DAYINLARLI : Bir Alt Müteahhide Karşı Ana Mü-
hetahhidin Garanti Davasının Za-
manaşımı 331-337

9- YARGITAYDAN HABERLER

- a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik ve Ve-
fat Nedeniyle Aramızdan Ayrılan-
lar 338-346
Yasalar, Kanun Hükmünde Karar-
nameler 347-352

HUKUK DEVLETİ (*)

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

Sayın Konuklar,

İ.Ü.H. Fakültesi İdare Hukuku ve İdare Bilimleri Araştırma Merkezi ile İstanbul Barosu'nun birlikte düzenledikleri "hukuk devleti günü" kutlamalarına, Yargıtay adına katılmaktan ve bu konuda kişisel görüşlerimi, bu güzel salonda, açıklama fırsatı bulmaktan dolayı çok mutluyum. Düzenleyenleri yürekten kutluyor ve gönül borcumu ödeyerek sözlerime başlamak istiyorum.

Hiç kuşkusuz, önceleri bir başınaydı insan. Yalnız ve korumasız. Sonraları, yaşam hakkını güvenceye bağlamak, korkusuz yaşamak istedi. Aile, kabile, derken site-devletler kuruldu. Siteler birleşti, devletlere, imparatorluklara dönüştü. Ne ki, özgürlükler, haklar güvenceye bağlansın diye yaratılan kurum, yani devlet, zamanla özgürlüklerin, hakların baş düşmanı kesildi. Bu; bilimsel deyişle, tipik bir yabancılaşma (aliénation) olgusudur.

Bu yüzden, insanlık tarihi, bir bakıma, yabancılaşmayı yaratmanın ve ondan kurtulmanın tarihidir.

Öyküyü bilirsiniz. Konfüçyüs, öğrencileriyle birlikte Thai Dağının eteklerinde gezinirken ağlayan bir kadın görür. Öğrencilerinden biri (Tze-Lu) kadına neden ağladığını sorar.

Kadın: – Çok acı çekiyorum. Bu çevrede bir kaplan var. Önce kaynatamı parçalayıp yedi. Sonra kocamı, şimdi de oğlumu öldürdü, der.

(*) 10.3.1995 tarihinde İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare Bilimleri Araştırma Merkezi'nce düzenlenen "Hukuk Devleti Günü"nde yapılan konuşma.

(**) Yargıtay 4. CD. Başkanı..

Konfüçyüs söze karışır ve –Öyleyse niçin bir başka yere gitmiyorsun, diye sorar.

Kadın şu ilginç yanıtı verir : –Çünkü, burada insanlara baskı yapan bir devlet yok.

O zaman Bilge Konfüçyüs öğrencilerine şunları söyler:

–Kadıncağız haklı, çocuklarım. Baskı yapan devletler kaplanlardan daha korkunçtur. Bunu hiç unutmayınız.

Bir yüzyıl sonra dünyanın bir başka ucunda, eski Yunan'dayız.

Zorba kral Nearchos'a (ya da Diomedon'a) karşı ayaklanan Zenon yakalanmıştır. Suç ortaklarını söylemesi için bizzat kral işkence yapmaktadır. Söylence iki biçim almıştır zamanla. Bir görüşe göre, Zenon, konuşmamak için dişleriyle kopardığı kendi dilini zorba kralın yüzüne tükürmüştür. Bir başka görüşe göre ise, Zenon kulağına söyleyeceği hilesiyle zorba kralın yaklaştırdığı kulak kepçesini ısırap koparmış, bunu kralın yüzüne tükürmüş, sonra da suç ortaklarının adlarını vermiştir. Hepsi de kralın en yakın dostlarıdır.

Paul Valéry'nin ikinci görüşe göre yorumu şudur: Her zorba yapayalınadır. Çünkü ona ilk ihanet edenler daima en yakın dostlarıdır. Bu bir.

Her zorba, zorbalığın kısır döngüsünde kendi yarattığı zorbalığına ve kullandığı baskı tekniğine, önünde sonunda yenik düşmeye yargılıdır (mahkûmdur). Bu iki.

Zenon, zorbaya hile yaparak daha derindeki bir doğruyu göstermiştir. O da şudur: Her zorbalık, kuşku ve aldatmacaya dayanır ve bunlarla beslenerek yaşar. Bu üç.

Aradan ikibin yıldan çok zaman geçer. 14. Louis "Devlet, işte bu benim" der ve ekler: "Tek kral, tek yasa, tek inanç". Tevrat'taki canavar Léviathan, devlet olup çıkmıştır.

Evet, "tek kral, tek yasa, tek inanç". Bu slogan, yüzyılımızın ilk yarısında milyonlarca cana mal olmuştur. Birey yine yapayalınadır. Baskı tekniği, Konfüçyüs'ün kaplanlarına rahmet okutmuş, yüksek fırınlara/sabun makinelere dönüşmüştür.

"Tek biçimli insan" yaratma iddiasıyla boy gösteren tümelci (totaliter) devletler acılar bırakarak tarihe gömülmüşlerdir.

2600 yıl sonra yine bu tür devletlerden birinde, Çin'deyiz. Haziran 1989. Pekin. Bir dizi tankı çıplak ellerini kaldırarak durduran ak gömlekli bir adamın resmi, simgesel gücüyle gezegenimizi sarsar. Zira, sadece insanca haklarıyla donanmış bir adamın karşısında devletin kaba gücü bütün görkemiyle sergilenmektedir bu resimde.

Olayları aşarak değerlendirdiğimizde, büyük zaman dilimleri içinde, insan toplulukları benzerlikler yansıtıyor.

Sonuç ise şudur: Özgürlükçü/çoğulcu demokrasi, sivil toplum, hukuk devleti, insanlığın düşünsel evrimin ulaştığı son kavşak noktası olmaktadır (Fukuyama).

Hukuk devletine geçmeden önce, izninizle, toplumbilimin, politika biliminin, hukuk biliminin bu son kavşakta yer verdikleri kimi çağcıl kavramlara değinmek istiyorum.

Çağcılık (modernité): Akla, bilime, bilince dayanıyor. Duygu ve imgeyi dışlıyor. Kutsalın büyüü dünyasını alt üst ediyor. Evrensel, tek, mutlak gerçeği bulma/yaratma iddiasıyla herkese meydan okuyor, dalkılıç savaş alanına giriyor.

Sivil Toplum: Kentte yapılanan uygarlığı, yurttaşı çağırıştırıyor. Kökeninde din özgürlükleri savaşımı var. Kırsal toplumun aynı tür ve cemaatçi yapısının tersine, özünde/bağrında farklılıkları/çeşitlilikleri bir arada barındırıyor. Barışçıl çoğulculuğu vurguluyor. Burası çok önemli. Kimliklerini farklılıklarıyla koruma kaygısındaki yurttaşlar "nasıl bir arada yaşayabiliriz?" sorusunun yanıtını, yansız devletin ve bağımsız yargının kotarıp uyguladıkları, insan haklarına ve adalet değerine dayalı yazılı hukukta buluyorlar. Böylece sivil toplum ve hukuk devleti doğuyor. Devletin meşruluğunu bu hukuk sağlıyor. Sivil toplum, bireysel hak ve özgürlükleri güvenceye almak için hukuk devletine; hukuk devleti de sivil toplumu kargaşadan kurtarıp korumak için hukuka gerek duyuyor. Özetle, sivil toplum olmadan hukuk devleti; hukuk devleti olmadan da sivil toplum olamıyor (İlkay Sunar, Cumhuriyet, 14.11.1991). Bu yüzden, eğer devletin dayandığı hukuk, bireysel hak ve özgürlükleri gözetmez de farklı kimlikleri, kültürleri, söylemleri bastırmaya kalkışırca, devlet zorbalıyor; ortada ne sivil toplum, ne de hukuk devleti kalıyor.

Sivil toplum ve hukuk devletinin başat özellikleri, parçalanma nedeniyle iktidarın bölünmüşlüğüne yaslanan ve kendi içlerinde karşıtlıkları barındıran bir bütünlük oluşturmalarıdır (Sarıbay, Postmodernite, sivil toplum ve islâm, İst., 1994, 10-20).

Bir başka çağdaş kavram ise, "çağcılık sonrasıdır (postmodernité)". Özne—kişi merkezden uzaklaşır. Parçalanma süreci hızlanır. Yerel meşrulaşır. Bireycilik özendirilir. Çoğulculuk, akılcılaştırılır. Başka başka kimliklerin kendilerini koruma ve geliştirme temelinde süregiden parçalanmışlık olgusu, herkesin kendi kültür dünyasında yaşamasını haklılaştırır. Değer alanları farklılaştıkça, iç sınırlar parçalanıp çoğaldıkça, biraz önce değindiğim çağcılığın önerdiği evrensel, tek, mutlak toplum gerçeğinin yerini; artık çoğulcu, bireyci, görelî toplum gerçeği almıştır (Sarıbay, 10-20).

Bir başka toplumbilim ve tarihsel saptama da şudur:

Farklılıklar, yani çoğulculuk korunabildiği oranda toplum ilerleme dinamizmi kazanıyor. İlerlemenin gizi işte burada yatıyor.

Bu yüzden, tek, evrensel ve mutlak gerçek temelinde "tekbiçimli insan" yaratma iddiasıyla ortaya çıkan ideolojiler ve rejimler, yalnızca iflas etmekle kalmıyorlar; kendi bindikleri dalı keserek, toplumun gelişme potansiyelini, ivmesini de yok ediyorlar. Oksijen tüpünü kendi elleriyle çekerek intihar eden bir hasta gibi, eskiyi ve katalizör öğeleri öldürüyorlar, yeninin doğmasını da yasaklıyorlar.

Esasen, "tekbiçimli insan yaratma dayatması (intégrisme)", Bernard Henri-Lévy'nin henüz çıkan yapıtının adıyla bir "Tehlikeli Arındırma (Pureté dangereuse)" girişimidir. Tarihin her döneminde olayların/insanın doğasının diyalektik oyununa çarparak dağılmıştır. Başarılamaz. Çünkü "insan yok edilebilir, ama teslim alınamaz" (Hemingway). Dinler, inançlar, görüşler devletleştirilemez ki! Nitekim, deneyimler şunu kanıtlamıştır: Tek biçimli insan yaratma ideolojileri, sınırları belirsiz toplama kamplarında önce insanları aşağılamışlar, sonra da insanlığı öldürmüşlerdir. Utanç duvarları, onların yalnızca görünebilen sınırlarıdır.

Bu bilimsel saptamalar bağlamında, hukuk devleti, başat nitelikler ve değerler yüklü bir kavram olarak ortaya çıkıyor.

Üstlendiği temel işlevi şudur: Sivil toplum, özgürlükçü/çoğulcu demokrasi ve çağcılık sonrası bu çoğulculuğu/farklılığı, bu bireyciliği, bu göreliliği korumak, özendirmek, güvence altına almak.

Devlet, hukuk devletinde sınırlı doğmuştur. Haklar ve özgürlükler, devletin dahi giremeyeceği hukuk kalesiyle kuşatılmışlardır. Hukuk devletinde bu haklar ve özgürlükler, devletçe lütfedilmezler; yalnızca tanınır ve güvence altına alınırlar. Devletin ve bireyin hukuku hiçe sayma hakları yoktur. Sınırlı doğan devlette, ister işlemlerle, ister kişilerle ilgili olsun, bu sınır uyumsuzluklarını, bağımsız ve yansız yargı çözer. Çözüm, sokağın sıcak ve duygusal mantığına göre değil, hukukun soğukkanlı mantığına göredir. Bağımsız yargı, devleti, taahhütlerini yerine getirmeye zorlayan biricik aygittir. "Yasasız suç ve ceza olmaz", "yargılamadan kimse cezalandırılmaz" gibi bir dizi taahhüdü.

Tanrıbilimci ermiş Thomas d'Aquin'e göre, Tanrı'nın gücü bile, nesnelerin objektif koşullarıyla sınırlıdır. Bu sözlere yollama yapan Gény'ye göre, eğer Tanrı'nın gücü böyleyse, devletin gücü de elbette mantığın sınırları içindedir (Méthode d'interprétation, I.n.55 s.114).

İşte bu mantığın içeriğini hukuk devletinde, hukuk belirler. Hukuk, adalet süzgecinden; devlet de hukuk süzgecinden geçtikten sonra geriye kalan şey, ne ise işte o, hukuk devletidir. Orada devletin dokunduğu her şey hukuka dönüşür. Devlet saydamdır. Gizli hukuka (droit latent) gereksinme duymaz. Hikmet-i hükümet safsatlarıyla sokaktaki adama sürgit yalan söylemez. İnsanı ölçüt alır. İnsanı devletleştirmez. Buna karşılık devleti insancılaştırır. Hukukun özü adalettir. Adaletsiz hukuk, yalnızca "yanlış hukuk" değil, her tür hukuk doğasından da yoksundur (Radbruch); hukukta devletçiliktir.

Bu bağlamda "az devlet, çok hukuk" formülüyle özetlenebilen hukuk devletinde hukuk çoğaldıkça, devletin meşruluk katsayısı artar, saygınlığı ve itaat edilirliliği güçlenir. "Meşruluk sitenin/devletin barış meleğidir" (Ferraro).

Sayın Konuklar,

Bilgi çağında, çağımızı ve bilimin vurgularını iyi okumalıyız. Modernite aşılmıştır. Postmoderniteyi yaşıyoruz. Tekin, tek biçimli insanın yerine, farklılıklar geçmiş; ötekilerin de maddi ve manevi varlıklarını hoşgörünün ve kabulün de ötesinde, savunmak gerektiği artık anlaşılmıştır. Böylelikle özgürlükçü demokrasi yetmemiş, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasiye gelinmiştir.

Postmodernite (çağcılık sonrası) olgusunun/gerçeğinin dayattığı başkalık/ötekilik değerinin aşılmaazlığı karşısında, çoğulcu demokrasi bireyi

mutlu kılmaktan çok, insanı özgürleştirerek yaratıcı kılmanın aracı; hukuk devleti de, postmodernite, sivil toplum ve çoğulcu demokrasinin hukuktaki vurgusu olmuştur.

Bunun belirleyici (determinist) sonucu ise şudur: Hukuk dev'-tinde devlet, bireysel özgürleşmeyi, farklılaşmayı gerçekleştirmek, özendirmek için, her türlü inançtan, görüşten, ideolojiden arınmak, bunlara eşit uzaklıkta ve yansız olmak zorundadır. Devlet hiç bir görüşün ne yanında, ne de karşısındadır. Onlar arasında hiyerarşi gözetemez. Hukuku, onların, karşılıklı ve birbirlerini yok etmeden, barış içinde tartışmaları için, bir barış tekniği olarak kullanır. Hukuk, görüşler diyalektiğini özgürce sağlayan çerçeveyi çizer.

Demek ki, çağımızda hukuk devletinin en önemli boyutu, ayırıcı ve duyarlı niteliği, yansız olmasıdır.

Eğer devlet bundan sapar; bir dini, inancı ya da görüşü resmen benimserse, barışçı işlevini, meşruluğunu, saygınlığını yitirir. Çünkü karşıt görüşleri, bireylerin "devlet gibi düşünmeme özgürlüklerini" hiçe sayarak inançları peşin peşin mahkûm etmiştir. Artık orada tartışma, rejimin içinde değil; rejimin üzerindedir. Yanlı devlet militanlaşır, yasakçıdır. Meşruluğun dışına ittiği görüşlerin boşalma kanallarını kapattığı için, orada rejimin güvenlik sigortaları yoktur. Patlamalar, kutuplaşmalar olacak; rejim, barış kurmada yetersiz kalacaktır.

Umberto Eco, ermiş Thomas d'Aquin'le ilgili güzel bir denemesinde şunları söyler: "Thomas d'Aquin'in yaşamını alt üst eden dert, 1323'te Papa XXII. Giovanni'nin onu ermişlik/dokunulmazlık mertebesine yükseltmeye karar verdiği andır. Ermişlik mertebesine yükselmek, tıpkı Nobel ödülünü almak, Fransız Akademisine girmek, Oskar'ı kazanmak gibi talihsiz serüvenlerden biridir. Mona Lisa olup çıkar, bir klişeye dönüşürsünüz. Büyük bir yangını söndüren çok büyük bir ulusal kahramana itfaiye memuru ünvanının verildiği andır bu (s. 188).

Bir akımın devletin resmi görüşü olması, ilk bakışta o akımın yandaşlarını rahatlatır. Ama aslında, o akım için bir talihsizliktir, en büyük kötülüktür. Zira bir akım, karşıtı olmayan ortamda gelişemez, içine büzülüp kapanır. Klişeleşir, sloganlaşır, dogmalaşır. Melankolik bir ideolojiye dönüşür. Belli bir zaman dilimine itilip hapsedildiğinden, gelecek boyutu yoktur. Tükenir, çözümlür. Kimse beyin çilesi çekip onu geliştirmeye özenmez. Newton'un "adalet yasasının" hükmünü yürüttüğü andır bu. Karşıt akımların yer altı saldırılarıyla yıpranır. Orada, uçlaşma, kutuplaşma vardır, iki yüzlülük vardır.

Çoğulculuk olgusunun büyük ustalarından Edgar Morin, 1984'te özetle şunları söylüyordu: Çoğulcu demokrasiler ve toplumlar, kendi içlerinde, toplama kamplarının, evet yanlış duymadınız, toplama kamplarının tohumlarını bile taşırlar. Ancak, kendi topraklarında toplama kampı cehennemini asla kurumlaştırmazlar, geliştirmezler. Çoğulcu toplumlar, totalitarizmin bütün tohumlarını da içerirler ve hatta onları hoşgörürler. Ama bu tohumlar, ona asla egemen olamazlar. Çünkü bu tohumlar bile, ister istemez çoğulcudurlar. Kimileyin, sömürü, egemen olma, tutsaklaştırma tutkularının ortalığı kasıp kavurduğu, çoğulcu toplumlarda da görülür. Ancak yasakçı totaliter rejimlerde yasaklanan karşıt dengelerle, frenlerle, çatışmalarla karşılaşılır. O yüzden ki, diyor Morin, totalitarizmin yasaklamak istediği şey, yalnızca çoğulculuktur. Çünkü totalitarizm, çoğulculuğun düşmanıdır (Pour sortir du xx ème siècle, 1984, 90-91).

Bu nedendir ki, çoğulcu demokrasinin, demokrasiyi yıkmaya yeltenen akımlara bile hoşgörü göstererek ve böylece, onları rejimin içine çekip evcilleştirerek etkisiz kıldığı denemelerle kanıtlanmış bir olgudur. Özgürlüğü kötüye kullanacakları bahanesiyle, kaygısıyla onlara izin vermemek, kötü ve yanlış bir argümandır. Bu, demokraside söz/konuşma özgürlüğünün ne olmadığı acemice ve yüzeysel bir tanımlama girişimidir. Anayasalar, bütün eleştirilerin, karşıt görüşlerin açıklanmasını, bir ayrıcalık olarak değil, çoğulcu demokrasinin dayattığı koşulu yerine getirmek için korurlar. Başkalarının dinleme özgürlüğünün var olması için, ötekilerin söz özgürlüğü var olmalıdır. Anayasalar konuşanların arka niyetleriyle uğraşmaz. O görüşler, ne denli kaba ve yıkıcı olursa olsunlar, bu böyledir. Ötekinin demokrasiyi yıkma niyeti varsa, bırakalım konuşsun ki, demokrasi içinde yapayalnız kalsın. Ama onu susturursanız, ona karşı en güvenilir savunma aracından, halkı ve kendinizi yoksun kılarsanız. O da şudur: Aşırı uç ve kaba görüşü akılcı yoldan reddetme olanağını herkesin elinden almak. Dahası, böylelikle, demokrasiyi demokratik ilkeler değil, düşmanın sindirme ilkeleri ve yöntemleri yönlendirmiş olur ki bu, demokrasinin düşmemesi gereken bir tuzaktır. Esasen özgürlüğe son verme tehlikesi, bu kaygıya değmez ki! Eğer bir ülkede düşünce ayrılıkları yasaklarla önleniyor ve herkes aynı şeyi düşünüyorsa, orada hiç kimse hiç bir şey düşünmüyor ve de demokrasi çok zayıf demektir. Bastırma girişimi, yararsızdır, tutarsızdır, gülünçtür ve de tehlikelidir. Sağlıklı bir demokrasinin çoğulculuğu yaşama iyi geçirmesi, bunları çözmeye yeter de artar bile. O yüzden Jefferson, başkan seçildiğinde: "Eğer, demİştir, aramızda birliğimizi bozmak ve Cumhuriyetimizi değiştirmek isteyenler varsa, onları rahatsız etmeden, kendi hallerine bırakalım" (Cohen).

Hepinize, böyle bir sivil toplumda, böyle bir özgürlükçü ve çoğulcu demokraside ve de bunları gerçekleştirip güvence altına alan böyle bir hukuk devletinde mutlu bir yaşam diler, saygılar sunarım.

—oOo—

İNGİLTERE BİRLEŞİK KRALLIĞI YARGI SİSTEMİ (MAHKEMELER VE YARGI GÖREVLİLERİ)

Yazan ve Çeviren
Levent YAVUZ (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : 1- Giriş. 2- İngiliz Birleşik Krallığı Yargı Sistemi. I- Mahkemeler. A- Hukuk mahkemeleri. a- Lordlar Kamarası. b- İstinaf Mahkemesi (Hukuk Bölümü). c- Adalet Yüksek Mahkemesi aa- Queen's Bench Bölümü. bb- Chancery Bölümü. cc- Aile Hukuku Bölümü. d- Bölge Mahkemeleri. B- Ceza Mahkemeleri. a- Lordlar Kamarası. b- İstinaf Mahkemesi (Ceza Bölümü). c- Queen's Bench Bölümü. d- Kraliyet Mahkemesi. e- Magistrate (Sulh) Mahkemesi. II- Yargı Görevlileri. 1- Lord Chancellor. 2- Yargıçlar. a- Lord Chief Justice. b- İstinaf Mahkemesi Başkanı. c- Aile Hukuku Bölümü Başkanı. d- Temyiz Mahkemesi Üyeleri. e- İstinaf Üyeleri. f- Yüksek Mahkeme Yargıçları. g- Bölge Yargıçları. h- Geçici-Yetkili Yargıç. 3- Başsavcılık. 4- Avukatlar. a- Solicitorlar. b- Barristerler. 3- S o n u ç.

1- GİRİŞ

Avrupa'nın oniki ülkesinin asıl üye ve ülkemizin de ortak üye statüsünde bulunduğu Avrupa Toplulukları 1992 yılı sonundan itibaren aralarındaki sınırları kaldırarak "tek pazar (single market)" haline gelmiştir. Bu aşamada malların, kişilerin hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına imkan verilmesi suretiyle, topluluk üyesi ülkelerin vatandaşlarına (özel veya tüzel) herhangi bir engelleme ile karşılaşmadan bir başka üye ülke içinde yerleşme, işyeri kurma ve mali kuruluşlarına da şube açarak faaliyetlerine devam etmesi gibi olanaklar sağlanmıştır (Bu serbestinin çok sınırlı olarak istisnaları mevcuttur).

(*) Ankara 5. Sulh Hukuk Mahkemesi Hâkimi.

Hukuki ve idari sistemleri bakımından bazen temel farklılıklar gösteren üye ülkeler arasında, serbest dolaşım nedeniyle doğabilecek uyumsuzluklar ile ilgili olarak; uygulanacak hukuk, yetki, mahkeme kararlarının bir diğer üye ülkede tanınması ve tenfizinin kolaylaştırılması için üye ülke hukuklarının uyumlu hale getirilmesi konusunda bir dizi anlaşmalar imzalanmıştır. Yine serbest dolaşımın esasları da topluluk yetikili organlarınca yayımlanan direktifler ile belirlenmiştir (mesleki niteliklerin ve diplomaların karşılıklı tanınması, sigorta acentalarına ilişkin direktifler gibi). Gümrük birliği ve serbest dolaşım, asıl üye statüsünde olmasa da ortak üye olan Ülkemizin de gündemindedir.

Topluluk sui generis yargı sistemini oluşturmasına ve son değişikliklerle vatandaşlarına da başvuru hakkı tanınmış olmasına rağmen; ulusal yargı makam'larının yetkisi ortadan kalkmamıştır. İşte, topluluğun asli üyesi olan İngiltere Birleşik Krallığı'nın sahip olduğu ulusal yargı sistemi ile diğer üye ülkelerin ulusal yargı sistemleri arasındaki farklılıklar nedeniyle, bu ülkede hak arayan topluluk vatandaşlarının hatta topluluk üyesi olmayan ülkeler vatandaşları ve hukukçuların bir takım güçlükler ile karşılaşmaları kaçınılmazdır.

Bizim de benimsediğimiz Kıta Avrupası hukuk sistemi ile oldukça değişiklik gösteren; İngiliz Birleşik Krallığı'nın sahip olduğu (İskoçya hariç) anglo-sakson hukuk sisteminin çalışma şeklinin incelenmesi bu metnin çevirilme amacını oluşturdu.

Ayrıca, Ülkemizde yargının hızlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması için adli reform paketinin hazırlandığı, ara mahkemelerin (İstinaf) kurulmasının gündemde olduğu şu sıralarda; çok farklı bir örnek oluştursa dahi hukukçularımızca çok iyi bilinen bu sistemin bir kez daha incelenmesinde karşılaştırmalı hukuk yönünden yarar olduğu inancındayım.

2. İNGİLİZ BİRLEŞİK KRALLIĞI YARGI SİSTEMİ

I- Mahkemeler

A- HUKUK MAHKEMELERİ : Bunlar üst mahkemeden başlayarak; Lordlar Kamarası (The House of Lords), İstinaf Mahkemesi Hukuk Bölümü (The Court of Appeal Civil Division), Adalet Yüksek Mahkemesi (The High Court of Justice) ve son olarak Bölge Mahkemeleridir (County Courts).

a) LORDLAR KAMARASI

Lordlar Kamarası yargı sisteminin en tepesinde yer alır ve hukuk ve ceza davalarında son başvuru mahkemesidir.

Lordlar Kamarası; Lord Chancellor (Birleşik Krallık'taki en yüksek dereceli yargıç), Temyiz Mahkemesi üyeleri (Lords of Appeal in Ordinary) ve Yüksek Adli Ofis'te görevli diğer üyelerden oluşur. Mahkemenin oluşumu için yeter sayı üçtür, çoğunlukla beş üye oturuma katılır. Her yargıç düşüncesini açıkladıktan sonra karar çoğunlukla alınır.

Görev : Mahkeme, İngiltere, K. İrlanda ve İskoçya İstinaf Mahkemeleri Hukuk Bölümlerinin başvurularını inceler. Doğrudan Lordlar Kamarasına başvuru hakkı yoktur. Başvuru ancak İstinaf Mahkemesi veya Lordlar Kamarasının iznine bağlıdır.

1969 tarihli Adli Yargı İşleri Yasası (The Administration of Justice Act) hukuk davalarında Yüksek Mahkemeden, İstinaf Mahkemesine gidilmeden, doğrudan Lordlar Kamarasına başvuru olanağı sağlayan yeni hükümler içermektedir. Yasaya göre başvuru ancak şu koşullara bağlıdır:

aa) Yargılamayı yapan yargıcın, davanın taraflarından birine başvuru belgesi vermesi,

bb) Bu belge ise yargıcın kararının kamu yararını ilgilendiren bir hukuki konuda verilmesi halinde verilir,

cc) Söz konusu hukuki konunun yeni bir yasa veya düzenleme yapımı ile ilgili ya da Lordlar Kamarası veya İstinaf Mahkemesinin bağlayıcı kararlarından birisi ile bağlantılı olması gereklidir.

b) İSTİNAF MAHKEMESİ (HUKUK BÖLÜMÜ)

Mahkeme; Lord Chancellor, Lord Chief Justice (LCJ), İstinaf Başkanı (Master of the Rolls – MR) ve Aile Hukuku Bölümü Başkanı (President of the Family Division) ve diğer İstinaf üyelerinden (Lords Justice of Appeal) oluşur (*). Normal olarak, hukuk davalarında istinaf başkan ve üyeleri toplanırlar. Ancak, Lord Chancellor'un gerek görmesi halinde herhangi bir Yüksek Mah-

(*) Çeviride geçen yargı görevlileri ve diğer hukukçular hakkındaki açıklayıcı bilgi aşağıda verilecektir.

keme (High Court of Justice) yargıcı da oturuma katılabilir. Toplantı yeter sayısı üçtür ve mahkeme aynı zamanda beş ayrı heyet halinde toplanabilir.

Mahkeme alt derecede mahkeme kararının onanması, bozulması veya kararın düzeltilerek onanmasına karar verebilir.

Görev : İstinaf mahkemesi; yüksek mahkeme, bölge mahkemesi, iş mahkemesi ve diğer ihtisas mahkemelerinden yapılan hukuk davaları başvurularını inceler. Mahkeme ayrıca yargıçların hazırlık soruşturması sırasında verdikleri ara kararlarına karşı yapılan itirazları da inceler (ör; usule, kanıtlara veya diğer ön meselelere ilişkin).

c) ADALET YÜKSEK MAHKEMESİ

Bu mahkeme;

aa) Queen's Bench Bölümü,

bb) Chancery Bölümü,

cc) Aile Hukuku Bölümünden (The Family Division) oluşur.

Her üç bölüm de eşit yetkiye sahip olarak her türlü hukuk davalarına bakabilirler. Ancak, usule ilişkin gereksinimler ve belli konularda uzmanlaşarak güvenilirliğin devamı için aşağıda açıklanacağı üzere bazı konularda bölümler aralarında işbölümü yapmıştır.

Bu yüksek mahkemelerinden, Queen's Bench bölümünde LCJ, Chancery bölümüne de Lord Chancellor adına vekili başkanlık yapar. Aile Hukuku bölümünde ise bölüm başkanı vardır. Bölümlerde toplam 75 yargıç (puisne judges) bulunmaktadır. Yargıçların herbiri birer bölümde görevlidir. Lord Chancellor gerek gördüğünde herhangi bir üye diğer bölümün toplantısına katılabilir.

aa) Queen's Bench Bölümü : Bu bölüm LCJ'nin başkanlığında yaklaşık 44 yargıçtan oluşur. Bölüm, (i) ilk derece mahkemesi olarak açılan davaları inceleyip karara bağlar; (ii) başvuru mahkemesi olarak görev yapar; (iii) gözetim ve denetim görevi yapar.

(i) *İlk Derece Mahkemesi olarak görevi* : 1970 tarihli Adli Yargı İşleri Yasası ile Denizcilik Mahkemesi'nin görevi bu bölüme eklenmiştir. Buna ek olarak Ticaret Mahkemesi'nin görevi de eklenmek suretiyle tacirlerin taraf

oldukları ticari davalar ve sigorta davaları da bu bölümde görülmektedir. Bu bölümün özelliği yargılama usulünün daha esnek olması ve diğer mahkemelere oranla davaların daha çabuk sonuçlanmasıdır.

Yapılan son düzenlemeler ile birlikte bölümün görevi : (1) Yüksek mahkemenin diğer bölümlerinin görevine girmeyen hukuk davalarına bakmaktır. Bunlar, haksız eylemden, sözleşmenin sona erdirilmesinden doğan davalar ve taşınmaza elatmanın önlenmesi davalarıdır. (2) Ticaret davaları; (3) Deniz ticareti davalarına bakmaktır. Örneğin, denizde çarpışma, kurtarma, gemilerin limana çekilmesi davaları v.b.

Davaların görülmesi sırasında tek yargıç bulunmaktadır, ancak hakaret, iftira gibi iddialara dayalı belli tazminat davalarında mahkemeye yardım için jüri görevlendirilebilir. Jüri kararını oyçokluğuyla alır.

Bu mahkemede parasal alt veya üst sınır yoktur.

(ii) *Başvuru mahkemesi olarak görevi* : Bölüm mahkemesi sıfatıyla iki veya üç yargıçtan oluşan kurul Solicitor'ların disiplin suçlarından dolayı yargılanmaları; kira akdinden doğan uyuşmazlıklar gibi davalar nedeniyle yapılan başvuruyu incelerler. Bölüm başkanınca verilen ara kararlarına karşı yapılan itirazlar da bu kurulca incelenir.

(iii) *Gözetim ve denetim görevi* : Mahkemelerin ihzar müzekerelerinin, yazışmalarının ve görevlilerinin yasal yetkilerini kullanmaları üzerindeki denetim ve gözetimdir.

bb) Chancery Bölümü : Mahkeme Lord Chancellor adına vekilinin (Vice-Chancellor) ve enaz dört üye yargıcının (puisne judges) katılımı ile oluşur.

Görevi : (i) tereke mallarının idaresi; (ii) ortaklığın giderilmesi ve hesaplarının idaresi; (iii) ipotek ve taşınmaz borcu; (iv) vakıflar; (v) hacizli ya da ipotekli taşınmazların satışı; (vi) şirketlerin feshi ve tasfiyesi; (vii) vergilendirme gibi gelir meseleleri; (viii) taşınmazların taksimi ve satışı; (ix) senetler ve diğer yazılı belgelerin düzeltilmesi, saklanması veya iptali; (x) iflas davaları; (xi) sözleşmenin yerine getirilmesi; (xii) vasiyetnamenin açılmasından doğan hasımlı davalara bakmaktır.

cc) Aile Hukuku Bölümü (Family Division) : Bu bölüm 1970 tarihli Adli Yargılama Yasası ile kurulmuştur ve esas olarak şu davalara bakar: Boşanma, ayrılık, evlenmenin butlanı, nafaka, velayet, vesayet, evlat edinme, nese, vasiyetnamenin açılmasından doğan ve hasımsız olarak görülen davalar.

Aile Hukuku Bölümü, bir bölüm başkanı (President) ve onaltı üye yargıçtan (puisne judges) oluşur. Yargılama tek yargıçlıdır. Ancak bölge mahkemelerinden gelen başvuruyu üst mahkeme sıfatıyla incelerken tüm üyeler birlikte oturuma katılırlar.

d) BÖLGE MAHKEMELERİ

Bu mahkemeler, mahallinde adaletin ucuz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi için, 1846 tarihli Bölge Mahkemeleri Yasası ile kurulmuşlardır. Bu mahkemelerin kurulması son derece yararlı olmuş ve zaman içinde kararlarını geliştirmişlerdir. Günümüzde de 1959 tarihli Bölge Mahkemeleri Yasası bu mahkemelerin kuruluş ve yetkilerini düzenlemektedir.

Şu sıralarda İngiltere ve Galler'de sayısı 337 olan Bölge Mahkemelerinde 125 dolayında bölge yargıcı (Circuit judges) görev yapmaktadır. Yargıçlardan bazıları iki ya da daha fazla bölge mahkemelerinde görevlidirler. Bu mahkemelerde yıllık olarak görülen dava sayısı 1,5 milyonun üzerindedir. Birçok uyuşmazlık ise vazgeçme veya anlaşma yoluyla mahkemeye gelmeden çözümlenmektedir.

Bölge mahkemeleri tek yargıçlı mahkemelerdir. Yargıçlar Lord Chancellor tarafından atanırlar ve en az yedi yıldır çalışan kıdemli avukat (Barrister) olmaları gerekir. Bazı ender davalarda 8 kişilik jüri mahkemeye yardım için görevlendirilebilir.

Mahkeme Sekreteri de (Registrar) duruşma kayıtlarını tutar ve buna bağlı idari işlemleri yapar. Sekreterin en az yedi yıldır çalışan avukat (solicitor) olması gerekir ve Lord Chancellor tarafından atanır. Sekreter bazı küçük uyuşmazlıkları da yargıç yerine inceleyebilir ve karara bağlayabilir.

Yetki : Yetkili mahkemenin belirlenmesindeki genel kural, davalının ikametgâhı veya işyeri mahkemesidir. Taşınmaz davalarında ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Görev : Bölge mahkemeleri; (i) değeri 2000 Sterlin'e kadar olan sözleşmeden veya haksız eylemden doğan (manevi tazminat hariç); (ii) 15.000 Sterlin'e kadar hakkaniyete (equity) dayalı davalar (vakıflar, ipotek v.b.); (iii) Yıllık geliri 1000 Sterlin'i geçmeyen taşınmazlara ilişkin tapu iptali ve tescil davaları; (iv) iflas davaları (özel iflas ve ticaret mahkemesi bulunduğundan Londra metropolü bu genel görevin istisnasıdır); (v) değeri 15.000 Sterlin'den az olan terekeye dahil taşınmazların idaresi; (vi) ödenmiş sermayesi 120.000 Sterlin'e kadar olan şirketlerin feshi davaları (Londra metropolü hariç); (vii) evlat edinme işleminin gözetimi; (viii) deniz ticaret davaları (yalnızca bazı mahkemelerde) ve (ix) taşınmaza elatmanın önlenmesi, adi kira-elatmanın önlenmesi, kiracı-kiralayan ve benzeri davalara bakar.

Adalet Yüksek Mahkemesi Aile Hukuku Bölümünün iş yükünün hafifletilmesi ve yargılama giderlerinin azaltılması amacıyla 1967 tarihli Evlilik Meseleleri Yasası (Matrimonial Causes Act) ile, Bölge Mahkemeleri sınırlı olarak boşanma davalarına bakmakla görevlendirilmiştir. Bu yasaya göre Lord Chancellor herhangi bir bölge mahkemesini, evlilik ilişkisinden doğan anlaşmalı davalara bakmak üzere, "bölge boşanma mahkemesi (divorce county court)" olarak görevlendirebilir.

Bölge mahkemesi kararlarına karşı İstinaf Mahkemesine başvurabilir.

1974'ten beri değeri 200 Sterlin'e kadar olan alacak, alım-satım, hizmet, kira, kusura dayalı tazminat uyuşmazlıklar gayri resmi olarak hakem tarafından çözümlenebilir. Hakem çoğunlukla mahkeme sekreteridir. Amaç, vatanlıkların avukatsız olarak, ucuz ve hızlı bir şekilde haklarına kavuşabilmeleridir.

B. CEZA MAHKEMELERİ

Ceza davalarına bakmakla görevli mahkemeler şunlardır:

- (a) Lordlar Kamarası (The House of Lords),
- (b) İstinaf Mahkemesi Ceza Bölümü (The Court of Appeal Civil Division),
- (c) Queen's Bench Bölüm Mahkemesi (Divisional Court of the Queen's Bench Division),
- (d) Kraliyet Mahkemesi (The Crown Court),

(e) Magistrate (Sulh) Mahkemeleri (Magistrate's Courts).

(a) Lordlar Kamarası : Bu yüksek mahkeme, İstinaf Mahkemesi Ceza Bölümü ve Queen's Bench Bölüm Mahkemesinden verilen kararları inceler. Savcı veya sanığın; İstinaf veya Bölüm mahkemesince kararın incelenmesinde kamu yararı bulunduğunu belirtmesi veya İstinaf mahkemesi ya da Lordlar Kamarasınının 1960 tarihli Adli Yargılama Yasası uyarınca "hukuki konu" bakımından davanın incelenmesine gerek görmeleri halinde temyiz başvuruları dinlenebilir. Amaç önemsiz veya küçük davaların bu nihai mahkemeye gelmesini önlemektir.

Mahkeme, Lord Chancellor, Temyiz Mahkemesi Lordları ve Yüksek Adli Ofisin diğer üyelerinden oluşur. Karar yeter sayısı üçtür. Her yargıç düşüncesini açıkladıktan sonra karar oy çokluğu ile alınır.

b) İstinaf Mahkemesi (Ceza Bölümü) : 1968 tarihli Ceza Başvuru Yasasına (The Criminal Appeal Act, 1968) göre İstinaf Mahkemesi hukuk ve ceza olmak üzere iki bölümden oluşur.

Mahkeme yargıçları, Lord Chief of Justice, İstinaf Üyeleri ve Queen's Bench Bölümü yargıçlarıdır. Karar yeter sayısı üçtür.

İstinaf Mahkemesi yapılan başvuruyu kabul veya reddedebilir ve alt mahkemelerde verilen kararın bozulmasına karar verebilir. 1964 Tarihli Adli Yargılama Yasası uyarınca yeniden yargılama yapılmasını emredebilir. Mahkeme, önceleri başvuran sanığın risk aldığı görüşüyle alt mahkemenin verdiğiinden daha fazla bir cezaya hükmedebiliyordu ancak günümüzde başvuranın aleyhine olarak hükümden daha fazlasına karar vermemektedir.

c) Kraliyet Mahkemesi : Mahkeme 1971 tarihli Mahkemeler Yasası ile magistrate (sulh) mahkemesinin üstünde kalan işlere "ilk derece mahkemesi sıfatıyla" ve aynı yasa ile yürürlükten kaldırılan Quarter Bölümleri Mahkemelerinin işlerine bakar.

Görev : Kraliyet Mahkemesi iddianame ile açılmış kamu davalarına ve magistrate mahkemelerince cezalandırılması istemi ile gönderilen davalara bakar. Buna ek olarak magistrate mahkemesince suçlu bulunan ancak cezalandırılmak için yetkili olmadığı suçlara ilişkin olarak yetkisizlik ile gönderilen işleri de sonuçlandırır. Sonuncusu, magistrate mahkemesi kararlarına karşı başvuru merciidir.

Şu yargıçlar Kraliyet Mahkemesinde görev alabilirler :

1. Yüksek Mahkeme Yargıcı (High Court Judge), Queen's Bench Bölümü üye yargıcıdır. altı bölgeden birine atanır.

2. Bölge Yargıcı (Circuit Judge), Kraliyet tarafından atanır. En az 10 yıllık barrister veya üç yıldır mahkemede görevli Geçici-Yetkili Yargıç (Recorder) olması gereklidir. Emeklilik yaşı 72'dir. Ancak bu süre 75 yaşına kadar uzatılabilir.

3. Geçici-Yetkili Yargıç, (Recorder), Kraliyet Mahkemesinde part-time çalışan yargıçtır. Bunlar, mahkemede her yıl en az bir ay görev yapmayı kabullenen ve on yıldır görev yapan barristerler veya solicitorlar arasından atanırlar.

Lord Chancellor'un uygun görmesi halinde İstinaf Mahkemesi üyesi de Kraliyet Mahkemesinde görev yapabilir. Mahkemedeki tüm davalar jüri huzuruyla görülür.

Kraliyet Mahkemeleri tüm nüfusun kolaylıkla ulaşabileceği 90 merkezde bulunmaktadır. Bunlar altı bölgede bulunurlar:

1. Güneydoğu (Londra ve yönetsel çevresi dahil),
2. Midland ve Oxford (Birmingham),
3. Kuzeydoğu (Leeds),
4. Galler ve Chester (Cardiff),
5. Batı (Bristol),
6. Kuzey (Manchester).

İşbölümü, Lord Chief of Justice tarafından ve Lord Chancellor'un oluru ile yapılır. Genel kural, üst dereceli (kıdemli) yargıcın daha ağır cezalı davalara bakmasıdır.

Yüksek Mahkeme Yargıcı daima adam öldürme ve devlete karşı işlenen suçlara ilişkin davalara bakar. Irza geçme ve taksirli adam öldürme davaları da aynı yargıç tarafından görülür. Bunlar dışında kalan kamu davalarının büyük çoğunluğuna ise Kraliyet Mahkemesinde görevli Bölge Yargıcı veya

Geçici–Yetkili Yargıç tarafından bakılır. Halk–Yargıçları da (bir ay magistrate) Kraliyet Mahkemesinde görev alırlar. Magistrate mahkemesinden cezalandırma istemi ile gönderilen davalarda en az iki ve en çok dört halk yargıcı; diğer kamu davalarında da en fazla dört halk yargıcı Kraliyet Mahkemesi Yargıcı ile birlikte yargılamada hazır bulunurlar.

Londra'daki Kraliyet Mahkemesi, "Merkez Ceza Mahkemesi" (Central Criminal Court) veya daha yaygın bir şekilde Old Bailey olarak bilinir. Londra Belediye Başkanı ve meclis üyeleri herhangi bir davada yargıçla birlikte oturabilirler.

Meslekte on yılını tamamlamış ve fiilen çalışmakta olan solicitorlar Geçici–Yetkili Yargıç olarak atanabilirler. Dahası, beş yıl bu şekilde görev yapan bir solicitor Bölge Yargıcı olarak da görevlendirilebilir. Solicitorlar oturumlarda hazır bulunmak üzere sınırlı bir hakka sahiptirler.

Eğer Kraliyet mahkemesinin kararını "hukuki açıdan" yetersiz gördükleri takdirde sanık veya savcı tarafından dosyanın Queen's Bench Bölüm Mahkemesince incelenmesi istenebilir. Burada iki noktanın altını çizmek gerekir: (i) temyiz başvurusu somut olay yönünden değil, hukuki konu bakımından yapılmalıdır; (ii) savcı ve sanık tarafından birlikte başvurulabilir. Bu sanığın beraat etmesi halinde, iddianın yüksek mahkemeye başvuruya hakkı olmadığı genel kuralına ters düşmektedir.

(d) Magistrate (Sulh) Mahkemeleri : İlk yargıçlar 1327'de 'sulhün koruyucuları' olarak atandılar. 600 yılı aşkın bir süreden beri de onların ardılları sulh yargıçları veya magistrate olarak bilinmektedirler. Mahkemeler, yetki alanlarında kamu düzeninin sağlanması için kamu hukuku ve diğer mevzuatı uygulamak yoluyla görevlerini yerine getirmektedirler.

Yakın zamanlarda Parlamento tarafından 900 adet sulh yargıcına çoğu oldukça kompleks olmak üzere daha fazla davaya bakmak üzere yetki verilmiştir. Magistrate mahkemeleri İngiliz adli sisteminde en çok davaya bakan mahkemelerdir. Örneğin, İngiltere ve Galler'deki ceza davalarının % 98'i bu mahkemelerce görülmektedir. Buna ek olarak magistrateler bazı hukuk davaları ve özellikle ruhsat sorunları olmak üzere idari işleri görmekte de yetkilidirler.

İki çeşit magistrate bulunmaktadır :

(aa) Halk yargıçları (lay magistrates),

(bb) Hukukçu (ücretli) yargıçlar (stipendiary magistrates).

(aa) Halk yargıçları : Bunlar, bölge danışma kurulunun görüşü ve valinin önerisi ile Lord Chancellor tarafından atanan, yörede oturup bölge veya kenti bilen ve hukukçu olmayan yerel halktan kimselerdir. Bunlar belli bir süreyle kendi işlerini bırakarak haftanın birkaç günü adli görevlerini yerine getirirler. Halk yargıçları yargılama gereği masraflarının karşılanması dışında ücret almazlar.

Buradaki amaç, toplumu adilane bir şekilde temsil edebilen, iyi karakterli, tüm sınıflardan kadın veya erkek örnek yurttaşların adli yargılamaya katılmalarıdır. İngiltere ve Galler'de 21.500 tane halk yargıcı (lay magistrates) vardır.

(bb) Hukukçu (ücretli) Yargıçlar : Bunlar tam gün çalışan maaşlı sulh yargıçlarıdır. En az yedi yıldır çalışan solicitor veya barristerlerin arasından Lord Chancellor tarafından atanırlar. Bu mahkemeler büyük şehir veya kasabalarda bulunurlar. Hukukçu (stipendiary) yargıçlar iki ya da daha çok halk yargıcının da katıldığı yargılamada tüm yetkilere sahiptir. Londra'da kırk ve diğer merkezlerde on tanedirler.

Mahkeme Sekreterleri (The Clerk to the Justices) ise her magistrate mahkemesinde görevli olup sulh yargıcına hukuki ve usul noktalarında öneride bulunmak, kanıtların tutanaklara geçirilmesi, tanıklara yemin ettirmek veya dosyaların yetkisizlik ile Kraliyet Mahkemesine gönderilmesi gibi işlemleri yapar. Sekreter bunlara ek olarak davetiyelerin çıkartılması, para cezalarının tahsili ve sulh yargıcı tarafından verilen zorla getirme ve tutuklama kararlarının düzenlenmesi gibi mahkemenin idari işlerini de yapar.

1949 tarihli Sulh Mahkemeleri Yasasına göre sekreter, en az beş yıldır çalışan barrister veya solicitor olmalıdır. Yine aynı yasaya göre bölgelerin bağımsız bir sulh komisyonu ve sulh mahkemelerinin idari işlemlerinin denetlenmesi için bir komite oluşturmaları gereklidir.

Magistrate mahkemelerin görevi : Bu mahkemelerin görevleri üç ana başlık altında toplanır : (aaa) yargılama, (bbb) hazırlık soruşturması, (ccc) değişik işler.

(aaa) Yargılama görevi : Magistrate mahkemelerinde en çok 6 ay hapis cezası ile 1000 Sterlin para cezasına hükmedilir. Hüküm en az iki veya en çok yedi yargıç tarafından toplu olarak alınır. Halk yargıcı tek başına sarhoşluk gibi davalara da bakabilir.

Ceza davaları üç gruba ayrılabilir:

(i) İddianame ile açılan kamu davaları; Aksine hüküm olmadığı takdirde davalar iddiname ile açılır. Bu tür suçlar Kraliyet Mahkemesinde yargıç ve jüri huzuruyla görülürler. İddianamede suçun tanımı ve eylemin ayrıntıları yazılır.

(ii) Sadece magistrate mahkemesinde gecikmeksizin görülen kabahat türünden suçlar; Örneğin gece karanlıkta ışıklarını yakmadan bisiklet sürmek, dilencilik, alkollü araç kullanmak suçları gibi kabahatlerdir. 1977 tarihli Ceza Yasasında bu gibi davalara bakmaya yetkili mahkeme ve usule ilişkin hüküm bulunur.

(iii) Her iki şekilde de yargılanabilen suçlar; 1977 tarihli Ceza Yasası her iki yolla da yargılanabilecek altmış adet suçun listesini yapmıştır. Bu tür suçlarda magistrate (sulh yargıcı) sanıktan kraliyet mahkemesi veya magistrate mahkemesinden hangisinde yargılanmak istediğini soracak, şayet ikincisini seçerse magistrate davaya bakacaktır. Sanık kraliyet mahkemesinde yargılamayı isterse, o takdirde magistrate davaya hazırlık soruşturması yargıcı sıfatıyla bakacaktır.

Çok geniş sahayı kapsayan suçlar magistrate mahkemelerinin görevine girer. Bunlar: Basit hırsızlık, eşyaya zarar verme, saldırganlık, ayyaşlık, sürücü belgesiz araç kullanmak, zorunlu trafik sigortası olmaksızın araç kullanmak, trafik işaretlerine aykırılık, yanlış yere park etmek, tehlikeli araç kullanmak ve benzeri trafik suçlarıdır.

Eğer savcılık talepname ile (A prima facie case) başvurur ise, atılı suç kraliyet mahkemesi görevine girse hatta sanık da jüri huzuruyla yargılanmak istese dahi; gecikmeksizin sulh mahkemesinde davaya bakılacaktır.

(bbb) Hazırlık soruşturması sıfatıyla bakılan davalar : Kraliyet mahkemesinde görülecek olan bir davada sanığın tutuklanıp tutuklanmayacağı veya mahkeme önüne çıkartılması için gerekli tüm önlemlerin alınması işlemini yapar.

Savcılık kanıtları sunar ve tanıkları hazır bulundurur. Tanık ifadesi, sanığın da bulunduğu oturumda alınarak tutanağa geçirilir ve tanık ile yargıç tarafından imzalanır. Sanık da kendi delillerini ve tanıklarını bildirebilir ya da asıl yargılamaya kadar bir savunmada bulunmama hakkına sahiptir.

Kanıtlar toplandıktan sonra mahkeme talepten kabulüne karar verirse sanık ve tanıklar kraliyet mahkemesinde de ifade vermek zorundadırlar. Bu işlemlere hazırlık soruşturması denir ve bu önemli aşamada genellikle iki veya daha fazla halk yargıçları hazır bulunurlar. Hukukçu yargıç (stipendiary magistrate) ise tek başına yargılama yapar.

Talepname kabul edilmediği takdirde, sulh yargıçları sanığı salıverir. Kabul edildiğinde de sanığın yargılanıncaya kadar tutukluluğu veya serbest bırakılmasına karar verir.

1967 tarihli Ceza Yasası hazırlık soruşturmasına ilişkin işlemlerin yayımlanmasını sınırlamaktadır. Bundan amaç, sanığın kamuoyunda oluşacak önyargıdan olumsuz etkilenmesini önlemektir. Ancak sanığın başvurusu üzerine yayım yasağı kaldırılabilir.

(ccc) Değişik işler : Yukarıda sayılan işlere ek olarak, sulh yargıcının idari işleri de vardır. Örneğin; içki ruhsatı (başvuru ve içki içilen yere izin verilmesi), kumarhane, tiyatro ve sinema işyeri ruhsatları ve sınırlı sayıda borç ilişkisinden doğan davalara bakmak (30 Sterlin'den az olan gelir vergisinin ödenmemesi davaları) gibi.

Diğer önemli görevleri ise; (i) eşler arasında ayrılık ve yoksulluk nafakası davaları, (ii) gayri sahipli çocuklara ilişkin nafaka, (iii) evliliğe izin, (iv) küçüklere vasi tayini, (v) evlat edinme, (vi) 1959 tarihli Akıl Hastalıkları Yasası gereği alınması gerekli tedbirler ve (vii) çocukların ve gençlerin korunma altına alınması kararının verilmesidir.

Çocuk Mahkemeleri : Belirli bazı sulh yargıçları, 14 yaşın altındaki çocuklar ile 14 yaş ile 17 yaş arasındaki gençler tarafından işlenen suçların özel oturumlarda ve basit yargılama usulüne göre yargılanmaları için atanmışlardır. Çocuk mahkemeleri 65 yaşını geçmemiş ve bir tanesi bayan olan üç kişilik halk yargıçlarından oluşur.

Çocuk mahkemesi, yetişkinlerin yargılandığı mahkemelerden ayrı bir yerdedir. Eğer bu olanaksız ise, oturum günleri değişik tarihlere yapılır. Mah-

keme işlemleri kamuoyundan gizlidir. Bazı istisnai davalarda mahkemenin izin vermesi hali ayırık olmak üzere basın, sanığın kimliğini açıklayamaz.

Sanık çocuk veya genç insanın bir yetişkin ile birlikte yargılanması halinde olağan sulh mahkemeleri görevlidir.

(a) Sanık tarafından hüküm aleyhine kraliyet mahkemesine başvurulur.

(b) Hüküm aleyhine sanık veya savcı tarafından hukuki neden bakımından Queen's Bench Bölüm Mahkemesine başvurulur.

II. Yargı Görevlileri

1. Lord Chancellor : Lord Chancellor, İngiltere'de Kraliçeden sonra sekizinci sıradadır. Kraliyet Bakanı statüsü ile adli yönetimden sorumlu en üst düzey yargı görevlisidir.

Lord Chancellor, Başbakanın önerisi ile Kraliçe tarafından atanır. Yasa koyucu, üst düzey yönetici ve yargı görevleri ile Lord Chancellor'un pozisyonu anayasal öğretideki "güçlerin ayrılığı" ilkesinin bir istisnasıdır.

Yasakoyucu görevi nedeniyle Lordlar Kamarasına başkanlık yapar. Tartışmalara katılabilir ve tüm bölümlerde oy kullanabilir.

Üst düzey yönetici olarak Bakanlar Kurulunun bir üyesidir. Kurulun yasal ve anayasal danışmanı ve Lordlar Kamarasının Kuruldaki temsilcisidir.

Lord Chancellor yargı görevi gereği de adli sistemin başıdır, Lordlar Kamarası temyiz mahkemesi olarak çalışırken başkanlık yapar. Adli Komitenin üyesidir. Yüksek Mahkeme Chancery Bölümü başkanı ve İstinaf Mahkemesi üyesidir. Ancak, Lordlar Kamarası ve Adli Komite dışındaki mahkemelere hiçbir zaman yargıç olarak katılmaz. Kraliçeye, Yüksek Mahkeme üyelerinin, bölge yargıçlarının ve sekreterlerinin, sulh hâkimlerinin ve bazı ihtisas mahkemesi başkanlarının atanması hususunda öneride bulunur.

2. Yargıçlar

(a) *Lord Chief Justice (L.C.J.)* : Başbakanın önermesi ile Kraliçe tarafından atanır. İstinaf Mahkemesi Ceza Bölümü ve Queen's Bench Bölümü başkanıdır. Aynı zamanda da Lordlar Kamarası üyesidir.

(b) *İstinaf Mahkemesi Başkanı (The Master of the Rolls MR)* : Başba-

kanın önerisi ile Kraliçe tarafından atanır. İstinaf Mahkemesi Hukuk Bölümü başkanıdır.

(c) *Aile Hukuku Bölümü Başkanı (The President of the Family Division)* : Aynı şekilde atanır. Yüksek Mahkeme Hukuk Bölümünün çalışmalarından sorumludur.

(d) *Temyiz Mahkemesi Üyeleri (The Lords of Appeal in Ordinary)* : Aynı zamanda Hukuk Lordları olarak bilinirler ve en az 15 yıldır çalışan yargıçlar ve barristerler arasından Başbakanın önerisi ile Kraliçe tarafından atanırlar. Bunlar bilge kimselerdir ve Lordlar Kamarası'na yapılan temyiz başvurusu üzerine inceleme yaparlar. Aynı zamanda Adli Komite üyesidirler. Dokuz adet Temyiz üyesi bulunmaktadır.

(e) *İstinaf Üyeleri (The Lords of Appeal in Ordinary)* : 15 yıldır çalışan yargıç veya barristerler arasından aynı şekilde atanırlar. Onaltı adet istinaf üyesi vardır.

(f) *Yüksek Mahkeme Yargıçları (Judges of the High Court)* : "Puisne Yargıçlar" olarak bilinirler ve en az 10 yıldır çalışan yargıçlar veya barristerler arasından Lord Chancellor'un önermesi ile Kraliçe tarafından atanırlar. Chancery Bölümünde 12, Queen's Bench Bölümünde 45 tane ve Aile Hukuku Bölümünde de 16 yargıç vardır.

Yukarıda (a)'dan (f)'ye kadar açıklanan tüm yargıçlar iyi halleri boyunca görevde kalırlar ve ancak Parlatmentonun göstereceği gerekçe ile Kraliyet tarafından görevden alınabilirler. Maaşları yasal düzenleme ile belirlenir ve konsolide fondan ödenir. Bunun nedeni hukuk yargılamasının en önemli karakteri olan yargı bağımsızlığının sağlanması ve ülkede adalettir.

Yüksek Mahkeme yargıçları 75 yaşında emekli olurlar ve yasal düzenleme ile sağlanan emeklilik maaşına hak kazanırlar.

(g) *Bölge Yargıçları (Circuit Judges)* : Lord Chancellor'un tavsiyesi ile Kraliçe tarafından atanırlar. Bölge yargıçları (1) Kraliyet Mahkemeleri, (2) Bölge Mahkemelerinde görev yaparlar. Bölge yargıçları en az on yıldır çalışan barrister veya mahkemede en az beş yıldır çalışan recorderler arasından seçilir. Emeklilik yaşı 72 olup, 75'e kadar uzatılabilir.

(h) *Geçici-Yetkili Yargıç (Recorder)* : 1971 Mahkemeler Yasası uyarınca Kraliyet Mahkemesinde part-time yargıç olarak görev yaparlar. On yıldır

çalışan barrister ve solicitorlar bu göreve atanabilirler ve yılda en az bir ay süreyle olmak üzere mahkemede görev yapmayı kabul etmeleri gereklidir.

3. Başsavcılık

Başsavcılık makamı, 1979 tarihli Suçların Kovuşturulması Yasası ile düzenlenmiştir (The Prosecution of Offences Act, 1979). Başsavcının en az on yıldır çalışan barrister veya solicitor olması gereklidir. İçişleri Bakanınca atanır, ancak Genel Danışman (the Attorney-General) gözetiminde ve yardımcısı barristerler ile birlikte görev yapar.

Başsavcı ve yardımcıları polise emir verir, ciddi ve zor davalarda ceza soruşturması yapmaya yetkili kimselere emir ve talimat verir, aynı zamanda sulh mahkemelerine de görüş bildirir. Kasten veya tedbirsizlik, dikkatsizlik ile ölüm davalarını bizzat soruşturur. Yine Hükümet birimince bildirilen ya da önemi ve güçlüğü nedeniyle gerek göreceği davaları da bizzat soruşturur. Emniyet görevlileri ölüm cezası gerektiren (kaldırılmadan önce) suçları, isyana kışkırtma (the Incitement to Disaffection Act. 1934), sırların açıklanması (the Official Secrets Act. 1911 to 1939), kalpazanlık (the Forgery Act. 1913), cinsel taciz (Pinismant of Incest Act. 1908) suçlarını Başsavcıya bildirmek zorunluluğundadırlar.

4. Avukatlar

Avukatlar : (i) barristerler (uzman avukatlar) ve (ii) solicitorlar olarak iki gruba ayrılırlar. Bu ayırım bir çok ülkede yoktur.

(a) *Solicitorlar* : Bu avukatlara eskiden attorney, proctor adı verilirdi. 1939 ile 1974 tarihli Solicitor Yasası ile hepsi birleştirilip düzenleme altına alınmıştır.

Baro yönetmeliği ile;

- (i) Solicitorların ücretleri,
- (ii) Stajyerliğe başlama şartları,
- (iii) Öğrencilerin kurs ve eğitim işleri,
- (iv) Sınavların yapılması,
- (v) Tüm solicitorların disiplin işleri düzenlenir.

Bir solicitorun yanında 2-4 yıl çalışan stajyer avukat, Baronun sınavlarında da başarılı olduktan sonra, solicitorluğa kabul edilebilir ve her yıl yenilenen hizmet sertifikasını alır.

Solicitorların Görevleri : Çoğu solicitor tek başına veya ortak büro halinde serbest çalışır. Diğerleri ise kamu görevinde, endüstri ya da ticarete çalışır.

Serbest solicitorlar, iş sahiplerine (lay client) hukuk ve ceza sorunlarından oluşan çok geniş bir alanda danışmanlık ve iş yaparlar (Örneğin, vasiyetname düzenlenmesi, taşınmaz idaresi, aile meseleleri, şirketlerin kurulması, belgelerin düzenlenmesi, devir işlemleri ve her türlü suçlar). Eğer sorunun yüksek mahkemelerden birinde çözümlenmesi gerekiyorsa, solicitor iş sahibinin talimatını alarak dosyayı oluşturup görüşünü almak ya da iş sahibini davada temsil etmesi için barristere (kıdemli avukat) başvurur.

Solicitor sadece sulh ve bölge mahkemelerinde duruşmalara katılabilir, bunun yanında başlangıçta katıldığı sulh mahkemesinden görevsizlik ile dosyanın kraliyet mahkemesine gönderilmesi halinde bu mahkemede de hazır bulunur.

Solicitor ile iş sahibi arasındaki ilişki, mesleki gizlilik esası üzerine kurulur ve mahkemede mesleği gereği edindiği sırları açıklamaya zorlanamaz. Yine solicitor mahkemede savunma görevini yerine getirdiği sırada söylediği sözlerden dolayı da sorumlu tutulamaz. Ancak solicitor işini yaparken verdiği zararlardan sorumludur. Örneğin, gerekli özeni göstermeyerek kendisine teslim edilen belgeleri yitirmek gibi.

(b) *Barristerler (Uzman Avukatlar)* : Barrister olmak isteyen bir hukukçu dört adet Avukat Locasından (Inns of the Court) birisine katılmak zorundadır. Bunlar: Gray's Inn, Lincoln's Inn, Inner Temple ve Middle Temple'dir. Bu dört adet loca da, Masters of the Bench olarak adlandırılan üst düzey üyelerce yönetilen ve kontrol edilen birbirinden bağımsız yapıya sahiptir.

Avukatlar Locası Senatosu 1974'te oluşturulmuştur. Senato, locanın yönetim organıdır ve disiplin cezaları Senato tarafından çıkarılan yönetmeliklere göre verilir. Barrister adayı Locasının bir takım koşullarını yerine getirmek zorundadır. Loca tarafından çağrılması için önce Adli Eğitim Konseyi'nce (Council of Legal Education) yapılan sınavı geçmelidir. Sınavı geçen barrister adayı kurumun bir yıllık eğitimine katılır. Altı ay sonra da İn-

giltere ve Galler'de her mahkemede savunma yapmak hakkına sahip olur. Yukarıda da açıklandığı üzere barrister, sadece solicitor ile bağlantı kurar, iş sahibi ile görüşmez. Solicitorun tersine vekalet ücreti için dava açamaz ve dava açılmasındaki ihmalden sorumlu tutulamaz.

Barristerin Görevleri : Barrister hukukun seçtiği bir dalında uzmanlaşmak zorundadır. Bu, iş sahibinin davada iyi savunulabilmesi için gereklidir. Görevine içtihatların derlenmesi, başvuruların yapılması, kanıtların toplanması ve usul konularında danışmanlık yapılması da dahildir.

Avukatlığın iki branşı arasındaki farklılıklar şöyle özetlenebilir:

(aa) Barristerler sadece avukatlık yapabilirler, solicitor idari işlemleri de yapabilir.

(bb) Barristerler her mahkemede duruşmaya katılabilirler, solicitorlar bu konuda sınırlı bir hakka sahiptirler.

(cc) Barristerler hukukun bir dalında uzman hukukçulardır, solicitorlar ise genel hukukçulardır.

(dd) İş sahipleri doğrudan barristere başvuramaz, ancak solicitor aracılığıyla görüşebilirler.

(ee) Barristerler vekalet ücretleri için dava açamaz, solicitorlar dava edebilir.

(ff) Barristerler dava açılmasındaki ihmallerinden dolayı sorumlu tutulmaz, solicitorlar sorumludur.

(gg) Solicitorlar 1974 tarihli Solicitor Yasası ile kontrol edilir, barristerler ise kendi Avukatlık Locaları tarafından son zamanlarda ise Senato tarafından denetlenirler.

3. SONUÇ

Şüphesiz yukarıda açıklanan Birleşik Krallık yargı sistemi ve yargı görevlileri ile Ülkemizdeki arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Her ülkenin koşulları, toplum yapısı ve adaletin gelişimi birbirinden değişik olduğundan bu farklılık kaçınılmazdır. Burada önemli olan hangisinin daha iyi olduğunun tartışılması değil, sistemlerin karşılaştırılarak; Ülkemizde güncel olan gümrük birliği nedeniyle doğabilecek uyuşmazlıkların hızla çözümlenebilmesi,

savunmanın bağımsızlığı ve yargıçlık–savcılık–avukatlık mesleğinin daha iyileştirilmesi, daha saygın ve kaliteli meslek üyelerinin yetiştirilmesinde bu tür karşılaştırmalardan yararlanılmasıdır.

—oOo—

DAVA ŞARTI OLARAK HUKUKİ HİMAYE İHTİYACINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Yrd. Doç. Dr.
Nevhis (DEREN) YILDIRIM (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : I- Kavram. II- Hukuki Himaye İhtiyacı İle Hukuki Himaye Talebi Arasındaki İlişki (Hukuki Himaye İhtiyacının Hukuki Himaye Talebinin Bir Şartı Olup Olmadığı Sorunu). III- Hukuki Himaye İhtiyacı veya Dava Ekonomisi İlkesi. IV- Hukuki Himaye İhtiyacı Kurumunun Aksayan Yönleri. 1- Schönke'nin Fikirleri. 2- Schönke'nin Fikirlerinin Eleştirisi. 3- Hukuki Himaye İhtiyacının Diğer Sakıncaları. a- Hukuki Himaye İhtiyacının Kanunda düzenlenmediği Hususu. b- Hukuki Himaye İhtiyacının Belirsiz, Değişik Görünümlere Sahip ve Ana Hatları Belirlenmeyen Bir Kurum Olduğu Hususu. c- Hâkime Esasa İlişkin Hüküm Verme Yerine Davanın Kabule Şayan Olmadığından Ötürü Reddetme İmkânı Sunması. d- Hukuki Himaye İhtiyacının İnsan Hakları Konvansiyonu İle Bağdaşmadığı Hususu. e- Hukuki Himaye İhtiyacının Hukuk Dışı Değerlendirmelere Açık Kapı Bıraktığı Hususu. S o n u ç.

Hukuki himaye ihtiyacının teorik yapısını belirlemeden önce söz konusu kurumu kavram olarak ele almak gerekmektedir, çünkü hukuki himaye ihtiyacı kurumunun yapısı kavramın oluşturulması ile daha net bir biçimde ortaya çıkmaktadır (1).

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Aynı fikirde: Stephan, s. 26.

I – KAVRAM

Makalenin başlığında kullanılan hukuki himaye ihtiyacı kavramı, Alman doktrininde kullanılan "rechtsschutzbedürfnis" teriminin karşılığıdır. Türk doktrini (2) hukuki himaye ihtiyacı yerine "hukuki menfaat", Yargıtay (3) ise "hukuki yarar" veya "hukuksal yarar" kavramlarını tercih etmektedir.

Alman doktrininde, hukuki himaye ihtiyacı ya da hukuki himaye menfaati (Rechtsschutzinteresse) kavramının kullanılması, bu yüzyılın başlarına rastlar. Daha önce hukuki menfaat (rechtliches Interesse) kavramı gündemdediydi, ancak hukuki menfaatten daha çok fer'i müdahalenin (4) veya tespit davasının geçerlilik koşulu olarak söz edilmekteydi. Günümüzde hukuki himaye ihtiyacı ile hukuki menfaat aynı anlamı haiz iki kavramdır, fakat hukuki himaye ihtiyacı, kavram olarak, subjektif unsurlar içeren hukuki menfaate nazaran daha objektif unsurlar içerdiğinden hukuki himaye ihtiyacı kavramını tercih etmek daha doğru olacaktır. Zira kurumun en tipik özelliği, kişisel menfaatin olduğu bazı hallerde dahi devletin bireyden hukuki himayeyi esirgeyebilmesidir (5). Bunun dışında hukuki menfaat, hukuki himaye ihtiyacı ile karşılaştırıldığında daha belirsiz bir kavram olduğundan keyfi yorumlara neden olabilecektir (6). Ayrıca hukuki himaye ihtiyacının davada ileri sürülen taleple olan irtibatı daha sıkıdır.

-
- (2) Belgesay, s. 29; Bilge/Önen, s. 405; Kuru, s. 136; Postacıoğlu, s. 747-748; Üstündağ, s. 268, Karş.: Ansay, s. 225 (Hukuki himaye menfaati).
- (3) HGK. 26.2.1982, 2-531/186 (İKİD Eylül 1982, S. 261, s. 1307-1310); 2. HD., 29.12.1981, 7888/8649 (İKİD Temmuz 1982, S. 259, s. 1170); 13. HD., 30.6.1981, 4421/5003 (Yasa, C. IV, S. 11, s. 1504-1505). Önen de hukuki yarar terimini tercih etmektedir (Yargılama, s. 151).
- (4) Karş.: HUMK., m. 53;; 14. HD., 27.12.1988, 7512/8849; "...R. Özçelik'in işbu davaya müdahale etmesinde eldeki davanın sonucunu önlemek ve şufa davasının sonucunu beklemek bakımından hukuki yararı vardır (İKİD, Şubat 1990, S. 350, s. 7034 vd.).
- (5) Karş.: 2. HD., 29.12.1981, 7888/8649; "...iki karısı bulunan koca sağ iken kadınlardan birisinin başka biri ile evlenmesi batıldır. Bu batıl evlenmenin iptalini ancak Cumhuriyet Savcısı veya ilgililerden birisi isteyebileceği cihetle; böyle bir davada hukuki bir yararı bulunmayan diğer eşin açtığı iptal davasının bu sebeple reddi gerekir..." (İKİD, Temmuz, 1982., S. 259, s. 1170).
- (6) Fasching, Rdnr. 738.

II – HUKUKİ HİMAYE İHTİYACI İLE HUKUKİ HİMAYE TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ (HUKUKİ HİMAYE İHTİYACININ HUKUKİ HİMAYE TALEBİNİN BİR ŞARTI OLUP OLMADIĞI SORUNU)

Hukuki himaye talebi (Rechtsschutzanspruch) teorisinin taraftarları, hukuki himaye ihtiyacını hukuki himaye talebinin şartlarından biri olarak kabul etmişlerdir. *Wach'a* (7) göre, hukuki himaye talebi, davacının devletten hukuki durumuna uygun hukuki himayeyi talep etmesi anlamına gelir. Buna göre, hukuki himaye ihtiyacı davanın esasına ilişkin bir husustur ve ihtiyacın tespit edilemediği hallerde dava esastan reddedilecektir. *Goldschmidt* (8) de hukuki himaye ihtiyacını davanın esasına dahil etmiş ve bu unsurda meydana gelen değişikliğin, dava değiştirme sayılacağını ve hakimın hukuki himaye ihtiyacını re'sen gözönünde tutamayacağını, incelemenin dava malzemesinin taraflarca getirilmesi esasına uygun olarak yapılacağını beyan etmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi de verdiği bazı kararlarda (9) hukuki himaye ihtiyacını davanın esasına ilişkin bir husus olarak kabul etmiş, ama daha sonra verdiği bir kararla fikrinden dönerek, hukuki himaye ihtiyacını dava şartı olarak ele almıştır (10).

Yargıtay (11) da, hukuki himaye ihtiyacını, hukuki himaye talebine ilişkin bir şart olarak görmekte ise de, hukuki himaye talebi teorisi taraftarlarından oldukça farklı bir sonuca varmakta, bunu bir dava şartı olarak kabul etmektedir: "...Davacının herkes gibi denizden ve bütünleyici unsuru olan kıyıdan ve özellikle kumluk olan dava konusu taşınmazdan yararlanma hakkı vardır. Buna göre istifadesine engel olan durumun ortadan kaldırılabilmesi için mahkemeden korunma isteyebilir. **Gerçekten hukuki himayeyi isteyebilmek için bir menfaatin mevcut olması koşulu, bir dava koşuludur.** Bu koşulun varolup olmadığı hususu mahkemece kendiliğinden tahkik edilmek gerekir. Hazine kamununun istifadesine özgülenmesi gereken bir yeri kendisi tapuya bağlayarak özel mülkiyetine geçirir ve özel mülk olarak tasarrufa kalkışırsa bundan zarar veren herkesin Hazineye karşı dava haklarının varlığını kabul etmek bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. **Davacı, dava ile takip**

(7) s. 19 vd.

(8) s. 52-53. Aynı fikirde: **Hellwig, Klagrecht**, s. 71-72.

(9) Bkz.: RGZ 158, 152: "...Bu dava şartlarına ZPO § 256'daki tespite yönelik hukuki menfaat (Feststellungsinteresse) dahil değildir..."; RGZ 71, 68.

(10) RGZ 160, 204 (209).

(11) 8. HD., 26.4.1983, 4377/4925 (Yasa, C. 7, S. 1, s. 67-71).

edilen amaca mahkemelerin elatması olmaksızın ulaşabilecek durumda değildir. Eğer davacı, Hazine üzerinde tapu iptal ettirmeksizin bu taşınmazdan yararlanabilseydi dava ikamesinde aranacak hukuki menfaat eksik sayılırdı. Bir dava hakkından söz edilebilmesi için, mutlaka bir subjektif hakkın mevcut olması gerekmez. Modern hukuklarda bazen ortada bir hak olmamasına karşın dava hakkı mevcut bulunmaktadır. Buna örnek olarak, menfi tespit davaları gösterilebilir. Usul hukukunu sadece maddi hukuka ait taleplerin kabul ettirilmesine hizmet eden bir hukuk dalı olarak düşünmek doğru değildir. Bugün usul hukuku ve maddi hukuk hükümlerinin yanında bağımsız görevlere sahiptirler. Ancak, bu görevler birbirleriyle çelişmemekte ve aynı amaca hizmet etmektedirler. Bugün Roma Hukukunun usul hukukunun, özel hukukun bir kısmı olduğuna dair telakkisi terkedilmiştir. Usul hukuku sadece ihlale uğramış olan subjektif hakkın himayesine hizmet eden bir hukuk dalıdır. O sebeptendir ki, "**dava hakkı**" mücerret bir karakter kazanmış yerine "**hukuki himaye talebi**" kavramı geçmiştir. Fikrimizce, somut dava hakkından çok, bir hukuki himaye isteğinden söz edebilmek gerekir. Dava hakkından maksat, bir tarafın uygun hukuki himayeyi talebe ilişkin olmak üzere mahkemeye yönelteceği bir talep anlaşılmaktadır. Hukuki himaye talebi taraflardan birine ait bir kamu hukuku talebidir. Mahkemeye (Devlete) karşı yöneltilmiştir. Dava ile devletten hukuki himaye istenmektedir. Hukuki himaye talebini devletten başka hiçbir kimse yerine getiremez. **Hukuki himayeyi talep hakkı, hukuki himaye ihtiyacı bulunana tanınmaktadır.** Çoğu kez, hukuki menfaat ve meşru menfaat sahibi kimse, subjektif hak sahibi ise de, bu her zaman böyle değildir...".

Yargıtay'ın geniş biçimde yer verdiğimiz bu kararı ile Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin daha önce değindiğimiz kararı (12) görüldüğü gibi aynı doğrultudadır. Her iki kararda da, esas itibariyle talebin varlığının maddi hukuka aidiyeti kabul edilmekle beraber; hukuki himaye ihtiyacının varlığı usul hukukuna ilişkin bir sorun olarak telakki edilmektedir, buna göre, hukuki himaye ihtiyacının tespit edilemediği hallerde dava dinlenebilir olmadığından dolayı esasa girilmeden reddedilecektir.

Günümüzde *Wach* tarafından ortaya atıldığı şekli ile hukuki himaye talebi teorisi yoğun tartışmalardan sonra terkedilmiştir. Ancak *A. Blomeyer* (13),

(12) RGZ 160, 204 (209).

(13) ZPR, s. 4 vd.; FS *Böttcher*, s. 61 vd.

Pohle (14), *Schlosser* (15) ve *Henckel* (16), hukuki himaye talebini ona yeni bir görünüm vererek kabul eden yazarlar arasındadırlar. Teoriyi yeni şekliyle kabul eden bu yazarlara göre, hukuki himaye talebi, devletten uygun bir hüküm elde etmeye yönelik kamu hukukuna ilişkin bir taleptir ve bu talebe hem davacı hem de davalı sahip olabilmektedir. Hangi tarafın hukuki himaye talebine sahip olduğu hususu ise, hukuki duruma göre belirlenmektedir. Davanın ikamesi ile hukuki himaye talebi, davacı tarafından ileri sürülmektedir. Hukuki himaye talebinin varlığı, maddi ve şekli hukuk tarafından belirlenecek, yani maddi ve şekli hukuka ilişkin geçerlilik şartlarının yerine getirilmesine bağlı olacaktır.

Wach tarafından ortaya atılan hukuki himaye talebi teorisinin günümüzde büründüğü şekliyle karşılaştırıldığı takdirde, *Wach*'ın davalının mahkemeye yönelttiği hukuki himaye talebinden hiç bahsetmediği göze çarpmaktadır. *Schwab*, bunu, *Wach*'ın çıkış noktasının dava hakkı olmasına bağlamaktadır (17). Ancak *Hellwig* (18) davalının da hukuki himaye talebinin bulunduğunu günümüz hukukçuları gibi (19) kabul etmekteydi.

Ancak Alman doktrininde yeniden canlandırılmaya çalışılsa da hukuki himaye talebi teorisinin azınlıkta kalan teori olduğunu söylemek mümkündür. *Gaul* (20) bu konuda şöyle demektedir: "...Bugün hukuki himaye talebinden geriye onun tamamlayıcı unsuru olarak kabul edilen kurum, yani hukuki himaye ihtiyacı kalmıştır ki, bazıları bunu hukuki himaye talebi teorisinin bize sunduğu nadir hizmetlerden biri olarak görmektedir...".

Hukuki himaye talebi teorisini İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra canlandıran hukukçuların çıkış noktasının, hukuk devleti ilkesi olması her ne kadar söz konusu görüşe olumlu bir puan kazandırmış ise de, günümüzde "hukuki himaye talebi" kavramı yerini "adalet talebi" (*Justizanspruch*) kavramına bırakmıştır. Buna göre, mahkemenin kamu ve usul hukukuna dayanan hukuki himaye sağlama yükümlüğü mevcuttur ve taraflar bunu talep edebilir. Taraf-

(14) *Stein/Jonas/Pohle*, Erster Band, Einleitung VE Rdnr., 287 vd.

(15) *Gestaltungsklagen*, s. 374 vd., özellikle s. 375.

(16) s. 34.

(17) s. 414.

(18) *Klagrecht*, s. 47.

(19) *Blomeyer*, A., ZPR, s. 4 vd.; *Pohle*, in: *Stein/Jones/Pohle*, Erster Band, Einleitung VE, Rdnr. 287, özellikle Rdnr. 289.

(20) s. 45-46.

ların sahip oldukları bu hakka "adaletin sağlanması talebi" (Justizgewaehrungsanspruch) veya "adalet talebi" (Justizanspruch) adı verilmektedir. Söz konusu talep, Devlete yöneltililecek; Devlet de hukuki himaye sağlayan organları, özellikle mahkemeler aracılığı ile bu hakkı yerine getirme yükümlülüğü altına girecektir. Adalet talebi (Justizanspruch) yalnız mahkemelere başvurma imkânına değil, aynı zamanda etkin hukuki himaye sağlanmaya da yöneliktir. Adalet talebi Devlet için uyuşmazlığın bağımsız hakimler tarafından hukuk devleti anlayışı çerçevesinde çözülmesi zorunluluğu doğurur ise de, bu talep tamamen doğru bir hükmün verilmesini temin etmez (21), Schwab (22), hukuki himaye talebi ile adalet talebi arasındaki sınırı, hakimlerin bağımsız esasının çizdiğini ileri sürmektedir. Zira yazara göre, adalet talebinin kapsamına, tarafların dava dilekçesinin mahkeme tarafından kabulü, mehillerin tayini, ikame olunan delillerin kabulü, hükümlerin verilmesini isteme; kısaca hukuki himayenin sağlanması dahildir. Şayet hakim, mehil vermektен, delil ikamesini kabulden, hüküm vermektен kaçınırsa, bu hatalar karşısında hakimlerin bağımsızlığı esasına dayanamayacaktır.

Yukarıda yaptığımız açıklamaları şöyle özetleyebiliriz: Hukuki himaye ihtiyacını, hukuki himaye talebinin bir şartı olarak ele almak doğru değildir. Ayrıca hukuki himaye talebinin, maddi hukuk ile şekli hukuk arasında vazgeçilmez bir köprü olarak kabulüne de ihtiyaç yoktur, çünkü artık hukuki himaye talebinin yerini adalet talebi (Justizanspruch) almıştır ki; adalet talebi Devleti mahkemeleri aracılığı ile hukuki himaye sağlama yükümlülüğü altında bırakır ve böylece subjektif haklar temin edilmiş olur. Adalet talebi (Justizanspruch) ya da "adaleti sağlama talebi" (Justizgewaehrungsanspruch) davanın her iki tarafına da tanınan bir haktır.

III – HUKUKİ HİMAYE İHTİYACI VE DAVA EKONOMİSİ İLKESİ

Hukuki himaye ihtiyacının varlığının aranmasının ardında yatan düşüncenin, bireyin subjektif haklarını ileri sürme hususunda yararı olmadığına ulaşıldığı hallerde, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi olduğu söylenebilir. Buna göre, hukuki himaye ihtiyacının bulunmadığının saptandığı hallerde hukuki himaye ihtiyacı bir dava şartı teşkil ettiği için esasa girilme-

(21) Adalet talebine ilişkin geniş bilgi için bkz. **Baur**, s. 401; **Dütz**, s. 166 vd.; **Schwab**, s. 416; BVerfGE E 37, 153. Ayrıca bkz. **Jauernig**, ZPR, § 36 I 1; **Stein/Jonas**, Erster Band, Rdnr. 210 vd.

(22) s. 416-417.

yecektir. Doktrinde hukuki himaye ihtiyacı kurumu ile dava ekonomisi ilkesi arasında iribat kurulmaktadır (23).

Yargılama esnasında dava ekonomisi ilkesine uygun hareket zorunluluğu ile hukuki himaye ihtiyacının tam olarak açıklanması mümkün değildir (24). Çünkü dava ekonomisi ilkesi ile hukuki himaye ihtiyacı arasında bazı tezatların varlığı kuşku götürmemektedir. Dava ekonomisi ilkesi daha çok Devletin menfaatlerini ilgilendirdiği halde; hukuki himaye ihtiyacının varlığı, esasen hukuki himaye arayan bireyin menfaatlerine göre belirlenen bir husustur. Bu nedenle, her iki kurumun farklı alanlarının olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla hukuki himaye ihtiyacının asıl işlevi, mahkemelerin faaliyetinin belli bir ölçü içerisinde sınırlandırılması olarak algılanmamalıdır. Gerçi mahkemelerin yargısal faaliyette bulunmaları hususunda belirli bir oranda cimri davranmaları hoş karşılanabilir ise de, hukuki himaye ihtiyacının esasa girme şartı olarak ele alınması sadece dava ekonomisi ilkesi ile açıklanamaz.

IV – HUKUKİ HİMAYE İHTİYACI KURUMUNUN AKSAYAN YÖNLERİ

1) Schönke'nin Fikirleri

Hukuki himaye ihtiyacı, özellikle *Schönke* tarafından "das Rechtsschutzbedürfnis - Studien zu einem prozessualen Grundbegriff" adlı eserde geliştirilmiş bir hukuki kurumdur. Yazara göre, Usul Hukukunda kamu menfaati ön plandadır, hakkın korunması ve hukuki barışın sağlanması da Usul Hukukunun amaçlarını oluşturmaktadır. Devlet mahkemelerinin zamanını ve gücünü kullanma imkânı, bireylere hukuki himayeye ihtiyaç duydukları zamanda ve oranda tanınmalıdır (25). *Schönke*'yi kendinden önceki yazarlardan ayıran diğer bir unsur, hukuki himaye ihtiyacını yalnız davalar açısından

(23) **Hellwig**, System, § 101 I; **Henckel**, s. 193; **Martin**, s. 116 vd.; **Pohle**, ES Lent, s. 234; **Sauer**, s. 96; **Schumann**, ES Lorenz, s. 283. Karş.: 13. HD. 30.3.1981, 1659/2241: "... Bir davanın dinlenebilmesi, eş deyişle esasının incelenebilmesi, yargılama koşullarını taşımasına bağlıdır. Dava koşullarından, dava edilene ilişkin olanlarından biri de hukuksal yararın bulunmasıdır. Hukuksal yarardan amaç, davacının haklarına kavuşmak için mahkeme kararına gereksinim duymasıdır. Eğer davacı içinbu yoldaki bir mahkeme kararı gerekmiyorsa, davanın esasına girilmez; başka bir anlatımla, dava dinlenebilir nitelik kalmadığından reddedilir (IKİD, Eylül 1983, S. 273, s. 2102-2103).

(24) Aynı fikirde: **Stephan**, s. 20-21.

(25) s. 13 vd.

ele almaması, bunu usul muameleleri yapmak için aranan "genel bir hukuki himayeyi sağlama şartı" (allgemeine Rechtsschutzgewaehrsvoraussetzung) olarak kabul etmesidir (26). Bireyin şahsi menfaatleri, Devletin onun hakkını korumak için bir kamu menfaatinin bulunup bulunmadığının tesbiti için çıkış noktası oluşturmaktadır. Genel bir hukuki himayeyi sağlama şartı olarak hukuki himaye ihtiyacının bulunmaması, yapılan usul muamelesinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır (27). Yazarın hukuki himaye ihtiyacını dava şartı olarak değil, hukuki himayeyi sağlama şartı olarak kabulü, hukuki himaye ihtiyacı kurumunun kapsamını çok genişletmektedir. Zaten eserinde hukuki himaye ihtiyacı, Usul Hukukunun ana kavramlarından biri olarak gösterilmiştir (prozessualer Grundbegriff).

Schönke'nin tarafın Devlete karşı hukuki himaye talebinin bulunmadığını ileri sürmesinin ardında yatan neden, Usul Hukukunun amacını objektif hukukun ve hukuk barışının sağlanmasından ibaret görmesi; tarafın dava ikamesi ile hukuki himayeye yönelik subjektif bir hakkının bulunduğunu reddetmesidir. Buna göre, objektif hukukun sağlanmasına yönelik kamu hukukuna ilişkin subjektif hakkın (28) varlığından söz edilemeyecektir (29).

Schönke'nin fikirleri günümüz Medeni Usul Hukuku doktrininde esas itibariyle kabul görmüştür. Ancak çoğunluk, hukuki himaye ihtiyacını genel anlamda hukuki himayeyi sağlama şartı olarak değil, sadece dava şartı olarak kabul etmektedir (30). Hukuki himaye ihtiyacının bulunmadığının tesbiti

(26) Karş.: **Kuru**, s. 143: "...Dava açılmasında olduğu gibi mahkeme yapılan her talep için, talepte bulunanın hukuki bir menfaatinin mevcut olması lazımdır. Aksi halde, mahkeme hukuki himaye ihtiyacı bulunmadığından, talebi inceleyip yerine getiremez...". Aynı fi-kirde: **Zeiss**, Rdnr. 304.

(27) **Schönke**, s. 14-15.

(28) **Blomeyer**, A.'ya göre, bireyin kamu hukukuna ilişkin subjektif bir hakkının varlığı için doktrin başlıca üç şart aramaktadır: 1) Emredici bir hükmün varlığı, 2) Söz konusu hakkın sadece kamu menfaatini korumaya yönelik olmaması, belirli kişilerin haklarını da korumaya yönelmesi, 3) İlgililerin bu hakka dayanabilmesi (Es **Böttcher**, s. 63).

(29) s. 19.

(30) **Berg**, s. 124; **Bley**, s. 5, 42; **Blomeyer**, A., ZPR, s. 179 (§ 30, X); **Guldener**, s. 220; **Habscheid**, Rdnr. 357; **Jauernig**, JZ 1955, s. 236; **Lent**, s. 9; **Martin**, s. 110 vd.; **Neuner**, s. 64; **Nikisch**, § 56 II 5 (hakiki olmayan dava şartı); **Pohle**, Es **Lent**, s. 196; **Rosenberg**, s. 401-402; **Sauer**, s. 96-97; **Schilken**, Rdnr. 181, **Schlosser**, Jura 1979, S. 21; **Stein/Jonas**, 13. Lieferung, B. 2, III vor § 253, Rdnr. 127. Türk Hukukunda; **Belgesay**, s. 29; **Bilge/Önen**, s. 405 (tarafalara ilişkin dava şartı); **Önen**, Yargılama, s. 151 (dava konusuna ilişkin dava şartı); **Postacıoğlu**, s. 747; **Üstündağ**, s. 304 (dava konusuna ilişkin dava şartı). Karş.: **Kuru**, s. 136, 143.

halinde dava kabule şayan olmadığından (wegen Unzulaessigkeit) reddedilecek, esasa girilmeyecektir.

2) Schönke'nin Fikirlerinin Eleştirisi

Schönke'nin hukuki himaye ihtiyacına duyulan gereksinimi, Usul Hukukunun amacına bağlaması Alman doktrininde bazı yazarlar tarafından endişe ile karşılanmıştır (31). Bilindiği üzere bu yazar, Usul Hukukunun amacını objektif hukukun korunması ve hukuki barışın sağlanması olarak belirlemiştir. Bu çıkış noktasından hareket edildiği takdirde Medeni Usul Hukukunda bireylerin subjektif haklarını dava yoluyla ileri sürmeleri, Medeni Usul Hukukunun tali bir amacı halini almaktadır (32). Ancak objektif hukukun subjektif hakları temin ettiği düşünülürse, objektif hukuk ile subjektif hakların ayrılmaz bir bütün olduğu görülecektir (33). Dolayısıyla objektif hukukun sağlanmasını subjektif hakların temin edilmesinden daha fazla önemsemeye gerek yoktur. *Gaul* (34), bireylerin subjektif haklarının temininin arka plana itilmesinin, hukuki himaye arayışı içindeki tarafları yargılamanın aracı durumuna getireceğini; *Schönke*'nin sahip olduğu salt objektif bakış açısının; Medeni Usul Hukukunu içerikten yoksun bir hale sokacağını ve objektif hukukun temini amacına yönelik Ceza Hukukuna benzeteceğini ileri sürmekte, yazarın "Medeni Usul Hukuku'nun Ceza Hukukuna Benzetilmesi" deyimini kullanmasının zaten bu düşünceyi açıklığa kavuşturduğunu, bunun bizler için bir uyarı anlamına gelmesi gerektiğini savunmaktadır.

Gerçekten de *Gaul*'ün makalesinin yayınlanmasından yirmi yıl sonra, hukuki himaye ihtiyacına Medeni Usul Hukuku'nda yer verilip verilmeyeceği sorununu tartıştığı makalesinde *Schumann* (35), *Schönke*'nin eserinin perde arkasını ortaya çıkararak *Gaul*'ün endişelerinin ne denli haklı olduğunu or-

(31) *Allorio*, s. 322 vd., özellikle, s. 324; *Gaul*, s. 45-49; *Martin*, s. 112-113; *Pohle*, *ES Lent*, s. 198 vd.; *Rimmelspacher*, s. 72 vd.; *Schumann*, *ES Fasching*, s. 446-449; *Stein/Jonas*, 13, Lieferung, B. 2, vor § 253, Rdnr. 10: "...Kurumun doktrininde ve kazai içtihatlarda bu derece yaygın şekilde kabul görmesi talihsizliktir..."

(32) Karş.: *Pohle*, *ES Lent*, s. 205: "...Hukuki himaye ihtiyacı teorisi, kamu menfaatini her zaman tek taraflı bir biçimde ön plana çıkartmak suretiyle hukuki himayenin önemli ölçüde sınırlandırılmasına yol açmaktadır. Buna örnek olarak, Asliye Hukuk Mahkemeleri'nin görevine giren bir hususun, bu mahkemelerce görülmesinin önlendiği savıyla alacağın bölünerek dava edilmesinin reddi gösterilebilir..."

(33) Aynı fikirde: *Pohle*, *ES Lent*, s. 197.

(34) s. 48-49.

(35) *ES Fasching*, s. 439 vd.

taya koymuştur. Yazar, hukuki himaye ihtiyacı kavramının politize edilmesinin Nasyonalsosyalistlerin iktidarda buldukları zamana rastladığına dikkat çekmektedir. Gerçi dava şartlarının henüz tam olarak geliştirilmediği dönemlerde de doktrinin (36) ve içtihatların (37), sonuçlandırılmış bir davanın yeniden açıldığı durumlarda ikinci davanın kesin hükmün varlığı nedeniyle değil, hukuki himaye ihtiyacının bulunmadığı gerekçesiyle reddetmelerine 1933 öncesinde de rastlanmaktaydı, ama Nasyonalsosyalistlerin iktidarı zamanında yeni olan husus, Alman Medeni Usul Hukuku'nun liberal yapısından koparılması, temel hakların bertaraf edilmesi ve en önemlisi, Usul Hukuku'nun vatandaşın hukuki himayesine yöneltmemesi için, büyük bir kavganın verilmesiydi (38). Musevi kökenli Alman bilim adamlarının yazmış oldukları, Medeni Usul Hukuku ders kitaplarının yok sayıldığı bu hukuki himaye düşmanı dönemde *Schönke*'nin tezinin herhangi bir tepkiye uğramadan geniş kitlelerce kabul edildiğini belirtmektedir (39).

Almanya'da 1933 sonrasında Medeni Usul Hukuku'nda böylesine kötüye kullanılan hukuki himaye ihtiyacı kurumunun neden 1945 sonrasında kapsamının daraltılmayıp, aynen *Schönke*'nin geliştirdiği şekliyle korunduğu hususunu *Schumann*, İkinci Dünya Savaşı sonrası Usul Hukuku doktrinin en garip yönlerinden biri olarak nitelendirmekte; hukuki himaye ihtiyacı kavramının mutlaka hukuk devletinin esasları ile birlikte ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

3) Hukuki Himaye İhtiyacının Diğer Sakıncaları

Hukuki himaye ihtiyacının bir dava şartı olduğu ve mahkemece re'sen gözönünde genelde tutulacağı kabul ediliyor ise de, hukuki himaye ihtiyacının her yönüyle tartışmasız bir kurum olarak görülmesi imkânsızdır.

Fasching (40), hukuki himaye ihtiyacına yönelik sakıncaları belli başlı beş noktada toplamıştır: **Birincisi**, kanunda dayanağının olmaması; **ikincisi**,

(36) Karş.: **Goldscmid**, s. 205 vd.

(37) RGZ 88, 267 (268).

(38) Karş.: **Stein/Jonas**, 13, Lieferung, B.II, III vor § 253, Rdnr. 10: "...Otoriter bir Usul Hukuku anlayışında, maddi hukuka ilişkin taleplerin himayesi Devletin menfaatleri ile uyuştugu oranda gerçekleşecektir, çünkü bu sistemde dava öncelikle kamu menfaatine hizmet eden bir kurumdur. Buna karşın, liberal hukuk devleti anlayışının egemen olduğu bir sistemde, kural olarak, vatandaşların hakları odak noktası olarak kabul edildiğinden, her hak himayeye layık görülecektir..."

(39) **Schumann**, ES **Fasching**, s. 447.

(40) Rdnr. 743.

bir dava şartı olarak fazla detaylandırılmamış, belirsiz ve değişik görünüm-
lere sahip bir kavram olması, bunun dışında ana hatlarının belirlenememe-
sidir; **üçüncüsü**, hakime esasa ilişkin bir hüküm vermek yerine davayı ka-
bule şayan olmadığından ötürü reddetme imkânını sunması ve böylece onu
maddi hukuka ilişkin sorunları hiç ele almadan hüküm vermeye sevketmesi;
dördüncüsü, hukuki himaye ihtiyacının bulunmaması nedeniyle davanın
kabule şayan olmadığından ötürü reddinin, Avrupa İnsan Hakları Konvansi-
yonu'nun 6. madesine, başka bir anlatımla, iddia ve müdafaa hakkına –
yani– tarafların dinlenmesi ilkesine aykırılık teşkil etmesi; **beşincisi** ise, hu-
kuki himaye ihtiyacının hukuk dışı bazı değerlendirmelere kapı açması ve
hukuki himaye temini yükümlülüğünü nisbileştirmesidir. Yazar, hukuk dışı
değerlendirmelere örnek olarak "talebin miktarının cüz'i olması" (41), "dava-
nın amacına aykırılık" gibi nedenler başta olmak üzere bilumum ekonomik,
politik ve ideolojik nedenlerin hukuki himaye ihtiyacı bulunmadığından ötürü
davanın reddine neden olmasını göstermektedir (42).

Fasching'in eleştirdiği hususları tek tek incelemekte yarar görmekteyiz.

a) Hukuki Himaye İhtiyacının Kanunda Düzenlenmediği Hususu

Gerçekten de hukuki himaye ihtiyacının genel bir dava şartı olduğu hu-
susunu, kanun hükümlerinden çıkarma imkânı, ne Alman ve Avusturya Hu-
kuku ne de Türk Hukuku açısından mümkündür. Gerçi her üç hukuk düze-
ninde tespit davasının açılmasında (43), fer'i müdahale talebinde bulunmada
(44) delillerin tesbitinde (45) hukuki menfaatin varlığı aranmaktadır (46).

(41) 4. HD., 4.5.1982, 1919/2855: "...Davada; geçit hakkı talep edilen (hadim) gayrimenkulün değerinin 320.000'e ulaşacağı, buna mukabil geçit hakkı verecek olan (gayrimenkul hakkı verecek olan) gayrimenkul sahibine 1.180.000 lira tazminat ödenmesi gerekeceği, anlaşıldığına göre, davacının objektif iyiniyet kurallarına göre davada hukuki yararı bulunmamaktadır... Karşı oy yazısı: Geçit hakkının konması ile taraf taşınmazlarda değer bakımından ne ölçüde değişme olabileceği davaya etkili olmaz" (İKİD Eylül 1982, S. 261, s. 1315-1318).

Karş.: **Kuru**, s. 137: "...Hukuki menfaat himayeye layık bir menfaat olmalıdır... Huku-
kumuzda kısmi dava caiz ise de (HUMK. m. 4), alacağın bir kısmının dava edilmesinde
davacının himayeye layık bir hukuki menfaatinin bulunması lazımdır...".

(42) **Fasching**, Rdnr. 743.

(43) Karş.: Alman Medeni Usul Kanunu § 256 I; Avusturya Medeni Usul Kanunu § 228.

(44) Karş.: Alman Medeni Usul Kanunu § 66 I; Avusturya Medeni Usul Kanunu § 17.,
HUMK. m. 53.

(45) Karş.: Alman Medeni Usul Kanunu § 485, c. 2; Avusturya Medeni Usul Kanunu § 384
II; HUMK., m. 368 vd.

(46) Kanunda düzenlenmemiş ise de kanundan doğan dava yetkinliği ile iradi dava yetkinliği
kurumlarında da hukuki himaye ihtiyacının varlığı söz konusu edilmektedir. Bu kurum-

Medeni Usul Kanunları'ndaki bu durum iki biçimde yorumlanabilir. İlk olarak, hukuki himaye ihtiyacı şartının genel bir dava şartı olarak kabulünün reddi düşünülebilir, ancak sözkonusu düzenlemelerin aksinden yukarıda anılan kurumlar açısından kanunkoyucunun hukuki himaye ihtiyacının varlığını aradığı; hukuki himaye ihtiyacından bahsedilmediği hallerde ise onun varlığının asıl olduğunu kabul ettiği de akla gelebilir.

Gerçekten de eda davalarında hukuki himaye ihtiyacının varlığı asıldır (47). Davacının dava açması ile hukuki himaye ihtiyacının bulunduğu ortaya çıkmış olur. Aynı husus, maddi hukuk tarafından tüketici biçimde belirlenmiş olan inşai davalar için de sözkonusudur (48).

Bu arada doktrinde, genel anlamda hukuki himaye ihtiyacını, davanın esasına ilişkin bir olgu olarak kabul eden, fakat tespit davaları için aranan hukuki himaye ihtiyacını dava şartı olarak ele alan yazarların da mevcut olduğunu belirtmek isteriz (49).

b) Hukuki Himaye İhtiyacının Belirsiz, Değişik Görünümlere Sahip ve Ana Hatları Belirlenemeyen Bir Kurum Olduğu Hususu

Gerçekten de hukuki himaye ihtiyacına yönelik en haklı ve çarpıcı eleştiri, onun belirsizliğini vurgulayandır.

Hukuki himaye ihtiyacını Fransız Hukuku açısından incelediği bölümde *Neuner*'ın yazdığı şu satırlar ilginçtir: "...Pas d'intérêt, pas d'action sık sık gündeme gelen bir hukuki terimdir. Ancak birçok hukuki deyimde olduğu gibi bununla ne kastedildiğini ilk bakışta anlamak zordur ve daha yakından baktığımızda **bu bayrak altında değişik kökenli birden fazla düşüncenin taşındığı görülmektedir...** Fransız doktrininin özellikle bu noktada yetersiz kaldığı aşikârdır, dolayısıyla kavramın içtihatlarda belirgin hale getirilmemesinde de bunun rolü vardır..." (50).

lara ilişkin geniş bilgi için bkz. *Deren - Yıldırım*, s. 23-35. Aynı husus, kanun yollarına müracaat için de geçerlidir (*Kuru*, s. 143; *Zeiss*, Rdnr. 298).

(47) Aynı fikirde: *Kuru*, s. 137.

(48) Aynı fikirde: *Önen*, İnşai Dava, s. 55-56: "Esasen inşai davalar numerus clausus'a tabi olduğundan, yani ancak kanunun öngördüğü durumlarda açılacağından, kanunkoyucunun her inşai dava için hukuki yararın varlığını kabul ve verilecek hükümle davanın tarafları arzuladıkları hukuki himayeyi verebileceğini peşin olarak taahhüd ettiğini doğal saymak gerekir..."

(49) *Blomeyer*, J., s. 35-36.

(50) s. 85.

Nitekim Alman doktrininde başka yazarlar da, bir genel şart (General-klausel) olarak hukuki himaye ihtiyacının ana hatlarının saptanamamasının hukuk güvenliğini zedelediğini ileri sürmektedirler (51).

c) Hakime Esasa İlişkin Hüküm Verme Yerine Davanın Kabule Şayan Olmadığından Ötürü Reddetme İmkânını Sunması

Hukuki himaye ihtiyacının ana hatlarının belirsiz olması bazı durumlarda davanın esastan reddi cihetine gitmek yerine, hakimi hukuki menfaatin bulunmadığı gerekçesiyle davayı kabule şayan olmadığından ötürü reddetmeye sevkedebilir ki, bunun özellikle maddi anlamda kesin hüküm açısından ciddi sonuçları olabilir.

Schumann (52), hukuki himaye kavramının maddi hukuka ilişkin bazı hususları ve eksiklikleri tesbitte kullanılmasını çok sakıncalı bulmaktadır. Yani "dava konusunun miktarının çok cüz'i olması", "hiçbir delilin ibraz edilmediği", "iflası imkânsız bir edimin söz konusu olması", "edimin ahlâka aykırı olması", "amaca aykırı olması", "hasmın malvarlığının bulunmaması nedeniyle ilâmın icrasının mümkün olmaması" gibi hususlar kesinlikle "hukuki himaye ihtiyacından yoksunluk" şeklinde açıklanmamalıdır.

Bu hususta *Böttcher*'in tespitleri de ilginçtir: "...Acaba davacının talebinin amaca uygun olmadığından (faydasız olduğundan) hareketle mahkeme, davayı hukuki himaye ihtiyacının bulunmadığı gerekçesiyle reddedebilir mi? Fakat sözkonusu gerekçenin kullanılması bizi asla yanıltmamalıdır. Davacının menfaati sadece Devletten istediği hükme yöneliktir, yoksa davanın sonunda ulaşacağı başarı ya da başarısızlığın önemi yoktur... Kamunun menfaati ile davacının menfaatinin aynı şey olduğu söylenemez..." (53).

Yargıtay'ın da bazı kararları hukuki himaye ihtiyacı ile davanın esas arasında kurulan irtibat açısından bize bazı ipuçları vermektedir.

"Davalı Yunanistan vatandaşıdır, 1644 sayılı Tapu Yasasının 35. maddesi uyarınca miras yolu ile olsa bile yabancıнын gayrimenkul edinebilmesi o kişinin vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye Devleti arasında kabul edilmiş müteakabiliyet anlaşmasının varlığı ile mümkündür. Teolağos Çarkaçoğlu'ndan mirasçılık belgesi alan davalının vatandaşı olduğu ülke ile ülkemiz arasından yapılmış böyle bir anlaşma bulunmamaktadır. Gizli ka-

(51) *Blomeyer*, A., ZPR, § 30 X (s. 179); *Stein/Jonas*, 13. Lieferung, III vor § 253, Rdnr. 101; *Zeiss*, Rdnr., 297.

(52) *ES Fasching*, s. 441-442.

(53) *Kritische Beitrage*, s. 210 vd.

rarnamenin kaldırılmış olması Tapu Yasasının 35. maddesinin işlerliğini engellemez. Şu halde Yunanistan uyruklu olan davalının miras yolu ile mülk edinme hakkı bulunmamaktadır. Eda ve tespit davalarının dinlenebilirlik koşulunu oluşturan hukuki yarar unsuru bulunmadığına göre mirasa hak sağlamayan mirasçılığın tesbiti de istenemez; böyle bir istek mahkemece hüküm altına alınamaz..." (54).

"...Bu durumda, hamen yürürlükte bulunan 1298 tarihli Yasa gereği vatandaşlıktan çıkarılan davacının miras yoluyla mülk edinmesi mümkün olmadığından, mirasçılığın tesbitinde de hukuki bir yararın bulunduğu söz edilemez.." (55).

"Bu durumda, koşulları oluştuğunda geri alma davası 4753 sayılı Yasanın 58. maddesinde sözü edilen 25 yıllık sınırlama süresi içinde açılabilir, böyle olunca; 25 yıllık sınırlama süresinin bitiminden sonra 4753 sayılı Yasadaki sınırlamalara dayanarak, geri alma davası açma olanağı ve dava gününde anılan yasaya göre davacının hukuki yararı yoktur..." (56).

Yukarıda anılan kararlarda izlenen yöntem, esasa girip hakkın mevcut olmadığını belirlemek, fakat davayı esastan reddetmek yerine, hukuki himaye ihtiyacının bulunmadığından –yani davanın kabule şayan olmadığından– ötürü reddetmektir.

Alman doktrininde, davanın esası ile olan çok özel ilişkisinden hareketle hukuki himaye ihtiyacı bazı yazarlar (57) tarafından "sahte dava şartı" (unechte Prozessvoraussetzung) olarak nitelendirilmiştir. Hukuki himaye ihtiyacının varlığının tesbitine ancak diğer dava şartlarının bulunduğu belirlenmesinden sonra girildiği; şayet dava esastan reddedilecek ise, hukuki himaye ihtiyacının varlığının saptanmasına dava ekonomisi ilkesi uyarınca gerek kalmayacağı savunulmuştur. *Henckel* (58), bu hususta daha da ileri giderek yalnız "davanın kabul edildiği hallerde hukuki himaye ihtiyacının dava şartı" oluşturduğunu belirtmiştir. Söz konusu tartışma, davanın kabule şayan olmasına ilişkin şartlar ile davanın esasına ilişkin şartların hakim ta-

(54) 2. HD., 21.12.1990, 5496/13085 (Yasa, Şubat 1991, S.2, s. 210).

(55) 2. HD., 19.11.1990, 4934/11153 (İKİD Kasım 1992, S. 383, s. 9119-9120).

(56) 5. HD., 5.10.1984, 7732/7798 (İKİD Ocak 1985, S. 289, s. 3122-3123).

(57) Karş.: **Blomeyer, J.**, s. 36; **Henckel**, s. 193; **Jauernig**, JZ 1955, s. 236; **Nikisch**, § 56 II 5; **Martin**, s. 116-117.

Aksi fikirde: **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 517. "...Davanın esastan reddine gerek yoktur, çünkü hukuki himaye ihtiyacının varlığı davanın esasına oranla daha kolay saptanabilir..."; **Bley**, s. 109. Karş.: **Rosenberg**, s. 436-437.

(58) s. 193.

rafından incelenmesinde belli bir sıranın olup olmadığı sorununu da ilgilen-dirmektedir (59).

Burada üzerinde durmak istediğimiz diğer önemli husus ise, hakimin di-ğer dava şartlarını incelemeyen hukuki himaye ihtiyacının bulunmadığından bahisle davayı kabule şayan olmadığından ötürü reddetme olasılığıdır. Doktrinde hukuki himaye ihtiyacının sınırlandırılmayan yapısından dolayı bir tür "toplama havuzu" (Sammelbecken) vazifesini yerine getirdiğinden dem vurulmaktadır (60). Örneğin, *Böttcher*'in ifadesi şöyledir: "...Bu husus çözü-me kavuşturulamamış birçok sorun için sığınak oluşturan hukuki himaye ih-tiyacı alanına sokulmamalıdır..." (61). endişeye mahal veren nokta, hakimin kesin hükmün ya da derdest bir davanın (62) bulunup bulunmadığını araş-tırmak yerine, hukuki himaye ihtiyacının mevcut olmadığı gerekçesiyle da-vayı kabule şayan olmadığından ötürü reddetme olasılığının bulunmasıdır. Fakat, gelişmiş bir hukuk sisteminde davanın kabule şayan olup olmadığına ilişkin sorunların "hukuki himaye ihtiyacı" başlığı altında ele alınması düşü-nülemez (63).

d) Hukuki Himaye İhtiyacının İnsan Hakları Konvansiyonu İle Bağdaşmadığı Hususu

Fasching'in bu eleştirisinin yerindeliği tartışmalıdır, çünkü davacının mahkemeye başvurması, özellikle Alman Hukukunda tarafların dinlenmesi ilkesi çerçevesinde değil, hukuki himaye talebi veya adalet talebi çerçeve-sinde ele alınmaktadır (64).

Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda da şu ifade yer al-maktadır: "...Anayasadaki hukuk devleti ilkesinden özel hukuka ilişkin uyuş-mazlıklarda maddi anlamda etkin hukuki himaye sağlamayı çıkartabiliriz. Etkin hukuki himaye sağlama da, dava konusunun etraflı bir şekilde tetkiki ve o davada bağlayıcı bir hükmün verilmesi ile gerçekleşir..." (65).

(59) Geniş bilgi için bkz. *Rimmelspacher*, s. 123 vd.

(60) *Pohle*, *ES Lent*, s. 212.

(61) *EG Rosenberg*, s. 74.

(62) Alman Hukukunda derdestlik dava şartlarındandır.

(63) *Zeiss* ise, hukuki himaye ihtiyacının diğer dava şartlarına paravan oluşturmasını normal karşılamakta, bunun her genel şart için söz konusu olduğunu belirtmektedir (Rdnr. 297).

(64) *Schumann*, *ES Fasching*, s. 445; *Baur*, s. 397 vd.

(65) *BVerfGE* 54, 277 (291).

e) Hukuki Himaye İhtiyacının Hukuk Dışı Değerlendirmelere Açık Kapı Bıraktığı Hususu

Fasching'in hukuki himaye ihtiyacına yönelttiği en ağır fakat haklı eleştirisi de, onun hukuk dışı değerlendirmelere neden olduğu iddiasıdır. Gerçekten de ekonomik (66), politik hatta ideolojik bazı nedenler gösterilmek suretiyle bireylerin hukuki himayeden yoksun bırakılmaları, hukuki himaye ihtiyacının bulunmaması gerekçesiyle sağlanabilir. 1933 sonrası Almanya'da yaşananlar bu durumun tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

S O N U Ç

Yöneltilen eleştirilerden de anlaşılacağı üzere, hukuki himaye ihtiyacı, belirsiz ve ana hatlardan yoksun yapısı ile kötüye kullanılmaya son derece müsait bir hukuki kavram olarak Medeni Usul Hukuku'nun ana kavramlarından biri olarak addedilemez.

Bu nedenle, bir dava şartı olarak geçerliliği, gerek Kara Avrupası Hukukunda gerek Türk Hukukunda genelde tartışmasız kabul edilen hukuki himaye ihtiyacının son derece dikkatle yaklaşılması gereken bir kurum olduğuna inanmaktayız. Şayet onun esasa girme şartı olarak kalması istenirse, hakimin dava konusu uyumsuzluğu, dava şartları ve davanın esası açısından etraflı şekilde ele almaktan hukuki himaye ihtiyacının bulunmadığı gerekçesiyle kaçınmasına izin vermemek gerekir. Bunun dışında hukuki himaye ihtiyacının ekonomik, politik ve ideolojik nedenlerle bireylerin etkin hukuki korunma sağlamalarına engel olmasına fırsat vermemek gerekir. Aslında kurumun bütün bu kötü yönlerinin, dava ekonomisi ilkesi öne sürülerek bertaraf edilmesi pek kolay gözükmemektedir, çünkü söz konusu ilke hukuki himaye ihtiyacı ile sanılanın aksine tezat halindedir.

—oOo—

(66) Yöneltilen talebin miktarının az olması nedeniyle davanın reddinde olduğu üzere.

KISALTMALAR

- AcP** : Archiv für civilistische Praxis.
B. : Band.
b. : bent.
Bkz. : Bakınız.
BVerfGe : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
C. : Cilt.
FG : Festgabe.
FS : Festschrift.
HD : Hukuk Dairesi.
HGK : Hukuk Genel Kurulu.
HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
İKİD : İlimi ve Kazai İçtihatlar Dergisi.
Jura : Juristische Ausbildung.
JuS : Juristische Schulung.
JZ : Juristenzeitung.
Karş. : Karşılaştırınız.
m. : madde.
Rdnr. : Randnummer (kenar numarası).
RGZ : Entscheidungen des Reichsgerichts. (in Zivilsachen)
S. : Sayı.
s. : sayfa.
vd. : ve devamı.
Vor : Vorbemerkung.
Yasa : Yasa Hukuk Dergisi.
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi.
ZPO : Zivilprozessordnung.
ZPR : Zivilprozessrecht.
ZZP : Zeitschrift für Zivilprozess.

BİBLİYOGRAFYA

- ALLORİO**, Enrico : Rechtsschutzbedürfnis, ZZP 67 (1954), s. 321 vd.
- ANSAY**, Sabri Şakir : Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- BAUR**, Fritz : Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, 1954, s. 393-412.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit : Dava Teorisi, İstanbul 1943.
- BERG**, Hans : Zulaessigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess, JuS 1969, Heft 3, s. 123 vd.
- BİLGE**, Necip / **ÖNEN**, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978.
- BLEY**, Erich : Klagrecht und rechtliches Interesse, Leipzig 1923.
- BLOMEYER**, Arwed : Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozess, in: FS Bötticher, Berlin 1969, s. 61-75 (Kıs.: FS Bötticher). Zivilprozessrecht, 2 Auflage, Berlin 1985 (Kıs.: ZPR).
- BLOMEYER**, Jürgen : Die Unterscheidung von Zulaessigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, ZZP 81 (1968), s. 20 vd.
- BÖTTICHER**, Eduard : Kritische Beitræge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin 1930 (Kıs.: Kritische Beitræge).
Zur Lehre von Streitgegenstand im Eheprozess, in: FG für Leo Rosenberg, München und Berlin 1949, s. 73-99 (Kıs.: FG Rosenberg).
- DEREN - YILDIRIM**, Nevhis : Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1994.
- DÜTZ**, Wilhelm : Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Berlin - Zürich 1970.
- FASCHING**, Hans W. : Lehrbuch des österreichischer Zivilprozessrechts, Wien 1990.
- GAUL**, Hans Friedhelm : Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozess, AcP 168 (1968), s. 27 vd.
- GOLDSCHMİDT**, James : Zivilprozessrecht, 2 Auflage, Berlin 1932.
- GULDENER**, Max : Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.
- HABSCHEID**, Walther J. : Schweizerisches Zivilprozess - und Gerichtsorganisationsrecht, 2 Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1990.
- HELLWIG**, Konrad : Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905 (Kıs.: Klagrecht).
System des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1912 (Kıs.: System).

- HENCKEL**, Wolfram : Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961.
- JAUERNIG**, Othmar : Warum keine Verbindung von Prozess- und Sachabweisung? JZ 1955, s. 235 vd.. (Kıs.: JZ 1955)? Zivilprozessrecht, 23 Auflage, München 1991 (Kıs.: ZPR).
- KURU**, Baki : Dava Şartları, Ansay'a Armağan, Ankara 1964, s. 109-147.
- LENT**, Friedrich : Zivilprozessrecht, 9 Auflage, München und Berlin 1959.
- MARTİN**, Reiner : Prozessvoraussetzungen und Revision, Köln/Berlin/Bonn/München 1974.
- NEUNER**, Robert : Privatrecht und Prozessrecht, Mannheim/Berlin/Leipzig 1925.
- NİKİSCH**, Arthur : Zivilprozessrecht, 2 Auflage, Tübingen 1952.
- ÖNEN**, Ergun : İnşai Dava, Ankara 1981 (Kıs.: İnşai Dava).
Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979 (Kıs.: Yargılama).
- POHLE**, Rudolf : Zur lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in: FS Lent, München, Berlin 1957, s. 195 vd.
- POSTACIOĞLU**, İlhan E. : Dava Teorisi Üzerine Bazı Mülâhazalar, Tahir Taner Armağanı, İstanbul 1956, s. 737-752.
- RİMMELSPACHER**, Bruno : Zur prüfung von amts wegen im Zivilprozess, Göttingen 1966.
- ROSENBERG**, Leo : Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 9 Auflage, München/Berlin 1961.
- ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD** : Zivilprozessrecht, 15 Auflage, München 1993.
- SAUER**, Hans - Joachim : Die Reihenfolge der Prüfung von Zulaessigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess, Köln/Berlin/Bonn/München 1974.
- SCHILKEN**, Eberhard : Zivilprozessrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1992.
- SCHLOSSER**, Peter : Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 (Kıs.: Gestaltungsklagen).
Polit-show, Sexismus und die überwundene Starrheit des Prozessrechts, Jura 1979, s. 20 vd. (Kıs.: Jura 1979).
- SCHÖNKE**, Adolf : Das Rechtsschutzbedürfnis - Studien zu einem Zivilprozessualen Grundbegriff, Berlin 1950.
- SCHUMANN**, Ekkehard : Die Prozessökonomie als rechtsethisches Prinzip, in: FS Larenz, München 1973, s. 271 vd. (Kıs.: FS Larenz). "Kein Bedürfnis für das Rechtsschutzbedürfnis" Zur Fragwürdigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses als allgemeine Prozessvoraussetzung, in: FS Fasching, Wien 1988, s. 439-449 (Kıs.: FS Fasching).

SCHWAB, Karl Heinz : Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs, ZZP 81 (1968), s. 412
vd.

STEIN - JONAS : Kommentar zur Zivilprozessordnung 20 Auflage, 13 Lieferung, B.2 §§ 253-299
a, Tübingen 1987 (Kis.: 13 Lieferung). Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20
Auflage, Erster Band, §§ 1-252, Tübingen 1984 (Kis.: Erster Band).

STEPHAN, Bodo : Das Rechtsschutzbedürfnis, Berlin 1967.

ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1992.

WACH, Adolf : Handbuch des Deutschen Zivilprozessrecht, Band 1, Leipzig 1885.

ZEISS, Walter : Zivilprozessrecht, 7 Auflage, Tübingen 1885.

HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜNDE DELİL SÖZLEŞMELERİ

Mustafa ATEŞ (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : *Giriş. I- Genel Olarak Delil Sözleşmeleri. A- Kavramın Tanımı. B- Hukuki Mahiyeti. C- Delil Sözleşmesinin Kapsamı. D- Delil Sözleşmesinin Sınırları. a- Uygulanacak Kanun Hükümleri Delil Sözleşmesinin Konusu Olamaz. b- Maddi Hukukun Muayyen Şekilde Yapılmasını Emrettiği Hususlar. c- Re'sen Araştırma Prensibinin Cari Olduğu Hususlarda Delil Sözleşmesi Yapılamaz. II- Delil Sözleşmesinin Yapılış Şekli. A- Genel Olarak. B- Delil Sözleşmesinin Yazılı Şekilde Yapılması. C- Delil Sözleşmesinin Sözlü Şekilde Yapılması. D- Delil Sözleşmesinin Mahkeme Huzurunda Yapılması. a- Tanık Dinlenmesine Muvafakat Şeklinde Delil Sözleşmesi Yapılması. 1- Tanık Dinlenmesinin Şartları. i- Hâkimin Tanık Dinlenemeyeceğini Hatırlatmış Olması. ii- Karşı Tarafın Tanık Dinletilmesine Muvafakat Etmesi. iii- Tanık Dinletilmesine İlişkin Muvafakatın Zabta Dercdilerek Muvafakat Edene İmza Ettirilmesi. 2- Tanık Dinlenmesine Muvafakat Hükümleri. i- Tanıkla İspat Sözleşmesi O Hususun Senetle İspat Edilmesini Engellemez. ii- Tanık Dinlenmesine Bir Kez Muvafakat Edildikte Bu Muvafakattan Cayılmaz. iii- Tanık Dinlenmesine Muvafakatın Zamanı. iv- Muvafakat, Karşı Tarafın Tanık Dinletmeye Muvafakat Etmesi Şartıyla Verilebilir. b- Mahkemede Yapılan Diğer Çeşit Delil Sözleşmeleri. a- Kavramın Tanımı ve Mahiyeti. b- Münhasır Delil Sözleşmesinin Hükümleri. C- Münhasır Olmayan Delil Sözleşmeleri. a- Kavramın Tanımı ve Mahiyeti. b- Münhasır olmayan Delil Sözleşmesinin Hükümleri. S o n u ç.*

GİRİŞ

İnceleme konumuz olan delil sözleşmesi, medeni usul hukukunun alt konularından birini teşkil eder. Delil sözleşmesi, özellikle ispat konusu bakımından önem arzeder.

(*) Ankara Barosu Eski Avukatı.

Üzerinde anlaşma sağlanamadığı için dava konusu yapılan hakkın ve buna karşı ileri sürülen iddiaların mesnedini teşkil eden hususların mevcudiyeti veya ademi mevcudiyeti hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine "İspat" denilmektedir. Buna göre haklı olduğunu iddia edenin, gerçekten haklı olduğunu ispat edebilmesi için, bazı vasıtalarla yararlanması gerekir ki, biz bu vasıtalara da "delil" adını veriyoruz.

Bir kimsenin maddi olarak haklı durumda bulunması, bu hakkın elde edilebilmesi için yeterli olmayabilir. Haklılığını iddia eden kimse, bu durumunu o hakkın mevcut olduğunu gösteren vasıtalarla ispat etmedikçe davayı kazanamaz. Haklı olduğunu iddia eden kimse kendesinin haklılığına karar verecek makamı (hakimi) haklılığına inandırmalı, hâkimde mevcut kuşkuyu kendi lehine olmak üzere tamamen izale etmelidir.

Delil sözleşmesi, davanın ispatı için hangi vasıtalarla yararlanılacağı konusunda davanın tarafları arasında yapılan anlaşmaya denilir. Taraflar, iddia ve karşı iddialarını hangi delillerden yararlanarak ispat edeceklerini, çeşitli şekillerde kararlaştırabileceklerdir. Bunu nasıl yapacakları sorusunun cevabı bu incelemenin konusunu teşkil etmektedir.

Delil sözleşmesi, usul hukukunda istisnai de olsa taraf iradelerine tanınmış serbestinin bir sonucudur. Esas itibariyle usul hukukunda taraf iradelerinin önemi yoktur. Yani tarafların iradeleri ile bu hukuk alanında belli sonuçlar yaratmaları mümkün değildir. Çünkü usul hukuku, niteliği itibariyle kamu düzenine ilişkin bir hukuk dalıdır. Kamu yararı, özel çıkarların üstünde olduğu için taraf iradeleri son derece sınırlanmıştır.

Ne var ki, bazen kamu düzeni ile yakından ilgisi olan alanlarda da taraf iradelerine belli ölçüde değer verilmektedir. taraf iradelerine bu gibi alanlarda değer verilmesinin nedeni, o alanın kamu düzeninden ziyade taraf menfaatleri ile daha yakından ilgili olmasıdır. İşte özellikle Medenî Usul Hukukunda delil sözleşmesi yapılmasına müsaade edilmesinin temel sebebi budur.

Bu makalede, Türk Medeni Usul Hukukunda delil sözleşmesi ile ilgili esaslar ele alınmış ve incelemeye çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK DELİL SÖZLEŞMESİ

A – KAVRAMIN TANIMI

Delil sözleşmesi, belli bir hususun (bir vâkıa veya hukukî ilişkinin) mu-

ayyen bir delil veya deliller ile ispat edilmesi imkânının sağlanması amacıyla, bir davanın tarafları arasında yapılan usul hukuku sözleşmesidir (1).

Bu sözleşme ile davanın tarafları, uyuşmazlık konusu bir mesele ile ilgili haklarının varlığının veya yokluğunun ispatı için hangi vasıtalarla yararlanılacağını önceden tespit etmektedirler. Bir vâkıa veya hukukî ilişkinin mevcudiyeti veya ademi mevcudiyetinin hangi vasıtalarla ispat edileceği konusunda anlaşma yapılmaktadır.

B – Hukuki Mahiyeti

Delile ilişkin anlaşmalar nitelik itibariyle iki taraflı hukuki işlemlere benzerler. Ancak bu tür sözleşmeleri borçlar hukuku sözleşmeleri niteliğinde görmemek gerekir. Zira, bu sözleşmeler borçlar hukuku sözleşmelerine nazaran farklı hüküm ve sonuçları haizdirler. Delil sözleşmesinin konusu, dava ile ilgili vâkıa veya bir hukuki ilişkinin mevcudiyeti veya ademi mevcudiyetinin tesbitini amaçlayan vasıtalar yani "DELİLLER"dir. Borçlar hukuku sözleşmelerinin konusu ise, alacak ve borç doğuran hukuki muamelelerdir, bu sözleşmenin tarafları alacaklı ve borçludur. Delil sözleşmesinin tarafları ise dâva konusu yapılan uyuşmazlığın taraflarıdır.

Delil sözleşmesi özelliğini usul hukuku bakımından gösterir. Bu itibarla, bu sözleşmelere "usuli akit" denilmiştir. Keza, delil sözleşmesi taraf usul muameleleri içinde yer alır ve bunların "iki taraflı usulî muameleler" kategorisine dahil bulunmaktadır (2).

Kural olarak, usul hukukunda sözleşme hürriyeti söz konusu değildir. En azından denilebilir ki, usul hukukundaki serbesti, maddi hukukta olduğu gibi geniş ölçüde olmayıp oldukça sınırlandırılmıştır. Ancak, bazı istisnaî hallerde taraf iradelerine serbesti tanınmıştır. Çünkü, usul hukuku kamu düzeniyle daha yakın bir ilişki içindedir. Kamu düzeninin öncelik arzettiği alanlarda, şahıs iradelerinin sınırlandığı çizgilerin daha belirgin olması gerektiği esası caridir.

Yargıtay'ın bir kararında, delil sözleşmesinin dayanağının Anayasanın 40. maddesi olduğu belirtilmiştir.

(1) KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, c. II, ba. 4. Ankara 1980, sh. 1977.

(2) UMAR, Bilge: Delil Anlaşmaları, (İstanbul Hukuk Fak. Mecmuası, 1962, XXVIII/3-4, sh. 857).

"Anayasanın 40. maddesinde sözleşme özgürlüğü esası benimsendiğine göre bu esaslar uyarınca düzenlenecek sözleşmenin ispatı biçimi de belirlenebilir ve sınırlanabilir... Sözleşme özgürlüğü içerisinde o sözleşmenin belli kanıtlarla ispatlanabilmesi esası vardır" (3).

Ancak, usul hukukunda sözleşme hürriyetinin sınırsız olduğu sanılmamalıdır. Yargıtay'ın kararındaki ifadeler mutlak bir serbestinin varlığını göstermez. Bu serbesti ancak kanunun izin verdiği haller için sözkonusudur. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) 287. maddesi bu imkanı tanımış bulunuyor.

C – Delil Sözleşmesinin Kapsamı

Delil sözleşmesinin konusu, ispattır. Kural olarak her türlü delil, delil sözleşmesinin konusu olabilir. Ancak, delil sözleşmesine konu olacak delilin ispata yarayan bir delil olması da gerekir.

Bu itibarla ispat şartı olarak öngörülen yazılı şekil şartı, delil sözleşmesinin konusu olabileceği gibi; senet ile ispatı gereken bir husus delil sözleşmesi yapılmak suretiyle başka bir delil ile –mesela tanıkla– ispat edilebilecektir.

Delil sözleşmesi ile ispat edilecek vâkıa veya hukukî ilişkinin hangi delil veya delillerle ispat edileceğinin belli olması gerekir. Aksi halde, "belli bir hususun her türlü delil ile ispat edilebileceği" şeklinde yapılan sözleşme geçerli değildir. Keza taraflar, bundan böyle aralarında çıkabilecek bütün uyuşmazlıkların belli bir delil ile –mesela tanıkla– ispatlanacağı hükmünü havi bir delil sözleşmesini de yapamazlar (4). Zira, Usul Kanunumuzun 287. maddesinde "MUAYYEN OLMAK"tan söz edilmiştir. Bu ifade delillerin sözleşmede açıkça belli edilmesini gerekli kılar. Aksi halde sözleşme geçerli olmayacaktır.

D – Delil Sözleşmesinin Sınırları

Usul hukukunda, delil konusunda tanınan sözleşme hürriyeti sınırsız değildir. Yani, ispatı ilgilendiren her husus delil sözleşmesine konu yapılamaz. Hukuk düzeni buna bazı sınırlamalar getirmiştir. Delil sözleşmesi yapma serbestisinin sınırları başlıca şunlardır:

(3) 4. HD., 3.3.1977, 2220/2429, (KURU, age., sh. 1977, 6 nolu dpn.). Sözleşme hürriyeti 1982 Anayasasının 48. maddesinde düzenlenmiştir.

(4) BOZER, sh. 1978.

a) Uygulanacak Kanun Hükümleri Delil Sözleşmesinin Konusu Olamaz

Bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın halli için tatbik edilecek kanun hükümlerinin nelerden ibaret olduğu konusunda yapılacak sözleşmeler batıldır. Zira uyuşmazlıkta uygulanacak kanun hükümlerinin tâyin ve tespiti yetkisi, davanın taraflarına tanınmamıştır. Bu hususta tek söz sahibi varsa, o da hakimdir. Çünkü hâkim, kanun hükmünü re'sen uygulamakla yetkili ve görevlidir (HUMK. 76). Bu nedendir ki hâkim, uygulanacak kanun hükümleri konusunda bilirkişiye başvuramaz; çünkü o hususların hakim tarafından bilinmesi onun mesleği icabıdır (HUMK. 275). Bunun sonucu olarak hâkim, tarafların delil sözleşmesinde ve hatta dava dilekçesinde gösterdikleri kanun hükümleri ile dahi bağlı değildir.

b) Maddî Hukukun Muayyen Şekilde Yapılmasını Emrettiği Hususlar Delil Sözleşmesinin Konusu Olamaz

Bu çeşit muamelelerde kanunun öngördüğü şekil, işlemin geçerli olarak yapılmış sayılmasının bir şartıdır. Kanun burada şekil şartını o muamelenin asli unsurlarından biri olarak kabul etmiştir. İşlemin, kanunun öngördüğü şekilde yapılması kanun emridir; yani şekle ilişkin hüküm emredici mahiyette olduğundan tarafların bunun aksini yapmaları mümkün değildir. Kanunca öngörülen şekle uygun olarak yapılmayan işlemler geçerli değildir. Zira işlemin geçerliliği yani sıhhati, öngörülen şekle uygun olarak yapılması şartına bağlanmıştır (5).

Maddî hukuk olarak adlandırılan Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile diğer bazı özel kanunlarda, geçerliliği belli şekil şartlarına bağlanmış işlemler öngörülmüştür. Mesela, Medeni Kanuna göre mirastan feragat sözleşmesi resmî vasiyetname şeklinde yapılmalıdır (m. 475). Yine bu Kanuna göre gayrimenkuller üzerindeki aynı haklara ilişkin muameleler tapu dairesinde yapılmalıdır (m. 633-634). Keza, evlatlık sözleşmesi de resmi şekilde yapılmak gerekir (m. 256). Diğer yandan Borçlar Kanununa göre alacağın temliki (m. 163), kefalet akti yazılı şekilde yapılmak gerekir. Ticaret Kanunu da, özellikle kıymetli evrakın belli şekle uygun olarak yapılmasını emrettiğinden, şekle uygun olarak yapılmayan kıymetli evrakın bu niteliği kazanamayacağını öngörmüştür.

(5) BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara 1978, sh. 495; SONER, Lütfi Fikri : Senetle İspat Zorunluluğu Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, Ankara Barosu Dergisi (ABD) 1975, s. 5, sh. 657; KURU, age., sh. 1977.

Örnek olarak verdiğimiz bu işlemlerin geçerliliği belli bir şekle uygun olarak yapılmış olmalarına bağlı olduğu için, bu işlemlerin ispatı konusunda sözleşme yapılarak belli bir delil kararlaştırılmaz. Çünkü bu işlemlerin geçerliliği bakımından zorunlu kılınan şekil unsuru, ispatları bakımından da zorunludur; yani bu işlemler kanunen yapılmış olduğu şekil ile ispat edilebilir.

Bu itibarla, mesela bir taşınmazın diğer bir kimseye devri veya üzerinde başkası lehine tesis edilmiş sınırlı aynî hakkın ispatı ancak tapu senedi ile mümkün olur. Davanın taraflarının taşınmazla ilgili bu gibi işlemlerin ispatı konusunda yaptıkları delil sözleşmesinin hiç bir hükmü yoktur. Tarafların tapuya kayıtlı gayrimenkulü usulüne uygun devir sözleşmesi yapmadan devretmelerini ispat için tanık dinletmeleri ve hatta bu hususu ikrar etmeleri dahi önemli değildir.

Nitekim, Yargıtay da, benzer bir konuda (mirastan feragat sözleşmesinin resmi vasiyetname ile yapılmamış olmasını, kesin delil niteliğinde ikrarın varlığına rağmen) öngörülen resmi şekil şartına uyulmadığı için, sözleşmenin yapılmamış sayılmasına karar vermiştir (6).

Buna mukabil, maddî hukukun "ispat şartı" bakımından öngördüğü şekle bağlı muamelelerin ispatı için şekil sözleşmesi yapılabilir (7). Zira, bu nevi işlemlerde işlemin belli bir şekle uygun olarak yapılması, işlemin sıhhati bakımından değil, ispat hukuku bakımından zorunlu kılınmıştır. Mesela, değeri yirmi bin lira ve üzerindeki meblağda olan hukuki muamelelerin ispatı ile; değeri ne olursa olsun bir senede bağlı hukuki muamelelere karşı ileri sürülen hakların ispatı, ancak senet ile yani kesin delil ile mümkündür (HUMK. 288; 290). Taraflar bu kabil işlemleri kanunda öngörülen delilden başka bir delil ile (mesela, tanıkla) ispat etmek için sözleşme yapabilirler.

c) Re'sen Araştırma Prensibinin Cârî Olduğu Hususlarda Delil Sözleşmesi Yapılmaz

Bu prensibin cârî olduğu alanlarda tarafların tasarruf yetkisi yoktur (8). Bu alanlar genellikle kamu düzenine ilişkindir. Bu itibarla hâkim her hususu re'sen araştırmak zorunda olup, tarafların getirdiği delillerle iktifâ etmemek zorundadır. İflas ve boşanma davalarında durum bu şekildedir.

(6) 2. HD., 19.6.1975, 5566/5585, (YKD. 1975, 9. sa. sh., I.).

(7) KURU, age., sh. 1977-1978; SONER, agm., sh. 657.

(8) KURU, age., sh. 1977.

**d) Çekişmeli Olmayan ve Önceden İspatlanmış Konularda
Delil Sözleşmesi Yapılamaz**

Delil sözleşmesinin münazalı hususların ispatı için yapılması gerekir. Çekişmeli olmayan, hakkında kesin hüküm bulunan, daha önce ikrar olunan hususlar ve dava ile ilgisiz hususların ispatı için sözleşme yapmanın hiç bir yararı yoktur. Bunun gibi, herkes tarafından bilinen veya meşhur bir vakianın ispatı için de delil gösterilmesi gerekmediğinden (çünkü bu hususlar münazalı sayılmazlar), bu hususlarla ilgili olarak delil sözleşmesi yapılması bir sonuç doğurmaz (HUMK. 238).

II. DELİL SÖZLEŞMESİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ

A – Genel Olarak

HUMK.nun 287 ve 289. maddeleri delil sözleşmesi ile ilgili hükümler olarak gösterilebilir. Delil sözleşmesinin nasıl yapılacağı mezkûr maddelerden kolaylıkla anlaşılabilir. 287. maddedeki "tahriri" ibaresi, delil sözleşmelerinde yazılı şeklin esas olduğunu göstermektedir. Yazılı şekil esas olmakla beraber, yazılı olma şartı bir geçerlik koşulu değildir. İspat hukuku bakımından sözleşmenin yazılı olması tavsiye olunur. Ancak delil sözleşmesinin âdi yazılı şekilde yapılması yeterli olup, resmî şekilde yapılması zorunlu değildir.

Delil sözleşmesinin yazılı olması şartı, bir geçerlik şartı olmadığına göre, sözlü şekilde yapılan delil sözleşmelerinin de geçerli olması gerekir. Kanunda delil sözleşmesinin sözlü şekilde yapılmasına mâni bir hüküm bulunmadığı gibi, bilâkis tarafların aralarında sözlü olarak yaptıkları delile ilişkin anlaşmaların, yargılama esnasında ikrar olunması halinde, bunun geçerli olduğuna dair bir hüküm mevcuttur (HUMK. 287, 2).

Usul Kanununun 289. maddesinin de delil sözleşmesi ile ilgili bir hüküm olduğu ifade edilmişti. Bu hükme göre davanın taraflarının mahkeme önünde delil sözleşmesi yapması imkânı vardır. Teferruatı daha sonra anlatılacağı üzere, davanın tarafları, senetle ispatı zorunlu bir hususta, belli şartlar dahilinde tanık dinlenmesine muvafakat etmeleri halinde, delil sözleşmesi yapmış sayılmaktadır.

Bu genel açıklamadan sonra, delil sözleşmesinin üç şekilde yapılabileceği sonucuna ulaşmaktayız. Buna göre delil sözleşmesi;

- Yazılı şekilde,
- Sözlü şekilde,
- Mahkeme önünde tanık dinlenmesine muvafakat şeklinde yapılabilecektir.

B – Delil Sözleşmesinin Yazılı Şekilde Yapılması

Usul Kanununun 287/2. maddesinde geçen "tahriren kabul edilmiş olan... maddeler" ifadesiyle delil sözleşmesinde asıl olan şeklin yazılı şekil olduğu kastedilmektedir. Bu hükme göre, kural olarak, delil ile ilgili anlaşmaların yazılı şekilde yapılması gerekir. Yani tarafların iddialarını hangi delil ile ispat edeceklerini yazılı olarak tesbit etmeleri gerekir.

Ancak kanunun yazılı şekle ilişkin bu hükmü emredici nitelikte değildir. Buradaki yazılı şekil şartı, sözleşmenin sıhhat yani geçerlik şartı olmayıp, sadece ispat hukuku bakımından aranan bir şekil şartıdır. Aksine, delil sözleşmesinin yazılı şekil dışında başka bir şekilde yapılmasına mani teşkil edecek bir hüküm yoktur. Bundan sonraki başlıklar altında inceleyeceğimiz gibi; Kanun, delil sözleşmesinin sözlü olarak dahi yapılabileceğini öngörmüştür.

Delil sözleşmesi, resmî yazılı şekilde yapılabileceği gibi, adi yazılı şekilde de yapılabilir. Mesela, kiralayan ile kiracı yapmak istedikleri kira aktini noterde yapmayı düşünmüşlerdir. Bu arada kira bedelinin ödendiğinin ispatı için tanık dinletilebileceğine ilişkin bir hükmü, noterde yapılan kira aktine dercettirmişlerse, delil sözleşmesi resmi şekilde yapılmış demektir. Aktin tarafları, asıl akti resmî şekilde yapabilecekleri gibi, mesela kira bedelinin ödenip-ödenmediğinin ispatının tanıkla yapılabileceğine ilişkin delil sözleşmesini, adi yazılı şekilde yapabilirler. Her iki biçimde yapılan yazılı delil sözleşmesi de muteberdir. Ancak, resmî şekilde yapılmış olan yazılı delil sözleşmesi, adi yazılı şekilde yapılanı göre daha avantajlıdır. Karşı tarafın delil sözleşmesinin mevcut olmadığına veya sözleşme metni altındaki imzanın sahte olup kendisine ait olmadığına dair itirazları halinde, resmi yazılı şekil, adi yazılı şekle göre daha sağlam ve daha güvenceli bir durum sağlayacaktır. Resmî şeklin aksini ispat son derece zordur. Halbuki adi yazılı şeklin aksini ispat daha kolay olacaktır.

Delil sözleşmesi, uyuşmazlık konusu hukukî ilişkinin dayanağı olan asıl sözleşmeden bağımsız bir şekilde yapılabileceği gibi (yukarıdaki kira akti örneğinde olduğu gibi), ilişkiyi tesis eden sözleşmenin bir hükmü, bir şartı mahiyetinde olabilir. Özellikle sigorta sözleşmelerinde ikinci tür uygulamaya yer verildiğini görmekteyiz. Şöyleki; taraflar, uyuşmazlık halinde uluşmazlığın giderilmesi için hakem–bilirkişiye gidileceğini kararlaştırmakta ve bu hususu poliçeye dercetmektedirler. Genellikle sigorta poliçelerinde, uyuşmazlık çıkması halinde veya taraflar uyuşmazlıkları kendi aralarında halledememeleri durumunda, hakem–bilirkişiye gidileceğine dair hükümler bulunmaktadır.

C – Delil Sözleşmesinin Sözlü Şekilde Yapılması

Daha evvel de işaret edildiği gibi delil sözleşmesinin sözlü olarak yapılmasına engel teşkil edecek bir hüküm yoktur. Bilakis Kanun, delil sözleşmesinin sözlü olarak yapılmasına imkân tanımıştır. Bunun mümkün olduğunu HUMK.nun 287/2. maddesindeki; "İki tarafça... beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler" hükmünden kolaylıkla çıkarabiliyoruz.

"Beyinlerinde karar vermek"ten maksat; tarafların kendi aralarında, önceden o hususun ispatı ile ilgili delilleri konuşmuş ve bu konuda karar vermiş olmalarıdır.

Ancak, sözlü şekilde yapılan delil sözleşmesinin hüküm ve sonuçlar doğurabilmesi için, kanunun öngördüğü gibi ikrar edilmesi gerekir; yoksa tarafların mücerret olarak yaptıkları delil sözleşmesinin hiç bir anlamı yoktur. Buna göre, sözlü olarak yapılan sözleşmenin mahkeme huzurunda ileri sürülmesi, iddiasını ispat etmek isteyen tarafından dermeyeran edilmesi gerekir. Ancak, bu da yeterli değildir. Karşı tarafın bu iddiayı doğrulaması yani gerçekten iddiacının beyan ettiği şekilde o hususun ispatı için daha evvel sözlü olarak anlaştıklarını; mahkemeye söylemesi, kanundaki ifadesiyle "İKRAR" etmesi gerekir (HUMK. 287, 2). Bunun tersine eğer karşı taraf, sözlü delil sözleşmesi yapıldığı iddiasını red ve inkar ederse, sözlü şekilde yapılan delil sözleşmesinin hiç bir hükmü yoktur. Ancak, bu halde iddiacının karşı tarafa (inkar edene) yemin teklif etme hakkı vardır (HUMK. 344 vd.) (9). Bununla beraber sözlü delil sözleşmesi yapıldığına dair iddia karşısında, karşı tarafın ses çıkarmaması, cevap vermemesi veya susması onun bu iddiayı kabul ettiği şeklinde yorumlanamaz. Buradaki sükut, zımnî kabul veya ikrar olarak kabul edilemez. Çünkü Kanun, ikrarın açıkça yapılması şartını aramıştır (HUMK. 289).

(9) KURU, age., sh. 2000; SONER, agm., 658.

Tarafların aralarında yaptıkları delil sözleşmesini mahkemede ikrar etmeleri halinde, bu ikrarın zapta geçilmesi, kendilerine okunup altının da imza ettirilmesi gerekir (10). Bu sıhhat şartıdır.

D – Delil Sözleşmesinin Mahkeme Huzurunda Yapılması

Mahkeme huzurunda yapılan delil sözleşmesinin hukuki dayanağını HUMK.nun 289. maddesi teşkil eder. Bu maddeye göre; 288. madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda belli şartların yerine getirilmesi kaydıyla, karşı tarafın tanık dinlenmesine açıkça muvafakat etmesi halinde; aslında tanıkla ispatı caiz olmayan bir hususta, taraflar mahkeme huzurunda yaptıkları sözleşme ile bunu mümkün hale getirirler. Ancak, mahkeme huzurunda bu biçimde yapılan sözleşmenin hüküm ifade edebilmesini Kanun belli şartların varlığına tabi tutmuştur. Aşağıda inceleyeceğimiz bu şartların birisinin yerine getirilmemesi halinde, tanıkla ispat mümkün değildir.

Mahkeme huzurunda yapılan delil sözleşmesi yalnızca tanık dinlenmesine muvafakat edilmesi biçiminde yapılmaz. Taraflar, tanık dinlenmesinden başka bir ispat şeklini (delili) kararlaştırıp, o hususu kararlaştırılan söz konusu delil ile ispat etmeyi mahkemeden isteyebilirler. Bunun için öngörülen şartlara uyulmak kaydıyla, kural olarak, delil sözleşmesi yapılabilir.

a) Tanık Dinlenmesine Muvafakat Şeklinde Delil Sözleşmesi Yapılması

HUMK.nun 287. maddesine göre, değeri muayyen bir meblağı aşan bir hakka ilişkin hukuki işlemlerin (hakkın doğumu, devredilmesi, düşürülmesi ve değiştirilmesi gibi işlemlerin) ispatı ancak yazılı delil (senet) ile mümkündür. Burada her ne kadar senet ile ispattan söz edilmiş ise de, bu hususların diğer kesin deliller (ikrar, kesin hüküm vs.) ile de ispat edilebileceği unutulmamalıdır. Ancak değeri muayyen meblağı geçen hukuki işlem ve hakların tanıkla ispatı caiz değildir. Ne var ki, aynı Kanunun başka bir hükmü (m. 289), değeri belli miktarı aşan haklara ilişkin taleplerin tanıkla ispat edilebilmesine imkan tanımıştır.

289. maddede her ne kadar yalnızca 287. maddeye atıf yapılmakta ise de 290. maddede tanzim edilen; "senede karşı senetle ispat" prensibine ilişkin hükmün 289. madde kapsamına girmediği sanılmamalıdır. Çünkü,

(10) KURU, age., sh. 201; ayrıca bkz. 18.3.1959 tarih, 18/21 sa. İBK. (RG. 26.6.1959 tarih ve 10237 sa.).

sonuç itibariyle her iki hüküm de aynı hususla ilgili olup, ikisi de senetle ispat zorunluluğuna ilişkin iki ayrı hükümdür. 289. maddenin yalnızca 288. maddeye atıf yapıp 290. maddeyi kapsam dışında imiş gibi atıf yapmamasını doktrin, kanun yapma tekniği bakımından eleştirmiştir (11). Ancak, daha evvel de ifade ettiğimiz gibi; 290. madde de 287 gibi 289'un kapsamına dahildir. Nitekim, 1711 sayılı Kanunun 290. maddeyi değiştiren hükmünün gerekçesinde buna işaret olunmuştur (12).

1- Tanık Dinlenmesinin Şartları

Tanık dinlenmesine muvafakat etmek suretiyle, aslında tanıkla ispatı caiz olmayan bir hukukî ilişki veya vâkianın tanıkla ispat edilebilmesini Kanun belli şartlara tabi kılmıştır (m. 289). Bu şartlar yerine getirilmedikçe, o husus tanıkla ispat edilmiş sayılmamaktadır (13). tanık dinlenmesine muvafakatın üç şartı vardır:

i) Hâkimin Tanık Dinlenemeyeceğini Hatırlatmış Olması

Bu husus 289. maddede açıkça öngörülmüş bulunmaktadır. Bu hükme göre, senetle ispatı zorunlu bir hususta, tanık dinletme talebi vaki olduğunda hâkim bu talebi karşı tarafa tevcih eder. Ancak, karşı taraf tanık dinlenmesine muvafakat edeceğini bildirir ise, hâkim tanık dinletme talebini reddedemez, fakat, bu durumda tanık dinlenmesine muvafakat edeceğini bildiren tarafa; isterse bu hususta tanık dinlenemeyeceğini, zira bu hususun ancak kesin delil ile ispat edilebileceğini hatırlatır. Bunun üzerine karşı taraf, tanık dinletmeye razı olmadığını bildirirse, bu davada tanık dinletilemez.

Hâkim hatırlatmayı re'sen yapmak zorundadır. Hatırlatma yapılmadıkça tanık dinletilemez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; davacının dava dilekçesinde iddiasını iki tanık ifadesiyle ispat edeceğini bildirerek, duruşma sırasında bu talebinin tutanağa geçilerek imza edildiği, bunun üzerine davalıdan sorulduğu ve davalının tanık dinlenmesine muvafakat ettiği, mahkemenin de bu tanık ifadelerine dayanarak anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddia edilen bonoyu iptal ettiği davada; yalnızca hâkimin hatırlatma yapmamasını gerekçe göstererek bu kararı bozan özel daire kararına uyulması gerektiğine karar vermiştir (14).

(11) SONER, agm., sh. 663.

(12) SONER, agm., sh. 663.

(13) 13. HD., 8.10.1976 tarih ve 1815/6546 (YKD. 1977/7, sh. 968).

(14) YHGK.nun 18.5.1979 tarihli Kararı (bk. KURU, age., sh. 2002).

Kanaatimizce de isabetli olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararına göre, tanık dinlenmesine muvafakat edilmesine ilişkin diğer şartlar mevcut olsa bile, hâkimin karşı tarafa istenmesi durumunda tanık dinletilmeyeceğini hatırlatmaması halinde tanıkla ispat mümkün olmamak gerekir. Zira, kanunun bu husustaki hükmü âmir bir hükümdür. Doğrudan doğruya hakime hitap etmekte ve ona bu konuda bir takdir hakkı tanımamaktadır.

ii) Karşı Tarafın Tanık Dinletilmesine Muvafakat Etmesi

Kanunun 289. maddesi, karşı tarafın, hâkimin tanık dinletmeyebileceğini hatırlatması üzerine, tanık dinletmeye muvafakatını açıkça bildirmesini öngörmüştür. Tekrar belirtelim ki, karşı tarafın muvafakatının açıkça verilmiş olması gerekir.

Bu itibarla, davacının tanık dinletme talebi üzerine, hâkimin hatırlatmayı da yapmış olmasına mukabil karşı tarafın ses çıkarmaması ve susması veya tanık dinletilmesine rağmen itirazda bulunmamış olması zımnî muvafakat anlamına gelmez; onun sükut biçiminde tezahür eden bu davranışı tanık dinletilmesini onayladığı şeklinde yorumlanamaz (15). Nitekim, Yargıtay muvafakatın açıkça bildirilmesi gerektiğini, bir tarafın tanık dinletmemesi gereken bir konuda tanık dinletmiş olmasını, hasmının tanık dinletmesine muvafakat ettiği manasına gelmeyeceğini belirtmiştir (16).

Şu halde tanık dinlenmesine zımnî muvafakat câiz değildir, muvafakatın açık bir şekilde verilmesi gerekir. Tanık dinlenmesine bir kez muvafakat eden kimsenin, karşı tarafın ikinci bir tanık listesi vermesine muvafakat etmesi mümkündür. Ancak, ikinci tanık listesi verilmesine muvafakatın zımnî olarak verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay, ikinci tanık listesinin verilmesini yeni bir delil sözleşmesi olarak kabul ederken; başka bir görüş bunun yeni bir delil sözleşmesi niteliğinde olmadığını savunmaktadır.

Yargılamanın karşı tarafın gıyabında (yokluğunda) devam etmesi halinde, tanık dinletme talebi söz konusu olduğunda, tanık dinletmek isteyen tarafın, karşı tarafın duruşmaya çağrılmasını hâkimden istemesi gerekir. Hâkimin de karşı tarafı bu husustaki muvafakatının olup-olmadığını bildirmek üzere mahkemeye çağırması gerekir. Hâkimin daveti üzerine karşı taraf gelir ve tanık dinlenmesine muvafakat ettiğini bildirirse, delil sözleşmesi ya-

(15) KURU, age., sh. 2003-2004.

(16) 4. HD., 14.3.1975 ta. ve 2329/6327 (Konya Baro D. 1975/8. sh. 39).

pılmış olur. Aksi halde, yani karşı taraf çağırıldığı duruşmaya gelmez veya geldiği halde muvafakatını bildirmez veyahut bu konuyla ilgili olarak hiç bir beyanda bulunmazsa delil sözleşmesine muvafakat etmemiş sayılacağından o konuda tanık dinlenemez (17).

iii) Tanık Dinletilmesine İlişkin Muvafakatın Zabta Dercedilerek Muvafakat Edene İmza Ettirilmesi

Şimdiye kadar anlatılan iki şart Kanununun 289. maddesinde açıkça öngörülmesine rağmen, bu üçüncü şartın varlığı söz konusu maddeden çıkarılamamaktadır. Bununla beraber, tanık dinlenmesine muvafakat şeklinde yapılan delil sözleşmesi mahkeme huzurunda yapıldığından ve tanık dinlenmesine muvafakat edip etmeme konusu tarafların menfaati icabından olduğu için, HUMK.nun 151. maddesi gereğince tutanağa yazılması gerekir. Sözü geçen maddenin son fıkrası zabıtnamenin muvafakatı veren tarafından imza edilmesi hükmünü âmirdir. Tanık dinlenmesine muvafakat son fıkra da belirtilen feragate taallük eden bir husustur. Bu sebeple zabıtnamenin ferâgatte bulunan tarafından imzalanması gerekir.

Muvafakatın zapta dercedilmesi ve altının muvafakat edene imza ettirilmesi şartı da diğer şartlar gibi zorunlu bir şarttır. Başka bir ifade ile, yukarıda zikredilen iki şartın bulunmasına rağmen karşı tarafın açıkça muvafakat ettiği tutanağa yazılmamışsa, tanık dinlenmesinin şartları gerçekleşmiş olmadığından, böyle bir karar usul hukukuna aykırı düşecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında; tanık dinletilmesine muvafakatın tutanağa yazılı olmasına rağmen tutanağın karşı tarafça imza edilmemiş olması sebebiyle, ilk derece mahkemesi kararını usul yönünden bozmuştur (18).

2 – Tanık Dinlenmesine Muvafakatın Hükümleri

Tanık dinlenmesine usulüne uygun bir şekilde muvafakat edilmiş olması halinde, senetle ispatı zorunlu olan hususların tanık ile de ispat edilebilmesi mümkün hale gelecektir. Burada bir delil sözleşmesi yapılmış olmakta, bu sözleşmeye göre karşı taraf, kesin delille ispatı gereken hususu, bu konudaki itiraz hakkından ferâgat suretiyle kesin olmayan delil ile ispat hakkını, ispatla mükellef olana tanımaktadır. Bu sözleşme ispatı kolaylaştırıcı nitelikte olması bakımından önem arzeder. Çünkü tanıkla ispat, senetle ispata oranla

(17) KURU, age., sh. 2006.

(18) 13. HD.,nin 8.10.1976, 1815/6546, (YKD., 1977, sa. 7, sh. 968).

daha kolaydır. Tanık dinlenmesine muvafakatın hüküm ve sonuçları, kısaca şu şekildedir:

i) *Tanıkla İspat Sözleşmesi O Hususun Senetle İspat Edilmesini Engellemez* : Çünkü burada bir hususun tanıkla ispatlanması için yapılan sözleşme ile taraflar delillerini hasretmiş olmuyorlar, aksine belli bir delil ile ispatı zorunlu hususun başka bir delil ile de ispatlanabilmesini sağlama imkanına kavuşuyorlar. Bu itibarla tanık dinlenmesine ilişkin delil sözleşmesi, münhasır olmayan delil sözleşmesidir. Münhasır olmayan delil sözleşmesinin hüküm ve sonuçları bu tip sözleşmeler için de söz konusu olacaktır.

ii) *Tanık Dinlenmesine Bir Kez Muvafakat Edildikten Bu Muvafaktan Cayılmaz* : Verilen muvafakatın daha sonra geri alınması caiz değildir. Çünkü bu şekilde yapılan delil sözleşmesi ile tanık dinletme talebinde bulunan lehine müktesep bir usûlî hak doğmuştur. Karşı tarafın diğer taraf lehine doğmuş bu usûlî hakkı sonradan bertaraf etmesi hukuken mümkün değildir (19).

iii) *Tanık Dinlenmesine Muvafakatın Zamanı* : Karşı taraf dinlenecek tanıkların kim olduğunu öğrenmeden önce muvafakatta bulunabileceği gibi, öğrendikten sonra da muvafakatta bulunabilir. Yargıtay, 289. maddenin 1711 sayılı Kanunla değişmeden önce verdiği bir içtihadı Birleştirme Kararında, tanık dinlenmesine muvafakatın ancak muvafakat edenin tanıkların kim olduğunu öğrendikten sonra muvafakat verilebileceğini içtihat etmişti (20). Ancak sözü geçen maddenin değişikliğine ilişkin kanun gerekçesinde muvafakatın tanıkların kim olduğunun öğrenilmesinden evvel verilebileceği gibi, sonra da verilebileceği belirtilmiştir (21). Bu durumda muvafakatın önce veya sonra verilmesi aynı sonucu doğuracaktır.

iv) *Muvafakat Karşı Tarafın Tanık Dinletmeye Muvafakat Etmesi Şartıyla Verilebilir* : Muvafakat eden, muvafakat ederken karşı tarafın da aynı konuda gerektiğinde kendisinin tanık dinletmesine muvafakat etmesini şart koşabilir. Bu durumda eğer tanık dinletmek arzusunda olan taraf, karşı tarafın bu şartını kabul ederse tanık dinletebilecektir. Karşı tarafın öne sürdüğü bu şartın da kabulü halinde tutanağa geçilmesi yani muvafakatın şartlı olarak verildiğinin yazılması ve taraflarca imza edilmesi gerekir (22).

(19) 3. HD.nin 13.10.1975, 4563/4904. (İBD. 1975/11-12, sh. 1029).

(20) YARGITAY'IN 18.3.1959 gün ve 18/21 sayılı İBK. (bkz. 26.6.1959 tarih ve 10237 sayılı Resmi Gazete).

(21) SONER, agm., sh. 661.

(22) SONER, agm., sh. 661-662.

b) Mahkemede Yapılan Diğer Çeşit Delil Sözleşmesi

Tarafların tanık dinlenmesine muvafakat şeklinde yaptıkları delil sözleşmelerinden başka, mahkeme huzurunda diğer deliller için de sözleşme yapmaları mümkündür. Belli bir hususun belli bir delil veya delillerle ispat edilmesini hâkimden talep etmeleri halinde, taraflar tanık dinlenmesine muvafakat sözleşmesindeki usûlî işlemleri dikkate alarak delil sözleşmesi yapabilirler.

Mahkeme önünde tanık dinlenmesine muvafakat şeklinde yapılan delil sözleşmesine ilişkin usûlî işlemler, kural olarak niteliği ile bağdaştığı ölçüde, diğer deliller ile ilgili olarak mahkemede yapılacak sözleşmeler için de geçerlidir. Bu sebeple burada aynı şeyleri tekrar etmek gereksiz olduğundan bu kısa açıklama ile iktifa ediyoruz.

III – DELİL SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

A – Genel Olarak

Delil sözleşmeleri taşıdıkları bir takım farklı niteliklerinden dolayı bazı ayırımlara tabi tutulmaktadırlar. Doktrinde genellikle iki çeşit ayırım yapılmaktadır. Bunlardan birincisi, delil sözleşmesinin ispatı zorlaştırma veya kolaylaştırma amacına göre yapılan; "ispatı zorlaştıran delil sözleşmeleri", "ispatı kolaylaştıran delil sözleşmeleri" ayırımıdır (23).

İspatı zorlaştıran delil sözleşmelerinde, özellikle takdiri delil ile ispatı mümkün bir hususun kesin delille ispat edilmesi şart koşulmaktadır. Mesela değeri 20.000 TL.'yi geçmeyen iddialar tanıkla ispat edilebilir (HUMK. 287). Eğer taraflar bunun aksini kararlaştırmış iseler yani değeri 20.000 TL.dan aşağı iddiaların da ancak senetle ispat edileceğini kararlaştırmışlarsa, ispatı zorlaştıran delil sözleşmesi yapmışlar demektir.

Bunun aksine, taraflar senetle ispatı zorunlu olan bir hususun tanıkla ispat edileceği konusunda bir sözleşme yapmışlarsa, burada senetle ispata nazaran tanıkla ispatın daha kolay olması nedeniyle, bu sözleşme de ispatı kolaylaştıran bir delil sözleşmesidir.

Delil sözleşmesinin ikinci tür ayırımı, delillerin hasredilip hasredilmemesine göre yapılan ayırımdır. Bu ayırma göre iki çeşit delil sözleşmesi sözkonusudur. Eğer taraflar delil sözleşmesi ile delillerini kesin olarak göstermişler

(23) TÜZEL, age., sh. 1612-1617.

yani nelerden ibaret olduğunu belirtmişlerse "Münhasır Delil Sözleşmesinden" sözedilir..

Buna karşılık taraflar, delil sözleşmesi ile delillerini hasretmemişler yani iddialarını belli bir husus için öngörülen delilden başka, sözleşmede belirtilen delil ile de ispat edebileceklerini kararlaştırmışlarsa, "Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi"nden sözedilir.

Bu iki ayırım şeklinden en çok kabul göreni, ikinci türüdür. Biz de burada ikinci tür ayırımı itibar ederek, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi üzerinde duracağız. Aslında bu ayırım ile birinci tür ayırım arasında önemli farklar yoktur. Birinci tür, ayırım delil sözleşmesinin amacına göre yapılmakta; ikinci tür ayırım ise, delillerin gösterilmesi şekline göre yapılmaktadır.

B – MÜNHASIR DELİL SÖZLEŞMELERİ

a) Kavramın Tanımı ve Mahiyeti

Münhasır delil sözleşmesi, dâvanın taraflarının belli bir vâkıa veya hukûkî ilişkinin ispatlanması için belli delil veya deliller üzerinde anlaşmalarına denir (24).

Delil sözleşmesi dava açılmadan önce yapılabileceği gibi dava açıldıktan yani uyuşmazlık safhası başladıktan sonra da yapılabilir. Münhasır delil sözleşmesi yapıldığında o hususun ispatı, ancak sözleşmede kabul edilen deliller ile mümkün olur. Örneğin, HUMK. 287. maddeye göre, kıymeti 20.000 TL.yi aşmayan davalar tanıkla ispat edilebilir. Taraflar delil sözleşmesi ile bunun senetle ispat edilmesini şart kılmışlarsa, bu dava tanıkla ispat edilemez.

Münhasır delil sözleşmesinin konusu tek bir delil olabileceği gibi, hangi delillerden oluştuğu belli edilmek kaydıyla, birden ziyade delil de olabilir. Ancak tarafların "iş bu uyuşmazlık her türlü delil ile ispat edilebilir" şeklinde yaptıkları delil sözleşmesi geçerli değildir (25). Burada delillerin hasredilmesinden söz edilemeyeceği gibi, 87. maddede belirtilen "muayyenlik" unsuru da gerçekleşmediğinden delil sözleşmesi geçerli olmamak gerekir.

(24) KURU, age., sh. 1979.

(25) KURU, age., sh. 1980.

b) Münhasır Delil Sözleşmesinin Hükümleri

Münhasır delil sözleşmesi ile taraflar delillerini hasretmiş olurlar. Diğer bir ifade ile, taraflar bu sözleşme ile delillerini topluca mahkemeye bildirmiş olmaktadır. Bunun sonucu olarak tarafların ikinci bir defa daha delil gösterme imkanları ortadan kalkmış olmaktadır. Delil sözleşmesi ile delillerini hasretmiş olduklarından, o hususu, sözleşmede belirtilen delillerden başka bir delil ile ispat edemezler (26).

Bununla beraber, delillerin hasredilmesinden sonra başka delil gösterme imkanı sağlanması da mümkündür. Ancak bu durumda yeni bir delil sözleşmesi yapılması icabeder (27). Mesela taraflar daha önce senet üzerinde anlaşmışlar. Yani o hususun senetle ispatını kararlaştırmışlardır. Daha sonraki bir aşamada o hususun tanıkla ispat edilmesini sağlayabilmeleri için yeni bir delil sözleşmesi yapmaları gerekir. Bu sözleşemde önceden anlatılan şekli kaidelere uygun olarak yapılmalıdır. Aksi halde yeni delil gösterilemez. Bununla beraber iddiasını söz konusu delille ispat edemeyen, karşı tarafa yemin teklif edebilemedir.

C – MÜNHASIR OLMAYAN DELİL SÖZLEŞMESİ

a) Kavramın Tanımı ve Mahiyeti

Münhasır olmayan delil sözleşmesi davanın taraflarının bir hususun ispatı için kanunda öngörülen delilden başka delil veya delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırdıkları delil sözleşmesidir (28).

Bu sözleşme ile taraflar delillerini sınırlandırmazlar. Tam tersine, örneğin senetle ispatı gereken bir hususun tanıkla da ispatını sağlamak suretiyle fazladan ispat imkanlarına sahip olmaktadır. Münhasır olmayan delil sözleşmeleri, ispatı kolaylaştırma amacına yönelik delil sözleşmeleridir.

b) Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesinin Hükümleri

Münhasır olmayan delil sözleşmesi ile deliller hasredilmemiş olduğundan, iddiasını ispat etmek isteyen taraf, ispat konusunda delil sözleşmesinde gösterilen delil ile mukayyet değildir. İddiasını başka bir delil ile de ispat

(26) 15. HD.nin 30.4.1979, 908/1003 (YKD. 1979 sa. 7, sh. 1036-1038).

(27) KURU, age., sh. 1985.

(28) KURU, age., sh. 2000.

edebilir. Karşı tarafın, o hususun yalnızca delil sözleşmesinde kararlaştırılan delil ile ispat edilmesi gerektiği yolundaki itirazı kabul edilemez.

Örneğin, taraflar senetle ispatı gereken bir hususun tanıkla da ispat edilebileceğini kararlaştırmışlardır. Davacı iddiasını tanıkla ispat edememiştir. Ancak o konuda daha önce senet yapılmış ise davacı bu senedi delil olarak kullanabilir. Eğer bu senet de bulunamamışsa davacı, karşı tarafa yemin teklif edebilir (29). Karşı tarafın bu hususun senetle veya tanıkla ispat edilemeyeceği şeklinde ileri sürdüğü itirazı geçerli değildir. Her ne kadar delil sözleşmesi yapılmış ise de, bu sözleşme ile deliller hasredilmemiştir.

Yapılan delil sözleşmesinin münhasır delil sözleşmesi mi yoksa münhasır olmayan delil sözleşmesi mi olduğu konusunda tereddüt vâki olduğunda, bu sözleşmenin münhasır olmayan delil sözleşmesi olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır (30). Çünkü münhasır delil sözleşmesinin hüküm ve sonuçları, münhasır olmayan delil sözleşmesine nazaran oldukça ağırdır. Bu yüzden davacının veya iddia sahibinin iddiasını ispat etmesinde kolaylık sağlamak gerekir. Aksi halde, yani söz konusu sözleşmenin münhasır delil sözleşmesi olduğu kabul edilecek olursa, ispatla mükellef olan tarafın işi daha da zorlaşacak, delil sözleşmesinde gösterilen delil ile ispat yapılamadığı takdirde, bu hususla ilgili diğer deliller nazara alınmayacak, böylece ispat mükellefi taraf iddiasını ispat edememiş sayılacağından davasını kaybedecektir.

SONUÇ

Delil sözleşmesi, belli bir hususun belli bir delil veya delillerle ispat edilmesini sağlamak amacıyla yapılan bir usul hukuku sözleşmesidir. Bu sözleşmenin hukuki dayanağını Anayasadaki sözleşme serbestisi prensibi teşkil eder. Usul hukukunda sözleşme serbestisi prensibinin uygulama alanı son derece sınırlıdır. Çünkü bu hukuk dalı kamu düzeni ile daha yakın bir irtibat içindedir. Kamu düzeninin ağır bastığı konularda, şahıs iradelerinin etkili olması arzu edilen bir husus değildir. Kamu yararı özel yararlar ile çatıştığında, tercih edilen kamu menfaati olduğundan, özel iradeye sınır koyma zarureti vardır. Bu nedenledir ki, delil sözleşmeleri, kamu düzenine ilişkin bir hukuk dalı olan usul hukukunda istisnai teşkil eder.

(29) KURU, age., sh. 2000.

(30) KURU, age., sh. 1985.

Bu itibarla, usul hukukunun sarahaten izin vermediği konularda özel iradelerin yeri yoktur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun delil sözleşmesi ile ilgili 287/2. maddesi ile 289. maddesi usul hukukunda taraf iradelerine belli bir sonuç bağlayan hükümlerdir. Ancak ilgili kısımlarda da açıklandığı üzere, şahıs iradelerine bağlanan sonuçlar mutlak bir özellik taşımaz. Kanun şahıs iradelerine değer verirken belli şartların varlığını aramıştır. Bu husus özellikle 289. maddede daha net ve kesin olarak belirlemektedir. Kanun tanık dinlenmesine muvafakat şeklinde yapılan delil sözleşmesinin geçerli olabilmesi için öngörülen şartlara uyulmadığı takdirde, açıklanan iradeye herhangi bir değer vermemiştir. Yine 287/2. maddeye göre sözlü şekilde yapılan delil sözleşmesinin ikrar edilmesinde aynı şartlara uyulmak gerekecektir. Aksi halde ikrarın bir sonuç doğurmayacağı ilgili bölümde açıklanmıştı. Yazılı şekilde yapılan delil sözleşmesi diğerlerine nazaran daha hafif şartlara tabi tutulmuştur. Bu, daha ziyade borçlar hukuku sözleşmelerini hatırlatmaktadır.

Kural olarak her türlü delil, delil sözleşmesinin konusu olabilir. Ancak maddi hukukun amir hükümleri ile sıhhat şartı olarak öngörülen hususlarda delil sözleşmesi yapılamaz; bu hususlar ancak kanunun emrettiği şekilde ispat edilebilir. Yine kural olarak delil sözleşmesi ile yalnızca bir delil üzerinde anlaşma yapılabileceği gibi birden ziyade delil üzerinde anlaşmak mümkündür. Ancak bu son halde delillerin neler olduğu açıkça belli edilmelidir.

—oOo—

BİBLİYOGRAFYA

- | | |
|--|--|
| BİLGE , Necip / ÖNEN , Ergun | : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara 1978. |
| KURU , Baki | : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2. cilt, 4. bası, Ankara 1980. |
| SONER , Lütfi Fikri | : Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, (Ankara Barosu Dergisi 1975, sayı 5). |
| TÜZEL , Sadık | : Beyyineye Müteallik Mukaveleler, (Adliye Ceridesi, 1938/87). |

- UMAR, Bilge** : Delil Anlaşmaları, (İHFM. 1962/XXVIII).
İSTANBUL BARO DERGİSİ : Yıl; 1975, sayı; 11-12.
KONYA BARO DERGİSİ : Yıl; 1975, sayı; 8.
YARGITAY KARARLARI DERGİSİ : 1975/9. sayı; 1977/7. sayı; 1979/7. sayı.

KISALTMALAR

- ABD** : Ankara Barosu Dergisi.
age : adı geçen eser.
agm : adı geçen makale.
ba : bası.
bkz : Bakınız.
dpn : dipnot.
HD : Hukuk Dairesi.
HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
İBD : İstanbul Barosu Dergisi.
İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı.
İçt : İçtihat.
İHFM : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası.
m : madde
RG : Resmî Gazete.
sa : sayı
sh : sahife.
ta : tarih.
vb : ve benzeri.
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YKD : Yargıtay Kararlar Dergisi.

NİŞAN HUKUKUNDA HEDİYELERİ GERİ İSTEME DAVASI

Nihat YAVUZ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : I- Koşulları. II- Geri Vermenin Kapsamı. III- Geri İstemenin Mahiyeti. IV- Hak Sahipleri. V- Mutad Dışı Hediyeler Kavramı. 1- Maddenin Değişiklikten Önceki Durumuna Göre Yargıtay Uygulaması Şu Şekilde Özetlenebilir. 2- Maddenin Değişiklik Gerekçesi. 3- Madde ve Gerekçesinde Geçen Bazı Sözcüklerin Anlamı. 4- Nedensiz Zenginleşme Kuralları. 5- Bilimsel Öğretide Hediye Kavramı. 6- Örf ve Adet Hukuku. 7- Eleştirisi. 8- Yargıtay Uygulamasından Örnekler. VII- Hediyelerin İadesi İle İlgili 86. Maddenin Eski ve Yeni Düzenlenişleri Arasındaki Farklar.

I- KOŞULLARI

1- Hediyelerin istenebilmesi için herşeyden önce verildikleri tarihte tarafların nişanlı olmaları gerekir (1). Doğal olarak bunu ispat yükü davacı tarafa ait olmak gerekir.

Taraflar arasında geçerli bir nişan ilişkisi kurulmamışsa durum nasıl değerlendirilecektir? BK. m. 24/4'ten yararlanılarak aşağıdaki sonuca varılabilir:

a) Her iki tarafta bir nişanlanma sözleşmesinin mevcut olmadığını biliyor ise, hediyelerin geri verilmesinden sözedilemez.

b) Tarafların biri durumu biliyor, diğeri bilmiyor ise, iyiniyetli tarafın hediyeleri geri istemeye hakkı vardır. Fakat her iki taraf durumu bilmiyor ve bunu hediyeler verilmesinden sonra öğrenmiş iseler verilen hediyelerin iadesi gerekir (2).

(*) **Yargıtay 3. HD. Üyesi.**

(1) Tekinay, sh. 27, Öztan, sh. 42.

(2) Tekinay, sh. 28, Öztan, sh. 42.

2- Hediyelerin istenebilmesi için nişanlılık ilişkisinin herhangi bir nedenle bozulması veya nişanlılardan birisinin ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi gerekir. Nişanlılık ilişkisinin son bulmasında nişanlılardan birisinin kusurlu ya da kusursuz olmasının önemi yoktur. Örnek: "Nişan hediyelerinin iadesi davalarında, nişanın haklı veya haksız sebeple bozulması nazara alınmaz" (3).

Nişanlılardan birisinin ölümüyle bu ilişki, doğal olarak sona erer. Nişanlılardan birisinin gaipliği de bilimsel öğretide ölümle özdeş tutulmaktadır (4). Nişanlılık evlenme ile son bulmuş ise hediyelerin iadesi istenilemez.

MK. 86. maddesinin 3678 sayılı Yasa ile değişiklikten önceki düzenlemesine göre nişanlılık ilişkisinin ölüm ile sona ermesi hallerinde, tarafların birbirine verdikleri hediyeler iadeye tabi tutulmuyordu. Maddedeki bu değişiklikle tamamen aksi bir sonuca varılmıştır ki; nişan ölüm ile nahiyet bulsa dahi hediyeler iade edilebilecektir.

3- Hediyelerin iadeye tabi tutulması için ekonomik bir değerinin bulunması gerekir (5). Örneğin, nişan yüzükleri, mücevherler, kumaşlar, bir miktar para, apartman katı, otomobil, deniz motoru, şirket hisse senetleri vs. hep "hediye" kavramının kapsamına girer. Fakat bir yemek ziyafeti, gönül almak amacıyla verilen ufak tefek şeyler hediye kavramına girmez.

Kalın, başlık, ağırlık adı verilen para ve eşyaların da (hediye kavramı) içinde düşünülmesi gerektiği ve iadesinin MK.nun 86. maddesi uyarınca istenebileceği genellikle kabul edilmektedir.

Kalın, Anadolu'nun bazı bölgelerinde hâlâ uygulanan ve genellikle kızın cihazını teminetmek amacıyla erkek tarafından verilen bir miktar para veya eşyadır.

Başlık veya ağırlık da aslında, erkek nişanlının kız babasına, nişanlanmanın, dolayısıyla evliliğin kurulabilmesi amacıyla verdiği bir miktar paradır.

Eski hukuktan gelen ve ülkemizde hâlâ uygulanan kalın ve başlık, hediye kavramı içerisinde sayılmalıdır. Örnekler: "Davacı nişanlının (kalın)

(3) 6. HD., I.11.1957; 7877/8313.

(4) Saymen/Elbir: Aile Hukuku., sh. 55; Karahasan, sh. 192.

(5) Velidedeoğlu, sh. 42, Tekinay, sh. 30, Öztan, sh. 43.

namı altında davalı nişanlısına verdiği 3000 TL. (hediye) niteliğinde olup MK. 86 uyarınca karar verilmek gerekir" (6).

"Nişanlı erkeğin kız tarafına (başlık) adı altında verdiği para, nişan hediyesinden başka bir şey değildir. BK.nun 19 ve 65. hükümlerinden bahisle istirdadin caviz olmadığına karar verilmesi yolsuzdur" (7).

Gerçekten de yukarıda sözü edilen paranın veya eşyanın verilmesi ahlak ve adaba aykırı bir amacın elde edilmesini değil, tam tersine meşru bir evliliğin sağlanması amacını taşımaktadır. Bu nedenle olayı, BK. 65 kapsamı içine sokarak, iade talebini reddetmek isabetli sayılamaz (8).

Mektuplar ve fotoğrafların hediye kavramına dahil edilip edilmeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur. Bir kısım hukukçular mektup ve fotoğraflar için dahi hediyelerin geri verilmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını önerirken, diğer bir kısmı bu fikri reddetmektedirler. Mektup ve fotoğrafların iadesini isteyenlerin büyük çoğunluğunun hukuksal dayanağı kişilik haklarını koruyan (MK. 23, 24) maddeleridir. Azınlıkta kalan bir kısım hukukçular ise "mektup"ları hediye kavramı dışında tutarlar ve bunların iade edilmesine taraftar bulunmazlar. Fotoğraflar içinde aynı düşünceler geçerlidir (9).

Mektuplar esas itibariyle bir fikri karşı tarafa iletme için kullanılan vasıta olup hediye değildirler. Bu nedenle, mektup ve fotoğraflarda MK.nun 86. maddesinin aradığı koşullar bulunmamaktadır. Bunların iadesi ise MK.nun 23 ve 24. maddelerinin şartları dahilinde (mektubu yazan tarafın kişiliği örselenmiş veya örselenme tehlikesi içerisine girdiği takdirde) sağlanabilir (10).

II – GERİ VERMENİN KAPSAMI

Hediyeler mevcutsa, aynen iadeleri sözkonusu olur. Fakat hediyelerin alan tarafından kullanılmış, başkasına satılmış veya bağışlanmış olması

(6) 6. HD. 23.10.1961; 2547/5719.

(7) 6. HD. 23.11.1961; 6947/7336.

(8) Gürsel, Nişan Bozulması Halinde Maddi ve Manevi Tazminat ve Nişan Hediyelerinin, Ağırlığın Geri Verilmesi, AD. sh. 18 vd; Feyzioğlu, sh. 49.

(9) Bkz. Gönensay, Aile Hukuku, İst. 1948, sh. 15; Egger, sh. 49; Schwarz, sh. 52; Velidedeoğlu, sh. 42; Feyzioğlu, sh. 52; Tekinay, sh. 31; Öztan, sh. 45.

(10) Karş. Feyzioğlu, sh. 50, Tekinay, sh. 31. Tekinay, mektup ve fotoğrafların iadesini nişanın bozulması şartına bağlamamaktadır. Yazara göre herhangi bir hissi ilişkinin sona ermesi ile, nişanlanmanın son bulması arasında ayırım yapmak hukuksal dayanaktan yoksundur.

halinde "karşılığı nedensiz zenginleşme kurallarına göre iade edilir" (MK. 86/2). Buna göre hediyeler iyiniyetle elden çıkarılmış ise, artık iadesi söz-konusu olamaz (11). Ancak hediye elden çıkmış olmakla beraber, karşılığında malvarlığına bir değer girmişse (örneğin, hediyein satılması gibi), bunun iadesi istenebilir. Bundan ayrı olarak hediyeyi alan taraf bunu kötünüyetle elden çıkarmış ise, hediyein tam değerinin tazmini gerekir (12). Hediyeyi alan tarafından kullanılmış ve iyiniyetle kısmen veya tamamen karşılıksız olarak elden çıkarılmış ise, hediyelerden geriye ne kalmışsa yalnız onun verilmesi gerekir (13).

Zenginleşmenin kapsamı nişanın sona erdiği ana göre belirlenir. Hediyelerin değeri üzerinde anlaşmazlık doğduğu takdirde bilirkişi görüşüne başvurulmak gerekir.

Kötünüyetle hediyeleri elinden çıkarmış olan nişanlının bunların bedelini tazminle yükümlü olduğuna yukarıda değinilmişti. İsviçreli hukukçu Gmür'e göre istenilen tazminat miktarı için hapis hakkı kullanılamaz. Ne var ki gerektiğinde takas ileri sürülebilecektir (14).

Nişanlı, geri vermekle yükümlü bulunduğu hediyeler için yaptığı zorunlu ve faydalı giderler ödeninceye kadar ve hatta lehine hükmedilen tazminat verilinceye kadar, hediyeler üzerinde hapis hakkına sahiptir (15).

III – GERİ İSTEMENİN MAHİYETİ

Hediyelerin iadesi ancak bir alacak davasına konu edilebilir. Zira hediyelerin iadesini isteme hakkı nisbi bir haktır. Bu nedenle nişanlı hediyeleri aynen iade etmezse ondan bu hediyelerin geri verilmesi istihkak davası açılarak değil ve fakat bunların bedeli istenebilir. Bunun en pratik sonucu şudur: Hediyeyi alan nişanlı onu üçüncü kişiye satar ve teslim ederse, hediyeyi veren, bu üçüncü kişiye başvurup o şeyin kendisine iadesini isteyemez; zira hediye üzerinde aynı bir hakkı yoktur (16). Aynı şekilde nişanlı iflas etmişse, hediyelerin iadesini isteyen diğer nişanlı, onları iflas masasından

(11) 6 HD. 5.2.1963; 6431/595.

(12) Tekinay, sh. 32; Öztan, sh. 43.

(13) 3. HD. 16.3.1981; 1437/1454.

(14) Feyzioğlu, sh. 55, dipnot: 66.

(15) Feyzioğlu, sh. 55.

(16) Tekinay, sh. 32, Feyzioğlu, sh. 55; Öztan, sh. 43 vd.

alamaz. Ancak garameye katılabilir. Çünkü hakkı nisbidir, aynı değildir (17).

Hediyelerin iadesi istemi başkasına devir edilebilir, mirascılara geçebilir ve hatta bu istemden feragat edilebilir (18).

IV – HAK SAHİPLERİ

1– Nişanlıların birbirine verdikleri hediyeler

Nişanın bozulması halinde MK. 86. maddesi uyarınca nişanlıların birbirine verdikleri hediyelerin iadesini istemeleri pek doğaldır. Zira, hediyelerin iadesi için istem şarttır. Yoksa soyut olarak nişanın bozulması, hediyelerin de otomatikman iadesini gerektirmez (19).

Nişanlıların küçük olması halinde velisi veya vasisi tarafından mahkemede temsil edilmeleri gerekir, iade davası tarafların yakınlarına karşı açılmaz.

Hediyeler ya tarafların birbirine karşı duydukları sevgi ve saygının ifadesidir; ya da ileride kuracakları yuva için verilmiştir. Ayrıca verilen hediyelerin manevi değerleri vardır. Nişanın bozulmasıyla, tarafların birbirine karşı duydukları bu sevgi ve saygı ortadan kalkmıştır. Bu nedenle nişanı kendi kusuruyla bozan veya bozulmasına neden olan taraf bile hediyelerin iadesini isteyebilir.

Nişanlanma sözleşmesinin irade fesadı halleri nedeniyle geçerli olmaması halinde dahi MK.nun 86. maddesi uygulanır (20).

2– Ana ve babanın ya da onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya verdikleri hediyeler verenler tarafından geri istenebilir:

Nişanlının (ana babası) da, diğer nişanlıya verdikleri hediyeleri isteyebilirler. Ana babanın belirlenmesi kolaydır. Ana baba gibi hareket edenlerin ise mutlaka hısımların olmaları gerekmez. Müstakbel kayınpeder, kayınvalide, kardeş, aile dostu, fakir çocukları evlendirmek amacıyla kurulmuş dernek, vakıf vs. bu kategoriye girebilirler.

(17) Feyzioğlu, sh. 55.

(18) Tekinay, sh 32; Öztan, sh. 44.

(19) Feyzioğlu, sh. 54; 6. HD. 7.7.1960; 4949/4998.

(20) Öztan, sh. 45.

Burada davacılar hediyeleri verenlerdir. Davalı konumunda ise daima hediyeleri alan nişanlı olacaktır. Nişanlının ana babası veya onlar gibi hareket eden kimselere karşı dava açılmaz. Aleyhine dava açılan nişanlı küçük ise, mahkemede yasal temsilci tarafından temsil olunur. Ancak, verilecek hüküm yasal temsilciyi değil, küçüğü bağlar.

3- Nişanlıların üçüncü kişilere verdikleri hediyelerle, tarafların ana ve babalarının birbirine verdikleri hediyeler MK.nun 86. maddesinin çerçevesi dışında kalır. Bunlarda BK.nun 61. maddesinde yazılı şartlar varsa nedensiz zenginleşme kurallarına göre istenebilecektir (21).

Hibe mahiyetinde verilen şeylerin iadesi istenilemez. Bunların iadesi genel hükümler dairesinde olanaklıdır. Nitekim Federal Mahkeme bir kararında, nişanlılardan birinin diğerine, hangi sıfatla olursa olsun verdiği avansı hediye gibi iadeye tabi tutmamıştır (22). Aynı şekilde ahlaki bir görevin ifası için verilmiş olan şeyler de hediyelerin iadesi hükmüne tabi tutularak geri alınamaz. Örneğin, "nişanlısının annesi hastalanmış, hastahane giderleri onların malî durumunu güçleştirmiş ve diğer nişanlı onlara bir miktar para yardımı yapmışsa bu, hediye değildir. Ahlaki bir borçtur; ahlâki borçlar ise tabii (nâkis) borçlardandır, ödendikten sonra artık bir dava ile geri istenilemez" (23).

V – MUTAD DIŞI HEDİYELER KAVRAMI

1- Maddenin Değişiklikten Önceki Durumuna Göre Yargıtay Uygulaması Şu Şekilde Özetlenebilir :

Nişanlılar birbirlerine verdikleri hediyelerin geri verilmesini isteyebilir. Bu gibi davaların nişanlıların annesi ve babası tarafından açılması veya davada muhatap tutulması doğru olamaz (24). Nişanlıya, diğer nişanlının ana ve babası tarafından gönderilmiş veya verilmiş hediyeler de, nişanlı tarafından verilmiş sayılır (25).

Nişanın ölüm sebebiyle bozulması halinde hediyelerin geri verilmesi davası dinlenmez. Kanunda, ancak, ölen nişanlıda kalan hediyelerin geri is-

(21) Tekinay, sh. 34.

(22) Feyzioğlu, sh. 53.

(23) Velidedeoğlu, sh. 39, Feyzioğlu, sh. 53, Öztan, sh. 42.

(24) 6. HD. 12.12.1963; 2414/5148.

(25) 6. HD. 10.5.1963; 859/2260.

tenilemeyeceğine; buna karşılık ölen nişanlının ana ve babasının hediyelerin geri verilmesini diğer nişanlıdan isteyebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bu gibi hallerde, hediyelerin iadesi hakkındaki davanın reddi gerekir (26). Fakat nişanın bozulmasından sonra nişanlı ölmüşse, onun mirasçıları hediyelerin geri verilmesini istemek hakkına sahiptirler (27).

Alman Hukukunda ise ölüm halinde hediyelerin iade edileceği, ancak şüphe halinde geri istenemeyeceği hükme bağlanmıştır (28).

2- Maddenin Değişiklik Gerekçesi

TBMM. S. Sayısı: 398, sh. 2.

"Maddede yapılan değişiklikle, nişanın bozulması halinde hediyeleri iade yükümlülüğü yalnız nişanlıların birbirlerine verdikleri mutad dışı hediyeler için değil bir nişanlının ana ve babasının veya onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya verdikleri mutad dışı hediyeler için de kabul edilmiştir.

Ölüm sebebiyle nişanın bozulması halinde hediyelerin geri verilmesi için dava açılmayacağı hükmü kaldırılmış, ölüm sebebiyle nişanlılığın sona ermesi halinde de, diğer nişanın bozulması hallerinde olduğu gibi mutad dışı hediyelerin geri verilebileceği kabul edilmiştir.

Mutad dışı hediyeler nişanlıya örf ve âdete göre veya kendiliğinden verilen ve maddi değeri de günün koşullarına göre fahiş olmayan hediyelerdir. Değeri mutad aşan hediyelerin iadesi sözkonusu olacağı gibi nişanlıya verilen ve onun yönünden haksız kazandırmaya sebebiyet verebilecek mücevherat, çek gibi kıymetli evrak ve senedatın da iadesi sözkonusu olacaktır."

3- Madde ve Gerekçesinde Geçen Bazı Sözcüklerin Anlamı

Mûtat : Alışılmış, alışılan, her zamanki.

Mücevherat: Cevahir.

Cevahir: Elmas, yakut gibi değerli taşlar.

4- Nedensiz Zenginleşme Kuralları

Medeni Kanunun hediyelerin geri verilmesi konusunu düzenleyen 86. maddesi hükmü özel bir nedensiz zenginleşme hükmü olarak kabul edilmektedir. Medeni Kanunun 86. maddesi olmasaydı hediyelerin geri verilmesi

(26) 6. HD. 19.1.1962; 8183/443.

(27) 6. HD. 29.12.1961; 7299/7549.

(28) BGB, 1301/11.

BK.nun 244. maddesine göre hibeden dönme veya BK.nun 61. maddesindeki nedensiz zenginleşme davası kurallarına göre istenebilecekti. Şu husus önemle vurgulanmalıdır ki hibeden dönmenin koşulları çok ağırdır. Nedensiz zenginleşme yolu ise, bu hediyelerin evlenmenin yapılacağı inancıyla verildiğinin isbatına bağlıdır. Zira, ancak bu amaçla verilen hediyeler için nedensiz zenginleşme sözkonusu olur. Aksi takdirde geri verme isteminde bulunulamaz (BK. m. 61). Medeni Kanununun 86. maddesi hediyelerin geri verilmesi istemini kolaylaştırmıştır. Nişanlanma sözleşmesinin irade fesadı halleri nedeniyle geçerli olmaması halinde de Medeni Kanununun 86. maddesi uygulanır. Üçüncü kişilerin, nişanlılara verdikleri hediyeleri geri alabilmeleri için, bu hediyeleri evlenmenin gerçekleşmesini kolaylaştırmak amacıyla verdiklerini isbat etmelerine bağlıdır (29).

5) Bilimsel Öğretide Hediye Kavramı

Hediye : Genellikle hibe (bağışlama) mahiyetinde, bazen de ahlaki veya sosyal bir görevin ifası amacıyla sahibi tarafından başkasına devir ve temlik edilen mallardır. Hediyeye konu olan mallar genellikle menkul (taşınır) ve az da olsa taşınmazlar dahi olabilir. Hibe mahiyetindeki hediyelerde hibe (bağışlama) hükümleri cari olmak lazımdır. Diğer hediyelerden hukuken hüküm ifade eden, özellikle nişanlılar arasındaki hediyelerdir. Yalnız bunlar geri alınabilir (MK. 86; BK. 234).

Bir kimseye ikram için götürülen veya gönderilen maldır (30).

a) Musta Reşit : Aile Hukuku, İst. 1931

"Filhakika, hediyeler, nikah icra olunacaktır diye verilmiştir; sebep zail olunca zımında sabit olan şeyinde zevali tabiidir...Hediyeler, istihlak veya şeklen tebdil edilmişse BK.da münderiç ahkâma tevfiakan bedelleri tazmin olunur. Buna göre nişan bozulmadan evvel hediyeler istihkak olunmuşsa tazmin lazım gelmez" (31).

b) Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim: Aile Hukuku, İst. 1986

"Gerçekten verilen hediyeler ileride evlenmenin kurulacağı nedenine dayanmaktadır. Nişan bozulunca bu neden ortadan kalkacağına göre, hediyelerin de iadesi gerekmektedir.

(29) Bilge, sh. 45.

(30) Türk Hukuk Lügatı, Ank. 1991, sh. 124.

(31) Sh. 14.

Hediye deyiminin kapsamına, çiçek, şekerleme, pasta ve saire gibi tüketilmek amacıyla verilen şeyler girmez. Nişan yüzükleri, mücevherler, otomobil, bir miktar para hediye olarak nitelendirilebilir" (32).

c) Egger, A: Aile Hukuku, Çev. Tahir Çağa, İst. 1943

"İstirdat hakkı yalnız hediyeleri (bu itibarla kızın evlenme akdini mümkün kılmak için erkeğe avans olarak verdiği parayı değil) ve fakat bütün hediyeleri ihtiva eder ki nişan sırasında (yüzükler) veya sonradan gerek müstakbel evlenme nazara alınarak ve gerekse sırf teberrü maksadıyla verilen sair hediyeler ve nihayet nişanlanma gözönünde bulundurulurken daha nişandan evvel yapılan teberrular, fotoğraflar dahil olmak üzere buraya girer" (33).

d) Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : Aile Hukuku, 4. bası, İst. 1960

"Hediye kavramı içine, nişan yüzükleri, nişanlıların nişandan önce veya nişanın devamı esnasında birbirine vermiş oldukları ziynet altını, kalem, saat vs. gibi şeyler girer.

Ahlaki bir vazifenin ifası için verilmiş olan şey (meselâ nişanlısının annesi hastalanmış, tedavi masrafları onların mali durumunu güçleştirmiş ve diğer nişanlı onlara bir miktar para yardımı yapmışsa), bir hediye değildir, ahlâki bir borçtur ve bu itibarla da tabii bir borçtur; ödendikten sonra artık bir dava ile geri istenmemesi lâzımdır" (34).

e) Akıntürk, Turgut : Aile Hukuku, 2. bası, Ank. 1975

"İade edilmesi sözkonusu olan hediyelere evveleminde mameleki bir değer arzeden eşyalar, meselâ nişan yüzükleri, mücevherat, gümüş şekerlik, kumaşlar ile para dahildir. Ağırılık adı ile verilen ya da "başlık" denilen para dahi hediye sayıldığından iadesi istenebilir. Keza kız tarafına cihaz (çehiz) almak üzere verilmiş olan para dahi hediye hükmündedir" (35).

f) Tekinay, S. Sulhi : Aile Hukuku, Ank. 1988

"Hediye, ekonomik değeri olan bir kazandırma teşkil etmelidir. Böylece nişan yüzükleri, mücevherler, kumaşlar, bir miktar para vs. hep hediye kavramının kapsamına girer" (36).

g) Zevkililer, Aydın : Aile Hukuku, Ank. 1988

"Geri verilmesi gereken hediyeler, kural olarak parasal değeri olan hediyelerdir. Para, giyim eşyası, takı, mücevherat, yemek takımı gibi eşyalar bu niteliktedir. Buna

(32) Sh. 63.

(33) Sh. 49.

(34) Sh. 35.

(36) Sh. 30.

karşılık parasal bir değeri olmayan ve daha çok manevi bir değere sahip bulunan resim ve mektup gibi eşyanın da geri verilmesi gerekip gerekmediği öğretilerde tartışmalıdır. Çoğunluğun görüşü, bunların da geri vermenin kapsamına gireceği yolundadır. Hediye kavramı içinde iadeyi öngörenler; Schwarz, Velidedeoğlu, Egger, Saymen, hediye saymakla birlikte, kişilik hakkı kavramı içinde geri verilmesini savunanlar; Gmür, Tekinay, Feyzioğlu, Köprülü/Kaneti, Öztan (37).

h) Öztan, Bilge : Aile Hukuku, Ank. 1979

"Hediyeler ya tarafların birbirine karşı duydukları sevgi ve saygının ifadesidir; ya da ileride kuracakları ev için verilmiştir. Verilen hediyelerin manevi kıymetleri vardır. Nişanın bozulmasıyla tarafların birbirine karşı duydukları bu sevgi ve saygı artık ortadan kalkmıştır. Bu nedenle, nişanı kendi kusuruyla bozan veya bozulmasına sebep olan taraf bile hediyelerin iadesini talep etmek hakkına sahiptir" (38).

i) Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Aile Hukuku, İst. 1971

"Hediye deyimi, nişanlılık ilişkisi içinde, örf, âdet veya görgü kurallarının icabı olarak nişanlıların birbirine, karşılıksız verdikleri şeyleri ifade eder.

Hediye ile hibe arasında bir fark yoktur. Çünkü her ikisi arasında denk bir ivaz (edim) sözkonusu olmaksızın verilen ve hayatta olan kimseler arasında yapılan tasarruf işlemleridir. Belki aralarındaki sebep hukuki olmaktan çok "saik"tir. Nişan hediyesi, nişanlılık ilişkisi içinde ve ilişkinin (örf, âdet veya görgü kuralları) gereği olarak verildiği halde genel nitelikteki bağışlamanın saiki pek değişiktir ve çoğunlukla meçhuldür.

Hediye deyimi içine; takılan yüzükler, örf ve âdet uyarınca verilen (kolyeler, bilezikler ve sair ziynet eşyası) dahildir. Hatta bir apartman katı, otomobil, deniz motoru veya şirket hisse senetleri gibi kıymetçe büyük şeyler dahi, eğer nişanlılık ilişkisi içinde ve nişan hediyesi olarak verilmişlerse, MK. m. 86'da sözkonusu edilen iadesi gerekli hediyeler kapsamı içinde yer alabilir.

Kalın, başlık, ağırlık adı verilen para veya eşyanın da (hediye kavramı) içinde düşünülmesi gerektiği ve iadesinin MK. m. 86 uyarınca istenebileceği çoğunlukla kabul edilmektedir".

İadesi istenilen şeylerin bir (hediye) olarak verilmiş bulunması lazımdır. Teberru (bağışlama) niteliğinde olanlar için iade, ancak genel hükümler dahilinde mümkündür. Nitekim Federal Mahkeme bir kararında, nişanlılardan birinin diğerine hangi sıfatla olursa olsun yapmış olduğu bir tarzi, bir avansı, hediye gibi iadeye tabi tutmamıştır (39).

(37) Sh. 32.

(38) Sh. 44.

(39) Sh. 53.

6- Örf ve Âdet Hukuku

Toplumsal yaşamdaki benzer olay ve davranışlarda sürekli olarak uygulanan, bu yolla belirli bir zaman sürecinde toplumda yerleşerek kökleşen o toplumun bireylerinde bunlara uymanın zorunlu olduğu konusunda bir inanç doğuran, Devlet tarafından da tanınarak yaptırıma bağlanan hukuk kurallarıdır.

Bu kurallar yazılı metinler içinde yer almazlar. Bunları, toplumsal yaşam içinde, karşılıklı ilişkilerde toplumsal gereksinim ve zorunluluklar yaratmaktadır. Bunları yasama organı değil, toplum yaratmaktadır (40).

7- Eleştirisi

Nişanlanmada elden çıkarılmış (ödenmiş) pişmanlık akçasıyla cezai şartın artık geri istenemeyeceği yolundaki çözüme gelince:

Bir kere, bu sorun, evlenmeye özgü bir sorun sayılamaz. Genel bir haksız zenginleşme (sebepsiz iktisap) sorunudur. Batıl ya da fahiş (hükümsüz ya da ölçüsüz) akçaların iadesi talebinin (condictioindebiti'nin) BK. m. 62 (venire contra factum proprium) ve BK. m. 65 (nemo auditur...) kurallarıyla, yasaklarıyla sınırlanması sorunudur. Nişanlanmaya özgü bir kuralda düzenlenmesinin yeri ve gereği yoktur.

Sonra, bu paraların geri alınmasını a priori bir genellemeyle, bütün durumlar için toptan yasaklamak evlenme özgürlüğünü zedeleyebilir. Kişi, sırf ödenmiş yüklü pişmanlık ve ceza akçasını kurtarabilmek için evlenmek zorunda kalabilir. Bunun yol açabileceği aile dramını kestirebilmek için kahin olmak gerekmez.

Bunun gibi, "mutad" olan, armağanların geri istenemeyip "mutad olmayanların" geri istenebilmesi yolundaki kazüistik düzenleme de ayırımın indiliği bir yana, haksız zenginleşme kökenli bir sorunu a priori çözüm kalıplarına oturtup sıkıştırdığı için benimsenemez. Son tahlilde bir "condictio ob rem" ya da "işlem temelinin çökmesi" sorunu oluşturulan bu hakkaniyet sorunu da somut olayın özelliklerine göre esneyen a postteriori çözümlere havale edilmelidir.

Bu yeni düzenlemeyle toplumun kanayan sosyal yarası başlık sorununa bir çözüm getirmiş değildir. Başlık sorunu yine askıda kalmıştır.

(40) Zevkliler, sh. 21.

Ama bu savsaklama iyi de olmuştur.

BK. m. 65 kuralının başlık parasının iadesi istemini sınırlayabilip sınırlayamayacağı sorununun çözümü mahkemelere ve öğretiyeye bırakılmalıdır.

Çözümü öğretiyeye ve uygulamaya bırakılması gerekli haksız zenginleşme sorunları gibi hakkaniyet sorunlarını şematik ve kazüistik çözümlere bağlamak, hukukun dinamik gelişimini dondurabilir.

Unutulmasın ki uygulama ve öğretiyeye MK. m. 86'nın ölüm halinde armağanların iadesinin istenemeyeceği yolundaki kuralını bile teknolojik bir reduksiyona tabi tutmuş ve nişan armağanlarının ölmüş nişanlının mirasçılardan pekala geri istenebileceğini kabul etmiştir (41).

8- Yargıtay Uygulamasından Örnek Karar

Nişan Hediyesinin Mutad Olarak Kabul Edilebilmesi İçin

- a) Örf ve âdete göre verilmeli,
- b) Maddi değeri günün koşullarına göre fahiş olmamalı,
- c) Fahişlik olgusunun saptanmasında ise tarafların mali ve sosyal durumuna göre değerlendirme yapılmalı,
- d) Bunların aksine bir uygulamanın karşı taraf lehine nedensiz zenginleşme yaratacağı düşünülmemelidir.

"Türk Medeni Kanununun 86. maddesinde değişiklik yapan 3678 sayılı Kanunun 3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bir nişan hediyesinin mutad sayılabilmesi; bunun yöresel örf ve âdete göre verilen hediyelerden olması hususu yanında bu gibi hediyelerin maddi değerinin de günün koşullarına göre fahiş olmayan hediyelerden bulunmasına bağlıdır ki; bu fahişlik olgusu da daha çok tarafların mali ve sosyal durumlarıyla ölçülmek gerekir. Yani özellikle sözkonusu hediye veren nişanlının mali gücünü aşarak (örneğin büyük borç alıp) verdiği hediye onun yönünden mutad sayılması ve fahiş olmayacağını kabulü düşünülemez. Aksi takdirde hediye verilen nişanlının haksız zenginleşmesine yol açılmış olur.

(41) Serozan, Rona : Eleştiri, İBD. c. 65, s. 1-3, İst. 1991, sh. 198.

O halde; belirtilen nedenlerle tarafların mali ve sosyal durumlarını da usulünce araştırılarak buna dair belirlenmenin yöresel örf ve âdet ölçüleri ile birlikte değerlendirilmek ve günün koşullarına göre fahiş olup olmadığı hususu da gözetilmek suretiyle sonuca gidilmesi gerekirken bu yönlerin eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması doğru değildir" (42).

VII – HEDİYELERİN İADESİ İLE İLGİLİ 86. MADDENİN ESKİ VE YENİ DÜZENLENİŞLERİ ARASINDAKİ FARKLAR

Eski metne göre ancak nişanlılardan herbiri diğerine verdiği hediyeği geri isteyebiliyordu. Oysa, yeni düzenlemeye göre "Nişan bozulur veya nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya vermiş oldukları mutad dışı hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir". Bu durum karşısında; nişan hediyelerinin iadesi davasının açılabilmesi için:

A) Nişanın Son Bulması

1) Tek taraflı veya iki taraflı anlaşma sonucu olarak nişanın herhangi bir nedenle bozulması,

2) Nişanlılardan birisinin ölümü veya gaipliğine karar verilmesi, koşullarının oluşması gerekir.

Bilindiği üzere nişanlılardan birisinin ölümüyle bu ilişki doğal olarak sona erer. Nişanlılardan birisinin gaipliğine karar verilmesi de ölümle özdeş bir durum yaratır.

B) Davacılar

a) Hediyeleri veren,

b) Nişanlılar,

c) Ana ve babalar,

d) Ya da onlar gibi hareket edenler olabilirler. Eski düzenlemede ise sadece nişanlılardan herbiri diğerine vermiş oldukları hediyeleri geri isteyebiliyordu.

(42) 3. HD. 14.12.1992; 2853/20629.

C) Davalı ise, hediyeleri almış bulunan nişanlı kişidir.

D) Davanın konusu, mutad dışı hediyelerin iadesine ilişkindir.

Eski düzenlemede ise nişan, vefat nedeniyle bozulmuş ise geri alma davası asla dinlenemezdi. Oysa, yeni düzenlemede bu hüküm yer almadığının yanında tam tersine 86. maddenin 1. fıkrasında nişan ilişkisinin ölüm nedeniyle son buluşu dahi hediyelerin geri verilmesi için yeterli görülmüştür.

—oOo—

KAYNAKÇA

- 1) Akıntürk, Turgut : Aile Hukuku, 2. bası, Ank. 1975.
- 2) Egger, A. : Aile Hukuku, çev. Tahir Çağa, İst. 1943.
- 3) Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Aile Hukuku, İst. 1971.
- 4) Gönensay, Samim : Aile Hukuku, İst. 1940.
- 5) Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim : Aile Hukuku, İst. 1986.
- 6) Karahasan, Mustafa Reşit : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İst. 1989.
- 7) Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ank. 1979.
- 8) Saymen/Elbir : Aile Hukuku, İst. 1960.
- 9) Schwarz, Andreas : Aile Hukuku (Çev. Bülent Davran) 2. bası, İst. 1946.
- 10) Serozan, Rona : Eleştiri, İBD. C. 65, İst. 1991.
- 11) Tekinay, S. Sulhi : Aile Hukuku, Ank. 1988.
- 12) Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : Aile Hukuku, 4. bası, İst. 1960.
- 13) Zevkliler, Aydın : Aile Hukuku, Ank. 1989.

**BEKLENEN (AÇILMAMIŞ BİR TEREKEDEKİ) MİRAS HAKKININ DEVRİ
SÖZLEŞMESİ (*)**

(II)

Mustafa Fadıl YILDIRIM (*)

III. B Ö L Ü M

**BEKLENEN (AÇILMAMIŞ BİR TEREKEDEKİ) MİRAS HAKKININ
DEVİRİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ**

A – Genel Olarak

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi, hem sözleşmeyi akteden tarafları (muhtemel mirasçı ile, muhtemel miras hakkını devralan kişi) hem de miras bırakan bakımından hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır.

B – Tarafları Bakımından Hüküm ve Sonuçları

1 – Genel Olarak

Beklenen (açılmamış bir terekedeki) miras hakkının devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını iki ayrı safhada ele almak mümkündür. Bunlardan birincisi, mirasbırakan henüz ölmeden sözleşmenin hüküm sonuçları; diğeri, mirasbırakan öldükten sonra sözleşmenin hüküm ve sonuçlarıdır.

Sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurma yönünden böyle bir ayırım yapılmasının sebebi, mirasbırakan ölmeden, herhangi bir tasarruf muamelesine girişilemeyecek olunmasıdır. Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi ise taraflar arasında yalnızca borçlar hukukuna ilişkin hüküm ve sonuçlar

(*) Yargıtay Dergisi Cilt: 21, Sayı: 1-2, Sayfa: 109-144'ten devam.

(**) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

doğurmakta, ne miras hukukuna, ne de eşya hukukuna ilişkin aynı bir etki taşımamaktadır. Hukuki işlem muhtemel mirasçıya karşı edimi talep hakkını sağlarken onu tasfiye payının nakli borcu altına sokmaktadır.

2 – Miras Açılmadan Önceki Safhada Tarafların Hak ve Borçları

Mirasın açılmasından önceki safha, sözleşmenin inikadı ile murisin ölümüne kadar (MK. m. 517/1) geçen süredir. Bu süre bekleme süresi olarak da isimlendirilebilir (123). Bu dönemde muhtemel mirasçı yükümlendiği edimini ifa edemiyor olsa bile, her iki tarafın da bir takım yükümlülükleri bulunması mümkündür, hatta zorunlu olabilir. Örneğin, sözleşmenin kurulması ile birlikte taraflar akdi ihlâl etmemek yükümlülüğü altındadırlar. Yine sözleşmede beklenen miras hakkını devir alan kimsenin edimini önceden ifa etmesi öngörülümüşse, bu edim ifa edilecektir.

a – Muhtemel Mirasçının Hak ve Borçları

aa) Muhtemel Mirasçının Hakları

Muhtemel mirasçı, sözleşmeden doğan temel hakkı olan, miras hakkını devir alanın karşı edimini eğer sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa akdin inikadından itibaren isteyebilir. Zira, akdin inikadı ile beklenen miras hakkını devir alanın borcu muaccel olur. Sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılabilir. Bir diğer ifade ile tam iki tarafa borç yükleyen akitlere ilişkin BK. m. 81 (İBK. m. 82) hükmü uygulanmaz (124). Bunun sebebi sözleşmenin talih ve tesadüfe bağlı (= aleatorisch) bir sözleşme niteliği arzetmesidir (125). Bir diğer neden de bu tür sözleşmelere imkan tanınmasındaki ekonomik zorunluluklardır. Zira, böyle bir sözleşmeye muhtemel mirasçı kendisine yeni bir hayat kurmak için başvurmakta veya bir parasal kaynak sağlamak için başvurmaktadır. Beklenen miras hakkının devrinde hakim amaç, tasfiye payının ekonomik değerine bir an önce kavuşabilmektir. Aksi bir çözümün kabul edilmesi ve devir alanın borcunun intikâl ya da tasfiye payının devri anında muaccel olacağını kabul böyle bir sözleşmenin yapılmasına ihtiyaç bırakmayacaktır.

Muhtemel mirasçı ayrıca gerek sözleşmeden gerekse kanundan doğan diğer haklara da sahiptir. Örneğin, karşı edimin gecikmesi halinde muhtemel

(123) Özakman, 233.

(124) Escher, Art. 636, N. 15; Wedde, 64 (Özakman, 235, dipnot, 302'den atfen).

(125) Bolliger, 12; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18a.

mirasçı, borçlu temerrüdü hükümlerine (BK. m. 101 vd.) dayalı olarak taleplerde bulunabilir (126). Yine akdin ihlâli hükümlerine dayalı olarak (BK. m. 96 vd.) tazminat isteyebilir. Ayrıca karşı tarafın edimini ifa etmemesi halinde, muhtemel mirasçı sözleşmeden dönebilir (127).

Tarafların tasfiye payının karşılığını teşkil eden bu ana edimin yanında verilmesini ya da yapılmasını kararlaştırdıkları diğer borçların da muhtemel mirasçı tarafından ifasını talep imkanı bu safhada mevcuttur.

ab) Muhtemel Mirasçının Borçları

Miras açılmadan önce, muhtemel mirasçının sözleşmeden doğan temel borcunu ifa etmesine imkan yoktur. Ancak bilindiği üzere bir borç ilişkisinde akde niteliğini veren, tipini belirleyen asli edimlerin yanısıra bir takım yan edim yükümleri ile ifaya yardımcı yükümlerle, koruma yükümlerinden oluşan yan hükümler bulunmaktadır (128). Sözleşmenin inikadı ile birlikte özellikle ifaya yardımcı yükümlerle koruma yükümleri muhtemel mirasçı için doğmaktadır. Bir sözleşmeye taraf olmak nedeniyle ortaya çıkan borçların, özellikle akde aykırı hareket etmeme, diğer tarafın alacağını tehlikeye sokmama borcunun bu sözleşme için de geçerli olacağı açıktır. Ancak söz konusu borç muhtemel mirasçının mirasçılık sıfatını elde edememesi sonucunu doğuran davranışlarla ihlâl edilmişse, artık devralanın hakkını elde etmesi imkânı da ortadan kalkar. Örneğin, muhtemel mirasçının, mirastan ıskat edilmesi veya mahrumiyeti, onun kusurlu davranışlarının aynı zamanda borca aykırılık teşkil etmesi anlamına gelir. Böyle bir halde devredenin mirasçı olmaması devir konusunun da muhtemel mirasçının kusurlu davranışı sonucunda imkansızlığı sonucunu doğurur. Bunun sonucunda da ifanın kusurlu imkansızlığı halini düzenleyen BK. m. 96 vd. hükümlerine dayalı olarak tazminat ödemek durumunda kalır (129). Kısaca söylemek gerekirse, bu safhada muhtemel miras hakkını devreden şahsın sorumluluğu, ifaya yardımcı yan yükümlere riayet etmek, ifanın kusurlu olarak imkansızlaşmasına yol açacak davranışlardan kaçınmaktan ibarettir.

(126) Beck, SJK no 790 s. 4; Piotet, 682 (Özakman, 235, dipnot 303'den atfen).

(127) Sözleşmeden dönme hakkı, aradaki sözleşmenin miras mukavelesine benzetilmesinin bir sonucu olmaktadır, Escher, Art. 636, N. 15).

(128) Eren, Borçlar, 33 vd.

(129) Borçlar Kanununun 96. maddesi borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halini düzenlemekte ve şu dört hususu içermektedir. Bunlar, ifanın kusurlu imkansızlığı, temerrüd (zamansal olarak gereği gibi ifa etmeme), gereği gibi ifa etmeme özellikle kötü ifa ve akdi kaçınma yükümlerinin ihlalidir. Karş. Eren, III, 200 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1212 vd; İnan, 466 vd.

Buna karşılık muhtemel mirasçının kusuru bulunmaksızın gerçek mirasçılık sıfatını kazanamamış olması halinde ifanın kusursuz imkansızlığı ile karşılaşmış olur. İfanın kusursuz imkansızlaşmasına örnek olarak, mirasbırakanın daha ön zümrede mirasçısının ortaya çıkması, ya da bir evlatlığının bulunduğu anlaşılmasıdır. İfanın kusursuz imkansızlığını düzenleyen BK. m. 117 gereğince tarafları sorumluluktan kurtulur. Muhtemel miras hakkını devreden kişinin sorumluluğuna gidilemez.

Eğer muhtemel mirasçı, mirasbırakandan önce ölmüşse yine muhtemel miras hakkını devralan kişi bu hakkına kavuşamayacaktır. Devreden mirasçılar dahi, bu hakkı devretmek zorunda değildirler. Aksi bir çözümün kabulü, miras hakkını devreden mirasçısı olacak füru bırakmaksızın ölümü halinde çeşitli problemlere yol açacaktır. Böyle bir halde devreden artık hiç nazara alınmayacağından görünüşte dahi olsa bir miras hakkından söz edilemez. Dolayısı ile muhtemel mirasçının kusuru olmaksızın mirasçı sıfatını elde edememesi onun sorumluluğunu da ortadan kaldırır. Bu durumda devreden ya da mirasçılarının karşı edimi iadeleri gerekecek ve iade haksız iktisap hükümlerine göre gerçekleşecektir (BK. m. 61). Mirasçılık sıfatı gerçekleşmeyince ortaya çıkan ifa imkansızlığı sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğuracak ve iade bu son bulmuş sebebe dayanılarak sağlanacaktır. Karşı edim bir taşınmazın mülkiyetinin devreden adına tescilinden ibaret bulunmuş ise bu kere sebebin ortadan kalkması tescili de yolsuzlaştıracağından taşınmazın tekrar devralana geçirilmesi, tapu kaydının tashihi davası ile gerçekleşecektir.

b – Muhtemel Miras Hakkını Devir Alanın Hak ve Borçları

ba) Genel Olarak

Genel bir tarzda, beklenen miras hakkını devralan kişinin haklarını, muhtemel miras hakkını devreden kişinin borçları, borçlarını ise karşı tarafın haklarının teşkil ettiği söylenebilir.

bb) Muhtemel Miras Hakkını Devir Alanın Hakları

Muhtemel miras hakkını devralan kişinin bu safhada başlıca hakkı, muhtemel mirasçının ifanın imkansızlaşmasına engel olacak davranışlardan kaçınmasını isteme hakkıdır.

Devralan kişi, muhtemel mirasçının bir takım hileli yollara tevessül ettiğini ve bu davranışlarının ifanın imkansızlaşması (ıskat ya da mahrumiyet)

sonucunu doğurabileceğini tahmin ediyorsa, muhtemel mirasçıdan bu tür davranışlardan kaçınmasını isteyebilir. Muhtemel mirasçının bu tür davranışlara devam etmesi halinde (örneğin, ailesel yükümlülüklerini ihlâl etmeye devam ediyorsa) bundan doğacak zararları tazmin etmesini isteyebilecektir. Örneğin, muhtemel mirasçının bu tür davranışları sebebiyle mirasbırakan, mirasçısını iskat etmemekle birlikte, malvarlığını önemli ölçüde azaltan tasarruflar yapmış ve muhtemel miras hakkını devralan kişinin beklediği hakta önemli ölçüde bir azalmaya yol açmış ise, bundan doğan zararı talep etmek hakkına sahip olacaktır (BK. m. 96 vd.). Ancak bu durumda işin niteliği gereği, bu zararı, zarar görerin ispat etmesi gerekir (MK. m. 6).

bc) Muhtemel Miras Hakkını Devir Alanın Borçları

Muhtemel miras hakkını devralanın bu safhada borcu, sözleşmenin inikadı ile birlikte doğan (sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise) ve sözleşmeden doğan temel borcu olan, devir satım sözleşmesi ise satış bedelinin ödenmesidir. Muhtemel miras hakkını devralan kişi satış bedelini ödemek zorundadır. Devralan satış bedelini ödemez ise satış bedelinin ödenmesi ile ilgili olarak satım hukukuna ilişkin kurallar uygulama alanı bulur. Satış bedelinin ödenmemesi halinde satım hukukuna dayalı olarak satıcının ileri sürebileceği hakları, miras hakkını devreden kişi ileri sürebilir. Keza temerrüd ve ifaya etmemeye ilişkin Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinde belirtilen haklara sahip olur.

3 – Miras Açıldıktan Sonraki Safhada Tarafların Hak ve Borçları

a – Genel Olarak

Mirasbırakan ölümü ile birlikte miras açılır ve tereke ve mirasçılık durumları bu ölüm anına göre tespit olunur. Eğer, mirasbırakanın ölümü anında muhtemel mirasçı kesin mirasçı sıfatını kazanmış ise, muhtemel miras hakkını devrettiği sözleşmeden doğan asli borcunu ifa etmesi gerekir. Eğer miras hakkını devralan satış bedelini ödemiş (devir işleminin satım olduğu hallerde) ise satış bedelini ödemek durumundadır.

b – Muhtemel Miras Hakkını Devir Alanın Hak ve Borçları

Mirasın intikâli gerçekleşikten sonra devralanın hakkının ve borçlarının Medeni Kanunun 635. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yapılan tasfiye payının devri sözleşmesi ile bir benzerlik gösterdiği görülmektedir. Miras açıl-

diktan sonra yapılan tasfiye payının devrine ilişkin sözleşmenin hükümleri devralan açısından da herhangi bir ayırım yapılmaksızın uygulanır.

Burada şu hususu yinelemekte yarar vardır: Mirasın intikâli devralanın miras ortaklığına girmesini, iştirak halinde hak sahipliğinin kendisine devrini sağlamamaktadır. Beklenen miras hakkını devralanın bir diğer mirasçı olması da bu sonucu değiştiremez (130). Beklenen miras hakkını devralan kişinin yalnızca taksim yada tasfiye sonucunda muhtemel mirasçıya isabet edecek hakkın kendisine devredilmesi hususunda bir talep hakkı mevcuttur. Hukukumuzda devralanın tasfiye payının devrine ilişkin talep hakkını güçlendirecek kanuni bir teminat veya tasfiye payının olduğu biçimde kendisine intikâline imkân verecek özel bir sicil de mevcut değildir (131). Bununla birlikte, miras hakkını devralan kişi, taksim sırasında hâkimin taksime katılmasını talep edebilir. Her ne kadar Medeni Kanununun 588. maddesi hükmünde "hisseyi temellük eden" ibaresi yer almakta ve beklenen hakkı devralanlardan söz edilmemekte ise de sözkonusu maddenin bu sözleşmeler için de uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir (132). Böyle bir durumda hâkimin görevi borçlu mirasçı ve dolayısıyla onun alacaklılarının haklarını korumaktır (133). Medeni Kanununun 612 ve 613. maddelerinde bu yolda ayırıcı kavramların kullanılmamış olması (hisseyi temellük eden veya devralan şeklinde) böyle bir yoruma imkân tanımaktadır (134).

Beklenen miras hakkını devralan kişinin bir hakkı da eğer sözleşme yapılırken ya da sonradan kendi adına taksime katılması için temsil yetkisi verilmişse, taksimi isteme hakkına sahip olması ve taksime katılmasıdır (135). Zira, miras hakkını devralan kişinin taksime katılmakta büyük ölçüde hukuki yararı mevcuttur.

Böylece devralan devir sözleşmesi ile devredeni taksimi talep hususunda bir borç altına sokabilir, borcunu yerine getirmeyen devreden mirasçıya karşı tazminat davası açabilir (136). Ancak, BK. m. 34 gereğince temsil olu-

(130) Escher, Art. 636, N. 13; Özakman, 238.

(131) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18a; Özakman, 238.

(132) Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18a; Escher, Art. 636, N. 13; Kocayusufpaşaoğlu, 548; İmre, 888; Şener, 865; Özakman, 238; Ayıter/Kılıçoğlu, 279; Aral, 47; İnan, Miras, 387.

(133) Aral, 47.

(134) Özakman, 238.

(135) İmre, 865; Eren, Miras, 139 (Açılmış bir terekedeki miras hakkının devri sözleşmesinde tanınan bu imkanın beklenen miras hakkının devri sözleşmesinde de tanınması gerektiği kanaatindeyiz).

(136) Eren, Miras, 139.

nan kimsenin hukuki bir tasarruftan doğan temsil selahiyetini her zaman reddedebileceği yolundaki hüküm, bu hakkın kullanılmasını engelleyebilmektedir. Zira, temsil yetkisi her zaman geri alınabilmektedir.

c – Muhtemel Mirasçının Hak ve Borçları

Mirasın intikâli gerçekleştikten sonra (MK. m. 517) muhtemel mirası devreden hak ve borçları konusundaki açıklamalar büyük ölçüde muhtemel miras hakkını devralanın hak ve borçları ile ilgili açıklamaların karşılığını oluşturduğundan burada bir tekrardan kaçınmak için yukarıdaki açıklamalara bakılması gerektiğini belirtmekle yetiniyoruz. Bunları ayrıca ele almıyoruz. Bununla birlikte, muhtemel miras hakkını devreden mirasçının bu safhadaki en önemli hakkı, taksime iştirak etmek hakkıdır (137). Zira, muhtemel miras hakkının devredilmesi, iştirak halindeki hak sahipliğinin de devri anlamına gelmemektedir.

Buna karşılık beklenen miras hakkını devralan kişinin tenkis davası açmaya hakkı yoktur. Sözleşmenin niteliği gereği (talih ve tesadüfe bağlı bir akit olması = aleatorisch) bu imkân bulunmamaktadır. Diğer yandan mirasbırakan sözleşmeye muvafakat etmekle hiç bir yükümlülük altına girmemekte, malvarlığında dilediği gibi tasarruf etme hakkı devam etmektedir (138). Sözleşme ile yalnızca devralan kişi bir talep hakkına sahip olmakta, muhtemel mirasçı tarafından temsil yetkisi verilmemiş ise taksime dahi katılmamaktadır.

C – Mirasbırakan Bakımından Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçları

Mirasbırakanın iştirak ve muvafakatı başlığı altında yapılan açıklamalar doğrultusunda, mirasbırakanın sözleşmeye muvafakat etmesiyle herhangi bir yükümlülük altına girmediğini öncelikle belirtmek gerekir. Mirasbırakanın iştirak ve muvafakatı sadece şekli bir nitelik arz etmektedir. Bir diğer ifade ile, bu sözleşme ile mirasbırakanın tasarruf yetkisinde herhangi bir kısıtlama ve sınırlama getirilmiş olmaz (139). Muvafakatı müteakip, muris, çok çeşitli tasarruflarla, malvarlığını tüketebileceği gibi, büyük bir artışa da sebebiyet verebilir.

(137) Taksime iştirak hakkı ile ilgili geniş bilgi için bkz., Ayiter/Kılıçoğlu, 278-281; Aral, 5 vd.; İnan, Miras, 387.

(138) Açılmış bir terekedeki miras hakkının temlikinde bu hak temellük edene tanınmış tanınmadığı tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz., Bolatoğlu, 72 vd.

(139) İmre, 888; Özakman, 239; Bolliger, 20; Escher, Art. 636, N. 12; Köprülü, 420; BGE 57 II 20.

Hukuki işlemin bir rizikolu işlem olması, tarafların başlangıçta buna razı olmaları, sonuçlarına da katlanmalarını gerektirecektir. Örneğin, murisin malvarlığı önemli derecede artmış ise, muhtemel mirasçı bu hakkı devretmekten kaçınamayacaktır.

Sözleşmenin murisin tasarruf yetkisinde herhangi bir sınırlama getiremez ama, muris, sözleşmeye verdiği muvafakatı geri alamaz. Ahlâka ve kanuna aykırılığı ortadan kaldıran böyle bir irade beyanı vaki olduktan sonra geri alınarak tasarrufun ahlâka ve kanuna aykırı olmasına sebebiyet verilemez. Bununla birlikte daha önce de belirtildiği üzere, temyiz kudretine sahip bulunmayan mirasbırakanın muvafakatı geçerli değildir. Kanuni temsilcisi de onun yerine rıza beyan edemez (140). Ayrıca iradeyi ifsat eden sebeplerden birinin varlığı halinde mirasbırakan BK. m. 31 hükmüne istinaden beyanının hüküm ifade etmediğini bildirerek, sözleşmeyi hükümsüz hale getirebilir (141).

E – Beklenen Miras Hakkının Devri Mirası Reddetmek Hakkından Feragat Anlamına Gelir mi?

Beklenen miras hakkını devreden mirasçı, acaba, kanunun red hakkından mahrumiyet başlığı altında öngördüğü, "terekeye ait işlere" karışmış sayılacak mıdır? Bir diğer ifade ile artık mirası reddetmek hususundaki kanuni hakkını kullanamayacak mıdır?

Bu probleme verilecek cevabın önemi şuradadır: Eğer yapılan sözleşme ile muhtemel mirasçı red hakkından mahrum olur denirse, terekenin borca batık olması halinde de red hakkını kullanamayacaktır. Sözleşme miras hukukuna dair hüküm ve sonuçlar doğurmadığından, beklenen miras hakkını devralan kişi, tereke borca batık ise borçlarından sorumlu olmamakta, bu durumda miras hakkını devreden tereke borçlarını ödemekle karşı karşıya kalabilir. Bu ise çoğunlukla arzulanan bir durum değildir.

Bu sorunun cevabı büyük ölçüde bir haktan doğumundan önce feragat edilip edilemeyeceği, bir haktan doğumundan önce feragatın MK. m. 23 anlamında şahsiyet haklarının ihlâli anlamına gelip gelmeyeceği sorusunun cevabına bağlıdır.

Mirasın reddi, Medeni Kanunun 545–558. maddeleri arasında etraflı bir şekilde düzenlenmiştir. Red müessesesinin kabulünde hakim fikir, kanundan

(140) Leemann, *Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte*, 162.

(141) Bolliger, 20; Şener, 865; Birsen/Gönensay, 366; Kocayusufpaşaoğlu, 548; İmre, 889; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 21; Escher, Art. 636, N. 12, 14; Özakman, 240.

ötürü aktif ve pasifi ile mirasçılara geçen mirası, mirasçılarının kabule zorlanamamasıdır (142).

Mirasın reddi, süresi içinde tek taraflı hukuki bir muamele ile mirasın kandanan ötürü ve kül halinde intikâlin hükümlerini ortadan kaldıracak için, mirasçı sıfatını iktisap etmek istemeyen mirasçıya tanınan bir haktır (143).

Medeni Kanunumuz "Hakiki Red" ve "Hükmi Red" olmak üzere iki nevi reddi düzenlemiştir (144).

Medeni Kanunumuzun 550. maddesinde ise "Red Hakkından Mahrumiyet" kenar başlığı altında mirasçının mirası red hakkının düşeceği haller hükme bağlanmıştır. Bu haller, sarıh kabul olarak nitelendirilebilecek, red süresinin bitiminden evvel mirasın kabulü, red süresinin geçirilmiş olması, mirasçının terekeye dahil bir malı zimmetine geçirmesi veya gizlemesi ile, terekenin alelâde idaresinin veya terekenin devamını sağlayan işlerin dışında malları üzerinde muamelede bulunmasıdır ki, zımnen kabul olarak nitelendirilebilir. Bizi özellikle "zımnen kabul" ilgilendirmektedir. Zira, muhtemel miras hakkının devri, bir zımnen kabulü mü içermektedir?

Mirasın zımnen kabulü anlamına gelebilecek, terekenin alelâde idaresinin veya terekenin devamını sağlayan işleri aşan fiil ve hareketlerin neler olduğu konusunda doktrinde şu esasa yer verildiği görülmektedir: Hayat tecrübelerine ve objektif hüsnüniyet kurallarına göre, mirasçının devamlı ve kesin olarak mirası iktisap etmek istediğini gösteren her fiil ve hareket, terekenin alelâde idaresini veya terekenin devamını sağlayan işleri aşanı fiil ve hareketler olarak sayılmak gerekir (145). Hukuk literatüründe, mirasçının miras sebebiyle istihkak davası, tenkis davası veya taksim davası açması (146), taksime iştirak etmesi, MK. m. 612'ye göre kendisine düşen miras payını başkasına temlik etmek, terekede bulunan bir gayrimenkulün namına tescili talep etme, terekedeki mallarda esaslı değişiklik yapmak, muayyen mal vasiyetlerini yerine getirmek terekeye dahil malları başkasına temlik et-

(142) İnan, Miras, 322; Ayiter/Kılıçoğlu, 231; Birsen/Gönensay, 236.

(143) İnan, Miras, 322.

(144) "Hakiki Red" ve "Hükmi Red" hakkında geniş açıklamalar için bkz., İnan, Miras, 323 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, 231 vd.

(145) Escher, Art. 571, N. 7; Tuor/Piceni, Art. 571, N. 10.

(146) "Tereke hakkında tenkis ve iptal davası açan mirasçının bilahare mirası reddetmeye hakkı yoktur" (HGK. 27.5.1960 E. 2/4, İnan, Miras, 332, dipnot 189.)

mek "zımnen kabul" anlamına gelen fiil ve davranışlar olarak kabul edilmektedir (147). Buna karşılık sırf mirasçılık belgesinin verilmesini istemek (148), terekenin malî durumunu öğrenmek amacıyla yapılan araştırmalar, ihtiyat tedbirleri alınmasını talep etmek ve vergi cezasından kurtulmak için vergi borçlarının ödenmesi, müstacel davaların açılması, zorunlu tamiratın yapılması, temerrüt faizinden kurtulmak için muaccel borçların ödenmesi, zımni kabul olarak nitelendirilmemektedir (149).

Tüm örneklerden çıkarılabilecek ortak nokta tüm bu işlerin tereke ile ilgili olmalarıdır. Yani, ortada mevcut bir tekere varken, bazı işlerin yapılması zımnen kabul anlamına gelmekte veya gelmemektedir. MK. m. 612'ye uygun olarak miras payının devrinde de keza ortada mevcut bir tereke vardır. Ancak, beklenen miras hakkının devrinde ise ortada henüz bir terekeden bahsedilmesi imkânı yoktur. Taraflar sözleşmeyi yaptıkları sırada, ancak miras bırakanın mamelekenden sözedilebilir. Bir diğer ifade ile, muhtemel mirasçı kanunî anlamda tereke işlerine karışmamaktadır, zira ortada bir tereke yoktur.

Öte yandan imrası reddetmek hakkı, mirasın açılması ile birlikte doğmaktadır. Hakkın kullanılması için murisin öldüğünü ve kendisinin de mirasçı olduğunu bilmesi gerekmektedir. Yani en erken bu hak, murisin ölümü ile doğmaktadır (MK. m. 547). Bir haktan, onun doğumundan önce feragat ise Medeni Kanununun 23. maddesi anlamında özgürlüklerin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Özgürlüklerin kısıtlanması anlamına gelecek sözleşmeler ise hüküm ifade etmez. Beklenen miras hakkının devri sözleşmesi yapılırken, muhtemel mirasçının mirası reddedemeyeceği yolundaki bir kayıt geçersiz olacaktır. Tereke alacaklılarının ve reddin hükümsüz sayılmasında menfaati olanların sadece bu sebebi ileri sürerek (beklenen miras hakkının devredildiği) reddi hükümsüz bırakmaları kabul edilemez.

Eğer, muhtemel miras hakkını devreden mirasçı, miras açıldıktan sonra, mirası reddederse durum ne olacaktır? Bu durumda, BK. m. 96 anlamında ifa etmeme sözkonusu olur. Miras hakkını devralan kişi, ifanın vaki olmasından doğan tüm zararları (müspet zararı) talep edebilir.

(147) İnan, Miras, 332.

(148) 2.HD., 21.6.1951, E. 4448, K. 4712 (Olgaç, m. 550, N. 2.)

(149) Ayiter/Kılıçoğlu, 234-235; İnan, Miras, 332.

F – Hükümsüz Bir Sözleşmeye İstinaden Verilenlerin İadesi

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin en azından adi yazılı şekille yapılmamış olması, murisin sözleşmenin yapıldığı esnada hazır bulunmaması ve muvafakatını vermemesi ya da verilen muvafakatın, irade fesadı halleri ileri sürülerek geri alınması sonucunda sözleşme hükümsüzlükle malûldür (MK. m. 613/1, son cümle). Hükümsüz olan sözleşme uyarınca devralan, ödediği karşı edimin iadesini talep edebilecektir.

Karşı edimin çoğunlukla bir miktar paradan ibaret olduğu gözönüne alınırsa, normal durumda verilenlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme esasına dayanması gerekirdi. Ancak, kanunkoyucu sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını çağrıştıracak bir hükme ve kavrama yer vermemiş, sadece verilenlerin geri alınabileceğinden bahsetmiştir. Bir diğer ifade ile kanunkoyucu muhtemel mirasçının zenginleştiği miktarın iadesinden söz etmemiştir (150). Bu nedenle, doktrinde haklı olarak savunulan bir görüşe göre, miras hakkını satanla, satın alanın birbirine verdiklerini, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde değil, tam değer olarak istemek hakkına sahip oldukları, aksinin kabulünün yani, BK. m. 63'e uygun olarak elinde kalanı vermelerinin haksızlık olacağı savunulmaktadır (151).

Diğer taraftan böyle bir sözleşmenin hükümsüzlükle malûl olması halinde BK. m. 65 hükmü de uygulanmaz. Kanunun açık hükmü olmasaydı, mirasbırakanın iştirak ve muvafakatının ahlâka aykırılığı ortadan kaldırdığı, iştirak ve muvafakat sağlanamadığı takdirde yapılan hukuki işlemin ahlâka aykırılığından bahisle, BK. m. 65 uygulanacağı ileri sürülebilirdi. Bu durumda ahlâka aykırı bir amaç için verilen şeylerin istirdat olunamaması gerekecekti. Ancak burada kanunkoyucu BK. m. 65'in bir istisnasını öngörmüş, verilenlerin tam olarak iadesinin gerektiğini vurgulamıştır (152).

Muhtemel miras hakkını devralan kişinin, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi halinde verdiği geri alabileceği süre, BK. m. 125'de düzenlenen, sözleşmeden doğan borç ilişkilerindeki zamanaşımı olup, bu da on yıldır (153). Bir diğer ifade ile, miras hakkını devralan, on yıllık süre içinde verdiği geri isteyebilir.

(150) Şener, 865; Curti/Forrer, Art. 636, N. 9.

(151) Şener, 865; Özakman, 240; İmre, 889; Gönensay/Birsen, 367; Kocayusufpaşaoğlu, 548; Karşı görüş, Berki, 242.

(152) Curti/Forrer, Art. 636, N. 9; Bolliger, 20; Kocayusufpaşaoğlu, 548; İmre, 889; Gönensay/Birsen, 368; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 21; Escher, Art. 636, N. 14; Şener, 793; Özakman, 241.

(153) Özakman, 241; Gönensay/Birsen, 367; Curti/Forrer, Art. 636, N. 9.

SONUÇ

Beklenen miras hakkının devrini amaçlayan sözleşmeler MK. m. 613'de düzenlenmiştir. Buna göre mirasbırakanın iştirak ve muvafakatı olmaksızın muhtemel mirasçı ile diğer mirasçılar ya da üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler geçersizdir.

Muhtemel miras hakkının devrini amaçlayan sözleşmeler eşya ve miras hukuku alanlarında hüküm ve sonuçlar doğurmayıp yalnızca borçlar hukuku alanında hüküm ve sonuçlar doğurur. Yani, sözleşme bir taahhüt işlemidir. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması duruma göre ya şarta bağlı bir hukuki işlem ya da talih ve tesadüfe bağlanmıştır.

Mirasbırakanın iştirak ve muvafakatının sağlanmadığı sözleşmeler bağlayıcı değildir. İştirak ve muvafakat, yorum yolu ile kabul olunan yazılı şekil şartını, mevzof (nitelikli) hale getirmektedir. Yani sözleşme mevzof (nitelikli) yazılı şekille yapılmak zorundadır. Mirasbırakan sözleşmenin yapıldığı esnada hazır bulunmalı, muvafakat beyanında bulunmalıdır. Muvafakat beyanı ek bir belgede de yer alabilir. Mirasbırakanın muhtemel mirasçının yetkili temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği hallerde, ayrıca muvafakat beyanına gerek yoktur. Sözleşmeye âkit sıfatıyla (taraf olmadan) imza koyması muvafakatının bulunduğu anlamına gelir.

Yargıtayımızın bu konudaki tutumu sarahat kazanmamıştır. Önceki kararlarında "böyle sözleşmelere sonradan muvafakat (sonradan verilen rızaya "icazet" denilmesi gerekirdi) verilebileceğini kabul ederken, sonraki kararlarında, mirasbırakanın hazır bulunmasını aradığı görülmektedir.

Mirasbırakanın iştirak ve muvafakatının sağlanmadığı dolayısıyla geçersiz bir sözleşmeye istinaden muhtemel miras hakkını devralan kimse bir edada bulunmuş ise, vermiş olduğu şeyleri geri isteyebilecektir. Geri istemedi BK. m. 63 ve 65 hükümleri uygulanmaz. Verilenlerin geri istenebileceği süre, aradaki ilişki akdi olduğundan BK. m. 125 gereğince on yıldır.

Beklenen miras hakkının devri sözleşmeleri mülkiyetin karşı tarafa geçirilmesini amaçlayan sözleşmeler olduğundan, mülkiyetin karşı tarafa geçirilmesini sağlayacak hukuki sebep ve buna uygun sözleşmelerle yapılması gerekir. Bu sözleşmelere örnek olarak, satım, trampa, bağışlama verilebilir. Beklenen miras hakkının rehni ve haczi mümkün değildir.

Beklediği miras hakkını devreden muhtemel mirasçı, red hakkından feragat etmiş sayılamaz. Red hakkından önce feragat MK. m. 23'e aykırılık teşkil eder.

—oOo—

BİBLİYOGRAFYA (*)

- Acemoğlu, Kevork** : Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- Annen, Oskar** : Die objektiv und subjektiv beschraenkte Teilung der Erbgemeinschaft, Diss., Freiburg 1941.
- Aral, Fahrettin** : Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.
- Aylder, Nuşin / Kılıçoğlu, A.** : Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1992.
- Balaster, G. F.** : Das Ende der Erbgemeinschaft. (Folgerungen aus BGE 90 II 325; ff.) SJZ 15 Februar 1974, 70. Jahrgang, Heft 4, s. 49-52.
- Beck, Alexander** : Grundriss des Schweizerischen Erbrechts, 2.Aufl., Bern 1976.
- : Erbgang XVIII. Erbeilung 7; Vertraege über Erbanteile, SJK, no. 790.
- Belgesay, M. Reşit** : Miras Hukuku Şerhi, İstanbul 1952.
- Berki, Şakir** : Miras Hukuku, Ankara 1975.
- Binder, Julius** : Bürgerliches Recht, Erbrecht, Berlin 1923.
- Bolatoğlu, Bolat** : Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devir Sözleşmesi, İstanbul 1984.
- Bollinder, Rudolf** : Die Erbschaftsveraeusserung auf Rechtsvergleichender Grundlage, Zürich 1918.
- Büttiker, Arnold** : Der Erbverzicht nach Schweizerischen ZGB mit besonderer Berücksichtigung des relativen Erbverzichtes, Bern 1942.

(*) Eserler yazarların soy isimleriyle anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eseri kısaltılmış biçimiyle gösterilmiştir.

- Curti / Forrer** : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (mit Erläuterungen), Zürich 1911.
- Dural, Mustafa** : Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980.
- Eren, Fikret** : Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi (Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s. 131-151) (Eren, Miras)
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 4. Bası, Ankara 1991 (Eren, Borçlar)
- Escher, Arnold** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abt., Der Erbgang, 3. Aufl., Zürich 1960.
- Gönensay / Birsen** : Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1963.
- Habicht, Max** : Die Formen der Erbschaftsteilung im Schweizerischen Recht, Aarau 1925.
- Harder, Manfred** : Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall. (Berliner Juristische Abhandlungen No: 18). Berlin 1968.
- Hauser, Peter** : Der Erbteilungsvertrag, Diss., Zürich 1973.
- Heuschmidt, Hermann** : Verträge über künftige Erbschaft nach Französischen Recht, 1974.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan** : Miras Hukuku, İstanbul 1989.
- İnan, A. N.** : Miras Hukuku, Ankara 1969, (İnan, Miras).
- : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 1984, (İnan, Borçlar).
- Jenny, Franz** : Die Abtretung von Erbanteilen nach Art. 635 ZGB. (ZBJV. 1928/Heft 4, Bd. 64, s. 145-161).
- Kazancı, F./Dalamanlı/Kazancı, M.** : İlimi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Miras Hukuku, C. 3, İstanbul 1991.
- Kocayusufoğlu, Necip** : Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Kohler, E. Urs** : Die Abtretung angefallener Erbanteile. Art 635 ZGB, Zürich 1976.
- Köprülü, Bülent** : Miras Hukuku Derleri, 2. Bası, İstanbul 1985.
- Leeman, Hans** : Der Vertrag über die Erbschaft eines noch Lebenden Dritten nach dem Schweizerischem ZGB. (SJZ (1916). Bd. 12, s. 148-150).
- Merz, Hans** : Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln, Festschrift für Tuor, Zürich 1946.

- Oğuzman, Kemal** : Miras Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1991.
- Olgaç, Senai** : Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, Ankara 1976.
- Özakman, Cumhur** : Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, İstanbul 1984.
- Palandt** : Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl. München 1988.
- Serozan, Rona** : Sağlıklararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979.
- Sirmen, Lale** : Alacak Rehni, Ankara 1990.
- Soergel / Siebert** : Kommentar zum BGB, Bd. 6, Erbrecht, 10. Aufl., Stuttgart 1974.
- Şener, Esat** : Eski ve Yeni Miras Hukuku, C: I-II, Ankara 1988.
- Tuor, Peter** (bearbeitet von Schnyder, Bernard) : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl., Zürich 1965.
- Tuor, Peter - Picononi, Vito** : (In Berner Kommentar) Bd. III, Erbrecht, 2. Abt. Der Erbgang, 2. Aufl., Bern 1966.
- Tekinay / Akman
Burcuoğlu / Altop** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988.
- Tuor /Schnyder / Jaeggi** : Das Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** : Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar - Şahsın Hukuku - Aile Hukuku - Miras Hukuku - Eşya Hukuku (Aynî Haklar), 3. Bası, İstanbul 1963.
- Vogt, N. Peter** : Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschaef, Zürich 1982.
- Volkart, C** : Der Vertrag über Die abtretung von Anteilen an einer ungetallenen Erbschaft, (ZBGR, 1924 Bd. 5, Heft, 5, s. 169-178).
- Wedde, Gerhard** : Vertraege über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, Breslau 1926.

KISALTMALAR

Abt.	Abteilung
Art.	Artikel
AD.	Adalet Dergisi
Aufl.	Auflage
b.	bend
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch Entscheidungen des Schweizerischen
BK.	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
Cc.	Code Civile
C.	Cilt
E.	Esas
f.	Fıkra
İİK.	İcra ve İflâs Kanunu
İKİD.	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MK.	Medeni Kanun
OR.	Das Schweizerisches Obligationenrecht
RG.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
SJZ.	schweizerisches Juristen Zeitung
T.	Tarih
vd.	ve devamı
Y... HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi
ZBGR.	Zeitschrift für Beurkundungs und Grundbuchrecht
ZBJV.	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB.	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

TEHLİKE SORUMLULUĞU VE SORUMLULUKLARIN ÇATIŞMASI

Prof. Dr. Hamdi YILMAZ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : I- Tehlike Sorumluluğu. II- Sorumlulukların Çatışması. 1- Kavram. 2- Benzeri Kavramlarla Karşılaştırılması. a- Sorumlulukların Çatışması Gideriminin Belirlenmesi (İndirim Nedenleri). b- Sorumlulukların Çatışması - Birden Çok Kişinin Sorumluluğu ve Başvurma (Rücu). 3- Çatışan Sorumluluklar. III- Zararın Paylaştırılması. 1- Genel Olarak. 2- Zararın Paylaştırılmasını Belirleyen Unsurlar. a- Kusur. b- İşletme Tehlikesi. 3- Zararın Paylaştırılmasında İşletme Tehlikesi ve Kusurun Etkisi. IV- Çatışma Durumları. 1- Tehlike Sorumluluğu İle Kusur Sorumluluğunun Çatışması. 2- Tehlike Sorumluluğu İle Olağan Kusursuz Sorumluluğun Çatışması. 3- Tehlike Sorumluluklarının Çatışması.

I- TEHLİKE SORUMLULUĞU

Her işletme ya da etkinlik, başkaları için az ya da çok bir tehlike yaratır. Elektrik enerjisi, akaryakıt, bir motorlu araç tehlikeli olduğu gibi, bir bisiklet, bir ev de tehlikeli olabilir. Bisiklet, yoldan geçen birine çarpabilir; ev, çökebilir. Ancak, kimi işletme ve kuruluşların varlığı ya da bunların işletilmesi, çevre için daha ağır bir tehlike kaynağıdır. Burada, "ağır tehlike" kavramı iki anlamlıdır (1). Birincisi, kimi işletme ve etkinlikler, çok sık kazaya neden olurlar; bunların zarara yol açmaya aşırı bir eğilimi vardır. Motorlu araçlar, bu anlamdaki tehlike kavramının en belirgin örneğini oluşturur. İkincisi, kimi işletme ve etkinlikler, nitelik ve nicelik yönünden çok büyük zararlara yol açarlar. Bir

(*) **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.**

(1) Oftinger: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Zürich 1975, s. 20; Tandoğan, H., Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 26; Eren, F. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, cilt II, 4. baskı, Ankara 1991, s. 16.

uçanın düşmesi, barajın yıkılması, atom santralının radyoaktif maddeler sızdırması gibi. Tehlike sorumluluğu, tehlike kavramının bu görünüşlerinden birine ya da ikisine dayanır. Bir başka deyişle, tehlike sorumluluğu, zarar verme olasılığı çok yüksek olan ya da büyük zararlar doğurabilecek işletme ve etkinlikler için kabul edilen ağırlaştırılmış bir kusursuz (objektif) sorumluluktur.

Motorlu araç, uçak, elektrik enerjisi, baraj gibi işletme ve kuruluşlar, çevre için ağır bir tehlike taşısa da yasaklanmamaktadır. Tersine, bunların daha da gelişmeleri sağlanmaktadır. Çünkü bunlar, toplum için yararlı ve vazgeçilmez nitelikte olan girişimlerdir. Ancak, bu tür girişimde bulunanlar, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk altına sokularak, yarar ve zarar arasında denge kurulmasına çalışılmaktadır: Tehlikeli bir işletme ya da kuruluştan yararlanan, tehlikenin sonuçlarına katlanmalı; doğan zararı gidermelidir (2).

Tehlike sorumluluklarının büyük bir çoğunluğunda, sorumluluk, tehlikeli sayılan bir işletmeye bağlanmıştır. Bu tür işletmeler, kendilerine özgü bir tehlike taşırlar. Örneğin, bir motorlu aracın, kendi gücüyle hareket edip hızlanmasından; nükleer enerji ile çalışan bir kuruluşun, kullanılan yakıttan ya da enerjinin niteliğinden kaynaklanan özel bir tehlikesi vardır. Böyle bir işletmenin taşıdığı tehlikeye, işletme tehlikesi; bu tehlikenin gerçekleşmesinden doğan sorumluluğu da işletme sorumluluğu denilir (3). İşletme sorumluluğu, tehlike sorumluluğunun bir alt türüdür.

Tehlike sorumluluğunu öteki sorumluluklardan ayıran en önemli özellik, sorumlulukların çatışmasında ortaya çıkar. Sorumlulukların çatışması, bir zararın paylaşılması ile ilgili bir konudur. Tehlike sorumlusu ile bir başka sorumlu arasında zarar paylaşılırken, tehlike sorumlusu, uğradığı zararın tümünü öteki sorumluya yükleyemez. Tehlike sorumlusu, yarattığı tehlikeye uygun olarak zararın bir bölümünü üzerine almak zorundadır. Buna, katlan-

(2) Ülkemizde, tehlike sorumluluğuna ilişkin yalnızca dört yasa çıkarılmıştır. Bunlar, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu (m. 62-63), 6326 sayılı Petrol Kanunu (m. 86), 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (m. 120) ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (m. 85/1). Buna Karşılık İsviçre'de, ayrıca; demiryolu, traleybüs, elektrik, teleferik, atom enerjisi ile çalışan kuruluş işletenlerin; akaryakıt ve yanıcı gaz taşıyan boru hattı sahiplerinin, patlayıcı madde üreten ve depolayanların, avcılarının, askeri eğitim yaptıran kamu kuruluşlarının sorumluluğu, özel yasalarla tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Oftinger: I, s. 23-24; Tandoğan; s. 26-27.

(3) Oftinger: I, s. 23-24.

ma ilkesi (4) denilir. Bu çalışmada, sorumlulukların çatışması ve özellikle motorlu araç işleteni bakımından katlanma ilkesi incelenecektir.

II – SORUMLULUKLARIN ÇATIŞMASI

1. Kavram

Sorumlulukların çatışması, bir zararın, iki ya da daha çok kişi arasında paylaşılması sorunu ile ilgili bir konudur. İki ya da daha çok kişinin bir zarardan sorumluluğu iki biçimde görülebilir: a) Zarar gören, üçüncü bir kişidir. Sorumluluk Hukukunun genel bir ilkesine göre, bir zararı gidermekle yükümlü birden çok kişi, zincirleme sorumludur. Zincirleme sorumluluk, zarar gören bakımından sorumlulukların yarışması demektir. Zarar gören, yarışan talepler ya da yarışan davalar yoluyla, sorumlululardan her birine karşı zararın giderilmesini ileri sürebilir. b) Zarar gören, sorumlulardan biridir. Örneğin; bir motorlu araç, bir bisikletle çarpışır ve bisiklet sürücüsü yaralanırsa, iki sorumluluk karşı karşıya gelir: Motorlu araç işletenin tehlike sorumluluğu (KTK 85/l) ile bisiklet sürücüsünün kusur sorumluluğu (BK. 41). Aracın işleteni hangi oranda bisiklet sürücüsünün uğradığı zararı giderecek ya da bisiklet sürücüsü hangi oranda kendi zararına katlanacaktır? İşte bir zarar nedeniyle, iki ya da daha çok kişiye ilişkin sorumlulukların karşı karşıya geldiğini anlatmak için kullanılan kavram, sorumlulukların çatışmasıdır (5), (6).

Sorumlulukların çatışmasından sözedebilmek için, bir zarardan en az iki kişinin sorumlu olması gerekir. İki kişinin katıldığı bir kazada, bunlardan biri sorumluluktan kurtulursa, yalnızca diğeri sorumlu olur; sorumlulukların çatışması ortaya çıkmaz. Üç kişinin katıldığı bir kazada, biri sorumluluktan kurtulursa, diğeri ikisinin sorumlulukları çatışır.

Sorumluların çatışmasında, zarar gören, üçüncü bir kişi değil, sorumlulukları çatışanlardır. Bu özelliği ile karşılıklı zarar verme, sorumlulukların çatışmasının en çok görülen örneğini oluşturur. Ancak, sorumlulukların çatışması için, sorumluların hepsinin zarar görmesi gerekmez. Bunlardan biri-

(4) Bkz. III, 3.

(5) Sorumlulukların çatışması = Kollision von Haftungen (Haftungskollision), la renconte de responsabilites.

(6) Sorumlulukların çatışması yerine, sorumlulukların karşılaşması kavramı da kullanılmaktadır: Tandoğan; Trafik Sigortası, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1973; s. 225; Deschenaux/Tercier: (Çev. S. Özdemir) Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 225.

nin zarar görmesi yeterlidir. Bu durumun en yalın örneği, zarar görenin kusurudur. Zarar görenin kusuru, genellikle, bir indirim nedeni olarak ele alınır. Bir otomobil, bir yayaya çarpar ve ona zarar verirse, yayanın kusuruna göre giderimden indirim yapılabilir. Giderimden indirim yapılması, yayanın, uğradığı zararın birbölümüne katlanması demektir. Bir kişi, uğradığı zararı bir bölümüne niçin katlanmak zorundadır? Çünkü, zararın doğmasından onun kusurlu davranışı da etkili olmuştur; o da zarardan sorumludur. Bir başka deyişle, yayanın uğradığı zarardan, yalnızca ona çarpan otomobilin işleteni değil, kendisi de sorumlu olmaktadır. Burada, Federal Mahkeme'nin bir kararında belirtildiği üzere (7), "yaya, zarar gören; otomobil işleteni zarar verendir" denilemez. İkisi de zarar veren durumundadır. Soruna bu açıdan yaklaşırsak, zarar görenin kusurunu, bir indirim nedeni olarak değil, sorumlulukların çatışması içinde incelemek gerekir (8). Aslında, indirim nedenleri ile sorumlulukların çatışması iç içe girmiş iki konudur. İkisinin de işlevi zararın paylaşılmasıdır.

Yukarıda açıklamalara göre, sorumlulukların çatışması şöyle tanımlanabilir: Sorumlulukların çatışması, iki ya da daha çok kişinin, bunlardan en az birinin uğradığı zarardan sorumlu olmalarıdır. Sorumlulukların çatışması, sorumlu kişiler arasında, içlerinden birinin, bir kaçının ya da hepsinin uğradığı zararın paylaşılması sorunudur.

2 – Benzeri Kavramlarla Karşılaştırılması

a) Sorumlulukların Çatışması Giderimin Belirlenmesi (İndirim Nedenleri)

Sorumlulukların çatışması ve giderimin belirlenmesi bir zararın paylaşılması ile ilgili iki konudur. İkisinde de aynı ilkeler uygulanır (9).

Giderimden indirim yapılması, genel olarak, "zarar gören, zararın oluşmasındaki payına göre, zararın bir bölümünü üzerine alması gerekir" (10) düşüncesine dayanır. Konuya bu açıdan yaklaşırsak, giderimin belirlenmesi

(7) BGE 86 II 54.

(8) Keller: Haftpflicht im Privatrecht, 4. Aufl., Bern 1979, s. 290; Oftinger: I, s. 316, 318-319; Deschenaux/Tercier: s. 225; Jacob, G.: Unebenheit zwischen den SVG und EHG, SJZ, Heft 15, 1975, s. 233; Tandoğan: s. 225-226.

(9) Baur: J. Kollision von Gefährdungshaftung gemaess SVG mit anderen Haftungen, Winterthur 1979, s. 37.

(10) BGE 91 II 212.

sorunu, sorumlulukların çatışmasından başka bir şey değildir (11). Burada, iki kavram iç içedir. Zarar görenin kusuru, hem bir indirim nedeni olarak hem de sorumlulukların çatışması içinde ele alınabilir. Bu nedendir ki, indirim nedenleri incelenirken, ister istemez, sorumlulukların çatışması konusuna da girilmiş olur. Ancak, iki kavram özdeş değildir. Sorumlulukların çatışması, bir zarardan en az iki kişinin sorumlu olmasını gerektirir. Şöyle ki; "Zarar gören" sorumlululardan biridir ve dolayısıyla, zarar veren(ler) yanında, zarar görenin de sorumluluğu söz konusudur (12). Oysa, zarar gören, uğradığı zarardan sorumlu olmasa bile giderimden indirim yapılabilir. Sorumlu kişinin zorda kalması (BK 44/II), kusurunun hafif olması, zarar görenin varlıklı olması (BK 43/I) gibi, sorumlulukların çatışması kapsamına girmeyen indirim nedenleri de vardır. Her indirim nedeni sorumlulukların çatışmasını ortaya çıkarmaz. Bir tek kişinin sorumlu olduğu durumlar ile üçüncü bir kişinin zarara uğradığı durumlar, sorumlulukların çatışması konusunun kapsamı dışında kalır.

İki kavram arasındaki belirtilen ayrılığa karşın, sorumlulukların çatışması, giderimin belirlenmesiyle ilgili bir konudur; onun bir bölümünü oluşturur (13). Çünkü, sorumlulukların çatışması da, sonuç olarak, giderimden indirim yapılmasını sağlar.

b) Sorumlulukların Çatışması – Birden Çok Kişinin Sorumluluğu ve Başvurma (Rücu)

Bir zararı gidermekle yükümlü birden çok kişi, zarar görene karşı zincirleme sorumludur. Birden çok kişinin sorumluluğunda, zarar gören, üçüncü bir kişidir. Dış ilişkide, sorumlulardan her biri, zararın tümünü gidermekle yükümlüdür. Sorumlulukların çatışmasında ise, zarar gören, sorumlulardan biridir ve sorumlular zararın oluşmasındaki paylarına göre zarara katlanırlar. Bu bakımdan sorumlulukların çatışması birden çok kişinin sorumluluğundan ayrılır.

Sorumlulukların çatışması daha çok başvurma (rücu) hakkına benzer. Başvurma, üçüncü bir kişinin uğradığı zararın, bu zarardan zincirleme sorumlu olanlar arasındaki iç ilişkide paylaştırılması sorunudur. Sorumlulukla-

(11) Keller: s. 290.

(12) Yukarıda değinildiği gibi, sorumlulukları çatışanlardan biri zarar görmüşse, bu kişi "zarar gören"; ötekiler "zarar veren" olarak nitelendirilemez. Hepsi zarar veren durumundadır (BGE 86 II 54; Keller: s. 290).

(13) Oftinger: I, s. 318.

rın çatışması da aynı amaca yöneliktir. İkisinde de, özellikle tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, aynı ilkeler geçerlidir (14). Zararın eşit ilkelere göre paylaşılması, KTK'nın, birden çok kişinin sorumluluğunu düzenleyen 88/II ile işletenler arasında zararın giderilmesini (sorumlulukların çatışmasını) düzenleyen 89/I. maddelerinde açıkça dile getirilmiştir. Kural birdir: Özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaştırmayı haklı göstermedikçe, işletenler kusurları oranında zarara katılırlar.

Başvurma ve sorumlulukların çatışması arasında benzerlik bulunmakla birlikte, iki kavramı birbirinden ayırmak gerekir. Başvurma, üçüncü bir kişinin uğradığı zararın sorumlular arasında, iç ilişkide, paylaşılması demektir. Başvurma, niteliği gereği, en az üç kişinin katılımını gerektirir. Sorumlulukların çatışmasında ise, en az iki kişi vardır. Zarar gören, sorumlulardan biridir ya da çoğu kez ikisidir ve bunlar arasında, dış ilişkide, zararın paylaşılması söz konusudur (15).

3. Çatışan Sorumluluklar

Sözleşme dışı sorumluluk, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Kusursuz sorumluluğun iki türü vardır: Olağan kusursuz sorumluluk ve tehlike sorumluluğu. Böylece, sözleşme dışı sorumluluk üçe ayrılabilir: Kusur sorumluluğu, olağan kusursuz sorumluluk ve tehlike sorumluluğu (16).

Sorumlulukların çatışması kavramı, bu üç tür sorumluluktan en az ikisinin karşı karşıya geldiğini anlatır. Bir başka deyişle, bu sorumluluklardan biri, aynı tür ya da bir başka tür sorumlulukla çatışabilir. Bir bisiklet, yayaya çarparsa, iki kusur sorumluluğu; bir otomobil, yayaya çarparsa, tehlike ve kusur sorumluluğu; bir otomobil, hayvana çarparsa, tehlike ve olağan kusursuz sorumluluk; iki otomobil çarpışır, iki tehlike sorumluluğu birbiriyle çatışır. Çatışan sorumluluklar ikiden çok olabilir. Örneğin, bir yayanın kusurlu davranışı yüzünden iki otomobil çarpışır, üç sorumluluk karşı karşıya gelir: İki

(14) Keller: s. 290; Oftinger: I, s. 358; Baur: s. 38; Deschenaux/Tercier: s. 244; BGE 99 II 94; 95 II 343.

(15) Baur: s. 38; Jacob: s. 233.

(16) Bu ayırımın gerekli olmadığını ileri sürenler olduğu gibi (Von Waldkirch: ZSR 1943 (62), s. 26. dn. 1 ve s. 49, dn. 11), daha geniş ayırım yapanlar ya da değişik deyimler kullananlar da vardır. Örneğin, Keller (s. 33-36), yumuşak kusursuz sorumluluk-sert kusursuz sorumluluk; Von Tuhr/Peter (I, s. 443-444), özen yükümlülüğüne dayanan ve diğer nedenlere dayanan kusursuz sorumluluk ayırımı yapmaktadır.

tehlike sorumluluğu ve bir kusur sorumluluğu. Kazada, yoldaki bozukluk da etkili olmuşsa, çatışan sorumluluklara, yol malikinin olağan kusursuz sorumluluğa da eklenir. Hukuksal bakımdan, iki sorumluluğun çatışması ile daha çok sorumluluğun çatışması arasında hiçbir ayrılık yoktur.

III – ZARARIN PAYLAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

Birden çok kişinin bir zarardan sorumlu olması, zararın, birden çok kişiye ilişkin nedenlerden doğmuş olması demektir. Zararı doğuran neden, kusurlu bir davranış olabilir, bir yapıtın bakımındaki eksiklik olabilir, bu motorlu aracın işletme tehlikesi vb. olabilir. Zararın paylaşılmasını belirleyen, bu nedenlerin zararın oluşmasındaki katkılarıdır. Sorumlu kişiler, zararın oluşmasındaki paylarına göre zararı gidermekle yükümlüdürler.

İki kusur sorumluluğunun çatışmasında, zararın paylaşılması önemli bir güçlük yaratmaz. Zarar kusurlar oranında paylaşılır. Bisikletli A'nın, yaya B'ye çarpması sonucu, B'nin iki milyon lira zarara uğradığını varsayalım. Kazada, A'nın kusuru % 60, B'ninki % 40 olsun. A'nın kusurunun % 60 olması, zararın % 60 A'nın davranışından kaynaklandığını gösterir. Dolayısıyla, A, zararın % 60'ını (1.200.000 lirasını) gidermek zorundadır. B ise, kusuruna uygun olarak, zararın % 40'lık bölümüne (800.000 lirasına) katlanmak zorundadır. Kazada, A da zarar görmüşse, örneğin 1 milyon lira, aynı işlem onun için de yapılır. B, A'nın uğradığı zararın 400.000 lirasını giderir; 600.000 lirasına kendisi katlanır. Bu durumda, B, A'dan 1.200.000 lira; A, B'den 400.000 lira alacaktır. İki alacak arasındaki fark, 800.000 liradır. Sonuç olarak; B, A'dan 800.000 lira alacaktır.

Kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğun çatışmasında, zararın paylaşılması oldukça güçleşir. Çünkü, bu durumda, birbiriyle karşılaştırmayacak nitelikte olan iki etkenin (kusur ile sorumluluğun bağlandığı olgunun) zararın oluşmasındaki paylarını belirlemek gerekecektir. Örneğin, bir motorlu araç, yayaya çarparsa, zararın, hangi oranda aracın işletme tehlikesinden, hangi oranda yayanın kusurundan kaynaklandığı saptanacaktır. Kazada, işletenin ayrıca kusuru varsa, zararı oluşturan etken sayısı üçe çıkar: Yayanın kusuru ile işletenin kusuru ve aracın işletme tehlikesi. Yaya, yalnızca kusurundan; işleten ise, hem kusurundan hem de işletme tehlikesinden sorumludur. İşletenin ek kusuru, onun zarar payını artırır.

İki tehlike sorumluluğunun çatışmasında, sorumluların ikisinin de kusurlu olması, zararı paylaşılmasını daha da güçleştirir. Örneğin, otomo-

bil-tren çarpışmasında zararı oluşturan dört etken ortaya çıkar. Araçların işletme tehlikeleri ve işletenlerin kusurları. Ancak, sorunun çözümü her zaman birdir: Zarar, sorumlu kişilere ilişkin nedenlerin (kusur ve işletme tehlikelerinin), zararın doğmasındaki katkılarına göre paylaşılır.

2. Zararın Paylaştırılmasını Belirleyen Unsurlar

Tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, zararın paylaştırılmasını belirleyen başlıca iki unsur vardır: Kusur ve işletme tehlikesi.

a. Kusur

Kusur konusunda genel kurallar geçerlidir. Karayolları Trafik Yönetmeliğine göre, bir kazaya katılanların kusur oranları, olay bir bütün kabul edilip, yüz ya da sekiz tam kötü puan üzerinden değerlendirilir (m. 173).

b. İşletme Tehlikesi

Motorlu araçlar, kendilerine özgü bir tehlike taşırlar. Bunlar, çabucak yüksek hıza erişebilirler. Hız, ağırlığın etkisiyle, araca yıkıcı bir güç kazandırır. Hızın artmasına bağlı olarak, aracın yön değiştirme, durma yeteneği azalır; araç devrilebilir, kayabilir. Motorlu araçlar, beklenmedik biçimde durabilir, yön değiştirebilirler. Böylece, başkaları için önceden görülemeyen bir tehlike yaratırlar. Motorlu araçlarda; fren, lastik patlaması gibi teknik arızalar birdenbire ortaya çıkabilir. Bunlar, aracın durmasını, sürülmesini engeller; dengesinin bozulmasına neden olur vb. Motorlu araçlara özgü bu tehlikelere, işletme tehlikesi denilir ve işletme tehlikesinin görüldüğü durumlarda, araç, "işletiyor" ya da "işletme halinde" sayılır.

İşletme tehlikesi, bir motorlu aracın başkaları için yarattığı tehlike demektir (obj. işletme tehlikesi). Bir motorlu araç, o aracın işleteni bakımından da tehlike yaratabilir (subj. işletme tehlikesi). Örneğin, bir motosikletin yolu kavrama yeteneği azdır, koruyucu özelliği yetersizdir. Bu yüzden, işletenin zarar görme olasılığı daha çoktur. Subjektif işletme tehlikesi işletenin sorumluluğunu etkilemez (17). Tehlike sorumluluğun dayanağı, kısaca işletme tehlikesi denilen, objektif işletme tehlikesidir.

İşletilen her motorlu araç bir işletme tehlikesi taşır ama her motorlu aracın işletme tehlikesi eşit değildir. İşletme tehlikesi; hız, ağırlık (kütle),

(17) Subjektif işletme tehlikesi, zarar görenin kusuru sayılabilir.

teknik donanım, bakım gibi etkenlere bağlı olarak değişiklik gösterir. İşletme tehlikesini oluşturan en önemli etken, aracın hızıdır. Çünkü, aracı yıkıcı bir güce dönüştüren, her şeyden önce onun hızıdır. Değişik büyüklükteki hız, değişik büyüklükte işletme tehlikesi yaratır. Hızın bu etkisi, kinetik enerji formülünden çıkan bir sonuçtur. Kinetik enerji: m (kütle) / $2 \times V^2$ (hız). Burada enerji, hareket eden cismin (aracın), bir çarpışma sırasında etkili olan yıkıcı gücüdür. Bu gücün gerçekleşmesinde, aracın kütlesi (ağırlığı) yarısı kadar, hızı ise karesi kadar etkilidir. Yapılan deneyler, 40 km/h hızın, 6.4 m (3. kat) yükseklikten; 80 km/ hızın ise, 25 m. (9. kat) yükseklikten düşmeye eşdeğer olduğunu göstermektedir (18).

İşletme tehlikesi somut olarak değerlendirilir (19). Zararın paylaştırılmasında, motorlu aracın yaratabileceği tehlike (gizli güç) değil, zararın doğmasında etkili olan tehlike değerlendirilir (20). İşletme tehlikesini; araçların türüne, motor gücüne, ağırlığına göre soyut olarak belirlemek, artık terk edilmiş bir yöntemdir (21). Kuşkusuz, işletme tehlikesinin oluşmasında, bu unsurların etkisi yoktur denilemez. Ağır bir araç, küçük bir araca oranla daha büyük bir tehlike yaratabilir. Güçlü bir motoru olan aracın, büyük bir tehlike yaratma olasılığı daha çoktur. Ancak, aşırı hızlı küçük bir araç da, aynı ölçüde tehlikeli olabilir. Önemli olan, bir kazada gerçekleşen işletme tehlikesidir.

Şimdi, 100 km hızla giden 15 ton ağırlığındaki bir kamyonun, 30 km hızla gelen 1 ton ağırlığındaki otomobille çarpışması sonucu doğan zararı düşünelim. Bu zararın oluşmasında, hem kamyonun hem de otomobilin yarattığı kinetik enerjilerin etkisi vardır. Ancak, kamyonun etkisi, otomobilinkinden daha çoktur. Çünkü, hız ve ağırlığı nedeniyle, kamyonun taşıdığı yıkıcı güç (işletme tehlikesi), otomobilinkinden daha büyüktür. Otomobil, kendi ağırlığında olan ve yaklaşık eşit hızla seyreden bir başka motorlu araçla çarpışsaydı, zarar, gerçekleşen büyüklükte olmayacaktı. Zararın bu ölçüde olması, kamyonun, ötekine göre daha büyük olan yıkıcı gücünden kaynaklanmıştır. Aynı durum, bir motorlu aracın bir yaya ya da bisikletliye çarpmasında da görülür. Burada zarar, yalnızca sorumlu kişilerin kusurundan doğmaz. Zarara neden olan bir diğer etken de, aracın yıkıcı gücüdür. Böyle bir güç olmadan,

(18) Oftinger: I, s. 325, dn. 44.

(19) Oftinger: I, s. 325; II, s. 655; Oswald: SVZ (970/71, s. 395; Deschenaux/Tercier: s. 231, Keller: s. 305; BGE 97 II 367.

(20) BGE 99 II 97; Bundesblatt, 125. Jahrgang, 1973, Band II, s. 119.

(21) Oswald: s. 397. Karş. Von Waldkirch: s. 34.

zarar, ya hiç ya da bu ölçüde gerçekleşmezdi (22). İşte, işletme tehlikesi olarak zararın paylaştırılmasında gözönünde bulundurulması gereken unsur, motorlu aracın yarattığı tehlikedir. Daha açık bir deyişle, motorlu aracın taşıdığı yıkıcı, zarar verici güçtür.

Kazaya katılan bir aracın işletme tehlikesini belirleme, bir değerlendirme ve takdir işidir (23). İşletme tehlikesi, tehlikeyi oluşturan hız, ağırlık vb. etkenler göz önüne alınarak değerlendirilir. Bu konuda kesin bir yargıya ulaşmak kolay değildir. Aynı güçlük, kusurun saptanmasında da vardır. Bir davranışın kusurlu olup olmadığı ve kusur oranı nasıl belirleniyorsa, bir aracın, zararın doğmasında etkili olan işletme tehlikesi de aynı biçimde belirlenebilir.

3. Zararın Paylaştırılmasında İşletme Tehlikesi ve Kusurun Etkisi

Tehlike sorumluluğu bir başka sorumlulukla çatışırsa, zarar nasıl paylaştırılır? Zararın paylaştırılmasında, işletme tehlikesi ve kusur hangi ölçüde etkilidir?

Türk Hukukunda, sorumlulukların çatışması ile ilgili tek kural, KTK 89/l'dir. Buna göre, motorlu araç işletenleri arasında zarar, ilke olarak, kusurlar oranında paylaştırılır. İşletme tehlikesi, zararın paylaştırılmasında ikinci derecede önemli bir unsurdur.

KTK 89/l'in öngördüğü paylaşım ilkesi, motorlu araç işletenleri dışında kalan (motorlu araç-tren, motorlu araç-yaya vb.) çatışmalar bakımından da geçerli midir? İşletme tehlikesi yine ikinci derecede önemli bir etken olarak mı değerlendirilecektir? Sorunun yanıtı olumsuzdur. Genel olarak kabul edildiği üzere, KTK 89/l, özel bir kuraldır ve yalnızca motorlu araç işletenleri arasında sorumlulukların çatışmasına uygulanır (24). Diğer çatışma durumlarında, işletme tehlikesi ve kusuru zararı doğuran eşit ağırlıklı etkenler olarak ele almak ve bunların katkılarına göre zararı paylaştırmak gerekir (25).

(22) BGE 88 II 134.

(23) Oswald: s. 398.

(24) Oftinger: I, s. 327 ve aşağıdaki dipnotta belirtilenler. Karş. Deschenaux/Tercier: s. 232-233.

(25) Oftinger: I, s. 327, 332; Baur: s. 46-95; Keller: s. 288, 294-302; Giger: s. 187-188; Jacob: s. 234 vd.

KTK 89/l'de yeralan kuralı bir yana bırakırsak, işletme tehlikesinin zararın paylaştırılmasındaki özelliği şudur: Tehlike sorumlusu, uğradığı zararın tümünü öteki sorumluya yükleyemez. Tehlike sorumlusu, işletme tehlikesi zararın oluşmasındaki katkısına göre, kendi zararının bir bölümüne katlanmak zorundadır. Buna, "kendi zararına (ya da, zararın bir bölümüne) katlanma ilkesi", kısaca, "katlanma ilkesi" denilmektedir (26). Bir başka anlamıyla, tehlike sorumlusu, uğradığı zararın yalnızca bir bölümünün giderilmesini isteyebilir. Öteki sorumlu zarar görmüş ise, işletme tehlikesi, zararı doğuran bir etken olarak yine gözönünde bulundurulur. Bu kez, tehlike sorumlusu, onun uğradığı zararın bir bölümünü gidermekle yükümlüdür. İkisi de zarar görmüş ise, tehlike sorumlusu, yarattığı tehlikeye uygun olarak, kendi zararını bir bölümüne katlanır; ötekinin zararının bir bölümünü giderir. Çatışan iki tehlike sorumluluğu ise, katlanma ilkesi, ikisi için de uygulanır.

İşletme tehlikesinin belirtilen özelliği, tehlike sorumluluğunun niteliğinden kaynaklanan bir sonuçtur. tehlike sorumluluğu, yukarıda değinildiği gibi, yaratılan tehlikeden sorumlu olmak demektir. Zararın doğmasında etkili olan tehlikeyi, zararın paylaştırılmasında gözden uzak tutmak ya da kusurdan sonra ikinci sırada değerlendirmek, tehlike sorumluluğunun benimsenmesindeki düşünceyle bağdaşmaz: Tehlike yaratan, tehlikenin sonuçların da katlanmalıdır. Değişik bir çözüm, BK 44/l'de yeralan ve "zarar gören, zarara neden olduğu ölçüde giderim isteyemez" biçiminde özetlenebilecek kurala da aykırı düşer. BK 44/l'e göre, zarar görenin sorumlu olduğu durumlar, zararın doğmasında etkili olursa, yargıç giderimden indirim yapabilir. Bu kuralı sorumlulukların çatışmasına uygularsak, ortaya çıkan sonuç açıktır: Zarara neden olan, zarara katlanır. Öte yandan, KTK 86/II, "Sorumluluktan kurtulamayan işleten, kazanın oluşunda zarar görenin kusuru bulunduğunu kanıtlarsa, yargıç durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir" demektir. Buradaki "durum ve şartlar" deyişi ile amaçlanan, işletenin kusuru ve aracın işletme tehlikesidir (27). Bir başka deyişle, zarar, zararı doğuran tüm etkenler değerlendirilerek paylaştırılır. Tehlike sorumlusu işleten, aracın yarattığı tehlikeye uygun olarak zararın bir bölümünü üstlenmek zorundadır.

IV. ÇATIŞMA DURUMLARI

Tehlike sorumluluğu; kusur sorumluluğu, olağan kusursuz sorumluluk ya da bir başka tehlike sorumluluğu ile çatışabilir.

(26) Das Prinzip der (partiellen) Salbstragung des eigenen Schadens (Selbstragungsprinzip).

(27) Keller: s. 250.

İsviçre'de öğretti ve uygulamada, kusur ile işletme tehlikesi oranları kesin rakamlarla belirlenmemektedir. Kusur, hafif-orta (önemli)-ağır olmak üzere üçe ayrılmakta (28); işletme tehlikesi ise, eşit-büyük-artmış (yükselmiş) olarak değerlendirilmektedir. Zarar, işletme tehlikesi ile sorumluluğun bağlandığı diğer olguların zararın oluşmasındaki ağırlıkları gözönünde bulundurularak paylaştırılmaktadır.

1. Tehlike Sorumluluğu İle Kusur Sorumluluğunun Çatışması

Bir motorlu araç, bir yayaya çarparsa, tehlike sorumluluğu ile kusur sorumluluğu çatışır. Motorlu araç işleteni, işletme tehlikesinden; yaya (bisiklet sürücüsü, yolcu) kusurundan sorumludur. Bunlar arasında zarar, aracın işletme tehlikesi ve yayanın kusuruna göre paylaştırılır. İşletenin ek kusuru, onun zarar payını arttırır.

Federal Mahkeme, bir kararında, motosiklet sürücüsünün hafif, yayanın ağır kusuru ile oluşan kazada, işleteni, işletme tehlikesi nedeniyle zararın 7/10'sinden sorumlu tutmuştur (29). Bir başka kararda, kusurlar eşit olmakla birlikte, işletenin, zararın büyük bir bölümünden sorumlu olması gerektiği kabul edilmiştir (30).

2. Tehlike Sorumluluğu İle Olağan Kusursuz Sorumluluğun Çatışması

Olağan kusursuz sorumluluk kavramı, tehlike sorumluluğu dışında kalan kusursuz sorumluluk durumlarını anlatır. Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunda düzenlenen tüm kusursuz sorumluluklar, olağan kusursuz sorumluluk örnekleridir.

Motorlu araç işletenin tehlike sorumluluğu (KTK 85/1) ile çatışabilecek olağan kusursuz sorumluluklar şunlardır: Ayırtım gücü olmayan kişilerin sorumluluğu, (BK 54), aile başkanının sorumluluğu (MK 320), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK 56) ve yapıt malikinin sorumluluğu (BK 58).

Federal Mahkeme, tehlike sorumluluğu ile olağan kusursuz sorumluluğun çatışmasında, iki sorumlunun da kusuru yoksa, işletme tehlikesini zararın oluşmasında daha ağırlıklı bir etken olarak değerlendirmektedir (31).

(28) BGE 100 II 338 95 II 343. Karş. Oftinger: I, s. 153; Keller: s. 77.

(29) BGE 62 II 34.

(30) BGE 95 II 573.

(31) BGE 85 II 247; aynı görüşte: Oftinger: I, s. 330; Stark: s. 216; Deschenaux/Tercier: s. 233; Giger: s. 188.

Federal Mahkemeye göre, örneğin bir motorlu araç yola çıkan hayvana çarparak devrilirse, işleten, zararın daha büyük bir bölümünden sorumlu olması gerekir. *Keller*, böyle bir durumda, ek kusur yoksa, zararın 1/3-2/3 (işleten) oranında paylaştırılmasının yerleşmiş ve kabul edilen bir uygulama olduğu görüşündedir (32).

Sorumlulardan birinin ek kusuru, onun zarar payını artırır. İkisinin de kusuru varsa, işletme tehlikeleri ve kusurların ağırlıkları gözönünde bulundurularak zarar paylaştırılır.

3. Tehlike Sorumluluklarının Çatışması

İşletme halindeki iki motorlu aracın (33) çarpışması, tehlike sorumluluklarının çatışmasının çok görülen bir örneğidir. Ancak, motorlu araç işletenleri arasında zararın giderilmesi, KTK 89/1'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu kural ve öngördüğü paylaşım ilkesi, ayrı bir yazıda incelenecektir.

Motorlu araç işletenin tehlike sorumluluğu ile çatışabilecek bir başka tehlike sorumluluğu, demiryolu (tren, tramvay) (34) ya da hava aracı işletmesinden doğan sorumluluktur. Bir otomobil, trenle ya da yer hizmetinde görevli bir motorlu araç, uçuş pistinde ilerleyen bir uçakla çarpışırsa, yine iki tehlike sorumluluğu çatışır. Bu durumda, KTK 89/1 uygulanmaz. Zarar, genel ilkelere göre paylaştırılır (35).

İsviçre'deki yerleşmiş uygulamaya göre bir motorlu aracın tren ya da tramvayla çarpışmasında, işletme tehlikeleri; büyük, artmış (yükselmiş) ve

(32) Keller: s. 297. Stark (s. 216), verdiği örnekte aynı paylaşım oranını uygulamıştır. Oftinger (I, s. 330, dn. 65), Keller'in görüşüne değerlendirme yapmadan değinmiştir.

(33) Motorlu araç, KTK kapsamına giren araçlardır. Bir tren de motor gücüyle çalışır; ancak, KTK kapsamına girmez.

(34) Türk Hukukunda, demiryolu (tren, tramvay) işletilmesinden doğan sorumluluk henüz bir tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmemiştir. Motorlu araç işletenin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu iken, genel olarak daha büyük tehlike yaratan demiryolu ve özellikle tren işletmesinden doğan sorumluluğunun tehlike sorumluluğunun kapsamı dışında kalması haklı olarak eleştirilmektedir. Bu nedenle, tehlike sorumluluklarının düzenlenmesindeki gecikmenin genel bir kural konularak giderilmesi önerilmektedir (Tandoğan: s. 41-42; Eren: II, s. 18; Ulusan: MHAD 1970, sayı 6, s. 57). Böyle bir kural konuluncaya kadarda, yasadaki boşluk bulunduğu kabul edilip, yargıcın bu boşluğu tehlike sorumluluğu yaratarak doldurması gerektiği ileri sürülmektedir (Eren: II, s. 18; Özsunay: Batider, cilt X, sayı 1, s. 134-135 (yapımcının sorumluluğu ile ilgili olarak); Karş. Tandoğan: s. 44-45).

(35) Oftinger: I, s. 317 vd. özellikle s. 327; Keller: s. 288 vd.; Giger: s. 187; Baur: s. 46 vd. ve s. 91.

eşit olarak değerlendirilmektedir. Trenin işletme tehlikesi, tonlarca ağırlık; durma ve yön değiştime yeteneğinin yetersizliği nedeniyle, bir motorlu aracın işletme tehlikesinden genel olarak daha büyüktür. Federal Mahkeme, ilke olarak, trenin işletme tehlikesini 2/3; motorlu aracın işletme tehlikesini 1/3 olarak kabul etmektedir (36). Sorumluların ek kusuru yoksa, zarar, bu oranlarda paylaştırılmaktadır. Kazada, kusur da etkili olmuşsa, bu genel paylaşım oranlarında değişiklik yapılır (37). Artmış işletme tehlikesi, olağan ölçüleri aşan tehlike demektir (38). Artmış işletme tehlikesi, tehlike sorumlusunun konumunu, ek kusur varmış gibi ağırlştırır (39).

—oOo—

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Baur, Jürg** : Kollision von Gefaehrdungshaftung gemaess SVG mit anderen Haftungen, Winterthur 1979.
- Bundesblatt** : 1973, 125. Jahrgang, Band II, No: 51, s. 1173-1230.
- Deschenaux/Tercier** : (Çev. S. Özdemir), SorumlulukHukuku, Ankara 1983.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 4. bası, Ankara 1991.
- Giger, Hans** : Strassenverkehrsgesetz (SVG), 4. Aufl., Zürich 1985.
- Jacob, Gerhard** : Unebenheit Zwischen dem SVG und EGH, SJZ 1975 (71), 15. Heft, s. 233-241.
- Keller, Alfred** : Haftpflicht im Privatrecht, 4. Aufl., Bern 1979.
- Oftinger, Karl** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975.
- Özsunay, Ergun** : Yapımcının Sorumluluğu, Batıder 1979, Cilt X, Sayı 1, s. 97-158.
- Oswald, Hans** : Der Ausgleich uter Motorfahrzeughaltern nach SVG 60 II, SVZ 1970/71, 38. Jahrgang, s. 389-405.

(36) BGE 67 II 187; 69 II 159; 94 II 178; Keller: s. 300; Baur: s. 92; Oftinger: I, s. 325.

(37) BGE 67 II 187.

(38) Keller: s. 295; Baur: s. 92; BGE 102 II 366.

(39) Keller: s. 295.

- Stark, Emil W.** : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1982.
- Tandoğan, Halük** : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- Tandoğan, Halük** : İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları, Birden Fazla İşletinin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler, Trafik Sigortası, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 25-28 Nisan 1973, s. 193-235, Ankara 1975.
- von **Tuhr/Peter** : Allgemeiner teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- von **Waldkirch, Hans** : Komsalhaftung und Kausalitaet im Verkehr ZSR 1943, Neue Folge, Band 62, s. 25-64.

DOLDURMA VE KURUTMA YOLU İLE ARAZİ KAZANILMASI

Süleyman SAPANOĞLU (*)

Madde : 168 – Tabii servetler ve kaynaklar
Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

"T.C. Anayasası"

● **ANLATIM DÜZENİ** : *G i r i Ő*. 1- Doldurma ve Kurutmanın Tanımı. 2- Medeni Kanundan Önce Doldurma ve Kurutma. 3- Medeni Kanunun Yürürlüğünden İtiraben Doldurma ve Kurutma. 4- Tapu Kanununa Göre Doldurma ve Kurutma. 5- İzin Üzerine Yapılan Doldurma. 6- İzinsiz Doldurma. 7- Kendiliğinden Oluşan Doldurma. 8- 1605 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme. 9- Tapu Kanununa Göre Bataklıkların Kurutulması. 10- 5516 Sayılı Kanuna Göre Kurutma. 11- Bataklıkların İzinsiz Olarak Kurutulması. 12- 1757 Sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanununun İlgili Hükümleri. 13- Kıyı Kanununa göre Doldurma ve Kurutma Yolu İle Arazi Kazanma.

G İ R İ Ő

Uygulamada sık sık görüldüğü üzere, deniz, tabii ve sunî göl, bataklık, sazlık ve akarsu kıyıları üzerinde doldurma ve kurutma suretiyle elde edilen araziler üzerinde dava yolu ile mülkiyet hakkı ileri sürülmekte, yerel mahkemelerce çoğu kez hakkın tanınması, bazende aksi yönde hükümler verilmektedir. Doldurma ve kurutma ameliyesi sonucu özde Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyıları, tabii ve sunî göl, akarsu kıyıları ile sazlık, bataklık ve bataklık mahiyetinde bulunan bir yeri kültür arazisi haline getiren kişiye bu yer üzerinde mülkiyet hakkı tanınacak mı? Eş ve kısa bir anlatımla, doldurma ve kurutma yolu ile taşınmaz mal kazanılması mümkün müdür?

(*) Yargıtay 8. HD. Üyesi.

Mülkiyet hakkının kazanılması sorunu maddesel hukukla ilgili bulunmaktadır. Mülkiyet hakkının kazanılmasını düzenleyen Medenî Kanun doldurma ve kurutma kurumuna kendi bünyesinde yer vermemiştir. Medenî Kanunun "Gayrimenkul Mülkiyeti" başlığını taşıyan 9. babın, 1. faslında taşınmaz mal mülkiyetinin konusu, kazanılması, kaybedilmesinde uygulanacak hukuk kurallarına yer verilmiştir. Medeni Kanunun 633. maddesi hükmü ile taşınmaz mal mülkiyetinin kazanılması için tapu siciline tescilin zorunlu olduğu vurgulandıktan sonra;

"...Bununla beraber işgâl, miras, istimlâk, cebri icra tarifleri ile veya mahkeme ilâmı ile bir gayrimenkulü iktisap eden kimse tescilden evvel dahi ona malik olur.

Fakat tescil merasimi ikmal edilmedikçe temlik tasarrufla bulunamaz" denilmiştir (MK. md. 633/2).

Tapulu taşınmazlar yönünden getirilen bu hükümden ayrı olarak Medenî Kanunun 639. maddesinde tapusuz taşınmazların kazandırıcı zamanaşımı ve zilyedlik yolu ile kazanılması hususu düzenlenmiştir.

Görülmektedir ki, Medenî Kanunda taşınmaz mal edinme yolları arasında doldurma ve kurutma kurumuna yer verilmemiştir. İleride ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere kanun koyucu sorunu hep özel kanunlarla düzenleme yolunu seçmiştir.

Medenî Kanunun "Kurutma" başlığını taşıyan 667. maddesinin inceleme konusu olan doldurma ve kurutma ile kavram benzerliği dışında yakından veya uzaktan ilgisi bulunmamaktadır.

Bu açıklamalardan sonra konunun Medenî Kanunla olan ilgi ve yakınlığını gözardı etmemek gerekir. Medenî Kanunun kamu malları bakımından 641. maddesindeki düzenleme ile soruna yabancı kalmamıştır. Doldurma ve kurutmaya konu deniz, tabii ve sunî göl, akarsu kıyıları, sazlık, bataklık ve bu mahiyetteki yerler Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdir. Medenî Kanunun 641. maddesi hükmüne göre sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Anayasanın 168. maddesinde tabii servetler ve doğal kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu vurgulanmıştır. Doldurma ve kurutmaya konu deniz, tabii ve sunî göl, akarsu kıyıları, sazlık, bataklık ve bu mahiyetteki yerler doğal yapıları ve nitelikleri itibarıyla Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerden olup kamu malı sayılırlar. Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde

Edilecek Topraklar Hakkındaki 5516 sayılı Kanunun 1. maddesinde "...Devletin hüküm ve tasarrufu altında sahipsiz bulunan bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su gibi birikintileri..." yerlerin bu kanunun hükümlerine tabi olduğu açıklanmış, 3621 sayılı Kıyı Kanununun 5. maddesinde açıkça kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu vurgulanmıştır. Aynı şekilde 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16/C maddesi hükmüne göre "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir" denilmiştir. Tüm bu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere doldurma ve kurutmaya konu taşınmazlar Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdendir.

Medenî Kanunun 641. maddesinin son cümlesine göre Devletin hüküm ve tasarrufu altında sayılan bu yerlerin "...ihraz ve işgali hakkında ahkâmı mahsusa vazolunur" denilmiş ve bu tür yerlerin kazanılması için özel hükümlere ihtiyaç bulunduğu belirtilmiştir. Az önce de açıklandığı üzere Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler kamu malı sayılırlar. Kamu mallarının idaresi, işletilmesi, denetlenmesi ve kazanılması kamu kanunlarına tabidir. Bu tür yerler ancak özel kanunlar çerçevesinde İdarenin izin ve tasarrufu ile kazanılabilirler.

İşgal yolu ile arazi kazanılmasını düzenleyen 2644 sayılı Tapu Kanununun 6. maddesi 4753 sayılı Kanunun 64. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasında Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup, umumun istifadesine ayrılmamış olan sahipsiz ham toprağı açığa işgâl edenlere hiç toprakları yoksa, bu yerlerin iskân haddine kadar olan miktarının ve toprağı olup da tutarı iskân haddini geçmeyen yerlerin parasız olarak terk olunacağı belirtilmiştir.

Bu maddenin yürürlükten kaldırılmasından sonra tapuya kaydedilmemiş bulunan arazinin işgâl yolu ile edinilmesini sağlayan özel bir kanunda çıkarılmamıştır. Bu kısa açıklamalardan sonra soruna, mevzuu hukuk içinde cevap verilmeye çalışılacaktır.

1- DOLDURMA VE KURUTMANIN TANIMI

Sözlük anlamında *doldurma*, dolu hale getirilecek boşluğun içine bir şeyler koyma,

Kurutma, bir cismin içerisindeki suyu kısmen veya tamamen gidermek için yapılan işlemler olarak tanımlanmaktadır.

Sözlükteki bu kısa tanımlara karşılık, doldurma ve kurutma ile ilgili yürürlükten kaldırılmış bulunan ve halen yürürlükte bulunan kanunlarda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. İleride inceleneceği üzere konuya ilişkin tüm kanunlarda doldurma ve kurutma olgusu kurum olarak benimsenmiş, doldurma ve kurutmaya konu taşınmazlar, bunların nitelikleri, ilgililerin yetkili mercilere başvurusu, isteğin incelenmesi, doldurma ve kurutma ameliyesinde bulunmak üzere ilgiliye izin verilmesi ve bu eylemlerin öngörülen süre içerisinde tamamlanması, tüm bu işlemlerin İdarece denetlenmesi ve bu yolda elde edilen arazinin ilgiliye tahsisi düzenlenmiştir. Kanun koyucu doldurma ve kurutma kurumunu tanımlama yerine toprak politikasının uygulanması sonucu olan yasal düzenlemelerle doldurma ve kurutma ameliyelerinin yerine getirilmesi ve bunlara bağlanan hukukî sonuçları belirtmiştir.

Hemen belirtelim ki, teoride de doldurma ve kurutma kavramlarının tanımına rastlanılmamıştır.

2 – MEDENİ KANUNDAN ÖNCE DOLDURMA VE KURUTMA

Gerek Arazi Kanunun'da ve gerekse Mecelle'de doldurma ve kurutmayı düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Doldurma ve kurutma yolu ile kültür arazisi niteliği kazandırılan kumluk, bataklık, sazlık ve benzeri yerler Osmanlı İmparatorluğu'nun toprak düzeninde mevat (ölü) toprak olarak isimlendirilen türü içinde yer alır.

Arazi Kanununun 6. ve Mecelle'nin 1270. maddeleri hükümlerinin ortak düzenlenmesine göre de mevat arazi hiç kimsenin tasarrufu altında bulunmayan ve umumun istifadesine terk ve tahsis edilmemiş boş, hâli ve ıssız yerlerdir.

Bu tür taşınmazların tanımı ve nitelikleri hakkında *Prof. Eren* şöyle demektedir:

"Mevat arazi, halen ekilip işlenmeyen, tarıma elverişli olmayan, kimsenin mülkiyet ve tasarrufunda bulunmayan boş araziye ifade eder. Arazi Kanununa göre mevat toprak kimsenin mülkiyet ve tasarrufunda bulunmayan, kamunun tamamının veya belirli bir kesiminin yararlanmasına terk ve tahsis edilmeyen, köy ve kasabadan (şehirden) uzak, tarıma elverişli olmayan topraklardır. Taşlık, tepelik, kumluk, killi, kıraç, bataklık, pırnallık, kumsal vb. gibi yerler mevat araziye misal olarak gösterilebilir. Tabii niteliği itibarıyla mevat arazi Medenî Kanunun 641. maddesinde hükme bağlanmış bulunan, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler gibi olup aksi isbat edilmedikçe bunlar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (*Prof. Dr. Fikret Eren – Toprak Hukuku, sh. 53*).

Arazi Kanununun 104. ve Mecelle'nin 1272 ve 1276. maddelerinde mevat (ölü) toprağın imar ve ihyası düzenlenmiştir. Doldurma ve kurutmanın bu olgu içinde değerlendirildiği sonucu çıkmaktadır.

3 – MEDENİ KANUNUN YÜRÜRLÜĞÜNDEN İTİBAREN DOLDURMA VE KURUTMA

Az yukarıda açıklandığı üzere doldurma ve kurutma Medenî Kanunumuzda mülkiyet hakkını kazandıran bir yol olarak düzenlenmemiştir. Kanun koyucu sorunu özel kanunlarla düzenleme yolunu seçmiştir.

Kural olarak her olay meydana geldiği tarihteki kanun hükümlerine tabidir. Hukukun temel ilkelerine göre "Yasaların Geriye Doğru Yürümezliği" asıldır. Belli istisnalar dışında kanunların geçmişe etkili olacak biçimde uygulanmalarına olanak bulunmamaktadır. Her olay meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlere tabi bulunduğu göre uyuşmazlıkların bu kanun hükümlerine göre çözümü gerekir. Bu kural, Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.4.1991 gün ve 1991/8-122 esas, 1991/211 karar sayılı ilâmında şöyle ifade edilmiştir:

"...Her yasanın yürürlüğü döneminde ilgili bulunduğu davalardaki uyuşmazlıklarda uygulanması vazgeçilmez temel ön usul kuralıdır..."

Bu durumda doldurma ve kurutma ile ilgili kanunlar yürürlükten kaldırılmış da olsalar uyuşmazlıkların çoğu kez o kanun hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalardan sonra konuya ilişkin özel yasalara gelince:

Sağlıklı bir yaklaşım bakımından konuya kilişkin özel kanunlardaki düzenlemelere geçmeden önce tarihi gelişim itibariyle bu kanunların bilinmesinde yarar görülmüştür.

Cumhuriyet döneminde ilk defa doldurma ve kurutma kavramları 29 Kanunuevvel 1934 tarihinde yürürlüğe giren 2644 sayılı Tapu Kanunu ile getirilmiştir. Bu Kanunun 8-12. maddelerince denizden doldurma, 15. maddesi ile de bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su gibi birikintilerin kurutma yolu ile taşınmaz mal edinme koşulları düzenlenmiştir.

2644 sayılı Tapu Kanununun 15. maddesi 23.1.1950 tarihinde yürürlüğe giren 5516 sayılı Kanunun 12. maddesi ile, denizden doldurma ile ilgili 8-12.

maddeleri de 20.7.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1605 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

23 Ocak 1950 tarihinde yürürlüğe giren Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında 5516 sayılı Kanun ile belediye sınırları dışında kalan Devletin hüküm ve tasarrufu altında sahipsiz bulunan bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su gibi alanların kurutulmasının bu kanun hükümlerine göre yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Az yukarıda izah edildiği üzere bu Kanunun 12. maddesi ile de 2644 sayılı Tapu Kanununun kurutmayı düzenleyen 15. maddesi tamamen yürürlükten kaldırılmış, geçici madde ile Tapu Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kalan bir usulle 29.12.1934 tarihinden sonra yapılan kurutmaların durumu düzenlenmiştir.

5516 sayılı Kanunun geçici maddesi de 18.6.1952 tarihinde yürürlüğe giren 5963 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra açıklanacağı üzere 5516 sayılı Kanun ile belediye sınırları dışında bulunan, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kurutulması düzenlenmiş olup Tapu Kanununun 8 ve 12. maddelerinde belirtilen denizden doldurma ile hükümlerine dokunulmadığı gibi bu yerlerle ilgili yeni bir düzenleme de getirilmemiştir.

20 Temmuz 1972 tarihinde yürürlüğe giren 6785 sayılı İmar Kanununda bazı değişiklikler yapılması hakkında 1605 sayılı Kanunun 1. maddesi ile, bu maddede belirtilen sahil şeritlerinde denizden doldurma ve bataklık kurutma suretiyle özel mülkiyet adına arazi ve arsa kazanılamayacağı yasaklanmış, 3. maddesi ile de diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

1605 sayılı Kanun, 3194 sayılı İmar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

19.7.1973 tarihinde yürürlüğe giren 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanununun 19 ve 20. maddelerinde deniz, göl kıyılarının doldurulması ve bataklıkların kurutulması suretiyle meydana gelen arazinin doldurma ve kurutmanın tamamlanması ile Toprak ve Tarım Müsteşarlığı'nın emrine geçeceği kabul edilmiş, aynı Kanunun 24. maddesinde de zamanaşımı koşullarına uygun olarak kazanılmış hakların saklı olduğu öngörülmüştür.

1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu, Anayasa Mahkemesi'nin 10.5.1977 gün, ve 42/48 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

27.11.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3086 sayılı Kıyı Kanunu ile denizden doldurmanın bazı koşullar altında mümkün olacağı hüküm altına alınmıştır.

3086 sayılı Kıyı Kanunu da Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.1986 gün ve 3/4 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

10.10.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16/C maddesi hükmü ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan deniz, göl ve nehir gibi suların tescil ve sınırlandırmaya tabi olmadığı açıklanmıştır.

17.4.1990 tarihinde yürürlüğe giren 3621 sayılı Kıyı Kanunu ile denizden doldurma hakkında geniş bir düzenleme getirilmiş, bu Kanunun 5. maddesi ile kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu vurgulandıktan sonra 7. maddesinde de belli koşullar altında kamu kurum ve kuruluşları tarafından doldurma ve kurutma suretiyle arazi elde edileceği açıklanmıştır.

2960 sayılı Boğaziçi Kanunu ile de, İstanbul Boğaziçi alanlarının kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek bakımından konumuzla ilgili bulunduğunu belirtmekte de yarar vardır. Bu Kanunun 3/İ bendinde Boğaziçi alanında kıyıların ancak kamu yararına kullanılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu açıklamalardan sonra anılan kanunlarla getirilen düzenlemelere gelince:

4 – TAPU KANUNUNA GÖRE DOLDURMA VE KURUTMA

Az önce de açıklandığı üzere doldurma kurum ve kavramları ilk defa 2644 sayılı Tapu Kanunu ile getirilmiştir. Tapu Kanunu 29 Kanunuevvel 1934 yılında yürürlüğe girmiştir.

2644 sayılı Tapu Kanununun 8-12. maddelerinde denizden doldurma yolu ile taşınmaz mal edinme koşulları düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 14. maddesinde de aynen: "8, 9, 10, 11 ve 12. maddeler hükümleri bataklık olmayan göl ve nehir kenarlarında da caridir..." denilmek suretiyle bu tür yerler hakkında da 8. maddenin uygulanacağı açıklanmıştır.

Bu maddelere göre yapılacak denizden doldurmalar ancak idarenin izni ile mümkün olabilecektir. İzin alınmaksızın yapılan doldurmalar aynı Kanu-

nun 9. maddesine tabi olacaktır. Bu tür doldurmalara bağlanan en önemli sonuç, taşınmazın değerinin alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır.

İzin üzerine doldurulan yerlerin değer pahası aranmaksızın dolduran nâmına tescil edileceği maddede belirtildiği halde, 9. maddeye göre izinsiz doldurularda taşınmazın değerinin ondabiri alınmak koşuluyla dolduran adına sicile geçirileceği hüküm altına alınmıştır.

2644 sayılı Kanunun 8 ve 9. maddelerdeki düzenlemelere dayanılarak doldurmayı izine bağlı doldurma, izinsiz doldurma şeklinde ikiye ayırmak gerekir.

5 – İZİN ÜZERİNE YAPILAN DOLDURMA

Denizden doldurma ile ilgili 8. madde ile taşınmazların belediye sınırları içerisinde ve dışında bulunmasına göre ayrı ayrı düzenleme getirilmiştir. İzine dayalı doldurma ile ilgili maddenin metni:

Belediye sınırları içerisinde bulunan taşınmazlar bakımından 2644 sayılı Tapulama Kanununun 8. maddesini buraya almakta yarar görülmüştür.

"Madde 8 – Denizden doldurmak istenilen yerler için o yerin en büyük malmemurundan izin almak lazımdır. Bu izin doldurulacak yer belediye sınırı içinde ise belediyenin, limanı da alâkadar ediyorsa liman dairesinin veya deniz ticareti idaresinin ve müstahkem mevki kumandanlığı olan yerlerde müstahkem mevki kumandanlığının muvafakati alındıktan sonra üç yıl müddetle verilir. Belediye sınırları dışında ise alâkalılara göre vilâyet veya kaza idare heyetlerinin muvafakatı alınır. İzinle doldurulan bu yerler izni veren dairelerden alınacak belgeler üzerine değer paha aranmaksızın dolduran nâmına tapu sicillerine geçirilir. Üç yıl içinde makbul bir özür olmaksızın doldurma işini bitirmeyenlerin bu yerlerden eli çektirilir".

8. maddeye göre belediye sınırları içerisinde bulunan deniz, göl ve nehir kenarlarında doldurulmak istenen yerler için en büyük malmemurundan izin alınmasının şart olduğuna işaret edildikten sonra belediyenin, o yer limanı ilgilendiriyorsa liman idaresinin veya deniz ticareti idaresinin ve müstahkem mevki komutanlığı olan yerlerde bu komutanlığın muvafakatının alınması öngörülmüştür. Bu makamların olumlu izin ve muvafakatlarının alınmasından sonra doldurma ameliyesi için başvuruda bulunan kişiye üç yıllık süre verileceği, bu süre içerisinde o yer ilgilisi tarafından doldurulduğu takdirde, dolduran adına tapu siciline geçirileceği açıklanmıştır. Maddede belirtilen

prosedürün yerine getirilmesi, idarece doldurma eyleminin denetlenmesi ve doldurmanın tamamlandığı belirlendikten sonra dolduran kişi bakımından mülkiyet hakkı doğmuş sayılır. Mülkiyet hakkının kazanılması bakımından izine dayalı doldurma eyleminin süresinde yapılması zorunludur. Bu yolda doldurulan yerler için herhangi bir karşılığın alınması yasada öngörülmemiştir.

Belediye Sınırları Dışında Bulunan Taşınmazlar Bakımından

2644 sayılı Tapu Kanununun 8. maddesi hükmüne göre taşınmazın belediye sınırları dışında bulunması halinde o yerin en büyük malmemurundan alınacak izinden ayrı ilgisine göre il veya ilçe idare heyetlerinin muvafakatının alınması öngörülmüştür. İzine dayalı doldurmalarda belediyenin liman dairesinin ve müstahkem mevki komutanlığının muvafakatı arandığı halde belediye sınırları dışında bulunan yerler bakımından bu kurum ve kuruluşların muvafakatına ihtiyaç görülmezsizin il ve ilçe idare heyetlerinin muvafakatları yeterli görülmüştür. Bunun dışında başvuru, izin, doldurma eyleminin tamamlanması ve idarece bunun denetlenmesi ve dolduran kişi adına tapuya tescili bakımından bir farklılık bulunmamaktadır.

6 – İZİNSİZ DOLDURMA

İzensiz doldurma hali 2644 sayılı Tapu Kanununun 9. maddesinde düzenlenmiştir.

Konuya ilişkin 9 madde:

"Madde 9 – İzinsiz doldurulmuş olan yerlerin tescilinde mahzur olmadığı alâkadar daire ve heyetlerce kabul olunursa doldurulan yerlerin doldurulmuş olduğu halindeki değer pahasının onda biri alınmak şartıyla dolduran nâmina tescili yapılır".

Kural olarak doldurma ve kurutma yolu ile elde edilecek yerler Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler olup, bunların idaresi, işletilmesi, kazanılması özel yasalara tabi bulunmaktadır. Bu tür yerlerin kazandırıcı zamaşımı ve zilyedlik yoluyla edinilmesi mümkün bulunmadığı gibi yasada açıklık bulunmayan hallerde izin alınmaksızın bu tür yerlerin doldurma ve kurutma yolu ile kazanılması da mümkün bulunmamaktadır. Bu kuralın istisnası 2644 sayılı Tapu Kanununun 9. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. İzinsiz doldurmaya ilişkin 9. maddede "izinsiz doldurulmuş olan yerlerin tescilinde mahzur olmadığı alâkadar daire veya heyetlerce kabul olunursa doldurulan yerlerin doldurulmuş olduğu halindeki değer pahasının

onda biri alınmak şartı ile dolduran nâmına tescili yapılır denilmiştir. Tapu Kanununun 8. maddesine göre; deniz, göl ve akarsu kenarlarının doldurulmak suretiyle taşınmaz mal edinilmesi izine bağlı tutulmuştur. Aynı Kanunun 9. maddesi izin alınmadan yapılan doldurma eylemini ve buna bağlanan hukuki sonuçları düzenlemiştir. Tapu Kanununun 8. maddesinde belirtilen şekil ve merasime riayet edilmeden deniz, göl ve akarsu kenarlarında doldurma yoluyla taşınmaz elde edilmiş olması halinde 8. maddede belirtilen ilgili daire ve heyetlerden bu yerin tescilinde sakınca olmadığına ilişkin muvafakat ve taşınmazın değer pahasının 1/10'u oranında bir karşılık alınarak dolduran adına tescil edilecektir. Madde son derece açık olup daha fazla açıklamaya gerek görülmemiştir.

7 – KENDİLİĞİNDEN OLUŞAN DOLDURMA

Açıklamalara esas olmak üzere deniz, göl ve akarsu kenarlarında kendiliğinden oluşan yerler hakkındaki 2644 sayılı Tapu Kanununun 10. maddesi aşağıya alınmıştır.

"Madde 10 – Deniz kıyısında teressüattan veya denizlerin med ve cezrinden dolmuş yerlerin satılmasında mahzur olmadığı sekizinci maddede yazılı alâkalı dairelerce bildirildiği takdirde o yerlerin kendi gayrimenkulüne bitişik olan kısmının o gayrimenkulün sahibinin kendisine yapılacak tebligattan itibaren iki sene içinde takdir olunacak değer paha ile almağa hakkı vardır. Bu yerleri satın alanların o yeri korumak için ruhtım inşası hakkı olacaktır".

İzinli ve izinsiz doldurmayı düzenleyen Tapu Kanununun 8 ve 9. maddelerini izleyen 10. maddesinde kendiliğinden meydana gelen deniz, göl ve akarsu kenarlarındaki oluşumu düzenlemiş bulunmaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere 8. maddede izin üzerine insan eliyle yapılan doldurma, 9. maddesinde de izinsiz olarak yine insan eliyle yapılan doldurma halleri düzenlenmiş bulunmaktaydı. Her iki halde insan eliyle gerçekleştirilen doldurma eylemleri amaçlanmıştır. Doğal olaylar ve oluşumlar sonucu deniz, göl ve akarsu kenarlarında kendiliğinden dolmuş yerlerle ilgili istekler doldurma ve kurutmanın kapsamı dışında kalır. Deniz kıyısında teressüattan, denizlerin gel-git (med ve cezir) olayları sonucu oluşmuş olan yerler ve akarsuların taşıdıkları malzeme ile meydana gelen alivyon alanlar bu tür oluşumlara örnek gösterilebilir. Tüm bu oluşumlarda insanların sebep olduğu bir doldurma ve kurutma eylemi bulunmamaktadır. 10. maddede insan eliyle yapılmış herhangi bir eylem olmaksızın kendiliğinden meydana gelen yerlerin satılmasında sakınca bulunmadığı aynı Kanunun 8. maddesinde yazılı ilgili daire

ve heyetlerce bildirilmesi halinde o yerlerin kendi taşınmazına bitişik olan kısmının o gayrimenkul sahibinin kendisine yapılacak tebligattan itibaren iki sene içerisinde takdir olunacak değer paha ile alma hakkının bulunduğu belirtilmiştir.

Bu madde ile ilgili açıklamalara son vermeden önce Medenî Kanununun 636. maddesinde düzenlenen "Yeni arazi teşekkülü" başlıklı hükümlerle olan benzerliğini belirtmekte yarar görülmüştür.

Tapu Kanununun 10. maddesindeki insan eliyle yapılmış herhangi bir eylem olmaksızın kendiliğinden meydana gelen yerler, Medenî Kanununun 636. maddesinde düzenlenen yeniden arazi teşekkülüne benzer bir olgudur. Medeni Kanununun 636. maddesinde;

"Sahipsiz yerlerden birikmek, dolmak ve kaymak veya umuma ait suların mecra ve seviyeleri değişmek gibi bir suretle teşekkül edip kendisinden istifade mümkün olan arazi Devletin mülkü olur" denilmiştir.

Her iki maddede belirtilen yerlerin oluşumu bakımından benzerlik mevcut ise de kazanma bakımından her iki maddenin koşulları ve buna bağlanan hukukî sonuçlar birbirinden farklıdır.

Tapu Kanununun 10. maddesinde, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan deniz, göl ve akarsu kenarlarında kendiliğinden oluşmuş yerlerin satılmasında sakınca bulunmadığı takdirde bitişik ve komşu taşınmaz sahiplerine belirlenen karşılıkla satılacağı hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere bu maddede belirtilen yerler özel mülkiyet konusu olmayan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olup yasanın açıkca izin ve cevaz verdiği koşullarla satışı mümkün olabilmekte ve özel mülkiyet şeklinde tapuya geçirilebilmektedir.

Medenî Kanununun 636. maddesinde de sahipsiz yerlerde birikmek, dolmak, kaymak ve umuma ait suların mecra ve seviyeleri değişmek gibi bir suretle teşekkül edip kendisinden yararlanılması mümkün olan arazinin Devletin mülkü olacağı açıklanmıştır.

Bu yolda meydana gelen bir yer kazandırıcı zamanaşımı ve zilyedlik yolu ile edinilip edinilemeyeceği meselesine gelince:

Bu tür yerlerin kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yolu ile edinilmeyeceği yolunda teoride görüşler ileri sürülmektedir. Sayın *Ali Rıza Düzceer*, bu konudaki görüşü aşağıdaki şekilde nakletmektedir.

"Akarsuların eski (metrük) yatakları kanunlar gereğince Devlete kalan taşınmaz mallardandır (MK. md. 636). Kadastro Kanununun 18. maddesine göre kanunlar gereğince Devlete kalan taşınmazlar ise kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemezler. Bu bakımdan akarsuların eski yataklarının kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceğine ilişkin görüşe bizde katılıyoruz" (**Ali Rıza Düzceer – Kazandırıcı Zamanaşımı ile Taşınmaz Mal İktisabı, Sh. 76**).

Teoride ileri sürülen bu görüşe karşılık sahipsiz yerlerde birikmek, dolmak, kaymak veya umuma ait suların mecra ve seviyelerinin değişmesi suretiyle teşekkül eden yerler tarım arazisi durumunda ise kazanılabileceği Yargıtay'ca kabul edilmektedir. Hiç şüphesiz kazanma bakımından Medenî Kanunun 639. maddesindeki koşulların zilyet yararına gerçekleşmiş olması gerekir.

Yüksek Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 22.10.1992 gün ve 1991/15680 esas, 1992/13942 karar sayılı kararında:

"...Vergi kaydına göre nızalı yer çay yatağının içerisinde ve çayın bulunduğu kısmı oluşturuyor ise, böyle bir yer Medenî Kanunun 636. maddesi hükmüne göre kural olarak Hazineye ait bir yer sayılır. Ancak kültür arazisi olarak teşekkül ettikten sonra nizasız ve fasılasız malik sıfatı ile dava tarihine kadar Medenî Kanunun 639. maddesinde öngörülen koşullar altında ve o süre içerisinde tasarruf edilmiş ise tescili istenebilir..." denilmiştir.

Yüksek Özel Daire 6.7.1992 gün ve 1991/9645 esas, 1992/10660 sayılı kararı ile;

"...Medenî Kanunun 639. maddesine göre sahipsiz yerlerde birikmek, dolmak ve kaymak veya umuma ait suların mecra ve seviyeleri değişmek gibi bir suretle teşekkül edip kendisinden istifade mümkün olan arazi Devletin mülkü olur. Ancak böyle bir yer tarım arazisi durumunda ise zilyetlik yolu ile kazanılması mümkündür. Taşınmazın tarım arazisi olduğu ziraî bilirkişi tarafından ifade edildiğine göre davacının zilyetliğinin başlangıç tarihinin belirlenmesi gerekir. Dava tarihine kadar Medenî Kanunun 639. maddesinde sözü edilen 20 yıllık süre geçmiş ise davacı bu taşınmazın adına tesciline karar verilmesini isteyebilir..." yolunda karar vermiştir.

Doldurma ile ilgili özel halleri düzenleyen 2644 sayılı Tapu Kanununun 11 ve 12. maddeleri açık bir şekilde kaleme alınmış olan hükümlerdir. Hatırlanması bakımından madde metinlerinin aşağıya alınması ile yetinilmiştir.

"**Madde 11** – Sahipli bir gayrimenkulün önü veya bitişiği doldurulmak istenildiği takdirde sahibinden başkasına izin verilemez. İzinsiz olarak sahibi tarafından doldurulan

böyle bir yerin tescilinde mahzur olmadığı alâkalı daire ve heyetlerce bildirildiği takdirde doldurulmuş olduğu haldeki kıymetinin onda biri alınıp dolduranın veya dolduranın yerine geçeninin nâmına asıl mülk ile birleştirilerek tescil olunur.

Devlet, vilâyet, belediye veya köy meclisince sıhhi, içtimai veya iktisadi sebeplerle yapılacak doldurma işlerinde yukarıki fıkrada yazılı gayrimenkul sahiplerine doldurmaya yetecek mühlet verilerek doldurma teklif olunur. Bu müddet içinde doldurmadıkları takdirde bu hakları kalmaz".

"**Madde 12** – Bir gayrimenkulün önünde veya bitişiğinde olup da sahibi tarafından doldurulmak istenilen yerin doldurma işi bitirilmeksizin o gayrimenkul bir başkasının mülkiyetine geçer veya aynı bir hakla takyit olursa başka suretle mukavele bulunmadığı takdirde bu muamele için şartları mahfuz olmak üzere doldurulan yere de sâri olur".

2644 sayılı Tapu Kanununun 14. maddesindeki düzenlemeye gelince:

Tapu Kanununun 8 ve devamı maddelerinde denizden doldurma yolu ile elde edilen yerler hakkında izlenecek yol, yapılacak işlemler ve bunlara bağlanan hukukî sonuçlar belirtilmiştir. 14. madde ise, kendisinden önceki maddelere yollama yapmak suretiyle denizden doldurma ile ilgili hükümlerin bataklık olmayan göl ve nehir kenarlarında aynı yoldan elde edilen araziler hakkında uygulanacağı hükmünü içermektedir. Bataklık ve bataklık mahiyetindeki göller ve sazlık alanların doldurma yolu ile veya doldurma usulü haricinde kalan bir yolla kurutulması bu maddenin kapsamı dışında, aynı Kanunun 15. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunkoyucu bu hükümlerle tekrardan kaçınarak Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan göl ve nehir kenarlarında doldurma yolu ile kurutulması veya bu tür genel suların kenarlarında kendiliğinden oluşmuş olan yerlerin ilgisine tahsisi ve takip edilecek prosedür bakımından denizden doldurma ile ilgili hükümlerin nazara alınacağı belirtilmiştir. Konuya ilişkin yukarıdaki açıklamalar göl ve akarsu kenarlarında doldurma yolu ile kurutulan yerler için de geçerlidir. Maddede belirtilen göl kavramının tabii ve sun'i göller şeklinde anlamak gerekir.

14. maddenin ikinci fıkrasında, bağımsız bir taşınmaz niteliğini almış bulunan deniz, göl veya nehir metrukatının sahipli bir taşınmazın önünde veya bitişiğinde bulunması halinde o taşınmaz sahibinin değer pahası ile satın alma hakkının bulunduğu, böyle bir durumda yapılan tekliften itibaren bir yıl içinde taşınmaz sahibi satın alma isteğinde bulunmadığı takdirde aynı yerin başkalarına satılacağı belirtilmiştir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da; deniz, göl veya nehir metrukatı biçiminde oluşan sahipsiz yerler başlı başına tasarruf olunacak birer taşın-

maz niteliğini kazanmamış olmaları halinde belirlenecek değeri karşılığında bitişindeki taşınmaz sahiplerine temlik olunarak, lehine temlik yapılan kişinin borçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Üçüncü fıkranın bir önceki fıkradan farkı, göl veya nehir kenarlarında kendiliğinden oluşan yerlerin bağımsız bir taşınmaz kimliğini kazanıp kazanmadığı ve bitişinde bulunan taşınmaz sahibine temlik şekli ile ilgili bulunmaktadır. Kullanma amacına göre bağımsız bir taşınmaz niteliğini kazanmış ise komşu taşınmaz sahibi satın alma isteğinde bulunmasa bile taşınmazın kendisine temlik edilerek, değerinin borçlanma yolu ile tahsil edileceği belirtilmiştir.

Yukarıdan beri deniz, göl ve nehir kenarlarında doldurma yolu ile arazi kazanılması durumu incelenmeye çalışılmıştır. Daha öncede izah edildiği üzere doldurmaya ilişkin 2644 sayılı Tapu Kanununun doldurmaya ilişkin 8-14. maddeleri, 20.7.1972 tarihinde yürürlüğe giren 6785 sayılı İmar Kanununda Bazı Değişiklikler Hakkındaki 1605 sayılı Kanun ile zımnen (üstü kapalı olarak) yürürlükten kaldırılmıştır.

8 – 1605 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DÜZENLEME

1605 sayılı Kanunun ek 7. maddesinde; deniz, göl ve nehir kenarlarında 10 metreden az olmamak üzere İmar ve İskan Bakanlığı'nca tesbit edilecek mesafe dahilinde gerçek ve özel kişilerce kamunun yararlanmasına ayrılmayan bina inşâ edilemeyeceği ve mevcut binalara ilave yapılamayacağı açıklanmış, aynı maddenin son fıkrasında da aynen:

"Bu şerit içinde bulunan ammeye ait binalı ve binasız arazi ve arsalar özel mülkiyete intikal ettirilemeyeceği gibi bu yerlerde denizden doldurma ve bataklık kurutma suretiyle özel mülkiyet adına arazi ve arsa kazanılamaz" denilmiştir. Bu hükümle belediye sınırları ve mücavir sahalar içinde kalan kamuya ait arazi ve arsalarının niteliğinin değiştirilmek suretiyle özel mülkiyete dönüştürülmesi yasaklanmış, ayrıca deniz, göl ve akarsu kenarlarında doldurma veya doldurma yolu ile kurutma sonucu taşınmaz mal edinilemeyeceği" vurgulanmıştır.

Aynı Kanunun 3. maddesi ile de, diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Sonuç olarak, 1605 sayılı Kanunun anılan hükümleri ile Tapu Kanununun 8-14. maddeleri zımnen (üstü kapalı olarak) yürürlükten kaldırılmış ve kamu kurumları dışında özel gerçek ve tüzel kişilerin belediye sınırları ve

mücavir alanlar içinde kalan yerlerde doldurmak suretiyle yer kazanmaları yasaklanmıştır.

Yüksek Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 7.12.1987 gün ve 1987/13622 esas, 1987/14189 sayılı kararında;

"...2644 sayılı Kanunun doldurmaya izin veren 8. maddesi 1972 yılında yürürlüğe giren ve 6785 sayılı İmar Kanununu değiştiren 1605 sayılı Kanunun ek 7 ve 8. maddeleri ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece kamu kurumları dışında özel veya gerçek kişilerin denizden doldurma suretiyle yer kazanması yasaklanmıştır..." denilmiştir.

Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.4.1990 gün ve 1990/8-68 esas, 1990/227 sayılı kararı ile yukarıda tarih ve sayısı yazılı özel daire bozma kararındaki gerekçe aynen benimsenerek direnme hükmü bozulmuştur (özel kartondaki kararlar).

9 – TAPU KANUNUNA GÖRE BATAKLIKLARIN KURUTULMASI

2644 sayılı Tapu Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrasında doldurma yolu ile bataklıkların kurutulması düzenlenmiştir. Bu yol dışında herhangi bir usulle yapılacak kurutmalar ve izlenecek yola ilişkin düzenleme 5516 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde belirtilmiştir. Tapu Kanununun 15. maddesinde sadece doldurma suretiyle kurutma yolu düzenlenmiştir.

Konuya ilişkin Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.6.1994 gün ve 1994/17-144-414 sayılı kararında;

"...Ancak bu konudaki 5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkındaki (özel) Kanun hükümleri çerçevesinde kazanma mümkün olabilir. Olayda, kurutma işlemine başlanıldığı 1939 tarihi itibarıyla konuya ilişkin düzenlemeyi içeren yalnızca Tapu Kanununun 15/1. maddesi mevcuttur. Anılan madde de sadece doldurma suretiyle kurutmalar ele alınmış ve bunun için de Devletçe veya Vilâyetçe verilecek izin öngörülmüştür.

Doldurma suretiyle kurutma dışında herhangi bir usulle yapılacak kurutmalarda izlenecek yola ilişkin ilk düzenleme ise 23.1.1950 tarihinde yürürlüğe giren 5516 sayılı Kanunun mülga geçici ikinci maddesi ile getirilmiştir. Anılan madde de, 2644 sayılı Tapu Kanununun 15. maddesinin birinci fıkrası şumulu haricinde kalan bir usulle 29.12.1934 tarihinden sonra kurutulan bataklık mahiyetinde olan göl, su birikintileri hususi şahıslar nâmına tapuya tescil edilmemiş ise kurutup zilyetliği devam edenler adına harçsız ve bedelsiz olarak tapuya tescil olunacağı hükme bağlanmıştır..." denilmiştir.

23.1.1950 gün ve 5516 sayılı Kanununun 12. maddesi ile yürürlükten kaldırılan doldurma yolu ile kurutmaya ilişkin Tapu Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrası metni açıklamalara esas olmak üzere aşağıya alınmıştır:

Madde 15 – "Kimsenin mülkiyetinde bulunmayan göller, bataklıklarla birikinti suları Devletçe veya kanun dairesi Vilâyetçe verilen mezuniyete istinaden doldurulması halinde şerait ifa edildiği ait olduğu makamlardan bildirildiği takdirde imtiyaz ve ruhsat şeraiti dairesinde hak sahibi nâmına tescili icra kılınır."

Madde de belirtildiği üzere Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bataklık, bataklık mahiyetinde göl, su ve sazlık gibi yerlerin doldurma yolu ile yapılacak kurutmalarda resmî makamlardan izin alınması zorunludur. Devletçe veya Vilâyetçe verilen izin üzerine, ilgilisi tarafından imtiyaz ve ruhsatta belirtilen süre içinde koşullara uygun olarak kurutulduğu ilgili dairelerce saptanması halinde kurutulan yerin adı geçen kişi adına tapuya tescil edileceği" hüküm altına alınmıştır.

Doldurma suretiyle kurutmaya ilişkin bu hüküm mahiyeti itibariyle denizden doldurmaya ilişkin aynı Kanunun 8 ve devamı maddelerinde yer alan hükümlere benzer bir hükümdür.

15. maddenin ikinci fıkrasında, sahipli taşınmazlarda, zamanla oluşan bataklıkların sağlık nedenleriyle kurutulması zorunluluğunun ortaya çıkması halinde izlenecek yol ve bu tür yerlerdeki kurutmalara bağlanan sonuçlar düzenlenmiştir.

Doldurma suretiyle kurutmaya ilişkin Tapu Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrası 23.1.1950 tarihinde yürürlüğe giren 5516 sayılı Kanunun 12. maddesiyle kaldırılmıştır.

Tapu Kanununun 15. maddesinin birinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmasından sonra 3.1.1950 tarihinden itibaren belediye sınırları dışında kalan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, sahipsiz, sazlık, bataklık ve bataklık mahiyetindeki göl ve su gibi birikintilerin kurutulması, Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında 5516 sayılı Kanun ile Kıyı Kanunu hükümlerine tâbi olacaktır.

10 – 5516 SAYILI KANUNA GÖRE KURUTMA

Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında 5516 sayılı Kanun 23 Ocak 1950 tarihinde yürürlüğe girdi.

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sazlık, bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su gibi birikintilerin kurutulmasına ilişkin bu Kanunun 1. maddesi şöyledir:

"**MADDE : 1** – Belediye hudutları dışında olup, Devletin hüküm ve tasarrufu altında sahipsiz bulunan bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su gibi birikintileri herhangi bir suretle kurutulduğu takdirde bu kurutmadan hâsıl olan arazi aşağıdaki hükümlere göre kurutulan namına tescil olunur".

Kanunun uygulama alanı ile ilgili bulunan 1. maddede açıkça belediye sınırları dışında bulunan yerlerden sözedilmiştir.

Bu hükme göre, belediye sınırları dışında kalan Devletin hüküm ve tasarrufu altında sahipsiz bulunan bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su gibi birikintilerin kurutulması ile elde edilen arazilerin bu kanunun hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir. Belediye sınırları dışındaki sahipli arazinin kurutulması bu kanun kapsamı dışındadır. Sahipli arazinin sağlık nedenleriyle kurutulması 2644 sayılı Tapu Kanununun 15. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

Belediye sınırları dahilinde bulunan sazlık, bataklık, bataklık mahiyetinde göl ve su gibi birikintilerin kurutulması ve deniz ve akarsu kenarlarında doldurma yolu ile elde edilen araziler de bu kanunun düzenlemesi dışında tutulmuştur.

5516 sayılı Kanunun 2 ve devamı maddelerinde, kurutma isteği üzerine izlenecek yol ve idarece yapılacak işlemler ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

İkinci maddeye göre kurutma isteğini içeren dilekçenin Valiliğe, kurutulacak taşınmaz bir kaç ilin sınırları içerisinde kalan bir yer ise en büyük parçanın bulunduğu yer dilekçenin Valiliğine verileceği, dilekçenin Valiliğe ulaşması tarihinden itibaren aynı Kanunun 3. maddesinde belirtilen Valinin Başkanlığında Defterdar, Bayındırlık, Sağlık ve Sosyal Yardım, Tarım Müdürleri ile Su İşleri Müdürü ve Sıtma Savaş Başkanının katılmasıyla oluşacak komisyonca incelenerek kurutma işleminin Sıtma Savaş Kanununun 8. maddesinde belirtilen küçük emekle yerine getirilecek işlerden bulunmaması halinde kurutmanın Devlet eli ile yapılıp yapılamayacağı hususunda konunun Başbakanlığa intikâl ettirileceği, Başbakanlıkça iki aylık süre içerisinde karara bağlanacağı, kurutmanın Devlet eli ile yapılmasına karar verildiği takdirde 4 sene içerisinde kurutmaya başlanacağı, bu süre içerisinde baş-

lanmadığı takdirde Devletin bu haktan vazgeçilmiş sayılacağı ve ondan sonra yapılacak ilânlar üzerine kurutmanın ilgili köye, su birlikleri veya su ortaklıklarına duyurulacağı, bunlar tarafından verilen süre içinde cevap verilmediği veya kurutma işini üstlenmeyeceklerini bildirmeleri halinde müteşebbisler arasında yapılacak pazarlıkla kurutmadan elde edilen araziden en fazla yer terketmeyi kabul eden kişiye yerin kurutulmak üzere terk ve tahsis olunur.

Maddede açıkça belirtildiği üzere küçük emek ve masraf sarfı suretiyle yapılamayan kurutmaların öncelikle Devlet eli ile yapılması, Devletçe bu yolda kurutma yapılmadığı takdirde bu işle uğraşan ilgili kamu tüzel kişilerine, onlar tarafından da yapılmadığı takdirde gerçek kişilere yaptırılmak suretiyle kurutmanın gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.

İkinci maddeyi takip eden diğer maddelerde kurutma ameliyesine ilişkin ayrıntılara yer verilmiştir.

Bu Kanunun 7. maddesine göre, kurutma ameliyesinin üçüncü madde uyarınca oluşturulacak komisyonca koşullarına uygun olarak yapıldığı belirlendiği takdirde kurutulan arazinin kurutan kişi adına bedelsiz ve harçsız olarak tapuya tescil olunacağı belirtilmiştir. Yasada belirtilen izin üzerine yapılan kurutmanın tamamlanması ve İdarece bunun denetlenmesi sonunda kurutan kişinin mülkiyet hakkı doğmuş sayılır.

11 – BATAKLIKLARIN İZİNSİZ OLARAK KURUTULMASI

Yukarıda izah edildiği üzere Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sazlık, bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su birikintilerinin kurutulması ilk defa 2644 sayılı Tapu Kanununun 15. maddesinde düzenlenmiş idi. Bu hükümlerle sadece doldurma suretiyle kurutmalar düzenlenmiş ve bunun için Devlet veya Vilâyetin izini öngörülmiştir.

Bu tür yerlerin izinsiz olarak kurutulmasını düzenleyen bir hüküm Tapu Kanununda yer almamıştır.

Sazlık ve bataklık gibi yerler, deniz ve akarsu kenarlarında izinsiz doldurmaya ilişkin Tapu Kanununun 9. maddesinin kapsamı dışında kalan yerler olduğu için, anılan hükmün bu tür yerler hakkında uygulanması mümkün bulunmamaktadır.

İzinsiz olarak kurutulan bataklıkların durumu 5516 sayılı Kanunun geçici maddesiyle düzenlenmiştir. Tapu Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrasıyla ya-

kından ilgili bulunan geçici maddenin metni açıklanarak, esas olmak üzere aşağıya alınmıştır.

"Geçici Madde : 2644 sayılı Tapu Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrası şumulü haricinde kalan bir usulle 29.12.1934 tarihinden sonra kurutulan bataklık mahiyetinde olan göl, su birikintileri, hususi şahıslar nâmına tapuya tescil edilmemiş ise kurutulup da zilyedlikleri devam edenler nâmına harçsız ve bedelsiz olarak bu kanunun hükümlerine göre tapuya tescil olunur. Kurutanların şahısları veya kurutulan yerin hudut ve mülkiyeti hakkındaki itilâflar mahkemece hallolunur".

Tapu Kanununun 15. maddesi hükmüne göre doldurma suretiyle kurutmalar için Devletçe veya Vilâyetçe verilecek izin öngörülmüştür. İzinsiz doldurma ve kurutmaların yapıldığının ortaya çıkması üzerine kanun koyucu 5516 sayılı Kanunun geçici maddesi ile, 2644 sayılı Tapu Kanununun yürürlük tarihinden sonra doldurma yolu ile bir yerin kurutulması halinde, bu yer ilgili gerçek kişinin adına tescil edilmemiş ise, kurutmanın tamamlanmış ve kurutan kişinin zilyedliğinin devam etmesi koşulu ile adı geçen kişi adına tapuya tescil edileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu bu hükümle izinsiz kurutmaların durumunu hukukileştirmek istemiştir.

Danıştay'ın 19.3.1954 gün ve 1954/33 esas, 1954/70 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 5516 sayılı Kanunun geçici maddesi gereğince doldurma ameliyesi haricindeki bir usulle kurutulmuş bulunan bataklık mahiyetindeki göl ve su birikintilerini zilyedlikleri devam edenler nâmına tescili için izin alınması şartını aramamıştır.

Tarih ve sayısı anılan Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında;

"... her ne kadar 2644 sayılı Kanunun 15. maddesinin mülga birinci fıkrasında yazılı olduğu veçhile sadece doldurma usulü ile kurutulmuş bulunan yerlerin tescili için izin alınmış olması meşrut ise doldurma ameliyesi haricinde kalan herhangi bir usul ile 2644 sayılı Kanunun neşir tarihi olan 29.12.1934 tarihinden 5516 sayılı Kanunun meriyet tarihine kadar kurutulmuş bulunan bataklık, bataklık mahiyetinde olan göl ve su birikintilerinin izin alma şartı aranmaksızın zilyedlikleri devam edenler nâma tescil edilmesi lazım geleceği..." denilmiştir.

5516 sayılı Kanunun geçici birinci maddesi 18.6.1952 tarihinde yürürlüğe giren 5963 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış ve ayrıca geçici bir madde eklenmiştir.

5963 sayılı Kanunla getirilen ek madde ile, 5516 sayılı Kanuna göre başlamış bulunan muameleler hangi safhada bulunursa bulunsun, 1.1.1952

tarihine kadar fiilen kurutma ameliyesine başlanmamış ise, kurutma ameliyesinin hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu bu hükümle kurutma ile ilgili kanun hükümleri çerçevesinde izlenmesi gereken yola başvurulmadan kurutma ameliyesi yapanlar adına imkân sağladığı sonucuna varılmaktadır.

Konuya ilişkin Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.6.1994 gün ve 1994/17-143 esas, 1994/413 sayılı kararında;

"... bu gibi yerlerin herhangi bir usulle kurutulması suretiyle iktisabında izlenmesi gereken yola ilişkin yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde yasa koyucunun kurutma ile ilgili yasa hükümleri çerçevesinde ve belirli koşullara riayet halinde kurutanlar adına iktisaba imkan sağladığı ve özellikle kurutma işlemine bilfiil başlamaya özel bir ağırlık verdiği anlaşılmaktadır..." denilmiştir.

12 – 1757 SAYILI TOPRAK VE TARIM REFORMU KANUNUNUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ

Bir Reform Kanununu olan Toprak ve Tarım Reformu Kanununun 19 ve 20. maddelerinde doldurma ve kurutma suretiyle ortaya çıkan arazilere temas edilmiştir. Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığı Emrine Gececek Arazi başlığını taşıyan 19. maddenin (H) bendine göre, göllerin ve bataklıkların kuruması veya kurutulması, nehirlerin mecra ve seviye değiştirmesi, göl ve deniz kıyılarının doldurulması veya kurutulması ile meydana gelen ve gelecek arazinin Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığı emrine geçeceği belirtilmiştir.

Bu Kanunun 24. maddesi hükmüne göre Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığı emrine geçen arazi üzerinede kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceği ve bu yolla mülkiyet ve öteki aynî hakların kazanılamayacağı belirtilmiş, son fıkrasında da kazanılmış hakların saklı olacağı hükme bağlanmıştır. Şüphesiz kazanılmış hakların zamanaşımı koşullarına uygun olarak oluşmuş olması gerekir.

13 – KIYI KANUNA GÖRE DOLDURMA VE KURUTMA YOLU İLE ARAZİ KAZANMA

3086 sayılı Kıyı Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine 17.4.1990 tarihinde yürürlüğe giren 3621 sayılı Kıyı Kanununun 2. maddesinde deniz, tabii ve sun'î göl ve akarsu kıyıları ile bu yerlerin etkisi altında olan ve devamı niteliğinde bulunan sahil şeritlerinin bu kanun hükümlerine tabi olduğu açıklanmıştır.

Maddede açıkca belirtildiği üzere Kıyı Kanununun deniz, tabii ve sunî göl ve akarsu kıyıları ile deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerine ait düzenlemelerle ilgili bulunmaktadır. 5516 sayılı Kanunun kapsamında kalan Devletin hüküm ve tasarrufu altında sahipsiz bulunan sazlık, bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su gibi birikintiler bu kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

3621 sayılı Kıyı Kanununun 5. maddesi ile kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu vurgulanmış, 7. maddesine göre de kamu yararının gerektirdiği hallerde uygulama imar planı kararı ile deniz, göl ve akarsularda ekolojik özellikler dikkate alınarak doldurma ve kurutma suretiyle arazi elde edileceği belirtilmiştir.

Bu maddenin 2. fıkrasında da doldurma ve kurutma suretiyle arazi elde edilmesinde izlenecek yol ve bunun sonuçları açıklanmıştır. Kıyı Kanununun 7. maddesi hükmü ile Kamu Kurumları dışında özel gerçek ve tüzel kişilerin deniz, tabii ve sunî göl ve akarsu kıyıları ile bu yerlerin etkisinde olan ve devamı niteliğinde bulunan sahil şeritlerinde doldurma suretiyle yer kazanmaları yasaklanmıştır. Ancak Kamu Kurum veya Kuruluşları, kanuni deyimle "ilgili idare" eliyle doldurma veya kurutma işlemi yapacaktır.

Kıyı Kanununa göre, deniz, tabii ve sunî göl ve akarsu kıyıları ile bu yerlerin etkisinde olan ve devamı niteliğinde bulunan sahil şeritlerinde doldurma ve kurutma suretiyle arazi elde edilmesi kamu yararının gerektirdiği hallerde olabilecektir. Kamu yararı yoksa, hiç bir halde bu tür yerlerin doldurma ve kurutma yoluyla daraltılmasına izin verilmeyecektir.

Kıyı Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, doldurma ve kurutma suretiyle elde edilen arazilerin özel mülkiyete konu olamayacağı ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu belirtilmiştir.

Kanunî düzenlemeler karşısında özet olarak yapılan bu açıklamalardan sonra bu tür yerlerin imar ve ihya yolu ile kazanılmasının mümkün olup olmayacağı konusuna gelince: İmar ve ihyanın koşulları 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesinde belirtilmiştir. 4753 sayılı Kanunun aksine, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesinde ihya edilecek taşınmazların nitelikleri belirtilemeksizin orman sayılmayan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden masraf ve emek sarfı suretiyle elde edilen taşınmazlardan söz edilmiştir. Madde ihyaya konu taşınmazlar bakımından geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. İlk bakışta,

doldurma ve kurutmaya konu yerlerin de bu madde kapsamında olduğu akla gelebilir. Doldurma ve kurutma ameliyesi, maddi olay olarak bir ihya işlemdir. Bu bakımdan her iki işlem arasında benzerlik bulunmakta isede, hukukî ve teknik anlamları ile birbirlerinden farklı kavram ve kurumlardır. Kanun koyucu, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan deniz, tabii ve sunî göl, akarsu kıyıları ile bu yerlerin etkisi altında olan ve devamı niteliğinde bulunan sahil şeritleri ile, sazlık, bataklık ve bataklık mahiyetindeki su birikintilerinin doldurma ve kurutma suretiyle niteliğinin değiştirilmesi ve arazi elde edilmesini özel kanunlarla düzenlemiştir. Özel kanunların izin verdiği ölçüde doldurma ve kurutma ismi altında yapılan bu işlemler 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesinde belirtilen anlamda imar ve ihya işlemi değildir. Bu tür yerlerin zilyedlik ve imar-ihya yolu ile edinilmesi mümkün bulunmadığına göre doldurma ve kurutma işlemi de imar ve ihya sayılmaz.

**BİR ALT MÜTEAHHİDE KARŞI
ANA MÜTEAHHİDİN GARANTİ DAVASININ ZAMANAŞIMI**

Çeviren
Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

İsviçre Federal Mahkeme Kararları Dergisi
Medeni Hukuk
İkinci Bölüm

Lausanne, 04.10.1994/281
Sayfa : 214 - 221

**(B) Anonim Şirketinin, (L) Anonim Şirketine Karşı Açtığı Davada
Federal Mahkeme Birinci Hukuk Dairesi'nin 22 Şubat 1994
Tarihinde Verdiği Karar**

Borçlar Kanunu madde 371/2.

***Bir alt müteahhide karşı ana müteahhidin garanti davasının
zamanaşımı***

Borçlar Kanununun 371/2. maddesinde öngörülen beş yıllık zamanaşımı ancak konusu bir gayrimenkul inşaatı olan eser sözleşmesine uygulanır (iç-tihad teyidi). Bu zamanaşımı, yaptığı eseri gayrimenkul inşaatına bizzat kendisi monte etmeyen bir alt müteahhide karşı ana müteahhit tarafından ileri sürülen ayıplar için açılan, garanti davasında uygulanmaz.

A- 1988 yılında, (Lozan)'da bulunan bir binanın cephelerini yenileme işlerini (B) anonim şirketi ihale ile aldı. İşlerin bir kısmını (L) anonim şirketine verdi. Bu şirket de taş görünümünde plakaları imal edip ölçüsüne göre kesti ve teslim etti. Teslimat 1988 yılı Kasım ayının ilk onbeş günü içinde yapıldı.

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

KAYNAK : Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, 4.10.1994/281, sayfa: 214-221.

(B) anonim şirketi 16 Kasım 1988'de bu plakaları yerine yerleştirme işine başladı.

1991 yılı ilkbaharında, bina sahibi, cephe elemanlarını tahrip eden kusurlardan şikâyetçi oldu. (L) anonim şirketi de durumdan derhal haberdar edildi.

Bir bilirkişi raporuna göre çatlakların nedenleri, özellikle yerine yenilerinin yerleştirilmesi gerekli bu elemanların uygun olmayan imalinden kaynaklanıyordu.

B- (B) anonim şirketi bina sahibine karşı sorumluluğunu kabul eder. Bununla birlikte o, (L) anonim şirketine rücu eder. (L) anonim şirketi ise bu alacağın zamanaşımına uğradığını savunur.

Tarafları sadece zamanaşımı sorunu birbirinden ayırmaktadır. Onun için bu sorunu instance unique olarak karar veren Federal Mahkeme'ye sunarlar. (B) anonim şirketi bu davayı ve (L) anonim şirketi de karşı davayı açtı; her ikisi de cephe elemanlarını bozan kusurları gidermek için müşterek bir mutabakatla, sarfedilen herbirinin yaptığı (B) 69 235 İsviçre Frangı, (L) de 33.400 İsviçre Frangı masrafı faiziyle birlikte istediler.

Federal Mahkeme, asıl davayı red ve (L) anonim şirketinin açtığı karşı davayı kabul eder.

Gerekçelerin özeti

3- Eserin kusurları nedeniyle iş sahibinin hakları, satın alanın haklarına tekabül eden aynı kurallara göre zamanaşımına uğrar (BK. m. 371/1). Her halükârda, bir gayrimenkul inşaatının kusurları sebebiyle iş sahibinin davası ise müteahhide, mimara veya eserin ifasında çalışan mühendise karşı eserin kabulünden başlamak üzere beş yılda zamanaşımına uğrar (BK. m. 371/2). Davacıya göre zikredilen hükmün ikinci fıkrasındaki daha uzun olan zamanaşımı yaptığı eseri gayrimenkul inşaatında kendisi monte etmese bile, eserdeki kusurlar nedeniyle ana müteahhidin, alt müteahhidine karşı açtığı davada da uygulanır.

a) Müteahhide karşı yöneltilmiş bir dava söz konusu olduğundan Federal Mahkeme BK. m. 371/2 hükmünün, konusu bizatihi gayrimenkul inşaatı olan sözleşmelere uygulandığına, konusu gayrimenkul inşaatı olmaksızın böyle bir inşaatla yalnızca ilgili olan sözleşmeleri öngörmediğine hükmeder. Bu

bakımdan bu kural tüm sanatkâra ve müteahhitlere kanunî ipotek tescil hakkını tanıyan MK. 837/fıkra 1 bent 3 hükmünden ayrılır; binalar veya diğer eserlere malzeme ve emek veya sadece emek temin edenler alt müteahhit mi olurlar? BK. m. 837/fıkra 1 bent 3 hükmü, müteahhidin alacağını garanti etmeye yarar, BK. m. 371/2 hükmü ise iş sahibinin haklarının eserin gerekli sağlamlığı göstermesinden veya jeoloji ve atmosfer şartlarına uyumunun tespitinden önce, zamanaşımına uğramasını önlemeye yarar. BK. m. 371/2'nin temelindeki bu ana kavram, böyle bir inşaatla bir "gayrimenkul inşaatı" üzerindeki yapılan tüm çalışmayı özümleştirmeyi yasaklar. Müteahhit tarafından temin edilen eserin kendisi, niteliği icabı, bir inşaat olarak kabul edilebilmelidir, buna hal ve şartlara göre karar verilebilir (ATF 93 II 242 gerekçe 2).

Bu hükmün yorumu daha sonra yeni bir incelemeye yer vermeksizin teyit edilmiştir (ATF 117 II 425 gerekçe 3, 114 II 264 gerekçe 2c, 109 II 34 gerekçe 4b). Davacının düşüncesinin aksine bu kararlarda, eseri bozan kusurların varlığının iş sahibi tarafından müşahade edilmesinden önce müdahale edilmeme riskinde, kısa bir zamanaşımına müteahhidin menfaatine gayrimenkul inşaatı konusunda daha az ağırlık tanınması eğilimini göremeyiz. Bu son kabul, yeni değildir, daha önce ATF 93 II 242 gerekçe 2a, sh. 245 son, davacı buraya dayanmaktadır. Bu ilke kararından sonraki kararlarında da içtihadın zaman içinde bu ilke kararına daha fazla önem verdiği görülmüyor.

b) Davacıya göre, kanton içtihadı onun savunduğu tez anlamında gitmektedir. Hiçbir şey daha az emin değildir.

Kuşkusuz, Vaud (Lozan) kanton mahkemesi Temyiz Dairesinin, 10 Nisan 1940 tarihli bir kararında, bir hastane inşaatı münasebetiyle ifa edilen bina içindeki marangozluk işleri (özellikle modele göre yapılan 37 kapının teminini) onların değeri, önemi ve niteliği gözönüne alındığında BK. m. 371/2 hükmüne göre beş yıllık zamanaşımına tabi büyük eser olarak kabul edilebilirdi. Binaya eserini bizzat monte etmeyen alt müteahhide karşı ana müteahhidin açtığı davada da durum aynı idi (RSJ 1940/41 (37), P. 282, n. 183). Her halükârda burada, eski bir Yüksek Mahkeme Kararı söz konusu olup, kaba inşaat fikrine göre verilmiştir. Bu ise BK. m. 371/2 hükmüne yabancıdır.

Daha yakın bir zamanda, fakat ATF 93 II 242'nin yayımlanmasından önce, Valais kantonu kanton mahkemesi, aydınlatma tesislerinin teslim ve döşenmesinde eserin kontrolunun yapılmasının güçlüğüne ayırım kıstası olarak seçti.

Şartlar sebebiyle, bununla birlikte m. 371/2'nin uygulanmasını bu somut olayda hariç tuttu (RJV 1968 p. 179). Burada, kanton makamı az tartışılır bir kıstasdan yararlandı. Ne olursa olsun, müteahhit tesisin montajını kendisi yaptığı için söz konusu kararın, bizim davamıza hiçbir yardımı dokunmaz.

Davacı, Cenevre Kanton mahkemesinin bir binanın gömme dolaplarına ve diğer dolaplarına tahsis edilen kapıların ve kapakların teminiyle ilgili bir marangozun alacağıının zamanaşımına ilişkin Cenevre Kanton mahkemesinin –yasal bir ipoteğin tescil usulü ile ilişkili kararını zikretmektedir. Fakat burada marangoz ne malları teslim etmiş ne de montajını yapmıştır. Kanton mahkemesi bunları bir binaya yerleştirilmesi için satılan prefabrike mallar olarak kabul edip bir yıllık zamanaşımına tabi tutmuştur (SJ 1970 p. 557 ss). Bu yüksek mahkeme kararında, kapı ve küçük kapıların standard veya tahsis edildikleri bina için özellikle imal edilmiş prefabrike elemanlar olup olmadığını ortaya koymamaktadır. Davacının kendi tezinde destek olması bakımından buradan nereye varmak istediği pek iyi anlaşılabilir.

Nihayet, davacı tarafından ileri sürülen 14 Haziran 1984 tarihli Jura kararı, bir binada müteahhit tarafından ifa edilen işlerle ilgilidir (Fichier de jurisprudence jurassienne J 9/1) ve hiçbir şekilde bu davadaki ihtilâflı sorunu incelememiştir.

c) Doktrine gelince, davacı GAUTSCHI'ye dayanmaktadır (no 12a ad art. 131 CO). Bu yazar bir ayırım yapmaktadır: Şayet sadece inşaata tahsis edilen malzeme satışı varsa, bu yazara göre, BK. m. 210'daki bir yıllık zamanaşımı uygulanır; buna karşın, eğer sanatkâr veya müteahhit binaya bizzat bir eser temin ederse kendisi monte etsin veya etmesin zamanaşımı beş yıldır. Böylece yasal bir ipoteğin tescilini isteyebilen tüm müteahhitler beş yıllık zamanaşımından faydalanırlardı. Bu tez, yazarın BK. m. 371/2 ile MK. 837/1 bent 3 hükmü arasında irtibat görmesindedir. Burada yeni bir kavram söz konusu değildir. Federal mahkeme daha önce bunu biliyordu; zira ATF 93 II 242 kararında, bu hususu inceledi ve reddetti. DÜRR (Werkvertrag und Auftrag, éd. 1983, p. 81) bir yıllık zamanaşımı ile beş yıllık zamanaşımı arasındaki farkın, beş yıllık bir zamanaşımına tabi olan müteahhidin kendisine eseri teslim eden kişiye rücu edememesinin anlaşılmadığını ortaya koymaktadır.

REBER (Rechtshand buch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4e éd. p. 168 s.) içtihadın durumunu ortaya koymakta fakat

buna karşı kendisi hiçbir tavır almamaktadır. PEDRAZZINI'ye gelince (Le Contrat d'Entreprise, in traité de droit privé suisse, vol. VII, t. I/3, p. 34, n. 87) o da, bu konudaki içtihadı işaret ederek, bina inşaatı kavramının gayrimenkul eser kavramından daha dar olduğunu belirtmektedir. Gayrimenkul inşaat sözleşmesinin konusu, niteliği gereği, onu böyle kabul etmeye müsait ise vardır.

Diğer yazarlar, eleştirmeye girmeksizin veya sadece Federal Mahkeme tarafından benimsenen çözüm üzerinde kuşkularını belirterek içtihadı ilgede bulunmaktadır fakat ENGEL de aynı şekilde davranmaktadır (Contrats de droit suisse, p. 424) ve ZINDEL/PULVER (Obligationenrecht I, no 21 ad art. 371, GAUTSCHI'nin ayrılan fikirlerini zikreder). TERCIER (La partie spéciale du Code des Obligations) gayrimenkul inşaatlarının tarifini ve MK. 837/1 bent 3 anlamında kanunî ipoteğin tescili talebine de müsaade eden gayrimenkul eser fikrini hatırlatıyor (no 2586). Bu kavram geniş anlamda anlaşılmalı ve BK. m. 371/2 anlamında gayrimenkul inşaatı ile karıştırılmamalıdır (n. 2274).

GAUCH (Der Werkvertrag, 3 ème éd.) içtihat tarafından verilen çözüme çekincesiz katılıyor. BK. m. 371/2 hükmünde öngörülen gayrimenkul inşaatını tarif ediyor ve MK. m. 387/bent 1 fıkra 3 ile BK. m. 371/2 arasında hiçbir bağ bulunmadığını ortaya koyuyor (n. 1612) et ATF 109 II 39 s. hükmüne ilgede bulunarak gayrimenkule bizzat müteahhit tarafından monte edilmeyen bir eser bir "gayrimenkul inşaat" değildir, her zaman memnun edici sonuçlar vermese bile, özellikle ana müteahhidin alt müteahhide rücu edememesi halinde (no 1613) bir yıllık zamanaşımına tabidir. Aynı şekilde CORBOZ da, bu yazara ilgede bulunuyor ve müteahhit veya yardımcıları tarafından (FJS no 460, p. 22, note de pied 183) gayrimenkul inşaatı monte edilmeyen, söz konusu eser için imal edilmiş olsa bile "gayrimenkul inşaatlar" olarak kabul edilemez.

Davacı, STEINAUER'in incelemesini de zikretmektedir (Les risques liés aux matériaux: Les relations entre le maître, l'entrepreneur et les fournisseurs, in journées du droit de la construction 1983/1, p. 68 ss). Bu yazarın tespitine göre BK. 371/2'nin yorumu tartışmalara konu teşkil etmiştir. Onun düşüncesine göre, eğer alt müteahhit malzemeleri kendi tespit edip, bizzat kendisi ayarlamalarını yapmış ise (örneğin kapı ve pencereler) binanın ayrılmaz parçaları haline gelmiş ise zamanaşımı beş yıl olmalıdır. Buna karşın, eğer inşaatı bizzat monte etmeksizin sadece malzemeleri teslim etmekle

yetinirse (kapı, inşaat demiri, ölçü üzerine yapılan prefabrike malzeme) zamanaşımı süresi bir yıldır (p. 79). Davacının önerisinin aksine, bu yazar Federal Mahkeme tarafından benimsenen ve GAUCH tarafından savunulan çözümden ayrılmaktadır. Müteahhit için en iyi çözüme göre eleştiri, zamanaşımı bakımından, bir satış sözleşmesinden ziyade (sh. 87) bir eser sözleşmesiyle temin edildiği zaman biraz önce açıklanan sistemde hiç bir değişiklik olmaz. Zira yazar, eleştirisinin mesnedinin şartını alt müteahhidin bir gayrimenkulün inşaatına yardımcı olmaya dayandırmakta ve bu noktada BK. 371/2 nin yorumuna ilişkin daha önceki açıklamalarına atıf yapılmaktadır (sh. 79, ch 2, let. b, et non ch. 3, let b, comme indiqué par erreur à la p. 87).

Nihayet, DREYER (Bina cephesinin yenilenmesi işleri için garantinin zamanaşımı süresi in dc 1985 dc ss.) ki bunu tezine dayanak yapmak bakımından davacının ileri sürdüğü, biraz yukarıda işaret edilen jura kararını açıklamaktadır. (gerekçe 2b in fine:) Her halükârda, kararda incelendiğinden daha fazlasını değil, bu yazar davadaki ihtilafli soruna gayrimenkulde eserini bizzat eser sözleşmesiyle alt müteahhidin monte etme zorunluluğuna dokunmuyor. Aynı eleştiri bu yazar tarafından zikredilen Cenevre Yüksek Mahkemesinin kararına karşı da yapılabilir (SJ 1919 p. 85).

d) ATF 93 II 242 tarafından BK. m. 371/2'ye getirilen yorumun sonuçlarının yetersiz olduğu görülebilmektedir. Burada bir gayrimenkul inşaatının kusurları dolayısıyla iş sahibine karşı beş yıllık zamanaşımı esnasında sorumluluğu istenen müteahhit, sorumlu alt müteahhide karşı artık dava açamaz. Zira alt müteahhit inşaata eserini bizzat kendisi monte etmediğinden bir yıllık zamanaşımı ileri sürebilir. Aynı şekilde bu prensip kararında yer alan düşünceye karşı olan düşüncenin bazen doktrinde ve kanton mahkemelerinin kararlarında yer aldığı doğrudur. Bununla birlikte Federal Mahkeme içtihadı yerleşiktir ve doktrinde çoğunluk bununla bağlanmaktadır. Özellikle GAUCH'ın mutabakatına sahiptir ki GAUCH inşaat hukuku sahasında bir otoritedir. Başka bir nokta üzerinde bir binanın cephesinin yenilenmesini gayrimenkul inşaatı olarak göstermemektedir (op. cit., n. 1610).

Bu içtihadın değişikliği davacı tarafından teklif edilen anlamda haklı değildir. ATF 93 II 242 birbirine karşı olan her iki tezi dikkate alarak sorunun derinlemesine incelenmesinden sonra verilmiştir. Üzerinde hüküm verilecek sorun yeni bir sorun olarak ortaya çıkmamaktadır. Hiçbir somut ve belirleyici unsur başka bir görüşü uyarlamak için gerek yakın doktrinden gerekse bu karardan önceki içtihattan anlaşılmamaktadır. Ekonomik veya teknik olup

farklı anlamda bir kararı vermeye müsait olan şartların ve kavramların bir gelişimi de gözlenmemektedir.

Davacı tarafından teklif edilen çözüm, kanun koyucu tarafından istenen sisteme karşıdır. Bu sistemi yeniden gözden geçirme hâkime ait değildir. Konu üzerinde bir içtihat değişikliği kendini göstermektedir. Üstelik BK. 371/1 maddesindeki süreler tasarruf hukukundadır ve sözleşmelerle değiştirilebilirler (ATF II 811 142 Consid. 4, 108 II 194 consid. 46 et les références). Şartlar elverişli olarak görüldüğünde, müteahhit zamanaşımı süresinin artırılmasını alt müteahhidiyle kararlaştırabilir. Böylece eserindeki kusurların garantisi sebebiyle iş sahibi tarafından kendisine karşı dava açıldığında, alt müteahhide karşı talep haklarını kaybetmez. Kısaca eğer müteahhit ve onun alt müteahhidi akdi ilişkilerini SIA. 118 normuna tabi tuttularsa BK. 371/2 anlamında bir gayrimenkul inşaatı teşkil etmezse bile, eser kusur garantilerinden dolayı dava açma zamanaşımı süresi beş yıllıktır (art. 180 al 1 de ladite norme Gauch, Kommentar zur SIA - Norm 118, Art. 158-190, n. 4a ad art 180).

e) Davalı tarafından teslim edilen eser, ölçü üzerine imal edilmiş plakalardır ve bazı icaplara cevap vermekte olup bir eser sözleşmesi çerçevesinde yapılmıştır. Fakat biraz önce tarif edildiği gibi, bir gayrimenkul inşaatı düşüncesine cevap vermemektedir. Kuşkusuz yapılan eser böyle bir inşaatı tahsis edilmiş idi. Fakat davalı tarafından montajını yapmış olması etkilememiştir. Buradan çıkan sonuca göre davacının davası zamanaşımına uğramıştır ve reddedilmelidir. Bu durumda karşı davanın kabulü gerekir. Zira buna bağlı olarak davalının alacak miktarını, faiz yüzdesinin ve faizlerinin başlangıç noktasını davacı kabul etmiş olduğundan bu sonuç üzerinde ihtilâf yoktur.

*Kararda geçen İsviçre kanun maddelerinin
Türk hukukundaki karşılıkları*

İsviçre

BK. 371/2

MK. m. 837/fıkra 1 bent 3

Türk

BK. m. 363/2

MK. m. 807/fıkra 1 bent 3

YENİ SEÇİLENLER, EMEKLİLİK VE VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen
Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

• Yüksel Mete GÜNEL

1937'de Sivas'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1961 senesinde mesleğe başlayan *Günel*, sırasıyla; Mazgirt, Çumra, Kuşadası Cumhuriyet Savcılıkları, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri ve Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimliği ile aynı Kuruluşun Başmüşavirliği görevlerinde bulunmuştur.

"İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu" adlı bir kitabı yayınlanan ve 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Yüksel Mete Günel*, Yedinci Hukuk Dairesi Üyeliği görevinde de bulunduktan sonra, Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 17.5.1995 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

• Gönen ERİŞ (**)

1934 yılında Kırklareli'nde doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1963 senesinde mesleğe başlayan *Eriş*, sırasıyla; Ardeşen Hâkimliği, Çayeli Hâkimliği, Kırşehir Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

(*) Yargıtay Yayın İşleri Müdürü.

(**) Bir önceki dergimizde eksik ve hatalı yayınlandığından, tekrar yayımlanmıştır.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen, "Ticaret Şirketleri" dalında master yapan *Eriş*'in, üç ciltlik "Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu", "Açıklamalı Kooperatifler Kanunu", "Açıklamalı İflas ve Konkordato Hukuku", "Uygulamalı Çek Hukuku", "Hacizden Doğan İstihkak Davaları" ve "Anonim Şirketler Hukuku" adlı yayınlanmış yapıtları vardır.

Halen, Yayın Kurulu Başkanlığı ile Tasnif Kurulu Başkanlığı görevlerini de sürdüren *Gönen Eriş*, Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 26.12.1994 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

YARGITAY ÜYELERİ

• Yaşar BÜKEN

1.1.1937 yılında Avanos'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1964'te mesleğe başlayan *Büken*, sırasıyla; Karakoçan Hâkim Yardımcılığı, Çayıralan Sorgu Hâkimliği, Çayıralan Hâkim Yardımcılığı, Çayıralan Ceza Hâkimliği, Erbaa Ceza Hâkimliği, Kayseri Hâkimliği, Kayseri Ceza Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği ile Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği ve Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Yaşar Büken*, Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• Alâettin İSAOĞLU

1.5.1939 günü Pazar (Rize)'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962 yılında bitirdikten sonra, Ünye Hâkim Adayı olarak 11.2.1963 tarihinde mesleğe başlayan *İsaoğlu*, sırasıyla; Mardin Hâkim Adaylığı, Ergani Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Tirebolu Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Tirebolu Cumhuriyet Savcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Alâettin İsaoğlu*, Onbirinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• Yüksel ACUN

20.10.1936 günü Hasköy'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1963 yılında bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan

Acun, sırasıyla; Çayırılı Hâkim Yardımcılığı, Hınıs Hâkim Yardımcılığı, Hınıs Sulh Hâkimliği, Hınıs Ceza Hâkimliği, Malkara Ceza Hâkimliği, Urfa, İstanbul, Şişli, Zeytinburnu Hâkimlikleri ile Zeytinburnu Hukuk Hâkimliği ve Beyoğlu Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Yüksel Acun*, Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Selahattin TEKİN**

1939 yılında Pertek'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1967 senesinde bitirdikten sonra, Elazığ Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Tekin*, sırasıyla; Akkuş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Palu Cumhuriyet Savcılığı, Şereflikoçhisar Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve aynı yer Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı iken, 20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Selahattin Tekin*, Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Zeki ASLAN**

1944 yılında Çivril'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1967 senesinde bitirdikten sonra, Aydın Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Aslan*, sırasıyla; Çatalzeytin, Feke, Tarsus, Mardin ve Konya Cumhuriyet Savcı Yardımcılıkları, Malatya Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı ve Başsavcılığı ile Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Zeki Aslan*, Onbirinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Ahmet KÖKSAL**

1939 yılında Ahlat'ta doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1970 senesinde bitirdikten sonra, Kocaeli Hâkim Yardımcısı olarak 20.6.1972 tarihinde mesleğe başlayan *Köksal*, sırasıyla; Yusufeli Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Foça Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Adalet Müfettişliği, İzmir Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve İzmir Cumhuriyet Savcılığı ile İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ahmet Köksal*, Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

- **Kadri AZIZOĞLU**

1946 yılında Diyarbakır'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1969'da bitirdikten sonra, Kocaeli Hâkim Adayı olarak 27.10.1972 tarihinde mesleğe başlayan *Azizoğlu*, sırasıyla; Gercüş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Arapkir Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Elmadağ Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Ankara Cumhuriyet Savcılığı ve Ankara Cumhuriyet Başsavcı Vekilliği görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Kadri Azizoğlu*, Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

- **Hasan GERÇEKER**

1946 yılında Ankara'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1970 senesinde bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1972'de mesleğe başlayan *Gerçekker*, sırasıyla; Doğubeyazıt, Pazaryeri, Aksaray Cumhuriyet Savcı Yardımcılıkları ile Askeri Yargıtay Başsavcı Yardımcılığı ve Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Hasan Gerçekker*, Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

- **Yaşar Engin SELİMOĞLU**

20.1.1943 yılında İstanbul'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1970 senesinde bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 1973'te mesleğe başlayan *Selimoğlu*, sırasıyla; Araban Hâkim Yardımcılığı, Araban Hâkimliği, Almus Sorgu Hâkimliği ve Çiçekdağı Sorgu Hâkimliği ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

"Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun On Yıllık Emsal Kararları" adlı ortaklaşa bir eseri yayımlanan ve 20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Yaşar Engin Selimoğlu*, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

- **Muammer Serpil ÖZGENÇ**

30.6.1947 yılında Akçadağ'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1969 senesinde bitirdikten ve bir süre avukatlık yaptıktan sonra hâkimlik mesleğine geçerek Mardin Sorgu Hâkimi olarak 1978'de mesleğe başlayan *Özgenç*, 1981 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanmıştır.

Dokuzuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Fransızca bilen *Muammer Serpil Özgenç*, Yirmibirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

- **Osman CAN**

1943 yılında Çankırı-Orta İlçesi'nin Karaağaç Köyü'nde doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1970 senesinde bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1974'de mesleğe başlayan *Can*, sırasıyla; Çatak Hâkim Yardımcılığı, Çatak Hâkimliği, Orhaneli Sorgu Hâkimliği, Orhaneli Sulh Hâkimliği, Orhaneli Hâkimliği ile Çubuk ve Ankara Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

20.1.1995 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Osman Can*, Yirmibirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

- **Halit KOÇULU**

1930 yılında Kars-Çakmak'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955'te bitirdikten sonra, Kars Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Koçulu*, sırasıyla; Tuzluca Hâkim Yardımcılığı, Sarıkamış Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Kozan Sorgu Hâkimliği, Şarkışla ve Çıldır Cumhuriyet Savcılıkları, Bingöl Ceza Hâkimliği, Bingöl Hâkimliği, Malatya Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ile Ankara Hâkimliği ve Altındağ Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Halit Koçulu*, 17.9.1990 tarihinden beri sürdürdüğü Beşinci Ceza Dairesi Başkanlığından, 1.7.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

- **Mehmet Cengiz KOSTAKOĞLU**

10.4.1930 tarihinde Alaşehir'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1952 senesinde bitirdikten ve bir süre avukatlık yaptıktan sonra hâkimlik mesleğine geçen *Kostakoğlu*, Gelendost Hâkimliği, Manyas Hâkimliği ve Akhisar Hâkimliği ile Karşıyaka Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Kostakoğlu*, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliği ile aynı Kurul'un Başkanvekilliği görevlerinde de bulun-

muştur. Çeşitli dergilerde yayınlanmış makaleleri ile inceleme yazıları yayımlanan ve "Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar" adlı yayınlanmış bir eseri de bulunan *Mehmet Cengiz Kostakoğlu*, 5.11.1991 günü seçildiği Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Başkanlığı görevinden, 10.4.1995 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY ÜYELERİ

• Saim DİNÇASLAN

1930 yılında Pınarbaşı'nda doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1954'te bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 1955 senesinde mesleğe başlayan *Diñçaslan*, sırasıyla; Şırnak ve Çamardı Hâkim Yardımcılığı, Yeşilhisar Cumhuriyet Savcılığı, Altıntaş ve Develi ile Ankara Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Saim Diñçaslan*, Onikinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden, 1.2.1995 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• Macit BAŞESEN

29.4.1930 tarihinde Adana'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1954 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1956 senesinde mesleğe başlayan *Başesen*, sırasıyla; Şirvan Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Hozat Hâkim Yardımcılığı, Silifke Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Kırıkhan Cumhuriyet Savcılığı ve Düzce Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Macit Başesen*, Dördüncü Ceza Dairesi Üyeliğinden, 29.4.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• Ahmet Tacettin SEÇKİN

1930 yılında Hafik'te doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957 senesinde bitirdikten sonra, Sivas Hâkim Adayı olarak 1958'de mesleğe başlayan *Seçkin*, sırasıyla; Çat Hâkimliği, Cide Hâkimliği ve Çarşamba Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

2.11.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ahmet Tacettin Seçkin*, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden, 1.7.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

- **Turgut UĞUR**

27.2.1930 tarihinde Kayseri'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1958'de mesleğe başlayan *Uğur*, sırasıyla; Silvan Cumhuriyet Savcılığı, Mudurnu, Yozgat, Konya Hâkimlikleri, Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Üyeliği ile Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

6.12.1988 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Turgut Uğur*, Sekizinci Hukuk dairesi Üyeliğinden, 27.2.1995 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY CUMHURİYET SAVCILARI

- **İsmail ERMUTLU**

1930 yılında Kars'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1958'de bitirdikten sonra, aynı yıl Kars Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Ermutlu*, sırasıyla; Göynücek Cumhuriyet Savcılığı ve Amasya Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Sivas Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1972 senesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığına atanan *İsmail Ermutlu*, Yargıtay Cumhuriyet Savcılığından, 1.7.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

- **Vedat Ahmet CEVHER**

2.5.1930 tarihinde Gümüşhacıköy'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1959 senesinde mesleğe başlayan *Cevher*, sırasıyla; Arapkir Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Merzifon Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Bartın Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1979 yılında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığına atanan *Vedat Ahmet Cevher*, Yargıtay Cumhuriyet Savcılığından, 2.5.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY TETKİK HAKİMLERİ

• Perihan ERSEN

1934 yılında Elazığ'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1958 senesinde bitirdikten sonra, aynı yıl Ankara Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Ersen*, sırasıyla; Erfelek Hâkimliği, Midyat Hâkimliği ve Ordu Hâkimliği ile Keskin Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1975 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan *Perihan Ersen*, Onbeşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği ile Birinci Başkanlık (Tasnif Kurulu) Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunmuş ve Onikinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 18.5.1995 günü kendi isteği ile emekliye ayrılmıştır.

• Hakkı ERSOY

1930 yılında Tirebolu'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957 senesinde bitirdikten sonra, Giresun Hâkim Adayı olarak 1959'da mesleğe başlayan *Ersoy*, sırasıyla; Azdavay Hâkim Yardımcılığı, Perşembe Cumhuriyet Savcılığı, Konya Hâkimliği, Dereli Hâkimliği ile Mecitözü Hâkimliği ve Giresun Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1979 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan ve Ondördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevinde de bulunan *Hakkı Ersoy*, Birinci Başkanlık (Tasnif Kurulu) Tetkik Hâkimliğinden, 1.7.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• Sedat CEBECİ

1930 yılında Havza (Samsun)'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 31.10.1960 tarihinde mesleğe başlayan *Cebeci*, sırasıyla; Çemişgezek Hâkimliği ve Tirebolu Hâkimliği ile İskilip Hâkimliği görevlerinde bulunmuş ve Beşinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 27.12.1994 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• İrfan HIDİR

1930 yılında Bandırma'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960 senesinde bitirdikten sonra, Hamur Hâkimi olarak 1962'de mesleğe başlayan *Hıdır*, sırasıyla; Domaniç Hâkimliği ve Edremit Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1975 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan *İrfan Hıdır*, Dördüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 11.8.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılacaktır.

• **Mehmet Şefik ERDEM**

1930 yılında Tirebolu'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *Erdem*, sırasıyla; Andırın Hâkimliği ve Maçka Hâkimliği ile Sürmene Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1976 senesinde Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan *Mehmet Şefik Erdem*, İkinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 5.4.1995 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

• **Azmi BOSNA**

12.4.1934 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1961 senesinde mesleğe başlayan *Bosna*, sırasıyla; Hilvan Hâkim Yardımcılığı, Tomarza Hâkim Yardımcılığı, Pınarbaşı Hâkim Yardımcılığı, Pınarbaşı Hukuk Hâkimliği ile Şereflikoçhisar Tapulama Hâkimliği ve Şereflikoçhisar Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

16.6.1978 günü Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan *Azmi Bosna*, Üçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevinde de bulunmuş ve Birinci Başkanlık (Tasnif Kurulu) Tetkik Hâkimliği görevini sürdürdüğü sırada, 61 yaşında vefat etmiştir.

Yeni seçilen; GÜNEL, ERIŞ, BÜKEN, İSAOĞLU, ACUN, TEKİN, KÖKSAL, AZİZOĞLU, GERÇEKER, SELİMOĞLU ve ÖZGENÇ ile CAN'a, görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle de aramızdan ayrılan; KOÇULU, KOSTAKOĞLU, DİNÇASLAN, BAŞESEN, SEÇKİN, UĞUR, ERMUTLU, CEVHER, ERSEN, ERSOY, CEBECİ ile HİDİR ve ERDEM'e de yaşamları boyunca sağlık ve mutluluklar, vefat eden BOSNA'ya da Tanrı'dan rahmet dileriz.

Y A S A L A R

Derleyen
Ali Rıza GENİŞ (*)

Resmî Gazete				
Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı	
7.1.1995	22164	1	Kanun No. 4063	Kabul Tarihi: 23.12.1994 Katma Bütçeli İdareler 1995 Mali Yılı Bütçe Kanunu.
	(Mükerrer)			
7.1.1995	22164	453	Kanun No. 4062	Kabul Tarihi: 23.12.1994 1993 Mali Yılı Kesin Hesap Kanunu.
	(Mükerrer)			
7.1.1995	22164	466	Kanun No. 4064	Kabul Tarihi: 23.12.1994 1993 Mali Yılı Katma Bütçeli İdareler Kesin Hesap Kanunu.
	(Mükerrer)			
27.1.1995	22184	1	Kanun No. 4066	Kabul Tarihi: 25.1.1995 Kamu Personeli ile Emeklilerin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler Yapılmasına Dair Yetki Kanunu.
29.1.1995	22186	1	Kanun No. 4067	Kabul Tarihi: 26.1.1995 Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
24.2.1995	22212	1	Kanun No. 4074	Kabul Tarihi: 21.2.1995 Türkiye Cumhuriyeti ile Estonya Cumhuriyeti Arasında Dostluk ve İşbirliği Andlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
24.2.1995	22212	1	Kanun No. 4075	Kabul Tarihi: 21.2.1995 Japonya Uluslararası İşbirliği Ajansının Ankara'da Bir Temsilci Bürosunun Kurulmasına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğu Hakkında Kanun.
24.2.1995	22212	2	Kanun No. 4076	Kabul Tarihi: 21.2.1995 Türkiye Cumhuriyeti ile Arjantin Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğu Hakkında Kanun.

(*) Yargıtay Yayın İşleri Müdürü.

Resmî Gazete			
Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı
8.3.1995	22221	1	Kanun No. 4077 Kabul Tarihi: 23.2.1995 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.
8.3.1995	22221	11	Kanun No. 4078 Kabul Tarihi: 23.2.1995 Türk Eczacıları Birliği Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
8.3.1995	22221	15	Kanun No. 4079 Kabul Tarihi: 23.2.1995 6831 Sayılı Orman Kanununun, 2155 Sayılı Bazı Kamu Personeline Tayın Bedeli Verilmesi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
8.3.1995	22221	16	Kanun No. 4081 Kabul Tarihi: 28.2.1995 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
8.3.1995	22221	18	Kanun No. 4082 Kabul Tarihi: 28.2.1995 2330 Sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun 3 üncü ve 10 uncu, 2629 Sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu ve 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 14 üncü, 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 64 üncü, 3480 Sayılı Malûller ile Şehit Dul ve Yetimlerine Tütün ve Alkol Ürünlerinin Satış Bedellerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
8.3.1995	22221	20	Kanun No. 4083 Kabul Tarihi: 28.2.1995 Seferberlik ve Savaş Haline İlişkin Harp Sanayii Faaliyetinin Yürütülmesi Hakkında Kanun.
8.3.1995	22221	23	Kanun No. 4084 Kabul Tarihi: 28.2.1995 7.6.1926 Tarihli ve 904 Sayılı Ishahı Hayvanat Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun.
8.3.1995	22221	24	Kanun No. 4085 Kabul Tarihi: 28.2.1995 Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

Resmî Gazete

Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı
8.3.1995	22221	26	Kanun No. 4086 Kabul Tarihi: 28.2.1995 3573 Sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi ve Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun.
21.3.1995	22234	1	Kanun No. 4087 Kabul Tarihi: 9.3.1995 Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Ekleneceği Hakkında Kanun.
21.3.1995	22234	3	Kanun No. 4088 Kabul Tarihi: 9.3.1995 Mülga 2613 ve 766 Sayılı Kanunlarla Hazine Adına Tesçil Edilen Miktar Fazlalıklarının İlgililerine Devrine Dair Kanunun 1 inci Maddesinin Son Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun.
21.3.1995	22234	3	Kanun No. 4089 Kabul Tarihi: 9.3.1995 Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
21.3.1995	22234	3	Kanun No. 4090 Kabul Tarihi: 9.3.1995 Türkiye Cumhuriyeti ile Venezuela Cumhuriyeti Arasında Kültürel, Eğitsel ve Bilimsel İşbirliği Temel Anlaşması ve Ek Mektuplarının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
21.3.1995	22234	4	Kanun No. 4091 Kabul Tarihi: 9.3.1995 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasındaki Hava Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
21.3.1995	22234	4	Kanun No. 4092 Kabul Tarihi: 9.3.1995 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Danimarka Krallığı Hükümeti Arasında Turizm Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
21.3.1995	22234	4	Kanun No. 4093 Kabul Tarihi: 9.3.1995 Dünya Turizm Teşkilatı Tüzüğünde Yapılan Değişikliğin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.

Resmî Gazete				
Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı	
21.3.1995	22234	4	Kanun No. 4094 Türkiye Cumhuriyeti ve Polonya Cumhuriyeti Arasındaki Dostluk ve İşbirliği Antlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.	Kabul Tarihi: 9.3.1995
21.3.1995	22234	5	Kanun No. 4095 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Küba Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Hava Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.	Kabul Tarihi: 9.3.1995
21.3.1995	22234	5	Kanun No. 4096 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Finlandiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi: 9.3.1995
21.3.1995	22234	5	Kanun No. 4097 Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.	Kabul Tarihi: 9.3.1995
21.3.1995	22234	6	Kanun No. 4098 Türkiye Cumhuriyeti ve Haşimi Ürdün Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.	Kabul Tarihi: 9.3.1995
21.3.1995	22234	6	Kanun No. 4099 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Litvanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi: 9.3.1995
21.3.1995	22234	6	Kanun No. 4100 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Denizcilik Anlaşmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.	Kabul Tarihi: 9.3.1995
8.4.1995	22252	1	Kanun No. 4101 Sendikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi: 4.4.1995

Resmî Gazete			
Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı
18.4.1995	22262	1	Kanun No. 4102 Kabul Tarihi: 4.4.1995 Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanunun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
18.4.1995	22262	2	Kanun No. 4103 Kabul Tarihi: 4.4.1995 Vakıflar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
18.4.1995	22262	2	Kanun No. 4104 Kabul Tarihi: 4.4.1995 T.C. Emekli Sandığı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna İki Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
29.4.1995	22272	1	Kanun No. 4106 Kabul Tarihi: 27.4.1995 Çiftçilerin T.C. Ziraat Bankasına, Tarım Kredi Kooperatiflerine, Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğüne, Türkiye Zirai Donatım Kurumuna, Toprak Mahsulleri Ofisine, Orman ve Köy İlişkileri Genel Müdürlüğüne Olan Bir Kısım Borç Faizlerinin Silinmesine Dair Kanun.
2.5.1995	22275	1	Kanun No. 4105 Kabul Tarihi: 27.4.1995 18.1.1954 Tarihli ve 6224 Sayılı Kanun ile 24.11.1994 Tarihli ve 4046 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
6.5.1995	22279	1	Kanun No. 4107 Kabul Tarihi: 3.5.1995 Telgraf ve Telefon Kanununa Bazı Ek Maddeler Eklenmesine, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Resmî Gazete			Kanun Hükümünde Kararnamenin Adı
Tarihi:	No:	Sayfa:	
9.3.1995	22222	3	Karar Sayısı: KHK/547 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname.
27.3.1995	22240	1	Karar Sayısı: KHK/548 15.6.1989 Tarihli ve 3579 Sayılı Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine İlişkin Kanun Hükümünde Kararname.
29.3.1995	22242	1	Karar Sayısı: KHK/549 22.1.1990 Tarihli ve 399 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname.