



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL: 26, SIRA SAYI: 101

YARGITAY DERGİSİ



CİLT: 26

TEMMUZ - 2000

SAYI: 3

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Sami SELÇUK**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H. Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : *Hakkı DİNÇ* (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : *Dr. E. Işıl KOÇHİSARLIOĞLU* (10. Ceza Dairesi Üyesi)
Halil KILIÇ (8. Hukuk Dairesi Üyesi)
Nazım KAYNAK (6. Hukuk Dairesi Üyesi)
Kudret Yalçın BAL (4. Ceza Dairesi Üyesi)

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. gideri 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 kez yayımlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
 - **Abone servisi:** (0-312) 417 44 60/3505, 3506
 - **Faks:** (0-312) 419 41 11
 - **Santral:** (Ek Bina): (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
 - %1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2000 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 5.000.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %30 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Dış kapak: **Ertekin KAYA**
 - İç kapak ve grafikler: **Faruk AFŞAR**
-
-

İÇİNDEKİLER

1- GENEL KONULAR

Sayfa

- a) Doç.Dr. Sami SELÇUK Türkiye Kapıda: AB'ye Girişte Sorunlar ve Olasılıklar269-274
- b) Mehmet Handan SURLU Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından İstinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dinmeyen Özlemi.....275-291
- c) Mehmet KAŞIKÇI Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Üzerine Düşünceler292-301
- ç) Kaan ŞAHİNALP Türk Hukukunda Endüstriyel Tasarımlar302-336

2- ANAYASA HUKUKU

- a) Dr. Haluk ÇOLAK Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı.....337-358

3- MEDENİ HUKUK

- a) Mehmet HAMZAÇEBİ Boşanma Öncesi ve Sonrasında Nafaka.....359-398
- b) Yrd.Doç.Dr. Demet (ÇELİKTAŞ) ÖZDAMAR Aynı Sözleşme ve Aynı Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması.....399-418

4- CEZA HUKUKU

- a) Dr. Mustafa T. YÜCEL Terör Suçlusu Mahpusların Tretmanı419-442
- b) Prof. Dr. Erdener YURTCAN Önödeme Uyarısına Uymamak Nedeniyle Cezanın Arttırılması.....443-445

c) Doğan GEDİK

Suçla İlgili Eşyanın (TCK.m.36/1)

Müsaderesinde Mahkumiyet

Şartının Değerlendirilmesi 446-458

5- TİCARET HUKUKU

a) Berkant ŞENGEL

Reklamlarda Haksız Rekabet..... 459-473

b) Yrd. Doç. Dr. Erol ULUSOY

Ticaret Hukukuyla İlgili İnşai

Davalar..... 474-481

c) Yrd. Doç. Dr. İsmail KAYAR

Anonim ve Limited Ortaklıklarda

Mali Durumun Bozulması Sebebiyle

İflas ve İflasın Ertelenmesine İlişkin

Bir Karar İncelemesi..... 482-490

6- BORÇLAR HUKUKU

a) Hilmi ÖZDEMİR

Hak Düşürücü Süre 491-517

TÜRKİYE KAPIDA: AB'YE GİRİŞTE SORUNLAR VE OLASILIKLAR

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

Evet. Türkiye tartışılıyor. Türkiye'yi, biz Türkler tartışıyoruz. Türkiye'yi; sizler, Avrupa tartışıyor, Asya Türkleri tartışıyor. Pakistan, Hindistan, Çin, Japonya tartışıyor. Amerika, Kanada, Latin Amerika tartışıyor. Ortadoğu tartışıyor.

Geçen yüzyılda, güney Amerika'nın Washington'u sayılan Karakas'lı büyük devlet adamı Simon Bolivar (1783-1830) döneminde Latin Amerika da tartışılmıştı.

Bu yüzyılın ilk yarısında Batı emperyalizmini yenerek kurtuluş savaşını zafere ulaştıran, padişahlığı ve halifeliği yıkarak laik Cumhuriyeti kuran, çağcıl (modern) Avrupa'nın yasalarını alarak Batı uygarlığıyla halkını bütünleştiren Mustafa Kemal Atatürk döneminde de Türkiye tartışılmıştı.

Ancak bugünkü tartışmanın nedenleri büyük önderlerin yüzünden değil.

Nedenlerden birincisi, bilgi çağında küreselleşerek küçülen dünyada Türkiye'nin gücünün herkesçe daha iyi fark edilmesidir.

Dünya, dünkü dünya; Türkiye, dünkü Türkiye değildir. Dünya küçülmüş, Türkiye büyümüştür.

İkincisi, Atatürk devriminin alt yapısını hazırladığı demokrasi, Türkiye'nin yeğlediği tek rejimdir. Halkının çoğunluğu Müslüman olan ülkeler arasında laiklik ilkesini benimsemiş tek ülke, Türkiye'dir. Dinamik halkıyla sanayileşmeye duran ve yirmibirinci yüzyıla demokrasiyle giren bir Türkiye ile karşı karşıyayız.

Avrupa Birliğinin kapısına dayanmış ve tartışılan Türkiye, işte bu Türkiye'dir.

Avrupa Birliğine girdiği takdirde; toprak yüzölçümü açısından birliğin en büyük; nüfus açısından ikinci büyük ülkesi olacak. "Haç"ın yanına "Hilal" gelecek. Birlik; kültür zenginliğiyle çoğalacak ve Avrupa, Yunan, Roma ve Hıristiyanlığa yaslanan cemaatleşmeden ve içe kapanma sinizminden uzaklaşacak. Böylece Avrupa Birliği, demokrasi cephesinde çok önemli ve egemen bir tepe kazanacak ve bu stratejik tepeden Müslüman ülkelere, Asya Türklerine kapısını açacak.

(*) Yargıtay Birinci Başkanı

İnanıyorum ki, Avrupa bunları iyi değerlendiriyor.

Ya biz Türkler?

Biz Türkler, üçüncü bine girerken, cumhuriyetimizi demokrasiyle ortak bir felsefede bütünleştirmek, demokratik cumhuriyetin temel ilkelerini yönetime egemen kılmak ve halkla içselleştirmek, tıkanmaları aşarak toplumsal açılımı her alanda sağlamak istiyoruz.

Devleti değil, bireyi/yurttaşını öne alan, devletle birey/yurttaş arasında hakça bir dengeyi ve eşitliği gerçekleştiren, devletin yurttaşlarına hizmet için var olduğu inancına dayanan, bilime ve akılcılığa göre örgütlenen, düzenleyici, denetleyici, etkili, saydam, hukukun üstünlüğüne yaslanan bir devlet istiyoruz. Devletin kut-sallaşmamasını, halka yabancılaşmamasını, insanın özdeğerlerini gözetmesini istiyoruz.

Yaşam hakkı başta olmak üzere, insan haklarının ve özgürlüklerinin korunmasında duyarlılık, kararlılık içindeyiz. Dayanışmamızın ortak paydası budur. O yüzden, insanca değerleri olumsuz yönde etkileyen öğeleri ayıklamak, her alanda toplumsal adaleti egemen kılmak istiyoruz.

Biliyoruz ki, çoğulcu demokraside laiklik ilkesi, dinler ve inançlar arası farklılıkların ve toplumsal barışın, din ve vicdan özgürlüğünün en sağlam güvencesidir. Bu yüzden, bütün inançlara, görüşlere eşit uzaklıkta, yansız ve **bütüncü (üniter) bir devlet** ve **bölünmez bir ülkede** yaşamak istiyoruz.

Biliyoruz ki, düşünce, inanç, kimlik, köken başlıkları, karşılıklı saygı, gönül birliği ve hak eşitliği içinde, özgürlükçü ve katılımcı demokraside, parçalanmanın değil, bütünleşmenin gerekçesidir. Bu inançla çoğulculuğu, tek ülke, tek devlet olmanın vazgeçilmez ilkesi sayıyoruz.

Biliyoruz ki, çoğulcu demokraside "**iktidar/erk**" tek olmaz. Yargı erki, yasama ve yürütme erklerinden bağımsızdır. Son çözümlemede hukukun ne dediğini yargı erki söyler. Hukukun üstünlüğü böylelikle sağlanır.

Biliyoruz ki, yalnızca toplum değil, doğa da çoğulcudur. Bu yüzden, doğa ve kültür değerlerini koruyarak insanlığın ortak mirasını sürdürmek, zenginleştirmek, soluk aldığımız dünyayı bozan öğeleri dışlayarak onu çoğaltmak istiyoruz.

Biliyoruz ki, çoğulcu, özgür ve demokrat, ama barış içinde bütünleşmiş bir Avrupa, bugün dokunabileceğimiz kadar bize yakın. Küreselleşmeyle yeniden biçimlenen dünyada, Türkiye bu dünyanın demokrasi küresinde yerini alacak. Bu dünya ile aradaki uzaklığı yok etmek için, sizleri temin ederim ki, Türk halkında

ortak bir bilinç ve irade var. Bu, Avrupa uygarlığının ve Birliğinin bir ilkeler, bir değerler topluluğu olduğu yolundaki bilinçtir. Bu bilinç, bizde esasen ikiyüz yıldan beri var. Cumhuriyetle ivme kazandı ve gittikçe güçlendi. Bugün en hızlı noktadadır.

Biliyoruz ki, sorun, Türkiye'nin değişip değişmeyeceği değil, nasıl ve ne zaman değişeceği. Bunda doğrulara ulaşırsak, dünyada Türkiye'nin yerini doğru saptar; gelecek kuşaklara biz Türkler doğru ve güzel bir Türkiye; biz Türkler ve siz Avrupalılar, doğru ve güzel bir dünya bırakabiliriz.

Bu yüzdendir ki, bizim kuşaklar, gelecek konusunda karar vermede ağır bir sorumluluk altındadır.

Bunun için ilkin, yukarıda değindiğim ülkelere bizi itecek hukuksal yapının temel kodunu oluşturmak istiyoruz. Bu kodun adı, yepyeni bir anayasadır.

Türk toplumu, bir yıldan beri yeni bir anayasa için kolları sıvamış, siyaseti zorlamaktadır. Dahası siyaset dahil, toplumun her kesimi ve katmanı yeni bir anayasaya gerek duymaktadır. Burada, hiç kuşkusuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hükümleri, onun biricik yorumcusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları, Avrupa Birliğinin ortaya koyduğu ilke ve değerler, halktaki titreşimler gözetilecek ve bunların ışığında, uzmanlarca bir uzlaşma metni, yani bir anayasa ortaya çıkacaktır. Bu eğilimler, titreşimler, etkinlikler; ikiyüz yıl öncesi Amerikan halkının, ikiyüz yıldır Fransız halkının, büyük olaylardan sonra bütün Avrupa'nın yaşadıklarına benziyor. Ama bu kez, iş, Philadelphia'da, Paris'te, Berlin'de, Londra'da, Madrid'te değil, Ankara'da kotarılacak. Demokrasi savaşımının imbiğinden geçen bütün değerler ve ilkeler, yapacağımız anayasaya yansiyacak, Anayasayı bütün Türkiye tartışacak ve uzmanlar kaleme alacak.

1920'lerde aldığımız batılı yasaları yeniden gözden geçiriyoruz. Onları yıllarca uyguladık. Eksiklerini biliyoruz ve yeni kurumlarla onları çağa uydurmak istiyoruz.

Sözgelimi, 1992'de, birçok batılı ülkede olmayan hükümler getirerek, suçun işlendiği andan itibaren kuşkuluya müdafii tutma ve müdafii gelmeden konuşmama hakkı tanıdık.

İnsan hak ve özgürlüklerinin, salt bir ülkeyle sınırlı olmadığını, ülke ve ulus üstü olduğu görüşünü benimsedik. Bu doğrultuda, uygulamalarımızı herkesin denetim ve eleştirisine açtık. Bunu yanlışlarımızı daha hızlı görmek ve düzeltmek için yaptık. Açık topluma, saydam devlete doğru hızla yürüyoruz.

1 Kasım 1993'te yürürlüğe giren Avrupa Birliği Antlaşmasının, insan hak ve özgürlüklerine dayanan demokrasi ilkelerinin ve ölçütlerinin benimsenmesi açısından önemli bir kilometre taşı olduğunun bilincindeyiz. Antlaşmanın ortak amacı, elbette ki eksiksiz bir demokrasidir. Birlik bu konudaki duyarlılığını Haziran 1997'deki Amsterdam doruğunda bir kez daha vurgulamış, bu konudaki antlaşma da 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe girmiştir. Amsterdam Anlaşmasının 6. maddesinde "Avrupa Birliği, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklerine saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine kurulmuştur" denilmektedir. Kopenhag Avrupa Birliği Konseyinin görüşüne göre de, "üyelik için, aday ülke, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını güvence altına alan kurumların yerleşikliğini sağlamış olmalıdır" görüşü ortaya atılmıştır.

Bütün bunları biz Türkler de istiyoruz. Avrupa Birliği istediği için değil, insanımızın ve toplumumuzun yararı bunda olduğu için istiyoruz. Eksiklerimizi biliyoruz ve aşmaya çalışıyoruz.

Ancak, gerçekten Avrupa Birliği de, jeopolitik ve stratejik önemi tartışmasız olan Türkiye'yi kucaklamak istiyorsa, biz Türkler konusunda kendi önyargılarını yenmelidir.

İlkin, Türkiye'nin birçok aday ülkeyle karşılaştırıldığında, daha uzun bir demokrasi geleneğine sahip olduğu unutulmamalı, bu konuda bize güvenilmelidir.

İkinci olarak, demokrasiye yapılan müdahalelerin, birçok ülkedekilerin tersine çok kısa ömürlü oldukları, müdahale edenlerin bile demokrasinin vazgeçilmezliğine inandıkları unutulmamalıdır. Bu konuda şu iyi bilinmelidir: Türkiye'ye, Osmanlı'dan bu yana batılı değişimler askeri ve tıpla ilgili okullar kanalıyla girmiştir. Bunun nedeni, batılı anlamda ilk yüksek öğrenimin bu okullarla başlamış olmasıdır. O yüzden Türk ordusu, Atatürk'ün ordusu siyaset dışı tutma ilkesine ve demokrasi geleneğine hep bağlı kalmıştır.

Üçüncü olarak, Türk ulusunun tarihinde ırkçılık hiç olmamıştır. Bu yüzden Batıda yaşanan üzücü olaylar, benim ülkemde hiçbir dönemde yaşanmamıştır. Osmanlı'dan bu yana ırkçılık kavramı bizde yoktur.

Dördüncü olarak, kimi ülkelerdeki katı anlayışın tersine, Türkiye'deki İslam, sürekli hoşgörü ve özgürlük anlayışına dayanmıştır. Bireysel eylemleri İslam'la karıştırmamak gerekir. Cumhuriyet döneminden sonra ise "laiklik" esasen vazgeçilmez bir ilke olarak algılanmıştır.

Unutulmamalıdır ki, Batı bugüne gelebilmek için tarihin gel-gitinde çok acılar

çekmiştir. Kralının başını giyotinde koparan Fransa, binlerce çocuğunu öldürdükten ikiyüz yıl sonra 5. Cumhuriyeti yaşıyor. O Cumhuriyet ki, Ressam Villette'in Hugo'nun evindeki resminde yansıttığı gibi, cılız kollarına yük binmesin diye, uzun süre Jean Valjean örneği, yükü kendisi taşımıştır, Cosette değil. Ama Fransız Cumhuriyeti bugün bile merkezci devlet anlayışını aşamamıştır. Toplum mühendisliğiyle toplumu ve insanı biçimlendirme aşırılığında sık sık ölüp dirilmiştir. Rönesansı, Reformu, Aydınlanmayı, sanayi devrimini yaşamasına karşın bir türlü hukuk devleti aşamasından hukukun üstünlüğü aşamasına geçememiştir. Bu kavga sürmektedir.

Türkiye ise, çetin savaşımlardan sonra 1923'te Cumhuriyetle tanıştı. Basım makinesine Batıdan 250 yıl sonra kavuşan Türk toplumunun geçmişinde Rönesans, Reform, Aydınlanma, Sanayi Devrimi yoktu. Batıya karşın uygarlaşmak için bilimi tek yol gösterici olarak benimseyen Atatürk, her solukta yenilenen bir dünyada yaşadığını biliyor, değişmez düsturlar bırakmadığını söylüyordu. Oysa onun çağdaşları, doğayı tek tip yaratan bir klinik sanmışlar, "sovyet insanı", "faşist insan", "nasyonal sosyalist insan" gibi tek biçimli bireylerden oluşan pastörize bir toplum yaratmaya özenmişlerdi.

Demokrasiye, ülkemizde 1945'te geçildi. Gel-gitler yaşandı. Buna karşın Batının tarihine göre daha hızlı bir gelişmedir bu. Akılcılığı, bilimi, san'atı özümsemek kolay değildir. Öykünmek başkadır, özümsemek başkadır. "Özümsemek koşuluyla başkalarından esinlenmek kadar özgün bir şey yoktur. Aslanı aslan yapan özümsemediği koyun etidir" (P. Valéry). Öykünmenin en tehlikelisi ise aslına en çok benzeyenidir. Öykünmeyle kimlik, kişilik yiter. Ne batılı ne doğuludur öykünen insan. Olsa olsa Batının da, Doğunun da düş kırıklığıdır. Türkiye kişilikli insanlarıyla bunu reddetmiştir ve özgünlüğünü koruyarak uygarlaşmaya yönelmiştir.

Türkiye'nin yürüyeceği yol bellidir.

İlkin, kanımca atılan her adımda özgür bireyi yaratma kaygısı temel olmalıdır.

İkincisi, özgürlük kimileri için değil, herkes için, yani hem berikiler ve hem ötekiler için olmalıdır.

Üçüncüsü, bireysel bağımsızlık, yani berikilerin ve ötekilerin kendi yaşam biçimlerini eleştirel süreç içinde seçmeleri sağlanmalıdır. İnsana özgü her şey, çoklu tekliktedir (units multiplex). İnsana özgü çeşitlilik, insan birliğinin; insana özgü birlik insan çeşitliliğinin hazinesidir. Demokratik yaşamı, bireyin yaşam biçimini

kültüre dönüştürme hakkını savunmak, belli bir kültürü kimseye dayatmamak ve insanları belli kalıplara sokmamak demektir.

Dördüncüsü, çoğulculuk, farklılaşma, başka olma hakkı, kolektif ve bireysel kimliklerin doğrulanmasıdır.

Beşincisi, çoğulculuk, aklın her zaman başkasından geldiğini teslim eder. Bu yüzden gerçeğin/doğrunun göreceliğini benimser.

Altıncısı, görecelik, "akıl akıldan üstündür" inancıyla diyalogu zorunlu kılar.

Yedincisi, diyalog eleştirel akılcılığı gerektirir. Çağcıl kültürün özünde, ne olursa olsun her türlü düşüncenin, inancın tartışma küresine girmesi yatar.

Sekizincisi, eleştirel akılcılık, hoşgörü kültürüne dayanır. Hoşgörüsüzlüğün sıfır noktasına indirilmesi vazgeçilmez amaç olmalıdır.

Dokuzuncusu, hoşgörü, başkalık ögesine katlanmayı gerektirir. Bu yüzden hoşgörü, onaylamak değil, katlanmaktır.

Onuncusu, farklılık, bireysel bir hak, eleştiri kamusal bir görevdir. Hoşgörü, başkalık ve eleştirme haklarının çimentosudur. Bu yapının bozulmaması için, başkalık hakkı, eleştiri görevi ve hoşgörü değerleri çiğnendiğinde, katlanılan başkalık hakkını çiğneyenlere, kendi hakları çiğnenmiş gibi başkaldırabilen bir toplum, demokratik bilinci yakalamış demektir.

Sizlere, yalnız biz Türklerin değil, hepimizin ortak paydalarını sundum.

Bu konuda önümüz açıktır. Yeter ki, Avrupa, Türkiye konusunda önyargılarını yensin. Biz Türkler eksiklerimizi giderelim. Avrupa da, Türkiye de çağı ve birbirini iyi okusun. O zaman optimal demokrasinin nimetlerini paylaşmanın mutluluğunu birlikte yaşayabiliriz.

Benim mutluluğumsa daha çok olacak. Çünkü yıllardır beklediğim düşünüm gerçekleşecek. Bu, Türkiye'nin de içinde yer aldığı ortak bir Avrupa hukukunun yaratılmasıdır.

Ancak mesafeyi ve zamanı kısaltmak biraz da Avrupa'ya düşüyor. Avrupa, eksikleri abartmamalı ve onları yenmede Türkiye için katalizör işlevini yerine getirmelidir.

Yaşasın Türkiye, yaşasın Avrupa Birliği, yaşasın demokrasi.

**TÜRK HUKUK UYGULAMASININ TARİHSEL PERSPEKTİFİ
AÇISINDAN İSTİNAF (ÜST) MAHKEMELERİ
VEYA
TÜRK YARGI SİSTEMİNİN DİNMEYEN ÖZLEMİ (*)**

Mehmet Handan SURLU ()**

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. II- İstinaf Kavramı ve Türk Hukukunda İstinaf Mahkemeleri. A- İstinaf Kavramı ve Temyizden Farkı. B- Türk Hukuk Uygulamasında İstinaf ve Kısa Tarihçesi. III- İstinaf Mahkemelerinin Kaldırılışından Sonraki İlginç Süreci. A- Yargıtay I. başkanlarının Yargı Yılı Açış Konuşmalarında İstinaf. B- Beş Yıllık Kalkınma Planları ile Yıllık Programlarda İstinaf. C- Yakın Dönem Hükümet Programlarında İstinaf. D- İstinaf (Üst Mahkemeler) ile İlgili Yasa Çalışmaları. IV- Uygulama Açısından İstinafa Bakış ve Değerlendirme. A- İstinaf (Üst) Mahkemelerinin Kurulması Gerekliliğine İlişkin Görüşlerin Ana Nedeni. B- Türk Yargısının Bugünkü Durumu ve İçinde Bulunduğu Koşullar. C- Yargıtay'ımızın Bugünkü Durumuna Kısa Bir Bakış. D- İstinaf Mahkemelerinin Hemen Kurulması Halinde Ortaya Çıkacak Sorunlar. E- Değerlendirme ve Düşüncemiz.

I- GİRİŞ

Bilindiği üzere Yurdumuzda Adli Yargı Kuruluşu iki derecelidir: İlk derece mahkemeleri ve bu mahkemelerin kararlarını denetleyen Yargıtay.

Sorun; Yargı sistemimizin bu kuruluşunda bir ara mahkeme olarak İstinaf veya başka bir anlatımla üst mahkemelere (1) yer verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır ki, bu soruna Cumhuriyet Dönemi hukuk uygulamasının umutsuz umudu demek kanımızca yanlış olmaz.

İşte bu konuda tam bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle istinaf kavramına ve Türk uygulamasında istinafa kısaca göz atmakta yarar vardır.

(**) Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi

(*) 5-8 Nisan 2000 tarihleri arasında İzmir Barosu'nca düzenlenen "Yargı Reformu 2000" sempozyumunda sunulan tebliğ.

(1) Üst Mahkeme deyiminin istinafi tam karşılayıp karşılamadığı da tartışmalıdır. (Bk. Prof. Dr. Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, sh. 2 vd ve Adalet Dergisi Ocak 2000, sayı 2, sh. 2'de dipnot 2. Prof. Dr. Necip Bilge, Üst Mahkemeler, Sabri Şakir, ansay'a Armağan, Ankara 1964, sh. 62.)

II- İSTİNAF KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNDA İSTİNAF MAHKEMELERİ

A- İstinaf Kavramı ve Temyizden Farkı

En kalın çizgileriyle istinaf, bir ilk derece mahkemesinin verdiği kararın, maddi ve hukuki açıdan tekrar incelenmesidir. İstinafta maddi olayın yeniden yargılması yapılır ve bir hata saptanırsa bu konuda da karar verilir. (2)

Buna karşın temyiz incelemesi ise, yurttan içtihat birliğinin sağlanması bakımından düşünülüp kabul edilmiş bir hukuki denetim yoludur. Bunun içindir ki Yargıtay tek mahkemedir.

O halde kısaca istinafın özelliği olarak; maddi meselenin tekrar ele alınıp incelenmesi ve değerlendirmesine olanak verdiğini, temyizden özelliği olarak da, delillerle ilgili doğrudan olay yargılması yapmaksızın sadece hukuki denetimde bulunabileceğini söylemek doğru olur.

B- Türk Hukuk Uygulamasında İstinaf ve Kısa Tarihçesi

Konunun özelliği ve sağlıklı bir değerlendirmenin yapılabilmesi açısından istinafın Türk hukukundaki tarihçesine de çok kısa olarak ve yine ana çizgileriyle değinmek gerekir.

25.12.1287 (1871) tarihli "Mahakimi Nizamiye Nizamnamesi" ile Nizamiye Mahkemeleri iki dereceli olarak kurulmuş ve kısmi bir istinaf görüntüsü veren hükmelere yer verilmişti (3).

Daha sonra 5.6.1295 (1879) tarihinde çıkartılan "Mahakimi Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu Muvakkatin ile de ilk derece mahkemeleri ile Temyiz arasında istinaf mahkemeleri kurulmuş ve mahkemeler kuruluşu böylece daha düzenli olarak belirlenmiştir.

Ancak, Cumhuriyet kurulduktan sonra 24 Nisan 1924 tarihli 469 sayılı "Mahakim-i Şer'iyyenin İlgasına ve Mahakim'in Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun"un 9. maddesi ile "İstinaf mahakimi ve vezaifi mülgadır." denilerek lâik temellere dayanması gereken hukuk sistemimizin içinde yeri olmadığı için şer'iyeye mahkemeleri ilga edilirken, istinaf mahkemeleri de kaldırılmıştır (4).

(2) Bk.: Yenisey, Adalet Dergisi, Ocak 2000, Sayı 2, Sh. 11.

(3) Geniş Bilgi İçin Bk. Yenisey, a.g.e. sh. 37 ve 107.

(4) Yenisey, a.g.m., sh. 14.

İstinaf mahkemelerinin kaldırılışına neden olarak farklı hususlar ileri sürülmüştür. Ancak, kaldıran 469 sayılı Kanunun gerekçesinde istinaf mahkemelerinin ülkemizdeki uygulamasının başarılı olamadığına ve işleri uzattığına yer verilmiştir (5).

III- İSTİNAF MAHKEMELERİNİN KALDIRILIŞINDAN SONRAKİ İLGİNÇ SÜRECİ

İstinaf mahkemeleri 1924 yılında 469 sayılı Yasayla Türk yargı sisteminden çıkartılmış olmasına rağmen ilginçtir, Türk hukukunun gündeminden hemen hemen hiç inmemiştir. Şimdi bu sürece değinmek istiyoruz. Çünkü bu süreç bilinmeden -kanımızca- istinaf konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu süreci de belli kurum ve konulara göre belirlemekte yarar görüyoruz. (6)

A- Yargıtay Birinci Başkanlarının Yargı Yılı Açış Konuşmalarında İstinaf

Bilindiği üzere "Adli ara verme sonrasında Yargıtay Başkanlarının yeni Adalet Yılı'nı bir konuşma ile 6 Eylül'de açmaları 1943 yılından beri gelenek halini almış, daha sonra çıkarılan 1730 ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunlarında benimsenen biçimiyle kurallaştırılmıştır" (7).

Bu konuşmalarında hemen hemen bütün Birinci Başkanlar istinaf mahkemelerine değinmişler, içlerinden bazılarının bu konuya çok geniş yer verdiği de olmuştur.

Sayın Halil İbrahim Özyörük 1944-1945 yılı Açış söylevinde Yargıtayın işlevini ve iş yükünü açıklayıp, bu konuda rakamlar verdikten sonra sözü istinafa getirip:

"Evet, adli teşkilatın içerisine ikinci bir kademe yerleştirmek fikri Temyiz Mahkemesi'nin içerisinde bulunmakta olduğu havayı ferahlandırmak çareleri araştırılırken, zaruri ve tabii olarak bütün zihinleri işgal ediyor.

"Herşeyden önce bu meselenin vaz'ı şeklinde anlaşmak icab eder.

.....

(5) Kemal Gür, Üst Mahkemeler Üzerine, Yargıtay Dergisi, Nisan 1979, Cilt 3, Sayı. 2, sh. 5 vd.

(6) Bk. Bu konuda geniş bilgi için Yenisey, a.g.e. sh. 38., a.g.m. sh. 14.-15

(7) Dr. İsmet Ocakçioğlu, Yargıtay Birinci Başkanlarının Açış Konuşmaları, 1943-1993, Yargıtay Yayınları 1993 sunuş, (Bu yayına bundan sonra "Açış Konuşmaları" kısaltması ise göndermede bulunacaktır.

"Muayyen bir adli kuruluş sistemi içerisinde istinaf kademesinin mevcudiyeti sırf bir adalet teminatı vasıtası olunca temyizden aldığınızı ona vermek mevcut durumu değiştirmez. Zira fiilen yaptığınız iş merci değiştirmekten ibaret kalır. Temyizin meşguliyet alanına giren maddelerin büyük çoğunluğuna yine dokunmamak zaruridir. Teminat derecesinin takviyesi, ancak temyiz ile asliye mahkemeler arasında sokacağınız teşekkürlerle mümkün olacaktır.

"İstinaf ve temyiz başka şeylerdir. Ve başka başka kaldıkları müddetçe de birinin faaliyet hacmi diğerinin varlığına tabi olamaz. Memleketimizde hali hazırda istinaf mahkemeleri mevcut olmadığı halde temyiz kadrolarının üstlendikleri vazifeleri başarmakta gösterdikleri gayret bu fikrimizi teyit edecek mahiyettedir. Demek isterim ki, temyiz için hizmetleri ve işleyişi bakımından düşünülecek ve hatıra gelecek tedbirler istinaf mahkemelerinin mevcudiyetinden müstakildirler. İstinaf teşkilatı mevcut olsa da olmasa da temyiz mekanizmasının kendine mahsus fonksiyonları ve bu fonksiyonların icab ettireceği çeşitli meseleler ile halledilecek tedbirler bahis mevzuu olacaktır." (8)

Diyerek, bu yaşamsal konuya uygulamacı bakışının yanı sıra bilimsel açıdan da yaklaşım iki kurumun, temyizle istinafın farklılığını özellikle vurgulama gereğini duymuştur.

Bu vurgulamanın önemine ileride değerlendirme bölümünde özellikle değineceğiz.

Sayın Özyörük, 1946-1947, 1947-1948, 1949-1950, açış konuşmalarından da Yargıtayın iş yükünün azaltılması için "en akli şekil... ilk mahkemelerle prensip mahkemesi olan Yargıtay arasında, bir kademe meydana getirmektir." diyerek istinafa ümit bağlandığını ortaya koymuştur (9). Bu arada zamanın hükümetince istinaf için hazırlık yapılmasını da olumlu bulduğunu özellikle vurgulamıştır.

1950-1951 ve 1951-1952 yılı açış konuşmalarını yapan Sayın Mustafa Fevzi Bozer, hazırlanan Teşkilat Kanunu ile getirilecek olan istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar daire sayısının artırılmasını önerip, tasarının da bir an önce yasalaştırılmasını istemiştir (10).

Sayın Selim Nazif Akyollu'da 1952-1953 yılı açış konuşmasında, istinafın zaruriliğini ortaya koyan gerekçelerle Adalet Bakanlığının hazırladığı ve üst mahkemelere yer veren çalışmasını gerçekleştirmesinin yerinde olacağını söylemiştir (11).

(8) Açış Konuşmaları Sayfa 19 vd.

(9) Açış Konuşmaları, sh. 65, 86, 114

(10) Açış Konuşmaları, sh. 170.

(11) Açış Konuşmaları, sh. 177.

1953-1954 Adalet yılını açan Sayın Mehmet Bedrettin Köker ise, istinaf çalışmasının, kuruluşunun "Büyük bir maddi fedakarlıklar istilzam" edeceğini belirterek, beklemenin yerinde olacağına değinmiştir (12).

Sayın Dr. Ahmet Recai Seçkin'de 1963-1964 yılı açış konuşmasında ön tasarıya göndermede bulunarak, üst mahkemelere gelecek iş yükünün çokluğuna, bunlar arasında doğacak içtihat aykırılıklarına, yetişmiş hakim bulunmamasına dikkati çekerek bu konudaki en duyarlı eleştirilere özellikle yer vermiştir (13).

1970-1971 ve 1971-1972 yılı açış konuşmalarında ise Sayın Ferruh Adalı Yargıtay'ın yurttan kanunların aynı şekilde uygulanmasını ve içtihat birliğini sağlamakla yükümlü olduğunu belirterek üst mahkemeleri yararlı bulduğunu ifade etmiştir (14).

Sayın Eyüp Sabri Erman 1972-1973 yılı açış konuşmasında "Yargıtay'ın yükü nasıl hafifletilebilir?" başlığı altında bu hususu inceleyip sonunda, "konu bir an evvel ele alınıp, işlenerek ihtiyaçlarımıza uygun bir teşkilat kanunu ile istinaf mahkemelerinin kurulmasındaki fayda ve zaruret gün gibi aşikardır." diyerek istinafı kesin çözüm olarak görmüştür (15).

1974-1975 ve 1978 - 1979 açış konuşmalarında Sayın Cevdet Menteş(16), 1981-1982 ve 1983-1984 açış konuşmalarında Sayın Derviş Turhan (17) ve 1984-1985, 1985-1986, 1986-1987 açış konuşmalarında da Sayın Nihat Renda (18) uzun gerekçelerle ve özel başlıklar altında üst mahkemelerin gerektiğini vurgulamışlardır.

Sayın Ahmet Coşar ise, 1987-1988 Adalet Yılı açış konuşmasında kendisinden önceki başkanların fikirlerine katılmakla birlikte gereken alt yapı ve yurdun bilinen yapısı itibariyle derhal böyle bir uygulamaya geçilmesinin doğru olmayacağını ifade etmiş ve incelemeler sonunda sağlıklı bir model seçilerek, bunun yargıç, savcı ve maddi koşullarının hazırlanmasından sonra hayata geçilmesinin yararlı olabileceğini belirtmiş, ivedi davranışın yarardan çok zarar getireceğini özellikle vurgulamıştır (19).

(12) Açış Konuşmaları, sh.177.

(13) Açış Konuşmaları, sh. 219 vd.

(14) Açış Konuşmaları, sh. 303, 311.

(13) Açış Konuşmaları, sh. 219 vd.

(14) Açış Konuşmaları, sh. 303, 311.

(15) Açış Konuşmaları, sh. 323 vd.

(16) Açış Konuşmaları, sh. 335, 375.

(17) Açış Konuşmaları, sh. 401, 426.

(18) Açış Konuşmaları, sh. 443, 466, 480.

(19) Açış Konuşmaları, sh. 508.

1989-1990, 1991-1992 ve 1992-1993 yılı açış konuşmalarını yapan Sayın Dr. İsmet Ocağcıoğlu ise, kendisinden önceki başkanların fikirlerine katılmayarak istinafa gerek olmadığını söylemiş ve bunun gerekçeleri arasında da şu hususlara yer vermiştir:

"1990'lı yıllara girmemize birkaç ay kalmış olan ve Yargıtay tetkik hakimliği ihtiyacının dahi yeterince karşılanamadığı bu günler itibariyle istinafin kaldırılmasını gerektirir koşullar dikkate alındığında, yeniden kurulmasına olanak verecek koşulların gerçekleşmediği inancında olduğumu belirtmek isterim. O halde üst mahkemeler konusu, koşulların oluşacağı ileriki bir tarihte düşünüülüp değerlendirilmelidir (20).

.....

"İkinci nokta olarak, adaletin gerçekleştirilmesinin süratlendirilmesi vasıtası olarak istinaf düşünülüyorsa bu düşüncede de isabet olduğu söylenemez. İstinaf, gerekli koşullar oluşmadan kurulursa işler Yargıtay yerine istinafta kısa zamanda birikecek, vatandaşın davasının görülmesinde sürat sağlanmış olmayacak, sadece merci değiştirilmiş olacaktır. O halde, Adaletin süratlendirilmesinin çaresi de istinaf değildir.

"Bu sebeplerle (geciken adalet adaletsizliktir) düşüncesinden hareketle her şeyden önce ceza ve hukuk usullerinde davaların uzamasına yol açan hükümler üzerinde durularak gereken tedbirler süratle alınmalı; hak arama özgürlüğünün Anayasal esaslarını bozmaksızın, bu özgürlüğün özüne dokunmaksızın yargı ve Yargıtay'a gelecek işlerin kaynağında sınırlandırılması çalışmalarına başlanılmalıdır.

"İstinafa gelince; İstinafin teorik olarak bir güven sağladığı düşüncesi doğru ise de bizde, istinafin bulunduğu ülkelerden farklı olarak güven sağlayıcı başka müesseseler mevcuttur. Karar düzeltme, direnme, itiraz vs. Ayrıca, unutmamak gerekir ki, Yargıtay maddi vakıaları da denetlemektedir.

"İstinaf Osmanlı adliyesinde 19. yüzyılda kabul edilmiş iken, Cumhuriyet döneminde büyük bir devrimle işlevini yitirmiş olan bu teşkilat ortadan kaldırılmıştır. İstinafin kaldırılmasını gerektirir sebepler asla unutulmamalıdır. Bugün Almanya'da ceza kararları genişletilmiş olup, istinafin tamamen kaldırılması lehinde güçlü bir akım bulunmaktadır.

"Bugünkü koşullar altında istinaf kurulduğu takdirde davalar Yargıtay yerine

istinafta birikecek, içtihat aykırılıkları ülke çapında büyük boyutlara ulaşacak, hukuk uygulamasında eşitliğin bozulması sonucu doğacaktır. İstinafın bölgesel olarak kısmen, tedricen kuruluşu ise gene eşitliğin bozulmasına neden olacaktır.

"Şu halde, öncelikle adaletin gerçekleşmesinin süratlendirilmesini sağlayacak tedbirler alınmalı; istinafın kurulabilmesi için gereken koşullar ileride gerçekleşirse konu o zaman tartışılıp değerlendirilmelidir" (21).

"İstinaf Mahkemeleri hakkında Yargıtay'a maledilebilecek bir görüş mevcut değildir, benim bundan önceki konuşmalarımda istinafın kurulmasına gerek bulunmadığı doğrultusunda açıkladığım görüşte kişisel kanımdan ibarettir. Bu görüşümü Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü korumada da yararlı olacağı düşüncesiyle muhafaza ettiğimi belirtmek isterim" (22).

1993-1994 açış konuşmasında Sayın Müfit Utku ise, kalkınma planlarına göndermede bulunarak "İstinaf Mahkemeleri" başlığı ile konuya olumlu yaklaşmıştır (23).

Sayın Mehmet Uygun 1997-1998 açış konuşmasında; "üst mahkemeler" başlığı ile:

"Bunlar daha sağlıklı bir adalet için uygar ülkelerde kurulan derece mahkemeleridir. Vatandaşa sağlanan yargısal bir güvence ve haktır. Dolaylı olarak Yargıtay'ın da bir kısım yükünü üzerinden alacak ve Yargıtay'ın asıl olan içtihat yaratma işlerine tam anlamıyla dönmesine katkıda bulunacaktır. Eğer gereğine inanılıp kurulmak istenirse, alt yapının ve kuruluşunun sağlanmasına Türk Devletin gücünün yeteceği kanısındayım" (24).

Diyerek istinaftan yanallığını vurgulamıştır.

Sayın Dr. Sami Selçuk ise 1999-2000 adli yılı açış konuşmasında;

"Yargının ivedi gereksinimlerinin kısa vadede karşılanmasını 1966 Newyork Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde (md. 14) bir insan hakkı olarak vurgulanan üst (ara) mahkemeye başvuru (istinaf) hakkının tanınmasını, böylelikle üst mahkemeleri, yargı kolluğu, akademisi, binalarıyla halkın ve Türkiye'nin saygınlığına yaraşan yetkin bir adli yargı istiyorum" (25).

Diyerek istinafı insan hakkı olarak değerlendirmiştir.

Görüldüğü üzere hemen hemen tüm Yargıtay Birinci Başkanları istinafı (üst

(21) Açış Konuşmaları, sh. 588.

(22) Açış Konuşmaları, sh. 619.

(23) 1993-1994 Adalet Yılı Açış Konuşması, sh. 15. vd.

(24) 1997-1998 Adalet Yılı Açış Konuşması, sh. 20.

(25) Adli Yıl Açış Konuşması, (1999-2000) sh. 55.

mahkemeyi) benimsemişler ve bu arada da bu mahkemelerin Yargıtay'ın iş yükünü azaltabilir gerekçesini özellikle ön plana çıkarmışlardır ki, bunun eleştirisini son bölümde yapmaya çalışacağız.

B - Beş Yıllık Kalkınma Plânları ile Yıllık Programlarda İstinaf

Türkiye, 1961 sonrası planlı kalkınma ilkesini benimsemiş ve beş yıllık planlar yapmayı öngörmüştür. Bu bağlamda önceleri hazırlanan Birinci ve İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planlarında sadece ekonomik ve sosyal konulara yer verilirken, daha sonra hazırlanan planlarda ve bunlara dayalı olarak çıkartılan yıllık programlarda, adalet konusuna da ayrı bir başlık halinde yer verilmeye ve nelerin yapılacağına değinilmeye başlanmıştır.

a) 1973-1977 yıllarını kapsayan "Üçüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı"nda (Adalet Reformu) başlığının (2. Sorunlar) kısmının 2080. paragrafında genel bir anlatımla adalet hizmetlerinin hızlı, verimli, tutumlu, vasıflı ve inandırıcı bir şekilde görülmesinin temel ilke olduğu belirtilip (3. İlkeler ve Tedbirler) bölümünün 2090. paragrafında da:

"(1) Adalet hizmetlerinin hızlı, nitelikli, tutumlu, verimli ve inandırıcı bir seviyeye çıkarılacağı,

"(2) Adalet sisteminin, gelişip değişen ihtiyaçları karşılayacak şekilde kendisini yenileyebilecek dinamik ve esnek bir yapıya kavuşturulacağı"

Öngörülmüştür ki, açıkça üst mahkemelerden söz edilmese bile bu tanımlamalar içerisinde istinaf kavramının dahil olduğunu söylemek pek de yanlış olmaz diye düşünüyoruz.

b) 1978-1982 Yıllarını kapsayan "Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı"nda ise, Reformlar başlığının (1. Planlı Dönemde Gelişmeler) kısmında; "Adalet hizmetlerini hızlı, nitelikli ve verimli bir düzeye çıkarmak adalet reformunun amacı olmuştur." denilmiş (İlkeler ve Tedbirler) kısmının 3 numaralı Paragrafında "Mahkemeler kuruluş kanunu ile hakimlik ve savcılık staj müessesesi Kanunu bir an önce çıkartılacaktır. İSTİNAF MAHKEMELERİ KURULACAKTIR. " denilerek istinafa açıkça yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere istinaf artık kalkınma planı kapsamındadır.

c) 1985-1989 Yıllarını Kapsayan "Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı" da ve buna dayalı yıllık programlarda istinafa gelince:

Planın Adalet Hizmetleri Başlıklı 816. paragrafında (R.G. 23.7.1985-18467)

"Yargıtay'ın ağır iş yükünün hafifletilmesi ve içtihat mahkemesi olarak görev yapmasını sağlamak amacıyla ilgili yasalarda değişiklik yapılacak ve üst mahkemeler kurulması gerçekleştirilecektir."

Denilerek bu planda da üst mahkemeler yer verilmiş: 1985 yılı programında "Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek ve bir içtihat mahkemesi olarak görev yapmasını sağlamak amacıyla üst mahkemelerin kuruluşu gerçekleştirilememiştir" saptaması yapıldıktan sonra tedbirler bölümünde ise üst mahkemelerin kurulması çalışmalarının sonuçlandırılacağına değinilmiştir.

1986 yılı programında ise (R.G. 31.10.1985-18914 mükerrer) "Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek amacıyla yürütülmekte olan bir çalışma da üst mahkemelerin kurulması yolundadır. İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında yer alması planlanan ikinci dereceli mahkemeler kurulmasını öngören üst mahkemeler kanun tasarısı Başbakanlığa sunulmuş bulunmaktadır" denildikten sonra tedbirler bölümünde ise bu tasarının kanunlaşmasının sağlanacağı ifade edilmiştir.

1987 yılı programında ise (R.G. 28.10.1986-19265 mükerrer) "Yargıtay'ın iş hacminde meydana gelen ağırlaşmada önemini sürdürmektedir. Yükün hafifletilmesi amacıyla da üst mahkemeler kurulması yolunda çalışmalar henüz uygulama alanına yansımış değildir" denilerek tedbirler bölümünde ise tasarının kanunlaşması sağlanacağı tekrar ifade edilmiştir.

1988 yılı programında ise (R.G. 28.2.1988-19739 mükerrer) yine benzer ifadelere yer verilmiştir.

d) 1990-1995 Yıllarını kapsayan "Altıncı Beş Yıllık Kalkınma Planı"nda ve bunlara dayalı yıllık programlarda istinaf:

Planın (R.G. 6.7.1989-20217 mükerrer) Adalet hizmetleri bölümünde "üst yargı organlarının iş yüklerinin kendi içinde dengelemek, özellikle Yargıtay'ın bir içtihat mahkemesi halinde çalışmasını sağlamak amacıyla yasal düzenlemeler yapılacaktır" denilmiş, böylece planda bir anlamda üst mahkemelerden vazgeçilerek Yargıtay ve Danıştay'ın iş yüklerinin daire artımı ile giderilmesi hedeflenmiştir.

Ancak, planın 1990 yılı yıllık programında (R.G. 30.10.1989-20327 mükerrer) "Yargıtay'ın iş yükünü hafifleterek bir içtihat mahkemesi şeklinde görev yapmasını sağlayacak Üst Mahkemeler Kanunu Tasarısı ile Adli Yargı Mahkemeleri Teşkilat Kanunu Tasarısı üzerinde çalışmalar sürdürülmektedir." denilerek yine üst mahkemelerden söz edilmiş, tedbirler bölümünde de üst mahkemeler kanunu ta-

sarısını TBMM'ne sunulacağı öngörülmüş, çare olarak yine üst mahkemeler kuruluşu benimsenmiştir.

1991 yılı programında ise (R.G. 28.10.1990-29679 mükerrer) "adli ve idari yargının artan iş yükünü dengelemek, adaletin tecellisindeki gecikmeleri azaltmak ve mesleği özendirmek üzere 1990 yılında başlatılan adalet hizmetlerinde modernizasyon ve iyileştirme çalışmaları devam etmektedir şeklinde dayanak plana uygun olarak açıkça üst mahkemelerden söz edilmeyen bir saptama yapıldıktan sonra tedbirler bölümünde de üst mahkemelere yer verilmeyerek bu konu mesküt geçilmiştir.

1992 yılı programında (R.G. 31.1.1992-21128 mükerrer) Adalet Hizmetleri bölümünde "Adli ve idari yargının artan iş yükünü dengelemek, adaletin tecellisindeki gecikmeleri önlemek ve mesleğe özendirmek üzere 1990 yılında başlatılan Adalet hizmetlerinde modernizasyon ve iyileştirme çabaları sürdürülmektedir. Bu çerçevede; Yargıtay'ın iş yükünü dengelemek üzere yeni daireler kurulmasını öngören 3749 sayılı Kanun.... yürürlüğe girmiştir." denilerek yine dayanak altıncı beş yıllık kalkınma planındaki ilkeye yer verilmiş ve bu bağlamda Yargıtay'da yeni daireler kurulmasının gerçekleştirildiği vurgulanmış, tedbirler bölümünde ise üst mahkemelere değinilmemiştir.

1993 yılı programında (R.G. 4.11.1993-21395 mükerrer) yine üst mahkemelere yer verilmediği görülmüştür.

e) 1996-2000 Yıllarını kapsayan "Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı" da ve Buna Dayanan Yıllık Programlarda İstinaf:

Planın (Adalet ve Güvenlik Hizmetleri) başlıklı bölümünde tedbir olarak "Yargıtay'ın iş yükünü azaltarak bir içtihat mahkemesi halinde çalışmasını sağlamak amacıyla üst mahkemeler (istinaf mahkemeleri) kurulacaktır." denilerek istinaf konusuna yeniden ve açıkça yer verilmiştir.

1996 yılı programında ise (R.G. 2.6.1996-22624 mükerrer) üst mahkemelerin kurulması öngörülmüştür.

1997 programında (R.G. 9.11.1996-22812 mükerrer) üst mahkemelerin kuruluşuna yine açıkça değinilmiştir.

1998 yılı programında ise (R.G. 7.11.1997-23167 mükerrer) üst mahkemeler kuruluşu gündemde tululmuştur.

1999 yılı programının (R.G. 15.11.1998-23524 mükerrer) "Mevcut durum bölümünde Adliye mahkemelerinin teşkilatlarının yeniden düzenlenmesinin ve bu

çerçevede Sulh Hukuk, Asliye Hukuk Mahkemesi ayırımı ortadan kaldırmayı amaçlayan adliye mahkemelerinin kuruluşu ve görevleri hakkında kanun tasarısı TBMM Genel Kurul gündeminde bulunmaktadır." denilerek üst mahkemeler tasarısının bir anlamda ertelendiği ortaya konulmuş ise de hukuki ve kurumsal düzenlemeler bölümünde üst mahkemelerin kuruluşu ve görevleri hakkında kanun tasarısına yer verilerek üst mahkemelerin gerekliliği vurgulanmıştır.

2000 yılı programında ise (R.G. 21.11.1999-23883 mükerrer) "ilk derece adliye mahkemeleri ile Yargıtay arasında üst (istinaf) mahkemelerinin kurulması sağlanacaktır." denilerek istinaf konusunda kesin bir ifade kullanılmıştır.

Görülüyor ki, istinaf konusu genel olarak kalkınma planlarıyla bunlara dayalı yıllık programlarda da olumlu yönde açıkça yer almıştır (*).

C- Yakın Dönem Hükümet Programlarında İstinaf

İstinaf veya üst mahkeme konusunda yakın dönem hükümet programlarına bakmakta da yarar vardır diye düşünüp konuya eğildiğimizde:

25 Kasım 1991'de TBMM'nde okunan 51. Hükümet Programında (R.G. 1.12.1991- 21068); Hükümetin bir hukuk reformu gerçekleştirme kararında olduğu vurgulanmış, adalet sisteminin günün ihtiyaçlarına uyum sağlayacak şekilde değiştirileceği belirtilmiştir. Siyasal tercihin uymak zorunda olduğu kalkınma planları ile yıllık programları birlikte ele alındığında bu sistemde istinafin yer aldığı varsayılabilirse de açık bir tavır yoktur da denilebilir.

31 Ekim 1995'de TBMM'nde okunan 52. Hükümet Programında Hukuk ve Yargı ile ilgili bir hususa yer verilmediğini görüyoruz.

53. ve 54. Hükümet Programlarında hızlı yargılama ve iş yükünün azaltılacağından söz edilmiştir.

Görevde bulunan 57. Hükümet Programında ise, Yargı sisteminin hızlandırılacağına, adaletin hızlı gerçekleştirileceğine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, üst mahkemeler konusuna açıkça yer veren yakın dönem bir hükümet programı mevcut değildir.

(*) Bu tebliğimizin hazırlanıp sunulmasından sonra 5.7.2000 tarih ve 24100 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2001-2005)"nın [a] Mevcut Durum] bölümünün 1856. paragrafında "İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında üst mahkemeler (istinaf mahkemeleri) bulunmadığından, Yargıtayda maddi olgular yeniden değerlendirilmekte ve içtihat oluşturma görevi tam olarak yerine getirilememektedir." saptaması yapıldıktan sonra [c] Hukuki ve Kurumsal Düzenlemeler] bölümünün 1875. paragrafında "İlk derece adliye mahkemeleri ile Yargıtay arasında üst mahkemelerin kurulmasını sağlamak amacıyla yasal düzenleme yapılacaktır." denilerek bu konudaki değişmeyen tercih tekrarlanmıştır.

D- İstinaf (Üst Mahkemeler) ile İlgili Yasa Çalışmaları

1924'te kaldırılan istinaf mahkemelerinin yeniden kurulması konusu, yukarıda da değindiğimiz üzere, Türk hukuk uygulaması ve yargı sistemimizin gündeminde kısa sürede yerini tekrar fikir düzeyinde almakla kalmamış, yasalaşması yolunda da üzerinde çalışmalar yapılmıştır.

Bu konudaki ilk tasarı 98 madde haline 1932 yılında bir komisyonca hazırlanmış olup, uzun gerekçesi ile dikkati çekmiştir.

İkinci tasarı, 1932 tasarısı üzerinde yapılan ve değişiklikleri de içeren bir çalışmanın ürünüdür. 1948'de TBMM'ne de sunulmuş, 11 maddesi Adalet Komisyonunda görülmüşken, daha sonra Bakanlıkça geri çekilmiştir.

Üçüncü tasarı 1952 yılında hazırlanmış olup, Adalet komisyonunda görüşülüp değişiklikler kabul edilmiş, ancak TBMM gündemine alınmadığından sonra kadük olmuştur. 48 madde iken görüşmelerde 55 maddelik bir tasarı olmuştu.

İstinafla ilgili dördüncü çalışma 1963 yılında Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan "Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun Tasarısı" adıyla 61 maddeden oluşan tasarıdır ve "Üst Mahkemeler" adıyla istinafa yer vermiştir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsünce bu tasarı hakkında 14.1.1964-24.1.1964 tarihleri arasında birde seminer düzenlenmiş, tasarı ayrıntılı biçimde tartışılmıştır. Daha sonra sunulan bildirileri ve tartışmaları bir kitap halinde yayınlanan bu seminer istinaf konusunda hâlâ değerli bir kaynaktır.

1977 yılında zamanın Yüksek Hakimler Kurulu'nca da bir tasarı hazırlanmış olduğu gibi aynı yıl Adalet Bakanlığı'nca da bir tasarı gündeme getirilmiştir.

Bu konudaki yedinci tasarı Adalet Bakanlığı'nca Yüksek Hakimler Kurulu'nun 1977 yılındaki taslağı esas alınarak hazırlanmıştır.

1985 yılında yine Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve 73 esas, 4 geçici maddeden oluşan "Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı" sekizinci çalışmayı oluşturmuştu.

Yine Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan bir diğer "Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı" 62 esas ve 72 geçici maddeden oluşuyordu.

Yargıtay'ın hazırladığı 73 esas ve 4 geçici maddeden meydana gelen "Üst Mahkemeler ile Üst Mahkemelerin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı" 53 esas ve 8 geçici maddeden oluşuyordu, Adalet ve Bütçe Plan Komisyonunda görüşülüp bazı değişiklikler yapıp kabul edilmişti. Ancak, bu tasarıda seçimler nedeniyle kadük olmuştur.

Bu konudaki son ve onikinci çalışma elde olan "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı"dır ve bu tasarıya bağlı olarak hukuk ve ceza yargılaması yasalarında da çalışmalar yapılmaktadır.

IV- UYGULAMA AÇISINDAN İSTİNAFA BAKIŞ VE DEĞERLENDİRME

Sürecini elden geldiğince ana çizgileri ve çeşitli yönleriyle açıklamaya çalıştığımız istinafın Türk yargı sistemine yeniden getirilip getirilmemesinin değerlendirilmesine gelince:

Bu konuda önce bu süreçte ileri sürülen hususlara eğilmekte yarar vardır. Biz bu bölümde bunu yapmaya çalışacağız:

A- İstinaf (Üst) Mahkemelerinin Kurulmasının Gerekliliğine İlişkin Görüşlerin Ana Nedeni

Bir önceki bölümde aktarmaya çalıştığımız kişisel ve kurumsal görüşlerin çok kısa bir özetini yapacak olursak; İstinaf (üst) Mahkemelerinin kurulması isteminin temeldeki nedeni yer yer istinaf kavramının teknik ve gerçek anlamına değinilmiş olmasına rağmen, Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması ve onun bir içtihat mahkemesi haline getirilmesi arzudur. Buna bir başka deyimle Türk yargı sisteminin dinmeyen özlemi demekle sanırım yanlış olmaz. Bunun içindir ki, tebliğimize ikinci başlık olarak da bunu seçtik.

Hal böyle olunca tam bir değerlendirme yapabilmek için tebliğimizin başında kısaca değindiğimiz istinaf kavramına tekrar kısaca dönmek gerekiyor. Şöyle ki; eğer istinaf teknik anlamda ele alınacak olursa, yani maddi olguların tekrar değerlendirilebileceği süzgeç olarak görülürse, kurulacak istinaf veya bir başka deyimle üst mahkemelerin bu bağlamda Yargıtay'ın iş yükünü azaltması düşünülemez. Zira hukuksal denetim için Yargıtay'a başvuru yolu kapatılamaz. Konuya maddi meselenin kontrolü gerektiği görüşü açısından da (26) eğinilecek olursa, istinaf (üst) mahkeme yine teknik anlamda gereklidir denilebilir. Kısacası bu anlamda istinaf (üst) mahkeme ikinci bir yargılamadır. Süzgeç olmasının yanında işi uzattığını da kabul zorunludur.

Fakat, tartışmaya Yargıtay'ın asıl görevine kavuşturulması açısından yaklaşıldığında, yani Yargıtay'ın iş yükünü azaltma amaçlı istinaf kuruluşu düşünüldüğünde, konu değişik bir boyut ve anlam kazanacaktır. Bir kısım kararları

istinaf (üst) mahkemenin kesin olarak sonuçlandırılmasının öngörülmesi halinde - çeşitli sakıncalarını ayrı ayrı göstermeden sadece- ülkede içtihat aykırılıklarına yol açacağı gerçeğini ifade etmek tek başına yeterlidir. Bunun ise güdülen amaçla taban tabana zıt bir sonuç olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kısmen istinaf, kısmen temyiz fonksiyonunu ifa edecek bir üst mahkeme yapılanmasının uygun olmadığı görüşünde olduğumuzu açıkça ifade etmek istiyoruz. Bu düşüncemizi belirtirken ilke olarak - ve aşağıda açıklayacağımız önerilerin gerçekleştirilmesi koşuluyla- teknik anlamda istinafa karşı olmadığımızı da vurgulamak isteriz. Önerilerimizin dayanağı olacağı için de öncelikle Türk Yargı sistemine ve özellikle ilk derece mahkemelerine ilişkin saptamalarımızı belirtmek istiyoruz.

B- Türk Yargısının Bugünkü Durumu ve İçinde Bulunduğu Koşullar

Bu konudaki saptamalara geçmeden önce şu hususu özellikle belirtmek gerekir: Cumhuriyetle birlikte laik hukuk sistemine geçilen, temel yasalarla çağdaş görünüm kazanan ve bunları uygulayacak Cumhuriyete inanmış hukukçular yetiştirilen ülkemizde, ne yazık ki son elli yılda yargıya gereken önem ve özenin gösterildiği söylenemez. Ve ne yazık ki Ülkemizde yargıya ilişkin; gerekli inceleme, araştırma ve istatistiksel bilgilere dayalı uygulayıcıları ile bilim adamlarının görüşleri alınmak suretiyle hazırlanmış, sorunları çözücü, yapılacakları ve yapılması gerekenleri öngören uzun vadeli bir adalet planı mevcut değildir.

Bunun içindir ki, yargının sorunları şimdiye değin hep palyatif tedbirler ve siyasal iradenin o anki ve o günkü tercihleri, hatta siyasal iradenin temsilcisi Adalet Bakanlarının düşünceleri ve istemleri doğrultusunda ele alınıp değerlendirilmiştir. Yukarıda yer verdiğimiz hükümet programları özellikle beş yıllık kalkınma planları ve bunlara dayalı yıllık programlar incelendiğinde bu gerçeği açıkça görmek mümkündür. Plana rağmen istinaftan söz edilmemiş veya istinafa yer verilmiştir. Bunu adli kolluk konusunda da görmek olurludur.

Bununla birlikte ilk derece mahkemelerinin durumuna kısaca eğilecek olursak, Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana üzerlerine düşeni fedakarca yapan, her mahkemenin bakabileceği standart dosya sayılarının çok çok üzerinde iş çıkartan yargıç ve Cumhuriyet savcıları eliyle görevlerini eksiksiz yerine getirdiklerini söylemek yanlış bir yargı olmaz.

Siz; daha iyi bir staja tabi tutulacak, çağdaş bir mesleki içi eğitimden geçirilecek hakim ve savcılar yetiştirirseniz ilk derece mahkemelerinden daha çok ve daha iyi sonuçlar alırsınız.

Siz; ilk derece mahkemelere yetişmiş kalem personeli, araç ve gereç sağ-

larsanız, nüfus ve tapu gibi ile ilgili kuruluşların bilgi aktarımını artırıcı önlemler alırsanız adli kolluğa kavuşturursanız, onların daha etkin ve süratli adalete gitmelerini sağlamış olursunuz.

Önümüzde bir de çocuk mahkemeleri kuruluşu örneği vardır ki, aceleye getirilmiş uygulanabilirliği düşünülmeden gerçekleştirilmiş bir tatbikattır ve maalesef bilebildiğimiz kadarıyla, bugüne değin sadece beş yerde faaliyete geçilebilmiştir.

Yargının hızlandırılması amacıyla ceza usulünde ilk tahkikat aşamasının kaldırıldığı ülkemide, istinafin getirilmesini istemek acaba bir anlamda bir tezat olarak da değerlendirilemez mi?

Yine yargının hızlandırılması için usul yasalarında yapılabilecek değişikliklerin, istinaf gereksinimini ortadan kaldırabileceği de üzerinde durulması gereken bir hususdur diye düşünüyoruz.

Bu arada son yıllarda idari yapıda yapılan değişikliklerle kurulan yeni ilçelerde yargı teşkilatı oluşturulması Türk yargı sisteminde önemli ölçüde bir hakim ve Cumhuriyet savcısı israfına yol açmıştır. Yılda tüm mahkemelere gelen iş sayısı 50 veya 100'ü dahi bulmayan bu tür yeni ilçe adliyelerinde en az iki hakim ve bir Cumhuriyet savcısının görevlendirilmiş olması olgusuna israf demek herhalde pek yanlış olmaz (*).

Şu an için yargının fizik koşullarındaki olumsuzluk yüzdesi sanırım çok yüksek bir rakamla ifade edilebilir. Genel bütçeden yüzde birden az pay ayrılan yargının ödeneksizlik yüzünden yaşadıkları herkesin bildiği bir gerçek olduğundan teker teker saymak istemiyorum.

İşte bu tablo karşısında istinafta, son dönemde siyasal iradenin yargıdaki temsilcisi Adalet Bakanlarının istemleri çerçevesinde gündem maddesi olmakta veya olmamaktadır. Böylesine ciddi ve yukarıda özetlemeye çalıştığımız ilginç bir süreci yaşayan istinaf sorunu çok ayrıntılı incelenmeli ve varılacak sonuç da-iresinde çözüme kavuşturulmalıdır. Bir başka anlatımla, öncelikle bugün için mevcut ilk derece mahkemelerinin sorunları dikkatle incelenip çözüme ka-

(*) Bu tebliğimizin sunulmasından sonra 5.7.2000 tarih ve 24100 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Plânı (2001-2005)"nın (II Adalet Hizmetlerinde Etkinlik) Başlıklı bölümünün (c-Hukuki ve Kurumsal Düzenlemeler) kısmının 1877 paragrafında: "8.4.1924 tarih ve 469 sayılı Mahakimi Seriyenin lıgasına ve Mahakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun Yürürlükten kaldırılıp yeni bir yasal düzenleme yapılarak; mahkemelerin kuruluşu, mülki sisteme paralel olmaktan çıkarılacak; adliye teşkilatının, il merkezleri ile belirli bir nüfus yoğunluğuna ulaşmış ilçelerde kurulması esası getirilecektir." denilerek, savunduğumuz bu görüşün resmen benimsenmiş olmasından ve belgelenmesinden son derece mutlu olduğumu ifade etmek isterim (M.H. SURLU)

vuşturulmadıkça istinaf (üst) mahkeme kuruluşuna kalkışmak ne derece doğru olur diye düşünüyoruz.

C- Yargıtayımızın Bugünkü Durumuna Kısa Bir Bakış

İstinaf mahkemelerinin kurulması isteminin ana gerekçelerinin başında Yargıtayın bir içtihat mahkemesi olması gerektiğinin gösterildiğini yukarıda belirtmiştik.

Acaba bugüne kadar Yargıtay bu görevini yerine getirememiş midir ki, bu husus öne sürülmektedir. Kanımızca Yargıtay bu fonksiyonunu en etkili biçimde ifa etmiştir ve etmektedir.

Temyiz incelemesi, karar düzeltme ve direnme kurallarıyla da üçlü bir denetim süzgeciyle üzerine düşeni yaptığı inkar edilemez bir gerçektir.

Altı cildi hukuk ve üç cildi de ceza olmak üzere dokuz ciltlik kitap halinde toplanmış bulunan içtihatları birleştirme kararlarıyla uygulamaya ışık tuttuğu gözden kaçırılmamalıdır. Emsal içtihatlarının sayısının hiç de azımsanmayacak bir miktara ulaştığı da unutulmamalıdır.

Bugün için kısa sayılabilecek makul bir süre içinde temyiz incelemesi yapmakta olduğunu da rahatlıkla söyleyebiliriz.

Bu arada bir gözlemimizi de açıklamak istiyoruz: İstinaf uygulaması gerçeğine eğildiğimizde, buna genelde federatif, kantonal veya eyalet sistemli yönetimlerle idare edilen batı ülkelerinde rastlanıldığını görüyoruz. Üniter yapısı dikkate alınacak olunursa, bu uygulamanın Ülkemiz için pek te uygun düşmeyeceğini düşünüyoruz. Kanımızca bu husus, bu saptamada gözardı edilmemelidir. İchtihat birliği ilkesini Yargıtay'ımızın başarıyla sağladığı inkar edilemez.

D- İstinaf Mahkemelerinin Hemen Kurulması Halinde Ortaya Çıkacak Sorunlar

Öncelikle bu mahkemelerde görev alacak hakim ve Cumhuriyet Savcısı gereksinimi söz konusudur.

Buna bu mahkemeler içinde yer alacağı fiziksel şartların hazırlanması hususu eklenecektir. Personel ihtiyacı da ayrı bir konudur.

Bunlar hemen ilk elde göze çarpan sorunlardır. Derinlikli düşünüldüğünde bu sorunların sayısının artacağı da ayrı bir gerçektir.

E- Değerlendirme ve Düşüncemiz

Yukarıda açıkladığımız anlamda istinafa ilke olarak karşı olmadığımızı söylemiştik. Yani tam ve teknik anlamıyla istinaf ise evet diyoruz. Bunun gerçekleşmesi konusundaki düşüncemize gelince; Sayın Prof. Dr. Baki Kuru'nun Yargıtay'ın 120. Yıl Dönümü nedeniyle düzenlenen sempozyuma sundukları "Bugünkü Yapısı İçinde Yargıtay'ın İşyükünü Azaltma Çareleri" isimli tebliğlerinde yer alan:

"İlke olarak istinaf Mahkemelerinin yeniden kurulması yararlı olur; çünkü, istinaf sisteminde davalar daha iyi ve güvenli biçimde hüme bağlanır ve Yargıtay asıl görevinin dışında vakıalarla da uğraşan bir derece mahkemesi gurubuna düşmüş olmaktan kurtulur ve gerçek anlamda bir içtihat mahkemesi görevini yerine getirme imkanına kavuşur. Ancak, istinaf mahkemelerinin kurulması için vakit henüz erkendir. Çünkü, istinaf mahkemelerini kurabilmek için, önce gerekli ortamın hazır olması gerekir. İstinaf mahkemelerinin kurulması için gerekli ortam, ancak, mahkemelerimizin gerek nicelik gerek nitelik bakımından yeterli hakim, savcı ve yardımcı personel ile donatmak, mahkeme kalem teşkilatını ıslah etmek, davaların çabuk, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için gerekli tedbiri almak suretiyle sağlanabilir. Ancak, bundan sonra kurulacak istinaf mahkemeleri faydalı olur. Gerekli ortam hazırlanmadan istinaf mahkemelerini kurmak, yararlı değil, bilakis zararlı olur." (27)

Yolundaki aynen katıldığım değerlendirmeleridir. Üst mahkemeler ancak bu koşullarla kurulabilir. Kurulurken de, bugüne kadar ki uygulamadan edinilen deneyimler de kesinlikle gözardı edilmemeli ve onlardan yararlanılmalıdır.

Bu arada adli yargıya uzak olmakla birlikte idari yargıda bir anlamda kısmi istinaf uygulaması olarak değerlendirilebileceğimiz bölge idare mahkemeleri tatbikatının sağlıklı bir değerlendirilmesinin, bu soruna ışık tutabileceğini de hatırlatmak istiyoruz.

2000'li yıllarda uzun vadeli ve hedefleri belli planlarla çağdaşlaştırılacak bağımsız bir yargı ve yargı sistemi özlemi içerisinde, Cumhuriyet kurulduğundan bugüne kadar yargıda görev almış gelmiş geçmiş tüm meslektaşlarımı hürmetle anar, beni dinlediğiniz için sizlere teşekkür eder, saygılar sunarım.

– oOo –

(27) Prof. Dr. Kuru Baki a.g.em sh. 5.

BİR HUKUK GENEL KURULU KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Mehmet KAŞIKÇI (*)

ANLATIM DÜZENİ: I-Konu. II-Hukuk Genel Kurul Kararı. III- Maddi Olay. IV- Bu Güne Kadarki Uygulama. A- Yasal Durum. B- Yargısal Uygulama. V- Tenkitler. VI-Sonuç

I- KONU

Yüksek Hukuk Genel Kurulu, 28.10.1998 gün 1998/7-242-/52 sayılı ile 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu gereğince düzenlenen belirtmelik tutanaklarının aksinin ispatı ile ilişkili yeni bir karar verilmiştir. Bu karar, 4753 sayılı Kanunun kabul edildiği 15.06.1945 tarihinden bu yana devamlı süre gelen bir uygulamanın aksine olması sebebi ile burada tartışma konusu edilmeye çalışılacaktır. Bu yazı ile, bu Kanunun gayesi, uygulaması ve yargısal işlemler ve bunlarla ilişkili kararlardan sözedilecek; sonrada bu son kararın eski uygulamalar karşısında durumu değerlendirilecektir.

II- HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay Yüksek 7. Hukuk Dairesinin yaptığı bozmayı benimseyerek formül bozma örneği ile hükmü bozmuştur. Kararın Daire ve Hukuk Genel Kurulu Kararları şu şekildedir:

"Mahkemece dava konusu taşınmazın kamu malı niteliğinde mera olmadığı Hazine tapu kaydının olduğu günden önce çekişmeli taşınmaz üzerinde adlarına tesciline karar verilen zilyet davacılar yararına 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 46/1 maddesi hükmünde öngörülen kazandırıcı zamanaşımı zilyedliği ile taşınmaz edinme koşullarının gerçekleştiği gerekçe gösterilerek hüküm kurulmuştur. Ne var ki, dava konusu taşınmazı kapsadığı taraflar arasında tartışmasız olan 4753 ve 5618 sayılı yasalar uyarınca Hazine adına oluşan tapu

(*) Yargıtay 17.Hukuk Dairesi Üyesi

kaydının dayanağı belirtmelik tutanağı ile kadastro tesbit tutanağında dava konusu taşınmazın öncesinin kamu mali niteliğinde mera olduğu, meradan açılarak tarla haline getirildiği, davacıların taşınmazda zilyedliklerinin 1950 yılında başladığı belirtilmiştir. Bu nitelikteki taşınmazlar üzerinde sürdürülen zilyedlik süresi ne olursa olsun hukukça değer taşımadığı gibi resmi kayıt ve belgelere aykırı düşen yerel bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilmesi de olanaksızdır. Kaldı ki davacı tarafın taşınmazda 1950 yılında başlayan zilyedliği Hazine Tapu kaydının olduğu güne kadar iktisap sağlayan 20 yıllık yasal süreye ulaşmamıştır. Bu hukuksal olgular dikkate alınarak davanın reddine, dava konusu taşınmazın tapu kaydına değer verilerek Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir, gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı Hazine Vekili

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı Hazine Vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının özel daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA"

III- MADDİ OLAY

Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olan olay şudur: 23 numaralı Toprak Tevzii Komisyonu, ay ve gününü yazmadığı 1962 tarihli belirtmelikte, niza konu taşınmazın şahıslarca "köyün ortamalı veya devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden açılmak suretiyle edinildiği ve şagiliyetten mütevellid kanuni iktisapları olmadığı fuzulini işgal ettikleri anlaşıldığından Hazine adına belirtilmesine" şeklinde yapılan belirtme üzerine nizalı taşınmaz 31.07.1963 tarih ve 583 sayılı tapu ile Hazine adına tarla niteliği ile özel mülk olarak tescil edilmiştir.

Davacı 1937 tarihli 1540 ve 1552 tahrir numaralı vergi kayıtlarına dayanarak, 1937 tarihinden daha önceden beri devam eden zilyedlikleri nedeni ile adına tescil talep etmiş ve yapılan yargılama sonucunda davacının 60 yıla ulaşan zilyedliği ve dayanılan vergi kayıtlarının bu yere ait olduğu tesbit edilmiştir. 11.07.1994 tarihli

keşifte dinlenen yerel bilirkişi ve zilyetlik tanığı zilyetlik süresinin 60 yıldan fazla olduğunu bildirmişlerdir.

Burada şu hususların altını çizelim:

1- Nizalı taşınmazın aslının mera olduğuna dair belirtmelikte özel daire bozmasında belirtilen aksine bir açıklık yoktur. Belirtmedeki ibare "köy ortam malı" şeklindedir. Bilindiği gibi bu meradan başka kamunun ortak kullandığı 3402 sayılı kanunun 16. maddesince sayılan pek çok şeyler olabilir. Bu sebeple niza konusu taşınmaz hakkında mera yaklaşımı yerinde değildir.

2- Belirtmelikte zilyedliğin süresi ile ilişkili herhangi bir açıklama mevcut değildir.

3- Kadastro tesbiti toprak tevzii komisyonunca oluşturulan tapu kaydına dayanılarak yapılmıştır.

4- Davacının zilyedliğinin 1950 tarihinden bu yana olduğu kadastroca tesbit tutanağında yazılıdır.

Mahkemece niza konusu taşınmazın davacılara ejdatlarından kalıp 40-50 seneden beri tarım arazisi olduğu Hazinesinin ilgisinin bulunmadığı, Hazine adına oluşan 1963 tapu tarihinden geriye doğru 20 yıllık sürenin çok önceden dolduğunu Komisyonca düzenlenen belirtmelik tutanağının matbu olarak düzenlendiğini bu nedenle tapuya değer verilmesinin mümkün olmadığını açıklayarak 3402 sayılı kanunun 46/1. maddesi gereğince zilyedliğin ön planda tutulacağı, bu şekilde komisyonca oluşturulan tapuya değer verilemeyeceğini gerekçe göstererek davayı kabul etmiştir.

Yüksek 7. Hukuk Dairesi, belirtmelik tutanağı ve kadastro tesbit tutanağına göre, dava konusu taşınmazın, öncesinin kamu malı niteliğinden mera olduğu meradan açılarak tarla haline getirildiği, davacıların taşınmaza zilyedliklerinin 1950 yılında başladığını belirlendiğini, bu nitelikteki taşınmazlar üzerindeki zilyedliğin süre neye ulaşırsa ulaşsın hukukça değer taşımadığı gibi RESMİ KAYIT VE BELGELERE AYKIRI DÜŞEN YEREL BİLİRKİŞİ VE TANIK SÖZLERİNE DEĞER VERİLMESİ OLANAKSIZ olduğu, kaldı ki davacıların zilyedliklerinin 1950 yılından sonra başladığı tapu tarihinden geriye 50 yıllık zilyedlik süresinin geçmediği, bu sebeplede davacılar yararına edinmenin gerçekleşmediği vurgulanarak davacıların davasının reddinin gerektiği şeklinde kesin bozma yapılmıştır.

Yerel mahkeme direnmesinde, eski gerekçelere ek olarak, kadastro tesbitinde

esas unsurun davacının herhangi bir belge ibraz etmemiş olması nedeni ile köy orta malı veya devletin hüküm veya tasarrufu altındaki yerlerden açılmak suretiyle kullanıldığıнын yazıldığıнын altı çizilerek 4753 Sayılı Kanunun amacı vurgulanıp, kayıtlarında uyduğundan sözedilerek eski kararında direnmiştir.

IV- BU GÜNE KADARKİ UYGULAMA

Bozma ilamının ana espirisi şudur: Belirtmelik ile kadastro tutanağının edinme sebebinde yazılı bilgilerin değerlendirilmesi, başka bir ifade ile yüksek özel Daire ve Daire fikrini benimseyen Yüksek Hukuk Genel Kurulu 4753 sayılı kanuna göre düzenlenen belirtmelik tutanağındaki bilgiler ile 3402 sayılı kanunun 7. maddesine dayanılarak düzenlenen kadastro tutanağındaki edinme sebebinde yazılı bilgilere değer verilmelidir. Değer verilen bu bilgilerin nasıl oluştuğu, bu konudaki yerel, yargısal ve fiili uygulamalar hakkında bilgi vermenin uygun olacağını düşünüyorum.

A- YASAL DURUM

15.06.1945 tarihinde yürürlüğe giren ve 19.07.1973 tarihinde yürürlükten kaldırılan 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, Türkiye Cumhuriyetinin gerçekleştirebildiği ilk ve tek toprak reformu yasasıdır. Bu yasa ile arazisi olmayan veya yetmeyen çiftçilere geçimlerini sağlayacak ve onları toprağa bağlayacak miktarda araziye sahibi yaparak gerçek tarım erbabı olarak hayatlarını sürdürmeleri amaçlanmıştır. Kanun, arazi verilen kişilere sermaye vermeyi ve aynı yardım yapmayı da öngörmüştür. Bu amacın tahakkuku için herhangi bir köyde çalışmaya başlayan komisyon, önce o köyün nüfus, aile ve toprak kapasitesini değerlendirmiş, aileyi esas alarak toprağın verimliliğine göre belli bir miktarda toprağı muhtaç çiftçiye vermiştir. Bu şekilde dağıtılacak toprağın nereden elde edileceği 8. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Dağıtılacak araziye düzenleyen 8. maddenin aşağıda yazacağım bendler dışındaki bendler konumuzla ilgili olmadığı için buraya alınmamıştır. Bu maddenin a bendinde devletin hüküm ve tasarrufu veya özel mülkiyeti altında bulunup kamu işlerinde kullanılmayan arazi ile c bendinde sahibi bulunmayan araziler ve diğer b, d, e ve f bendlerinde sayılan araziler ile 14. maddede gösterilen arazilerin değerlendirilmesi yapılarak, muhtaç çiftçilerin adedi, toprağın miktarı gözönünde bulundurularak dağıtılmıştır. Mera vesair kamu malı ve hizmet yerleri ile ilişkili düzenlemeler yapıldıktan sonra dağıtılmayacak araziler Hazine adına tapuya bağlanmıştır. Bu kanuna göre kurulan bir başkan ve iki üyeden oluşan komisyonların kamu emlakinin niteliğini değiştirerek şahıs arazisi yapmak yetkisi

mevcuttur. Yani bu komisyonlar ihtiyaç fazlası mera, yayla, otlak, harman yeri gibi yerlerin, bu niteliğini kaldırarak Hazine adına özel mülk tapuya tescil ettirebilir veya özel kişilere dağıtabilirdi.

Komisyonlar, dağıtılacak araziye ortaya çıkarmak için mevcut arazilerin genel bir belirtmesini yapar. Bu kanunun yoğun uygulaması sırasında, yürürlükte olan 2613 sayılı kanunun hükümlerinden de etkilenecek belgesi ve kaydı olan kişilerin arazilerini kendilerine bırakır, belgesiz olanları "devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerler veya kamu malları olduğuna ilişkin belirtmelik düzenleyerek" belirler, bunların haritalarını yapar, dağıtacağı yerleri de bunlara göre belirlerdi. Şunu itiraf etmek gerekir ki bu komisyonların en büyük problemi, bir iki istisna dışında (Aksaray gibi, Konya Ovasındaki bazı ilçeler gibi) dağıtılacak toprağın daima ihtiyaçtan az olması idi. Bu sebeplede komisyon öncelikle "toprak çıksın ki bizde size dağıtalım" propagandası ile tüm halen kullanılan yerlerin bile dağıtılacak arazi kapsamına alınmasını sağlardı. Aynı anda 3 komisyonla birlikte çalışan ve Türkiye'nin son toprak hakimi olarak görev yapan birisi olarak bu komisyon mensuplarının "sizin tapunuz yok, zilyedlikle de birşey sağlanmaz, bu yeri biz kapsamımıza alalım seni tapu ile sahiplendirelim." diyerek, komisyonda çalışan bilirkişi ve ihtiyar heyetinin halen kullandıkları arazilere bile el koyulduğu hatırımsızdır. Bir kişinin belgesi olmadı mı zilyedliği nazara alınmaz, klasik bir deyimle, "5-15 seneden beri meradan sürmek suretiyle ... zilyedliğinde olduğu anlaşıldığından" denilerek belirtme düzenlenir. Bunu da toptan, hep birlikte tüm belirtmelikleri bir arada çoğu okuma yazma bilmeyen mahalli bilirkişiler ve muhtar ve ihtiyar heyetine imzalatır idi. Bu şekilde binlerce kişiyi dinleyen birisi olarak bu uygulamanın yaygınlığına inandığım gibi, bu komisyonların birinde etkin üye olarak çalışan bir kişi ile ailevi ilişkiler çerçevesinde yaptığım değerlendirmelerden de şu anda aklımızda kalanlar bunlardır.

Yukarıda, 3402 sayılı kanunun 7. maddesine göre düzenlenen "kadaströ tutanağının" edinme sebebi sayfasını oluşturan 2. sayfasındaki bilgilerinde kararın bozulmasında etkili olduğunu söylemiştik. Birazda bu konu ile ilişkin bilgi verelim. 3402 sayılı Kadastro Kadastro Kanununun 7. maddesi taşınmaz malların nasıl sınırlandırılacağını başka bir deyişle kadaströ tutanağının ne şekilde düzenleneceğini açıklamıştır. Bu ve diğer maddelere göre 2 kadaströ teknisyeni bir muhtar ve 3 bilirkişinin oluşturduğu ekip kayıt ve belgeleri uygulamanın yanında gelirse ilgiliyi de dinleyerek Muhtar ve bilirkişilerin beyanlarını esas alıp sözü edilen 2. sayfayı düzenler. Geçmiş dönemdeki bu şekilde düzenlenen sayfanın kadaströ ve genel mahkemelerdeki yargılama sırasında inkar edilmiş olması sebebi

ile 3402 sayılı Kanun yerel bilirkişilerin ve muhtarın "okudum." diyerek bu tutanağın altını imzalamalarını öngörmektedir. Ancak 20 küsur senesini bizzat kürsüde bu tutanakları okuyup bu bilirkişileri dinleyerek geçiren birisi olarak yine yerel bilirkişilerin bu sayfada yazılı olanların bilgileri tahdında yapıldığını da tereddüt göstermekteyiz; çünkü buradaki bilgilerin bir kısmı teknikyenlerin teknik bilgilerini, bir kısmıda yerel bilirkişi ve muhtarın tabiri yerinde ise, yerel bilgilerini birlikte ihtiva eder. Teknisyenler teknik bilgileri yazıyoruz, diyerek yerel bilirkişileride bağlayıcı birçok bilgiyi bu sayfaya yazarlar, altınıda bilirkişilere imzalatırlar. Biz şahsen binlerce "ben bunları söylememiştim. Ben o yöndeki tarlaları bilmem. Bu bilgiler nasıl y azılmış ben bilemiyorum." cevaplarını almışımdır.

Bunlar memleketimizin gerçekleridir; ancak, yinede mahkemeler bu gerçekler karşısında kendi yorumlarını yapmışlar ve bir uygulama yerleştirmişlerdir. Buna göre burada yazılı olanların aksi, makul, gerekçeli, olaylara dayalı, objektif delillerle kanıtlanırsa belirtmelik ve edinme sebebinde yazılı bilgilerin aksi kabul edilmiş ve buna dayalı tesbit ve tesciller değiştirilmiştir. Aşağıdaki bölümde buna ilişkili örnekleri vereceğiz.

B- YARGITAY UYGULAMASI

Gerek Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, gerekse 5602 sayılı Kanundan 3402 sayılı Kadastro Kanununa kadar tüm toprak dağıtımı veya tesis kadastro suna yönelik faaliyetler yargı denetiminin dışında bırakılmamış, başka bir ifade ile; bu faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların yargıda nihai olarak çözümlenmesi kabul edilmiştir. Öyleki Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu uygulamasından doğan uyuşmazlıkları çözmek üzere, TOPRAK MAHKEMELERİ, tesis kadastro su (tapulama) faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda KADASTRO TAPULAMA) Mahkemeleri oluşturarak bir ihtisas mahkemesi şeklinde uyuşmazlıkların çözümlenmesi öngörülmüştür.

Gerek Toprak Mahkemelerinde, gerekse bu sıfatla davalara bakan Asliye Hukuk Mahkemelerinde onbinlerce Hazine yararına oluşan tapu kaydının tesisinden önceki 20 yıl süre ile kişinin nizasız ve fasılasız malik sıfatı ile sürdürdüğü zilyedlik ile taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı oluşması halinde Hazine adına oluşan tapu kaydının hukuki değerini yitirdiği kabul edilerek Hazine tapularının iptaline karar verilmiş ve bu kararların hiçbirinde belirtmelik resmi belge kabul edilmemiş ve buradaki bilgilerin aksinin isbat edilemeyeceği şeklindeki bir yaklaşım hiç ama hiç gündeme gelmemiştir. Mesela; 27.01.1954 gün 14/1 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı muhtaç çiftçiye dağıtımdan sonra arazinin aynı hak-

kında zilyedliğe müstenip dava açılmayacağı, davanın ancak bedele yönelik olabileceği kabul edilmiş, 27.01.1954 gün 14/1 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında da "zilyed tarafından bu yerin sahibi olduğunun tesbiti için ayrıca dava açması lazım geldiği" şeklinde kararlar verilmiştir.

Ayrıca, 26.12.1966 gün ve 10/12 sayılı içtihadı Birleştirme Kararı ile "zamanışımı süresini tayinde 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 10. maddesine etkili bulunmadığına tescil davasında 15.06.1945 tarihine kadar devam eden zilyedlik süresinin 20 seneye varıp varmadığının araştırılması gerektiğine" karar verilmiştir. HGK.nun kararlarında da zilyedlik edinme ile ilişkili kararlar mevcuttur. Nitekim 20.11.1981 tarih /54 sayılı kararı özetle şu şekildedir. "Hazine tapusu 1972 tarihlidir ve 4753 sayılı yasa gereğince tescil edilmiştir. Davacı özellikle dava konusu taşınmaz üzerindeki zilyedliğinin 19/2 tarihine kadar kazandırıcı zamanışımını bağlığ olduğunu ileri sürdüğüne göre, bu iddianın değerlendirilmesi gerekir. Çünkü koşulları gerçekleştiği takdirde bir yerin Hazine adına tapulu bulunması veya tapuya dayanılarak tapulamaca tesbitinin yapılması tapunun iptaline engel olamaz." Görüşünü benimsemiştir. Bu uygulama ile ilişkili bir de eski tarihli bir Daire kararından söz edelim. 7.H.D 16.04.1976 gün ve 5992 sayılı kararında "4753 sayılı Kanuna göre oluşan tapu kaydı dava tarihinde Hazine uhdesinden çıkmamış ve kamu hizmetine de tahsis olunmamıştır. Zilyedliğin başladığı tarih ile tapu kaydının meydana getirildiği tarih arasında kazandırıcı zamanışımı ile iktisap koşullarının davacı yararına gerçekleşti mahkemece toplanan ve takdir edilen delillerle tesbit olunmuştur."

Tesis kadastrounu yapmayı düzenleyen Kadastro ve Tapulama Kanunlarında da tesbitin aleyhine zilyedliğe dayalı dava açılabileceği kabul edilmiş ve bu tutanaklarında bir resmi belge olduğu aksinin isbat edilemeyeceği kabul edilmemiştir.

Mevzuatımızda sadece ve sadece 6831 sayılı Orman Kanununun 58. maddesinde, orman suçu ile ilişkili olaylarda düzenlenen suç zabıt varakasının resmi bir belge olduğu kabul edilmiştir ki bununda mantığında, tutanakta sanığın imzasının bulunması vardır.

Şimdi denebilir ki; bu kadar bilinen bir konuda bu kadar uzun bilgi vermenin ne anlamı var. Bu bilgiyi vermemin sebebi özellikle ve münhasıran HGK.'ce benimsenen Daire bozmasında bulunan "resmi kayıt ve belgelere aykırı düşen yerel bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilmeside olanaksızdır." cümlecığinin ne kadar yasalara ve uygulamaya aykırı olduğunu vurgulamak içindir.

Aşağıdaki bölümde bu konuda daha geniş bir şekilde görüşlerimizi açıklayacağız:

V- TENKİTLER

Nizah taşınmazın belirtmeliğinin ana esprisi herhangi bir tasarruf belgesini ibraz edilmemesidir. Yukarıda açıklandığı gibi Çiftçiyi Topraklandırma Komisyonlarının temel uygulaması budur; çünkü ondan sonraki bilgiler tamamen çelişki içerisindedir. Çünkü nizalı taşınmazın şahıslarca köyün orta malı veya devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden açıldığı belirtilmiştir. Taşınmaz mal hukukunda köyün orta malı ayrı bir kavram; devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler ayrı bir kavramdır. Bir yer ya köy orta malıdır veya MK.nun 641'de yazılı devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerdir. İkincisi belirtmelikte (işgaliyetten mütevellit kanuni iktisapları olmadığı) açıklanmıştır. Bir yerin şağilinin veya zilyedinin iktisabının olup olmadığı hukukumuzda süre ile ilişkili bir konudur. Başka bir ifade ile; bir yeri 20 sene nisazız ve fasılasız zilyedi olan kişi o yerin maliki olur. Tesbit tutanağında süre bu sebeple zikredilmemiştir. Komisyon bu şekilde sakat bir belirtmeye dayalı olarak nizalı taşınmazın Hazine adına özel mülk olarak tescil etmiştir. Bir yer kamu malı ise, bu yerin devletin özel mülk olması mümkün değildir. Meğerki buna yetkili olan komisyonun bu taşınmazın o köyün mera ihtiyaç fazlası olduğunu belirterek nitelik değiştirmesi yapsın. Olayımızda, komisyonun böyle bir nitelik değiştirdiği, ne belirtmelikte, ne savunmada, ne mahkeme kararında ve ne de Yargıtay kararında mevcut değildir. Bu sebeple bu yerin özel mülk yapılmasında (eğer Yargıtay bozma ilamında belirtildiği gibi) aslı öncesi mera ise, yine yasal değildir.

Fakat esas ana konu ve üzerinde durulacak asıl husus; HGK.ce benimsenen Daire kararındaki şu ibarenin mevcudiyetidir: "Resmi kayıt ve belgelere aykırı düşen" bunlar nelerdir: Bunlar açıkca yukarıda metnini aldığımız daire bozmasında açıklandığı gibi "belirtmelik" ve "kadastro" tutanağıdır. Başka bir ifade ile de orada yazılı olan bilgilerdir. Bunlar nelerdir:

- 1- Niza konusu taşınmazın kamu malı niteliğinde mera olduğudur.
- 2- Meradan açılarak tarla haline getirildiğidir.
- 3- Davacının zilyediğinin 1950 yılında başladığıdır.

Daha önce yukarıda açıkladık. Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ve Tapulama (Kadastro) Kanunlarına dayalı olarak sürdürülen tüm davalarda bunların aksi kanıtlanabilir. Bunların artık resmi belge niteliğinde olduğu ve hele hele bunlara ay-

kırı düşen yerel bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilmesinin olanaksız olduğu yaklaşımı kesin olarak bu kanunların bu güne kadar ki uygulamaları ile kabil-i telif değildir.

Bunu aksine olarak, yani bu belgelerin resmi belge olması bir yana, özellikle tapulama hukukunda (çok yerleşen bir tabirle) "itiraz edilmekle tutanak, dava açılmakla komisyon kararı tesbite esas olması niteliğini kaybeder." Bu, eskiden bu davalara bakan 7. Hukukun binlerce kararında tekrarlanmış bir hususdur. Şimdi bu belgelere resmi belgedir, diyerek aksinin tanık ve bilirkişiler ile isbatının mümkün olmadığını söylemek en azından doğru bir yaklaşım değildir. Kaldı ki somut olayda davacı iki vergi kaydına da dayanmıştır. Onlarda resmi belgedir.

Bunlara resmi belge der, aksinin de tanık ve bilirkişi beyanları ile ispat edilemeyeceğini kabul edersek sonuç ne olur? Sonuç, tüm Kadastro Mahkemeleri, Toprak Mahkemeleri ve bunların kararlarını inceleyen Yargıtay Dairelerinin tamamı görevsiz, abesle iştirak eder hale gelir.

Somut olayda davacı 1937 tarihli 2 adet vergi kaydının bu yere ait olduğunu, bu yeri dedesi ve babasından gelen (bilinen 1922 doğumlu bilirkişilerin akıllarının erdiği) 60 yıldan beri eklemeli zilyedliği olduğunu, öncesinin Hazine ile bir ilişkisinin olmadığını ve Hazine adına yazılmanın yanlışlıkla olduğunu ispatlamış, tutanak bilirkişisi olarak dinlenen Ahmet Topal isimli şahısta şu ifadede bulunmuştur (Tesbit sırasında aynen söyledim, ancak fen bilirkişisi). Kadastro teknisyeni olacak) okunduğu şekilde tutanak yazmıştır. Günde 200-250 tane tutanak imzaladığımız için okudum, diye imzaladım. Tutanağın içeriğini tam olarak okumadım, şimdi huzurda verdiğim ifade doğrudur) şeklindeki beyanla bizim yukarıda yazdığımız sözleri doğrularcasına hakkı kanıtlamıştır. Şimdi siz bütün bunları "daha önce düzenlenen belirtmelikle kadastro tutanağı resmi belgedir, buna aykırı düşen bilirkişi ve tanık beyanlarına değer verilemez" diyerek, davacının davasını red ederseniz, bunun hak ve hukukla bir ilişkisi olamaz. Belki orada dinlenen kişi adedince davacıya delil ibraz etmesinin istenmesi veya bu belirtmelik ve kadastro tutanağındaki tanıkların yeniden dinlenilmesi öngörülebilir. Bu bir metoddur; ancak davacıya hiçbir hayat hakkı, iddiasını ispat imkanı vermeyen veya vermeyecek bir yaklaşımla, "senin aleyhine bu tutanaklar düzenlenmiş, bunlar resmi belgedir, sen aksini ispat edemezsin" demek doğru değildir. Bunu demekle vatandaşın elinden dava hakkını doğrudan almak arasında bir fark vardır: Oda hiç değilse davacı masraf etmiş olmaz.

Biz bu yazı ile HGK.nunca belirlenen "belirtmelik ve tutanak resmi belgedir.

Aksi tanık ve bilirkişilerce kanıtlanamaz." Yaklaşımını tenkit etmeye çalıştık, yoksa somut olay itibariyle HGK.nun bu kararı tümünden yasaya aykırıdır. 3402 sayılı Kanununun 46/1. maddesine göre 4763 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına kaydedilen taşınmazlar, bu kanun hükümlerine göre doğal iktisap şartlarına istinaden zilyedleri adına tesbit ve tescil olunur. Olayımızda nizalı taşınmaz halen Hazine adına tarla niteliğinde özel mülk olarak kayıtlı bulunmaktadır. Davacıda bu Kanununun 17. maddesi ile aynı hükümleri taşıyan MK. 639 maddesine uyacak şekilde zilyedliğini kanıtlamıştır. Taşınmaz nizalı taşınmazın davacı adına tesciline karar vermek gerekir.

VI- SONUÇ

Gerek 4753 sayılı kanuna dayanılarak düzenlenen "belirtmelik" gerekse Kadasto (Tapulama) Kanunlarına göre düzenlenen" kadastro, tapulama tutanaklarının resmi nitelikde, aksi kanıtlanamaz belgeler olarak değerlendirilmesi sonucuna ulaşan HGK.nun kararı kanaatimizca bir ilki oluşturmaktadır. Daha önce yüzlerce Genel Kurul Kararı ve binlerce Daireler kararları ile bu belgelerin aksinin şu veya bu şekilde kanıtlanabileceği kabul edilmiş, bazen olayın özelliğine, toplanan delillerin yeterli olamayışına göre bozmalar yapılmış ise de hiçbir kararda bunlar "resmi kayıt ve belgelerdir. Bunlara aykırı düşen yerel bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilmeside olanaksızdır" yaklaşımı gösterilmemiştir.

Bu yaklaşım, bu belirtmelik ve tutanakla, o taşınmaza zilyed olan kişilerin dava açma hakkını tümü ile ortadan kaldırır. Bu tutanaklar, 30 sene önce düzenlenmiş doğruyu daha iyi yansıtan belgelerdir, denerek, başka engelleyici yaklaşımlar gösterilebilir. Mesela; komşu kayıtlarla bilirkişi sözlerinin denetlenmesi, daha kapsamlı heyetten alınmış uzman bilirkişi raporları istenebilir; ancak bu tutanakların aksinin ispatlanması mümkün değildir, gibi bir yaklaşım kesin olarak mümkün değildir. Böyle bir yaklaşım Anayasal güvence altında olan vatandaşın dava hakkını ortadan kaldırır.

Bu sebeple HGK. kararının bir emsal teşkil etmemesini temenni ederim.

TÜRK HUKUKUNDA ENDÜSTRİYEL TASARIMLAR

Kaan ŞAHİNALP (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. I- Endüstriyel Tasarım Kavramı. II- Endüstriyel Tasarım ve Patent İlişkisi. III-Endüstriyel Tasarım Türleri. IV- Endüstriyel Tasarımların Korunması. V- Endüstriyel Tasarımlar Üzerindeki Hak Sahipliği. VI- Endüstriyel Tasarımların Tescili. VII- Endüstriyel Tasarımlar Üzerindeki Hukuki İşlemler. VIII- Tasarım Hakkının Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi. IX- Tasarım Hakkına Tecavüz ve Tecavüz Halinde İleri Sürülebilecek Talepler. X- Tasarım Hakkına Tecavüz Halinde Açılabilir Ceza ve Diğer Hukuk Talepleri. XI- Tecavüz Nedeniyle Açılacak Davalarda Zamanaşımı ve Görevli-Yetkili Mahkeme. XII- Enstitü Nezdinde İşlem Yapma Yetkisi Olan Kişiler. Sonuç.

I- GİRİŞ

Burada inceleyeceğimiz konu, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiş bulunan endüstriyel tasarımlardır. Bu tasarımlar, Sınai Mülkiyet Haklarından biridir. Bu nedenle her şeyden önce sınai mülkiyet haklarına kısaca değinmekte yarar vardır.

Günümüzde Sınai Mülkiyet Hakları, buluşların ve yeniliklerin, yeni tasarımların ve özgün çalışmaların ilk uygulayıcıları adına veya ticaret alanında üretilen ve satılan malların üzerlerindeki üreticisinin veya satıcısının ayırt edilmesini sağlayacak işaretlerin sahipleri adına, kayıt edilmesini ve böylece bu kişilerin ürünü üretme ve satma hakkına belirli bir süre sahip olmalarını sağlayan gayri maddi bir hak olarak tanımlanmaktadır (1).

Sınai Mülkiyet Hakları; Patentler ve Faydalı Modelleri, Ticaret ve Hizmet Markalarını, Coğrafi İşaretleri (menşe ve mahreç işaretleri), Endüstriyel Tasarımları ve Entegre Devrelerin Topografyalarını kapsamaktadır. Türk Patent Enstitüsü kurulduktan sonra (2), sınai mülkiyet haklarının etkin bir şekilde ko-

(*) Avukat

(1) Türk Patent enstitüsü, Sınai Mülkiyet Hakları, s. 5.

rumasını sağlamak üzere, yeni ve uluslararası mevzuata uygun yasal düzenlemelerin hazırlanmasına başlanmıştır. Bu düzenlemeler 27.6.1995 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Yürürlüğe giren bu yasal düzenlemeler şunlardır;

- 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname;

- 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname;

- 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname;

- 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemelerdir.

Ayrıca 22.9.1995 tarihinde yayınlanan 566 sayılı İlaçların Patent Kapsamına Alınmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile ilaç üretim usulleri ve ilaç ürünlerinin korunmasına ilişkin düzenlemede yürürlüğe girmiştir. Yukarıda belirtilen Kanun Hükmünde Kararnemelere ait bazı değişiklikler ve bu Kanun Hükmünde Kararnamenin ihlalinde verilecek cezaları belirlemek amacı ile 3.11.1995 tarihinde 4128 sayılı Cezalara İlişkin Kanun da yürürlüğe konulmuştur.

Yukarıda belirtilen KHK'lerin uygulama şeklini gösterir yönetmelikler de yine 1995 yılında uygulamaya konulmuştur. Böylece endüstriyel tasarımların, coğrafi işaretlerin, hizmet ve garanti markalarının da korunmasına başlanmıştır, Sınai Mülkiyet Haklarının korunmasına ilişkin mevzuat uluslararası standartlara uygun hale getirilmiştir (3).

Ülkemizde, daha önce endüstriyel tasarımların korunması için ayrı herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Koruma ancak uluslararası antlaşmaların

(2) Sınai Mülkiyet Haklarına ilişkin işlemler 24.6.1995 tarihine kadar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Sınai mülkiyet Dairesi Başkanlığınca yürütülmüştür. Bu tarihten itibaren ise 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı bu işlemleri yürütmektedir. Bu kararnameye göre, Türk Patent Enstitüsü; Türkiye'de sınai mülkiyet haklarının yönetimi için idari ve mali özerkliğe sahip Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı özel bir kamu kuruluşudur. Türkiye'nin teknolojik ilerlemesine katkıda bulunmak, ülke içinde serbest rekabet ortamını oluşturmak ve araştırma geliştirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak amacıyla kurulmuştur. Türk Patent Enstitüsü sınai mülkiyet haklarının ilgili mevzuat hükümleri uyarınca tescilini ve bu hakların korunması ile ilgili işlemleri yapar, buluşların kullanımını takip eder, sınai mülkiyet hakları ile ilgili olarak çeşitli yayınlar çıkarır ve sınai mülkiyet hakları konularında yurt içinde kişi ve kuruluşların bilgilendirilmesi ve yönlendirilmesi için gerekli çalışmaları yapar. TPE, Sınai Mülkiyet Hakları, s. 6.

(3) TPE, Sınai Mülkiyet Hakları, s. 6.

getirdiği koruma yükümlülüğü altında genel hükümlere göre mümkündür. Türkiye, Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi'ne (4) 1925 yılından bu yana üye olmasına karşın, sınai haklar kapsamında olan ve bu sözleşmede koruma taahhüt edilen endüstriyel tasarımların özel yasa ile tescil edilerek korunması 27.6.1995 tarihinde yürürlüğe giren 554 sayılı KHK ile mümkün olabilmektedir.

I- ENDÜSTRİYEL TASARIM KAVRAMI

Tasarım, insan ihtiyaçlarını karşılayan eşyaların dış görünüm özelliklerini ifade eden bir kavramdır. Bu bağlamda bir çini vazo tasarımından bahsedilebileceği gibi, masa, sandalye, otomobil, elektronik alet tasarımından bahsetmek de mümkündür.

Tasarım hem elle üretilen ürünleri (el işi tasarımları) hem de makineler ile seri halde üretilen ürünleri (endüstriyel-sınai tasarımları) içeren bir üst kavramdır. Bu kavram iki boyutlu yüzey süslemeleri (desen) ile üç boyutlu eşyaları (model) kapsar (5). Yani tasarım, iki veya üç boyutlu bir ürünün dış görünüm özelliklerini ifade eder.

A- Amaç ve Kapsam

Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 sayılı KHK'nin amacı, bu KHK hükümlerine uygun tasarımların korunmasını, rekabet ortamının oluşturulmasını ve sanayinin gelişmesini sağlamaktır (KHK/554 m.1/1). Diğer bir ifadeyle endüstriyel tasarımların korunmasındaki amaç, tasarımcıların yeni ve özgün tasarımlar üretmeleri için teşviki hem de konu ile ilgili endüstrilerin oluşmasını ve gelişmesini sağlamaktır.

554 sayılı KHK ile korunan, ürünün dış özelliklerinin ürüne sağladığı ekonomik değerdir (6).

Bu Kanun Hükmünde Kararname tescilli tasarımların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsar. Tescilsiz tasarımlar genel hükümlere tabidir (KHK/554 m. 1/2).

B- Tanım

Endüstriyel Tasarım: Bilgisayar programları ve yarı iletkenlerin topografyaları

(4) 23 Mart 1883 tarihinde Paris'te imzalanan Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi, Sınai Mülkiyet Haklarının anayasası olarak kabul edilmektedir. Antlaşma, Brüksel (1900), La Haye (1925), Londra (1934), Lizbon (1958) ve Stokholm (1967) de olmak üzere beş kez değiştirilmiştir.

(5) ARIKAN, A.S., *Türk Tasarım Kanunu Tasarısı*, s. 55.

(6) ŞEHİRALI, Feyzan Hayal, *Patent Hakkının Korunması*, s. 19.

hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen bileşik bir sistem veya bunu oluşturan parçaları, setler, takımlar, ambalajlar gibi nesnelere ile, birden çok nesnenin veya sunuşun bir arada algılanabilen bileşimleri, grafik semboller ve tipografik karakterleri de kapsamak üzere bir ürünün tümü, veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerin oluşturduğu bütünü oluşturan tasarımların ayırt edici nitelik içeren ve yeni olanları, endüstriyel tasarım olarak tanımlanır ve korunurlar (7).

Diğer bir deyimle Endüstriyel Tasarım; insan ihtiyaçlarını karşılayan ürünlere ilişkin olan ve bu ürünlerin teknik fonksiyonlarının zorunlu bir sonucu olmayan dış görünüm özelliklerini ifade eder (8).

II- ENDÜSTRİYEL TASARIM VE PATENT İLİŞKİSİ

Tasarımlar aslında esas itibarıyla birer fikir ürünleridir. Ancak teknik bir problemin çözümüne ilişkin soyut bir kural getirmedikleri için buluş sayılmamaktadırlar (9).

Tasarımın patennden farkı, ürüne insan duyuları ile algılanabilen biçimsel özellik kazandırılmasıdır. Bu özellik ürüne fonksiyonel üstünlük kazandırdığı zaman bu tasarım patent ile korunur. Kimi endüstriyel tasarımlar, ürüne görsel farklılık ve estetik özellik kazandırırken aynı zamanda ürünün fonksiyonel özelliklerine ve niteliklerine de üstünlük kazandırabilir. Buna örnek olarak, bir ayakkabının bütün olarak biçimi endüstriyel tasarım olarak nitelenebilir. Bu tasarım ile ayakkabıya sağlanan biçim, ayakkabıya estetik bakımdan üstünlük kazandırırken bununla birlikte ayakkabının biçimi sayesinde ayakkabının dayanıklılığı artırılmış ise bu durumda endüstriyel tasarım patent verilerek de korunabilir. Herhangi bir ürün üzerinde patent ve tasarım hakkının varlığına örnek olarak hamburgercilerde çokça rastladığımız iki yanından sıkıldığında bir tarafı açık kutu biçimini alan kartondan yapılmış kızarmış patates kapları gösterilebilir. Bu ürünler 1970 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde patentlendirilmiştir. Bu ürün patent ile korunduğu sürece sadece patent sahibi tarafından üretilebilmektedir. Patent koruması 1989 yılında dolmuş olup artık bu ürün herkes tarafından üretilebilmektedir. Ürün üzerinde renk, biçim, desen gibi görsel nitelikte yapılan düzenlemeler ise endüstriyel tasarım koruması ile korunabilir. Günümüzde birçok yerde gördüğümüz değişik renk ve biçimdeki kızarmış patates kutuları görsel ba-

(7) TPE, Sınai Mülkiyet Hakları, s. 8.

(8) DPT, Türkiye- AT Mevzuat Uyumunu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları, s. 91.; ARIKAN, A.S., Sınai Tasarımlar, s. 73.

(9) ORTAN, A.N., İşçi Buluşları Hukuku, s. 48.

kımdan yeni, özgün ve ayırd edici nitelikler taşıyorsa tasarım korumasından faydalanabilir (10).

III- ENDÜSTRİYEL TASARIM TÜRLERİ

Endüstriyel Tasarım kavramı, iki boyutlu yüzey süslemelerini ve üç boyutlu cisimleri birlikte içerir. Bu nedenle endüstriyel tasarımları sınai resim ve sınai model olmak üzere iki grupta sınıflandırabiliriz (11):

A- Sınai Resim

Ürünlerin yüzeylerine uygulanan ve iki boyutlu olarak algılanabilen süslemeler veya çizimler "sınai resim (desen)" olarak adlandırılmaktadır.

B- Sınai Model

Ürünlerin üç boyutlu bir cisim olarak algılanabilen, benzerlerinden ayırcı ve tanıtıcı nitelikli dış görünüş özelliklerine "sınai model" denir.

IV- ENDÜSTRİYEL TASARIMLARIN KORUNMASI

Türk Hukukunda endüstriyel tasarımlar uzun süre TTK'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile mahkeme yorumlarıyla (12) korunmuştur (13). Endüstriyel tasarımların ayrı bir özel yasayla tescil edilerek korunması 27.6.1995 tarihinde yürürlüğe giren 554 sayılı KHK ile mümkün olabilmıştır. Bu KHK ile endüstriyel tasarımların korunmasında incelemesiz tescil esası benimsenmiştir. Yani 554 sayılı KHK ile sağlanan korumadan tescilli tasarımlar yararlanabilecektir. Tescilsiz tasarımlar ise genel hükümlere tabi olacaktır. (KHK/554 m. 1/2).

Öte yandan endüstriyel tasarımları 5486 sayılı FSEK ile korumanın yasal dayanağını, FSEK m.2/b.3 ve m.4 oluşturmaktadır (14). 554 sayılı KHK çerçevesinde tasarım olarak sağlanan koruma, FSEK'da aranan şartların gerçekleşmesi halinde öngörülen korumayı engellemeyecektir (KHK/554 m. 1/3).

(10) TPE, *Sınai Mülkiyet Hakları*, s. 11.

(11) DPT, *ÖİKR* (1994), s. 41.; ARIKAN, A.S., *Sınai Tasarımlar*, s. 75.

(12) Örneğin Rowenta; Y. 11. HD., 27.1.1989, 88/10004 E., 89/325 K.; Christian Dior; Y.11. HD, 20.11.1987, 87/7269 E. 87/6440 K. (ARIKAN, A.S., *Sınai Tasarımlar*, s. 107).

(13) ARIKAN, A.S., *agm.*, s. 106, 107.

(14) FSEK m. 2/b.3'e göre; "Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimar maketleri endüstri çevre ve sahne tasarım ve projeleri" ilim ve edebiyat eseri sayılarak Kanunun korumasına alınmıştır. Yine FSEK m. 4'te; yağlı ve suluboya tablolar, her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, güzel sanat eseri sayılmış; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise krokilerin, resimlerin, maketlerin, tasarımların ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılmasının, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatını etkilemeyeceği belirtilmiştir.

Böylece FSEK m.4/2 ve 554 sayılı KHK m.1/3 ile sınai tasarımlar için bir "birlikte uygulanma ilkesi" getirilmiştir (15). Örneğin bir vazunun piyasada rağbet görmesi, o malın estetik biçiminden kaynaklanıyorsa, bu tür şekiller tasarım veya güzel sanat eseri olarak 554 sayılı KHK ya da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında ele alınır (16).

A- Genel Koruma Şartları

KHK/554 m.5'e göre; "Yeni ve ayırt edici niteliğe sahip tasarımlar belge verilerek korunur. Bileşik bir ürünün parçası ile ilgili tasarımın kendi yeni ise ve ayırt edici niteliğe sahipse, ayrıca korumadan yararlanır."

Bu hükümden anlaşılacağı üzere bir tasarımın tescil edilebilmesi için yenilik kriterini taşıması ve ayırt edici nitelikte olması gerekir.

1- Yenilik

KHK/554 m.6/1'e göre; "Bir tasarımın aynısı, başvuru veya rüçhan tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde, kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorlarsa aynı kabul edilir."

Bir tasarımın tescil edilebilmesi için yeni olması şarttır. Aksi takdirde bu tasarımın tescili mümkün olmaz. Sadece tescilli tasarımlar, bu tasarımın aynısının veya benzerinin başkaları tarafından kullanılmasına engel olma konusunda inhisari bir hak sağlar.

Yenilik kriteri ilgili konudaki uzman çevreler tarafından bilinmemek olarak tanımlanmaktadır (17).

Yeniliği orijinallik ile karıştırmamak gerekir. Orijinallik telif hukukunda taklit olmamak olarak ifade edilmektedir. Bir Endüstriyel Tasarım, sahibinin özgün çalışması sonucunda (taklit edilmeden) yaratılmakla birlikte, yeni sayılmayabilir (18). Tasarımın yeni olması ile orijinal nitelikli bulunması farklı şeylerdir: Yeni tasarım, örneğin şekil veya biçim bakımından, kendisi yenidir. Buna karşın, orijinal tasarım, şekli veya biçimi yönünden kendisi yeni değil fakat, uygulanacağı söz konusu şey için yenidir (19).

Tescilli tasarımlar için yenilik şart iken tescilsiz tasarımlar için yenilik şart değildir. Tasarımın orijinal olması yeterlidir. Tasarım meydana getirildiği tarihte ola-

(15) ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal, *Patent Hakkının Korunması*, s.19.; ARIKAN, A.S., *Sınai Tasarımlar*, s. 106.

(16) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 86.

(17) ARIKAN, A.S., *Sınai Tasarımlar*, s. 82.

(18) ARIKAN, A.S., *Sınai Tasarımlar*, s. 82.

(19) CAMCI, Ö., *Marka Patent Tasarımı ve Haksız Rekabet Davaları*, s. 126.

ğan ise, orjinal değildir. Ayrıca bir tasarım tescil edilebilmesi açısından, estetik görüntü ve endüstriye uygunluk karışımına sahip bulunmalıdır (20).

a- Kamuya Sunma

Tescil talebi öncesi kamuya sunulmuş tasarım için yenilikten söz edilemeyeceği açıktır. KHK/554 m. 6/2'nin birinci cümlesine göre; "Kamuya sunma, sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım, tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar".

b- Kamuya Sunma Olarak Nitelendirilemeyecek Durumlar

Kamuya sunma olarak nitelendirilemeyecek ve dolayısıyla yenilik kriterine aykırı olmayacak hareketleri şu iki grupta toplayabiliriz.

ba-lyiniyetle açıklama:

KHK/554 m.6/2'nin son cümlesine göre; "Üçüncü şahıslara yapılan ve açıkça veya zimnen gizlilik niteliği anlaşılan açıklamalar, kamuya sunmanın dışındadır." Bununla beraber açıklayan durumundaki tasarım sahibine karşı sır saklama yükümlülüğü bulunmayanlara, tek kişi dahi olsa, yukarıdaki nitelikteki böyle bir açıklamanın kamuya sunma anlamına geleceği ileri sürülmektedir (21). Biz de bu görüşe katılmayı uygun görüyoruz. Zira aksi takdirde kamuya sunmanın sınırını tespit edebilmek çok güç olur.

Öte yandan KHK(554 m.8 hükmüne göre de; Koruma talep edilen tasarım, başvuru tarihinden önceki oniki ay içerisinde veya rüçhan talebi varsa, rüçhan tarihi itibarıyla tasarımcı veya halefi veya bu kişilerin izni ile üçüncü bir kişi tarafından kamuya sunulur veya tasarımcı veya halefleri ile olan ilişkinin suistimali sonucu kamuya sunulursa, bu açıklama tasarımın yeniliğini ve ayırdedici niteliğini etkilemez. Diğer bir deyimle böyle bir açıklama kamuya sunma kapsamı dışında kalır.

bb- İdareye bildirme

554 sayılı KHK'de bulunmayan bu nedene göre, tasarımın değerlendirilmesi amacına yönelik olarak, ilgili idari birime sunulan tasarım tescil talebinin reddine veya daha sonra iptaline neden olmaz (22).

(20) CAMCI, Ö., Marka Patent Tasarımı ve Haksız Rekabet Davaları, s. 126.

(21) CAMCI, Ö., Marka Patent Tasarımı ve Haksız rekabet Davaları, s. 127.

(22) CAMCI, Ö., Marka Patent Tasarımı ve Haksız rekabet Davaları, s. 127.

2- Ayırd Edici Nitelik

KHK/554 m. 7/1'e göre "Bir tasarımın ayırıcı niteliğe sahip olması, bu tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile, herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında, belirgin bir farklılık olması anlamındadır." Burada bilgilendirilmiş kullanıcının kim olduğu madde metninde açık olmamakla beraber, bu kişi olayın özelliğine göre, bazen nihai tüketici, bazen uzman bir kişi, hatta bazen hakim kendisi olabilecektir (23).

Herhangi bir tasarımın ayırd edici nitelik açısından kıyaslandığı diğer tasarımın,

a) Başvuru veya rüçhan tarihinde, Türkiye'de veya, dünyada herhangi bir yerde piyasaya sunulmuş olması veya,

b) Enstitü tarafından tescilli bir tasarım olarak yayınlanmış ve ayırd edici nitelik açısından değerlendirilen tasarımın başvuru veya rüçhan tarihinde henüz koruma süresini doldurmamış olması gerekir.

Ayırd edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından, ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğu göz önüne alınır (m.7/4). Bu fıkra hükmü ile hakime de yol gösterilmiş ve karşılaştırma yapılırken iki tasarım arasındaki farklılıklardan çok ortak özelliklere bakılması gerektiği ifade edilmiştir.

Son yıllarda çok hızlı ve büyük teknolojik gelişmeler yaşanmakta ve kamuya sunulmuş tasarımlar çoğaldıkça, yeni tasarımlar üretmek güçleşmektedir. Bu nedenle, tasarımcının seçenek özgürlüğü gittikçe azalmaktadır. "Bu durumda, patent korumasında olduğu gibi, mevcut tasarımın geliştirilmesi açısından kamuya arz edilmiş tasarım veya üründe, tasarımcının makul ölçüde uygulayacağı daha ileri teknik uzmanlık nitelikli emek ve ustalıklı meydana getireceği farklar, küçük ayrıntıların ötesinde olup, tescile uygun addolunmalıdır" (24).

B- Korumadan Yararlanacak Kişiler

KHK/554 m.2 hükmüne göre, bu KHK ile sağlanan korumadan;

- Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları,

- Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler veya,

(23) ARIKAN, A.S., *Türk Tasarım Kanunu Tasarısı*, s. 58.

(24) CAMCI, Ö., *Marka Patent Tasarımı ve Haksız Rekabet Davaları*, s. 128.

Paris veya Bern Sözleşmeleri veya Dünya Ticaret Örgütünü kuran anlaşma hükümleri dahilinde, başvuru hakkına sahip kişiler ile,

- Karşılık esasına göre, Türkiye uyuşundaki kişilere kanunen veya fiilen tasarım koruması tanıyan devletlerin uyuşundaki gerçek veya tüzel kişiler de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye'de tasarım korumasından yararlanır.

C- Koruma Süresi

Tescilli tasarımların koruma süresi başvuru tarihinden itibaren 5 yıldır. Ancak bu süre tasarım sahibinin isteğine göre beşer yıllık dönemler halinde, yenilenmek üzere toplam 25 yıla kadar uzatılır (KHK/554 m.12). Kanımızca koruma süresinin başvuru değil, tescil tarihinden itibaren başlatılması daha isabetli olurdu.

D- Koruma Dışı Haller

KHK/554 m. 9 hükmüne göre; Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı tasarımlar koruma kapsamı dışında tutulmuştur. Hangi tasarımların, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olduğu uygulamaya bırakılmıştır.

Bilgisayar programları (25) ve yarı iletken ürünlerin topografileri KHK/554 m. 3 ile koruma kapsamı dışında tutulmuştur.

Diğer koruma dışı haller ise m.10'da belirtilmiştir. Buna göre; "Teknik fonksiyonun gerçekleştirilmesinde, tasarımcıya, tasarıma ilişkin özellik ve unsurlarda hiç bir seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımlar koruma kapsamı dışındadır." Öte yandan yine aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü gereğince; "Tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünü, başka bir ürüne mekanik olarak monte edebilmek veya bağlayabilmek üzere ancak zorunlu biçim ve boyutlarda üretilebilen tasarımlar koruma kapsamı dışındadır."

V- ENDÜSTRİYEL TASARIMLAR ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİ

A- Tasarım Hakkı

Tasarım hakkı, tasarımcıya (26) veya onun hukuki haleflerine aittir. Tasarımcının birden çok olması halinde, taraflar arasında aksine anlaşma yoksa,

-
- (25) Bilgisayar programları 5486 sayılı FSEK'nun 7.6.1995 Tarih ve 4110 sayılı Kanunla değişik şekildeyle FSEK kapsamına alınmıştır. (FSEK m. 2/1 ve m. 6/b. 10)
- (26) Tasarım hakkı talep edenle tasarımcı her zaman aynı kişi olmayabilir. Gerçek veya tüzel kişiler tasarım hakkı talebinde bulunabilirler. Ancak tasarımcı, korumaya konu olan tasarımı tasarlayan gerçek kişi olmalıdır. Ekip çalışması sonucunda ortaya çıkan tasarımlarda da, ekipte yer alan tüm kişilerin isimleri tek tek belirtilmelidir. Tasarım hakkı talep edenle tasarımcının farklı olması durumunda aradaki ilişki başvuru sırasında beyan edilmelidir. Yani KHK/554 m. 18 hükmüne göre; tasarımcı başvuru sahibine veya tasarım hakkı sahibine karşı, tasarım sicilinde, rüçhan belgelerinde ve yayınlama sırasında adının tasarımcı olarak gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

tasarımcılar, müşterek mülkiyet hükümleri çerçevesinde hak sahibidir (KHK/554 m. 13).

Taraflar arasındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, hizmet akdinin ifası sırasında, işçilerin tasarladıkları tasarımların sahipleri, çalıştıranlarıdır. Ancak, sözleşmenin gerektirmediği hallerde işverenin araç ve imkanlarından faydalanmak suretiyle bir tasarım yapan çalışanın yaptığı tasarımın sahibi çalıştıran olmakla beraber, bu durumda çalışanın makul bir bedele hakkı olur. Taraflar aralarında bedel konusunda anlaşamazlarsa, söz konusu bedel mahkemece tayin olunur (KHK/554 m. 14; BK. m. 336). Öğretim elemanlarının durumu ise ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Öğretim elemanlarının tasarımları üzerindeki hak 14. madde hükmünden farklı olarak öğretim elemanlarının kendilerine aittir (KHK/554 m. 15).

Kararnamenin 19. maddesi hükmüne göre; tasarımın gaspı halinde, gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi tasarım hakkından doğan, diğer hak ve talepleri saklı kalmak kaydıyla, tasarım hakkı sahipliğinin kendisine devir edilmesini talep ve dava etme hakkı vardır.

B- Tasarım Hakkının Kapsamı

Tasarım hakkı hak sahibine, tasarımı kullanmak ve üçüncü kişilerin izinsiz kullanımını önleme yetkisi verir. Burada kullanma ile, koruma kapsamındaki ürünü, üretmek, ticari açıdan piyasaya sürmek, sözleşmeler açısından icapta bulunmak, ithal etmek, fiilen kullanmak ve bu sayılan amaçlar için elde bulurdurmak (depolamak) fiilleri anlaşılmaktadır (KHK/554 m. 17).

C- Tasarım Hakkının Sınırları

Tasarım hakkının sınırları kararnamenin 21. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre; özel amaçla sınırlı kalan ve ticari amaç taşımayan fiiller, deneme amaçlı fiiller, ticari hayatın gerektirdiği dürüstlük kuralına uygun bir şekilde yapılan eğitim ve referans amaçlı çoğaltmalar ve tamir amaçlı fiiller tasarım hakkının dışındadır.

Yine diğer bir sınırlama kararnamenin 23. maddesinde düzenlenen önceki kullanmadan doğan haklar konusunda ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; tescil başvurusunun yapıldığı tarihten veya rüçhan hakkı tarihinden önce, tescilli tasarımın koruma kapsamına giren ve tescilli tasarımdan bağımsız olarak geliştirilmiş ve o tarihte henüz kamuya açıklanmamış bir tasarımı kullanmaya başlamış veya kullanımını için ciddi ve gerçek tedbirler almış kişi veya kişilere karşı, bu kişi veya ki-

şilerin iyi niyetli davranmış olmaları koşuluyla, tasarımı kullanmaya devam etmelerini veya kullanmaya başlamalarını önlemeye, tasarım hakkı sahibinin yetkisi yoktur.

D- Tasarım Hakkının Tüketilmesi

KHK/554 m. 24 hükmüne göre; Tasarlanan veya bu tasarımın uygulandığı ürünün, tasarım hakkı sahibi tarafından veya onun onayı ile Türkiye'de piyasaya sürülmesinden sonra, bu ürünle ilgili fiiller tasarım hakkının dışındadır.

Tükenmeden söz edebilmek için tasarımın uygulandığı ürünün, Türkiye'de piyasaya sunulmuş olması gerekmektedir. Tasarımın uygulandığı ürünün Türkiye dışında piyasaya sürülmüş olması, tasarım hakkının Türkiye bakımından tüketilmesine yol açmaz. Bu nedenle yabancı ülkeden Türkiye'ye yapılacak ithalata, tasarım hakkı sahibi, tasarım hakkına dayanarak engel olabilir. Buna karşılık, tasarımın uygulandığı ürünün Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra tasarım hakkı sahibi, bu ürünleri yurt dışına satar (veya yurt dışında da üretirse) bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline (Paralel import) engel olamaz (27).

VI- ENDÜSTRİYEL TASARIMLARIN TESCİLİ

A- Başvuru

Herşeyden önce tasarımların tescili için yetkili merci Türk Patent Enstitüsüdür. Yurt içinden veya yurt dışından yapılacak tüm başvurular (28) Türk Patent Enstitüsüne veya onun yetkili kıldığı makama yapılır (m. 25).

Bir tasarımın tescili için gerekli olan belgeler 26. maddede sayılmıştır. Bu madde hükmüne göre, başvuru sırasında gerekli olan belgeler şunlardır (m. 26);

a) Şekil ve içeriği yönetmelikte gösterilen ve başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri de içeren başvuru dilekçesi,

b) Tasarımın özelliklerini gösteren, çizim, resim, grafik, fotoğraf veya benzeri bir biçimde hazırlanmış görsel anlatım.

Görsel anlatımı içeren tarifnamede "şekilde görüldüğü gibi" tanımlaması kesinlikle kabul edilmemektedir (29). Ayrıca başvuruda tasarımı açıklayan bir tarifname verilir ve tasarımı konu alacak veya tasarımın uygulanacağı ürünler belirtilir.

(27) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 135.

Öte yandan birden çok tasarımın başvurusu tek başvuru ile yapılabilir (m. 28).

B- Tescilin İlanı ve Yayının Erteleenmesi

554 sayılı KHK'de tasarımların korunmasında, uluslararası genel eğilim doğrultusunda incelemesiz tescil esası benimsenmiştir. Burada inceleme sadece tescil edilecek tasarımın konu ve kapsam bakımından KHK m.3 hükmüne uygunluğu ile sınırlıdır. Bu nedenle tüm başvuruların yayınlanması ve incelemenin itiraz (30) üzerine TPE tarafından yapılması öngörülmüştür (31).

KHK/554 m. 35/1 hükmüne göre, tasarım tescil başvuru sahibi eğer dilerse, otuz aydan uzun olmamak üzere, başvuru sırasında yayının ertelenmesi talebinde bulunur.

Yayın erteleme talebi bulunan ve başvuru tarihi kesinleşmiş olan başvurunun sicil kaydı yapılır, ancak gerek tasarımın görsel anlatımı gerekse başvurunun diğer belgeleri kamu incelemesine kapalı tutulur (m. 35/1).

Enstitü, tescilli yapılan tasarımlarla ilgili olarak, ilgili bültende bir yayın erteleme bildirimini yayınlar. Bu bildirimde, tescil yapılmış tasarımın hak sahibinin kimliği, başvuru tarihi, talep olunan yayın erteleme süresi ve yönetmelikte öngörülen diğer hususlarla ilgili diğer bilgilere yer verilir (m. 35/3).

KHK/554 m. 35'de "yayının ertelenmesi" ne yer verilmesinin nedeni, özellikle tekstil gibi modası çabuk geçen tasarımlar için farklı ve daha basit bir usul olarak dünyada uygulanan ertelenmiş yayınlama sisteminin benimsenmiş olmasıdır (32).

C- Rüçhan Hakkı

1- Milletlerarası Anlaşmalara Dayanan Başvurulardan Doğan Rüçhan Hakları

Paris Sözleşmesine dahil ülkelerden birine mensup veya bu ülkelerden birine

-
- (28) Tasarımın başvuru dilekçesinde vekil belirtilmiş ise vekaletname verilmesi gereklidir. Vekaletname tasarım tescil talebinin geri çekilmesi ve iptal ettirme yetkilerini vekile veriyor ise bu durumda vekaletnamenin noterden tasdikli olması gerekir. Türkiye'de ikametgahı olmayanlar tasarımlarını tescil ettirmek ve tescille ilgili haklarını kullanabilmek için Türkiye'de ikametgahı olan bir vekil tayin etmek zorundadırlar. TPE, *Endüstriyel Tasarım Başvurularının Hazırlanması İçin Gerekli Bilgi ve Belgeler*, s.2.
- (29) TPE, *Endüstriyel Tasarım Başvurularının Hazırlanması İçin Gerekli Bilgi ve Belgeler*, s. 2.
- (30) İtiraz ve İtirazın İncelenmesi için bakınız KHK(554 m. 37, 38.
- (31) ARIKAN, A.S., *Türk Tasarım Kanunu Tasarısı*, s. 61.
- (32) YALÇINER, Uğur, *Türkiye'deki Yeni Mevzuat Çalışmaları ve Uluslararası Anlaşmalara Katılım Konusundaki Gelişmeler*, s. 14.

mensup olmamakla birlikte onlardan birinde ikametgahı veya işler durumunda bir ticari müessesesi bulunan gerçek veya tüzel kişiler veya kanuni varisleri, bu ülkelerin herhangi birinde yetkili mercilere bir tasarımın tescili için usulüne uygun olarak yaptıkları başvuru tarihinden itibaren, altı ay süreyle aynı tasarım için tasarım belgesi almak üzere Türkiye'de başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır. Bu süre içerisinde kullanılmayan rüçhan hakkı düşer. Yine bu süre içerisinde başvuru yapıldığı takdirde, rüçhan hakkının doğduğu tarihten itibaren ve bu rüçhan hakkını konu alan tescil başvurusunun kapsamına giren, üçüncü kişiler tarafından yapılacak başvurular ve bunlara verilecek tasarım belgesi hükümsüzdür.

Karşılık ilkesi uygulamasından yararlanan ülkeler uyuşundaki gerçek veya tüzel kişiler, bu madde hükmüne göre, rüçhan hakkından yararlanma hakkına sahiptir. Aynı şekilde, Paris anlaşmasına dahil ülke uyuşu, anlaşmaya taraf olmayan bu ülkede, tasarım için geçerli bir başvuru yapmışsa, bu madde hükmüne göre, söz konusu başvurunun rüçhan hakkından faydalanır (m. 29).

2- Sergilerde Teşhirden Doğan Rüçhan Hakları

Bir Endüstriyel Tasarımı, Türkiye'de açılan milli ve milletlerarası sergilerde veya Paris Anlaşmasına taraf ülkelerde açılan resmi veya resmi olarak tanınan sergilerde teşhir eden 29/1 maddede belirtilen gerçek veya tüzel kişiler, sergideki teşhir tarihinden itibaren altı ay içerisinde, Türkiye'de tasarım belgesi almak için başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır (m. 30/1).

Ürün, sergide görünür şekilde resmi açılış tarihinden önce konmuşsa, süre bu tarihten başlar (m. 30/2). Söz konusu sergilerin Türkiye'de açılanlarının yetkili mercileri, tescil başvurusundaki bir tasarımı konu alan veya tasarımın uygulandığı ürünün sergide teşhir edildiği tarihi ve resmi açılış tarihini gösterir bir belge verir (m.30/3). Aynı durum yabancı ülkelerde açılan sergiler için de geçerlidir (m. 30/4).

Rüçhan hakkının hüküm ve sonuçları, rüçhan hakkının talep edildiği başvurunun tarihi itibarıyla doğar. Başvuru sahibi, yararlanmak istediği rüçhan hakkını başvuru ile birlikte talep eder. Bununla ilgili rüçhan hakkı belgesini, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermediği takdirde rüçhan hakkından yararlanma talebi yapılmamış sayılır. Ayrıca sergide teşhir hakkına dayalı olarak alınmış bir rüçhan, 29. maddeye göre verilen rüçhan süresini uzatmaz (m. 31).

D- Tescil İşlemi

Konu ve kapsamı 3. madde hükmüne uygun bir tasarım tescil talebi Enstitü tarafından incelemeye alınır. Enstitü başvurunun 26 ve 28. maddelerde belirtilen şartlara uygunluğunu ve herhangi bir eksikliğin bulunup bulunmadığını inceler (m. 32/1, 2). Enstitü herhangi bir eksikliğin olmadığına karar verirse, tasarım tescil başvurusu, başvurunun Enstitü'ye veya onun yetkili kıldığı makama verildiği tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir (m.32, 33).

Ayrıca rüçhan hakkı talep edilmesi halinde, Enstitü tarafından 29, 30 ve 31. madde hükümlerine göre ayrı bir inceleme yapılır (m. 32/3).

Bir başvuruda 26 ve 28. maddelerde yer alan şartların yerine getirilmediği tespit edilirse, Enstitü 26. maddenin 1. fıkrası kapsamına giren eksiklerin yönetmelikte öngörülen süre içinde giderilmesine başvuru sahibinden ister. Eksikliklerin yönetmelikte öngörülen süre içerisinde giderilmesi halinde, tasarım tescil başvurusu öngörülen eksikliklerin giderildiği tarih itibarıyla kesinlik kazanır.

Kesinlik kazanan başvuru tasarım siciline kaydedilir ve ilgili bültende yayınlanır (m.34). Tasarım hakkı sahibinin veya onun yetkili kıldığı kişinin talebi ve yenileme ücretinin ödenmesi üzerine tescil süresi uzatılır. Enstitünün tescil süresinin dolmakta olduğunu, sürenin bitiminden önce yönetmelikte öngörülen süre içerisinde, tasarım hakkı sahibine haber vermemesi, Enstitüye herhangi bir sorumluluk getirmez (m. 36/1, 2).

Yenileme talebinin yapılması ve yenileme ücretinin ödenmesi, koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içinde gerçekleştirilir. Bu sürenin kaçırılması durumunda, yenileme talebi, ek bir ücretin ödenmesi şartıyla, koruma süresinin son gününden itibaren altı aylık süre uzatımı içinde de yapılır. Yenileme sicile kayıt edilir. Koruma süresinin sonundan itibaren 6 aylık süre içerisinde yenilenmeyen tasarımlar için bu tarihten itibaren bu Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz (m. 36/2,3,4).

E- Tescilin Hüküm ve Sonuçları

554 sayılı KHK'ye göre endüstriyel tasarımlar üzerindeki hak, tescille doğar. 554 sayılı KHK'nin hazırlanış amacı, tescilli tasarımların korunmasını sağlamaktır (m.1/2). Tasarımın tescili kurucu bir etkiye sahiptir.

Tasarımın tescil ettirmemiş olan kişi, kural olarak 554 sayılı KHK'nin sağladığı koruma kapsamı dışındadır. Böyle bir kişi, haklarını ancak genel hükümlere (TTK m. 56 vd., FSEK m. 2/b.3 ve m.4) göre koruyabilir.

Tasarım tesciline bağlanan hüküm ve sonuçlar kural olarak tasarım tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmesi (m.43) ya da tasarım hakkının sona ermesine kadar (m.46) devam eder.

VII- ENDÜSTRİYEL TASARIMLAR ÜZERİNDEKİ HUKUKİ İŞLEMLER

A- Genel Olarak

Tasarım hakkı, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardan (33) biri olup çeşitli hukuki işlemlere konu olabilir (34). KHK(554 m. 39'da, tescilli bir tasarımın devredilebileceği, miras yoluyla intikal edebileceği, rehnedilebileceği ve lisansa konu oluşturabileceği belirtilmiştir. Tescil edilmemiş ve dolayısıyla 554 sayılı KHK dışında kalan tasarımlar da çeşitli hukuki işlemlere konu olabilir. Ancak uygulamada buna pek rastlanmamaktadır. Zira kişi hem kendi hukuki durumunu güçlü hale getirmek hem de tescil formalitelerinden kaçınmak için tescilli bir tasarımı tercih eder.

B- Endüstriyel Tasarımların Devir ve İntikali

KHK/554 m. 39/1 hükmü gereğince; bir endüstriyel tasarımın tescil başvurusu veya tescilden doğan tasarım hakkı başkasına devredilebilir, miras yolu ile intikal eder. Bu haklar üzerinde ölüme bağlı tasarrufların yapılması mümkündür.

Başvuru ve tasarım hakkının üzerinde sağlararası işlemler yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli değildir (m.39/3). Buna karşılık tasarımın devrinin taahhüt edilmesi, hiçbir şekle tâbi değildir (BK. m. 163).

Tasarımın devri, bu husustaki yazılı sözleşmenin yapılmasıyla taraflar (devreden devralan) arasında etkisini gösterir. Dolayısıyla endüstriyel tasarımın devri konusundaki sözleşme, bir tasarruf işlemidir. Yazılı sözleşmenin yapılmasıyla birlikte tasarım hakkı devralana geçer. Bu nedenle devrin sicile tescili kurucu değil bildirici nitelik taşımaktadır.

Başvurunun ve tasarım hakkının devri veya miras yolu ile intikali tarafların birinin talebi ve yönetmelikte öngörülen ücretin ödenmesi ile sicile kayıt edilir ve yayınlanır. Yayın tarihi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etme tarihidir (m. 39/4). Tescili talep etmeye hem devreden hem devralan yetkilidir. Devrin tescili ko-

(33) Mutlak hak, sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve bu niteliği itibarıyla de herkese karşı ileri sürülebilen haklardır.

(34) Ancak diğer sınai haklar gibi endüstriyel tasarımlar da finansal kiralama sözleşmesine konu oluşturamaz (Finansal Kiralama Kanunu m. 5).

nusunda zorunluluk yoktur. Ancak tescil yapılmazsa, tasarımın tescilinden doğan yetkiler iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Ayrıca tasarım başvurusu veya tescilden doğan hak üzerinde birden çok kişinin hak sahipliği söz konusu olduğu durumlarda dahi bunların devri ve üzerlerinde hak tesisi için bölünebilmeleri mümkün değildir (35) (m. 40).

Endüstriyel tasarımın devri halinde tasarım üzerindeki hak mevcut şekliyle devralana geçer. Bu nedenle, devir halinde yeni bir koruma süresi işlemeye başlanamaz. Devralan beş yıllık koruma süresinin kalan kısmından yararlanır. Hatta başvurunun devri halinde de, devralan başvuru sahibine ait öncelik hakkından (rüçhan hakkından) yararlanma imkanı bulur (36).

C- Endüstriyel Tasarımların Rehni ve Haczi

Başvuru ve tasarım hakkı; kanuni ve akdi rehin hakkına ve hacze konu olabilir. Bu durumda taraflardan birinin talebi üzerine ilgili haklar sicile kaydedilir ve yayınlanır. Rehin hakkı ve haciz bakımından Türk Medeni Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır (m. 39/2).

Buna göre örneğin, rehinle temin olunan alacağın ödenmemesi halinde, rehin hakkı sahibi, tasarım hakkını paraya çevirerek, satış bedelinden alacağını tahsil etme hakkına sahip olur (37) (MK. m. 860). Tasarım hakkı üzerinde rehin kurulması rehin vereni hak sahibi olmaktan çıkarmaz, rehin verenin (tasarım hakkı sahibi) tasarım hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi devam eder. Dolayısıyla rehin veren tasarım hakkı üzerinde ikinci bir rehin kurabileceği (MK. m. 872, 855) gibi tasarım hakkını başkasına da devredebilir.

Rehin veren rehin alanın durumunu kötüleştirmekten kaçınmalıdır. Bu çerçevede rehin veren, sicile kayıtlı rehin hakkı sahibinin izni olmadıkça, tasarımdan doğan haklardan vazgeçemeyecektir (m. 47/4).

Tasarım hakkının rehni, MK anlamında bir hak rehnidir. Bu rehin hakkında aksine hüküm olmadıkça, teslimi meşrut rehin hükümleri uygulanır (MK m. 868). Bu nedenle rehne konu oluşturan tasarım hakkına tecavüz halinde rehin alan, MK m. 869 ve 618'e dayanarak KHK/554 m. 48 çerçevesinde, tecavüzün dur-

(35) Oysa Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK m. 16/1 hükmüne göre, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilmesi mümkündür.

(36) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 187.

(37) Paraya çevirme, menkul rehlinin paraya çevrilmesi hakkındaki İİK m. 145-147, ve m. 150-132 hükümlerine tâbidir. Doktrinde sözleşmeyle, rehin alana rehin konusunu İİK hükümleri dışında özel olarak satma yetkisinin verilip verilmeyeceği tartışmalı olmakla beraber, rehin alana bu yetkinin tanınabileceği kabul edilmektedir. KÖPRÜLÜ-KANETİ- *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 463.; ARKAN, *Marka Hukuku*, s. 206.

durulmasını ve tecavüzden doğan zararın tazminini isteyebilir. Ödenen tazminat üzerinde alacaklı rehin hakkına sahip olur (38).

Tasarım hakkı haczedilebileceği gibi ayrı bir ekonomik değere sahip olan tasarım tescil başvurusu da hacze konu oluşturabilir. Tasarım hakkı üzerinde hacizden önce kurulan ve sicile kaydedilen haklar (rehin, lisans) saklıdır (39). Tasarım hakkı sahibinin iflası halinde, tasarım hakkı da iflas masasına dahil olur (İİK m. 84).

D- Endüstriyel Tasarımların Lisans Konusu Olması

Tescilli bir endüstriyel tasarım hakkından doğan kullanma yetkisi, ulusal sınırların (Türkiye) bütünü içinde veya bir kısmında geçerli olacak şekilde lisans sözleşmesine konu olabilir (m. 41/1). Lisans sözleşmesinde, lisansın belli bir bölge içinde verilip verilmediği açık değilse, lisansın tüm Türkiye için verilmiş olduğu kabul edilmelidir (40). Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir.

Aksi kararlaştırılmamış ise lisansın inhisari olmadığı esastır. Lisans veren tasarım konusunu kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere aynı tasarıma ilişkin başka lisanslar verebilir (m. 41/3).

Lisans sözleşmesi yazılı şekle tâbidir. Lisans sözleşmesi taraflardan birinin talebi üzerine sicile kayıt edilir ve yayınlanır (m. 41/7).

İstisnai bir durum olmakla beraber, lisans sözleşmesinde lisans alanın bedel ödemek zorunda olmadığı öngörülebilir (m. 42/1).

Lisans alanın endüstriyel tasarımı kullanma yükümlülüğü hususunda, lisans sözleşmesi hükümlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bedeli, lisans alanın cirosu üzerinden hesaplanacaksa, lisans alanın kullanma yükümlülüğünün olduğu kabul edilebilir (41). Buna karşılık lisans bedeli olarak sabit bir bedel tespit edilmişse, lisans alanın tasarımı kullanma yükümü altında olmadığı söylenebilir.

1- İnhisari Lisans

İnhisari lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına tekrar lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmuş olmadıkça, kendisi de tasarımı kullanamaz (m. 41/4). İnhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü şahıslar tarafından ta-

(38) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 253.

(39) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 207.

(40) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 194.

(41) ORTAN, **Patent Lisansı Sözleşmesi**, s. 252.

sarım sahibinin tasarımdan doğan hakkına tecavüz edildiği zaman, tasarım sahibinin bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca üçüncü şahıslara karşı açabileceği davaları, kendi adına açabilir. Şu kadar ki, bunun aksi kararlaştırılabilir (m. 41/8). Öte yandan inhisari olmayan lisans sahibinin böyle bir dava açma hakkı yoktur (m. 41/8 son cümle).

2- İnhisari Olmayan Lisans (Basit Lisans)

Daha önce ifade edildiği üzere, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, Endüstriyel Tasarıma ilişkin lisans inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans söz konusu olduğunda ise, lisans veren tasarım konusunu kendisi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere de aynı tasarım konusuna ilişkin başka lisanslar da verebilir (m.41/3). Tasarım başvurusuna ve tasarım tescilinden doğan hakka tecavüz teşkil eden bir fiil gerçekleştirildiğinde, lisans alan gereken davayı açması için lisans verene bildirir (m.41/12). Tasarım hakkı sahibince ilgili sürede (bildirimin alındığı tarihten itibaren üç ay içinde) dava açılmaması halinde, lisans alan yaptığı bildirimini de ekleyerek kendi adına dava açar (m. 41/10).

3- Zorunlu Lisans

Zorunlu lisans ile kastedilen, herhangi bir tasarımın Türkiye dahilinde gerektiğince kullanılmaması nedeni ile zorunlu olarak lisans verilmesidir. Böyle bir düzenleme 554 sayılı KHK'de bulunmamaktadır. Ancak hukukumuzda, özellikle yabancı hukuklardaki patent hukukundaki zorunlu patent ile hükümlerin burada da kıyasen uygulanabileceği düşünülmektedir (42).

VIII- TASARIM HAKKININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ

A - Tasarım Hakkının Hükümsüzlüğü

1- Genel Olarak

KHK/554 m. 43/1 hükmüne göre; tasarımın koruma şartlarına sahip olmadığı ispat edilmişse veya tasarımın gerçek hak sahibinden başkası adına tescil edilmiş olduğu ispat edilmişse veya sonradan kamuya açıklanan aynı veya benzer nitelikteki tasarımın başvuru tarihinin daha önce olması halinde, tasarımın hükümsüzlüğüne karar verilir.

Hükümsüzlük nedenleri tasarım başvurusu veya tescilin bir bölümüne ilişkin bulunuyorsa, sadece o bölümü etkileyen ürün veya ürünler için iptal suretiyle,

(42) CAMCI, Ö., *Marka Patent Tasarımı ve Haksız Rekabet Davaları*, s. 132.

kısmi hükümsüzlüğe karar verilir. Kısmi hükümsüzlük sonucu, iptal edilmeyen ürün veya ürünlerle ilgili kısım için koruma geçerliliğini sürdürür (m. 43/3).

Tasarımın hükümsüzlüğü bazı istisnalar dışında herkes tarafından istenebilir. Tasarımın hükümsüzlüğü talebi, 43/c bendine göre sadece, önceki hak sahibi, 13,14,15 ve 16 ncı maddelerine göre ise, ancak tasarım hakkına sahip kişiler tarafından ileri sürülür (m. 44/1, 2).

Tasarımın hükümsüzlüğü koruma süresinin devamı boyunca veya hakkın sona ermesini izleyen beş yıl içinde dava edilir (m. 44/3). Hükümsüzlük davasının zamanaşımına uğraması mümkün değildir. Zira hukuka aykırılık oluşturan durum (tescil) süreklilik göstermektedir (43). Tasarımın hükümsüzlüğü davası, davanın açıldığı anda Tasarım Sicili'nde tasarım belgesi sahibi olarak kayıtlı kişiye karşı açılır (m. 44/4). Ayrıca, m. 44/4 son cümlede, hükümsüzlük davasının endüstriyel tasarım üzerinde, hak sahibi olan diğer kişilere (rehin alan, lisans alan vs.) davaya katılabilmelerini sağlamak üzere tebliğ olunması da öngörülmüştür (44).

2- Tasarım Hakkının Hükümsüzlüğünün Etkisi

Tasarımın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde tasarım üzerinde tescille kazanılan hak son bulur. Tasarımın hükümsüzlüğü kararı ile tasarım hakkı, başvuru tarihinden geçerli olmak üzere yok sayılır. Yani tasarımın hükümsüzlüğü geçmişe etkili olarak sonuç doğurur (m. 45/1). Ancak aynı maddede, geçmişe etkili olarak doğan bu sonuca hakkaniyet düşüncesi ile bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar arasında; daha önce tasarımdan doğan haklara tecavüz sebebiyle verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler bulunmaktadır (m. 45/2).

Tasarımın hükümsüzlüğüne ilişkin kesinleşen hükümsüzlük kararı herkese karşı, bu arada tasarımı devralan hakkında da hüküm ifade eder (m. 45/3).

B- Tasarım Hakkının Sona Ermesi

KHK/554 m. 46 hükmüne göre, tasarımdan doğan hak koruma süresinin dolması veya tasarım hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesi durumunda sona erer.

1- Koruma Süresinin Dolması Nedeniyle Sona Erme

Tescilli tasarımların koruma süresi başvuru tarihinden itibaren 5 yıldır. Ancak bu süre tasarım sahibinin isteğine göre beşer yıllık dönemler halinde, yenilenmek

(43) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 167.

(44) Oysa, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'de böyle açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

üzere toplam 25 yıla kadar uzatılır (KHK/554 m. 12). Süresi içerisinde yenilenmeyen tasarım hakkı, koruma süresinin bitiminden itibaren kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Tasarım hakkı sicilden terkin edilir ve böylece tasarım tescilsiz bir tasarım haline gelir.

Tasarım hakkının yenilenmeme neticesinde sona ermesi halinde, bunun etkileri ilerisi için kendini gösterir. Yani koruma süresi içinde meydana gelen bir tecavüz nedeniyle 554 sayılı KHK hükümlerine dayanarak açılan bir davaya, tasarım hakkının son bulmasından sonra da devam edilerek, tazminata hükmolunabilir (45).

2- Tasarım Hakkından Vazgeçme Nedeniyle Sona Erme

Vazgeçme halinde tasarım sahibi, tasarımdan doğan haktan tamamen veya kısmen vazgeçebilir (m.47/1). Vazgeçmenin yazılı olarak Enstitü'ye bildirilmesi gerekir. Vazgeçme, Tasarım Sicili'ne kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur (m. 47/2). Ancak lisans sahiplerinin veya Ticaret Sicili'ne kayıtlı hakların sahiplerinin izni olmadıkça, tasarım sahibi bu haktan vazgeçemez (m. 47/3). Yine tasarım üzerinde, bir üçüncü kişi tarafından bir hak iddia edilmekte ve bu husustaki tedbir kararı sicile kayıt edilmiş ise, üçüncü kişinin izni olmadıkça, tasarımdan doğan haklardan vazgeçilemez (m. 47/4).

IX- TASARIM HAKKINA TECAVÜZ VE TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLER

A- Tasarım Hakkına Tecavüz Halleri

KHK/554 m. 48 hükmüne göre aşağıda yazılı fiiller tasarım hakkına tecavüz sayılmaktadır.

a) Tasarım hakkı sahibinin izni olmaksızın tasarımın aynısını veya belirgin bir şekilde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak (46), satmak, sözleşme akdi için icabda bulunmak, kullanmak, ithal etmek ve bu amaçlarla depolama, elde bulundurmak.

Bu bendden de anlaşılacağı üzere, burada tasarım hakkına doğrudan bir tecavüz söz konusudur. Ayrıca bir görüşe göre, tecavüze konu tasarımın yapılmasına yol açabilecek her hangi bir şeyde bu gruba dahil edilmelidir. Örneğin, döküm kalıbı, saç levha ve benzerleri gibi (47).

(45) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 173.

(46) Piyasaya sunma herhangi bir hukuki şekil (satım, kiralama, leasing) altında yapılabilir. Tasarımın uygulandığı ürünün piyasaya sunma amacı olmaksızın, tüketici tarafından özel ihtiyacı için depolanması (elde bulundurulması) tasarım hakkına tecavüz teşkil etmez.

47) CAMCI, Ö., *Marka Patent Tasarımı ve Haksız Rekabet Davaları*, s. 134.

b) Tasarım belgesi sahibi tarafından, sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.

Tasarım hakkı sahibinin lisans sözleşmesiyle tasarımını kullanma yetkisini başkalarına vermesi, KHK/554 m. 24 hükmü gereğince tasarım hakkının tüketilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla lisans sözleşmesi yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi veya bu hakkın başkasına devri halinde de, tasarım hakkına tecavüzdən söz edilmemesi gerekirdi. Zira bu tür fiiller esas itibariyle sözleşmeye aykırılık oluşturur (48). Ancak tasarım sahibini korumak düşüncesiyle KHK/554 m. 48'de lisans sözleşmesine aykırılık teşkil eden bazı fiiller (lisans sözleşmesiyle verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi, bu hakların üçüncü kişilere devredilmesi) aynı zamanda tasarım hakkına tecavüz sayılmıştır.

Lisans sözleşmesi belli bir süre için ya da süresiz yapılmış olabilir. Sürenin dolmasından yada lisans verenin sözleşmeyi feshetmesinden sonra lisans alanın tasarımı kullanmaya devam etmesi, bu anlamda hakkın izinsiz genişletilmesidir. Bu nedenle bu fiil tasarım hakkına tecavüz teşkil eder. Yine lisans sözleşmesinin belli bir bölge için yapılmış olması halinde, lisans alanın bu bölge dışında satış yapması tasarım hakkına tecavüz oluşturur (49).

Lisans sözleşmesiyle tanınan hakkın izinsiz genişletilmesi niteliğinde olmayan sözleşmeye aykırılık hallerinde ise, lisans veren tasarım sahibi ancak BK m. 96'da düzenlenen sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanabilir. Örneğin lisans sözleşmesinin lisans bedelinin ödenme zamanını ve biçimini düzenleyen hükümlerine uyulmaması halinde durum böyledir.

c) Yukarıda belirtilen (a) ile (b) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak.

Burada aslında bir dolaylı tecavüz söz konusudur. Zira, fail tecavüz konusu tasarımı izinsiz olarak, yukarıdaki faaliyetlere konu etmektedir (50).

Aslında bu hüküm önemli bir yenilik getirmemektedir. Zira bu hüküm, haksız fiilden doğan zarardan birden fazla kimsenin sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 50 paralelinde hazırlanmıştır. Bu bent kapsamına tasarımın uygulandığı ürünü piyasaya sürüleceği mahale taşıyan, deposunda bir süre saklayan ve dağıtımına

(48) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 218.

(49) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 219

(50) CAMCI, Ö., *Marka Patent Tasarımı ve Haksız Rekabet Davaları*, s. 134.

yardımcı olan tellal, komisyoncu gibi kişiler girer (51).

d) Kendisinde bulunan ve haksız olarak üretilen veya ticaret alanına çıkarılan eşyanın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.

Bu hüküm Türk Hukuku bakımından bir yenilik oluşturmaktadır. Bu hükmün uygulanabilmesi için tasarımın uygulandığı ürüne zilyet olmak gerekir. Ancak, söz konusu ürünü kişisel ihtiyacı için elinde bulurduran tüketici bu bent kapsamına girmemelidir (52).

e) Gasp

Tasarım başvurusu yayımlandığı takdirde, başvuru sahibi, tasarıma vaki tecavüzlerden dolayı hukuk ve ceza davası açmaya yetkili olur. Tecavüz eden, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş ise, başvurunun yayımlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötü niyetli olduğuna mahkeme tarafından hükümlenirse, yayından önce de tecavüzün varlığı kabul edilir.

Koruma kapsamındaki tasarımın tescilli olduğuna ilişkin kaydın ürün, ambalaj veya fatura üzerine konulmamış olması, eylemi tecavüz olmaktan çıkarmaz. Tescil işaretleri kusurun değerlendirilmesi sırasında dikkate alınır (m. 48/3,4). Bu hükümden de anlaşılacağı üzere marka ve patennden farklı olarak tasarımın tescilli olduğuna ilişkin ürün üzerine veya diğer belgelere konulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen işaret konulmuşsa, bu durum kusurun değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır (53).

B- Tecavüz Halinde İleri Sürülebilecek Talepler

1- İhtiyari Tedbir Talebi

Dava açan veya açacak olan kişiler, davanın etkinliğini temin etmek üzere ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir. İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra yapılır. ihtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir (m. 63).

İhtiyati tedbir kararı alınmasından sonra HUMK m. 109 uyarınca on gün içinde esas hakkında dava açılması gerekir. Oysa lisansın inhisari olmadığı (basit lisans) hallerde, lisans sahibinin dava açma hakkı bulunmadığından (KHK/554 m 48/8 son cümle ve m. 60/1 son cümle) lisans alan dava açılması talebiyle lisans

(51) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 221.

(52) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 221.

(53) ARIKAN, A.S., **Türk Tasarım Kanunu Tasarısı**, s. 62.

verene başvurmak ve icabında üç ay beklemek zorundadır (KHK/554 m. 41/10, m. 60/3). Bu halde, duruma göre lisans alanın on gün içinde dava açması söz konusu olamayacağından, lisans veren dava açmadıkça ihtiyati tedbir ortadan kalkacaktır (54). Bu nedenle bu durumun dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca KHK/554 m. 41 ve m. 60 aynı şeyleri tekrar etmektedir. Bunun da kanun yapma tekniğine uygun olmadığı açıktır. 554 sayılı KHK'de değişiklik yapılması halinde, bu hususların düzeltilmesi uygun olacaktır.

İhtiyati tedbirler, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olur ve şu tedbirleri kapsar (m. 64):

a) Davacının tasarımdan doğan haklarına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,

b) Tasarımdan doğan haklara tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere ve sair vasitalara, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dahil, buldukları her yerde el konulması ve bunların muhafazası,

c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

İhtiyati tedbirde görevli ve yetkili mahkemenin tespitine ikiye ayırarak ele almak gerekir. İhtiyati tedbire ilişkin talebin esas hakkında dava açılmadan önce yapılması halinde görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir (m. 58/1). Böylece ihtiyati tedbir konusunun, tasarımlarla ilgili uyuşmazlıklara bakmakla görevli uzman mahkemeler eliyle karara bağlanması sağlanmış olacaktır. Yetkili mahkeme ise HUMK m. 104/1 gereği ihtiyati tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkünse, o yer mahkemesidir.

Esas hakkındaki dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbir talebi, davanın esasına bakmakla görevli ihtisas mahkemesinden istenebilir (m. 58/1). Bu halde yetkili mahkeme ise HUMK m. 104/2 gereğince davaya bakmakta olan ihtisas mahkemesidir.

2- Gümrüklerde El Koyma Talebi

Tecavüz nedeniyle, cezayı gerektiren taklit mallara, ithalat ve ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, Gümrük İdareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulur. Gümrük idareleri tarafından vaki el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde mahkemede dava açılmaz veya tedbir niteliğinde

karar alınmazsa, idarenin el koyma kararı kalkar (m. 66). Bu maddede öngörülen gümrük idareleri tarafından el koyma, sadece ithalat veya ihracat sırasında söz konusu olur. Maddenin açık hükmü karşısında taklit tasarımın uygulandığı ürünlere transit geçişleri sırasında el konulamayacaktır (55).

3- Tasarım Hakkına Tecavüz Halinde Tasarım Sahibinin Diğer Talepleri

Tasarımdan doğan hakları tecavüze uğrayan tasarım sahibi mahkemeden özellikle aşağıdaki taleplerde bulunabilir (m. 49):

a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti,

b) Tasarımdan doğan haklara tecavüz fiillerinin durdurulması ve önlenmesi talebi,

Tasarım hakkına tecavüz oluşturan fiillerin durdurulması davası ile sürmekte olan bir tecavüzün durdurulması istenir. Bu dava, bir eda davası niteliğindedir. Tecavüz oluşturan fiillerin durdurulması davasının açılabilmesi için kural olarak failin kusurunun bulunması ya da zararın doğmuş olması gibi koşullar aranmaz.

c) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini talebi,

Burada tecavüzün giderilmesi ile birlikte tazminat davasından da söz edilmesi uygun olmamıştır. Zira tecavüzün giderilmesi davası, tazminat istemini içermez. Tecavüzün giderilmesi davasının konusu tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasıdır. Burada tecavüzün giderilmesinden hiç söz edilmeden sadece tazminat davasının açılabilmesinin belirtilmesi daha uygun olurdu (56). TTK'daki haksız rekabete ilişkin düzenleme de bu yöndedir (TTK m. 58/1,d).

d) Tasarımdan doğan haklara tecavüz suretiyle üretilen veya ithal edilen ürünlere, bunların üretiminde doğrudan doğruya kullanılan araçlara el konulması talebi,

Sadece tecavüzün durdurulması davası, tasarım hakkı sahibinin haklarını korumaya yetmeyebilir. Bu nedenle kanun koyucu, tecavüzün tekrarlanması tehlikesini tam olarak ortadan kaldırmak amacıyla, tasarımın uygulandığı ürünleri haksız olarak üretmeye yarayan araçlara el konulmasına da olanak vermiştir. Bu sayede, tasarım hakkına tecavüz oluşturan ürünler ticaret hayatından çıkarılmış olacaktır (57).

(55) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 229.

(56) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 240.

(57) ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku*, s. 234.

e) Mümkün olduğu takdirde el konulan ürünler üzerinde, talep eden davacıya mülkiyet hakkı tanınması talebi; Bu durumda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür.

Bu bentte sadece el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasından söz edilmiştir. Dolayısıyla eşyayı üretmeye yarayan araçlar, bu hükmün kapsamı dışındadır.

f) Tasarımdan doğan haklara tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması. Tecavüzün önlenmesi için, kaçınılmaz ise, el konulan ürünlerin veya araçların imhası talebi,

Bu bentte dikkat edilmesi gereken nokta, tecavüzün önlenmesi için "kaçınılmaz ise" imha talebinden söz edilmesidir. Dolayısıyla tecavüz nedeniyle o ürünün imhası, en son başvurulabilecek bir yoldur.

g) Tasarımdan doğan haklara tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak ilanı talebi,

Kararın ilanının istenebilmesi için kusur şart değildir. Davacının kesinleşen mahkeme kararının kamuya duyurulması yolundaki talebinin mahkemece red-dolunması halinde, davacının kendiliğinden ilan yaptırmasının, haksız rekabete yol açabileceği ileri sürülmüştür (58).

Tedbirler konusunda, mahkeme Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu'nun ihtiyati tedbirler hakkındaki hükümlerine göre karar verir (KHK/554 m. 49/2).

4- Tazminatın Kapsamı

Tasarım hakkı sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca tasarımdan doğan haklara tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar. Yoksun kalınan kazanç, zarar gören tasarım hakkı sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir;

a) Tasarımdan doğan haklara tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, tasarım sahibinin tasarımı kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre,

b) Tasarımdan doğan hakka tecavüz edenin, tasarımı kullanmakla elde ettiği kazançta göre,

c) Tasarımdan doğan hakka tecavüz edenin, tasarımı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun bir şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle tasarımın ekonomik

önemi, tasarımdan doğan haklara tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında tasarıma ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur (m.52).

Tasarımdan doğan haklara tecavüz eden tarafından, tasarımın kötü şekilde üretimi veya uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda, tasarımın itibarı zarara uğrarsa, tasarım hakkı sahibi, bu nedenle ayrıca tazminat isteyebilir (m. 54). Buna karşılık tasarım hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı, tasarım hakkı sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından, el konulmaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, söz konusu davaları açamaz. Ancak bu kişilerin kötü niyetli olmaları halinde bu hüküm uygulanmaz (m. 56).

X- TASARIM HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK CEZA VE DİĞER HUKUK DAVALARI

A- Tasarım Hakkına Tecavüz Halinde Uygulanacak Cezai Müeyyideler

554 sayılı KHK'nın Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesinden sonra, 3.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun'un üçüncü maddesi ile, 554 sayılı KHK'ye 48/A maddesi eklenmiştir. Eklenen bu 48/A maddesi ile endüstriyel tasarım haklarına ilişkin ihlaller ve tecavüzler konusunda aşağıdaki suçlar tanımlanmakta ve çeşitli cezalar öngörülmektedir.

Buna göre KHK/554 m. 48/A hükmüyle üç grup para ve hapis cezası öngörülmüştür:

a) Bir yıldan iki yıla kadar hapis ve/veya 300 milyon liradan 600 milyon liraya kadar para cezasını gerektiren haller:

- Tasarımcının kimliği konusunda gerçeğe aykırı olarak bilgi verilmesi,
- Tasarım koruması altındaki eşya veya ambalaj üzerine konulan işaretin yetkisi olmadan kaldırılması,
- Haksız olarak kendisini tasarım başvurusu ve tasarım hakkı sahibi gibi göstermek.

b) İki yıldan üç yıla kadar hapis ve/veya 600 milyon liradan 1 milyar liraya kadar para cezasını gerektiren haller:

- Yetkisi olmadığı halde, rehin, lisans ve devir işlemleri yapmak,
- Tasarım hakkı sahibi olmadığı halde veya tasarım hakkının KHK/554'de öngörülen hallerde sona erdiği veya ortadan kalktığı durumlarda (sürenin dolması, hükümsüzlük vs.) tasarım korumasının devam ettiği izlenimini bırakacak işaretler koymak, ilan ve reklamlarda bulunmak.

c) İki yıldan dört yıla kadar hapis ve/veya 1 milyar liradan az olmamak üzere para cezasını gerektiren haller

- KHK/554 m. 48'de belirtilen tasarım hakkına tecavüz sayılan hallerden birini işlemek.

Ayrıca (c) bendinde belirtilen ihlal, şartları varsa, bir yıldan az olmamak üzere iş yerinin kapatılması ve aynı süre ticaretten men edilmeyi de beraberinde getirmektedir.

"Bu maddede belirtilen suçlar, hizmetlerini yaptıkları sırada, bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan, işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de cezalandırılır. Bir tüzel kişinin işleri yürütülürken, 48. maddede sayılan suçlardan biri işlenirse, tüzelkişi (yöneticileri), masraflar ve para cezasından müteselsilen sorumlu olur. Fiile iştirak edenler hakkında olayın mahiyetine göre Türk Ceza Kanunu'nun 64, 65, 66 ve 67. maddeleri hükümleri uygulanır. Yukarıda sayılan suçlardan dolayı kovuşturma şikayete bağlıdır (KHK/554 m. 48/A/2)".

KHK/554 m. 48 hükmü ile tecavüz sayılan hallerde takibat, hak sahibinin bir yıl içinde yapacağı şikayetine bağlanmış ve anılan suçlar ile ilgili işler Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu çerçevesinde acele işlerden sayılmıştır. Ceza davalarında el koyma açısından da Ceza Kanunu'nun 36. maddesine atıf yapılmıştır.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 344. maddesinin birinci fıkrasının 8 numaralı bendi uygulanmaz. Yani tasarım ihlali nedeniyle açılan ceza davaları artık "şahsi dava" olmaktan çıkarılmıştır. Tasarım korunmasından doğan haklara tecavüze uğrayandan başka, 48. maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü; tasarım hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildiriminin gerçeğe aykırı olarak yapılması ile korunan bir tasarım hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresi bittiği veya herhangi bir sebeple tasarım hakkının hükümsüzlüğü veya tasarım korunmasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına hukuken korunan bir tasarım hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyma veya bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret ve ifadelerin kullanılması durumlarında, 5590 veya 507 sayılı Kanunlara tabi kuruluşlar ve Tüketici Dernekleri de şikayet hakkına sahiptir. Şikayetin fiil ve failden haberdar olma tarihinden iti-

baren iki yıl içinde yapılması gerekir.

B- Tasarım Hakkına Tecavüz halinde Açılabilir Diğer Hukuk Davaları (59)

1- Delillerin Tespiti Davası

KHK/554 m. 62 hükmüne göre tasarımdan doğan hakları ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tesbitini mahkemeden isteyebilir.

Bu davanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre (60) bu Türk Hukuku bakımından bir yeniliktir. Bu görüşe göre; delillerin tesbiti davası, HUMK m. 368 ve devamında düzenlenen "delillerin tespiti"nden farklı olarak bir davadır. Buna karşılık bir başka görüşe göre (61) ise, KHK/554 m. 62 hükmüne paralel bir hüküm içeren 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK (m. 150) açısından, "Delillerin Tespiti Davası" başlığının yanlış kullanıldığı ve bunun, HUMK m. 368-374 anlamında "delillerin tespiti"ni düzenlediği ifade edilmiştir.

Biz de, KHK/554 m. 62'ye göre açılacak bir davanın, HUMK m. 368 ve devamında sayılan delillerin tespiti isteğini içermeyip, Kanun tarafından ihdas edilmiş bir tespit davası olduğu görüşüne katılıyoruz (62).

Bu davayla ilgili diğer hususlarda KHK/554 m. 65 gereği HUMK'nun ilgili hükümleri uygulanır.

2- Tasarımdan Doğan Haklara Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava

KHK/554 m. 61 hükmüne göre, menfaati olan herkes, tasarım hakkı sahibine karşı dava açarak, fiilerinin tasarımdan doğan haklara tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep eder. Davanın açılması için, sınai ve ticari girişimde bulunacak kişi, girişimlerinin tasarımdan doğan haklara tecavüz teşkil edip etmediği hakkında tasarım sahibinden noter aracılığı ile görüş talep eder. Bir ay içinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın kabul edilmemesi halinde, menfaat sahibi bu davayı açabilir.

Ancak, bu dava tasarımdan doğan haklara tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz. Dava, sicilde kayıtlı tüm hak sahiplerine

(59) Burada diğer hukuk davaları ile kastımız yukarıda IX. başlık (TASARIM HAKKINA TECAVÜZ VE TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLER) altında bahsedilen hukuk davaları dışında kalan "Delillerin Tespiti Davası" ve "Tasarımdan Doğan Haklara Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava"dır. Bu davaları özellikleri sebebiyle bu başlık altında ele almayı daha uygun gördük.

(60) TEKİNALP, Ünal, Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri, s. 78.

(61) ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal, Patent Hakkının Korunması, s. 147-148.

(62) ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, s. 232.

tebliğ olunur. Dava, tasarım belgesinin hükümsüzlüğü davası ile birlikte de açılabilir.

Tasarım hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava, esas itibariyle bir menfi tespit davasıdır. Ancak bu dava, tam bir menfi tespit davası niteliğinde de değildir (63). Zira usul hukukunda menfi tespit davasından bahsedebilmek için, davalının daha önce belli bir hukuki ilişkinin varlığını iddia etmiş olması gerekir. Oysa burada tasarım hakkına tecavüzün varlığı henüz iddia olunmamıştır (64).

XI- TECAVÜZ NEDENİYLE AÇILACAK DAVALARDA ZAMANAŞIMI VE GÖREVLİ-YETKİLİ MAHKEME

A- ZAMANAŞIMI

KHK/554 m. 57 uyarınca tasarım hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde BK'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Tasarım hakkına tecavüz esas itibariyle bir haksız fiildir. Bu nedenle KHK/554 m. 57'deki yollamanın, haksız fiil ile ilgili zamanaşımını düzenleyen BK m. 60'a yapıldığını kabul etmek gerekir (65). Buna göre, tasarım hakkına tecavüz nedeniyle açılacak tüm davaların, zarara ve faile ittila tarihinden itibaren bir yıl ve herhalde tecavüz fiilinin vukuundan itibaren on yıl içinde açılması gerekir.

Öte yandan, tasarım hakkına tecavüzün aslında haksız fiilin özel bir şekli olan haksız rekabet teşkil ettiği ve bundan dolayı TTK m. 62'deki 1 ve 3 yıllık kısa zamanaşımı süresinin uygulanmasının daha isabetle olacağı da ifade edilmiştir (66).

KHK/554 m. 57'deki yollama nedeniyle BK m. 60'da öngörülen bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri, tecavüz halinde ileri sürülecek özel hukuka ilişkin tüm talepler hakkında uygulanır. Dolayısıyla tecavüz nedeniyle sadece maddi manevi tazminat talepleri değil 554 sayılı KHK'ye göre açılacak el koyma, el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, el konulan ürünlerin ve araçları imhası vs. yolundaki talepler bu zamanaşımı süresine tabidir.

Ayrıca lisans alanın, tasarım hakkına tecavüz ettiği hallerde de zamanaşımı süresi BK m. 125 uyarınca on yıl değil BK m. 60 gereğince bir ve on yıl olmalıdır. Ancak tasarım hakkına tecavüz oluşturmayan lisans sözleşmelerine aykırılık hallerinde (örneğin lisans sözleşmesinin lisans bedelinin ödenme zamanını ve biçimini düzenleyen hükümlerine uyulmaması halinde) zamanaşımı süresi BK m.

(63) ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal, **Patent Hakkının Korunması**, s. 233.

(64) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 233.

(65) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 256.

(66) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 257.

125 uyarınca on yıldır (67).

Tasarım hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davasında (KHK/554 m. 49/1- b) zamanaşımı söz konusu değildir. Zira tecavüz devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeye başlamaz. Tecavüz durmuş ve tekrarlanması tehlikesi de yok ise zaten durdurma davası açılmaz (68).

Tasarım hakkına tecavüz oluşturan fiil her tekrarlanışında zamanaşımı süresi kesilip yeniden işlemeye başlar.

BK m. 60/2'de yer alan ceza kanunlarındaki daha uzun zamanaşımı süresinin uygulanmasına ilişkin hüküm, KHK/554 m. 57'deki yollama nedeniyle tasarım hakkına tecavüz halinde de uygulanır. Bu nedenle KHK/554 m. 48/A'da gösterilen ve suç teşkil eden tecavüz fiileri nedeniyle 1 yıllık zamanaşımı süresi yerine TCK m.102 gereğince 5 yıllık süre uygulanacaktır (69).

B- Görevli- Yetkili Mahkeme

1- Görevli Mahkeme

KHK/554 m. 58/1 hükmü (70) gereği, bu KHK'de öngörülen bütün davalarda görevli mahkeme, Adalet Bakanlığı'nca kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri belirli konulardaki uyuşmazlıkları çözmek üzere özel kanunla kurulan uzmanlaşmış mahkemelerdir. Bu sayede tasarımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların, uzman mahkemeler eliyle usul ekonomisine uygun bir şekilde çözüme bağlanması amaçlanmıştır.

Genel mahkemeler ile ihtisas mahkemeleri (özel mahkemeler) arasındaki ilişki, işbölümü ilişkisi değil, görev ilişkisi niteliğindedir (71).

KHK/554 m. 57/2 hükmüne göre, asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresi, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir. Bu fıkranın anlamı; tasarım suçları ile ilgili davalarda da ihtisas mahkemesinin görevli mahkeme olacağıdır.

554 sayılı KHK'de öngörülen bütün davalarda görevli mahkeme ihtisas mahkemesi olduğundan, tasarım hakkına tecavüz nedeniyle açılacak ihtiyati tedbir ile tespit davalarında da görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleridir.

(67) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 257.

(68) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 258.

(69) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 258.

(70) KHK/554 m. 58'in başlığı "Görevli ve Yetkili Mahkeme" olmakla beraber madde metninde sadece görevli mahkeme gösterilmiştir.

(71) KURU-ARSLAN-YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, s. 179.

İhtisas mahkemelerinin kurulmuş olması, tarafların tahkime gitmesine engel değildir (72).

2- Yetkili Mahkeme

Tasarım hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, özel olarak belirlenmiştir. Bu davalara davacının ikametgahının olduğu veya fiilin işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki ihtisas mahkemelerinde bakılacağı hükme bağlanmıştır (KHK/554 m. 49/10). Ayrıca HUMK m. 9/1 hükmü gereği, davalının ikametgahı mahkemesinde de bu davanın açılabilmesi mümkündür. Zira amaç, yetkili mahkeme sayısını arttırarak mağdura kolaylık sağlamaktır (73).

Davacının yabancı uyruklu olması halinde yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı iş vekilinin bulunduğu yerdeki, eğer vekillik kaydı silinmişse, Enstitü merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir (KHK/554 m. 49/11).

Üçüncü kişiler tarafından tasarım başvurusu veya tasarım belgesi sahibi aleyhine, açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Tasarım başvurusu veya tasarım belgesi sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme yukarıdaki gibi tayin edilir (m. 49/12). Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir (m. 49/son).

XII- ENSTİTÜ NEZDİNDE İŞLEM YAPMA YETKİSİ OLAN KİŞİLER

KHK/554 m. 67 hükmüne göre, Türk Patent Enstitüsü nezdinde tasarım işlemleri için aşağıdaki kişiler işlem yapabilir:

a) Başvuru yapan gerçek veya tüzel kişiler,

b) KHK/544 m. 30'daki nitelikleri haiz ve Enstitü tarafından yapılacak tasarım vekilliği sınavında, başarı gösterip, diğer koşulları sağlayarak tasarım vekilleri siciline kayıt edilen kişiler (Hem marka hem de patent vekilleri siciline kayıtlı olanlar tasarım vekili siciline sınavsız kaydedilir.).

c) Tüzel kişiler yetkili organlarınca temsil edilir.

d) İkametgahı yurt dışında bulunan kişiler ancak tasarım vekilleri vasıtasıyla temsil edilir.

(72) ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, s. 259.

(73) Bilindiği üzere HUMK m 9/1 genel yetki kuralı olup, genel yetkili mahkeme olan davalının ikametgahı mahkemesinde de davanın açılabileceğini gösterir.

Vekil tayin edilmesi halinde, tüm işlemler vekil vasıtasıyla yapılır. Vekile yapılmış tebligat asile yapılmış sayılır.

SONUÇ

Son yıllarda teknolojiye meydana gelen gelişmeler ve bunun uluslararası ticaret üzerindeki etkisi nedeniyle, fikri ve sınai hakların önemi bir kat daha artmıştır. Endüstriyel tasarımların; faydalı model ve patentlenebilir yeni buluşların ilk adımını teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle güçlü ve etkili bir korumanın etkisi, ülkenin ticari ve bilimsel hayatını olumsuz etkileyecektir.

554 sayılı KHK ile endüstriyel tasarımlara sağlanan koruma; tasarımcılara, ilgili sektörlerle ve ülkenin endüstriyel gelişmesine önemli katkılar sağlamaktadır. 554 sayılı KHK'den önce ülkemizde endüstriyel tasarımlar haksız rekabet ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde korunmaktaydı. 554 sayılı KHK ile getirilen düzenleme, uluslararası düzeyde, fikri ve sınai haklar ile ilgili son gelişmeleri içerdiği için bu konudaki uluslararası eğilimleri de bünyesinde barındırmaktadır.

554 sayılı KHK ile getirilen düzenleme ile ilgili aşağıdaki hususlar söylenebilir:

a) Endüstriyel tasarımların korunmasında, tescil esasına dayanılmıştır. Ancak bunun yanında şartları varsa, diğer koruma yöntemlerinin uygulanmasına da engel olunmamıştır.

b) Tescilli tasarımların koruma süresi beş yıldır. Ancak bu sürenin beşer yıllık dönemler halinde yenilenmek suretiyle 25 yıla kadar uzatılabilmesi mümkündür.

c) Endüstriyel tasarımların tescilinde incelemesiz tescil esasını benimsenmiştir. Burada inceleme sadece tescil edilecek tasarımın konu ve kapsam bakımından KHK m.3 hükmüne uygunluğu ile sınırlıdır. Ayrıca, tasarımın hükümsüzlüğünün her an ileri sürülebilmesi mümkündür.

d) Tekstil gibi modası çabuk geçen tasarımlar için daha ucuz ve basit bir usul olan "yayının ertelenmesi"ne yer verilmiştir.

e) KHK'de tasarımın hükümsüzlüğüne ilişkin davaların yanısıra, tasarım suçlarıyla ilgili davalara da ihtisas mahkemelerinde bakılacağı ifade edilmiştir. KHK'de öngörülen bazı tasarım suçlarında, mağdurdan başka, TPE, 5590 ve 507 sayılı Kanunlara tabi kuruluşlara ve tüketici derneklerine de şikayet hakkı tanınmıştır.

554 sayılı KHK'de bazı aksaklıklara da rastlamak mümkündür. Şöyleki;

- 554 sayılı KHK'de bazı gereksiz tekrarlar bulunmaktadır. Örneğin, lisans alanın dava açma yetkisiyle ilgili olarak KHK m. 41/8-12 fıkraları arasında yer alan hükümler, KHK m. 60'de aynen tekrar edilmiştir. Bunun kanun yapma tekniğine uygun olmadığı açıktır. Buna karşılık tasarım hakkına tecavüz halinde dava açma hakkına sahip olmayan lisans alanın (basit lisans halinde), davacı lisans veren lehine hükmolunacak tazminat üzerinde ne gibi haklara sahip olduğu hususu, KHK'de hiç düzenlenmemiştir.

- Yine KHK/554 m. 58'in kenar başlığı "Görevli ve Yetkili Mahkeme" olduğu halde, bu maddede sadece uyumsuzluklara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinden söz edilmiştir.

- KHK'de bazı teknik tabirler yerinde kullanılmamıştır. Örneğin, KHK/554 m. 66/1'de gümrüklerde el koyma düzenlenirken, gümrük idaresi tarafından yapılan bu işlemin "ihtiyati tedbir" niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bilindiği üzere, ihtiyati tedbire ancak bir yargı organı karar verebilir.

- Bunlardan başka, KHK'de çok az olmakla beraber, Türkçe bakımından karışık ve anlaşılması güç bir ifade tarzının da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, KHK/554 m. 38/2 ve 3 üncü fıkralarında yer alan hüküm anlatım bakımından karışıktır. Yine aynı şekilde KHK/554 m. 48/A hükmünde de anlaşılması güç bir ifade tarzına yer verilmiştir.

Bunlara ilave olarak sınaî mülkiyet hukuku ile ilgili davalarda kurulması öngörülen ihtisas mahkemelerinin, mahkemelerdeki alt yapı ve eğitilmiş insan gücü yetersizlikleri nedeniyle günümüze kadar kurulamamış olması önemli bir eksikliktir. Bu eksikliklerin giderilmesi için gerekli alt yapı çalışmalarının süratle yapılarak hayata geçirilmesi gereklidir.

BİBLİYOGRAFYA

- ARIKAN, Ayşe Saadet : Sınai Tasarımlar, Batider C.17, Sa.3, Haziran 1994, s.73-110.
- _____ : Türk Tasarım Kanunu Tasarısı, Sınai Mülkiyetin Korunması ve Türkiye'deki Gelişmeler Hakkında Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Sempozyumu, TPE yayınları, Haziran 1995, s.55-64.
- ARKAN, Sabih : Marka Hukuku, C.1, Ankara 1997.
- _____ : Marka Hukuku, C.2, Ankara 1998.
- CAMCI, Ömer : Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İst. 1998.
- DPT : Fikri ve Sınai Haklar, Özel İhtisas Komisyonu Raporu (ÖİKR), Ankara 1994.
- _____ : Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları, Ankara 1995.
- KÖPRÜLÜ Bülent-
- KANETİ Selim : Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı İstanbul 1982.
- KURU, Baki- ARSLAN,
- Ramazan-YILMAZ, Ejder : Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 1991.
- ORTAN, Ali Necip : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1977.
- _____ : Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.
- ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal : Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- TEKİNALP, Ünal : Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri, İÜHFİM, 1995-1996, C.55, Sa. 1-2, s.27 vd.
- TPE : Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara 1996.
- _____ : Endüstriyel Tasarım Başvurularının Hazırlanması İçin Gerekli Bilgi ve Belgeler, Ankara 1996.
- YALÇINER; Uğur : Türkiye'deki Yeni Mevzuat Çalışmaları ve Uluslararası Anlaşmalara Katılım Konusundaki Gelişmeler, Sınai Mülkiyetin Korunması ve Türkiye'deki gelişmeler Hakkında Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Sempozyumu, TPE Yayınları, Haziran 1995.

KISALTMALAR

| | |
|---------|---|
| b | : Bent |
| Batider | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| C. | : Cilt |
| DPT | : Devlet Planlama Teşkilatı |
| FSEK | : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu |
| HUMK | : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İİK | : İcra İflas Kanunu |
| İÜHFM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| KHK | : Kanun Hükmünde Kararname |
| m. | : Madde |
| ÖİKR | : Özel İhtisas Komisyonu Raporu |
| s. | : Sayfa |
| Sa. | : Sayı |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| TPE | : Türk Patent Enstitüsü |
| TTK | : Türk Ticaret Kanunu |
| WIPO | : World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı) |

ANAYASAMIZDA CEZANIN YERİ VE CEZA KAVRAMI

Dr. Haluk ÇOLAK (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. II- Ceza Kavramı ve Gelişimi. A- Ceza Kavramı. B- Cezanın Tarihçesi ve Gelişimi. 1- Cezanın Tarihçesi. 2- Cezanın Gelişimi. III- Cezanın Meşruluğu Hakkında Görüşler. A- Cezanın Zorunluluğu. B- Cezanın Kaynağı. C- Cezanın Ceza Hukukuna Ait Olması. IV- Cezanın Görevi Hakkında Görüşler. A- Sosyal Sözleşme Görüşü. B- Kefaret Görüşü. C- Toplumun Korunması Görüşü. D- Önleme (Genel Önleme) Görüşü. E- Islah (Özel Önleme) Görüşü. F- Uzlaştırıcı Görüşler. V- Cezanın Amaçları, Cezada Bulunması Gereken Nitelik ve Özellikler. A- Cezanın Amaçları. 1- Korkutma- Önleme. 2- Korkutma- Uslandırma. 3- Tasfiye. B- Cezada Bulunması Gereken Nitelikler. C- Cezanın Özellikleri. VI- Anayasamızda Cezanın Yeri ve Önemi. A- Anayasa Hukuku ve Ceza. B- Cezalara İlişkin Anayasal İlkeler. 1- Cezaların Kanun Tarafından Belirlenmesi. 2- Ceza Yerine Geçen Güvenlik Tedbirlerinin Kanunla Konulması. 3- Ceza Sorumluluğunun Bireyselliği. 4- İnsan Onuru ile Bağdaşmayan Ceza Konulamaması. 5- Genel Müsadere Cezası Verilememesi. VII- Sonuç.

I. GİRİŞ

Hukuk düzeninin ayırıcı özelliği olarak kurumsallaştırılmış müeyyide unsuru, hukuk düzenin bizzat normatif yapısından çıkarılabilen bir unsur değildir. Bu, normatif bir düzeni hukuk düzeni olarak belirlemede ölçü olarak alınan müeyyidenin formel bir ölçü olmadığı anlamına gelmektedir. Ancak, kurumsallaştırılmış müeyyidenin normatif bir yapıda "extraformel" nitelikte olması, hukukun ve hukuk normunun bir tanımını yapmada, onun yararlı ve daha da ötede zorunlu olmasına bir engel oluşturmaz. Esasen, normatif yapıda müeyyidenin "extraformel" bir unsur olduğunu kanıtlamak, onu hukukun ve hukuk normunun özgül bir niteliği olmaktan çıkarmamaktadır. Hukuk düzeninde ceza hukukunu, kuralların ihlâline netice olarak öngörülen tepkinin türü, yani "ceza" belirlemektedir. Bundan ötürü, ceza, ceza hukuku düzeninin kendisine özgü bir müeyyidesi olmaktadır (1).

(*) Hakim, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı

(1) HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1987, s. 184-185.

"Yaptırım" (müeyyide), geniş anlamda bir borcun yerine getirilmemesinin uygulanmasını haklı kıldığı, tâmir edici nitelikte de olsa bütün tedbirleri kapsayan hukukî terimdir. Suç teşkil eden bir davranışa bağlanmış sosyal tepkiye ise ceza denilir.

Tarihin her döneminde suç, toplumun tepkisini davet etmiş ve buna verilen isim ceza olmuştur. Ceza, müeyyide (yaptırım) olarak Ceza hukuku dalına özelliğini veren niteliklerden birisini oluşturur. Fakat ceza hukukunun, sistematik bir hukuk dalı olarak meydana çıkışından önce, ceza bir sosyal olay veya kurum sıfatıyla her zaman ve her dönemde, bir tepki biçiminde var olmuştur. Yeni zamanların ceza hukukuna getirdiği çok önemli diğer bir müeyyide çeşidi ise "güvenlik tedbirleri" dir (2).

II. CEZA KAVRAMI VE GELİŞİMİ

A. CEZA KAVRAMI

Merkel'in de belirttiği gibi cezanın esas ve kaynağı konusu; hukuktan çok "suç siyaseti"ni ilgilendirir (3).

Teknik hukuk yönünden Ceza hukukunun başta gelen müeyyidesini oluşturan "ceza" hakkında verilecek bu tarifin, bu kurumu diğer hukuka aykırı fiil ve hareketlerin müeyyidelerinden ayırmağa yarayacak özellikler taşıması gerekir. Belirtilen amaç çerçevesinde ceza şöylece tanımlanabilir: "*Ceza, topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı Devletin son çare olarak kanun ile yarattığı ve izlediği diğer yapıcı amaçlar yanında, özellikle suç işleyen bazı yoksunluklara tâbi kılmak ve toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan korutucu, caydırıcı bir müeyyidedir*" (4).

Ceza, hukuk normlarına uyulmasını sağlayan tüm öteki koruyucu tedbirlerden

- (2) DÖNMEZLER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, İstanbul, 1997, s. 542; PRADEL, 520; MERLE-VİTU (c. 1, no. 602) yaptırımın bir bakıma bir tavır ve hareket hakkında verilen bir değer hükmü olduğunu ve diğer yandan ise ceza niteliğinde olduğu kadar ödülü de içerdiğini ifade ediyorlar. Ceza ilgilinin hareketi üzerinde olumsuz bir değer hükmünü belirtir.
- (3) MERKEL, Grundriss des strafrecht, 1926 s. 94; Naklen DÖNMEZER-ERMAN, s. 544.
- (4) DÖNMEZER-ERMAN, s. 544; GARRAUD, (c. II, 70) ceza hakkında şöyle bir tarif veriyor; "Ceza, suçlunun, kanunun emrine yahut yasakladığı bir hususa karşı itaatsizliği dolayısıyla çektirilen bir kötülüktür ve bu sebeple bir müeyyide olmak niteliğini taşır; fakat tamamıyla özellik gösteren ve ancak hukuk düzenini bozan bazı ihlaller dolayısıyla uygulanan bir müeyyidedir". ROUX'ya göre (I, s. 174) "ceza işlediği suç dolayısıyla suçluya çektirilen bir acı ve ızdıraptır" VIDAL et MAGNOL'e göre (s. 374). "Ceza adli bir mahkûmiyetin sonucu olarak toplum adına suç failine kusurlu olması ve sosyal bakımdan suçtan dolayı sorumlu bulunması itibariyle uygulanan bir kötülüktür". DONNEDIEU de VABRES'e göre (s. 241) "Ceza suç failine çektirilen bir acı ve ızdıraptır". Logoz'a göre (Art, 35-62, no. 2a) ceza, Devlet tarafından suçluya çektirilen bir kötülüktür. BOEULOC'a göre "geleneksel, hatta gelişmiş ceza (özellikle uygulama şartları yönünden) daima sosyal tepkinin bir bastırıcı şeklini oluşturur."

farksız olarak başlıca üç açıdan ele alınarak incelenmektedir (5).

a) Ceza, "amaç" açısından, koruma, esirgeme veya savunma denen himaye vasıtası olarak karşımıza çıkmaktadır.

b) Ceza, himayenin "konusu" açısından toplumun savunması, esirgenmesi veya himayesi vasıtasıdır.

c) Ceza, toplumun ve toplumsal yaşamın menfaatlerinin hukukî himayesi gerçekleştiği "araç" açısından, himayenin hukukî vasıtasıdır.

Ceza "*maddî bakımdan*," yani içerik bakımından, iki safhada veya anda ortaya çıkmaktadır. Birbirini izleyen bu safha ki, "*cezanın tehdidi*" ve "*ceza tehdidinin fiilen gerçekleşmesi*" veya "*cezanın bil fiil verilmesi*" safhasıdır. Bu iki safha, cezanın ihlâlden önceki ve sonraki iki ayrı işlevini ifade etmektedir. Bunlar, *önleme ve bastırma*'dır (6).

"*Formel bakımdan*" ise ceza, mantıksal ve kronolojik olarak iki anda ve iki safhada ortaya çıkmaktadır. Bu safhalar, ceza tehdidine karşılık teşkil eden ve ona paralel olan cezanın "*müeyyide safhası*" ve ceza tehdidinin gerçekleşmesine karşılık teşkil eden ve ona paralel olan "*ceza müeyyidesinin uygulanması safhası*"dır. Birinci safhaya yasama, ikinci safhaya ise infaz safhası da denilmektedir (7).

B. CEZANIN TARİHÇESİ VE GELİŞİMİ

1. Cezanın Tarihçesi

Cezanın kaynak ve tarihçesini tam bir bilimsel kesinlik ve belirlilik ile çizebilmenin imkânı yoktur. Ancak uzun bir tarihi gelişimi kısa olarak özetlemek istersek diyebiliriz ki, ceza ilkel insan toplumlarında zarar verici hareket ve fillere karşı gösterilen tabii içgüdüsel bir tepki şeklinden yavaş yavaş sistemli ve âhenkli bir kamu hizmetinin aracı haline gelerek hukukî biçim almıştır.

Eski Yunan ve Roma'da antik dönemde cezanın temeli ve amaçları üzerinde düşünenlerin sayısı fazla değildir. İbret, tasfiye daima ön planda yer almıştır. Bununla beraber **Sokrat** suçluya karşı hiddet ve şiddetle gösterilecek tepkilere karşı çıkmış ve eğitilmelerini tavsiye etmiştir. **Platon**'da suç işleyene karşı eğitim sorununa işaret etmiştir; tabii olarak bu yazarlarda işaret ettikleri hedefe ulaşmak için kullanılması gerekli teknik yönünden hiçbir bilgi yoktur. İnanlılarda ve Asur'da.

(5) GRİSPİGNİ, Diritto Penale, I, s. 114; MAGGIORE, Diritto Penale, I, s. 657.

(6) HAFIZOÇULLARI, s. 186-187.

(7) HAFIZOÇULLARI, s. 189-192; BATTAGLINI, Le Norme del Diritto Penale, s. 39-40.

bedenî cezalar egemendi; vücudu parçalamak mutad uygulama idir. Yunan hukuku sürgün ve para cezalarını kullanmıştır; Roma hukukunda geniş ölçüde para cezaları uygulanmıştır. Roma'da ilk defa suçlular hakkında ağır hizmet cezaları, madenlerde çalıştırma uygulanmıştır. Hürriyetin inırlandırılması ise bir ceza olarak değil ve fakat bir nevi tutuklama gibi kullanılmıştır (8).

Orta çağlarda da ceza evleri aynı maksat için kullanılmıştır; ölüm cezaları ise en geniş ölçüde meselâ hazırlıkta tekerrür halinde kullanılmıştır. Uygulanan en yaygın ceza, mahkûmları gemilerde forsa (kürekcı) olarak kullanmak idi.

Penoloji'nin menşei ise XVII. yüzyılda suçu günah telakki eden ve günahkârı tecrit ve riyazete mahkûm ederek doğru yola sokmak isteyen kilise ve hukuku ile başlamıştır (9).

Ceza müeyyidesinin zorluk ve gerekliliği üzerinde herhangi bir uyuşmazlık ve tartışma hiçbir zaman sözkonusu olmamıştır. Sosyal düzeni ceza müeyyidesine başvurmadan korumanın imkân dışı bulunduğu hususunda da herkes birliktir. Ancak sözü geçen müeyyidenin nitelik ve esası üzerinde çok tartışma olmuş, uyuşmazlıklar başgöstermiş ve günümüzde bile ceza müeyyidesinin niteliği üzerinde tam bir birlik sağlanamamıştır. Cezanın niteliği hakkında **Grotius** (10) den beri başlıca iki esas görüş vardır:

a) Ceza adaletin, işlenen kötülüğü bastırması (tenkil etmiş) bulunmasına ve böylece geçmişte işlenen kusura dayanarak adaletin yerine getirilmesi amacına dayanır;

b) Cezanın haklılığı ve esası, kendisinden beklenen yarara bağlıdır. Bu iki görüşün birleştirilmesi suretiyle bir üçüncü bağlaştırıcı, karma görüş de ortaya çıkmıştır (11).

2. Cezanın Gelişimi

Gelişme, cezanın tarihî seyirindeki değişmelerle de kendisini göstermektedir. Tarihen geniş yer tutmuş olan bedenî cezalar zamanla ortadan kalkmakta ve

(8) DÖNMEZER-ERMAN, s. 543.

(9) DÖNMEZER-ERMAN, s. 543-544.

(10) GROTIUS, cezanın esasını iki temele dayandırır; nesalet (meritum), yarar (Utilitas), naklen DÖNMEZER-ERMAN, s. 544.

(11) FAUCONNET, La responsabilité étude de sociologie, 1920, s. 227; ROUX (I, S. 381) nun dediği gibi "bir orduda nasıl disipline ihtiyacı varsa bir toplulukta da o suretle cezaya gerek ve zorunluluk vardır; gerek vardır zira kanuna saygı duyan ve riayet gösteren namuslu insan ile onu ihlâl eyleyen haydudun tavır ve hareketi arasında yalnız kamu oyunun hükmü itibariyle değil, fakat bu hükmün en güçlü şekillerinden birini oluşturan ceza müeyyidesi bakımından da fark bulunmalıdır". DÖNMEZER, Toplumbilim, 11. bası, İstanbul. 1944: insanı sosyalleştirirken yani toplum kültürünün bilinçli bir ortağı haline getirirken başvurulan temel araçlardan başta geleni cezadır.

hürriyeti sınırlayıcı cezalar haline dönüşmektedirler. İnfaz şekil ve şartları itibariyle gittikçe basitleşen **ölüm cezası**, ortada kalmış bulunan, fakat gitgide kanunlardan çıkarılmakta bulunan tek bedenî cezadır. Cezanın infazında aleniyet terk edilmiş ve insanı küçültücü nitelikteki cezalar bertaraf olunmuştur.

Keza cezaların infaz şekillerinin izlediği gelişme de bu gözlemi kuvvetlendirecek niteliktedir: Hapis cezaları, sırf hücre hapsi şeklinden çıkıp, dereceli (müterakki) rejim şekline dönüşmekte ve ayrıca hürriyeti kısıtlayıcı cezalar denetimli serbestlik (**probatian**), cezanın ertelenmesi ve başkaları gibi kurumlarla tamamlanmaktadır.

Sosyal savunma görüşünün gittikçe daha fazla yer almakta bulunması, cezadaki kefaret, ödetme maksadını zayıflatmış ve bu müeyyidenin ızdırap ve acı çekirici niteliği de aynı suretle şiddet ve yoğunluğundan kaybetmekte bulunmuştur (12).

Acı ve ızdırap verici niteliğinin böylece gittikçe azalması ve cezaların insancillaşması akımının ve meydana gelmiş bulunan gelişmenin, özellikle hürriyeti sınırlayan cezalar bakımından uygun bulunmadığı ve istenilen neticeleri verip vermediği konusu üzerine düşünülmesine sebep olmuştur. Özellikle geçen yüzyılın sonunda cezacılar bu konu üzerinde durmuşlar ve hattâ bir "bastırma, tenkil krizi"nin varlığından söz edilmiştir. Örneğin hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından **Berlin Ceza Hukuku Kongresi**nde de söz konusu edilmiş ve kongre bir karara ulaşamamıştır (13).

Çağımızda, cezacıları genellikle etrafında toplayan ve mukayeseli mevzuatça da kabul edilen "**Yeni Sosyal Savunma**" (14) telâkkisi çerçevesinde ceza

(12) DÖNMEZER-ERMAN, s. 547; Ayrıntılı bilgi için bk. THELİN, Nature et Régime Juridique des Mesures de Sûreté, Lausanne 1931, s. 43 Cezadaki ve cezaların infaz rejimlerindeki değişimleri ekonomik veya maddeci bir görüşle açıklayan bir teoriye de bu konuda değinmek gerekir: RO-USCHE (Arbeitsmarkt und Stafrvollzug, Zeitschrift für Sozialforschung, c. 1933, s. 53 ve son.; MANNHEİM, The Dilemma of Penal Reform, London 1939, s. 34) ye göre cezanın gelişmesi ile ekonomik etmenler arasındaki ilişkiyi belirten dört aşama vardır: orta çağların uzlaşma sistemi nüfusu az bir tarım toplumu halini karşılamış, kol kuvvetine ihtiyaç duyulan böyle bir toplumda hapis cezası belirmemiştir. Fakat nüfus birden artmaya başlayınca ekonomik sıkıntılar ve bunun neticesi olarak mülkiyete karşı işlenen suçlar çoğalmış ve bu ekonomik durum ölüm cezalarını ve diğer şiddetli ve bedeni cezaları doğurmuştur. 1600 yılında üçüncü dönem başlamıştır; bu dönem yeni kıt'aların keşfi neticesi Avrupa nüfusunda görülen azalma ile biraradadır. Düzelen ekonomik durum özellikle İngiltere ve Hollanda'da cezaevi reformunu sonuçlamıştır. Fakat XVIII. yüzyılda gerçekleşen endüstri gelişmesi bütün ekonomik durumu kökünden sarsmış ve sonuç olarak yine geniş bir ölüm cezası dalgası kendisini göstermiştir.

(13) DÖNMEZER-ERMAN, s. 547-548.

(14) ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, Paris, 1954, s. 1974.

hakkındaki görüş şu suretle özetlenebilir: Cezanın, kefaret teşkil edici ve mutlak adalet gereği uygulanan bir müeyyide olduğu görüşü terk edilmekte ve fakat pozitivist akımın etkisi ile meydana çıkmış sorumlu olmayan suçlu telakkisinin sonucu olan ceza görüşüne de itibar olunmamaktadır. Söz konusu olan, mümkün olduğu kadar yumuşak bir ceza sistemi yaratmak ve cezanın en geniş ölçüde suçluya uydurulabilmesini sağlamaktır. Cezanın amacı yerine göre suçluda bir şok etkisi meydana getirmek olmakla beraber, esas hedef suçluya vurmaktır değil; fakat onu "tekrar sosyalleştirilmesi maksadıyla belirli kurumların uygulanması rejimi"ne tâbi kılmaktır. Görülüyor ki, bu görüşte cezanın içeriği değişmekte ve daha çok suçlunun uslanmasına, hattâ iyileştirilmesine yönelmektedir; ceza siyasi bastırma değil, fakat sosyal savunma amacını gütmektedir. Bu anlayışta suçlunun kişiliği biyolojik ve sosyal plânda ve güvenlik tedbirleri birbirini tamamlamaktadır (15).

III. CEZANIN MEŞRULUĞU HAKKINDA GÖRÜŞLER

Bu konuda ortaya atılan görüşlere kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

A. CEZANIN ZORUNLULUĞU

Cezanın gerek ve zorunluluğu üzerinde ciddi bir tartışma bulunmamaktadır. Esasen insanlık tarihinin her döneminde "ceza"ya rastlanmıştır.

Cezanın zorunluluğu, toplum halinde yaşama ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Toplum halinde yaşama yalnız insanların yaşaması için, iyiliği için değildir, ahlâkîliğin koşuludur. Zira insan, toplum dışında, ne görevlerinin bilincine, ne de bu görevlerini yerine getirme esaslarına sahiptir. Toplum dışında, insan için ahlâk düzeni sona erer. Bu itibarla sosyal yaşam insan için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir görevdir. İnsan doğal olarak karar verme anlamında özgürdür. İç özgürlük yani irade serbestisi dış özgürlük olmazsa etkisiz hale gelmiş olur. Toplum, devamlı ve düzenli bir topluluk olduğu takdirde bu özgürlüğünü koruyabilir (16).

B. CEZANIN KAYNAĞI

Cezanın kaynağını aramak skolastik bir formüldür ve anlamsızdır. Cezanın kaynağı deyimi ile, bugünkü anlayışa gelinceye kadar cezanın yüzyıllar boyunca geçirdiği gelişmeler kastediliyorsa bir anlamı olacaktır. Cezalandırma dü-

(15) DÖNMEZER-ERMAN, s. 548.

(16) EREM, Faruk, Ceza Hukuku, C. II, 12. B, Ankara, 1985 . 150-151.

şüncesinin hukuken ilkel ve zorunlu bir içeriği olarak ele alınması gerekir ve buna insanın manevî olarak serbest ve hareketlerinden sorumlu olduğunu, yani doğanın gereği olarak bakmak gerekir (17).

Her düzenin kendine göre ceza anlayışı vardır ve bunu o toplumun sosyal ve fikri bünyesi ve bunlardan soyutlanması olanağı bulunmayan çağdaş anlayış ve uygarlık seviyesi belirler.

C. CEZANIN CEZA HUKUKUNA AİT OLMASI

Ceza, antisosyal bir fiile sosyal bir tepkidir. Bu tepkinin "Devlet" tarafından düzenlenmesi ile ceza hukuku bir veçhe kazanmış olur. Ceza, ceza hukukunun zorunlu bir unsurudur. Ceza, diğer müeyyidelere göre daha ağır bir müeyyide olduğu için bunun uygulanmasında daha farklı "teminat" aramış, irade tarafından herhangi bir suistimale meydan vermemek için, bağımsız organlar aracılığı ile uygulanması uygun görülmüştür (18).

IV. CEZANIN GÖREVİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

Cezanın iptidaî açıklaması, onu "**ilahî iradenin tezahürü**" sayar. Şüphesiz ki bunun bilimsel bir değeri bulunmamaktadır. Cezanın görevi hakkında bilimsel görüşler ise, geleneksel olarak "**mutlak teoriler**", "**nisbî teoriler**" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birinci anlayışta, cezanın sebebi kendisindedir. Diğer görüşlerde ceza, bir amaca ulaşabilmek için araçtır. Nihayet bu iki görüşü uzlaştırmak isteyen "**karma teoriler**" de bulunmaktadır. Bu görüşlerin tamamında, "cezanın görevi" kavramı, "Devletin cezalandırmak hakkı" ile karışmış durumdadır (19).

A. SOSYAL SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

XVIII. yüzyıl felsefesince benimsenmiş olan bu görüş, ceza sistemini zorunlu olarak etkilemiştir. Bu öğretinin taraftarlarına göre, cezalandırmak hakkı, insanların doğal bir halde yaşamayı terketmek için birleştikleri sosyal sözleşmeden gelmektedir (20).

B. KEFARET GÖRÜŞÜ

Kefaret görüşü cezada herhangi bir fayda veya netice kabul etmemektedir,

(17) EREM, s. 151.

(18) EREM, s. 151-152.

(19) EREM, s.154.

(20) EREM, s. 154; HENTİG, la pena, Milano, 1942, s. 167.

cezanın meşruluğu kendisindedir. Bu görüşe göre, "manevi" bakımdan ceza, kefareti yerine getirici bir araçtır ve insan ruhunda intikam arzusunun yerini almış bulunan adalet ihtiyacını tatmin eder. Halk hissiyatı dünya üzerinde iyilere ödül verilmesin ve kötülerin cezalandırılmasını ister (21). Ceza elbetteki sevgi gösterici değildir. Ceza adaletin tecellisidir. Adalet, iyiliğin iyilikle kötülüğün kötülükle karşılanmasını ister. Cezada herhangi bir fayda yoktur. Toplum kendi faydasını ve hatta kendi geleceği için cezalandırmaz, adaleti hakim kılmak için cezalandırır. Suçlu, hakettiği acıyı çekecektir. Kefaret, ceza hukukunun esasıdır. Asıl ve gerçek adalet idealini gösterir, bu ideal evrenseldir.

Bu öyle bir fikirdir ki insanlık tarihi ona daima refakat etmiştir. Diğer taraftan "hukuk şuuru" insanda doğuştandır. Bu şuur, cinsinin hakkını ihlâl eden kimsenin, bu fiilin neticesi olarak ceza görmesi gerektiğini kabul eder (22).

C. TOPLUMUN KORUNMASI GÖRÜŞÜ

Bu görüş daha çok pozitivist okul tarafından kabul edilmiştir. Bu anlayışa göre, Devlet kefareti gerçekleştiremez, ceza ile sadece kendisini korur. Ferrî'ye göre, ceza adaletini gerçekleştirmekle Devlet toplumu koruma zarureti karşılamış olur. Zira her toplum içten ve dıştan tehdit edilmiş zarara uğratılmış olabilir. Devletin toplumu korumada iki yüksek görevi vardır: Dış saldırılara karşı askerî savunma, iç saldırılara karşı ceza adaleti. Florian'a göre, toplumu koruma ilkesi, metafizik anlamda kefarete dayanan soyut adalet fikrini bertaraf eder (23).

D. ÖNLEME (GENEL ÖNLEME) GÖRÜŞÜ

Cezalar, kanunda gösterilmiş olduğundan, bunlara çarpılmak "**korku**"su çok kişiyi suçtan döndürür. Korku doğal bir duygudur ve insanlar üzerinde önleyici bir etki yapar. Kanunda gösterilen cezalar, suç işlendiğinde mutlaka uygulanmalıdır. Bu itibarla kanun vatandaşı "**tehdit**" eder. Bu haklı tehdit suçu önleyecektir. Ceza tehdidine rağmen suç işlenmiş ise failin cezalandırılması ceza tehdidinin şiddetini artırır. Zira çektirilen ceza diğer vatandaşlara ibret olur. İbret, müessir olmalıdır. Bu suretle, kanundaki tehdidin gerçekleştiğini herkes anlayacaktır. "**İbreti müessire**" özelliğini elde edebilmek için cezanın ciddi şekilde azap ve ızdırap verici olması gerekir. Zira ancak böyle bir ceza korkutucudur (24).

(21) EREM, s. 156.

(22) BETTİOL, Diritto penal, 3.B, 1955, s. 541.

(23) EREM, s. 158.

(24) EREM, s. 159-160.

E. ISLAH (ÖZEL ÖNLEME) GÖRÜŞÜ

Ceza, ona çarptırılan suçluyu "ıslah" suretiyle yeniden suç işlemesine engel olmalıdır. Bu suretle ceza o suçluya özgü olmak üzere bir önleme (özel önleme) sağlamış olacaktır. Suçlu, cezalandırılınca, bu münhasıran işlemiş olduğu suçtan değildir, ileride suç işlememesi için de cezalandırılır. Cezada ilerisi için daima bir şey mevcuttur. Tekrar suça dönmemesi için mahkûmun ıslâh edilmesi gerekir. Suçlunun ıslâhı, cezanın gerçek görevidir. Suçluluk, sosyal bir felakettir. Suç failinin ciddi bir disipline, sosyal hayata katılmak için rehber ihtiyacı vardır. Bu nedenle cezanın içeriği terbiye ve ıslâh olmalıdır (25).

F. UZLAŞTIRICI GÖRÜŞLER

Bu görüş taraftarlarına göre, mutlak teoriler, bir adalet prensibi lehine vatandaşların "özgürlükleri"ni tehdit eder, toplum bu ilkeyi bütünü ile gerçekleştirmeğe mecbur tutulur. Bu teorilerin sosyal bir temeli yoktur. İzafe teoriler ise, "hak" fikrini, "fayda" kavramına feda eder. Bu görüşlerin ise, "ahlâk" temeli yoktur (26).

Uzlaştırıcı teoriler, faydacı teori ile kefarete teorisini uzlaştırır. Bu görüş taraftarlarına göre, toplumun cezalandırma hakkı vardır. Zira bu hak toplumun varlığı için zorunlu bir koşuldur. Ceza hakkıdır. Çünkü faydalıdır. Cezanın meşruiyeti sosyal faydasındandır. Ceza kendiliğinden haklı olmalıdır. Adalet ve fayda prensipleri, ceza kanununa ve onun uygulanmasına etkili olmalıdır. Toplum, sosyal düzenin korunması için zorunlu ve etkili bir araç olduğu takdirde bu son tedbire yani cezaya başvurmaldır (27).

V. CEZANIN AMAÇLARI, CEZADA BULUNMASI GEREKEN NİTELİK VE ÖZELLİKLER

A. CEZANIN AMAÇLARI

Cezanın amaçları, Yunan filozoflarından günümüze kadar hukukçuları olduğu kadar; düşünürleri, sosyologları ve fikir adamlarını yakından ilgilendiren konulardan birini oluşturmuştur. Belki ceza müessesesinin bütünü ile ilgili bir genel ceza teorisi yoktur; fakat yüzyıllar içinde belirlenmiş olan fikirlerin bütününden, çağdaş Ceza hukukunda bir cezanın genel amaçları teorisinin meydana gelmeye

(25) YÜCEL, Tufan, Ceza Politikası ve Suçluları Islahı, (Ulus: 28.7.1964); EREM, s. 162.

(26) EREM, s. 165.

(27) EREM, s. 165.

başlamış bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Cezaların amaçları teorisinin oluşumunda **Von Liszt**'in "**Marburg Programı**" adlı eserinin yayınlanması özel bir yer tutar (28).

Tarihte ve zamanımızda cezaların amaçları konusunda ileri sürülen görüşleri iki esas akım içinde toplayıp incelemek mümkündür:

a) Ceza geçmişe yönelmiştir ve geçmişte işlenmiş kötü bir fiil ve hareket dolayısıyla hükmedilir (**punitur quia peccatum est**);

b) Ceza geleceğe yönelmiştir ve kendisinden, gerek uygulandığı kişi açısından gerek toplum bakımından gelecekte beklenen yararlar dolayısıyla uygulanır (**punitur ne peccetur**) (29).

Birbirine zıt bu iki anlayışı da abartılı bulan diğer bir görüş tarzı, söz konusu iki görüşü bağdaştırır (**punitur quia peccatum est et ne peccetur**):

Gerçekten cezada ödetme (rétribution) kefaret teşkil etme unsuru, bunun tenkilci, azap ve acı verici niteliğini sağlar; bu ise cezanın temelidir, "**ceza bir amaç değildir fakat kendisinden beklenen amacı elde etmek için bir araçtır**" (30). Ayrıca şu hususları da eklemek gerekir:

İnsanlarda, kendilerine yapılan kötülüğü ödetmek, ödeşmek doğal, beşerî bir eğilimdir. Kanunlara karşı insanların saygı göstermelerinin sağlanması, bunlara karşı gelenlere nefret duygusunun beslenmesini gerektirir; kanunlara karşı kamuoyunun desteği, suçluya azap ve acı çektirmek suretiyle aktif halde tutulabilir. Cezanın çektirici, azap ve elem verici niteliği toplum mensuplarının ortak değerlere vâki saldırılara karşı dayanışmalarını sağlamış olur. Kaldı ki, cezanın faydacı amaçlarının uygulanamayacağı haller de vardır ve bu gibi hallerde cezanın çektirici, ödetici amacına başvurılmaktan başka yapacak bir şey yoktur. **Tarde**, suçlardan nefret edilmezse suçun artacağını açıklamıştır ki, doğrudur (31).

Ceza suçluya, kusurunun önemini ölçmesi imkânını verecek ve böylece ileride aynı kusuru işlemekten kaçınmasını sağlamayacak, bir ihtar teşkil edecektir; böylece ceza manevî bir rol oynayacak ahlâkileştirici (**moralsatrice**) bir fonksiyonu da yerine getirmiş olacaktır. Ancak cezadaki bu nitelik, onun başta bir us-

(28) DÖNMEZER-ERMAN, s. 561; LYGİA, Neğrier-DORMONT, Criminologie, Paris, 1992, s. 9.

(29) DÖNMEZER-ERMAN, s. 561.

(30) DÖNMEZER-ERMAN, s. 561.

(31) JODALET, La Conception de Peine Chez Platon, Paris, 1926, s. 232; DÖNMEZER-ERMAN, s. 562.

landırıcı, kişiyi yeniden sosyalleştirici, toplumla bütünleştirici amacını fonksiyonunu hiçbir surette haleldar etmeyecektir. Böylece karma, görüşün, cezanın, geleceğe yönelmiş olduğu hakkındaki anlayıştan aldığı faydacı amaçlar veya fonksiyonlar ise korkutma-önleme, **korkutma - uslandırma, tasfiye veya yoketmeden** ibarettir.

1. Korkutma- önleme: Söz konusu amacın belirttiği anlam cezada genel önleme yahut kollektif önleme amacının benimsenmesidir. Bu deyimlerle belirtilmek istenilen husus şu olmaktadır ki, ceza uygulanırken gösterdiği korkutucu niteliği ile bir başka kişinin de muhtemel suçunu önler ve böylece "**genel önleyici tedbir**" halini de almış olur. Bu fikirlere eski Yunan filozoflarında da rastlanılmaktadır. Fakat Ceza hukukunda genel önlemeyi bir doktrin olarak belirleyen yazarları arasında **Romagnosi ve Feuerbach**'ı zikretmek gerekir. Her iki yazar da psikolojik bir nedensellik görüşünden hareket etmek suretiyle, ceza korkusunun suç u iten zevk verici veya maddî ya da manevî çıkar sağlayıcı saikleri yani bu çeşit psikolojik etkenleri yok edeceğini ileri sürmektedir (32).

Genel önlemenin, çağdaş Ceza hukukundaki anlaşılışının hümanist nitelik taşıdığını söylemek doğru olur. Gerçekten çağdaş önleme ibret anlamında alındığı takdirde, ağır ve vahşi cezaları, infazla aleniyeti gerektirir oysa çağdaş Ceza hukukunda cezanın bu fonksiyonunun hümanist ölçüler içinde gerçekleştirilmesi, başarısı yönünden zorunludur; zira şiddet ve vahşet, bunlardan nefret eden çağımız insanı üzerinde, tersine etki yapabilir ve aksine suçluyu halkın gözünde mağdur durumuna sokabilir (33).

2. Korkutma - Uslandırma: Cezanın, suçlunun uslandırılması, topluma uymuş bir kimse olarak iadesi fonksiyonu gördüğü fikrine de eski Yunan filozoflarında rastlanmaktadır.

Cezanın bu korkutma - uslandırma amacına **özel önleme fonksiyonu ya da caydırma fonksiyonu (deterrence)** adı da verilir; ceza bu fonksiyonunun yani suçlunun ileride suçunu tekrarlamasını önlemek fonksiyonunun, çağdaş anlayışta, suçlunun kişiliği üzerinde etkili olmak suretiyle gerçekleştirir; geleneksel görüşte ise bu amaç, suçluda cezanın tekrarı korkusunu yaratmak, suç işlenmesinin değmediği kanısını pekiştirmek suretiyle elde edilmeğe çalışılır.

Çağdaş anlayışta suçluyu topluma yeniden intibak edebilecek hale getirmek

(32) ROMAGNOSİ, Genesi del Diritto Penale, s. 395, naklen DÖNMEZLER-ERMAN, s. 562.

(33) DÖNMEZLER- ERMAN, s. 563.

ve böylece onu tekerrüre düşmekten korumak cezanın başta gelen amaçlarından birini teşkil eder. 19. yüzyılın ikinci yarısında yazarların pek çoğu cezanın bu suçluyu yeniden intibak ettirme, toplumla bütünleştirme (réadaptation, le reclassement) fonksiyonu üzerine ısrarla durdular. Ancak bu amacın cezaların uzun süreli olmasını gerektirdiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Uygar toplumlarda geçerli suç siyaseti, suçluya ceza uygulamasında adı geçen iyileştirmesi suretiyle yeni suçları işlemesini önlemek amacıyla, uzun süre ile, vurgulamıştır. Bunun için suçluda ceza uygulamasının tretman olarak nitelendirilebilmesi, suçlunun toplumla yeniden bütünleştirilmesi, yeniden sosyalleştirilmesi gibi tâbirler geçerli olmuştur. Amaç suçlunun sosyal bakımdan geliştirilmesidir; suçlunun böylece toplumsal hayatın yolunda cereyanı için konulmuş temel kurallara uygun hareket eder bir kişilik elde etmesi başlıca amaç olmaktadır (34).

Bu amaç bakımından asıl önemli olan husus, en uygun olan veya en iyi sonuç verecek araçların tâyiniidir. Asıl çekişme konusu da budur. İşte zaman içinde ceza da "**müeyyide**" telakkisinden "**tretman telakkisi**"ne, gelinmesinin sebebi de bu olmuştur.

Ceza adalet sisteminin uygulamalarında suç karşılığı cezanın, kısa zaman süresi içinde hükmedilerek infaz edileceğine toplumda **inanıldığı** ve suç işleyen kişiye cezanın verildiğinin topluma ilân olunduğu takdirde özel önleme, caydırma fonksiyonunun etkin olarak işleyeceği muhakkaktır. Ancak bugün cezanın uygulanması ile suçlunun bir nevi kefaret ödeyerek uslanacağı hakkındaki görüşe, çağımızın kriminologları inanmamaktadırlar. Bununla beraber cezanın hükmedilmesi ve uygulanması zorunludur. Zira cezanın, suçlu üzerinde olmasa bile toplum üzerinde duygusal nitelikte iyileştirici bir etkisi muhakkaktır: Ceza kurumu içine konulan suçlunun ıslahı bakımından fazla bir şey yapmayabilir, gerçekten de yapmamaktadır. Fakat suçlunun cezaevine konulması, toplumda bulunması zorunlu olan **güvenlik** duygusunu beslemektedir. Ayrıca ceza suç mağdurlarında ve yakınlarında meydana gelen öcalma duygusunun hukuk çerçevesinde ve insancıl biçimde tatminini de sağlamaktadır (35).

Şüphesiz, cezanın bu duygusal nitelikteki ihtiyacı karşılama hususundaki görüşlere bugün, tümü ile katılamaz. Sadece şu hususun kabulü zorunludur ki, ceza bir toplumsal zorundur ve günümüzde suç siyaseti tespit edilirken sözü geçen duygusal gerçeği tatmin zorunu, suçlunun ıslahı, sosyalleştirilmesi mülâhazalarını ikinci plâna itici nitelikte telakki edilemez (36).

(34) DÖNMEZLER-ERMAN, s. 564.

(35) MERLE-VİTU, 1974, 648, naklen DÖNMEZER-ERMAN, s. 565.

(36) RAYMONDES, le Role de la Sanction (Revue Int. de Crim, et de Pol, 1964, s. 283) naklen DÖNMEZLER-ERMAN S. 565.

3. Tasfiye: Nihayet cezanın bir amacı da suçlunun toplumdan çıkarılmasıdır. Suçlu için, uslandırıcı amaçların gerçekleşmesi bakımından imkânsızlık bulunduğu hallerde toplumun korunması, cezanın başta gelen amacı haline gelir ve suçlunun ya toplumdan çıkarılması veya tamamıyla tasfiyesi yoluna gidilir. Ancak cezada tasfiye fonksiyonu gittikçe değerini kaybetmektedir: Kanunların çoğunda ölüm cezası kabul edilmemekte, bu cezayı muhafaza eden kanunlarda da ölüm cezasını müstelzim suçların sayısı gittikçe azalmakta ve bu cezaya ancak pek istisnai hallerde hükmedileceği belirtilmekte veya bu ceza, müebbet hapis cezasıyla seçimlik bir tarzda benimsenerek, hâkime bu iki cezadan birine karar vermek hususunda takdir yetkisi tanımakta, bir çok ülkede de ölüm cezası fiilen uygulanmamakta müebbet cezalar ise, özellikle şartla salıverilme imkânı sebebiyle fiilen bertaraf edilmekte ve yukarıda belirtilen tasfiye edici cezalarda yokedilmiş bulunmaktadır (37).

İzlenen çeşitli amaçlar göz önünde tutulmak suretiyle cezaların türleri itibariyle çeşitli olmaları ve bir sistem içinde aralarında bir denge ve âhenk kurulması gerekir.

Cezalar, çeşitleri itibariyle, cezalarını değişik amaçlarına sağlayıcı nitelikte olmalı ve yerine göre bu amaçlardan bazıları üstünlük göstermelidir; her halde cezalar çeşitli ve insancıl olmalıdır (38).

B. CEZADA BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER

Çeşitli amaçların gerçekleşmesi, adaleti ve sosyal yararı mümkün olduğu kadar kuvvetle sağlayabilmenin mümkün olabilmesi için cezanın belirli bazı niteliklerinin bulunması gerekir. Bu husus daha Bentham tarafından belirtilmiş cezanın uygulamada yararlı olabilmesi için bazı kurallara uyulması gerektiği açıklanmış ve adeta matematik denebilecek bazı normlar konmuştur.

Özellikle ceza korkusunun suçla elde edilecek faydadan daha fazla olması, cezanın hükmedilebilmesi kesin olmayan şüpheli hallerde şiddetli bulunması, suçun neticesinin ağırlığına göre cezanın da ağırlık göstermesi, cezaların olayda suçlunun hal ve durumuna göre şiddet itibariyle değişmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Çağdaş ceza hukukuna göre bir cezada aşağıdaki niteliklerin bulunması gerekir:

(37) DÖNMEZER-ERMAN, s. 655.

(38) DÖNMEZER-ERMAN, s. 566.

1. Cezalar ahlâki, insan onuru ile bağdaşabilir olmalıdır; genel adetlere aykırı bulunmamalıdır. Tekerlek, teşhir, boyunduruk, dayak cezalarının çağdaş zamanlarda ilga edilmesinin sebebi budur (39).

2. Ceza suçlu bakımından etkili olmalı ve zorunlu olanlar dışında, suç işlemeyenler üzerinde tesir göstermemelidir (40).

3. Ceza bölünebilir olmalıdır. Ancak bu surettedir ki, cezanın fiilin ağırlığına ve suçlunun sorumluluk derecesine uydurulabilmesi mümkün olur (41).

4. Ceza neticeleri itibarıyla tâmiri ve geri alınması kabil olmalıdır. Gerçi cezanın adlî hata halinde tamamıyla düzeltilmesi mümkün değildir. "Hiçbir insan kudreti haksız yere mahkum edilen kişinin zindanda veya cezaevinde geçirdiği yılları geri getiremez; fakat ona ancak malî bir tazminat verebilir" (42).

C. CEZANIN ÖZELLİKLERİ

Bilindiği üzere, ceza, tehdidin yerine getirilmesi yani müeyyidenin uygulanması safhasında hukukî ve devlete ait iradî, hukuken meşru ve zorunlu, suçlunun bizzat şahsına zararlı bir tepkidir. Burada cezanın bazı özellikleri ortaya çıkmaktadır.

a) Ceza, faili bir kısım yoksunluklara tâbi kılar. Böyle olunca da, ister istemez, bir ölçüde **ızdırap verici, acı çektirici, bastırıcı** nitelik gösterir. Cezanın niteliği hukuk tarafından korunmuş olan bazı değerlerden suçlunun yararlanmasının azaltılması ve böylece failin yoksunluğa yöneltmesi dolayısıyladır. Bu bakımdan cezanın ilişkin olabileceği hukukî değerlerin, esasta aslî önem taşıyan **hayat ve hürriyetten** ibaret bulunduğu söylenebilir; suç karşılığı cebren para alınmasının ceza sayılmasının sebebinin ödememe halinde hapse çevirme imkânına dayandığı öne sürülmüştür.

Ancak cezanın ızdırap ve acı vericilik bastırıcılık niteliğindeki yoğunluk zaman ve dönemlere göre değiştiği gibi, uygulandığı kişilerin özelliklerine ve kişiliklerine göre de farklıdır.

Yine tarihî bir gözlem olarak şu husus belirtilmelidir: cezalardaki acı, ızdırap verici bastırıcı nitelik, (uygulama şekli itibarıyla) toplumların uygarlık düzeyleri

(39) VIDAL et MAGNOL, 542; MERLE-VİTU (1974-648). Cezanın tenkil edici bir çekirdeğe mutlaka sahip olması gerektiğini ve bundan cezanın mutlaka ızdırap verici bir küçültücü unsur ihtiva ettiğini öne sürmektedirler; HAFIZOĞULLARI, s. 201.

(40) EREM, s. 165-171; DÖNMEZER-ERMAN, s. 567.

(41) EREM, s. 171; DÖNMEZER-ERMAN, s. 567.

(42) DÖNMEZER-ERMAN, s. 567.

ilerledikçe azalmıştır. Zamanla ve uygarlık ilerledikçe cezalar çok şiddetli, vahşi ve acı verici şekillerden giderek yumuşak ve belirli amaçların elde edilmesi bakımından uygun tedbirler haline gelmişlerdir.

Ancak cezanın, ayırıcı bir özelliği olarak acı, ızdırap verici ve bastırıcı olması, gerçekte ve uygulanmasında, bu sonuçları meydana getirmesini de gerektirmez; fakat cezanın acı ve ızdırap meydana getirmek amacı ile konulmuş ve uygulanmakta bulunmuş olmasını ifade eder. Ancak, bu telakki günümüzde geçerliliğini yitirmiştir (43). Belirtilmesi gerekli gerçek şudur ki "bugünkü anlamda ceza, suçluya yoksunluklara tabi kılıcı ve dolayısıyla elem ve ızdırap verici bir araç olmak vasfını olumlu ve yapıcı amaçların elde edilmesine yönelmiş olarak taşımaktadır (44).

b) Ceza, önce işlenmiş cürmî bir fiilin, yani bir suçun somut varlığını gerektirir. O halde "suçsuz ceza olmaz" (45).

c) Ceza, bu cürmî fiille bir "isnadiyet", "nedensellik" bağıntısı içerisindedir. Suç neden; ceza sonuçtur (46).

d) Ceza, cürmî fiilin, yani suçun karşıtı olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten, suç topluma karşı bireyin bir fiili ve ceza da suçluya karşı toplumun, yani devletin bir fiilidir. Ceza bu anlamda bir bastırmadır. Bu anlamda bastırıcı olmayan bir tepki, ceza değildir (47).

e) Ceza, kendisine karşı hareket ettiği fiilin niteliğine karşılık teşkil eden bir niteliğe sahiptir. Acı çektirici olmayan bir tepki ceza olamaz (48).

f) Ceza kanun tarafından tespit edilir.

g) Ceza, fiilin ağırlığı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde tertip edilen ve uygulanan bir müeyyidedir. Cezanın suçu yani fiili hesaba katmayarak, sadece suçluyu gözönüne alması gerektiği konusunda ileri sürülen karşı görüş tarzlarına rağmen, cezanın, aynı zamanda, fiilin ağırlığını da karşılar nitelikte ve oranda bulunması zorunludur; zira, aksi takdirde, "suça karşı savaşta Devlet faaliyetinin esasını teşkil eden her türlü manevî adalet kavramını bir yana

(43) DÖNMEZER-ERMAN, s. 545.

(44) DÖNMEZER,ERMAN, s. 546-547.

(45) GRİSPİGNİ, Diritto Penale, s. 117; MATOVANİ, Diritto Penale, s. 673.

(46) MAGGIORE, Diritto Penale, I., s. 689.

(47) MAGGIORE, s. 690; BETTIOL, Diritto Penale s. 469, Ceza bastırma teşkil ederken, aynı zamanda da, ilerideki suçların tehlikesine karşı savunma vasıtası, yani önleme amacıyla bir bastırma teşkil etmektedir.

(48) HAFİZOĞULLARI, s. 200.

bırakmak gerekirdi". Bu düşünceler geleneksel doktrinlerin temsilcilerince hemen daima ileri sürülmüştür ve manevî sorumluluk esasına sadık bir ceza sistemi bakımından kabulü zorunludur (49).

h) Ceza, esasında "korkutuculuk" vasfı taşıması gerekir bir müeyyidedir (50).

i) Ceza bir yargı kararı ile hükmedilir: Ceza ilke olarak bir yargı mercii tarafından tespit edilir ve bir yargı işlemi şeklinde gelişir. İdarî mercilerin belirli hallerde doğrudan doğruya cezaya benzer müeyyideler tertip edilebilmek hususunda yetkileri vardır; fakat bu hallerde de itiraz üzerine genellikle yargı organları verilen cezayı incelemek ve gerektiğinde kaldırmak yetkisine sahip olurlar. Bu suretle son olarak cezayı tesbit işi yine bir yargı fonksiyonu olarak kalır (51).

Ancak cezanın infazı işi idarî niteliktedir ve bu husus görevli idarî mercilerce yerine getirilir.

j) Ceza, özü itibarıyla bir ödetmeden ibarettir, kötülüğün toplum (devlet) tarafından suçluya ödettirilmesidir (52).

k) Ceza, tepkisi olduğu fiile uygun ve onunla orantılı bir fiildir. Suçla orantılı olmayan bir tepki, ceza değildir (53).

VI. ANAYASAMIZDA CEZANIN YERİ VE ÖNEMİ

Ceza hukukunun özgür, bağımsız bir hukuk dalı olması, diğer hukuk dalları ile hiçbir ilişkinin bulunmaması demek değildir. Esasen bir ülke hukuk düzeninin bir-biriyle ahenkli bir bütün olmasındaki zorunluluk, böyle bir ilişkiyi, aynı zamanda pratik bir ihtiyaç haline sokar. Bu nedenle ceza hukuku, Devletin hukuk düzeni içindeki, diğer hukuk dalları ile olduğu gibi Anayasa hukuku ile ilgilidir.

(49) DÖNMEZER-ERMAN, s. 552.

(50) DÖNMEZER-ERMAN, s. 554.

(51) PERADEL 520, "suçlar söz konusu olduğunda ceza eskiden sadece ceza hakimi tarafından hükmolunuyordu; hakim bugünde esas rolünü korumakla beraber, bazı yönlerden gittikçe gelişmekte ve bu konuda idari otorite güçlenmektedir" diyor. Gerçekten Fransa'da son yıllarda bazı suçlara karşı idarece uygulanabilecek müeyyidelerin sayıları çok arttırılmıştır. Hatta bazı hallerde aynı müeyyide ceza hakimi ve idari otorite tarafından hükmedilebilmektedir (bk. PRADEL, 5521; YOLY-SİBUET et VARINARD, Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal (Rev. Int. Dr. pén. 1988, s. 189). Alman sisteminde ise ORDNUNGSWEİDRİGKEİTEN'lerde ceza verecek tek otoritenin idari merciler olduğu hatırlanmalıdır. Fransa'da Anayasa Konseyi bazı konularda idari mercilere verilen müeyyide uygulama yetkisinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmadığına karar vermektedir. Ancak yüksek mahkeme bu yetkiyi "güvenin yerine getirilmesi için zorunlu olması" şartına bağlamaktadır. Bu konuda ayrıca bk. RASSAT, 512, 513. naklen DÖNMEZER-ERMAN, s. 554.

(52) HAFİZOĞULLARI, s. 200.

(53) HAFİZOĞULLARI, s. 201.

A. ANAYASA HUKUKU VE CEZA

Anayasalar rejimin dayandığı temel ilkeleri, devletin temel organlarını, bu organların kuruluş ve işleyişlerini, birbirlerine karşı yetki ve görevlerini kişinin bu organlar ile ilişkilerini, kişinin, kişi ve devlete karşı hak, ödev ve özgürlüklerini belirleyen hukuk devleti kurallar hiyerarşisi içinde en üst düzeyde bulunan normlar bütünüdür.

Kralların keyfi yönetimlerine karşı baş kaldırma çağı olan "aydınlık çağı"ndan bugüne kadar Anayasalar kişinin devlet iktidarı karşısındaki gücünün devlet tarafından dokunulmayan hak ve özgürlüklerin yazılı bir ifadesi olmuşlardır. Anayasal hareketlerin başladığı XVIII. yüzyıldan bugüne tüm anayasalar kişi hak ve özgürlüklerini teminat altına almaya çalışarak devletin iktidarını daha çok sınırlamak yolunu tutmuşlar, bu amaçla kişi özgürlüklerini tehdit eden ceza normlarını düzenlemişlerdir (54).

Bir yandan kişinin kişiye, diğer yandan da kişinin devlete karşı özgürlüğünü koruyan ceza normlarının kurallar hiyerarşisi içinde en üst düzeyde anayasalarda almasının başlıca üç nedeni vardır:

- a) Anayasa koyucunun ceza normuna verdiği önemi ifade etmesi,
- b) Anayasa koyucunun ceza normunun kolayca değişmesini istemeyişi,
- c) Anayasa koyucunun kanun koyucuyu bağlamak istemesidir. Gerçekten hukuka bağlı devlet içinde anayasaya aykırı kanunlar yapılmaz.

B. CEZALARA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER

Anayasamızda, içerdikleri ve ceza kanunları bakımından direktif niteliğini gösteren ilkeler bulunmaktadır.

Bu ilkeler Anayasamızın 38 ve 17. maddelerinde gösterilmiştir (55).

1. Cezaların Kanun Tarafından Belirlenmesi

Suçta kanunilik prensibi kadar ve hatta ondan daha kuvvetli olarak cezada kanunilik ilkesi çağdaş Kamu ve Anayasa hukukunun esas ilkesidir ve anayasalarda, uluslararası, hukuk bildirilerinde belirtilmektedir (56).

(54) SOYASLAN; Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 1998, s. 63-64.

(55) DONAY, Süheyl-İÇEL, Kayhan, Ceza Hukuku, C. I, 1983, s. 20.

(56) Bazı Anayasalar sadece cezaların kanun ile yaratılmalarının zorunlu olduğunu açıklamakla yetinmeyerek ayrıca cezaların maksat ve amaçlarının ne olacağına, niteliklerinin ne olması gerektiğine ilişkin esasları da içermektedir. Özellikle 1989 yılında meydana getirilen Wyoming eyaleti Anayasası, Ceza kanunlarının, sorumlu kişinin uslanması ve suçun önlenmesi amaçlarını gütmesi gerektiğini belirtmiştir. Güney Amerika'nın Nikaragua, Uruguay Anayasaları hapis cezasının suçluyu çalışmaya uygun hale getirmesi gerektiğini kaydelemektedir. Arjantin Anayasasının 18. maddesine göre Cezaevi bir iş ve ahlâki yükselme merkezi olmalıdır. Alman Anayasasının 137. maddesine göre cezanın infazı suçlunun uslanmasına ve terbiyesine yöneltici nitelik göstermelidir. 1947 İtalyan Anayasasının 27. maddesine göre mahkûmiyet ilâmları insancıl biçimde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır (bu konuda bk. Modern Methods of Penal Treatment, Published by International Penal and Penitentiary Foundation, s.22). Bu konuda 1982 Anayasasının 38. maddesine de bk. naklen DÖNMEZER-ERMAN, s. 548.

Bugün ilkenin Anayasaların da üstünde, uluslararası vicdanın bir ifadesi olarak Devletlerarası hukukta kaynak teşkil eden "**hukukun genel prensiplerinden**" birisi olarak mütalaası gerekmektedir. Gerçekten **İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 11., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 7. maddesinde** aynı ilke benimsenmiştir. Sözkonusu ilke, artık müşterek Anayasa hukukunun vazgeçilmez bir kuralıdır ve hukuk devleti rejiminin başta gelen unsurlarından birisidir.

Anayasamızın 38. maddesinde ilke şu şekilde ifade edilmektedir. "**Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilmez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.**"

Görülüyor ki Anayasamızın 38. maddesi yasama organı, yürütme gücü ve hâkim bakımından sonuçları olan temel bir direktif koymuştur. 38. maddede yasama gücüne yöneltilen direktif suçların mutlaka kanunla ihdas edilmesidir. Bunun anlamı suçların unsurlarının kanunda gösterilmesidir. TCK'nun 1. maddesinin birinci fıkrasında cezada kanunilik ilkesi açıkça belirtilmiştir.

Yasama organının suçun tarifinde açık ve kesin tabirler yerine anlamı müphem veya çok geniş kelimeler kullanması halinde Anayasa Mahkemesi 38. maddeye muhalefetten dolayı kanunu iptal edebilmelidir.

Anayasa Mahkemesi 1963/166, K. 1964/76 sayılı ve 22.12.1964 tarihli kararında (57) kanunkoyucunun ne gibi yükümler karşılığı olarak, müeyyide sıfatıyla ceza koyamayacağını göstermektedir. Bu karara göre, "**Kural olarak Devlet özel hukuk ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine bağlıdır. Bu hükümler de, Devlete, kişilerden ayrı bir üstünlük tanımaz**"; "**Ceza tedbirleri kanununun huzur ve sükûnunu, güvenini bozan eylemlerin, savsaklanmaların müeyyideleridir**"; gerçekten Anayasa mahkemesi bu kararı ile ceza müeyyidesinin karşılığı olarak konulabileceği fiilleri göstermektedir.

Kanunların yetki verdiği hallerde yürütme gücü düzenleyici işlem yolu ile suçların hareket ve netice unsurlarını belirleyebildiği halde, bunlara karşılık olacak cezaları hiçbir suretle koyamaz.

Ancak 1789 Fransız İnsan Hakları bildirisinde belirtildiği tarihten itibaren prensibin gelişmesi, .kiyüz yılı aşan bir zamandan beri, bu konuda kanunkoyucunun yetkisinden, hakimin cezayı infaz edenler lehine olarak, devamlı surette vazgeçmekte bulunduğunu açıklayan tarihi bir seyir göstermektedir. Hareket noktası cezada kanunilik ve sabitlik olmuş, fakat ulaşılan aşama her özel

halde hakime cezayı suçlunun kişisel durumuna uydurmak ve infaza memur olanlara önceden tesbit edilmiş bulunan bir cezayı azaltmak hususunda yetki ve imkan verilmesinden ibaret bulunmuştur (58).

Bugünkü çağdaş Ceza hukukunda hakim, suç karşılığı olarak, kanunda yazılı cezayı aynen hükmedebileceği, gibi, bunu azaltmak, cezaya hiç hükmetmemek (adli af), cezayı hükmetmeyi ertelemek (hükmün tecili), hükmettiği cezanın infazını ertelemek (erteleme) kanunun suç karşılığı olarak tayin eylediği iki cezadan birini benimsemek (seçimlik ceza), cezanın aşağı ve yukarı sınırları arasında bir cezayı tesbit etmek ve bunu yaparken takdiri hafifletici sebepleri gözönünde tutmak imkan ve serbestliğine sahip bulunmaktadır (59).

2. Ceza Yerine Geçen Güvenlik Tedbirlerinin Kanunla Konulması

Güvenlik tedbirleri suçludaki tehlike haliyle orantılı olarak hükmedilen ve esas itibarıyla sosyal savunmanın amacına yönelmiş bulunan müeyyidelerdir. Güvenlik tedbirleri önleyici niteliklidir. Suçlu tehlike hali arz ediyorsa onun hakkında bir iyileştirmenin (**tretman**) gerektiği felsefesine dayanmaktadır (60).

Güvenlik tedbirleri, suçlunun tehlike hali kavramına bağlı müeyyidelerdir. Kanun tarafından belirlenir ve cezada kanunilik prensibine tabidir. Nitekim 1982 Anayasasının 38. maddesinde "**güvenlik tedbirleri kanunla konulur**" demek suretiyle bu prensibi benimsemiştir.

31-25 Mayıs 1928 tarihinde yapılan Ceza Hukukunun Birleştirme 2. Roma Konferansında verilen karar, kanunilik sistemini açıkça belirtmiştir: "Hiç kimse kanunda açıkça tespit edilmiş bulunmayan ve kanunda öngörülen haller dışında, güvenlik tedbirlerine tabi tutulmaz" (61).

3. Ceza Sorumluluğunun Bireyselliği

Cezanın, failin sorumluluk derecesi ile orantılı uygulanan bir müeyyide olması, diğer hukuk müeyyidelerinden farklı olarak, sadece ve münhasıran suçun faili hakkında uygulanması gerektirir ve bu esas, cezaların kişiliği veya bireyselliği ilkesi adı ile ifade olunur. Gerçekten bir suçtan dolayı tek başına veya şerik sıfatıyla sorumlu bulunmayan kimsenin cezalandırılmaması bugün artık tartışma

(57) RG: S. 11958, 28.4.1965.

(58) DÖNMEZER-ERMAN, s. 549.

(59) ROBERT, Pines en matière Criminelle et correctionnelle JCP. Art. 6 à 43-6 naklen DÖNMEZER - ERMAN, s. 549.

(60) DÖNMEZER-ERMAN, s. 567-568.

(61) DÖNMEZER-ERMAN, s. 569-570.

kabul etmeyen bir kamu hukuku ilkesi olarak yerleşmiştir. Anayasamız "Ceza sorumluluğu şahsidir" demek suretiyle bu Kamu hukuku ilkesini açıklamıştır (AY. m. 38/6).

Ancak ilke çeşitli bakımlardan açıklanmalıdır:

a) Kanunkoyucu sosyal zorunluklar gereği ve tedbir almak mecburiyeti dolayısıyla belirli suçlardan dolayı mahkûm edilen kişilerin aile mensupları hakkında, ancak sosyal gelişme bakımından bir zorunluk halini almışsa, Anayasanın 18. maddesi gereğince herkesin dilediği yerde yerleşme özgürlüğünü sınırlayıcı tedbirler alabilir. Bizde "**Kan gütme sebebiyle işlenen adam öldürme ve buna teşebbüs cürümleri hakkında 3236 sayılı ve 11.6.1937 tarihli kanun**" kan gütme sebebiyle adam öldüren kişinin bazı hısımları hakkında tedbir alınabilmesine imkân vermiş idi.

b) Suç faili hakkında uygulanan ceza, dolayısıyla, aile mensuplarını da etkiler; bu etki maddi ve manevi iki suretle olur.

Gerçekten aile reisinin onur kırıcı nitelik taşıyan bir suçtan dolayı mahkûm edilmesi toplum bakımından aile fertlerine karşı elverişli olmayan duyguların meydana gelmesine sebebiyet verir.

Diğer yandan da bu etki bazen maddi nitelikte de olur; gerçekten müsadere, belirli mesleklerin icrasının tatili, ticaretin yasaklama gibi cezalar yalnız suçluya değil, fakat doğrudan doğruya ve maddi şekilde masumlara da etki etmiş bulunur (62).

4. İnsan Onuru ile Bağdaşmayan Ceza Konulamaması

Bu ilke, Anayasamızın 17. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde yer almış evrensel bir ilkedir. Tekerlek, teşhir, boyunduruk, dayak gibi insan onuru ile bağdaşmayan cezaların günümüzde yeri yoktur. Uygar toplumlarda geçerli suç siyaseti, suçluya ceza uygulamasında adı geçen inşah suretiyle yani suçları işlemesini önlemektir.

5. Genel Müsadere Cezası Verilememesi

Genel müsadere, suçlunun taşınabilir ve taşınmaz bütün malvarlığı üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldıran ve bunları Devlete geçiren bir cezadır (63).

Genel müsadere cezası Ortaçağdan hemen günümüze kadar uy-

(62) DÖNMEZER-ERMAN, s. 553; SOYASLAN, s. 580.

(63) DÖNMEZER-ERMAN, s. 708.

gulanagelmıştır. Ancak cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulunduğu için hukukumuzda kabul edilmemiştir. Nitekim 1982 Anayasasının 38. maddesinde "genel müsadere cezasının verilemeyeceği" açıklanmıştır.

VII. SONUÇ

Ceza, suçluluk tehlikesine karşı toplumsal savunmadır. Fakat, bununla birlikte, münferit cürmî fiile tepki olarak gerçekleşen, her seferinde suçluya karşı icra edilen bir savunmadır. Bu yapısından dolayı, yani tepki olarak, savunucu da olsa, mutlaka daha önce gerçekleşmiş bulunan cürmî bir fiili gerektirmektedir. Bu nedenle, bir tepki olarak ceza gelecekteki cürmi fiillere karşı savunmayı (Bastırarak savunma) amaç edinse de, her zaman işlenmiş cürmi bir fiile tepki olduğundan, ihlalden önceki hek çeşit savunmadan (önleyici savunma) farklıdır. Bu demektir ki ceza, bir yandan suçluluğun fiziki, ferdi ve toplumsal genel nedenlerine karşı mücadeleyi amaçlayan idari nitelikteki tüm tedbirlerden (doğrudan doğruya olmayan önleme tedbirleri veya sosyal önleme tedbirleri), öte yandan münferit suç ve suçlu karşısında işlenmesine başlanmış veya işlenmesinden korkulan bir suçun engellemeyi amaçlayan salt önleyici ve himaye edici idari nitelikteki tüm tedbirlerden (doğrudan doğruya, önleme tedbirleri önleyici polis tedbirleri) mutlak surette ayrılmaktadır. Öyleyse suçluluğa karşı her önleme veya savunma, ceza olmamaktadır; çünkü, ceza, önceden meydana gelmiş cürmî bir fiile tepki şeklinde bir önleme veya savunmadır.

Yerine getirilmesi esnasında ceza, fiziksel engelleme (fiziksel cebir, harici cebir) suretiyle suçluyu fizik olarak zarar verme imkânından mahrum etmekte, yani maddeten yeni suçları işleme imkânından alıkoymaktadır. Bu açıdan, ceza, suçluyu cebren zararsız kılmanın bir vasıtası olarak, dolayısıyla toplumdan süreli veya süresiz tasfiyesi usulü olarak ortaya çıkmaktadır. Bazı cezalar, yapılarından ötürü, mutlak ihraç veya tasfiye amacını gütmektedirler.

Bundan ötürü, kanun koyucu, suçlu tarafından suç işlenerek gösterilen toplumsal tehlikelilik nedeniyle, hürriyet ortamına suçlunun yeniden dönmesini toplumsal birlik bakımından tehlikeli saydığı hallerde, şahsî hürriyeti tamamen veya kısmen bağlayan bu cezaları tespit etmektedir.

Yerine getirilmesi esnasında ceza, psikolojik yoldan (psikolojik cebir dahilî cebir) engellemek suretiyle suçluyu, ıslah ederek, düzelterek, yeniden topluma kazandırarak, yeni suçlar işlemesinden psikolojik veya ahlâkî imkansızlık içine sokmaktadır. Bu açıdan, ceza, suçlunun topluma yapay biçimde intibakını sağ-

layan bir araç olmaktadır. Bu nedenle, ceza, her şeyden önce, kişi üzerinde bir kötülük ve bir elem duygusu icra edere, cürmî iradenin gelecek zamanlarda dışarıya yansımaları engellemektedir. Öte yandan, ceza, bu engelleyici işlevi yanında, toplumsal ve ahlakî duygular uyandırmaya, düzene, iş hayatına, disipline intibak ve alışkanlık sağlamaya elverişli bir ceza rejimi sayesinde suçluyu toplumun yararlı bir üyesi haline getirmeyi, düzeltip ıslah etmeyi amaçlamaktadır.

Bu özelliklerinden ötürü, kanun koyucu, bu cezalara, ceza sayesinde suçludaki suça eğiliminin yok edilebileceğine inandığı zaman, yani suçlunun ahlâken ıslahının, toplumsal intibakının sağlanmasının mümkün olduğuna kanaat getirdiği zaman başvurmaktadır.

Öte yandan, ceza, yerine getirilmesi esnasında, şahsî öç alma tehlikesine karşı dolaylı bir savunma vasıtası olarak, açıkçası suçun mağduru ve mağdurun yakınları tarafından işlenecek yeni suçları dolaylı yoldan bir önleme vasıtası olarak ortaya çıkmaktadır.

Bilindiği üzere ceza yerine getirilmekle birlikte, artık bir bastırma olmaktan çıkıp bir korkutmaya dönüşmektedir. Bu cezanın, yerine getirilmesi esnasında herkes tarafından işlenecek yeni suçların tehlikesine karşı dolaylı bir savunma cihazı, yani bir genel önleme vasıtası olması demektir. Bu önleme, korkutma suretiyle veya salt psikolojik engelleme, yani genellikle toplumun tüm mensupları üzerinde etken psikolojik cebir (psiko-sosyal cebir) yardımıyla gerçekleşmektedir. Toplumun hukuk düzenine itaatsız olanlar karşısında hukuk düzeni ve devletin gücünü ve otoritesini teyid ederek, suça eğilimi olmayan kimseler arasında "suç salgını" ve "suçun bulaşması" tehlikesini önlemektedir.

Uygulanan cezanın ibret olması vasıtasıyla büyük yaşama uyum gösterenlerin ahlâki ve toplumsal nitelikteki duygularını kuvvetlendirerek, toplumsal savunma ve öç alma tepkileri tehlikesini ve özellikle suça psikolojik olarak eğilimleri olmasa da yurttaşlar tarafından girişilecek misilleme ve "kendi başına adaleti sağlama" korkusunu önlemektedir.

BOŞANMA ÖNCESİ VE SONRASINDA NAFKA

Mehmet HAMZAÇEBİ (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. 1- Boşanma Davasına Dayalı Nafaka Davasının Dayanağı ve Kapsam Sorunu. A- Boşanma Davasına Dayalı Nafaka Davasının Dayanağı. B- Boşanma Davasına Dayalı Nafaka Davasının Kapsam Sorunu. II- Tedbir Nafakası. A- Tedbirin Konusu. B- Dava Sırasında Tedbir Nafakası. 1- Dava Açılmasının Şartları. 2- Tedbir Nafakasının Başlangıcı ve Süresi. 3- Nafaka Miktarının Tayin edilmesi. 4- Tedbir Nafakasının Sona Ermesi. C- Tedbir Nafakasında Kadın ve Çocuğun Durumu. 1- Kadının Barınmasına ve İnfakına İlişkin Tedbirler. 2- Çocukların Bakımına İlişkin Tedbirler. 3- Geçici Tedbire Hakim Tarafından Karar Verilmesi D- Davadan Ayrı Olarak Tedbir Nafakası İstemesi. E- Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. 1- Görevli Mahkemenin Belirlenmesi. 2- Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi F- Tedbir Nafakasını Bakım Mükellefiyetinden Ayıran Yönler. III- Yoksulluk Nafakası. A- Yoksulluk Nafakasının Şartları. B- Yoksulluk Nafakasının Başlangıç Zamanı. C- Yoksulluk Nafakasının Miktarı ve Süresi. D- Yoksulluk Nafakasının Niteliği. 1- Yoksulluk Nafakasının Maddi Tazminatla Birlikte İstenip İstenemeyeceği. 2- Nafaka Alacağıının Sermaye ve İrat Şeklinde Ödenmesi. 3- Yoksulluk Nafakası Alacağıının Miras Yoluyla Ödenmesi. a- Borçlunun Ölümü Halinde. b- Alacaklının Ölümü Halinde. E- Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. 1- Görevli Mahkemenin Belirlenmesi. 2- Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. F- Anlaşmalı Boşanma Halinde Yoksulluk Nafakası. G- Yoksulluk Nafakasının Kaldırılması Halleri. IV- İştirak Nafakası. A- İştirak Nafakasının Başlangıcı. B- İştirak Nafakasının miktarı ve Süresi. C- Anlaşmalı Boşanma Halinde İştirak Nafakası. D- Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. 1- Görevli Mahkemenin Belirlenmesi. 2- Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. E- İştirak Nafakasının Sona Ermesi. V- Nafakanın Artırılması ya da İndirilmesi Sebebine Dayanan Davalar. A- Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. 1- Görevli Mahkemenin Belirlenmesi. 2- Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. B- Dava Açarken Göz Önünde Bulundurulması Gereken Hususlar. VI- Yabancı Ülke Mahkemesince Nafakaya Hükmedilmesi Halinde Yapılacak İşlem. VII- Hükmedilen Nafaka Tutarının Ödenmemesi Halinde Yapılacak İşlemler. A- Nafaka Borçlusuna Uygulanacak Ceza Yaptırımı. B- Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi. C- Şikayet Şartları. Sonuç.

(*) Güzelyurt Hakimi

GİRİŞ

Evlilik birliğinin devamı için ve eş ve çocukların yaşamlarını devam ettirebilmeleri için gerekli olan tedbirler bizzat Medeni Kanun (MK.) ile hüküm altına alınmıştır.

Boşanma davası açılmadan önce de eşlek evlilik birliğinin yükümlülüğü gereği birbirlerine bakmakla yükümlü kılınmıştır. Medeni Kanunda bulunan açık hükümler nedeniyle öncelikle kocaya kazancı ölçüsünde karının ve çocukların bakım masraflarını karşılama yükümlülüğü yüklemiştir. Fakat, maddi durumu yerinde olan karıya da ev masraflarına katılma ödevi yüklenmiştir.

Boşanma veya ayrılık davası devam ettiği sürece eşler birbiriyle ayrı yaşamaya hakları olduğundan, kocanın karıya bakma ödevi, ona ödeyeceği nafakaya dönüşür (1).

Öncelikle nafakanın hukuki anlamda tanımlanması gereği vardır. Nafaka: Muhtaç durumda bulunan karı-kocanın birbirlerine, ana-babanın çocuklarına, altsoyun üstsoya, üstsoyun altsoya, refahta olan kardeşin, kardeşlerinin zarureti durumunda kardeşlerine yardım yükümlülüğü (2) nü ifade eder.

Biz nafakanın her türünü değil, konuyu sınırlandırarak konu başlığında da belirtildiği şekli ile boşanma davası öncesi ve sonrasındaki nafaka yükümlülüğünü incelemeyi esas almış bulunuyoruz.

Nafaka konusunun içinde ve yukarıda yapılan tanımda da geçtiği üzere MK. nun 2. kitabının dokuzuncu babının birinci faslının 315. ve müteakip maddelerinde belirtilen "Yardım Nafakası"nı makalemizde incelemeyeceğiz. Çünkü makalemiz konusunun sınırlamasında belirtildiği gibi boşanma davası öncesi ve sonrasında nafaka ele alındığı için yardım nafakası konusunu incelemiyoruz. Sadece bu konuya ilişkin Yargıtay İBK. Kararlarından temin edebildiğimiz kararların numaralarını vermekle yetiniyoruz (3).

Nafaka konusunu ele alırken öncelikle tatbikat açısından konuyu irdelemeyi

-
- (1) AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuk, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 248.
 (2) YILMAZ, Ejder., Hukuk Sözlüğü, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 1985, s. 533.
 (3) MK. nun 315. maddesi ile ilgili Yargıtay İBK. 7.12.1959 tarihli ve 11/24 sayılı kararı.; Yargıtay İBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 sayılı kararı; Yargıtay İBK. 16.5.1934 tarihli ve 35/12 sayılı kararı.

uygun bulduk. Bu nedenle ele aldığımız nafaka türlerini incelerken görevli ve yetkili mahkemeyi de incelemeyi tatbikat nedeniyle zorunlu gördük. Ayrıca konu başlığımızda geçen ibare nedeniyle dolaylı olarak nafakayı ilgilendiren "Nafakanın artırılması ya da indirilmesi sebebine dayanan davalar", "Yabancı ülke mahkemesince nafakaya hükmedilmesi halinde yapılacak işlemler" ve "Hükmedilen nafaka tutarının ödenmemesi halinde yapılacak işlemler" gibi hususlara da yer verdik.

Son olarak Boşanma davasına dayalı nafaka davasının dayanağı ve nafaka davasının kapsam sorununa da değinilecektir.

Yukarıda yapılan girişten sonra makalemizin konu araştırma ve incelemesine geçiyoruz.

I. BOŞANMA DAVASINA DAYALI NAFKA DAVASININ DAYANAĞI VE KAPSAM SORUNU

A. BOŞANMA DAVASINA DAYALI NAFKA DAVASININ DAYANAĞI

Kadın, ister davacı ister davalı olsun boşanma davası kesinleşinceye kadar kocasından geçimini sağlanma hakkını haizdirler (4). Kadının böyle bir istemde bulunabilmesi, onun davada kusurlu ya da kusursuz olmasıyla ilgili değildir (5). Çünkü bu hak, boşanma davasında kabahatsiz olan eşe tanınmış bir imkan olmayıp, doğrudan doğruya evlilik birliğinin devamı süresince kocanın, karısının ve varsa çocuklarının uygun şekilde ve derecede geçimini sağlamak yükümünün bir sonucudur (6).

MK. nun 137., 144., 148/2., 152/2., 161/2., 162/son ve 163. maddeleri ile ayrılık kararı sonucu ayrı yaşayan eş ve çocuklar ile evlilik sırasında ve boşanmadan sonra mali durumu bozuk olan eş yararına barınma ve infak yönünden diğer eşi yardımıyla mükellef tutmuştur.

MK. nun nafaka ile ilgili hükümlerine baktığımızda:

MK. nun 137. maddesinde "Hâkim eşlerin barınmasına, infakına, ... çocukların bakımına dair geçici tedbirleri kendiliğinden alır." demektedir.

-
- (4) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986. s.355.
- (5) Yargıtay HGK. nun 12.3.1976 tarihli ve 755/1124 sayılı kararında bu konuyu açıklığa kavuşturmuştur. (Boşanma davasının açılmasıyla karı-koca ayrı yaşama hakkına sahiptirler. Bu nedenle ayrı yaşayan kadın, kocasından **tedbir nafakası** isteyebilir. Kadının boşanmaya yol açan davranışları-kusuru-, MK. 137'de öngörülen bu kuralı değiştirmez.)
- (6) Yargıtay 2. HD. 29.1.1974 tarihli ve 398/499 sayılı kararı.

Bu nedenle her ne suretle olursa olsun uyuşmazlık nedeniyle hâkime başvurulduğunda hâkim MK. nun 137. maddesinde yazılı tedbirleri re'sen almakla yükümlü tutulmuştur (7).

MK. nun 144. maddesinde "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eştem mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." denilmektedir (8).

MK. nun 148. maddesinin ikinci fıkrasında "Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan tara, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir..." denilmektedir (9).

MK. nun 152. maddesinin ikinci fıkrasında "Evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi, kocaya aittir" denilmektedir (10).

MK. nun 161. maddesinin ikinci fıkrasında "Hâkim kabahatli olan tarafa vazifelerini ihtar eder bu ihtar semeresiz kalırsa birliğin menfaatini siyaneten kanunda muayyen tedbirleri ittihaz eyler." denilmektedir (11).

MK. nun 162. maddesinin son fıkrasında "Karı kocadan biri talep eder ve ayrı yaşamak keyfiyeti haklı olursa, hâkim hangisi tarafından diğerinin iâşesi için ne miktar muavenette bulunacağını tayin eder". denilmektedir (12).

-
- (7) Yeni MK. Ön Öntasarısı'nın 133. maddesiyle "Geçici Tedbirler ve Nafaka" başlığı altında aynı düzenlemeyi getirmektedir. Bu maddeye göre: "Hakim, davanın ikamesini müteakip lazım gelen ve bilhassa kadının iskân ve infakına ve karı kocanın mali münasebetlerine ve çocukların muhafazasına müteallik muvakkat tedbirleri ittihaz eder." demek suretiyle bu durum ifade edilmiştir.
- (8) Yeni MK. Ön Öntasarısı'nın 139. maddesiyle "Yoksulluk Nafakası" başlığı altında aynı düzenlemeyi getirmektedir.
- (9) Yeni MK. Ön Öntasarısı'nın 144. maddesiyle "Çocukların bakımında ana-babanın hakları/Hakimin takdir hakkı" başlığı altında "Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukları kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, terbiye ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır". Benzer düzenlemeyi getirmektedir.
- (10) Yeni MK. Ön Öntasarısı'nın 148. maddesiyle "Evin Seçimi" başlığı altında aynı düzenlemeyi getirmektedir.
- (11) Yeni MK. Ön Öntasarısı'nın 157. maddesiyle "Evlilik Birliğinin Korunması/Genel Olarak" başlığı altında "...Hakim eşlere yükümlülüklerini hatırlatır ve onları anlaştırmaya çalışır. Hakim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen tedbirleri alır". Şeklinde benzer düzenlemeyi getirmektedir.
- (12) Yeni MK. Ön Öntasarısı'nın 159. maddesiyle "Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi" başlığı altında "Eşlerden birinin sağlığı, şöhreti veya işlerinin gelişmesi gibi kişisel yararları ciddi şekilde tehlikeye düşerse o eş bu durumun devamı süresince beraber yaşayabilir. Boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra eşlerden birinin davanın devamı süresince birlikte yaşamaya ara verme hakkı vardır. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hakim, eşlerden birinin istemi üzerine, nafakaya, çocuklarla olan ilişkilere, evden ve ev eşyalarından yararlanmaya ve karı koca mallarının yönetimine ilişkin tedbirleri alır. Eşlerden her biri, diğerinin haklı bir sebebi olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple imkansız hale gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir". Şeklinde kapsamlı bir düzenleme getirmiştir.

MK. nun 163. maddesinde de "Koca aile vazifelerini ihmal ederse karı kocanın mallarını idare etme hususunda kabul ettikleri usul ne olursa olsun hâkim, karı ve kocanın borçlularına borçlarının tamamını veya bir kısmını kariya ödemelerini emreder." denilmektedir (13).

B. BOŞANMA DAVASINA DAYALI NAFKA DAVASININ KAPSAM SORUNU

Makalede ele aldığımız ve incelediğimiz nafaka üç ayrı nafaka türünden oluşmaktadır. Bunlar;

1. Tedbir nafakası,
 - a) Boşanma davası sırasında,
 - b) Boşanma davasından bağımsız olarak açılan tedbir nafakası,
2. Yoksulluk nafakası,
3. İştirak nafakası.

Şimdi bu üç nafaka davasının incelenmesine geçebiliriz.

II. TEDBİR NAFKASI

A. TEDBİRİN KONUSU

Tedbir nafakası, taraflar arasında ortaya çıkan ve dava devam ettiği sürece hakimin taktiri sonucu koca tarafından kariya ödenecek olan maddi bir yardımı ve alınması gereken diğer tedbirleri ifade eder (14).

Kadının tedbir nafakası isteyebilmesi için, kocasından ayrı yaşama hakkına sahip olması gerekir. Boşanma veya ayrılık davası açıldığı andan itibaren eşlerin ayrı yaşama hakkı kanun tarafından her iki eşe de tanınmıştır (15). (MK. nun 162/II. maddesi). Bu nedendir ki hakim, bir geçici bir tedbir olarak dava maddi anlamda kesin hükümlerle sabit oluncaya kadar, kocanın karısına (genellikle her ay olarak) uygun bir miktarda ödemede bulunmasına karar verir. Bu durum MK. nun 137. maddesinde öngörülmüştür. Şöyle ki; MK. nun 137. maddesinin eski met-

(13) Yeni MK. Ön Öntasarısı'nın 160. maddesiyle "Borçlulara Emir Verilmesi" başlığı altında "Eşlerden biri aileye karşı bakma yükümlülüğünü yerine getirmese, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir." şeklinde benzer bir düzenleme getirmektedir.

(14) NİHAT, İnal, *Uygulamada Nafaka Davaları Yetkin Yayınları*, Ankara 1992, s. 49.; AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 248.

(15) ÖZKAN, Hasan, *Hukuk Rehberi*, cilt I Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 669.

ninde "Hakim, davanın ikamesini müteakip lazım gelen ve bilhassa iskan ve infakına ve karı kocanın mali münasebetlerine ve çocukların muhafazasına müteallik muvakkat tedbirleri ittihaz eder." demektedir. Ancak talebe bağlı olarak bu tedbirleri öngörüyordu.

MK'nun 4.5.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3444 sayılı Kanunla değiştirilen MK. nun 137. maddesi "Boşanma veya ayrılık davasının devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, infakına, karı-koca mallarının yönetimine ve çocukların bakımına dair geçici tedbirleri kendiliğinden alır". demektedir.

Böylece hakimın bundan yukarıda yazılı tedbirleri alması için taraflardan mutlaka birinin bir talepte bulunması gerekmeyecektir. Aile birliğini koruyucu tedbirlerin -nafaka dahil- mahkemece re'sen alınması gerektiğini vurgulamış böylece nafaka konusunda da bizzat taraflar talepte bulunmasa bile, mahkemce re'sen dikkate alınacağı belirtilmiştir (16).

B. DAVA SIRASINDA TEDBİR NAFAKASI

1. Dava Açılmasının Şartları

a) Kocanın kusurlu olması ve bu yüzden karının evini terk etmek zorunda bulunması ve bu nedenle evi terk etmesi, ihtara rağmen de kariyi kocanın eve almamış olması,

b) Kocanın evi terk etmesi ve karısını yanına almaması,

c) Koca, karısının ve çocuklarının infak ve iaşesini temin etmemiş olması ve ihtara rağmen de etmemekle ısrar etmesi,

d) Karı ve kocanın boşanma davası açmış olması,

e) Kocanın kariya ayrı bir konut temin etmemiş olması ve karı için de ayrı konutta oturmanın zaruret haline gelmiş olması gerekir.

2. Tedbir Nafakasının Başlangıcı ve Süresi

Nafakanın başlama tarihinin karar tarihinden itibaren mi, yoksa dava tarihinden itibaren mi geçerli olacağı sorununu Yargıtay 1956 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK.) ile halletmiştir. Yargıtay kararında "Her dava açıldığı tarihte tespit edilen vaziyetin hükme esas alınması gerekir." demek suretiyle bu sorunu halletmiştir (17).

(16) ŞENER, Esat, *Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma (Yargıtay İçtihatları, Bilimsel Görüşler ve İlgili Mevzuat)*, Seçkin Yayınları, Ankara 1994, s. 477.; NİHAT, İnal, a.g.e., s. 50.; Yargıtay 2. HD. 18.11.1996 tarihli ve 10938/11905 sayılı kararı.

(17) Yargıtay İBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 (Resmi Gazete: 27.11.1957 tarihli ve 9494 numaralı sayı.); Yargıtay 2. HD. 18.11.1996 tarihli ve 10938/11905 sayılı kararı.

Tedbir nafakası karar tarihinden değil, istem tarihinden, yani davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar (18). Yargıtay 2. HD. nin bu doğrultudaki kararını MK. nun 162/2 ve 137. maddelerine dayanarak vermiştir. Gerçekten de MK. nun "Geçici Tedbirler" kenar başlıklı 137. maddesinde "... dava ikame edilince... davanın devamı süresince..." demek suretiyle ve yine MK. nun "Müşterek Hayatın Tatili" kenar başlıklı 162. maddesinin ikinci fıkrasında devamla, "Boşanma ve ayrılık davası ikame edildikten sonra..." demek suretiyle tedbir nafakasının başlangıç anının davanın ikame tarihi olduğuna işaret ettiğini belirtmiştir (19). Yargıtay 2. HD. nin verdiği bir kararında da boşanma davası açılmakla eşlerin ayrı yaşama ve nafaka isteme hakkının doğacağını MK. nun 162/2 ve 137. maddelerine dayanarak belirtmiştir (20).

Bu nedenle kocanın bakım borcunun başladığı tarihten itibaren istenebileceği ve kocanın bakım borcu sorumluluğuna hükmedebilmek için de nikahın yapılmış olması yeterlidir (21).

3. Nafaka Miktarının Tayin Edilmesi

MK. nun "Ana-Babanın Hukuku/ Hakimin Takdir Hakkı" kenar başlıklı 148/II. maddesinde "Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir..." demek suretiyle diğer eşi yardımla/yardım etmekle mükellef kılmıştır.

Maddenin yorumunda Yargıtay da " tarafların (eşlerin) sosyal ve ekonomik durumlarına uygun bir yardım olması" gerektiğini kararlarında belirtmiştir (22). Ayrıca, küçüğün yan ihtiyaçları, geçim şartları ve özellikle evlilik birliği devam ederken, babanın sağladığı yaşam şartları ve biçimi gibi faktörlerinde nazara alınması gerekir.

Belirtilen nedenlerden dolayı hakim, nafaka miktarını tayin ederken, eşlerin mali iktidarı hakkında ilk bakışta edindiği bu kanaatini esas tutar. Buna göre derhal tespiti gereken nafaka tutarını, ileride toplanacak delillere göre, artırmak ve ek-

(18) AKINTÜRK, Turgut., a.g.e, s. 249 NİHAT, İnal, a.g.e., s. 50.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.1.1980 tarih ve E.1979/2-465, K.1979/2477 sayılı Kararında [boşanma hükmü, kesinleşmeden önce, evvelce mahkemece takdir edilmiş bulunan tedbir nafakasının artırılması Asliye Hukuk Mahkemesinde açılarak bağımsız bir dava ile istenebilir. Dosya henüz Yargıtay'da iken böyle bir dava büyük bir pratik ihtiyacı karşılar. Bu taktirde de nafakanın artırılması, boşanma davasının açıldığı günle, boşanma kararının kesinleştiği gün arasındaki süre içinde geçerli olur.] diyerek ihtilafı gidermiştir. Yargıtay 2.H.D. 18.3.1993 tarihli ve 12987/17 sayılı kararı

(19) Yargıtay 2. HD. 19.3.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.

(20) Yargıtay 2. HD. 19.3.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.

(21) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 363.

(22) Yargıtay 2. HD. 11.4.1991 tarihli ve 5341/6714 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 8.2.1991 tarihli ve 11621/2095 sayılı kararı.

siltmek mümkündür.

İstek olmasa da hakim, davanın devamı süresince MK. 137. maddesi gereğince gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamakta yükümlüdür. Taraflar dava sırasında talep ettikleri tedbir nafakasının, günün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olması halinde hakim, bizzat uygun bir nafakaya hükmedebilir (23).

Boşanmanın vuku bulması halinde daha önce dava sırasında tedbir olarak öngörülen tedbir nafakası doğrudan iştirak nafakasına dönüşür.

4. Tedbir Nafakasının Sona Ermesi

MK.nun 137. maddesinde belirtilen tedbir nafakasının amacı, dava devam ettiği sürece davalanın ve çocukların mağdur olmalarını engellemeye matuf bir tedbir niteliği taşır.

Boşanma davasının devam eden yargılaması sırasında takdir edilen tedbir nafakası nihai hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceği aşikârdır. Çünkü, boşanmanın maddi anlamda kesin hükümle sabit olmasından sonra hakim, tedbir nafakasını iştirak nafakasına dönüştürebilir. Yani dava neticelendikten sonra tedbir nafakası devam etmeyecektir (24). Yani boşanma davası sırasında takdir edilen tedbir nafakası, kararın kesinleşmesi ile sona erer (25). Boşanma kararının kesinleştiği tarihten sonrası için istenilen nafaka hakkındaki takibin iptaline karar verilmesi gerekir.

C. TEDBİR NAFKASINDA KADIN VE ÇOCUĞUN DURUMU

1. Kadının Barınmasına ve İnfakına İlişkin Tedbirler

Hakim tedbir nafakasının miktarını karara bağlarken, kocanın mali durumunu ve imkanlarını gözönünde tutacaktır (26). Kadının zengin olması, kocasının yardımına hiç ihtiyacı bulunmaması halinde bile, o kadın lehine tedbir nafakasına hükmedilmesini engellemez (27). Bununla beraber lehinde tedbir alınması gereken eş bundan açıkça vazgeçecek olursa herhangi bir tedbire gerek kalmayacaktır. Bu düşünceyle hak ve nesafeti sağlamak amaçlanmıştır.

Hakimin emredeceği geçici tedbirler, özellikle kadının barınması, geçimi, karı-koca mallarının yönetimi ve çocukların korunması gibi konularla ilgili olacaktır.

2. Çocukların Bakımına İlişkin Tedbirler

Hakim, velayet hakkının hangi eş tarafından kullanılacağını, çocuğun ana ve

(23) Yargıtay 2. HD. 19.3.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.

(24) Yargıtay 2. HD. 3.6.1982 tarihli ve 4483/4986 sayılı kararı.

(25) Yargıtay 2. HD. 22.5.1995 tarihli ve 7299/7306 sayılı kararı.

(26) Yargıtay HGK. nun 13.4.1983 tarihli ve 2-1160/370 sayılı kararı.

(27) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 356-357.

babadan hangisinin yanında kalacağını ve diğer eşin çocuk için ne miktar nafaka vermesi gerektiğini tayin eder. Çocukların durumu, boşanma kararında kesin sonuçlu bir şekilde karara bağlanacaktır. Fakat, dava devam ettiği sürece de çocukların korunması ve bakımı, bakıma iştirak gibi geçici tedbirlere ihtiyaç duyulacağı aşikardır (28).

3. Geçici Tedbire Hakim Tarafından Karar Verilmesi

Boşanma davası açıldıktan sonra istenecek olan geçici tedbir hakkında, bizzat bu davaya bakan hakim karar vermelidir. MK. nun 137. maddesine göre hakim re'sen tedbir nafakasını takdir etme hakkına sahiptir (29). Bu nedenle tarafların bu yönde bir talebi olmasa da hakim tarafları dinleyerek, tanık ifadelerine ve araştırdığı diğer delillerin ışığında mağdur olacak taraf lehine ve çocukların bakım ve infakı açısından tedbir nafakasını re'sen takdir edebilir. Hakim ara kararında tedbir nafakasına karar verdiğinde; karar verilen tedbir nafakasının tahsili için icra müdürlüğü vasıtası ile genel haciz yoluyla takip yapılarak ödeme emri(30) gönderilmek suretiyle bu nafaka alacağı tahsil edilir (31).

Eşlerden biri MK. nun 161. ve 162. maddeleri gereğince, henüz boşanma davası açılmadan önce mahkemeden, nafaka isteminde bulunmuşsa, sonradan boşanma davası açılmış olması nafaka davasını gören mahkemenin yetkisine son vermez.

Boşanma davası açılmadan önce MK. nun 161. ve 162. maddeleri gereğince nafaka davası açılmış olması ve bu davanın devam etmekte bulunması, boşanma davasında nafaka istemeye engel teşkil etmez.

D. DAVADAN AYRI OLARAK TEDBİR NAFAKASI İSTENMESİ

Boşanma davası ikamesi sırasında tedbir nafakasının koşulları yukarıda incelendiği için burada tekrar incelenmesine gerek görülmemiştir. Boşanma davası

(28) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 364.

(29) Yargıtay 2. HD. 18.1.1993 tarihli ve 12984/23 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 23.10.1992 tarihli ve 9488/10206 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 5.11.1992 tarihli ve 10366/10814 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 24.4.1991 tarihli ve 4576/6753 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 20.3.1991 tarihli ve 3561/5110 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 12.12.1991 tarihli ve 12851/15466 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 8.2.1991 tarihli ve 11720/2147 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 29.4.1991 tarihli ve 4656/7153 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 4.2.1991 tarihli ve 1116/1718 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 5.2.1991 tarihli ve 11741/1878 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 6.2.1991 tarihli ve 12268/1907 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 4.2.1991 tarihli ve 11144/1815 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 4.2.1991 tarihli ve 11207/1783 sayılı kararı.

(30) Görevli ve yetkili icra müdürlüğüne takip talebi amacına yönelik olarak- Örnek 49- ödeme emri düzenlenerek takip yapılır.

(31) Yargıtay 12. HD. 11.7.1995 tarihli ve 10722/10480 sayılı kararı

çılmadan da doğrudan tedbir nafakası için dava açılabilir.

E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

MK. nun Boşanma davası açılmadan münhasıran tedbir nafakası davasının açılmasında görev kuralları açısından hangi mahkemenin görevli olacağına dair bir hüküm içermemektedir. Genel hükümlerden yola çıkarak burada da görev kurallarını HUMK. nun 8. maddesinde belirtilen Sulh Hukuk Mahkemesinin görev alanına girmediği gerekçesiyle Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir.

Tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra istenmişse ya da boşanma davası dilekçesi ile talep olunmuşsa, görevli mahkeme boşanma davasını inceleyecek olan Asliye Hukuk Mahkemesidir (32).

Sulh Hukuk Mahkemeleri, boşanma davasının açılmasından sonraki bir zamanda açılmış olan ve yalnız boşanma davasının açılmış olması nedenine dayanan nafaka taleplerini inceleyemez. Yargıtay'da bu doğrultuda içtihat oluşturmuştur (33).

Tedbir nafakası boşanma davası ya da ayrılık davası açılmadan önce (evlilik birliğinin korunması amacıyla) bir tedbir olarak açılmış ise; davacı dava dilekçesini Asliye Hukuk Mahkemesine vermek zorunda değildir. İsterse Sulh Hukuk Mahkemesinde de davasını açabilir (34).

Boşanma davası açılmadan önce, Sulh Hukuk Mahkemesinde açılmış olan tedbir nafakası davası hakkında henüz karar verilmeden, Asliye Hukuk Mahkemesinde boşanma davası açılmış olsa bile, Sulh Hakimi davaya usulen devam ederek kararını verir. Sulh Hakiminin boşanma davasına kadar olan kısım için nafakaya hükmedip, dava tarihinden sonraki kısım için görevsizlik kararı vermesi ve davadan sonraki zaman hakkında karar verilmesi için dosyayı Asliye Hukuk Mahkemesine göndermesi usul açısından yanlış olur (35). Bu konuda ancak boşanma davası henüz açılmadan tedbir nafakasına hükmedilmişse doğru olur. Yoksa dava devam ederken boşanma davası açılmışsa artık Sulh Hakimi tedbir nafakasına da hükmedemez ve dosyayı görevli Asliye Hukuk Hakimliğine gön-

(32) Yargıtay 2. HD. 5.7.1974 tarihli ve 4635/4440 sayılı kararı; ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 669.

(33) Yargıtay HGK. 27.1.1968 tarihli ve 575/54 sayılı kararı.

(34) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 361.

(35) NİHAT, İnal., a.g.e., s. 50.; FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 361.

derme kararı vermesi gerekir (36).

Sulh Hukuk Mahkemesine yapılan müracaat, boşanma davası açıldıktan sonrasına ilişkin ise, ister MK. nun 137. maddesi dolayısıyla, isterse MK. nun 161. ve 162/l. maddelerine dayanmış olsun artık bu durumda Sulh Hakimi hem görev, hem de yetki yönlerinden bu başvuruyu reddetmekle yükümlüdür (37).

Boşanma davasına bağlı olarak dava ile birlikte istenen tedbir nafakasında boşanma davası için görevli mahkeme görevli olacaktır. Çünkü, murtabit dava sayıldığından boşanma davasının görevine bağlı bir görev ilişkisi sözkonusudur. Yani boşanma davası eki niteliğindedir (38). Bu nedenle burada boşanma davası için görevli olan mahkeme tedbir nafakası için de görevli olacağı muhakkaktır.

2.Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

MK. nun 21. maddesinde kanuni ikametgahtan bahsedilmektedir. Buna göre, Kanuni İkametgah: "Kocanın ikametgahı, karının ikametgahı ve ana-babanın ikametgahı velayetleri altında bulunan küçüğün ve mahkemenin bulunduğu yer, vesayet altındaki kimsenin ikametgahı addolunur." demektedir. MK. nun "yetki" kenar başlıklı 136. maddesinde belirtilen "yetkili hakim davacının ikametgahı hakimidir." demektedir. En ayrıntılı hüküm olarak nafaka davalarında MK. nun 316/III. maddesinde belirttiği "Dava, nafaka isteme hakkına malik olan kimse tarafından veya o kimse resmi bir müessesede infak olunuyor ise o müessese yahut müessesenin tabi olduğu idare tarafından mükellefin ikametgahı mahkemesinde ikame olunur." şeklinde yetki belirtilmektedir.

MK. nun belirtilen her üç maddesinde de yetki doğru belirtilmiştir. Fakat maddeler ilgili buldukları konularla ilişkili hükümlere yer vermektedir. Bu nedenle biz özde konumuzu doğrudan ilgilendiren tedbir nafakasının hangi yetkili yer mahkemesinde açılacağına bakmalıyız. Bu anlamda MK. nun bu konuda kesin ve yalın bir hüküm içerdiği söylenemez. Ancak medeni yargılama hukukundan hareketle Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununun 1711 Sayılı Kanunla değiştirilen 101. maddesi ve devamı maddelerde bulunan açık hüküm doğrultusunda hareket etmeliyiz. HUMK. nun 101. maddesi ve devamı maddelerinde belirtildiği gibi Türkiye'nin her yerindeki mahkemeler yetkilidir.

Boşanma davasına bağlı olarak talep olunan tedbir nafakası boşanmanın fer'i

(36) Yargıtay 2. HD. 29.4.1974 tarihli ve 2489/2545 sayılı kararı.

(37) Yargıtay HGK. 12.2.1969 tarihli ve 172/114 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 4.3.1998 tarihli ve 1421/2560 sayılı kararı.

(38) Yargıtay 2. HD. 4.3.1998 tarihli ve 1421/2560 sayılı kararı.

ki olması nedeniyle boşanma davalarına bakmakla görevli ve yetkili kılınan yer mahkemesi bu tür tedbir taleplerinde yetkili kılınmıştır. Bu durum HUMK. nun 9/III madde ve fıkrasında doğrudan belirlenerek hüküm altına alınmıştır. Belirtilen madde içeriğinde de bu durum "Boşanma veya ayrılık- buna bağlı olarak nafakaya ilişkin- davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahı mahkemesi ve eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi yetkilidir." belirtilmek suretiyle kesin yetkili mahkeme belirtilmiştir.

Bu tür yetki ancak boşanma davasıyla birlikte açılan tedbir nafakasına ilişkin davalarda kabul edebiliriz (39). Yoksa boşanma davasına dayanmayan sadece tedbir nafakası davası yukarıda belirtildiği şekilde Türkiye'de bulunan her yer mahkemesinde açılabilir. Bu nedenle evlilik birliğinin korunmasına ilişkin geçici tedbirler yetki aranmaksızın en süratli ve talepte bulunan için en az masraflı olan yer Sulh Hukuk Mahkemesinden istenebilir (40).

F. TEDBİR NAFKASINI BAKIM MÜKELLEFIYETİNDEN AYIRAN YÖNLER

MK. nun 137. maddesinde düzenlenen tedbir nafakasının, MK. nun 162/II. maddesinde öngörülen hakim geçici tedbir olarak hükmedeceği (müşterek hayatın tatili durumunda devam eden) bakım mükellefiyetinden bazı noktalarda ayrılmaktadır (41).

1. MK. nun 137. maddesindeki tedbir nafakası, evlilik sona erinceye kadar kocanın bakım yükümünü sürdürmek amacı nedeniyle MK. nun 162/III. maddesindeki nafaka ise, ciddi bir tehlike geçiren aile birliğinin barışma ümidini kuvvetlendirmek üzere mali desteği sağlamak amacını taşır.

2. MK. nun 137. maddesindeki tedbir nafakası, hakim boşanma kararını kesinleştirmesinden itibaren kendiliğinden sona erer. MK. nun 162/III. maddesindeki nafaka ise, ancak sebebin ortadan kalkması durumunda, taraflardan birinin istemi üzerine hakim vereceği karar üzerine son bulur.

3. MK. nun 137. maddesinin uygulanabilmesi için kusur ve kusursuzluk aranmaz. MK. nun 162/III. maddesi gereğince verilecek nafakada ise ancak eş ayrı yaşamakta haklı ise istenebilir.

(39) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 50. (Devamla her ne kadar tam yetkili mahkeme belirtilmese de MK. 19, 21, 152/2, 162/1-2, HUMK. 9,24,101,187 ve 494. Maddelerde yetkili mahkemeye atıf vardır.)

(40) ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 670.

(41) VELİDEDEOĞLU, Hıfı Veldet, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965, s. 249.

4. MK. nun 137. maddesindeki tedbir nafakasına talep olmasa bile hakim re'sen karar verebilir. Oysa MK. nun 162/III. maddesine göre nafakaya hükmedilebilmesi için ise taraflardan birinin istemi gereklidir.

MK. nun 137. maddesindeki tedbir nafakasının amacı her ne kadar evlilik birliğinin sona ermesine kadar olan yükümlülüğü içerse bile, kocanın bakım yükümlülüğünü sürdürmektedir ve bu maddenin uygulanabilmesi için kocanın kusurlu ya da kusursuz olmasını aramamaktadır (42).

III. YOKSULLUK NAFKASI

Yoksulluk nafakası, ahlâki ve sosyal düşüncelere dayanır ve evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devam ettirilmesi amacını taşır (43).

Kural olarak boşanma, karı-koca arasındaki nafaka yükümlülüğüne son verir. Bununla beraber, boşanmada kusuru daha hafif olan eşin korunması için Kanun Koyucu nafaka yükümlülüğünü, gerektiğinde süresiz olarak devam ettirmeyi uygun görmüştür. 3444 sayılı Kanunla değiştirilen MK'nun 144. maddesine göre: "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." denilmektedir.

3444 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce yoksulluk nafakasının süresi bir yıl ile sınırlı olarak öngörülmekteydi. MK. nun 144. maddesine değişiklikten sonra eklenen bir başka farklılık da erkek lehine nafakaya hükmedilmesinde getirilen sınırlamadır. Oysa bu durum Anayasada belirtilen "eşitlik ilkesi"nin amacına aykırılık taşımaktadır (44). Kural olarak, yoksulluk nafakasını + şartları varsa- hem karı hem de, koca isteyebilir. Fakat 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre "erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması gerekmektedir"(45). Oysa, maddi tazminatın "muntazar menfaatler" dışında kalan kalemlerinden, karı gibi koca da yararlanabilir ve bu hususta refah hali gibi bir ölçü uygulanmaz.

(42) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 359.

(43) ZEVKLİLER, Aydın, **Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1995, s. 850.; AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 265.

(44) Aynı yöndeki görüş için bkz. ŞENER, Esat, a.g.e., s. 527.; ÖZKAN, Hasan, **Hukuk Rehberi**, Cilt III, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 4083.

(45) CAMCI, Ömer, **Boşanma Tazminatı ve Yoksulluk Nafakası**, 2. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul 1998, s. 101.

A. YOKSULLUK NAFKASININ ŞARTLARI

Yoksulluk nafakası boşanma davasının fer'i (eki) olduğundan bu isteğin öncelikle dava dilekçesinde ve davanın başından itibaren yer alması zorunlu değildir. Bu nedenle yoksulluk nafakası talebi davanın her aşamasında ileri sürülebilir (46). Fakat istek yazılı olmalı ya da sözlü isteğin mahkeme tutanağına geçirilmesi gerekir (47).

Maddenin 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metninde, kendisine yoksulluk nafakası ödemesi isteyen eşin kusursuz olması aranıyordu. Maddenin yeni metni bu noktaya açıklık getirmiş ve boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin, kusurunun daha ağır olmamasını öngörmüştür (48). Diğer taraftan maddi ve manevî tazminat istemlerinden farklı olarak, kanunun eski metninde açıklanmış olmamakla beraber, diğer eşin kusurlu olmasına ihtiyaç yoktu. Bu durum yeni metinde özellikle ifade edilmiş ve açıkça "nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz" denmiştir.

Yoksulluk halinin boşanma sonucu oluşması veya yoksulluğa düşme tehlikesi ile karşı karşıya bulunması ya da bu tehlikenin gerçek ve büyük oranda gerçekleşmesi gerekir (49).

Geçimini kendi mali kaynakları ve çalışma gücü ile sağlama imkanından yoksun olan eşin yoksulluğa düşeceği kabul edilir. Bu nedenle boşanmada her iki eş kusursuz oldukları takdirde, bunlardan hangisi boşanma sonucunda büyük bir yoksulluğa düşecekse o, diğerinden nafaka isteyebilir (50).

MK. nun 4. maddesi gereğince yoksulluk nafakası ödeyecek eşin bu ödemeyi hakkaniyet ilkesine uygun bir miktarda yapmasına hakim tarafından karar verilmesi gerekir. Hakim, bunu belirlerken tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına uygun düşecek bir miktarı yoksulluk nafakası olarak belirlemelidir. Bu anlamda ödenecek yoksulluk nafakası, davacı eşin yoksulluğa düşmesini önleyecek ve normal şartlarda onun geçimine yetecek miktarda olmalıdır (51).

(46) ŞENER, Esat, a.g.e., s. 547; Yargıtay 2. HD. 12.4.1978 tarihli ve 1978/3981 sayılı kararı.

(47) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 134.

(48) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 134.; AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 266.; CAMCI, Ömer., a.g.e., s. 103.; Yargıtay 2. HD. 21.11.1990 tarihli ve 7450/11307 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 18.1.1991 tarihli ve 13114/2776 sayılı kararı.; ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 4083.

(49) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 397.; NİHAT, İnal, a.g.e., s. 134.; AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 266.

(50) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 263.; ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 4084.

(51) AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 267.; Yargıtay 2. HD. 28.4.1942 tarihli ve 11274/1767 sayılı kararı.

Talep yokken hakim re'sen yoksulluk nafakasına hükmedemez (52). ancak hakim, talep halinde yoksulluk nafakasını takdir etme hakkına sahiptir (53).

Kendisinden nafaka talep edilen eş kadın ise, kadının refah hali içinde bulunması gerekir (54).

B. YOKSULLUK NAFAKASININ BAŞLANGIÇ ZAMANI

Yoksulluk nafakasının başlangıcı- boşanmaya ya da ayrılığa ilişkin- kararın kesinleştiği tarihten itibaren başlar (55).

Yargıtay önceki kararlarında yoksulluk nafakasının bağımsız olarak açılabilirliğine karar vermiştir (56). Yoksulluk nafakasına ancak boşanma davası ile talep edilmesi halinde karar verilebilir (57). Yargıtay, daha sonraki yıllarda verdiği bazı kararlarında ise boşanma davası neticelendikten sonra ayrı bir dava olarak "yoksulluk nafakası davası" adıyla yeniden ayrı bir dava açılmayacağına karar vermiştir (58). Yüksek Yargıtay, bir önceki kararından ayrılarak önceki yıllarda olduğu gibi boşanma kararı kesinleştikten sonra harcı yatırılarak yoksulluk nafakası adıyla ayrı bir dava olarak açılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir (59). Yargıtay başka bir kararında yine boşanma davası sonuçlandıktan sonra yoksulluk nafakası için dava açılabilirliğinden bahsetmektedir (60). Bu şekilde bir davanın dinlenme şartı olarak davacı davayı açarken yoksulluğa düşme halinin boşanma nedeniyle gerçekleştiğini ispat etmesi gerektiğini verdiği bu kararlarında dile getirmiştir. Biz de Yargıtay'ın şimdiki görüşüne katılıyoruz (61). Yargıtay'ın bu şekilde içtihat değiştirmesinin asıl nedeni MK. nun 143. maddesinin 1-2. fıkralarıyla ilgili 22.1.1988 gün ve 5/1 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca oluşturulan İBK. Kararında yer alan yorum kurallarının benzetme (kıyas) yoluyla yoksulluk nafakası isteklerine de uygulanabileceği görüşü nedeniyledir. Alınan 5/1 sayılı İBK. Kararının gerekçesinde boşanma davası sonrasında nafaka taleplerinin dinlenmemesini hak arama özgürlüğünün kısıtlanması

(52) YAZICI, Hilmi, ATASOY, Hasan, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı (1952-1970), Ankara 1970, s. 366.; FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 399.; AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 266.; Yargıtay 2. HD. 17.11.1969 tarihli ve 4971/5178 sayılı kararı.

(53) Yargıtay 2. HD. 18.6.1991 tarihli ve 5362/9459 sayılı kararı.

(54) AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 267.; Yargıtay 2. HD. 23.3.1974 tarihli ve 1921/1961 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 7.4.1980 tarihli ve 2746/2958 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 26.5.1981 tarihli ve 4080/4114 sayılı kararı.

(55) Yargıtay 2. HD. 12.4.1977 tarihli ve 2978/3081 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 27.1.1993 tarihli ve 13258/424 sayılı kararı.

(56) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 132.; ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 4086.; Yargıtay 2. HD. 23.11.1990 tarihli ve 3655/11498 sayılı kararı.

(57) Yargıtay 2. HD. 7.10.1996 tarihli ve 7503/9680 sayılı kararı.

(58) Yargıtay 2. HD. 29.4.1991 tarihli ve 644/7146 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 11.12.1992 tarihli ve 12108/12556 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 27.12.1991 tarihli ve 13068/16197 sayılı kararı.

(59) Yargıtay 2. HD. 7.10.1996 tarihli ve 7503/9680 sayılı kararı.

(60) Yargıtay 2. HD. 1.4.1993 tarihli ve 2422/3152 sayılı kararı.

(61) Yargıtay 2. HD. 1.4.1993 tarihli ve 2422/3152 sayılı kararı.

anlamına geleceğini ve bu durumun MK. nun 1. ve 4. maddeleri ile doldurulması en tabii sonuçtur. 1982 Anayasasının 13. ve 36. maddelerinde belirtilen her istem yasal bir kurala dayanmalıdır hükmünde boşanma davası sonrasında yoksulluk nafakası istenemeyeceğine dair bir kanun hükmünün bulunmaması karşısında 5/1 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca oluşturulan İBK. kararı sonucu yoksulluk nafakası talepleri artık kabul yönündedir (62).

C. YOKSULLUK NAFKASININ MİKTARI VE SÜRESİ

MK'nun önceki metnine göre yoksulluk nafakası, bir yıldan fazla bir süre devam edemezdi. Kanun Koyucu, boşanan eşler arasındaki mali ilişkinin daha fazla uzamasını sakıncalı görmüştü. Ancak, 3444 sayılı Kanun, bir senelik süre kaydını kaldırmış ve süresiz olarak yoksulluk nafakası istenebilmesini mümkün kılmıştır (63).

Yoksulluk nafakasını ne zamana kadar ödemek gerekir? Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre; boşanma kararı kesinleştikten sonra, maddi tazminatta olduğu gibi, yoksulluk nafakasının artık talep edilemeyeceği belirtilmiştir (64). İkinci görüşe göre de; gerek maddi tazminatın gerekse yoksulluk nafakasının boşanma davası devam ederken istenebileceği gibi, boşanma kararı kesinleştikten sonra da istenebileceği dile getirilmiştir (65).

Yoksulluk nafakası her zaman, yaşam boyunca ödenecek değildir. Hakim boşanma yüzünden yoksul kalan eşin yeteneklerini, iş bularak çalışabilme gücünü gözönünde tutarak yoksulluk halinin ne kadar devam edeceğini kararında belirtip nafakayı bu süre ile sınırlayabileceği gibi, nafaka alacaklısı olan eşin mali ve sosyal durumundaki değişiklikler (66) ve özellikle bu eşin yeniden evlenmesi veya önemli bir miras menfaati elde etmesi üzerine yoksulluk nafakasını sonradan kaldırabilir (67).

(62) Yargıtay HGK. nun 31.10.1990 tarihli ve 452/549 sayılı kararı.; Yargıtay HGK. nun 24.6.1992 tarihli ve 33/414 sayılı kararı.; Yargıtay HGK. nun 5.2.1997 tarihli ve 795/52 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 12.3.1993 tarihli ve 1469/2509 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD 15.6.1999 tarihli ve 6360/6848 sayılı kararı.

(63) NİHAT, İnal, a.g.e., s.124.; CAMCI, Ömer., a.g.e., s. 107.; Yargıtay 2. HD. 14.11.1991 tarihli ve 11400/14144 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 5.2.1991 tarihli ve 780/1887 sayılı kararı.

(64) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, a.g.e., 264.; ZEVKLİLER, Aydın, a.g.e., s. 843.; VELİDEDEOĞLU, Hıfı Veldet, a.g.e., s. 258.; BİRSEN, Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri- Umumi Esaslar- Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1958, s. 325.; SAYMEN, Ferit Hakkı, ELBİR, Halid Kemal, Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku), 3. Cilt, 2. Baskı, İstanbul 1960, s. 279.; YALÇINKAYA, Namık, / KALELİ, Şakir., Yeni Boşanma Hukuku, 2. Bası, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988, 1803, 1813.; KÖPRÜLÜ, Bülent, / KANETİ, Selim, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın, İstanbul 1989, s. 196.; AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 268.

(65) AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 268.; Ayrıca 41 numaralı dipnotta belirtilen yazarlar.

(66) Yargıtay 2. HD. 25.6.1992 tarihli ve 7011/7347 sayılı kararı.

(67) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, a.g.e., 264.

D. YOKSULLUK NAFKASININ NİTELİĞİ

Boşanma nedeniyle yoksulluğa düşme, yoksulluk nafakası için kanuni bir sebep oluşturur (68). Yani, kişi bu kanuni sebebe dayanarak boşanma davası sırasında yoksulluk nafakasına da karar verebilir.

Boşanma sonrasında taktir edilen yoksulluk nafakası lehine nafakaya hükmedilen taraf daha sonra malvarlığında bir artış meydana gelmesi halinde, nafaka ödeyen taraf tekrar hakime başvurarak nafakanın kaldırılmasını isteyebilir. Yoksulluk nafakasının kaldırılmasına ya da azaltılmasına ilişkin kararı hakim verir. Yoksulluk nafakası alan taraf ta her zaman hakime başvurarak hükmedilen nafakanın kaldırılmasını isteyebileceği aşıkardır.

Medeni Kanunun "Tazminat ve Nafakanın Ödeme Şekli" kenar başlıklı 145/III. maddesinde belirtildiği gibi "... yoksulluk nafakasının indirilmesini (tenkisini) gerektiren şartlar varsa, mahkemece indirim yapılır". şeklinde belirtilerek bu konuda hakime yetki ve sorumluluk vermiştir.

1. Yoksulluk Nafkasının Maddi Tazminatla Birlikte İstenip İstenemeyeceği

Boşanma ile eşinin desteğini yitirecek eş yararına hükmolünmek üzere maddi tazminat ile, yoksulluğa düşecek eş yararına tayin edilecek yoksulluk nafakasının, birlikte aynı dava ile talep olunabilir (69). Boşanma halinde eşlerden birinin hem maddi tazminat, hem de yoksulluk nafakası isteyebilmesi için gerekli şartlar bir araya toplanmışsa, her ikisinin birden istenmesine kural olarak engel bir durum bulunmamaktadır (70). Bununla birlikte MK'nun 143. maddesi gereğince tazminata hükmedildiği takdirde, bu tazminat verilmeseydi yoksulluğa düşecek olan eşin, nafaka istemesine ya da nafaka isteminin kısaltılmasına neden olabilir.

Kaybedilen nafaka menfaatleri nedeniyle maddi tazminat istemek imkanı varken yoksulluk nafakası istemek gereksizdir. Her ikisi birden istenirse, hakim istem sahibinin lehine olanına hükmeder. Örneğin, diğer eşin kusurunun daha ağır olduğu ispat edilemediği takdirde artık maddi tazminat sözkonusu olamayacağı için yalnızca yoksulluk nafakası hakkındaki istem kabul edilecektir.

2. Nafaka Alacağının Sermaye veya İrat Şeklinde Ödenmesi

Nafakaya toptan ya da irat şeklinde hükmedilebilir (71). MK. nun 145. maddesi 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve "Yoksulluk nafakasının toptan veya durumun

(68) Yargıtay 2. HD. 12.10.1992 tarihli ve 9035/9435 sayılı kararı.

(69) Yargıtay HGK. 2. HD. 25.9.1996 tarihli ve 2-331/628 sayılı kararı.

(70) ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 4084.

(71) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 400.

gereklerine göre irat şeklinde ödenmesine karar verilebilir". hükmü getirilmiştir.

3444 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce MK. nun 145. maddesine taalluk eden metinde evlilik dışı birleşmeleri önlemek için böyle bir yaşama girilmesi halinde, maddi tazminat ve nafakanın kesileceği vurgulanmıştır. Ayrıca iradın tarafların durumuna göre arttırılabileceğinin vurgulanması ve son olarak ta irat şeklindeki nafaka yükümlüsünün ölmesi halinde, mirasçılarının sorumlu olup olmayacaklarını önceden kararlaştırma imkanına kavuşturulmuştur (72).

Bu nedenle yoksulluk nafakasını toptan ya da irat şeklinde ödemek mümkündür. Toptan ödemede; yoksulluğa düşecek eşe, diğer eş tarafından para olarak ödenir.

Kanuni hükümler ve uygulamada aynı ödemeye imkan tanınmamaktadır. Bu duruma hakim, yükümlünün mali imkanları ile istek sahibinin ihtiyaçlarını gözönüne alarak karar verecektir (73). İrat şeklinde ödemede ise; hakim tarafından irat şeklinde ödemede ise; hakim tarafından irat şeklinde ödeme yapılmasına karar verilmişse irat yükümlüsü aylık ya da altı aylık taksitler halinde nakit olarak ödenmesi gerekir. İrat şeklindeki ödemelerde yükümlüden teminat alınabilir (74).

Hakim, her olayda tarafların mali ve iktisadi durumlarına, irat şeklindeki ödemelerin düzenli bir şekilde sağlanıp sağlanamayacağına göre bu iki durumdan birini seçer.

Eğer hakim, ödemelerin irat şeklinde olmasını uygun görmüşse şunlara dikkat etmesi gerekir.

1. İratların zamanında ödenmemesi tehlikesine karşı, Borçlar Kanununun (BK). 43. maddesi gereğince, borçludan gereken teminatın alınmasına da karar verilmelidir. Teminat olarak, gayri menkul ipoteği, kambiyo kefaleti, banka teminatı, devlet tahvili vs. gibi teminatlara karar verilir.

2. MK. nun 145. maddesinin önceki metnine göre, irat şeklindeki ödemeler, alacaklının yeniden evlenmesi halinde kesilirdi. 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle MK. nun 145/III. madde ve fıkrası hükmü şu şekle dönüştürülmüştür.

"Sözleşme veya hüküm ile kendisine maddi tazminat veya nafaka olarak bir irat tahsis edilmiş eşin yoksulluğunun ortadan kalkması, haysiyetsiz bir hayat sürmesi, bir evlenme akdi olmadan fiilen karı-koca gibi yaşaması, yeniden evlenmesi veya eşlerden birinin ölmesi hallerinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irat kesilir."

Nafaka hemen hemen her zaman boşanan kadına verilir. Onun yeniden evlenmesi bakım yükümünü yeni kocaya geçireceğinden, zaten zorunlu hayat ih-

(72) ŞENER, Esat, a.g.e., s. 551.

(73) CAMCI, Ömer., a.g.e., s. 105.

(74) CAMCI, Ömer., a.g.e., s. 106.

tiyaçlarını karşılayan bu nafakanın devamına gerek kalmaz.

3. MK'nun 145/2-3. madde ve fıkraları, 3444 sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önce şu şekildeydi: "Yoksulluğu sebebiyle kendisine nafaka tayin edilmiş olan karı ve kocanın yoksulluğu ortadan kalktıysa ya da hissolunacak derecede azalmış ise, borçlunun talebi üzerine nafaka kat veya zail olunur. Borçlunun mali kudreti nafaka miktarına nazaran azaldığı surette dahi aynı hüküm cari olacaktır."

4. MK'nun 145. maddesinin yeni metninde, değişen durumlara göre, hakaniyet gerektiriyorsa iradın arttırılmasının da istenebilmesi doğru bir karardır (75). Kanunumuzun önceki metninde iradın kaldırılması veya azaltılması açıkça öngörülmediği halde arttırılmasına ilişkin bir hüküm yoktu. Fakat para değerince enflasyon nedeniyle yaşanan düşüşler, değişmez bir şekilde hükmedilecek iradı, alacaklı için ileride çok yetersiz bir düzeye indirebilir.

Hakim, fiyat endekslerine göre veya memur aylıklarındaki artış oranlarına göre ya da paranın satın alma gücündeki yükselip alçalmaların irat miktarına yansımaya karar verebilir. İradın bu şekilde ayarlanması aslında bir artırma değil, paranın satın alma gücündeki belli bir düzeyin muhafaza edilmesi demektir (76). Ancak, taraflar sözleşmede bunun aksini yani yukarıda anlatılan hususların varlığı halinde de ödemelerin kesilmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, ödemeler devam eder (77).

3. Yoksulluk Nafakası Alacağıın Miras Yoluyla Ödenmesi

a) Borçlunun Ölümü Halinde

Nafaka borçlusunun ölümü halinde borcun mirasçılara geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, henüz işlememiş olan, geleceğe ait nafakaları ödeme borcu, ölen borçlunun mirasçılara geçmeyeceğini savunmaktadır (78).

Diğer bazı yazarlar ise; MK. nun 144. maddesinin sosyal amacı, bir insanı sefaletten kurtarmaktır. Kanun bu amacı gerçekleştirmek için, evlilik birliğinin son bulmasına rağmen, nafaka borcunu devam ettiriyor. O halde, artık bu durumdaki nafaka borcu, evlilik birliğini aşmış, ondan bağımsız bir mahiyet almıştır. Böyle olunca da yoksulluğa düşen eşin, nafaka alacağı için, borçlunun mirasçılara başvurmasına imkan vermek ve bu hususta nafaka borcunun sermaye veya irat şeklinde olması arasında bir ayırım yapmamak gerektiğini savunmaktadır (79). biz

(75) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, a.g.e., 269.

(76) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, a.g.e., 269.

(77) AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 269.

(78) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 401.; VELİDEDEOĞLU, Hıfı Veldet, a.g.e., s. 264.

(79) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, a.g.e., 271.; FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 402.; ÖZTAN, Bilge., Aile Hukuku, 2. bası, Ankara 1983, s. 300.; AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s.269.

de aynı kanaati taşıyoruz.

b) Alacaklının Ölümü Halinde

Yoksulluk nafakası irat şeklinde hükmedilmişse, alacaklı ölür ölmez irat kesilir ve mirasçılar bu tarihe kadar tahsil edilmeyen irat varsa yalnız onu isteyebilir, yoksa ölüm tarihinden sonrası için herhangi bir istem ileri süremezler (80). Ser-maye şeklinde hükmedilen ve henüz alacaklı tarafından tahsil edilmeyen yoksulluk nafakası ise, icra hukuku esaslarına göre, alacaklı tarafın mirasçıları tarafından tamamen tahsil edilebilir. Fakat, böyle bir uygulamanın varlığı halinde, bu taktirde borçluya da sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir dava hakkı tanınması mümkün olacaktır.

Yoksulluk nafakasının mahiyeti, boşanma tarihinden sonra mirasçıların bağımsız bir dava açmalarına veya bu yolda açılmış olan davaya devam etmeleri mümkün değildir.

E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

MK. nun yoksulluk nafakası davasının açılmasında görev kuralları açısından hangi mahkemenin görevli olacağına dair bir hüküm içermemektedir. Genel hükümlerden yola çıkarak burada da görev kurallarını HUMK. nun 8. maddesinde belirtilen Sulh Hukuk Mahkemesinin görevlerine girmediği gerekçesiyle Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olduğunu kabul etmek gerekir.

2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Daha önce tedbir nafakasına ilişkin yapılan açıklamalarda değinilen hususlar hemen hemen yoksulluk nafakası içinde geçerlidir. Bu hususa ilişkin 31-39. dipnotların bulunduğu kısımdaki yazılanlara bakınız. MK.nun 21. maddesinde kanuni ikametgah ve yine MK. nun yetki" kenar başlıklı 136. maddesinde belirtilen ve yine MK. nun 316/III. maddesinde belirtilen nafaka davalarındaki yetkiye ilişkin hususlar dolaylı da olsa yoksulluk nafakasına etkisi vardır.

Ancak HUMK. nun 9/III. maddesindeki açık hüküm karşısında yoksulluk nafakası için bu maddeyi uygulamalıyız. Buna göre: HUMK. nun 9/III. maddesinde "Boşanma veya ayrılık-buna bağlı olarak nafakaya ilişkin- davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahı mahkemesi veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi yetkilidir." demek suretiyle seçimlik yetkili mahkemeyi belirlemiştir (81).

(80) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 401.; BİRSEN, Kemaleddin, a.g.e., s. 338.; SAYMEN, Ferit Hakkı, ELBİR, Halid Kemal, a.g.e., s. 284.; VELİDEDEOĞLU, Hıfı Veldet, a.g.e., s. 263.; AKIN-TÜRK, Turgut, a.g.e., s. 271.

(81) Yargıtay İBK., 22.6.1955 tarihli ve 2-37/35 sayılı kararı.

Burada belirtilen yetki kavramını ancak boşanma davasıyla birlikte açılan yoksulluk nafakasına ilişkin davada kabul edebiliriz (82). Bu açıklamalardan da anlaşılmaktadır ki, yoksulluk nafakası ancak Asliye Hukuk Mahkemesinde açılabilir (83).

F. ANLAŞMALI BOŞANMA HALİNDE YOKSULLUK NAFKASI

Anlaşmalı boşanma halinde de eşler karşılıklı olarak anlaşma protokolünün içeriğini net bir şekilde belirlemelidir. Sadece tazminat ve nafaka istenmeyecektir şeklindeki soyut belirlilik yeterli olmayacaktır. Hakim, duruşmada bu protokolü irdeleyecek ve boşanan eşlere yoksulluk nafakası isteyip istemediğini açıkça soracaktır. Her ne kadar bu şekilde bir protokol yapılmışsa da hakim çocuğun geleceğini düşünecek ve çocuğun bakım ve gelişim masraflarını, kadının yoksulluğa düşüp düşmediğini araştırarak ve en uygun sonucu re'sen belirleyecektir (84). Hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şartı ile boşanmaya karar verecektir. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapma hakkına sahiptir. Hakim tarafından yapılan değişiklikler taraflarca da kabul edilirse boşanmaya ve mali sonuçlarına karar verir (85). Bize göre de bu durum MK. nun 134/I-II. maddesine göre hakim tarafından değerlendirme yapılarak karar vermeyi gerektirir bir durumdur.

G. YOKSULLUK NAFKASININ KALDIRILMASI HALLERİ

Yoksulluk nafakasının kaldırılmasını maddeler itibariyle sıralamak her somut olayın farklılığı nedeniyle zorlanılan bir durumdur. Fakat, genel itibariyle yoksulluk nafakasının kaldırılması hallerini şöyle sayabiliriz.

- Lehine nafaka hükmedilen kişinin ölümü,
- Yeniden evlenmesi,
- Hayasızca ve iffetsiz bir şekilde hayat sürmesi,
- Bir evlenme akdi olmadan fiilen karı-koca gibi yaşaması,
- Maddi bakımdan kendi geçimini mutad şekilde karşılayabilecek bir irat zenginliğinin olması halleridir (86).

(82) Yargıtay 2. HD. 23.1.1992 tarihli ve 176/560 sayılı kararı.

(83) Yargıtay 2. HD. 29.11.1941 tarihli ve 4302/3558 sayılı kararı.

(84) Yargıtay 2. HD. 16.3.1998 tarihli ve 1890/3121 sayılı kararı.

(85) Yargıtay 2. HD. 1.12.1999 tarihli ve 10984/13188 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 1.12.1999 tarihli ve 10979/13189 sayılı kararı.

(86) Aynı görüşte olması nedeniyle bkz. ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 4084.

IV. İŞTİRAK NAFKASI

Boşanma ya da ayrılık sonucunda velayet kendisine bırakılmamış olan taraf kudretine göre çocukların bakılması için gerekli masraflara katılması zorunluluğuna iştirak nafakası denilmektedir (87).

MK. nun "Ana ve Babanın Hukuku / Hakimın Takdir Hakkı" kenar başlıklı 148/II. maddesinde "Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir..." demektedir.

Bu maddenin hükmüne göre iştirak nafakasının miktarı, boşanma ilamında belirtilmiş olmalıdır. Yani Asliye Hukuk hakimi, bu konuda kendisinden bir talepte bulunulmamış olsa da, re'sen karar vermek durumundadır (88).

Velayet kendine bırakılmayan eş, hakimın kararında tayin ve tespit ettiği miktar ölçüsünde çocukların geçinme ve barınma masraflarına iştirak etmekle yükümlüdür. Ana-babadan her ikisine de velayet hakkı dağıtılmışsa iştirak nafakası azaltılır ya da tamamen kaldırılabilir (89).

Hakimin, çocuklardan birinin diğer eş yanında kalmasına karar vermesi, diğer eşin velayet hakkını ortadan kaldırmaz. Yeter ki, velayetin nez'ini gerektiren bir sebepten dolayı velayet kusurlu olan eşten alınmış olmasın (90).

A. İŞTİRAK NAFKASININ BAŞLANGICI

İştirak nafkasına ilişkin davada nafaka takdiri davanın açıldığı tarihten itibaren başlar. İştirak nafkasına ilişkin dava açıldığı zaman iştirak nafkasının başlangıcı hüküm ifade eder (91).

Mahkeme re'sen iştirak nafkasına karar verebilir.

Çocuğun velayeti eşlerden birine verilince, diğer eş için artık yalnız mali yükümlülük sözkonusudur. MK'nun 148/II. maddesine göre: "Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir." demek suretiyle iştirak nafkasına katılmakla mükellef olduğunu belirlemiştir.

-
- (87) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 389.; AKINTÜRK, Turgut, Medeni Hukuk, 4. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1991, s. 233.; AKINTÜRK, Turgut., Aile..., s. 248. NİHAT, İnal, a.g.e., s. 207.; YILMAZ, Ejder., a.g.e., s. 362.; Yargıtay 2. HD. 14.1.1986 tarihli ve 11124/96 sayılı kararı.
- (88) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 389.; Yargıtay 2. HD. 30.12.1954 tarihli ve 6696/6130 sayılı kararı.
- (89) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 208.
- (90) AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 249.
- (91) Yargıtay 2. HD. 8.10.1971 tarihli ve 5966/96 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 14.1.1985 tarihli ve 10657/72 sayılı kararı.

Kanun koyucunun gerek bu hükümleri düzenlemekteki amacı gerekse, küçüklerin korunması ilkesine kamu açısından verilen değer gözetildiği takdirde şartları varsa hakim, bu konuda her çeşit tedbiri re'sen alır. Bu nedenle iştirak nafakası talep edilmemiş olsa bile, velayeti üzerinde bulunmayan taraf aleyhine dava sırasındaki ekonomik şartları ve sosyal durumunu gözönünde bulundurmak kaydıyla iştirak nafakasına hükmeder (92).

Nafakanın arttırılmasına veya azaltılmasına dair taleplerin kabul edilmesi halinde bu yeni miktar, karar tarihinden değil, davanın açıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere hükme bağlanır (93).

B. İŞTİRAK NAFAKASININ MİKTARI VE SÜRESİ

Hakim, iştirak nafakasının miktarını tayin ederken, aşağıda belirtilen üç noktayı gözönünde tutmak kaydıyla nafakayı re'sen tayin eder (94). Bunlar;

- a) Çocuğun ihtiyaçları,
- b) İştirak nafakası ödeyebek eşin mali gücü,
- c) Velayet hakkına sahip olan eşin mali gücü.

Taraflar davada iştirak nafakasının miktarını kararlaştırmış olurlarsa - anlaşmalı boşanma da proje sunulursa- hakim burada belirtilen nafaka miktarı ve belirlenen süre ne ise ona hükmetmek durumundadır. Bu durum MK. nun 150/V. maddesinde mümkün kılınmıştır. Bu maddeye göre; "Boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dair iki taraf arasına akdedilen mukavelât, hakim tasdikine iktiran etmedikçe muteber olmaz." denilmektedir. Böylece hakim onayı olmadan bu projenin bir anlam ifade etmeyeceği belirtilmek istenmiştir (95).

Anlaşmalı boşanma olmayan bir boşanma davasında davacının ileri sürdüğü iştirak nafakasını kabul eden davalının bu kabulü ile hakim bağlı değildir. Hakim burada araştırma ilkesi gereği tarafların sosyal ve ekonomik durumunu gözönüne alarak hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmetmesi gerekir. Hakim ayrıca nafaka yükümlüsü olan eşini eğitim durumuna ve manevi kabiliyetine uygun işler yap-

(92) ŞENER, Esat., a.g.e., s. 587.; Yargıtay 2. HD. 30.12.1975 tarihli ve 9587/9916 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 4.2.1982 tarihli ve 348/897 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 24.9.1998 tarihli ve 8358/9790 sayılı kararı.

(93) Yargıtay İBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 sayılı kararı (Resmi Gazete 27.12.1957 yayım tarihli ve 9494 numaralı sayısı).

(94) AKINTÜRK, Turgut, a.g.e., s. 277.; Yargıtay 2. HD. 10.2.1944 tarihli ve 3881/602 sayılı kararı.; Yargıtay HGK. 14.10.1949 tarihli ve 5-63/47 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 30.12.1954 tarihli ve 6696/6130 sayılı kararı.

(95) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 209.

maması kendisinde varolan imkanlara göre düşünebilenden daha az bir gelire iktifa ile yetinmesi sonucu çocuğa ödenmesi gereken nafaka azalırsa hakim bu durumu gözönüne alacak ve nafaka ile yükümlü olan eş aleyhine varsayımsal (tahmin edilebilir) gelirine göre nafaka takdir edecektir (96).

Belirlenen nafakanın zaman içerisinde enflasyon vb. gibi nedenlerle değişiklik göstermesi halinde, değişim aleyhine olan tarafın başvurusu üzerine hakim yeni bir nafakaya hükmedebilir. Bu belirlemede de hakim yine, çocuğun ihtiyaçları, yaşı, ülkenin geçim şartları ve kocanın evlilik sırasında çocuklarına sağladığı hayat seviyesi gözönüne alınır (97).

Hakim hangi çocuk için ne kadar nafakaya hükmettiğini kararında ayrı ayrı gösterilmelidir (98).

Hakim, boşanma hükmünün çocukla ilgili kısmını değişen şartlara uydurmak yetkisine sahiptir. Bu hükmü sağlayan MK'nun 149. maddesi şöyledir. "Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi, ölümü gibi bir halin tahdüsüne, hakim re'sen veya ana-babadan birinin talebi üzerine hadisenin iktiza ettirdiği tedbirleri ittihaz eder."

Kanun, mahkeme hükmünün değişmesini gerekli kılabilecek mahiyette yeni olayların hepsini birer birer saymaya kalkışmamış, bunlardan sadece üçünü örnek vermekle yetinmiştir. Bunlar, ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi halleridir. Bunlardan başka, ana babadan birinin hapsedilmesi, alkole veya içkiye düşmesi, ağır bir hastalığa tutulması, mali iktidarının çoğalması veya azalması gibi hallerde hakim boşanma kararının çocuklara ilgili kısmını değiştirebilir.

C. ANLAŞMALI BOŞANMA HALİNDE İŞTİRAK NAFKASI

Anlaşmalı boşanmada proje sunulması ile MK. nun 150/III. maddesinde belirtilen husus işlevini kaybetmesi, hakim in delil toplamaya ilişkin kısmına ilişkin bir durumdur. Yoksa hakim, küçüğün nafakasının belirlenmesinde takdir hakkına her zaman sahiptir (99). Fakat hakim taraflarca boşanmanın mali sonuçlarını ihtiva eden protokolü (proje) uygun bulmadığı takdirde, kendisi gerekli değişiklikleri yapmalı ve uygun öneriyi ortaya koymalıdır. Hakimin getirdiği bu değişiklik önerisini, tarafların kabul etmesi halinde boşanmaya hükmolunur. Yoksa, boşanma kararı verilmez. Bu nedenle yukarıda belirtildiği gibi mahkemeye sunulan proje

(96) Yargıtay 2. HD. 10.6.1993 tarihli ve 5344/5953 sayılı kararı.

(97) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 389.; NİHAT, İnal a.g.e., s. 208.; Yargıtay 2. HD. 10.7.1973 tarihli ve 4711/4582 sayılı kararı.

(98) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 209.; Yargıtay 2. HD. 19.3.1954 tarihli ve 1541/1494 sayılı kararı.

(99) Yargıtay 2. HD. 27.1.1992 tarihli ve 325/592 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 14.2.1995 tarihli ve 925/1772 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 24.9.1998 tarihli ve 8358/9790 sayılı kararı.

uygun değilse hakim, bu projenin içeriğini daima irdeleyebilir ve değiştirebilir (100).

D. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Görev ve yetkinin birlikte tartışılmalı olduğu hallerde; önce görev uyumsuzluğu çözümlenir. Yetki uyumsuzluğu ise görevli mahkeme tarafından incelenir (101).

İştirak nafakasına da kural olarak boşanma davasına bakan Asliye Hukuk Mahkemesi karar verecektir (102).

Boşanma davası açıldıktan sonra gerek MK. nun 137. ve 162. maddeleri uyarınca evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirler; gerekse çocuk kendisine bırakılmayan tarafın nafakaya iştirak derecesinin tayin ve takdiri, Sulh Hukuk Mahkemesinin değil, Asliye Hukuk Mahkemesinin görevidir (103).

2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Boşanma davasıyla birlikte açılan iştirak nafakasına hükmedilmesine ilişkin davalarda yetkili mahkeme medeni yargılama hukukunda belirtilen şekilde, HUMK. nun 9/III. maddesindeki açık hüküm doğrultusunda hareket etmeliyiz. HUMK. nun 9/III. maddesine göre "Boşanma veya ayrılık buna bağlı olarak nafakaya ilişkin davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahı mahkemesi veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi yetkilidir". demek suretiyle seçimlik yetkili mahkemeyi belirlemiştir. Sayın İnal bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

"Boşanma davasının açılmasından sonra - karara bağlanmamış olsa da- aile birliğinin koruyucu her tedbiri almak ve bu arada nafaka takdir etme görevi boşanma davasını inceleyen hakime verilmiş ise de bu hak sınırlı değildir. Onun için hakkında boşanma davası açılan eş başka bir Asliye Hukuk Hakimliğine de başvurup nafaka isteyebilir" demektedir (104).

Biz de İnal'ın görüşünü kabul ederek boşanma davası açıldığında nafakaya ilişkin davalar da yine aynı mahkemenin görev ve yetkisi dahilinde ele alınması

(100) Yargıtay 2. HD. 21.12.1994 tarihli ve 12452/12840 sayılı kararı.

(101) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 240.; Yargıtay 2. HD. 26.2.1973 tarihli ve 1088/1114 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 29.4.1974 tarihli ve 2489/2545 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 5.5.1981 tarihli ve 3368/3442 sayılı kararı.

(102) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 209.; Yargıtay 2. HD. 22.2.1974 tarihli ve 1013/1058 sayılı kararı. (Bu kararında Yargıtay, İştirak nafakasında görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunu belirtmiştir.); Yargıtay 2. HD. 15.6.1987 tarihli ve 4436/5261 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 21.2.1985 tarihli ve 1285/1697 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 14.11.1983 tarihli ve 7808/8525 sayılı kararı.

(103) Yargıtay HGK. 12.2.1969 tarihli ve 68-7/277 sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 17.1.1984 tarihli ve 111/206 sayılı kararı.

(104) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 241.

gerektiğini belirtiyoruz.

İştirak nafakası boşanma kararından sonra da, çocuklar belli bir yaşa ve statüye gelinceye kadar devam edecek olan bir nafakadır. Boşanma davası karara bağlandıktan sonraki iştirak nafakasının artırılması davası ise, karara bağlanan ve kesinleşen boşanma davasının devamı niteliğinde bir dava değildir. Bu nedenle, yetkili mahkeme, artık genel hükümlere göre tespit olunur (105). Dava daha önce Sulh Hukuk Mahkemesinde görülerek tedbir niteliğinde iştiraken yardıma hükmedilmiş olması, boşanma davası sonrasında açılan iştirak nafakasının artırılması davasında, görevli mahkemeyi değiştirmez. Bu davada da görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir (106).

E. İŞTİRAK NAFKASININ SONA ERMESİ

Velayet altında bulunan küçüğün rüşt yaşına ulaşması, -rüşt yaşına ulaşsa bile öğrenim sebebiyle yardıma ihtiyacı bulunmaması halinde- velayet, ihtiyaç duyulmayacak ölçüde kendini geçindirme yaşına ve iş imkanına ulaşması ile iştirak nafakası mahkemeye başvurulup mahkemenin takdiri ile sona erdirilir (107). Yani iştirak nafakasına karar verildikten sonra bu kararda bir süre öngörülmüşse bu durumda, aleyhine iştirak nafakasına hükmedilen tarafından mahkemeye başvurulacak hükmedilen nafakanın kaldırılmasını talep etmesi gerekir. Hakim de, üzerine şartları varsa bu talebe olumlu cevap vermesi gerekecektir.

V. NAFKANIN ARTIRILMASI YA DA İNDİRİLMESİ SEBEBİNE DAYANAN DAVALAR

Mahkemeden alınmış ve kesinleşmiş nafaka ilamında yazılı tutarda nafaka almakta iken, nafaka borçlusunun mal varlığında ve gelirinde bir artma olduğunu tespit eden nafaka alacaklısı, yeniden mahkemeye başvurarak nafakanın artırılmasını isteyebilir. Aynı şekilde nafaka borçlusu da, mahkemeden; nafaka alacaklısının durumunun iyileştiğini öğrendiği takdirde ödemekte olduğu nafakanın uygun bir oranda indirilmesini mahkemeden talep edebilir (108).

Nafakanın azaltılması ya da artırılması taleplerinin kabul edilebilmesi için nafaka taktirinden sonra tarafların durumlarında veya hayat şartlarında önemli bir

(105) NİHAT, İnal, a.g.e., s.210.; Yargıtay HGK. 24.10.1962 tarihli ve 66/53 sayılı kararı; VELİDEDEOĞLU, Hıfı Veldet, a.g.e., s. 250.

(106) Yargıtay 2. HD. 26.4.1976 tarihli ve 3395/3578 sayılı kararı.; Bu konu ayrı bir başlık altında V. Bölümde "Nafakanın Arttırılması ya da İndirilmesi Sebebine Dayanan Davalar" da ele alınacaktır.

(107) NİHAT, İnal, a.g.e., s. 209.

(108) ÖZKAN, Hasan, Hukuk Rehberi, a.g.e., s. 2740.

değişiklik olması gerekir (109).

Nafaka miktarının indirilmesi davalarında, nafaka verecek olan tarafın hali hazırdaki durumu içinde, ne kadar nafaka verebileceğinin tespitini yaparken onun, bütün gelirlerini ve servetini gözönüne alarak, başkaca nafaka ile yükümlü olduğu kimseleri bulunup bulunmadığı soruşturularak inceleme yapılması ve ona göre bir karar verilmesi gerekir (110).

Nafaka miktarının artırılması davalarında da, ana-babanın mali güçlerindeki değişikliklerin yanında özellikle çocuğun yaşı, okulu, sağlık durumu vb. gibi hususlarda meydana gelen değişikliklerin daha fazla bir yardımı zorunlu hale getirip getirmediğinin araştırılması gerekir (111).

A. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Tedbir ve yoksulluk nafakalarının arttırılması veya indirilmesinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. İştirak nafakasının arttırılması ve eksiltilmesinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Daha önce Sulh Hukuk Mahkemesinden alınan nafakanın arttırılması davası görülmekte iken boşanma davası açılmışsa, görevli mahkeme boşanma davasının açıldığı Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Ayrıntılı olarak anlatıldığı gibi her türlü nafaka arttırımı ve indirimine ilişkin davalar Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülür.

2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Tedbir nafakasının arttırılması ve indirilmesi davalarında her yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Diğer nafaka türlerinden yoksulluk ve iştirak nafakasının arttırılması veya indirilmesi davalarında boşanma davasını gören mahkeme ile borçlunun (davalının) konutunun bulunduğu yer mahkemesi yetkili kabul edilmiştir.

B. DAVA AÇARKEN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN HUSUSLAR

Nafakanın indirilmesi ya da kaldırılması davası açıldığında Nafaka borçlusu tarafından, nafaka alacaklısının nafakaya ihtiyacı olmayacak şekilde mali durumunun iyileştiği, sağlığına kavuştuğu, çalışacak hale geldiği, yaşının bü-

(109) Yargıtay 2. HD. 11.3.1974 tarihli ve 1496/1412 sayılı kararı.

(110) Yargıtay HGK. 8.1.1969 tarihli 176/18 sayılı kararı.

(111) FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, a.g.e., s. 393.

yüklüğü, çalışma yaşına kavuştuğu iddialarını ispat etmesi hallerinde nafaka yükümlülüğünün kaldırılması ya da ispat ölçüsünde indirilmesine karar verir (112).

Aynı şekilde nafaka alacaklısı da nafaka yükümlüsünün mali durumunda iyileşme olduğu, nafakaya ihtiyacının devam ettiğini, sağlığına henüz kavuşmadığını, çalışamayacak durumda olduğunu, yaşının küçüklüğü, çalışma yaşına henüz ulaşmadığı iddialarını ispat etmesi hallerinde nafaka oranının artırılmasına hakim tarafından karar verilecektir. Davaya bakan hakim tarafların mali ve sosyal durumlarını araştırarak gerçek nafaka oranını tespit eder ve nafakayı belirler. Bu şekilde açılan nafakanın artırılma veya indirilmesine ilişkin taleplerin kabulünde dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere karar verilmesi gerekir (113).

Boşanma davası sonunda Harçlar Kanunu gereğince, yalnızca maktu harç alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Boşanma davası ile birlikte talep edilen tedbir, yoksulluk ve iştirak nafakası boşanma davasının fer'i bir eki olması nedeniyle bu talepler harca tabi tutulmamıştır. Aynı şekilde bu taleplerin reddi ya da kabulü hallerinde taraflara ücreti vekalet ve harç yükletilemeyecektir (114).

VI. YABANCI ÜLKE MAHKEMESİNCE NAFAKAYA HÜKMEDİLMESİ HALİNDE YAPILACAK İŞLEM

Yabancı ülke mahkemesince nafakaya hükmedildiğine ilişkin verilen ve kesinleşen bir ilama dayanarak Türkiye'de bu ilama müsteniden nafaka talebi ancak yetkili mahkemesince bu kararın tenfizi ile mümkün olabilir.

Fakat bu yabancı ülke mahkeme ilamının Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanunun (MÖHUK) 38. maddesinde belirtilen "tenfizin şartlarını" ve aynı Kanunun 42. maddesinde belirtilen "tanımanın şartlarını" taşıması gerekir (115).

Ayrıca yabancı bir ülkede nafakaya hükmedildiğine ilişkin talebin de Türkiye'de yetkili mahkemesi tarafından 1331, 1482, 1620, 2323, 2331 ve 2029 sayılı

(112) ÖZKAN, Hasan, a.g.e., s. 2740.

(113) YAVUZ, Cevdet, Türk Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuk Mevzuatı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 1996, s. 248.

(114) Yargıtay HGK. 25.9.1996 tarihli ve 2-331/628 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 19.2.1990 tarihli ve 13474/2077 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 8.7.1999 tarihli ve 6117/8057 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 11.1.1996 tarihli ve 13618/186 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 16.11.1998 tarihli ve 10394/122-1 sayılı kararı.; Yargıtay 2. HD. 2.12.1999 tarihli ve 11168/13228 sayılı kararı.

(115) MÖHUK. nun 34. maddesine göre.

Kanunlarla onaylanıp yürürlüğe giren sözleşmeler çerçevesinde hakim tarafından yapılacak araştırma ve inceleme sonucuna göre talebin değerlendirilmesi gerekir (116).

VII. HÜKMEDİLEN NAFKA TUTARININ ÖDENMEMESİ HALİNDE YAPILACAK İŞLEMLER

A. NAFKA BORÇLUSUNA UYGULANACAK CEZA YAPTIRIMI

Nafaka borçlusunu, hükmedilen nafaka tutarını ilâmda gösterilen usul ve şartlarda nafaka alacaklısına ödemekle yükümlü kılınmıştır. Şayet nafaka borçlusuna uymazsa nafaka alacaklısının talebi (şikayeti) üzerine İcra ve İflas Kanununun (İİK.) 344. maddesi uyarınca 10 günden 3 aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır. Nafaka borçlusunu aleyhine bu şekilde ceza öngörülmesinin nedeni nafaka alacaklısının haklarını korumak ve de alacağının alınmasını sağlayarak maddi sıkıntı çekmesinin engellenmesi amaçlanmıştır (117).

Nafaka borçlusunu nafakanın kaldırılması ve indirilmesi talebi nedeniyle dava açarsa, bu dava sonuçlanıncaya kadar nafaka ödemesi kararına uymayan nafaka borçlusuna İİK. nun 344. maddesi gereğince hafif hapis cezası verilmaz. Alacaklının şikayeti bu davanın sonuna kadar bekletilir (118).

Yukarıda belirtilen şekilde nafaka borçlusuna mahkemece -İcra Tetkik Mercii (İTM.)- verilen hafif hapis cezası, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun (CİK.) 4. maddesi gereğince hafif para cezasına çevrilmeyerek, yine 647 sayılı CİK. nun 6. maddesi uyarınca da ertelenmesi (tecil edilmesi) yoluna da gidilemeyecektir.

(116) 1-1331 sayılı Kanunla onaylanıp 18.3.1971 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Nafaka Alacaklılarının Yabancı Memleketlerde Tahsili İle İlgili Sözleşme.

2- 1482 sayılı Kanunla onaylanıp 24.12.1971 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, (Bu sözleşme aynı zamanda 24.10.1956 tarihli Lahey Sözleşmesidir.)

3- 1620 sayılı Kanunla onaylanıp 11.1.1973 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (Bu sözleşme aynı zamanda 15.4.1958 tarihli Lahey Sözleşmesidir.)

4- 2323 sayılı Kanunla onaylanıp, 16.2.1983 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme [Bu sözleşme aynı zamanda 2.10.1973 tarihli Lahey Sözleşmesidir.]

5- 2331 sayılı Kanunla onaylanıp, 6.2.1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, Resmi Gazete No: 1795/a Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme [Bu Sözleşme Aynı zamanda 2.10.1973 tarihli Lahey sözleşmesidir.], Resmi Gazete No:1795

6- 1620 sayılı Kanunla katılmamız uygun görülen, 21.2.1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna dair Sözleşme (Bu sözleşme aynı zamanda 2.10.1973 tarihli Lahey Sözleşmesidir.)

(117) ÖZKAN, Hasan, a.g.e., ss. 2744-2745.

(118) Yargıtay İBK. 16.5.1934 tarihli ve 35/12 sayılı kararı.; Yargıtay İBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 sayılı kararı.

B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Nafaka alacaklısı öncelikle takibin yapılmakta olduğu yer icra müdürlüğüne başvuracaktır. Nafaka alacağını bu şekilde tahsil edemezse bu durumda şikayet hakkını kullanarak takibin yapılmakta olduğu yer İTM. Ceza Hakimliğine başvuracaktır. Belirtildiği gibi görevli mahkeme İTM. Ceza Hakimliği bu tür nafaka alacağının ödenmemesinden kaynaklanan davalara bakmakla görevli kılınmıştır. Yetkili mahkeme ise nafaka alacağının takip edildiği yer icra müdürlüğünün bağlı olduğu İTM. Ceza Hakimliğidir. Şikayetçi konumunda bulunan nafaka alacaklısıdır. Davalı olan da, nafaka borçlusudur.

C. ŞİKAYET ŞARTLARI

Nafaka alacaklısı lehine kesinleşmiş mahkeme ilamı bulunmalıdır. Mahkemenin alınan ilam icra müdürlüğünde takibe konulmalıdır. İcra müdürlüğü nafaka borçlusuna icra emrini bildirmiş bulunmalıdır. Nafaka borçlusuna yapılan bildirim gününden itibaren 1 aylık süre geçtiği halde ödemekle yükümlü olduğu nafaka borcunu nafaka borçlusu ödemediğinde ancak geçerli ve haklı şikayet şartları oluşmuş demektir.

Türk mahkemelerince nafaka alacağına karar verilen ilâmlara müsteniden yabancı ülkede yaşayan kişiler aleyhine takip yoluna gidilmesi de mümkündür (119). 20 Haziran 1956 tarihli "Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsiline İlişkin Sözleşme" (120). Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olması nedeniyle karşılıklı olarak bu sözleşmeyi onaylayan ülkelerden talep edilebilmektedir. Ancak Türk mahkemelerinden alınan nafaka ödenmesine ilişkin ilamlar doğrudan bir kabul anlamı taşımamaktadır. Bu nedenle sözleşmeye taraf olan ülkeden nafaka talebinde bulunulması halinde Türk mahkemelerinden alınan ilâma veya icra memurluğunun kararına istinaden yabancı ülkede bulunan nafaka borçlusunun ücretinden haczen kesinti yapılarak alacağın tahsil edilmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu türdeki bir ilâm ancak, yabancı ülke mahkemesinde bir delil olarak kabul edilmektedir. Çoğunlukla Yabancı ülke yetkili adli makamları, Türk mahkemesince verilen nafaka kararı nedeniyle, nafaka alacaklısına bir vekil tutarak bu alacağını yeniden dava açmak suretiyle ilgili ülke yetkili mahkemesince yeniden mahkeme kararı ile belirlenmektedir.

(119) ÖZKAN, Hasan, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Adalet Yayınevi, Ankara 1996 s. 2187 vd.

(120) 20 Haziran 1956 tarihli "Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsiline İlişkin Sözleşme"ye taraf olan ülkeler Avusturya, Belçika, Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya Cumhuriyeti, Milyetçi Çin, Danimarka, Fas, Almanya, Finlandiya, Fransa, Guatemala, Hollanda, Macaristan, Monaco, Norveç, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, Polonya, Seylan, Şili, Yunanistan'dır.

SONUÇ

Nafaka adında bir koruma mekanizmasının varlığı, her şeyden önce evlilik birliğinin devamını, birlikte meydana gelecek değişimleri gözönüne alarak fertlerin maddi ve manevi bütünlüklerini garanti altına almak, eş ve çocukların yaşamlarını devam ettirebilmeleri için gerekli olan tedbirleri kanun ile hüküm altına alarak aile kurumuna gereken değeri vermek ve verilen değeri de getirilen tedbirler ile hukuk bazında adalet mekanizmasıyla örtüşmesini sağlayarak toplumun geleceğini emin kılmak amaçlanmıştır.

Boşanma davası açılmadan önce de eşler evlilik birliğinin yükümlülüğü gereği birbirlerine bakmakla yükümlü kılınmıştır. Medeni Kanunda bulunan açık hükümler nedeniyle öncelikle kocaya kazancı ölçüsünde karının ve çocukların bakım masraflarını karşılama yükümlülüğü yüklemiştir. Bu yükümlülüğün yanında diğer eş olan kariya da, maddi durumu yerinde olmak kaydıyla ev masraflarına katılma ödevi yüklenmiştir.

Yukarıda anlatılan hususlar nedeniyle de boşanma veya ayrılık davası devam ettiği sürece eşler birbiriyle ayrı yaşamaya hakları kanun ile hüküm altına alındığından, kocanın kariya bakma ödevi, ona ödeyeceği nafakaya dönüştürülerek bu geçiş döneminde aile yükümlülüklerinin önceden olduğu gibi devam ettirilmesine imkan sağlanmıştır.

Nafakanın hukuki anlamda tanımlanması yapılarak konunun hukuki bazda ele alınması temin edilmiştir. Yine nafaka konusu incelenirken makalemize konu teşkil eden ve makale başlığında da belirtildiği gibi "Boşanma Öncesi ve Sonrasında Nafaka" olarak belirlediğimiz makalemiz konusunu sınırlandırarak konuyu inceledik. Bu nedenledir ki, diğer bir nafaka türü olan MK. nun 2. kitabının dokuzuncu babının birinci faslının 315. ve müteakip maddelerinde belirtilen "Yardım Nafakası"nı makalemizde ele almadık.

Nafaka konusunu ele alırken öncelikle bir uygulamacı olarak uygulama açısından konuyu irdelemeyi uygun bulduk. Bu nedenle ele aldığımız nafaka türlerini incelerken görevli ve yetkili mahkemeyi de incelemeyi zorunlu gördük. Ayrıca makalede konu başlığı olarak geçen ve dolaylı olarak nafakayı ilgilendiren "Nafakanın artırılması ya da indirilmesi sebebine dayanan davalar", "Yabancı ülke mahkemesince nafakaya hükmedilmesi halinde yapılacak işlemler" ve "Hükmedilen nafaka tutarının ödenmemesi halinde yapılacak işlemler" gibi hususlara da makalemizde yer vererek konuyu bir bütün olarak ele aldık.

Son olarak konu ile ilgili yayımlanan tüm Yargıtay Kararları incelenerek konu bütünlüğü tatbikat açısından sağlanmıştır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- 1- AKINTÜRK, Turgut., **Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara 1996.
- 2- AKINTÜRK, Turgut., **Medeni Hukuk**, 4. Bası, Ankara 1991.
- 3- BİRSEN, Kemaleddin., **Medeni Hukuk Dersleri-Umumi Esaslar-Şahsın Hukuk- Aile Hukuku**, 4. Bası, İstanbul 1958.
- 4- CAMCI, Ömer., **Boşanma Tazminatı ve Yoksulluk Nafakası**, 2. Bası, İstanbul 1998.
- 5- FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, **Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 1986.
- 6- KÖPRÜLÜ, Bülent,/ KANETİ, Selim., **Aile Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 1989.
- 7- NİHAT, İnal., **Uygulamada Nafaka Davaları**, Ankara 1992
- 8- ÖZKAN, Hasan., **Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı**, Ankara 1996.
- 9- ÖZKAN, Hasan., **Hukuk Rehberi**, Cilt III, Ankara 1999.
- 10- ÖZKAN, Hasan., **Hukuk Rehberi**, Cilt I, Ankara 1999.
- 11- ÖZTAN, Bilge., **Aile Hukuku**, 2. Bası, Ankara 1983.
- 12- SAYMEN, Ferit Hakkı.,/ ELBİR, Halid Kemal., **Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku)**, 3. Cilt, 2. Baskı, İstanbul 1960.
- 13- ŞENER, Esat., **Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma (Yargıtay İçtihatları, Bilimsel Görüşler ve İlgili Mevzuat)**, Ankara 1994.
- 14- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- 15- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet., **Aile Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 1965.
- 16- YALÇINKAYA, Namık.,/KALELİ, Şakir.,

- 17- YAVUZ, Cevdet.,** **Yeni Boşanma Hukuku, 2. Bası, An-
kara 1988.**
- 18- YAZICI, Hilmi., /ATASOY Hasan.,** **Türk Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuk
Mevzuatı, İstanbul 1996.**
- 19- YILMAZ, Ejder.,** **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili
Yargıtay Tatbikatı(1952-1970), Ankara
1970.**
- 20- ZEVKLİLER, Aydın.,** **Hukuk Sözlüğü, 3. Bası, Ankara 1985.**
- Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç
Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hu-
kuku), Gözden Geçirilmiş ve Ge-
nişletilmiş 4. Bası, Ankara 1995.**

KARARLAR

1. Yargıtay İBK. 16.5.1934 tarihli ve 35/12 sayılı kararı.
2. Yargıtay İBK. 16.5.1934 tarihli ve 35/12 sayılı kararı.
3. Yargıtay İBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 sayılı kararı.
4. Yargıtay İBK. 7.12.1959 tarihli ve 11/24 sayılı kararı.
5. Yargıtay İBK. 22.6.1955 tarihli ve 2-37/35 sayılı kararı,
1. Yargıtay HGK. 12.2.1969 tarihli ve 172/114 sayılı kararı.
2. Yargıtay HGK. 12.2.1969 tarihli ve 68-7/277 sayılı kararı.
3. Yargıtay HGK. 14.10.1949 tarihli ve 5-63-47 sayılı kararı.
4. Yargıtay HGK. 24.10.1962 tarihli ve 66/53 sayılı kararı.
5. Yargıtay HGK. 25.9.1996 tarihli ve 2-331/628 sayılı kararı.
6. Yargıtay HGK. 27.1.1968 tarihli ve 575/54 sayılı kararı.
7. Yargıtay HGK. 8.1.1969 tarihli ve 176/18 sayılı kararı.
8. Yargıtay HGK. 24.6.1992 tarihli ve 33/414 sayılı kararı.
9. Yargıtay HGK. 31.10.1990 tarihli ve 452/549 sayılı kararı.
10. Yargıtay HGK. 5.2.1997 tarihli ve 795/52 sayılı kararı.
11. Yargıtay HGK. 12.3.1976 tarihli ve 755/1124 sayılı kararı.
12. Yargıtay HGK. 13.4.1983 tarihli ve 2-1160/370 sayılı kararı.
13. Yargıtay HGK. 26.1.1980 tarihli ve 2-465/2477 sayılı kararı.
1. Yargıtay 12. HD. 11.7.1995 tarihli ve 10722/10480 sayılı kararı.
1. Yargıtay 2. HD. 1.12.1999 tarihli ve 10979/13189 sayılı kararı.
2. Yargıtay 2.HD. 1.12.1999 tarihli ve 10984/13188 sayılı kararı.
3. Yargıtay 2. HD. 1.4.1993 tarihli ve 2422/3152 sayılı kararı.
4. Yargıtay 2. HD. 10.2.1944 tarihli ve 3881/602 sayılı kararı.
5. Yargıtay 2. HD. 10.6.1993 tarihli ve 5344/5953 sayılı kararı.
6. Yargıtay 2. HD. 10.7.1973 tarihli ve 4711/4582 sayılı kararı.
7. Yargıtay 2.HD. 11.12.1992 tarihli ve 12108/12556 sayılı kararı.
8. Yargıtay 2. HD. 11.14.1991 tarihli ve 5341/6714 sayılı kararı.

9. Yargıtay 2. HD. 11.3.1974 tarihli ve 1496/1412 sayılı kararı.
10. Yargıtay 2. HD. 11.1.1996 tarihli ve 13618/186 sayılı kararı.
11. Yargıtay HGK. 12.10.1992 tarihli ve 9035/9435 sayılı kararı.
12. Yargıtay HGK. 12.12.1991 tarihli ve 12851/15466 sayılı kararı.
13. Yargıtay HGK. 12.4.1977 tarihli ve 2978/3081 sayılı kararı.
14. Yargıtay 2. HD. 12.4.1978 tarihli ve 1978/3081 sayılı kararı.
15. Yargıtay 2. HD. 12.3.1993 tarihli ve 1469/2509 sayılı kararı.
16. Yargıtay 2. HD. 14.1.1985 tarihli ve 10657/72 sayılı kararı.
17. Yargıtay 2. HD. 14.1.1986 tarihli ve 11124/96 sayılı kararı.
18. Yargıtay 2. HD. 14.11.1983 tarihli ve 7808/8525 sayılı kararı.
19. Yargıtay 2. HD. 14.11.1991 tarihli ve 11400/14144 sayılı kararı.
20. Yargıtay 2. HD. 14.2.1995 tarihli ve 925/1772 sayılı kararı.
21. Yargıtay 2. HD. 15.6.1987 tarihli ve 4436/5261 sayılı kararı.
22. Yargıtay 2. HD. 15.6.1999 tarihli ve 6360/6848 sayılı kararı.
23. Yargıtay 2. HD. 16.3.1998 tarihli ve 1890/3121 sayılı kararı.
24. Yargıtay 2. HD. 16.11.1998 tarihli ve 10394/122-1 sayılı kararı.
25. Yargıtay 2. HD. 17.11.1984 tarihli ve 111/206 sayılı kararı.
26. Yargıtay 2. HD. 17.11.1969 tarihli ve 4971/5178 sayılı kararı.
27. Yargıtay 2. HD. 18.1.1991 tarihli ve 13114/2776 sayılı kararı.
28. Yargıtay 2. HD. 18.1.1993 tarihli ve 12984/23 sayılı kararı.
29. Yargıtay 2. HD. 18.11.1996 tarihli ve 10938/11905 sayılı kararı.
30. Yargıtay 2. HD. 18.3.1993 tarihli ve 12987/17 sayılı kararı.
31. Yargıtay 2. HD. 18.6.1991 tarihli ve 5362/9459 sayılı kararı.
32. Yargıtay 2. HD. 19.3.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.
33. Yargıtay 2. HD. 19.3.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.
34. Yargıtay 2. HD. 19.2.1990 tarihli ve 13474/2077 sayılı kararı.
35. Yargıtay 2. HD. 19.3.1954 tarihli ve 1541/1494 sayılı kararı.
36. Yargıtay 2. HD. 19.3.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.

37. Yargıtay 2. HD. 2.12.1999 tarihli ve 11168/13228 sayılı kararı.
38. Yargıtay 2. HD. 20.3.1991 tarihli ve 3561/5110 sayılı kararı.
39. Yargıtay 2. HD. 21.11.1990 tarihli ve 7450/11307 sayılı kararı.
40. Yargıtay 2. HD. 21.12.1994 tarihli ve 12452/12840 sayılı kararı.
41. Yargıtay 2. HD. 21.2.1985 tarihli ve 1285/1697 sayılı kararı.
42. Yargıtay 2. HD. 22.2.1974 tarihli ve 1013/1058 sayılı kararı.
43. Yargıtay 2. HD. 22.5.1995 tarihli ve 7299/7306 sayılı kararı.
44. Yargıtay 2. HD. 23.1.1992 tarihli ve 176/560 sayılı kararı.
45. Yargıtay 2. HD. 23.10.1992 tarihli ve 9488/10206 sayılı kararı.
46. Yargıtay 2. HD. 23.11.1990 tarihli ve 3655/11498 sayılı kararı.
47. Yargıtay 2. HD. 23.3.1974 tarihli ve 1921/1961 sayılı kararı.
48. Yargıtay 2. HD. 24.4.1991 tarihli ve 4576/6753 sayılı kararı.
49. Yargıtay 2. HD. 24.9.1998 tarihli ve 8358/9790 sayılı kararı.
50. Yargıtay 2. HD. 25.6.1992 tarihli ve 7011/7347 sayılı kararı.
51. Yargıtay 2. HD. 26.2.1973 tarihli ve 1088/1114 sayılı kararı.
52. Yargıtay 2. HD. 26.4.1976 tarihli ve 3395/3578 sayılı kararı.
53. Yargıtay 2. HD. 26.5.1981 tarihli ve 4080/4114 sayılı kararı.
54. Yargıtay 2. HD. 27.1.1992 tarihli ve 325/592 sayılı kararı.
55. Yargıtay 2. HD. 27.1.1993 tarihli ve 13258/424 sayılı kararı.
56. Yargıtay 2. HD. 27.12.1991 tarihli ve 13068/16197 sayılı kararı.
57. Yargıtay 2. HD. 28.4.1942 tarihli ve 11274/1767 sayılı kararı.
58. Yargıtay 2. HD. 29.1.1974 tarihli ve 398/499 sayılı kararı.
59. Yargıtay 2. HD. 29.11.1941 tarihli ve 4302/3558 sayılı kararı.
60. Yargıtay 2. HD. 29.4.1974 tarihli ve 2489/2545 sayılı kararı.
61. Yargıtay 2. HD. 29.4.1974 tarihli ve 2489/2545 sayılı kararı.
62. Yargıtay 2. HD. 29.4.1991 tarihli ve 4656/7153 sayılı kararı.
63. Yargıtay 2. HD. 29.4.1991 tarihli ve 644/7146 sayılı kararı.
64. Yargıtay 2. HD. 3.6.1982 tarihli ve 4483/4986 sayılı kararı.

65. Yargıtay 2. HD.30.12.1954 tarihli ve 6696/6130 sayılı kararı.
66. Yargıtay 2. HD. 30.12.1975 tarihli ve 9587/9916 sayılı kararı.
67. Yargıtay 2. HD. 4.2.1982 tarihli ve 348/897 sayılı kararı.
68. Yargıtay 2. HD. 4.2.1991 tarihli ve 11144/1815 sayılı kararı.
69. Yargıtay 2. HD. 4.2.1991 tarihli ve 1116/1718 sayılı kararı.
70. Yargıtay 2. HD. 4.2.1991 tarihli ve 11207/1783 sayılı kararı.
71. Yargıtay HD. 4.3.1998 tarihli ve 1421/2560 sayılı kararı.
72. Yargıtay 2. HD. 5.11.1992 tarihli ve 10366/10814 sayılı kararı.
73. Yargıtay 2. HD. 5.2.1991 tarihli ve 11741/1878 sayılı kararı.
74. Yargıtay 2. HD. 5.2.1991 tarihli ve 780/1887 sayılı kararı.
75. Yargıtay 2. HD. 5.5.1981 tarihli ve 3368/3442 sayılı kararı.
76. Yargıtay 2. HD. 5.7.1974 tarihli ve 4635/4440 sayılı kararı.
77. Yargıtay 2. HD. 6.2.1991 tarihli ve 12268/1907 sayılı kararı.
78. Yargıtay 2. HD. 7.10.1996 tarihli ve 7503/9680 sayılı kararı.
79. Yargıtay 2. HD. 7.4.1980 tarihli ve 2746/2958 sayılı kararı.
80. Yargıtay 2. HD. 8.10.1971 tarihli ve 5966/96 sayılı kararı.
81. Yargıtay 2. HD. 8.2.1991 tarihli ve 11621/2095 sayılı kararı.
82. Yargıtay 2. HD. 8.2.1991 tarihli ve 11720/2147 sayılı kararı.
83. Yargıtay 2. HD. 8.7.1999 tarihli ve 6117/8057 sayılı kararı.

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|----|
| BOŞANMA ÖNCESİ VE SONRASINDA NAFKA | 1 |
| GİRİŞ..... | 1 |
| I. BOŞANMA DAVASINA DAYALI NAFKA DAVASININ | |
| DAYANAĞI VE KAPSAM SORUNU..... | 2 |
| A. BOŞANMA DAVASINA DAYALI NAFKA DAVASININ DAYANAĞI .. | 2 |
| B. BOŞANMA DAVASINA DAYALI NAFKA DAVASININ..... | 3 |
| KAPSAM SORUNU | |
| II. TEDBİR NAFKASI..... | 4 |
| A. TEDBİRİN KONUSU | 4 |
| B. DAVA SIRASINDA TEDBİR NAFKASI | 4 |
| 1. Dava Açılmasının Şartları..... | 4 |
| 2. Tedbir Nafkasının Başlangıcı ve Süresi | 5 |
| 3. Nafaka Miktarının Tayin Edilmesi..... | 5 |
| 4. Tedbir Nafkasının Sona Ermesi | 6 |
| C. TEDBİR NAFKASINDA KADIN VE ÇOCUĞUN DURUMU | 6 |
| 1. Kadının Barınmasına ve İnfakına İlişkin Tedbirler | 6 |
| 2. Çocukların Bakımına İlişkin Tedbirler..... | 7 |
| 3. Geçici Tedbire Hakim Tarafından Karar Verilmesi..... | 7 |
| D. DAVADAN AYRI OLARAK TEDBİR NAFKASI İSTENMESİ | 7 |
| E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ | 8 |
| 1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi | 8 |
| 2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi | 9 |
| F. TEDBİR NAFKASINI BAKIM MÜKELLEFİYETİNDEN | |
| AYIRAN YÖNLER | 10 |
| III. YOKSULLUK NAFKASI | 10 |
| A. YOKSULLUK NAFKASININ ŞARTLARI | 11 |
| B. YOKSULLUK NAFKASININ BAŞLANGIÇ ZAMANI | 12 |
| C. YOKSULLUK NAFKASININ MİKTARI VE SÜRESİ | 13 |
| D. YOKSULLUK NAFKASININ NİTELİĞİ | 14 |
| 1. Yoksulluk Nafkasının Maddi Tazminatla Birlikte İstenip | |
| İstenemeyeceği..... | 14 |
| 2. Nafaka Alacağının Sermaye veya İrat Şeklinde ödenmesi | 14 |

| | |
|---|----|
| 3. Yoksulluk Nafakası Alacağı'nın Miras Yoluyla Ödenmesi..... | 16 |
| a) Borçlunun Ölümü Halinde..... | 16 |
| b) Alacaklı'nın Ölümü Halinde..... | 16 |
| E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ..... | 17 |
| 1. Görevli Mahkemenin belirlenmesi..... | 17 |
| 2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi..... | 17 |
| F. ANLAŞMALI BOŞANMA HALİNDE YOKSULLUK NAFAKASI..... | 17 |
| G. YOKSULLUK NAFKASININ KALDIRILMASI HALLERİ..... | 18 |
| IV. İŞTİRAK NAFKASI..... | 18 |
| A. İŞTİRAK NAFKASININ BAŞLANGICI..... | 19 |
| B. İŞTİRAK NAFKASININ MİKTARI VE SÜRESİ..... | 19 |
| C. ANLAŞMALI BOŞANMA HALİNDE İŞTİRAK NAFKASI..... | 20 |
| D. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ..... | 21 |
| 1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi..... | 21 |
| 2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi..... | 21 |
| E. İŞTİRAK NAFKASININ SONA ERMESİ..... | 22 |
| V. NAFKANIN ARTIRILMASI YA DA İNDİRİLMESİ | |
| SEBEBİNE DAYANAN DAVALAR..... | 22 |
| A. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ..... | 23 |
| 1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi..... | 23 |
| 2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi..... | 23 |
| B. DAVA AÇARKEN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI | |
| GEREKEN HUSUSLAR..... | 23 |
| VI. YABANCI ÜLKE MAHKEMESİNCE NAFKAYA | |
| HÜKMEDİLMESİ HALİNDE YAPILACAK İŞLEM..... | 24 |
| VII. HÜKMEDİLEN NAFKA TUTARININ ÖDENMEMESİ | |
| HALİNDE YAPILACAK İŞLEMLER..... | 25 |
| A. NAFKA BORÇLUSUNA UYGULANACAK CEZA YAPTIRIMI..... | 25 |
| B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ..... | 25 |
| C. ŞİKAYET ŞARTLARI..... | 25 |
| SONUÇ..... | 26 |
| YARARLANILAN KAYNAKLAR..... | 28 |

KISALTMALAR

| | |
|-------|--|
| a.g.e | : Adı geçen eser |
| BK. | : Borçlar Kanununun |
| CİK. | : Ceza İnfaz Kanunu |
| E. | : Esas |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| HGK. | : Hukuk Genel Kurulu |
| HUMK. | : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İBK. | : İctihadı Birleştirme Kurulu |
| İİK. | : İcra ve İflas Kanunu |
| İTM. | : İcra Tetkik Mercii |
| K. | : Karar |
| MK. | : Medeni Kanun |
| MÖHUK | : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanun |
| s. | : Sayfa |

AYNÎ SÖZLEŞME VE AYNÎ SÖZLEŞMEYE BENZER YA DA ONUNLA BAĞLANTILI BAZI KAVRAMLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. Demet (ÇELİKTAŞ) ÖZDAMAR (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Giriş §1. Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Bazı Kavramlar

1- Genel Olarak Aynî Sözleşme Kavramı (Contractus Realis, Re Contrahitur, Realvertrag ve dinglicher Vertrag II- Eşya Hukuku Alanında Aynî Sözleşme Kavramı (dinglicher Vertrag) A) Kavram B) Aynî Uyuşma C) Üçüncü Kişi Yararına Aynî Sözleşme ve Sonuçları III- Aynî İşlem IV- Aynî Hak V- Eşyaya Bağlı Borç İlişkileri 2. Aynî Sözleşme ile Bağlantılı Diğer Kavram ve İşlemler I- Aynî Sözleşme ile Taahhüt ve Tasarruf İşlemleri Arasındaki İlişki A) Aynî Sözleşme ile Taahhüt İşlemleri Arasındaki İlişki B) Aynî Sözleşme ile Tasarruf İşlemleri Arasındaki İlişki II- Aynî Sözleşme ile Medenî Hukuktaki Sebep (Causa) Kavramı Arasındaki İlişki. Sonuç A) Aynî Sözleşme ve Sebep Kavramının Bağlantısı B) Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Aynî Sözleşme ve Hukukî İşlemin Sebebe Bağlı Olup Olmaması Sorunu 1- Fransız Hukukunda 2- Alman Hukukunda 3- Türk-İsviçre Hukukunda a) Gayrimenkul Mülkiyetinin Naklinde Aynî Sözleşme ve Sebebe Bağlılık Sorunu b) Menkul Mülkiyetinin Naklinde Aynî Sözleşme ve Sebebe Bağlılık Sorunu

1- GİRİŞ

Medenî Hukuk (özellikle Eşya Hukuku), Borçlar Hukuku, Roma Hukuku ve Ticaret Hukuku gibi bazı Özel Hukuk dallarında rastladığımız, ancak farklı şekillerde kullanıldığını gördüğümüz "aynî sözleşme" kavramı gerçekte neyi ifade etmektedir?

Bu çalışmada; değişik hukuk dallarında, bazen farklı anlamlarda kullanılan aynî sözleşme ile ona benzer diğer kavramlar, aynî sözleşmenin Türk Hukuku'ndaki yeri ve önemi gibi konular, çeşitli hukuk sistemleri de gözönüne alınarak karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

(*) D.E.Ü. Hukuk Fak. Adalet Yüksek okulu Medeni Hukuk Dalı Öğretim Üyesi.

Ş1. Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Bazı Kavramlar**I- Genel Olarak Aynî Sözleşme Kavramı (Contractus Realis, Re Contrahitur, Realvertrag ve dinglicher Vertrag)**

Aynî sözleşme kavramı, 11. Asırda Constantinus Nicaeus tarafından formüle edilmiş, daha sonra da Savigny tarafından geliştirilmiştir (1). Savigny; Roma Hukukunun, mülkiyeti nakil şekillerinden (2) biri olan traditio (teslim) işleminin, başlı başına bir sözleşme (3) , hem de mücerret (soyut) bir aynî sözleşme olduğunu; yani, traditionun esasını (dayanağını) teşkil eden hukukî sebep geçersiz olsa bile, traditionun yine de geçerli olduğunu belirtmiştir. Böylece, ortaya mücerret aynî sözleşme kavramı çıkmıştır (4).

Sözleşmeler; çeşitli bakımlardan tasnife tâbi tutulabilir: Hükümlerinin ilgili olduğu alana göre (Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku veya Borçlar Hukuku alanında hükümler meydana getiren sözleşmeler gibi...), ivazları bakımından, teşekküllerine etkili olan unsurları bakımından (rızaî veya aynî sözleşmeler gibi...), içerikleri ve diğer bazı bakımlardan bu tasnifler karşımıza çıkar (5).

Şekilciliğin hakim olduğu Roma Hukukunda, **Contractus Realis (Re Contrahitur, Realvertrag, Real sözleşme)** olarak ortaya çıkan aynî sözleşmeler, bugünkünden farklı olarak, Borçlar Hukuku alanında hüküm ve neticeler meydana getiren sözleşmelerdi (6). Borçlar Hukukuna ilişkin, bu real (aynî) sözleşmelerin teşekkül etmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli ol-

-
- (1) AYİTER, Kudret: Medenî Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 32-37.
 (2) Roma Hukukunda, mülkiyetin iktisabını sağlayan sözleşmeler üç şekilde yapılabilirdi: Mancipatio, in iure cessio ve traditio (AYİTER, s. 35 vd.); Roma Hukukunun mülkiyeti nakil şekillerinden, traditio özellikle menkul malların iktisabında kullanılan bir yol idi. Ancak, diğer mancipatio ve in iure cessio-yollar ile de bazı menkul malların intikali, belirli şartlar altında sağlanabilmekte idi. Ayrıntılı bilgi için bkz: KOSCHAKER, P./AYİTER, K.: (Modern Hukuka Giriş olarak) Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 133 vd.
 (3) Teslim (traditio), tarafların uyuşmasını içermesi bakımından, sözleşme kavramına dahildir. Fakat teslim, yükümlülük meydana getirmemesi yönüyle bir borç sözleşmesi olmayıp, (mülkiyete ilişkin) aynî hakta değişiklik meydana getirdiğinden aynî bir sözleşmedir. Teslim, bütün ayî sözleşmeler gibi, yeni dogmatikte, tasarruf işlemlerine dahil edilmektedir: von TUHR, (Çev. Kudret AYİTER): "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli" (I. Kısım): AÜHFĐ., C.III, 1946, S. 1, s. 633.
 (4) AYİTER, s. 33; Krş KOSCHAKER/AYİTER, s.142; von TUHR, (I), s. 634.
 (5) İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 3. B. Ankara 1984, s. 78 vd.; ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 3.B., Ankara 1998, s. 66 vd.
 (6) İNAN, s. 83; KOSCHAKER/AYİTER, s. 205; RADO, Türkân: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1982, s. 55-57.

mayıp, ayrıca borçlunun sonradan iade edeceği (sözleşmenin konusu olan) şeyi (res) alacaklıdan alması (ahzükabz etmesi) gerekiyordu. Örneğin; ödünç veya karz akti (mutuum), âriyet (commodatum), vedia (depositum), rehin (pignus) ve daha sonraları (Roma Hukuk tarihinin ileriki devirlerinde) isimsiz sözleşmeler (contractus innominati) (7) Roma Hukukunda bu şekilde aynı sözleşmedir ve bu sözleşmelerin meydana gelmesi için consensus (tarafaların rızası) + res (borçlunun alacaklıdan, daha sonra iade edeceği bir şey alması) gereklidir (8).

Roma Hukukundaki, Borçlar Hukukuna ilişkin aynı sözleşme kavramı (real sözleşme), bir borç sözleşmesinin, bir ifa işlemiyle kurulabilmesini ifade etmektedir (Örneğin; ariyet sözleşmesi, Roma Hukukunda borç doğuran bir sözleşme olmasına rağmen, şeyin ariyet alana teslimi ile kuruluyordu). Oysa, bu günkü Eşya Hukuku anlamında **aynî sözleşme (dinglicher Vertrag)**, tasarruf işlemi ile bağlantılı bir kavramdır. Ancak; tasarruf işlemi, zilyetliğin devri ile tamamlandığı ve aynı sözleşmenin, zilyetliğin devri anında yapılması (yani, her ikisinde de fiilî bir vakia) gerektiği için, Eşya Hukuku anlamındaki aynı sözleşme bir bakıma real sözleşmeye yaklaşmış olmaktadır (9).

Real sözleşme ile bugünkü anlamda aynı sözleşme arasındaki bir başka fark da şudur: Real sözleşmenin (Borçlar Hukukuna ilişkin olduğu için), neticeleri ve hükümleri nisbî olup, yalnız alacaklı ve borçlu arasında dermeyan edilebilir. Halbuki Eşya Hukukunu ilgilendiren aynı sözleşmelerin, hükümleri aynıdır; yani, herkese karşı dermeyan edilebilir (10). İNAN, bu iki kavramı ayırabilmek için Borçlar Hukuku'na ilişkin olana (real sözleşmeye) "**aynî akit**"; Eşya Hukukuna ilişkin olana ise (11), "**aynî neticeler doğuran akit**" (dinglicher Vertrag) demektedir (12).

Borçlar Hukukuna ilişkin aynı sözleşmelerin bu tip bir açıklanma tarzı, modern Borçlar Hukuku sistemlerinin sözleşme serbestisi hudutları içinde, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle, sözleşmenin tamam olacağı ilkesine aykırı düşmektedir. Bu sebeple, Borçlar Kanunumuz aynı sözleşmelere (Realverträge) yer vermemiştir (13). Bugünkü Hukukumuzla göre; sözleşmeler sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile meydana gelir. Bu esas, "**sözleşmelerin rızailiği prensibi**" şeklinde ifade edilir (14).

(7) Bu sözleşmeler (isimsiz real sözleşmeler-contractus innominati-), diğer isimli real sözleşmelerden (contractus nominati) şu şekilde ayrılır: İsimli real sözleşmelerde alınmış bir edanın geri verilmesi; isimsiz real sözleşmelerde ise, daha önce bir edanın kabulü nedeniyle karşı eda istenmektedir (KOSCHAKER/AYİTER, s. 223 vd.).

(8) RADO, s. 55-57; İNAN, s. 83.

(9) TEKİNAY, S. 55.

(10) İNAN, s. 78; 83.

(11) Biz buna (Eşya Hukuku'nu ilgilendiren aynı sözleşmeye), genel kullanım ve uygulama doğrultusunda, "aynî sözleşme" demeye devam edeceğiz.

(12) İNAN, S. 78; 83

(13) İNAN, S. 83.

(14) Roma Hukukunda sözleşmeler dört gruba ayrılmakta idi: Aynı sözleşmeler (re contrahitur), sözlü sözleşmeler (verbis contrahitur), yazılı sözleşmeler (litteris contrahitur) ve rızai sözleşmeler (consensu contrahitur) bu sonuncu sözleşme, Roma Hukukunda, (bugünkü hukukumuzun aksine) istisnai mahiyette idi: RADO, s. 55-58.

Bizim burada, ele alıp inceleyeceğimiz sözleşme türü Borçlar Hukuku'nu ilgilendiren "aynî sözleşme" (real sözleşme, Contractus Realis) değil; bugün özellikle Eşya Hukuku alanında ortaya çıkıp etki gösteren "aynî sözleşme" (dinglicher Vertrag) (15) ve bununla ilgili kavramlar olacaktır (16).

II- Eşya Hukuku Alanında Aynî Sözleşme Kavramı (dinglicher Vertrag)

A) Kavram

Klâsik Roma Hukuku, **menkul** mülkiyetinin geçmesi için malın teslimini (traditio) öngörmesine rağmen, bu usûl bugünkü Medenî Kanunların bazılarında kabul edilmemiştir. Örneğin; Fransız, İngiliz, Japon Medenî Kanunları menkul mülkiyetinin geçmesi için sözleşmeyi (taahhüt muamelesini) yeterli bulmaktadırlar. Buna **sözleşme ilkesi (Vertragsprinzip)** denmektedir (17).

Buna karşın, Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları, Roma Hukuku'nun **teslim ilkesine (Traditionsprinzip)** bağlı kalmışlardır (TMK.m.687). Ancak, buradaki "teslim" (İsviçre Medenî Kanunu'nun orijinal metnindeki gibi), "zilyetliğin nakli" olarak anlaşılmaktadır (18).

Alman Medenî Kanunu § 932, menkul mülkiyetinin geçmesi için; malikin malı, diğer tarafa teslim etmesi ve buna ek olarak, tarafların mülkiyetin geçtiği hususunda anlaşmalarını aramaktadır. Bu sözleşmeye, Alman Hukuk Doktrininde "aynî sözleşme" (dinglicher Vertrag) denmektedir (19). O halde, günümüzde bazı Modern

-
- (15) TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A: Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7.B., İstanbul 1993, s. 54 vd.
- (16) Eşya Hukuku dışında, Ticaret Hukuku alanında, aynî sözleşmeye örnek olarak, -her ne kadar niteliği konusunda tartışma varsa da- taşıma sözleşmesi verilebilir. Taşıma sözleşmesi ile; taşıyıcı, eşyanın karayoluyla taşınmasını belli bir ücret karşılığında taahhüd eder (TK. m. 762). Bu sözleşme, gönderen ve taşıyıcı arasında yapılır. TK. m. 768'e göre; taşıma sözleşmesinin inikadı için tarafların birbirine uygun irade beyanlarından başka, taşınacak eşyanın taşıyıcıya teslimi de şarttır. Bu haliyle, Roma Hukuku'ndaki aynî sözleşmelere benzer bir durum ortaya çıkmaktadır: ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976, s. 820. (Bundan sonraki atıflarda yer alan ÖZTAN ile kastedilen; Bilge ÖZTAN'dır).
- (17) CANSEL, Erol: "Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 333
- (18) CANSEL, s. 333
- (19) Doktrinde yer alan, aynî sözleşme ile ilgili tanımlardan bazıları şunlardır: Aynî hakları kurmaya, değiştirmeye ve özellikle de onları devretmeye yarayan, aynî haklara ilişkin akitlere aynî sözleşmeler (dingliche Verträge) denir. Bu neviden en önemli sözleşme, menkullerde zilyetliğin devrine lüzum gösteren mülkiyetin naklidir: von TUHR (Çev. Cevat Edege): Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Ankara 1988, (Borçlar Hukuku), s. 137-138; Taşınırlarda mülkiyetin devri ya da diğer bir aynî hakkın kurulması için gerekli olan ve zilyetliğin devri ile birlikte tasarruf işlemini oluşturan bu sözleşmeye aynî sözleşme (aynî akit) (dinglicher Vertrag) denir (TEKİNAY, s. 54-55).

Hukuklarda, Eşya Hukuku alanındaki aynî sözleşmelerde, özellikle Borçlar Hukuku alanındaki diğer sözleşmelerden farklı olarak, sadece rızaların birleşmesi (irade beyanlarının uyuşması) yetmemekte; ayrıca, bir de teslim veya tescil (20) gibi fiilî bir vakianın da buna eklenmesi gerekmektedir (21).

Türk MK.m.687'de, böyle bir anlaşma ve tasarruf işleminden söz edilmemektedir. Ancak; Türk Hukukunda da, menkulün mülkiyetinin geçmesi için taahhüt muamelesi yeterli değildir, tasarruf işlemine ihtiyaç vardır (22) Fakat; Türk Hukukunda bu tasarruf muamelesinin, Alman Hukukundaki gibi aynî bir sözleşme olup olmadığı konusu açık değildir. Böylece hukukumuzda; menkul mülkiyetini geçiren tasarruf muamelesinin bir sözleşme, özellikle de aynî sözleşme niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır (23) :

Aynî sözleşme kavramının, hukuk sistemimizde bulunmadığını savunanlar (24) , aynî sözleşmenin, (geçerli bir sebep aranmadan) soyut mülkiyetin intikalini öngören hukuk sistemlerinde sözkonusu olduğunu; yapmacık bir kavram olduğunu; mülkiyetin intikalini sağlayan tasarruf işleminin, taahhüt işleminin aynen yerine getirilmesinden ibaret olduğunu; bu tasarruf işleminin dayandığı hukukî sebebin bazen tek taraflı bir hukukî işlem olduğunu (örneğin, vasiyetname), bu nedenle aynî sözleşmeden söz edilemeyeceğini belirtmişlerdir (25).

Mülkiyetin geçmesini sağlayan tasarruf işleminin, bir sözleşme olduğu görüşünü savunanlar ise şu fikirleri ileri sürmektedirler: Taraflar, mülkiyeti geçirmek için önce bir taahhüt işlemi yaparlar. Fakat, mülkiyetin geçmesi, bir tasarruf işlemi ile sağlanır. Bu işlem yapılırken taraflar iradelerini karşılıklı olarak açıklayacaklardır. Çoğu zaman bu anlaşma, zımnen vardır ve zilyetlik nakledilirken her iki tarafça mülkiyetin devrinin de istenmiş olmasını ifade eder (26). İşte bu uyuşma, aynî söz-

(20) Tescilin hukuki niteliği ile ilgili olarak bkz: § 2. II-B) 3,a).

(21) Krş.: AYİTER, S. 33.

(22) CANSEL, S. 334, 350 vd.

(23) CANSEL, s. 350 vd. OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö.: Eşya Hukuku, 3. B. İstanbul 1982 s. 694: Gerek Doktrin, gerek İsviçre Federal Mahkemesi, mülkiyetin geçmesi hususundaki bu anlaşmayı aramakta, fakat buna bir dayanak gösterememektedir.

(24) von TUHR, (Borçlar Hukuku), s. 137 vd.; Hukukumuzda, aynî etki sözleşme ile değil, sözleşmeden doğan borcun ifası (satılanın teslimi veya tapuya alıcı lehine tescili) ile gerçekleşmektedir: ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 1997, s. 24.

(25) Menkul mülkiyetinin devrinde esaslı unsur, tarafların anlaşmasıdır (ki, Medenî Kanun bundan bahsetmemektedir); taraflar arasında anlaşma (taahhüt işlemi) mevcut bulunmadığı takdirde, zilyetliğin nakli, mülkiyetin devrine yetmez. Fakat, Müşterek Hukuka ve Alman Medenî Kanununun aksine, Türk-İsviçre Hukuku gayrimenkul mülkiyetinin devrinde hiçbir aynî sözleşme tanınamaktadır. Mülkiyetin nakli için borç doğuran bir sözleşme ile tescil yeterli olur (von TUHR, (BORÇLAR HUKUKU), s. 137-138).

(26) CANSEL, s. 356; TEKİNAY, s. 54-55

leşmeyi meydana getirir. Aynî sözleşme, ifa niteliği taşıyan teslim olayından farklıdır. Teslim, aynî sözleşmeden sonra gelen, fakat aynî sözleşme ile beraber yerine getirilen bir ifa fiilidir. Tarafların, aynî sözleşmenin konusu ve irade beyanında bulunan kişiler bakımından da uyuşmaları gerekir.

B) Aynî Uyuşma

Aynî sözleşmenin, rızâî kısmına aynî uyuşma (Einigung) (27) denir (28). Burada özellikle aynî sözleşmenin kabul edildiği hukuk sistemlerinde (örneğin, Alman Hukukunda), mülkiyetin nakli için sadece yalın anlamda bir sözleşme, yani tarafların irade beyanlarının **herhangi** bir şekilde birleşmesi, uyuşması yeterli değildir. İrade beyanlarının birleşmesinin özel bir durumu söz konusu olmalıdır: bu da, **uyuşmanın, aynî hukukî değişikliğe yönelik** olmasıdır (29).

Aynî hukukî durumu değiştirmeye yönelik uyuşma (anlaşma) talikî veya infisahî şarta bağlı tutulabilir. Ancak, gayrimenkullerin devir ve temlikinde bu (şart) mümkün değildir (30). Böylece, gayrimenkuller dışında, diğer durumlarda, mülkiyetin nakline yönelik "uyuşma", sebebe ilişkin (taahhüt işleminin) geçerliliğine bağlı tutulabilir. Ancak, bu şekilde bir şart, genel bir uygulama niteliğinde değil, istisnâî bir durum arzmelidir (Örneğin; taraflar, taahhüt işleminin geçerli olup olmaması konusunda bilgi sahibi değillerse, böyle bir şart mümkün olabilir) (31).

Bu uyuşmaya kural olarak (Eşya Hukukunun özel hükümleri söz konusu olmadığı müddetçe), Borçlar Hukukunun hukukî işlemlere ilişkin hükümleri uygulanır (örneğin; fiil ehliyeti, tasarruf yetkisi, vs. konularında) (32). Aynî sözleşmenin meydana gelmesi için tek başına bir "uyuşma" yeterli değildir; ayrıca teslim veya tescille de birleşmesi gerekir.

(27) Buna karşın, mülkiyet ya da diğer aynî haklardan vazgeçme (terk) için tek taraflı bir irade beyanı (tek taraflı bir hukukî işlem) yeterlidir: WOLF, Manfred: Sachenrecht, 4. Aufl., München 1982, s. 121.

(28) AYİTER, s. 34.

(29) BAUR, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts, München 1976, s. 4-5; WOLF, S. 121.

(30) BAUR, s.44 vd.; WIELING, Hans Josef: Sachenrecht, Berlin 1992, s. 12; Türk Hukuku yönünden de; tapu kütüğüne yapılacak tescil işlemi, infisahî veya talikî şarta bağlanamaz (TST. m.11-12). Ancak, tescile esas teşkil eden satım, bağışlama gibi (borç doğuran) sözleşmelerin, şarta bağlanması mümkündür. Tescilin icrası, ancak şartın gerçekleşmesinden sonra mümkündür. Ayrıca; gayrimenkul mülkiyetinin intikalinde, tapuya mülkiyeti muhafaza kaydı da konulamaz (BK. m. 214) (ERTAŞ, s. 239).

(31) BAUR, s. 45.

(32) WIELING, s. 9; 86.

C) Üçüncü Kişi Yararına Aynı Sözleşme ve Sonuçları

Bir sözleşmede; sözleşmenin tarafları kendi adlarına hareket ettikleri, bir temsil ilişkisi söz konusu olmadığı halde, borçlu edimini üçüncü bir şahsa ifa etmekle yükümlüyse, "başkası (üçüncü şahıs) yararına sözleşme" söz konusudur (BK.m.111) (33). Üçüncü kişi, sözleşmeden doğan alacağı bizzat talep edebiliyorsa, "tam üçüncü kişi yararına sözleşme"; eğer alacağı, sadece sözleşmeyi yapan talep edebiliyorsa, o zaman "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme" söz konusu olur (34).

Üçüncü kişi yararına aynı sözleşmenin mümkün olup olmadığı konusu, özellikle Alman Hukuku'nda çok tartışmalıdır (35). Bu konuda Alman mahkeme kararlarından şu örnek verilmiştir (36) : Alıcı (A) ve satıcı (S) arasındaki bir gayrimenkul alım-satım sözleşmesinde; Alıcı (A), satıcı (S)'nin çocuğu (Ç)'ye, bir miktar paranın ödenmesi konusunda anlaşmış ve ayrıca bu miktarın teminatı amacıyla, çocuk lehine bir ipotek tesisi için (bu çocuğun sözleşmeye iştiraki olmaksızın) anlaşmışlardır. O halde; anlaşma, alacaklı (çocuk) (Ç) ve yeni malik (A) arasında değil, bilâkis (A) ve (S) arasında, çocuk lehine yapılmıştır. Şimdi sorun, bu çocuğun (tescil ile), ipotegi kazanıp kazanamayacağı konusudur.

Bu konudaki görüşler çok farklıdır: Bir görüşe göre, (Ç) ipoteği kazanamaz (37). Ortalama bir yol izleyen ikinci görüşe göre ise; eğer, "gayrimenkulden doğan edimler" yerine getirilmek zorunda ise, o zaman (Ç) ipoteği kazanır (38). Üçüncü bir görüşe göre, (Ç) her durumda ipoteği kazanır (39).

Uygulama açısından bu sorun, irtifak haklarının veya diğer bazı sınırlı aynı hakların (örneğin, ipotek) üçüncü kişi tarafından kazanılması açısından önem taşımaktadır. Yukarıdaki örnekte, Eşya Hukukundaki aleniyet ilkesi gereği, çocuk ipoteği ancak, tapu siciline tescil ile kazanır. Buna karşın, menkul malların üçüncü kişi lehine devir ve temlik (Eşya Hukukundaki) "aleniyet ilkesi"ne (zilyetliğin nakline) uyulmak şartı ile mümkün olmalıdır (40).

(33) REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 12.B., İstanbul 1998, s. 316; İNAN, s. 376 vd.

(34) İNAN, s. 378.

(35) BAUR, s. 39; WIELING, s. 10.

(36) BayObLG in DnotZ 1958, 369; Ayrıca bkz: BGHZ 41, 95 (Naklen: BAUR, s. 39).

(37) RGZ 66, 99; 124, 221; BGH JZ 1965, 361 (Naklen: BAUR, s. 39).

(38) WOLF-RAISER § 38 II 3 (Naklen: BAUR, s. 39)

(39) WESTERMANN § 3 II 4 ve HECK § 10, 7 (Naklen: BAUR, s. 39)

(40) BAUR, s. 39.

Türk Hukuku yönünden de BAUR'un vardığı sonuç aynen geçerlidir ve (Ç) ipoteği, ancak tescil (MK.m.777/1) (aynî şekilde, menkullerde mülkiyeti, teslim- zilyetliğin nakli- MK.m.853) ile kazanır (41). Üçüncü kişi yararına aynî sözleşmeye en belirgin örnek olarak Ticaret Hukuku'ndaki, taşıma sözleşmesi verilebilir. Taşıma sözleşmesi, bir yandan (belli bir sonuç taahhüt edildiği için) istisna sözleşmesi, diğer yandan da (gönderilen, belli şartlar altında, taşıyıcıya karşı bazı haklar ileri sürüldüğü için) üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşır (42).

III- Aynî İşlem

Hukukumuzda aynî sözleşme olmadığını, aksine sadece aynî işlem ya da aynî etkili işlem olduğunu savunan bazı yazarlar vardır. Bunlardan özellikle, ERTAŞ, aynî işlemi şu şekilde açıklamaktadır:

Bir aynî hakka doğrudan etki eden hukukî işleme, aynî işlem veya aynî etkili işlem denir. Eski Hukukumuzda, borçlandırıcı işlem (taahhüt işlemi) ve tasarruf işlem ayırımı yapılmamakta idi. Bu nedenle borçlandırıcı işlem, aynı zamanda aynî etkiler yaratmakta idi. Bugünkü Hukukumuzda ise, her iki işlem birbirinden ayrılmaktadır. Aynî etki; menkullerde, mülkiyeti devre yönelik borçlandırıcı işlemden sonra, eşyanın teslimi (zilyetliğin devri) ile gerçekleşmektedir (MK.m.687). Gayrimenkullerde ise, yine mülkiyeti devre yönelik borçlandırıcı işlemden sonra (MK.m.634), tapuya tescil işlemi (MK.m.633) ile aynî sonuçlar doğmaktadır (43).

Ancak, aynî etkili bu işlemin, bir aynî sözleşme olup olmadığı, -daha önce de belirtildiği gibi- Hukukumuzda tartışmalıdır (44).

VI- Aynî Hak

Kişilere, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan, mutlak haklara aynî haklar (45) denir. Kişinin eşya üzerindeki hakimiyeti bir hakka dayanmıyor, sadece fiilî bir durumdan ibaret ise, buna da zilyetlik denir. Aynî haklar, herkese karşı ileri sürülebilen dolayısıyla herkes tarafından ihlâli mümkün olan, mutlak haklardır. Aynî haklar (46) daha çok sahibinin tek taraflı bir hukukî muamelesiyle değiştirilebilir (47).

(41) Krş.: AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku, C. III, Konya 1994, s. 142, 190.

(42) ÖZTAN, Fırat, s. 820.

(43) ERTAŞ, s. 24; Aynî işlem (ve tek taraflı feragat işlemi), herhangi bir yükümlülük doğurmayan, tasarruf işlemleridir (WOLF, s. 125).

(44) Bkz. bu incelemede, § 1. II-A) ve § 2. II-B) 3-.

(45) Ayrıntılı bilgi için bkz.: AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku, C.I, Konya 1992, s. 5 vd.; şahsî (alacak) hak ise; hak sahibinin hakkını ancak belirli şahıs veya şahıslara karşı ileri sürerek, ondan belirli bir davranışta bulunmasını isteme hakkıdır (ERTAŞ, s. 2 vd.).

(46) Aynî haklar; mülkiyet ve sınırlı aynî haklar (irtifak hakları, gayrimenkul mükellefiyeti, rehin)dir.

(47) AYİTER, s. 33.

Medenî Kanun'un Eşya Hukuku kitabındaki aynî haklara ilişkin hükümleri (48), aynî hak sahibine tanıdığı yetkiler ve koymuş olduğu sınırlamalar, sadece aynî haklara uygulanır; diğer mutlak haklara uygulanmaz (49).

Aynî sözleşme ile aynî hak arasındaki belki de tek bağlantı, her ikisinin de eşyaya (ayına) ilişkin olması ve mutlaklık niteliğidir. Bunun dışında birisi bir sözleşme, diğeri bir haktır.

V- Eşyaya Bağlı Borç İlişkileri

Eşyaya bağlı borç ilişkisi ile aynî haklar ve aynî sözleşme kavramları birbirinden farklıdır. Bir kimsenin sahip olduğu bir eşya dolayısıyla bir borç yükümlülüğü altına girmesine, eşyaya bağlı borç denir. Eşyanın sahibi değiştiğinde, buna bağlı borcun yükümlüsü de değişir. Kira, iştirak, vefa gibi bazı şahsî haklar, tapuya şerh edildiğinde, sonraki maliklere karşı da ileri sürülebilir eşyaya bağlı bir borç ilişkisi yaratırlar (MK.m.919). Bu şahsî haklar, şerh edilmekle aynî hak niteliği kazanmazlar. Çünkü, bu şekilde doğan eşyaya bağlı haklar, herkese karşı değil, yalnız gayrimenkulün sonraki maliklerine karşı ileri sürülebilir (50). Böylece, eşyaya bağlı borç ilişkisi, aynî bir hak olmadığı gibi aynı şekilde, aynî sözleşme ile de bir ilgisi yoktur.

§ 2. Aynî Sözleşme ile Bağlantılı Diğer Kavram ve İşlemler

I- Aynî Sözleşme ile Taahhüt ve Tasarruf İşlemleri Arasındaki İlişki

Bir hukukî işlemde, özellikle sözleşmelerde, taahhüt ve tasarruf işlemi hukuken birbirinden ayrılmıştır. Buna "ayrılma ilkesi" (Trennungsprinzip) denir (51). Taahhüt ve tasarruf işlemlerinin, hukuken, yapay olarak ayırımı (52), ilgili işlemlere uygulanacak kurallar ve sonuçları arasında çeşitli farklılıklar yaratır. Bu şekilde hukukî işlemler, analiz edilerek, her bir bölümdeki sorunlar için uygun çözümler üretilmeye

(48) Aynî haklara hakim olan ilkeler: 1-Mutlak olma. 2- Aleniyet. 3- Sınırlı sayı ve tipe bağlılık. 4- Muayyenlik. 5- Zamanaşımı, hak düşürücü süreye tâbi olmama. 6- Başkasına devredilebilirlik. 7- Kідeme öncelik. 8- Mülkîlik ilkesi (ERTAŞ, s. 16 vd.); Alman hukukunda, Eşya Hukukunun (ve aynî işlemlerin) temel ilkeleri olarak, bu sayılanlara ek olarak bir de, "soyutluk" (Abstraktheit) ilkesi sayılmaktadır. Bu ilkeye göre; aynı hukukî işlem (örneğin; eşyanın devir ve temliki), sebebe ilişkin hukukî işlem (kausales Geschaef-örneğin, satım sözleşmesi) (taahhüt işlemi) eksik, geçersiz veya ortadan kalkmış olsa bile yine de geçerlidir. Ancak, ortaya çıkan istenmeyen durumun sebepsiz zenginleşmeye (§ 812) göre giderilmesi mümkündür (BAUR, s. 46; WIELING, s. 11).

(49) Anayasa Mah. 28.12.1967 T. kararı -R G.30.1.1969 - (Naklen: ERTAŞ, s. 4)

(50) ERTAŞ, s.12 ; AYAN, C.I, s.248 vd.; İNAN, s. 23 vd.

(51) MUSIELAK, Hans-Joachim: Grundkurs BGB, München 1986, s. 101

(52) Tasarruf ve taahhüt ayırımı; Medenî Hukuk'da, teferruatın mülkiyeti konusunda da çok önem taşır: Birinci olarak; asıl şey üzerinde yapılan tasarruf, o şeyin istisna edilmeyen teferruatını da kapsar (MK.m.621). Asıl şey gayrimenkul ise, teferruat, asıl şeyin tescil sonucu intikali ile ayrıca teslimine gerek olmaksızın intikal eder. Asıl şey menkul ise, teferruatın intikali için malikin aslı zilyet olması ve teferruatı da beraber teslim etmesi gerekir. İkinci olarak da; teferruat, bağımsız bir aynî hak konusu olabilir (AYİTER, s.112-116; ERTAŞ, s.202)

çalışılır.

A) Aynı Sözleşme ile Taahhüt İşlemleri Arasındaki İlişki

Borçlandırıcı muameleler (taahhüt işlemleri) (Verpflichtungsgeschäft), alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi kuran, borç doğuran ve dolayısı ile kişinin malvarlığının pasifinde bir artış meydana getiren muamelelerdir (53). Borçlandırıcı işlemler, malvarlığının aktifini veya oradaki herhangi bir hakkı doğrudan doğruya etkilemez, böyle bir hakkı derhal devir, sınırlama, değiştirme veya ortadan kaldırma sonucunu doğurmaz. Borçlandırıcı işlem, genellikle bir sözleşmedir. Fakat bunun tek taraflı bir hukukî muamele olması da mümkündür (örneğin, vasiyetname; ilan suretiyle vaad). Borçlandırıcı muamele, borçlanılan edimin konusunu teşkil eden şeyin mülkiyetini doğrudan doğruya karşı tarafa geçirmeye elverişli değildir (54). Bunun için, ayrıca bir tasarruf işlemine gerek vardır. Bu tasarruf işlemi (özellikle aynı sözleşmenin kabul edildiği hukuk sistemlerinde); Eşya Hukuku alanında aynı sözleşmeyi de beraberinde getirebilir.

Bazı hukuk sistemlerinde, borçlandırıcı muamele ile birlikte hak, karşı tarafa geçmektedir. Örneğin, Fransız MK.m.1138'e göre, borçlandırıcı sözleşmenin kurulması ile birlikte mülkiyet karşı tarafa geçer. Buna karşılık, Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemleri; borçlandırıcı muamele ile tasarruf muamelesini birbirinden ayırmıştır. Hatta bazen, her iki muamelenin şekil ve geçerlik şartları bile farklıdır. Örneğin; bir tasarruf muamelesi olan alacağın temlik, yazılı şekle bağlı; vaadi ise, hiçbir şekle bağlı değildir (BK.m.163). Aynı şekilde, menkul bir malın bağışlama taahhüdü, yazılı şekil şartına bağlı; tasarruf muamelesi niteliğinde olan aynı sözleşme ve teslim (zilyetliğin devri) şekle tabi değildir (55).

B) Aynı Sözleşme ile Tasarruf İşlemleri Arasındaki İlişki

Tasarrufun kelime anlamı; bir malı veya bir hakkı, hukuken yahut da fiilen kullanmaktır: Satmak, kiralamak, ariyet, emanet vermek gibi tasarruflar hukukî; intifa, değiştirme, tahrip etmek gibi tasarruflar fiildir (56).

Tasarruf işlemine gelince; kişinin malvarlığının aktifinde bulunan bir hakkı ya

(53) EREN, Fikret: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C.I, 5.B. İstanbul 1994, s. 229 vd.; ÖZTAN, s. 68.

(54) EREN, s. 229 vd.

(55) EREN, s. 238.

(56) ÖZTAN, s. 68; Eski Hukukta bu sayılanlar yanında; zilyetlik kavramı da, tasarruf kelimesi ile ifade edilirdi (AYİTER, s. 76).

da bir hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, muhtevasını sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işleme, **tasarruf işlemi (tasarruf muamelesi)** (Verfügungsgeschäft) denir (57). Her edim, bir tasarruf değildir. Fakat her tasarruf, bir edimi oluşturur (58). Tasarruf muameleleri, tek taraflı bir hukukî muamele olabileceği gibi, akdî (59) nitelikte de olabilir. Örneğin; tescil talebi ile mülkiyet hakkından feragat (terk), tek taraflı hukukî muamele ile yapılan tasarruf muameleleridir. Buna karşılık, alacağın temliki, menkul mülkiyetini devreden anlaşma (aynî sözleşme) ve borcun ibrası, akdî nitelikte tasarruflardır (60).

Tasarruf muameleleri, genellikle Eşya Hukukunda düzenlenmiştir. Bu sebeple tasarruf muamelelerine, "aynî muameleler" (dingliche Rechtsgeschäfte) de denilmektedir. Örneğin, taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devri, sınırlı aynî hakların kurulması, mülkiyet hakkından feragat Eşya Hukukunda düzenlenmiş bulunan tasarruf muameleleridir. Ancak, Borçlar Hukukunda da düzenlenmiş tasarruf muameleleri vardır: Alacağın temliki, borcun ibrası gibi (61) ...

O halde; gerçekte, aynî sözleşme ile tasarruf muameleleri farklı şeylerdir. Bazı hallerde, aynî sözleşme aynı zamanda bir tasarruf muamelesi olabilir. Bu itibarla, tasarruf muameleleri, aynî sözleşmeleri de içine alan bir kavramdır (62).

Tasarruf muamelelerinde; özellikle Eşya Hukukuna ilişkin tasarruf muamelelerinde, aynî haklara hakim olan ilkelerin çoğu geçerli olacaktır (63).

II- Aynî Sözleşme ile Medenî Hukuktaki Sebep (Causa) Kavramı Arasındaki İlişki

A) Aynî Sözleşme ve Sebep Kavramının Bağlantısı

Her hukukî muamele ve bu arada her kazandırma, belirli bir amaca ulaşmak için yapılır. Taraf veya tarafların, hukukî muamele ile doğrudan doğruya ulaşmak istedikleri amaca, hukukta "sebep" (causa) denir (64). Sebep; herşeyden önce yapılan hukukî muamelenin, tip ve niteliğini gösterdiği için, aynı zamanda bu muameleye

(57) EREN, s. 231 vd.; MUSIELAK, s. 100; ÖZTAN, s. 68.

(58) EREN, s. 231.

(59) Sözleşme şeklinde yapılan tasarruf muamelelerinde, bazen bir taraf, bazen de iki taraf tasarrufta bulunur (Örneğin; hibe ve satış) (AYİTER, s. 39).

(60) Baskın görüş; inşai hakkın kullanılmasını, tasarruf muamelesi olarak kabul etmemektedir (EREN, s. 232); aksi görüş için bkz: AYİTER, s. 38.

(61) EREN, s. 233.

(62) AYİTER, s. 38; Aynı görüşte: WIELING, s. 9.

(63) Krş.: EREN, s. 236.

(64) Saik ise, bir şahsî hukukî muamele yapmaya sevkeden kişisel düşünce, duygu ve güdülerdir.

uygulanacak kuralları da tayin eder. Diğer taraftan sebep, hukukî muamelelerde, özellikle akidlerde, kuruluş ve geçerlik yönünden çok önemli bir rol oynar. Bu nedenle, tarafların hukukî sebep üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Modern Hukukta kazandırma sebepleri, Roma Hukukundaki ayırma benzer bir şekilde genellikle dörde ayrılmaktadır: ifa, alacak, bağışlama ve teminat sebebi (65).

Mülkiyetin geçmesi açısından sebep konusunu ele alırsak; burada tarafların, öncelikle bir borçlandırıcı işlem (taahhüt işlemi, iltizamî muamele) yapmaları gerekir. Bundan sonra da, devrine söz verilmiş olan menkulün teslimi üzerinde anlaşmaları (tasarruf işlemi) ve sonra da malın teslimi (ifa); gayrimenkullerde de tescil gerekir. Tasarruf işleminin ve bu arada, aynı sözleşmenin dayandığı bu taahhüt sözleşmesine, tasarruf işleminin sebebi (illeti) (causa) denir (66). Diğer bir ifade ile hukukî durumu değiştiren bir sebebi (causa) içeren hukukî işleme sebebe ilişkin hukukî işlem (kausal Rechtsgeschaef) (örneğin, satım sözleşmesi) denir. Sebebe ilişkin hukukî işlemin, aynı zamanda aynı hukukî durumu da etkileyip etkilemeyeceğine, ilgili olduğu hukuk düzeni karar verir (67).

Eğer bir hukukî işlem, hukukî aidiyet sebebini (işlemin, hukuken nereye ait olduğunu belirleyen sebebi) içermiyorsa, o zaman bu hukukî işlem soyut (abstrakt) bir hukukî işlemdir. Hukukî işlemin ne sebeple yapıldığı görülemez; görülebilmesi de soyut işlemin geçerliliğine etki etmez (68).

B) Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Aynı Sözleşme ve Hukukî İşlemin Sebebe Bağlı Olup Olmaması Sorunu

1- Fransız Hukukunda

Fransız Hukuku, mülkiyetin iktisabını mümkün olduğu kadar borç sözleşmesi (taahhüt işlemi) ile birleştirmiştir (Fransız MK.m.1138) (69). Müşteri, satış sözleşmesinin tamamlanması ile malik olur ve malın teslimi, sadece ek olarak, onu zilyet kılar. Yalnız; nev'i ile muayyen bir şeyin satılmasında, mülkiyet o şey verilmeden önce iktisap edilemez (70).

Gayrimenkullerde şart olan tapu siciline kayıt dahi, müşteriye esasen sahibi olduğu mülkiyeti temin etmeyip, yalnız üçüncü şahıslara karşı hukukî durumunu

(65) EREN, s. 243-244 vd.

(66) CANSEL, s. 335-336.

(67) BAUMANN, Jürgen: Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. Aufl., München 1984, s. 234.

(68) BAUMANN, s. 234.

(69) Sözleşme ilkesi (Vertragsprinzip) için bu çalışmada bkz: § 1. II-A); CANSEL, S. 333.

(70) von TUHR, (I), s. 635.

kuvvetlendirir. Mülkiyetin iktisabı, satış sözleşmesine dayandığından, satış sözleşmesinin geçerli olmaması halinde mülkiyetin geçmediği mantıken kabul edilmelidir. Satıcının, henüz uhdesinde bulunan mülkiyeti (istihkak davası ile) ileri sürbilmesi gereklidir. Misli mallara ilişkin borçlar hariç, sebepsiz mal iktisabına dayanan bir talebe burada yer olmamalıdır. Buna rağmen, Fransız MK.m.1376 vd. maddelerinde, sebepsiz mal iktisabı talebini, Roma Hukukunda olduğu gibi, sebepsiz olarak verilen bir şeyde mülkiyetin iktisap edilmiş olacağı esasına dayanarak düzenlemiştir. Kanunun, birbirine uymayan bu hükümlerinden *Condictio indebiti*'nin, aynı veya şahsî bir talep olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda, Fransız doktrininde bu güne kadar çözümlenemeyen bir tartışma ortaya çıkmıştır (71).

2- Alman Hukukunda

Tasarruf muamelesinin, borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olmadığı görüşü, Pandekt ilmi tarafından ve bunu izleyen Alman Hukuku tarafından, hem menkullerin, hem de gayrimenkullerin intikalinde kabul edilmiştir (BGB § 925;929) (72). Bu da Alman Hukukunda "soyut aynı sözleşme" (abstrakter dinglicher Vertrag) kavramını yerleştirmiştir.

Alman Hukukunda, "soyutluk ilkesi" (Abstraktionsprinzip) geçerlidir. Bu ilkeye göre; aynı hukukî işlemler, sebebe ilişkin hukukî işlemlerden ayrılmış, çözülmüştür (losgelöst) (73). Soyutluk ilkesi de iki yönden incelenmektedir: **İçeriksel soyutluk (inhaltliche Abstraktion)** ve **dış görünümsel soyutluk (äu_erliche Abstraktion)**. İçeriksel soyutluk, bir aynı işlemin, sebep yönünden, herhangi bir amaca ihtiyacı olup olmasını; dış görünümsel soyutluk ise, aynı işlemin geçerliliği söz konusu olunca, taahhüt işlemine bağlı olup olmasını ifade eder. Alman Hukukuna göre; tasarruf işlemi (aynî işlem), hem amaçtan, hem de taahhüt işleminden kurtulmuştur. Yani, Alman Hukukundaki "soyutluk ilkesi", hem içeriksel, hem de dış görünümsel soyutluğu kapsamaktadır. Fakat, soyutluk ilkesi, hukukî sebep olmadan gerçekleşen hukukî sonucun tümünden kabul edileceği anlamına gelmez. Taraflar, sebepsiz zenginleşmeye (BGB § 812) dayanarak verdiklerinin iadesini isteyebilirler (74).

Soyutluk prensibi sadece; aynı hukukî işlemin, sebebe ilişkin hukukî işlem

(71) von TUHR, (I), s. 635.

(72) CANSEL, s. 336.

(73) BAUMANN, s. 234.

(74) BAUR, s. 42.

(taahhüt işleminden) bağımsızlığını ifade eder. Yoksa hiçbir zaman, aynî hukukî işlemin; ahlâk ve adaba aykırılık, butlân vs. gibi nedenler olsa bile, geçersiz olmayacağı anlamına gelmez. Somut olayda; eksiklik veya geçersizliğin, sebebe ilişkin (taahhüt işlemine) işleme mi, yoksa aynî uyuşmaya mı ilişkin olduğu ayrı ayrı incelenmelidir (Fehleridentität = eksikliğin tespiti) (75).

Soyut hukukî işlemlere özellikle, (Eşya Hukukundaki) aynî hukukî işlemlerde rastlanılır. Ancak bunun yanında, Borçlar Hukukunda da, az sayıda da olsa soyut hukukî işlemler vardır (örneğin; mücerret borç ikrarı, alacağın temliki gibi) (76).

Eşya Hukukuna ilişkin bu aynî hukukî işlemler, taahhüt işlemleri değil, tasarruf işlemleridir (77). Tasarruf işlemleri; hukuk sükeleri arasında, hukukî yükümlülükler meydana getirmezler; daha ziyade, hukuk objelerini belirli hukuk sükelerine bağlarlar (78).

Hukuk sükeleri arasındaki haklar ve borçlar, Borçlar Hukuku ilişkisine göre belirlenir. Fakat, Borçlar Hukuku ilişkisinin (örneğin, satış sözleşmesinin), aynî hukukî işlemin geçerliliğine bir etkisi yoktur. Tahhüt işlemi, geçersiz olsa bile, aynî hukukî işlem geçerlidir. Bu durumda, tarafların birbirine karşı sadece, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması olanağı vardır (BGB § 812) (79). Eşya Hukukuna ilişkin tasarrufî aynî hukukî işlem, kural olarak, Borçlar Hukukuna ilişkin taahhüt işleminden bağımsızdır. Borçlar Hukukuna ilişkin bir hukukî işlem (taahhüt işlemi) çoğu zaman, Eşya Hukukuna ilişkin aynî işlemin hukukî sebebini teşkil eder; ancak, aynî işlemin geçerliliği bundan ayrılmış, soyutlanmıştır (80).

Alman Medenî Kanunu, mülkiyetin intikali konusunda, menkullerde "teslim" prensibine bağlı kalmış; gayrimenkullerde ise, Cermen hukukuna dayanarak, teslim yerine, tapu dairesinde mülkiyetin intikali hususundaki anlaşmanın beyanını (devri) ve yeni malikin tapu siciline kaydedilmesini kabul etmiştir. Kayıt, devirden sonra temlik veya iktisap edenin, şekle bağlı olmayan talebi üzerine yapılır. Genellikle devre, malikin gayrimenkulü temlik edeceğini taahhüt ettiği bir borç (satış) sözleşmesi tekaddüm eder. Alman Medenî Kanunu § 313'e göre, resmî şekilde yapılması gereken bu sözleşme, mülkiyetin intikali için şart değildir. Zira devir, so-

(75) WIELING, s. 11; WOLF, s. 125.

(76) BAUMANN, s. 235.

(77) BAUMANN, s. 66 vd; KASER, Max: Römisches Privatrecht, München 1979, s. 34; MUSIELAK, s. 100-102: "Tasarruf işlemlerinin çoğu, Eşya Hukukuna aittir; bunlar bir eşyadaki hukukî durumun değişmesi ile ilgilidir. Bu nedenle, 'aynî hukukî işlemler' adını alırlar."; Alman Hukuku açısından, taahhüt işlemleri, çoğunlukla sebebe bağlı, sebebi içinde taşıyan işlemler (kausale Rechtsgeschaefte); tasarruf işlemleri ise, her zaman soyut hukukî işlemlerdir.

(78) BAUMANN, s. 66, 168.

(79) BAUMANN, s. 168.

(80) BAUMANN, s. 211.

yuttur: Tarafların beyanı, yalnız mülkiyetin intikaline ait olup, bu intikalin sebebine (causa) ilişkin değildir; devir ve tescilin hükmü, mülkiyetin intikali hususundaki hukukî bir sebep bulunmasına bağlı değildir. Şekle uyulmayarak yapılan ve bu sebeple hüküm ifade etmeyen bir satış sözleşmesi, devir ve tescil ile hüküm ifade eden bir hale gelir (Alman Medenî Kanunu § 313) (81). Bazı devletler (Bavyera, Württemberg ve Baden), Tapu Sicil Nizamnamesinin 98. maddesinde mahallî kanunlar lehine tanınan ihtirazî kayda dayanarak, bu genel kurallardan görünüşte ayrılmışlardır. Buna göre, devir yalnız, resmî şekilde yapılmış bir borç sözleşmesi ibraz edildiği takdirde kabul edilebilir. Buna, notere gitme zorunluluğu denir. Ancak, bu hüküm yalnız usule ilişkindir ve uyulmaması halinde, tescilin Alman Devlet Hukukuna göre, geçerli oluşuna tesir etmemektedir (82).

3-Türk-İsviçre Hukukunda

a) Gayrimenkul Mülkiyetinin Naklinde Aynî Sözleşme ve Sebebe Bağlılık Sorunu

Türk-İsviçre Medenî Kanunları, (Alman Hukukundan farklı olarak), gayrimenkul mülkiyetinin geçmesini geçerli bir hukukî sebebin bulunmasına bağlamışlar (MK.m.932 vd) (sebebe bağlı, illî işlem) (83).

Ancak, burada belirtilmesi gereken bir husus da tescil beyanının niteliğidir. Sicil dışı doğmuş aynî hakların tescilli talebi, hakkın sicile geçmesini sağlayan bir usulî muameledir. Ancak, aynî hakkın kazanılmasının tescile bağlı olduğu hallerde, tescil talebinin hukukî niteliği tartışma konusudur (84).

Eski bir görüş, bu talebi bir aynî sözleşme saymaktadır (85). Bu görüşe göre, talep, akdî nitelikte bir tasarruf işlemidir. Diğer bir görüş ise, tasarruff işlemi, tescile sebep teşkil eden borç (iltizamî) muamelesinin içinde görmektedir (86). Bugün doktrindeki baskı görüşe göre; gayrimenkul mülkiyetinin karşı tarafa geçmesini sağlayacak olan tescil beyanı (tasarruf muamelesi), bir sözleşme olmayıp tek taraflı bir hukukî işlemidir (87).

(81) Türk Hukukuna göre, hukukî sebep (örneğin, satım sözleşmesi) sakatsa, böyle bir tescil, yolsuz bir tescildir. Böyle bir yolsuz tescilin varlığı halinde; 10 sene, çekişmesiz, aralıksız, iyiniyetle, malik sıfatı ile zilyetlik, olağan (adi) zamanaşımı ile gayrimenkulün iktisabını, sağlar (MK. m. 638).

(82) von TUHR, I, s. 635-636.

(83) ERTAŞ, s. 24; CANSEL, s. 336, 351; "Taşınmaz mülkiyetinin devir ve temlikinin geçerli olabilmesi, yasal bir nedene ve illete bağlıdır.": 1. HD. 15.10.1984, E. 1984/8929, K. 1984/10186, (YKD. 1985, C.XI, S. 2, s. 179-181); "Taşınmaz malların mülkiyetini devreden (nakleden) işlemler sebebe bağlıdır. Sebebe dayanmayan bir işlemle mülkiyetin devredilmesi (nakledilmesi) halinde, Medenî Yasanın 931. maddesinden yararlanılmasına yasal olanak yoktur.": 1. HD., 10.4.1989, E. 1989/2585, K. 1989/4417, (YKD. 1989, C.XV, S.11, s. 1541).

(84) OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 208.

(84) BAUMANN, s. 211.

(85) İNAN, s. 79; Tescil talebi, MK. m. 922 menkullerde zilyetliğin naklinde (teslimde) olduğu gibi aynî bir işlemidir.

(86) Bkz. OĞUZMAN, s. 209.

(87) CANSEL, s. 336, 351; AYİTER, Nuşin: Eşya Hukuku, 2.B., Ankara 1983, s. 56; Tescil talebi, aynî haklara doğrudan etki eden bir işlem olduğundan tasarruffi ve yenilik doğurucu bir işlemidir (ERTAŞ s. 145)

Türk-İsviçre Hukuku, tıpkı Alman Hukuku gibi, şekle uygun bir tescil ile yetinmemektedir. Ancak, Alman Hukuku tescilin yanı sıra, mülkiyetin naklindeki soyut anlaşmayı ararken ve ona dayanak teşkil eden sebebe bağlı ilişkiden (örneğin, satış sözleşmesinden) tamamen vazgeçerken (soyutluk ilkesi); Türk-İsviçre Hukukunda ise, gayrimenkul mülkiyetinin intikali, hukukî sebeple (88) (örneğin, geçerli bir satış sözleşmesi ile) beraber, tescile dayandırılmıştır (sebebe bağlılık ilkesi) (89). Böylece Türk-İsviçre Hukuku, Alman tescil ilkesi ile; Fransız hukuk sisteminin, borç sözleşmesinin mülkiyeti naklettirmesi düşüncesini birleştirmiştir (90).

Türk-İsviçre Hukuk sisteminde, mülkiyet iktisabının, hukukî sebebin geçerli olmasına bağlı tutulması ile, dayanaksız mülkiyet intikalleri önlenmiştir. Halbuki, Alman Hukukunda bu gibi durumlar ortaya çıkabilmekte ve olumsuz sonuçları Borçlar Hukukuna dayanan araçlarla (sebepsiz mal iktisabı talepleri ile) giderilmektedir. Türk-İsviçre sistemi; tescil ilkesinin bütün iyi tarafları ile beraber, geçerli olmayan temlik işlemlerinin sonuçlarına karşı maliki, Alman Hukuku'ndan daha iyi korumak gibi bir önceliğe de sahiptir (91).

Türk-İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku karşılaştırıldığında, her iki sistemde de gayrimenkullerde mülkiyetin intikalinin iki kısımdan oluştuğu görülür: Alman Hukukuna göre, devir ve tescil; Türk-İsviçre Medenî Kanuna göre, hukukî sebep ve tescil. Alman Hukukunda, temlik edenin taahhüdü ve tasarrufu birbirinden ayrılmış ve satış sözleşmesi ile devir'e taksim edilmişken Türk-İsviçre Hukukuna göre, tasarruf ve taahhüt aynı hukukî işlemin içindedir (92).

Bundan, alıcının davası ile, talep ettiği şeyin icrası arasında nitelik farkları meydana gelmektedir. Alman Hukukuna göre, dava edilen mülkiyeti devretmeye mahkum edilir; hükmün kesinleşmesi ile beyanı yapılmış sayılır (Alman HMUK.m.894). Alıcı artık, **tescil ile** mülkiyeti iktisap edecektir. İsviçre Hukukuna göre de satıcı, mülkiyetin naklini (yani, gerekli tescil talebinin yapılmasını) dava eder. Fakat, hüküm ile satıcının taahhüdü tespit edilmeyip alıcıya (satış aktine dayanarak) mülkiyet hakkı tanınır. **Hükmün kesinleşmesi ile** davacı malik olur ve (TMK.m.642 II/İsv.MK.m.665 II'ye göre) açıklayıcı olan tescili bizzat temin edebilir (93).

(88) Eğer, bu hukukî sebepte eksiklik varsa, o zaman yapılan tescil yolsuzdur. MK. m. 932 II (İsv. MK.m.947 II), yolsuz tescilin iki halinden söz etmektedir: 1- Hukukî bir sebep olmadan yapılan tescil. 2- Lüzum ifade etmeyen bir hukukî işleme dayanılarak yapılan tescil (örneğin; şekil noksanı, fiil ehliyetinin bulunmaması, muvazaa, irade fesadı, ...vs.): von TUHR, (I), s. 642-646; von TUHR, Andreas (Çev. Kudret AYİTER), "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli" (II. Kısımlar) AÜHFD., C.V, 1948, S. 1-4, s.154 vd.

(89) von TUHR, (I), s. 639 vd.

(90) von TUHR, (I), s. 640 .

(91) Malik, mülkiyet hakkını (karşı tarafın iflasında ya da karşı tarafın halefine karşı dahi) kaybetmez. Meğer ki, halef iyiniyetli olsun. Ancak, iyiniyetin temlik edenin gayrimenkulü iktisap ederken dayandığı borç sözleşmesine de etkisi vardır: von TUHR, (I), s. 641-642.

(92) von TUHR, (II), s. 160.

(92) von TUHR, (II), s. 160.

(93) von TUHR, (II), s. 161; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku, C.II, Konya 1993, s. 194.

b) Menkul Mülkiyetinin Naklinde Aynî Sözleşme ve Sebebe Bağlılık Sorunu

Menkul mülkiyeti, gayrimenkul mülkiyetinde olduğu gibi, devren ve aslen olmak üzere iki şekilde iktisap edilir. Menkul mülkiyetinin devren iktisabı da, ya eşyanın zilyetliğinin devri, ya da zilyetlik devredilmeden (94) gerçekleşir.

Aslen iktisap halleri ise: ihraz, lükata (buluntu), zamanaşımı ile iktisap, gömü (define), işleme, karışım ve bileşim ile iktisaptır (95). Menkul mülkiyetinin naklinde aynî sözleşme ve sebebe bağlılık sorunu ile ilgili olarak; menkul mülkiyetinin devren iktisabı konusu ele alınacaktır. Çünkü, diğer durumlarda herhangi bir sözleşme, özellikle aynî sözleşme söz konusu olmaz. Menkul mülkiyetinin devren iktisabı için kural olarak (istisnaî durumlar dışında) teslim (zilyetliğin nakli) gereklidir (MK.m.687) (96).

Türk Hukuku'nda menkullerin mülkiyetinin nakline ilişkin tasarruf işleminin, borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmadığı konusu (MK.m.687), (ağırlıklı görüş, bunun da -gayrimenkullerde olduğu gibi- geçerli bir sebebe bağlı olduğunu savunsa dahi) hale tartışmalıdır (97).

Taraflar, tasarruf işlemini geçerli olarak yapmışlar (örneğin (A), malı satmak niyeti ile teslim etmiş, (B) ise, hibe niyeti ile teslim almış), fakat bu işlemin dayandığı borçlanma işlemi üzerinde anlaşamamışlar ise, bu durumda tasarruf işleminin sebebe (geçerli bir borçlanma işlemine -hibe ve satış-) bağlı olup olmadığı, çeşitli hukuk sistemlerine göre farklı düzenlenmiştir. Hukuk sistemleri, burada izledikleri hukuk politikası ile alacaklı veya borçluyu öncelikle koruma amacına göre, bu işlemi ya sebebe bağlamıştır (illî -sebebe bağlı- işlem) ya da bağlamamıştır (soyut işlem).

Eğer, tasarruf işleminin geçerliliği, geçerli bir borçlanma işlemine bağlı tutulursa (**sebebe bağlı; illî işlem**), örnekteki (B), mülkiyeti elde etmiş olmaz ve (A) malın maliki kaldığı için, istihkak davası (MK.m.618/II) veya tapu sicilinin tashihi davasıyla (MK.m.933) (ikisi de Eşya Hukuku kökenli aynî bir dava) malı geri alabilir (98).

(94) Örneğin; miras, şirketlerin birleşmesi gibi küllî halefiyet halinde (MK. m.539, TTK.m.151); müzayedede ihale (bu kuralın cebri açık arttırmaları da kapsamı gerekir) ile (BK.m.213) (ERTAŞ, s. 415 vd.); GSCHNITZER, Österreichisches Sachenrecht, 2. Aufl., Wien-New York 1985, s. 104.

(95) İhraz ve buluntu yoluna iktisapta, malik olmak iradesiyle zilyetlik şart olduğundan, bulanın temyiz kudretine sahip olması gereklidir (ERTAŞ, s. 415 vd.)

(96) "Bir kimse, taşınır malı iyiniyetle ve malik olmak üzere teslim alınca mülkiyetini edinmiş olur.": 15. HD., 25.10.1984, e. 1984/2513, K. 1984/3212, (YKD., 1985, C.XI, S.3, s. 401 vd.); "Taşınır mal hükümündeki tapusuz taşınmazların satış işlemi, teslim ile tamamlanır ve şekle bağlı değildir. Dava konusu taşınmaz, tapusuz iken davacıya satılmış ve teslim edilmiş ise, mülkiyet iktisap edilmiş sayılır. Davacı sonradan tesisi olunan tapu kaydının iptalini ve bu arada taşınmazın kendi adına tescilini isteyebilir.": 14.HD., 21.1.1985, E.1984/4038, K.1985/512, (YKD., 1986, C.XII, S.3, s. 388 vd.)

(97) Leh ve aleyhteki görüşler için bkz.: CANSEL, s. 336-338; ERTAŞ, s. 24.

(98) CANSEL, s. 339 vd; EREN, s. 250 vd.

Buna karşın, geçerli bir borçlanma işlemi aranmaz (yani, **soyut -illetten- mücerret-** bir tasarruf işlemi yeterli görülür) ise, (B) mülkiyeti elde eder. Ancak, (B) sebepsiz olarak zenginleştiği için, (A) ona karşı sebepsiz zenginleşmeye (BK.m.61) dayanan bir iade davası (Borçlar Hukuku kökenli, sadece bir alacak hakkı veren şahsî bir dava) açar (99).

Eğer, menkul mal, (B)'nin elinden çıkmışsa, hukukî işlem soyut (illetten mücerret) kabul edilirse; malı satın alan iyiniyetli üçüncü kişi (C), teslim (zilyetliğin nakli) ile malın maliki olur. (C)'ye karşı bir hak ileri sürülemez. Oysa, sebebe bağlı (illî) işlemde; üçüncü kişi (C), menkul malı iktisap etmez; aynı nitelikli istihkak davası, ona karşı da etkili olur.

Buna karşın, menkul mal halen (B)'nin elinde bulunuyorsa, menkulün kendisinin iadesi bakımından, sebepsiz zenginleşme ve istihkâk davasında bir fark olmamakla beraber, semere ve yapılan masraflar bakımından farklılıklar doğabilir (100). Örneğin; sebepsiz zenginleşmede semereler iade edilirken (BK.m.61,m.63), istihkak davasında bu iade borcu doğmaz, sadece talep edilen masraflara mahsup olunur (MK.m.907 vd). Yine, zamanaşımı; istihkak davasında sınırlı değilken (MK.m.701 /I: iyiniyetli müktesip lehine 5 yıllık zamanaşımı bunun istisnasıdır), sebepsiz zenginleşme davası bir süreye bağlıdır (1 ve 10 yıl) (BK.m.66).

Tasarruf işleminin geçerliliğinin, geçerli bir borçlanma işlemine bağlı tutulmamasını savunanlar bunun (**soyut bir tasarrufî işlemin** yeterli görülmesinin) başlıca nedeninin; hukukî işlemlerde güveni sağlamak ve aksi bir uygulama halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanının daralacağı (102) olduğunu belirtmişlerdir.

Menkul mülkiyetinin intikalinin **geçerli bir borçlandırma işlemine** dayanması (illî olması) gereğini savunanlar ise şu görüşleri ileri sürmüşlerdir: Müşterek Hukukun getirmiş olduğu soyut sözleşme kavramı, menkul mülkiyetinin de geçerli bir borçlandırıcı işlem aranmasına gerek olmaksızın, sadece tasarruf işlemi ile intikalini sağladı. Ancak, bu tür mülk edinmenin sosyal gerçeklere ters düştüğü söylenebilir. Çünkü hiç kimse, hiç düşünmediği bir biçimde malını başkasına devretmiş sayılmak istemez. Kişi, malını satma niyetiyle teslim ederken, karşı taraf da hibe niyetiyle

(99) EREN, s. 250 vd; CANSEL, s. 339 vd.

(100) CANSEL, s. 339 vd.

(101) Ancak, böyle bir sistemin kötü niyetli müktesibi de koruyacağı açıktır. Bugünkü kanunlara Roma Hukukunun tanımadığı bir kavram olan "iyiniyet" kavramının girmesi ile, bu şekilde soyut bir aynı sözleşme sistemine gerek olmadığı ileri sürülmüştür (CANSEL, s. 341 vd; von TUHR, (I), S. 634 vd.).

(102) CANSEL, s. 341-348 vd.

alır, bu mülkiyetin intikali sonucunu doğurmamalıdır. Menkul mülkiyetinin soyut tasarruf işlemi ile geçirilmesi biçimi, Medenî Kanunumuzun yapısına, sosyal gereksinim ve hukukî güvenliğe uygun düşmemektedir. Tıpkı gayrimenkullerde olduğu gibi, menkul mülkiyetinin geçmesi için de, geçerli bir borçlandırıcı işlem olmalıdır. Taraflar, bu borçlandırıcı işlemi hiç nazara almadan, soyut bir tasarruf işlemi ile menkul mülkiyetinin geçeceğine dair sözleşme yapamazlar (103). Soyutluk ilkesi lehinde öne sürülen en büyük gerekçe, bu ilkenin hukukî istikrar ve alışveriş hayatında güveni sağlamasıdır (104). Ancak, sebebe bağlılık sisteminde iyîniyetin korunması ilkesi, bu güven ilkesinin yerini alabilir. Kıymetli evrak hukuku (çek, poliçe vs.) bir tarafa bırakılırsa, Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu yönünden tasarruf işlemleriyle borçlandırıcı işlemlerin sebebe bağlı (illî) işlemler olduğu söylenebilir. Esasen; MK.m.932 ve m.933'e göre Türk Hukuk sistemi, gayrimenkullere ilişkin aynî hakların devrinde, yani aynî tasarruf işlemlerinde sebebe bağlılık ilkesini kabul etmiştir. Aynı sonuç, taşınır mallar yönünden de doktrin (105) ve uygulamadaki hakim görüş tarafından savunulmaktadır (106).

Ayrıca; şunu da belirtmek gerekir ki; ister illî, ister soyut sistem kabul edilmiş olsun, tasarruf işlemindeki sakatlık ve geçersizlikler, borçlandırıcı işlemi etkilemez, onu da geçersiz kılmaz. Burada tam bir bağımsızlık ilkesi geçerlidir. Tasarruf işlemi geçersiz olsa bile, borçlandırıcı işlem geçerli ise, geçerliliğini korur. Bu takdirde, yeni ve geçerli bir tasarruf işlemi yapmak gerekir (107).

SONUÇ

Sonuç olarak, aynî sözleşme kavramı iki anlama gelmektedir: Birinci olarak; Roma Hukuku'nda, Borçlar Hukuku alanında hüküm ve neticeler meydana getiren real sözleşmeler kastedilmektedir. Bu real sözleşmelerin meydana gelmesi için, tarafların rızası (consensus) ve borçlunun alacaklıdan, daha sonra iade edeceği bir şeyi alması (res) gerekiyordu. Bu anlamda aynî (real) sözleşme, nisbî etkiler yaratan bir sözleşmedir.

(103) CANSEL, s. 348 vd.

(104) von TUHR, (II), s. 162.

(105) Taahhüt sözleşmesi geçerli değilse, aynî sözleşme de geçerli değildir. Bu iki işlem arasında sıkı bir hukukî birlik vardır. Ancak, taahhüt sözleşmesi geçerli olmasına rağmen, aynî sözleşmenin geçerli sayılmaması mümkündür (Örneğin; taahhüt sözleşmesi geçerli olmasına rağmen aynî sözleşme muvazaa nedeniyle geçerli olmayabilir). Aynî sözleşmeyi yapanların fiil ehliyetlerinin bulunmaması halinde de, taahhüt işlemi ve aynî sözleşmenin hukuki sonuçları farklı hükümlere tâbi olur (CANSEL, S. 356).

(106) BGE 55 II 306 E.2., 93 II 375 vd. (Naklen: EREN, s. 251).

(107) EREN, s. 252.

Bugün daha çok Eşya Hukuku'nda kullanılan şekliyle "aynî sözleşme"nin (dinglicher Vertrag) ikinci anlamı ise; aynî haklarda değişiklik meydana getiren (özellikle mülkiyetin nakline yönelik) sözleşmelerin oluşması için, tarafların irade beyanlarının uyuşması yanında, (menkullerde) teslim veya (gayrimenkullerde) tescil gibi fiilî bir vakianın işleme katılmasını gerektiren bir sözleşmedir. Fiilî bir vakianın katılması nedeniyle, Roma Hukukundaki aynî sözleşmeye benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Ancak, (Roma Hukuku'ndaki real sözleşmeden farklı olarak) bugünkü şekli ile "aynî sözleşme" (dinglicher Vertrag), aynî etkiler yaratan bir sözleşmedir.

Pandekt Hukuku ve bunu izleyen Alman Hukuku'nda, yerleşmiş bir kavram olan aynî sözleşme; hem gayrimenkullerin, hem de menkullerin intikalinde, tasarruf işleminin, taahhüt işlemine bağlı tutulmaması nedeniyle uygulama açısından çok anlam ve önem kazanmıştır. Böylece aynî sözleşme; Alman Hukuku'nda, "soyut aynî sözleşme" (abstrakter dinglicher Vertrag) ile aynı anlamı taşımaya başlamıştır. Bu sonuç da genel olarak, Alman Hukuku'nda "soyutluk ilkesi" (Abstraktionsprinzip) olarak ifadesini bulmuştur.

Türk Hukukuna gelince; gayrimenkullerin naklinde, tasarruf işleminin taahhüt işleminin geçerliliğine bağlı olduğu konusu tartışmasız bir şekilde çözüme bağlanmıştır (MK.m.932). Menkul mülkiyetinin naklinde, tasarruf işleminin taahhüt işleminin geçerliliğine bağlı olup olmadığı konusu ise, -doktrindeki baskın görüş, bunun sebebe bağlı (illî) olduğunu kabul etmekle beraber- halen tartışmalıdır.

Türk Hukuku'nda aynî sözleşme kavramına gelince; bu kavram, (nadiren, gayrimenkul mülkiyetinin naklinde de kullanılsa dahi) esasen, menkul mülkiyetinin naklinde, tasarruf aşamasında fiilî vakia (teslim -zilyetliğin nakli-) ile beraber tarafların irade beyanlarının uyuşmasını ifade etmektedir.

Aslında aynî sözleşme; Türk-İsviçre Hukuku'ndaki mülkiyetin intikalinde sebebe bağlılık ilkesi nedeniyle, hukuk sistemimize tam oturmayan bir kavramdır. Belki de, mülkiyetin intikalindeki, taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birbirine sebepsel olarak bağlılığı nedeni ile böyle bir aynî sözleşmenin varlığını kabul de pratik açıdan pek fayda sağlamayabilir. Özellikle Eşya Hukuku'nda, her ne kadar aynî sözleşmeden söz edilse de, aslında burada kastedilen (ve belki de tartışmasız kabul edilen) işlemin "aynî (etkili) bir işlem" olduğudur.

TERÖR SUÇLUSU MAHPUSLARIN TRETMANI

Dr. Mustafa T. YÜCEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Giriş. 2-Mahpusluk. 3- Genelde Cezaevleri. 4- Terör Suçlusı Mahpusların Tretmanı. 5.1- Cezaevleri ve Penolojik Gerçekler. 5.2- Tehlikeli Tutuklu/Hükümlü. 6-Cezaevinde Gözlem ve Sınıflandırma. 6.1-Cezaevinde Hükümlülerin Eğitimi. 6.2- Yetişkin Hükümlülerin Çalıştırılması. 7-Sonuç.

GİRİŞ

Terör günümüzde 1970-80'li yıllara göre değişik bir tablo sergilemektedir. O tarihlerde ideolojik ve siyasal nitelikli olan sağ (neo faşizm) ve sol (marksizmin türevleri) yerine şimdilerde etnik ve dinsel fanatizm almıştır. Yine o tarihlerde daha fazla "rehin alma" ile simgeleyen terör eylemleri şimdilerde bombalama, gazlı saldırı ve benzeri imha yöntemleri ile fazlaca insanın ölümüne sebebiyet verebilmektedir.

Teröristlerin sergiledikleri eylemler artık ahvali adiyeden banal görünümü ile (suç olgusu benzeri) kitle iletişim araçlarında yer almakta; terör eyleminin ilk sayfadan sekiz sütuna manşet olması gerekmektedir.

Terör eylemleri, şimdilerde, oldukça akışkan bir görüntü sergilemekte; hiyerarşik yapıdan yoksun, tanınabilir bir modus operandi'si de bulunmayan; öteyandan, terör örgütleri/grupları arasında sanki bir terör internet ağı kurulmuş gibi kendiliğinden oluşan bir işbirliği profili vermektedir.

Terörle mücadelede gerçekçi bir yaklaşım için, sorunun tek yanlı/tarafalı bir çözümü olmadığı algılanarak diyalog tesisi ve pişmanlık yasalarının önemli ve vaz geçilemeyecek parametreler olduğu bilinmelidir. Bu doğrultudaki ikinci bir saptamada, evrensel boyuttaki bu olguya evrensel boyutta çözümleme getirilmesi bi-

(*) Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürü-Hakim

lincinin yerleştirilmesidir. Teröristler bakımından küresel boyutta mobiliteye tanık olunmaktadır. Afganistan milli mücadelesinde yer alan mücahitler dünyanın dört bir yanında boy göstermeğe başlamış; yurtlarına dönen bu mücahitler arasında ilişkiler devam etmiştir. İşte Afganistan örneğinde artı ve eksileri olan bu katılımın belgelediği üzere, uluslar arası bir iletişim platformuna tanık olunmaktadır. Nitekim, New York borsasının bombalanması olayında yer alan failer dışardan gelip, suçu işledikten sonra gitmişlerdir.

Tüm olumsuz işaretlere karşın gelişen istihbarat toplama ve paylaşımındaki işbirliği artışı; fiziksel güvenliği sağlamadaki gelişmeler, uçaklara silah ve patlayıcı madde sokulmasının zorlaştırılması yanında teröristlerle görüşme tekniklerinde kaydedilen gelişmeler olumlu göstergelerdir.

İşte 70-80 yıllarındakinin aksine ahlaki duygular ve kamu oyunun tepkisini göz ardı eden bugünkü teröristlerin amacı fazla zayıf vermek suretiyle gündemde kalmaktır. Zayıfın boyutlarını tasarlamak bile imkansızlaşmaktadır- Hizbullah/Hizbulvahşet bu olgunun en tipik örneğidir (1). İşte bu vahşet tablosuna karşın yaşam korkulu/korkusuz devam etmektedir.Yalnız, kitlesel imha silahları, kimyasal, biyolojik ve nükleer silahlar kullanılmaya başladığında küresel tehdit ve korku kaçınılmaz bir nitelik arz edecektir. İşte toplumsal/küresel risk oluşturan terör suçlusu mahpusların cezaevlerinde nasıl bir tretmana tabi tutulması gerektiği ülkemiz gündemindeki temel sorunlardan biri olarak varlığını sürdürmektedir. Aşağıda bu konudaki normatif yaklaşım ile uygulama gereklerine ayrıntılı olarak değinilmektedir.

2. Mahpusluk

Ceza yaptırımları sisteminde yer alan hürriyeti bağlayıcı ceza, en pahalı bir yaptırım türüdür. Salıverilen hükümlülerin yeniden suç işlemesini önlemek açısından da diğer yaptırımlardan daha başarılı değildir (yaptırımların ikamesi teorisi). Ne var ki, bu yaptırım türü, mahpusluk süresince, halkı zarar görme riskinden korumakta ve ciddi suçlar için halkın ölç alma ihtiyacını karşılamaktadır.

Genelde bu yaptırım türünün toplumda işlenen suçların azalmasına doğrudan yapabileceği katkıyı belirlemek hiçte kolay değildir. Bunu etkileyen faktörler arasında;

(1) "Bu tür altkültürde şiddet, yaslanmış bir davranış olarak görülmediğinden, şiddete başvuran şahıs suçluluk duygusuna sahip olmaz. Ona göre şiddet, sorunların çözümü için gerekli olan, yaşam tarzının doğal bir parçasıdır." İ. Tufan. "Türk Toplumunda Silah ve Şiddet" **Bizim Gazete** (29/03/2000)s.6.

- Kişinin dışarıda olsaydı ne kadar suç işleyeceğinin bilinemediği;
- Ceza adaleti sisteminin, fazlaca suç işleyen kişilerin cezaevine gönderilmesini sağlamadaki başarı derecesinin bilinmediği;
- Suçların sayısalılığı kısmı bir ölçme olup, sebebiyet verdikleri zarar ve ziyanın göz önüne alınmadığı;
- Farklı ölçümlerin farklı sonuçlar vermesi; ve özellikle kolluktaki suç kayıtlarının mağdurlar üzerine yapılan anketlerden daha düşük olması yer almaktadır.

Tarling (1994), İngiliz cezaevlerindeki hükümlü sayısı ile mevcut suç miktarına bakarak, İngiltere'de suç oranında yüzde 1'lik bir azalma sağlanması için cezaevi nüfusunda yüzde 25'lik bir artış olması tahmininde bulunmuştur. A.B.D'de yapılan tahminde ise, cezaevi nüfusunda yüzde 1'lik bir artışla suç oranında yüzde 0.12 ve yüzde 0.2 arasında ve en iyi tahminle yüzde 0.16'lık bir düşme olacağı belirtilmiştir. İki ülke arasındaki farkın önemli nedeni ise, ABD cezaevi nüfusunun İngiltere'dekinden çok fazla olması ve yüzde 25'lik bir artışın cezaevleri toplam nüfusuna 400.00 hükümlü ilavesinin işlenecek suçlar üzerindeki etkisi, İngiltere'de yaklaşık 16.000 hükümlü nüfusuna yüzde 25'lik bir ilavenin etkisinden daha fazla olacaktır. Bu açıklamaları matematiksel bir baza oturtmak, mahpusluğun suç önlemedeki maksimum etkisini belirlemek üzere şu formüle başvurulabilir:

$$S (\text{max}) = Y \times S$$

S (max) = Mahpusluk nedeniyle önlenen maksimum sayıdaki suç

Y = Yıl olarak mahpusluk süresi

S= Suçlu tarafından bir yılda işlenen suç

Dünya cezaevi nüfusuna bakıldığında 8 milyondan fazla insanın tutuklu/hükümlü olarak cezaevlerinde kaldığı; ve bu nüfusun yarısından fazlasının ABD (1.7 m), Çin (1.4 m) ve Rusya'da (1 m) bulunduğu görülmektedir. 100.000 nüfusa oranla en fazla cezaevi nüfusu barındıran ülkeler sıralamasında 685 ile Rusya, sonra ABD (645), Belarus (505), Kazakistan (495), Bahama (485) Singapur (465) ve Azerbaycan (325) gelmektedir. Ülkelerin % 65'inde ise oran 150 veya altındadır. Seçilmiş Avrupa ülkeleri bakımından bu oranın dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

| Ülke | Cezaevi nüfusu | Tarih | Oran |
|-----------|----------------|---------|------|
| Avusturya | 6.946 | 1/9/97 | 85 |
| Almanya | 74.317 | 1/9/97 | 90 |
| Fransa | 53.259 | 1/10/98 | 90 |
| İngiltere | 73.545 | 30/9/98 | 125 |
| Türkiye | 67.948 | 28/2/99 | 108 |

Özetle, hürriyeti bağlayıcı cezaların, suç işlemeyen önce olası sonuçlarını düşünmeyen ekseri suçlular için önleyici etkisi olduğu söylenemez. Hürriyeti bağlayıcı cezaların belkide en anlamlı olduğu an, özellikle tehlikeli suçluların toplumdaki soyutlanması anıdır.

3. Genelde Cezaevleri

Türk infaz siyaseti ve pratiğine özgü infaz personeline mal olmuş rasyonel ve gerçekçi misyon ifadesi ve ilkelerine Tüzük ve Yönetmeliğe serpiştirilmiş bazı hükümler dışında yer veren resim bir belge yoktur (2).

Kapalı cezaevlerinde geçmişte yapılanlar bir tarafa bırakıldığında, şimdilerde yapılan nedir? Amaç insanları depolamak mı? Bu bağlamda üstlenilen görev, insanları beslemek (?), birbirlerini öldürmeyeceklerinden emin olmak (?) ve firar etmelerini önlemek midir? Gittikçe saydamlaşan cezaevi yaşamı karşısında bu soru işaretlerini doğrulamak için fazlaca kanıtı ihtiyaç yoktur. Akıntıda yüzme öğrenilemeyeceği gibi, sorumluluk alınmadan da sorumluluk öğrenilemez. Kapalı cezaevi ortamında çocuk durumuna indirgenen yetişkinlerden de, sorumlu davranış beklenemez.

Bu bağlamda en önemli soru ise, terör suçlusu, psikolojik sorunları olan, psikopat türden davranış bozuklukları artış kaydeden "tehlikeli" mahpus kitlesine yönelik etkili tretman yöntemlerini içeren özel bir rejim bilinci ve gerekli personel kadrosu var mı? Yoksa, çaresizlik içerisinde, "cezaevi ortamını" değiştirme en pratik bir yaklaşım olarak mı algılanmaktadır?

Çağdaş cezaevi yönetiminde, emniyet ve güvenlik gereklerinden ödün vermeksizin yapılacak "adil işler" bağlamında çalışan personel arasında uyum ve ekip çalışması, iletişim ile karar alma süreçlerine katılımın sağlanması öncelikli konulardan olmalıdır. Ne var ki, Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanunla (1965) getirilen ekip çalışması ile kurul karar esprisi işlevsel bir niteliğe ka-

(2) M. Güven. "Nasıl Bir İnfaz Sistemi" *Yargıtay Dergisi*, . 19,/1-2 (Ocak-Nisan 1993) ss. 56-57.

vuşturulamamıştır.

Ciddi nitelikte hizmet öncesi eğitimi/okulu olmaksızın üniforma ile gardiyan olan personel görev için mücehhez olmadığından; işin ilginç yanı ülkemizde kriminoloji ve penoloji (mahpusların tretmanı) dallarında ders verebilecek akademisyen de yok denecek derecede olduğundan hizmete ehil personel bir sorun olarak varlık göstermektedir. Bu konumdaki personelin hizmette sağlayacağı artılar değil, olsa olsa eksiler olacak; mahpusların oluşturduğu dinamik kültür onları da saracaktır. İşte, bu durumda (özellikle tehlikeli suçlular için) cezaevi mimarisi mahpusla gardiyan arasındaki ilişkiyi en aza indirecek biçimde tasarlanmıştır. Başka gerekçeyle inşa edilen F tipi cezaevleri bu koşula uyarlı bir uygulama sergileyebilecektir. Ne var ki, hiç bir penoloji öğrencisi, insani temasın özellikle tehlikeli suçlular için ne derece önemli olduğunu yadsıyamaz.

Cezaevi yönetimine (3) geleneksel olarak askeri nitelikli bir hiyerarşik yapı egemendir. Ne var ki, son on beş yıla kadar belirgin bir özellik taşıyan bu yapıda şekilsizliğe doğru bir değişim olmuştur. Bu yönetimi "çok başlı" cezaevi yönetimi diye isimlendirmek yerinde olacaktır. Çoğu kapalı cezaevlerinde bir/iki/üç birinci müdürle beş/altı ikinci müdürün varlığına tanık olunmaktadır. Örneğin 26/3/2000 tarihi itibarıyla Ankara Kapalı cezaevinde bir adet birinci müdürle, altı adet ikinci müdür görev başındaydılar. İşte yedi başlı kolektif bir yönetim (daha doğrusu yönetimsizlik) anlayışının (!) cezaevleri için isabetli olmadığı bazı cezaevlerinde azalma trendi gösteren güvenlik derecesi ile belirmektedir. Bu konumu ile rantın çok fazla olduğu cezaevleri, birer dedikodu dolması olarak her an barut fıçısı gibi patlamaya hazır durumdadır. Zaman zaman bu ortamlardaki sessizlik, rant kavgasının olmayışından/ firar girişimleri hazırlığından kaynaklanmaktadır. Bu çarpık olduğu kadar şizofren cezaevi yönetim biçimi düzeltilmediği sürece ne türden cezaevi mimari biçimi uygulanırsa uygulansın, cezaevlerindeki olayların asgariye indirilmesi mümkün olamayacaktır. Hele tehlikeli suçlulara özgü yönetim, hiyerarşik yapıda bile olsa, rafting üzerinde seyre benzer; her an tetikte olmayı gerektirmektedir. Gözlerin bir anlık kapanması halinde, raftingin tepe taklak olması gibi cezaevinin patlaması kaçınılmazdır.

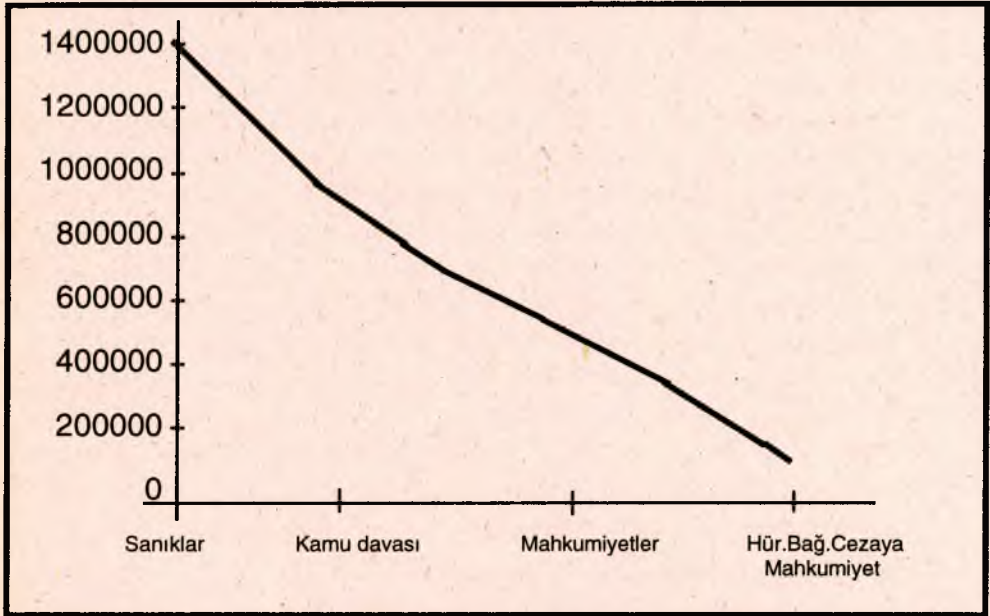
4. Terör Suçlusı Mahpusların Tretmanı

Terörist hükümlülerin tabi olacağı infaz rejimi ülkemiz için olduğu kadar Dünyada da güncelliğini korumaktadır. Konunun uzmanı olmayan bazı gazetelerin köşe yazarlarınınca, terör hükümlüleri için özel "siyasi infaz rejimi" tesis edilmesi

(3) Bk. M.T. Yücel. *Kriminoloji (Suç ve Ceza)* Ank., 1986. ss.297-300.

önerilmekte; cezaevlerinde bulunan terör hükümlüsü suçlularca mesaj vermek üzerine "firar, firar girişimleri, yangın çıkartma/ nası ızrar, rehin alma, barikat kurmalar ve açlık grevleri" gibi eylemler yine bu köşe yazarlarınca istismar edilmekte; cezaevlerinde yaşam koşullarının insanileştirilmesi Türkiye gündeminde sıcak tutulmak istenilmektedir. Kuşkusuz, bu çerçevede temel ilke, mahpusların "adil işlem görmesi" gereği ile güvenlik gerekleri arasındaki dengenin özenle korunması olmalıdır. Diğer bir anlatımla, hürriyetten yoksunluk insana saygıyı sağlayıcı maddi ve manevi koşullarda ve saptanan kurallara uygunluk içerisinde gerçekleştirilmelidir.

Ülke bazında saptanacak ilke ve kurallara rehber nitelikte, ilk önce Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyince ve sonradan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince kabul edilmiş bulunan asgari Cezaevi Kuralları yer almaktadır. Bu Kurallardan birinci rahmetli hocam Prof. Dr. Faruk Erem (1954), ikincisi de tarafımızdan (1987) tercüme edilerek kamu oyunun dikkatlerine sunulmuştur (4).



- (4) M.T. Yücel. *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi* Ank. 1999, ss 167-183; *Türkiye Sorunları Dizisi-2*, Alan Yayıncılık, Ağustos 1989, ss. 12-129. Ayrıca bk. M. Türker. "Türk Cezaevlerinde İnsan Haklarının Korunması İçin Adalet Bakanlığına Pratik Bir Öneri: Standartlaştırma Yolu ile İyileştirme" *Manisa Barosu Dergisi* 17/66 (Temmuz 1998) ss. 25-44.

Cezaların infazı bağlamında şu soruya açıklık getirilmelidir: Hükümlüler, hürriyeti bağlayıcı cezaya neden çarptırılmaktadırlar? Yanıtı, suç işledikleri, kanunlara karşı geldikleri içindir. Ne var ki, ilke olarak hürriyeti bağlayıcı ceza, en son çare olarak algılanmalıdır. Ülkemizdeki uygulama bu doğrultuda olup; de facto ceza yaptırımları dağılımında, hürriyeti bağlayıcı ceza oranı oldukça düşüktür. Nitekim, bu durumu belgeler nitelikteki 1998 yılına ait tablo oldukça çarpıcıdır.

Cezaların infazı sırasında da, suçluların kurum için tehlikeli olmalarını önlemek ötesinde, kendilerine, topluma avdetlerinde, yeniden suç işlemeksizin yaşamlarını sürdürebilme iradesinin oluşturulması amacı güdülmelidir. Bu konumu ile hürriyeti bağlayıcı ceza, özellikle terör hükümlüleri için "gereklilik" gösteren adil bir yaptırım konumundadır. Bu doğrultuda, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazında, cezaevlerine gelen hükümlülerin onurlarını kırarak, onlara eziyet ederek/ınciterek "nedamet" / "pişmanlık" duymalarını sağlamak yerine infaz hukukunun elverdiği ölçüde, uygulanacak tretmanın uzun ve ince bir yolda uğraş verilmesi olduğunu algılayarak; disiplinden ödün vermeksizin tesis edilecek insanca muamele ve diyalog ortamında psiko-sosyal sorunlarla, stresle baş edebilecek kapasiteyi yeniden kazanmaları için rehabilitasyon ve eğitim programlarına ağırlık verilmesidir.

Toplumun korunması açısından, cezaların infazı sırasında terör suçlularının firar etmesini önlemek ne kadar önemli ise, cezaevlerindeki bu özel hükümlülerin saldırgan ve anarşist eğilimlerine fırsat verilmeyerek kurumda disiplin ve güven ortamının tesisi ve korunması da aynı ölçüde önemlidir.

Kuşkusuz, demokratik hukuk devletinin, tehlikelilik derecesi itibariyle sayıları fazlaca olmayan terör suçlularının değer yargıları ile sanık sandalyesine oturtulması da düşünülemez. Yabancı ülkelerin tehlikeli suçlulara özgü süpermaksii kurumları ile bu mekanlarda uygulanan rijid disiplin karşısında bizde sözü edilen suçlulara uygulanan rejim, onların normalde mahpuslara uyguladıkları rejim derecesinde kalmaktadır.

Terör suçlusu mahpuslara diğerlerine tanınandan ekstra imtiyazlar vermeyi düşünmekte akılcı bir yaklaşım değildir. Bu tür hükümlülere, özel bir grup olarak infaz Tüzüğünde yer verilmiştir. Gerçekte, penolojide bu tür hükümlüler, "tehlikeli hükümlü" etiketi altında yer almaktadır. Nitekim, üyesi olarak çalıştığım Avrupa Konseyi tehlikeli suçluların tretmanı çalışma grubu nihai raporunda "tehlikeli suçlu" kavramı esas alınmış; tanımı da tarafımızca formüle edilmiştir.

İnfaz Tüzüğünde özel bir grup olarak yer alan bu hükümlülerin arz ettiği tehlike/intibak derecesine göre, kurumlarda toplu/bireysel iyileştirme/eğitim programlarına tabi olacağı ön görülmüştür. Bu amaçla Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı kanunda (1965) yer alan müşahede ve sınıflandırmanın ciddi bir şekilde yapılması gerekmektedir. Ne var ki, onca geçen yıllara karşın, müşahede ve sınıflandırma şekil ve kırtasiyecilik ötesinde işlevsel bir varlık gösterememiştir. Gerçekte, periyodik bir nitelik ve devamlılık gösteren Müşahade ve Sınıflandırmanın gereği gibi yapılması ve dinamik bir nitelik göstermesi, kurumlarda istenilen güvenlik ortamının tesis ve korunmasında vaz geçilemeyecek bir parametredir. Bu bağlamda bu tür hükümlülere sınıflandırılmış özel cezaevi veya güvenlik bölümündeki personelinin halkla ilişkileri de aynı derecede önemlidir.

Şimdi sizlere, bu hükümlülere özgü önemli gördüğüm bir niteliği vurgulamak istiyorum: Terör suçluları, kendilerini, ekzibisyonistler (kendini teşhir eden cinsel tersler) gibi teşhir etmek isterler. Teşhir etmek veya ettirmek bu tür suçluların yegane amaçlarıdır. Tüm eylem ve girişimleri bu amaca odaklanmış bulunmaktadır. Kendileri her fırsatı değerlendirmek suretiyle haber olmak ve gündemde kalmak için sinsi taktikler peşindedirler. Her teşhirin yeni teşhirlere gebe olacağı; bunu sağlamak üzere kurumda yeni bahaneler yaratılacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle, bu türde yer alan mahpusların medyada haber unsuru olmasını önlemek için, olanakların elverdiği ölçüde gereken yapılmalıdır. Kurum dışıyla olan iletişim kanalları kontrol edilerek gerçek dışı haber oluşturulması önlenmeli; bu konuya karşı görsel/yazılı medya mensuplarında duyarlık sağlanmalıdır.

5.1. Cezaevleri ve penolojik gerçekler

Hükümlü ve tutukluların depo edildikleri yerlerin ne türden amaca hizmet için var oldukları konusunda akademik zihni patinajlar dışında gerçekçi ve rasyonel bir yanıt bulmak zordur. Şimdiye dek, kriminoloji ve penoloji diye adlandırılan bu bilim dalına özgü hukuk/sosyoloji fakültelerinde ciddi bir eğitime tanık olunamamıştır. Ülkemizde bu konu, bir bakıma doğmatik ceza hukukçularının eline terk edilmiş durumdadır. Ne var ki, sosyolojiden soyutlanmış dogmatik boş olduğu gibi dogmatikten soyutlanmış sosyoloji de kördür. Bu konuda çabasına tanık olduğumuz tek kişi, A.B.D'nin bir eyaletinde cezaevi müfettişi olarak çalışmış, Melda Türker'dir. Yalnız onun yaklaşımında da ağırlığın cezaevi mimarisine verildiği görülmektedir. Cezaevi sorunu ise, yalnızca mekan sorunu olmanın ötesinde girift bir sorun olarak algılanmalı; yapılan düzenlemelerin bütünü nasıl etkileyeceği ve bütünün yapılan düzeltmeyi nereye kadar hazmedebileceği de göz önüne alın-

malıdır.

Cezaevlerinde uygulanacak infaz rejimi, her şeyden önce, yukarda belirtildiği üzere, hükümlü ve tutukluların sınıflandırılması ile bireyselleştirilmiş bir ıslah programını ön görmektedir. Mahpusların (hükümlü ve tutuklular) aynı kurum içinde yapılan sınıflandırmaya göre yerleştirilmesi yanında farklı kurumlara yerleştirme açısından da "sınıflandırma" gereklidir. Bu çerçevede kurum için "tehlikeli suçluların" belirlenmesi ön plana çıkmaktadır. Bunun ölçütleri nelerdir? Her ciddi suç işleyen tehlikeli suçlu mudur? Ülkemiz cezaevlerine özgü geliştirilmiş bilimsel ölçütler var mıdır? Bugünkü haliyle tehlikelilik sıfatının etiket olmanın ötesinde işlevsel bir içeriği var mıdır? Bunların tümü için maksimum güvenli cezaevleri gerekir mi? İnşa halinde olan ve beheri 2.200 trilyon civarında olan 373 kişilik (içinde 59'u birer kişilik) F tipi kapalı cezaevleri bu tür mahpuslar için bir antitod işlevi görebilecek mi? Tehlikeli suçluların tretmanına yönelik bu türden 373 kişilik bir cezaevi projesi absürd değil midir? Bu soruların yanıtı için, her şeyden önce, örnekleri A.B.D., Kanada, İngiltere ve diğer bazı Avrupa Ülkelerinde yer alan müstakil veya kurumda özel bir bölümün ayrıldığı bu cezaevlerinin fiziki yapıtlar ötesinde işlevsel mantığını kavramak gerekmektedir. Fiziki yapının güvenli olması yanında güvenli bir yönetim anlayışı da gerçekleştirilmelidir. İşte Kartal özel tip cezaevi örneğinde olduğu gibi, sıkca ateşli silah yakalanması karşısında, güvenlikten söz etmek mümkün değildir. Bu tür kurum benzerleri Bayrampaşa, Kartal, Eskişehir, Diyarbakır ve Erzurum'da bulunmaktadır. Yeniden yapılanma sürecinde oda kavramın yeni diye tanıtılması da doğru değildir. 15-16 yıldır var olan bu kavramın zaman sürecindeki ayırıcı özelliği eski yapıtlarda gezinti mahalli müşterek iken yenilerde müstakil olarak düşünülmesidir.

Özetle, F tipi kapalı cezaevi projesi, gerçekte koğuş sisteminden oda sistemine geçiş sürecinde tasarlanan bir yapıt olup; bu yaklaşımı koğuş sisteminin tümünden terk edilmesi şeklinde ele alınması isabetli olmayacaktır (5). Nitekim, **Avrupa Cezaevi Kuralları 14'e göre,**

"14.1. Mahpuslar, diğerleriyle ikamet etmenin yararları olduğunun düşünülmediği haller dışında, normal olarak geceleri bireysel hücrelerde barındırılmalıdır.

(5) İzmir Buca Kapalı Cezaevinde yapılan anket sonucuna göre, ankete katılan mahpusların %59'u, 10-20 kişilik koğuşları yeğlemektedir. Bk. T.Demirbaş. "Cezaevlerimiz ve Sorunları" **İstanbul Barosu Dergisi** C.73 (Aralık 1999) s.902.

2. İkamet paylaşıldığında, bu koşullar altında diğerleri ile ilişki kurabilecek mahpuslar bir arada bulundurulmalıdır. Kurumlarda tabiatı gereği geceleri gözetim sağlanacaktır."

F. tipi kapalı cezaevi projesi ise, aşağıda görüleceği üzere, tehlikeli suçlulara özgü bir yapıt olmaktan uzak bulunmaktadır.

5.2. Tehlikeli Tutuklu / Hükümlü

"Tehlikeli suçlu" kavramı, vatandaş,hakim ve infaz personeline göre içeriği farklı anlamlar taşıyan bir kavramdır. Kişiler, bir suçlunun tehlikeli olup olmadığını, işlediği suçlara, kişisel profiline, yaşam biçimi ve ortamına bakarak değerlendirmektedir. Kuşkusuz, bu değerlendirmeler, geniş ölçüde öznel nitelikte olup; kitle haberleşme vasıtaları ile söylentilerin oluşturduğu havadan da az çok etkilenebilmektedir. Genel olarak, değerlendirmeler bir diğerinin üzerine eklenmekte ve gerçekte gözlenen telikelilik haline eklemeler yapılarak şişirildiğine tanık olunmaktadır.

Böylece hakimın gözünde tehlikeli suçlu, belirli derecede terslik ifade eder nitelikte suç işleyen veya suç eğiliminde kararlılık gösteren ve değişime muktedir olmakla beraber kamu güvenliği için de potansiyel bir tehdit unsuru olan kişidir. İnfaz personeline aynı suçlu için yapılacak değerlendirme ise, biraz farklı olup, adli görüş terk edilmemekle beraber, suçlunun tutum ve davranışının, cezaevi kurallarına ve cezaevinin amaçlarına uyarlılık içerisinde olup olmamasına göre yapılmaktadır.

5.2.1 Tehlikeliliğin yasal boyutu

Terörle Mücadele Kanunu (TMK) 16. maddesi, bu kanun kapsamına giren mahpusların tek kişilik veya üç kişilik odaları bulunan kurumlarda muhafaza edileceğini; kendilerine açık görüş yaptırılmayacağını; birbirleriyle irtibatına ve haberleşmesine enel olunacağını ifade ederken, hükümlülerden en az üçte birinin iyi halle geçirmesi halinde, şartla salıverilmelerine üç yıldan az kalmış olanların diğer kapalı kurumlara ayrılabilceğini ön görmektedir. Öteyandan, çıkar amaçlı örgütlü suçlarla mücadele kanunu kapsamına giren mahpuslar da bu madde hükmüne tabi tutulmuştur. İşte, kanun koyucu tarafından emredici bir düzenleme ile mahpuslar için muhafaza mekanının belirlenmesindeki amaç düşünce, bu tür suçları işleyenlerin riskli/ tehlikeli sayılmasıdır. Bu amaca uygun vasıta olarak, kanun koyucu, mahpusların birer/üçer kişilik odalara sınıflandırılmasını ön görürken, bu

konuda iyi hallilik ve "zaman" dışında ayrıca bir ölçüte yer verilmemiştir (5.1). Öteyandan, mahpuslar arasında irtibat/ haberleşmenin önlenmesi istenirken, üçer kişilik odaların varlığı göz ardı edilmiş; konuya güvenlik şemsiyesi altında, salt suç türü ve barınak açısından yaklaşıldığından, kişilik profili itibariyle kurumsal tehlike gösterecek mahpuslar için özel bir infaz rejimine yer verilmemiştir. Bu durumda, bu grupta yer alan hükümlülerden tehlikeli olanlar için Tüzük hükümleri geçerli olacaktır. Bu konumu ile TMK 16. maddesi hükmü, penolojik tutarlılıktan yokun, eksik bir düzenlemedir. İşte yasal düzenleme yapılırken amaç iyi saptanmadığında, yapılanma ve mevcut uygulamadaki eksiklik ve yanlışlıkları düzeltmek te mümkün olmayacaktır.

5.2.2 Gerçekçi yaklaşım

Infaz alanında çalışan herkesin rahatlıkla belirleyebileceği suçlu tipleri vardır. Bunlardan bazıları, kamuoyu tarafından etiketlenmiş ve adliye tarafından da tehlikeli olarak sıfatlandırılmış kişiler olmasına karşın cezaevinde o karakteristiği kısmen yitirmekte ve çeşitli nedenlerle kendilerine yakıştırılan imajı değiştirme çabası içine girmektedirler. Diğer taraftan, hiçte ciddi bir suç işlememiş bir suçlunun, cezaevinde oldukça tehlikeli hale geldiği gözlenebilmektedir. Bu nedenle, kişinin tehlikeliliği, içinde bulunduğu çevre ve muhtevadan ayrı olarak değerlendirilemeyeceği gibi mutlak ve içsel anlamda bir tehlikelilik durumundan da söz edilebilmesi pek mümkün değildir.

Cezaevleri açısından verilecek "tehlikelilik" tanımı, mahpusların işledikleri suçun ağırlığı veya cezaevindeki tutum ve davranışları, firar veya firara teşebbüs etmeleri veya ortaya koydukları şiddet gösterileri nedeniyle cezaevi toplumu ve/veya kamu güvenliği için esaslı bir risk oluşturmaları sebebiyle maksimum güvenli bir kurumda muhafaza edilmelerine inhisar etmelidir.

İsveç, Danimarka ve Norveç gibi bazı ülkelerde, suçluların "tehlikeli suçlu" diye etiketlenerek onlardan "kahraman" yaratılmasını önlemek için "tehlikeli suçlu" diye ayrı bir gruba yer verilmemiştir. Norveç'te ise, tehlikeli suçlu (dangerous offender) yerine problemlı suçlu (difficult offender) deyimi kullanılmaktadır.

Öğretide ve uygulamada tehlikeli hükümlüyü kurumsal yönden belirlemek için

- (5.1) Bu zaman faktörünün ne derece ağırlıklı olduğu "Terör Suçundan Hükümlü (ve Tutukluların) müşahede ve sınıflandırma İşlemlerine ait 6/01/2000 gün ve 2-3 sayılı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Genelgesinde görülmektedir. Hüküm giyenlerden bihakkın tahliyesine üç yıldan fazla süre kalanlar ile hüküm kesinleştiğinde şartla tahliyelerine iki yıldan fazla süre kalanlar belirlenmiş özel kapalı cezaevlerine sınıflandırılmakta ise de, anılan süreden az olanların bu oldukları Ağır Ceza Merkezi cezaevinden mülhakatındaki ilçe cezaevlerine gönderileceği ön görülmektedir. Terör suçlularından ise yalnız itirafçılar açık cezaevine sınıflandırılabilirlerdir.

çeşitli ölçütlere yer verilmiştir:

- Cezaevi yaşamına uyum gösteremeyenler;
- Firar riski bulunanlar;
- Personele ve/veya hükümlülere karşı saldırganca davranış riski gösterenler;
- Tam akıl hastası olmasalar bile zafiyeti nedeniyle tehlikeli olabilecekler ve psikopatlar.

Ancak bu son gruptakilerin yerleri, geleneksel infaz kurumları yerine özel cezaevi klinikleri olması gerekmektedir.

Varılan nokta odur ki, hükümlüler için söz konusu olan sınıflandırma, kurumlar bakımından da geçerlilik kazanmıştır. Bu çerçevede, korunma ve tretman için ayrı bir rejime tabi olması gerekli hükümlülere özgü özel kurumlar veya geleneksel kurumlarda ayrı bölümlerin bulunması bir gereksinimdir. Yalnız, bazı hallerde, elde mevcut vasıtaların işlev doğurması nedeniyle gereksiz uygulamalara gidilebileceğide unutulmamalıdır. Eski Sinop kapalı cezaevi örneğinde olduğu gibi maksimum güvenli kale biçiminde bir cezaevinin varlığı halinde bu kuruma (tehlikelilik ölçütü öznel değerlendimeler ile), hiç de tehlikeli olmayan hükümlülerin gönderilmesi gibi hatalı bir uygulama belirebilir. Kuşkusuz, tehlikeli suçlulara cezaevlerinde uygulanacak tretman rejimi, toplumun bu türden suçlulara karşı gösterdiği tolerans derecesine bağımlı olarak da değişmektedir. Genelde tehlikeli suçlular için planlanacak rejimde şu üç temel ilke esas alınmalıdır:

1. Personel ile mahpuslar arasında var olan çatışma/düşmanlığın azaltılması;
2. Mahpusların müstakilce davranabilmesine imkan verilmesi;
3. Hiddet, düşmanlık ve hayal kırıklığı duygularının ifade edilmesi ve ihtilafların çözümlenmesine elverişli bir platform sağlanması.

Bu çerçevede, tehlikeli suçluların cezaevi kurumlarına sınıflandırılması bakımından iki yöntem vardır:

1. Tüm tehlikeli suçluların tek bir kurumda toplamak;
2. Tehlikeli suçluların çeşitli kurumlara dağıtmak.

İkinci halde, kurumda özel bölümler veya özel güvenlik bölümleri söz konusu olmakta ve ilke olarak, bu bölümlerin, olanaklar elverdiği ölçüde, müstakil bir yö-

netime kavuşturulması sağlanmaktadır. Avrupa Konseyi üyesi bazı ülkelerde, tehlikeli suçluların küçük kapasiteli maksimum güvenli kurumlara yerleştirilmesi yöntemi benimsenmiştir.

Katıldığımız Avrupa Konseyi Üçüncü Cezaevleri Genel Müdürleri Konferansında da (28 Şubat-2 Mart 1977) tehlikeli suçlular için müstakil güvenlik bölümlerini içeren ufak kapasiteli kurumlar veya kurumdan tamamen tecrit edilmiş bir bölüm kabul görmüştür. Bu doğrultuda, Fransa örneğinde olduğu gibi Federal Almanya'nın üç eyaletinde tehlikeli suçlular için ufak kapasiteli özel bölümler gerçekleştirilmiştir. Bazı ülkelerde de, büyük tipteki kurumlarda özel maksimum güvenli hücrelere yer verilmiştir.

Diğer yandan, tehlikeli suçlu sayısının kabarık olduğu ülkelerde suçluları; belli bir kurum veya kurumlarda toplama yöntemine de başvurulduğu görülmektedir. Bu yöntemin lehindeki başlıca görüşler ise şöyledir: Maksimum güvenliği, her kurumda sağlama yerine tek bir kurumda sağlamanın daha ekonomik olacağı; yeterli sayıda kaliteli uzman personel sağlanabileceği; ve diğer kurumlardaki infaz rejiminin liberalleşmesine imkan vereceğidir. Karşıt görüşler ise, hükümlülerin birey olarak arz ettiği tehlikenin daha da arttığı; hükümlülerin muhafazası ile kurumdaki işletme ve güvenliğe ilişkin sorunların büyüyerek yoğunlaştığı; kurumdaki gerilimin büyüdüğü, saldırganlık seviyesinin yükseldiği, hükümlülerin dayanışma ve etkileşme alanını genişleterek birbirleriyle haberleşme fırsatlarını çoğalttığı merkezindedir.

Hiç kuşkusuz, kurumsal rejim açısından, cezaevi içinde cezaevi kuramına işlevsel olarak yer veren tehlikeli suçluların tretmanı uzun süre güncelliğini koruyacaktır. Bu konuda referans kaynağı olabilecek başlıca metin, Avrupa Konseyi Suç Sorunları çerçevesinde kurulan ve üyesi olduğum Uzmanlar Komitesince hazırlanmış Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince (82) 17 sayılı Tavsiye Kararına vücut veren ilkeler olmuştur (6). Bu ilkelerin başlıcaları ise şunlardır:

- İnsan onuru ve insan hakları ile bağdaştığı ölçüde gerekli görülen ek güvenlik tedbirlerine başvurulması;
- Geneldeki cezaevi kurallarının olanaklar elverdiği ölçüde tehlikeli suçlulara da uygulanması;

(6) Council of Europe. *Custody and Teatment of Dangerous Prisoners*, Strasbourg, 1983; R. Walmesley. *Special Security Units* (Home Office Research Study No. 109), London 1989; R. Walmsley (ed). *Managing Difficult Prisoners: The Parkhurst Special Unit* (Home Office Reserarch Study No. 122) London, 1991; Z. Sevimli. *Cezaevi Fırarları ve Önlemler* (Adalet Bakanlığı) Ank., 1995. S.Dönmez. "Teröristlerin Rehabilitasyonu" *İst. Ünivr. Hukuk Fakültesi Mec. Sayı 1-4*, ss. 3-21

- Maksimum ölçüdeki güvenlik koşullarının doğurabileceği olumsuz etkilerinin mümkün olduğunca giderilmesi;
- Kurumda alınacak güvenlik tedbirlerinin tehlikelilik kategorisi gereklerine uygun olması;
- Hükümlülerin tehlikelilik statüsünün periyodik olarak gözden geçirilmesi;
- Yüksek parasal tutarına karşın hükümlüler için gerekli mekan, personel ve olanakların sağlanması;
- Hükümlülerin rehabilitasyonu bağlamında, olanaklar elverdiğince, eğitim, mesleki eğitim, çalışma ve boş zamanları değerlendirme programlarının uygulamaya konulması;
- Personelin tehlikeli suçluların muhafaza ve tretmanı konusunda yeterli bilgi ve beceri ile donatılması.

Öteyandan, personelle mahpuslar arasındaki iletişim, eğitilmiş ve deneyimli personel ile personelin morali önemli parametrelerdir.

Tehlikeli suçlulara özgü kurum personelin eğitim ile kurumsal tedbirlere özgü geliştirilen temel ilkeler ise şöyledir:

1. Personelin eğitimi

- Yönetim uygulamaları: Maksimum güvenlik sisteminin yönetimi oldukça önemli olduğundan, bu tür kurumlardaki personele, hücre/odalara zorla girme, bu mekanların aranması ve kontrolü konularında eğitim verilmesi; bu sistemin, personelden kaynaklanacak hiçbir hatayı kaldıramayacağı; personelin en ufak bir hatasının sonuçları itibariyle ciddi maddi zarar ötesinde can kaybına sebebiyet verebileceği;
- Korunma: Personele, Aids, Hepatit B gibi bulaşıcı hastalıklardan korunma kadar kriz yönetimi, rehinelere kurtarılması ile stresle başedebilme ve boşalma konularında eğitim verilmesi; bu eğitimle personel kadar mahpusların da korunabileceğinin göz önünde bulundurulması;
- Tehlikeli Suçluları tanımak: Personelin, anti-sosyal kişilik profilini ve suçluların düşünce biçimlerini anlamak yanında hükümlüleri dinleme, onlarla iletişim kurabilme gibi sorun çözme yeteneklerini geliştirme ve sonuçta ne türden insanlarla uğraşmak zorunda kaldıklarını anlamak üzere eğitilmeleri.

2. Kurumsal tedbirler

- Ayaklanma/isyan girişimi gibi kriz yaratan olaylarda birlikte çalışacakları

acil güvenlik ekipleri ile acil yönetim ekipleri oluşturulması;

- Her personelin istihbarat toplayıcısı olarak algılanması ve toplanan bilgilerin veri bankasında ilişkilendirilmesi/ haftalık istihbarat toplantılarında değerlendirilerek gereğine girişilmesi;
- Hükümlülerin can güvenlikleri ve diğer hususlar bakımından mağdur edilmelerinin önlenmesi amacıyla ciddi bir sınıflandırma işlemine (periyodik) tabi tutulması;
- Hizmete giren özel tip kurumlarda/bölümlerde görev alacak personelin fizik kondisyonlarının çok iyi olması ötesinde "yeni" olmasına özen gösterilmesi;
- Bu kurumlara özgü olmak üzere (1978 yılında Afyon merkezli olmak üzere tarafımdan kurulan ve profesyonelleşen) arama ekibinin yeniden kurulması.

Tehlikeli mahpuslar için ufak grupların (azami 25-30 kişilik) özel tip cezaevlerinin özel bölümlerine dağıtılması mı, yoksa belli cezaevlerinin bu tür mahpuslara tahsis edilmesinin yerindeliği saptamak üzere Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğüne bir araştırma grubu oluşturulmalıdır. Bu grubun zaman yitirmeksizin yapacağı değerlendirme sonucu tercihin küçük gruplara yönelmesi halinde özel tipteki cezaevlerinin birer kişilik odaların içeren kesiminde otonom bir yapılanma için proje değişikliğine ihtiyaç olacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

6. Cezaevinde Gözlem ve Sınıflandırma

Suç saiklerinin farklılığı karşısında; suçluların islahı için kullanılan teknik ve hizmetlerde (çoğulcu model) çeşitlenmeye başlamıştır. Bu durumda, islah uğraşlarına eldeki olanaklarla rasyonel bir görünüm kazandırmak üzere 'müşahede ve sınıflandırma' süreci önem kazanmıştır. Bu süreç, suçluların islahı için takip edilen organize bir usul olup; yeter uzunlukta ceza gören hükümlüler hakkında psiko-sosyo-biyolojik anket çıkarılması, gereksinme kategorilerinin belirlenmesi, cezaevinde hükümlünün tretmanına yönelik işbirliğinin sağlanması ile cezaevi ve sonrasında gereği yapılacak bir **islah planı** hazırlanmasını kapsamaktadır. Kuşkusuz, bu islah planı periyodik gözlemlerle güncelleştirilmeli; gözlem sonucu sınıflandırılan hükümlüler, kendilerine uygun tretman ve eğitimin sağlanabileceği ayrı kurum veya bölümlere yerleştirilmelidir. Bu doğrultuda her hükümlü için belirlenecek maksî/mini gereksinimleri 434. sayfadakidaki tabloda verilmiştir:

Bu süreçte Hükümlü Tercih Endeksi (HTİ) geliştirilerek, ona uyarlı kurumsal rejim tasarımı ve uyarlaması rasyonel bir yaklaşım olacaktır. Bu doğrultuda, cezaevi yaşamında hükümlü için önem kazanan şu boyutlar referans alınabilir: (Davranışa ilişkin kayıt ve sınırlamalardan) hürriyet, (fiziki şiddetten) güvenlik,

Maksimum

GEREKSİNME KATEGORİLERİ

| Çalışma | Sanat | Öğrenim | Fiziki Sağlığı | Akli Durumu | Suçluluk Özgeçmişi | Uyuşturucu İlaç | İkametgah | Arkadaş |
|----------------------------|------------------------------|-----------------------------------|-------------------|---|--------------------|-----------------------------|------------------------------------|-----------------------------------|
| İşsiz, Çalışma Umudu yok | Mesleksiz | Cahil | Sakat | Dengesiz saldırgan içine kapanık | İhtiyacı, Mesleki | Bağımlı | Yok Serseri | Dürüst ilişkilerden yoksun |
| Dengesiz, Tesadüfi çalışma | Kalifiye olmayan işçi | Okur yazar | Kronik hasta | Geri zekalı | Mükerrir | Alkolik | Sık sık İkametgah Değiştirir | Fazlaca suçlu arkadaşları |
| Mevsimlik Umudu çok az | Asgari yetenekli işçi | Sekiz yıllık, Meslek okulu, lise. | Zaman zaman hasta | Şaşkın, endişeli ve/veya aşâğılık duygusu | İlk defa | Alkol, uyuşturucu kullanır | İkametgahı fazlaca suç olan yörede | Suçlu olmayan arkadaşları fazlaca |
| Devamlı İş Sahibi | Meslek sahibi, Kalifiye işçi | Yüksek tahsil | Sağlıklı | Akıllı | Tesadüfi suçlu | Alkol, uyuşturucu kullanmaz | Var | Genelde suçlu olmayan arkadaşlar |

Minimum

(sosyal ve fiziki açıdan fazlaca tahrikten) mahremiyet, (çevresel denge ve tahmin edilebilirlik) yapı, (kişisel gelişmeye imkan hazırlayan program ve hizmetler) destek, (sevgi, takdir ve yakınlarıyla temas) duygusal geri besleme ve (boş zaman değerlendirici) faaliyet. Bu boyutların ağırlık puanı hükümlüden hükümlüye değişiklik göstermekte; bir kurumdaki hükümlüler "güvenliğe" diğer kurumdakine göre az, "hürriyet"e fazlaca ilgi gösterirken; bir diğer kurumda "faaliyet" ağırlığı düşük puan almaktadır. Kuşkusuz, hükümlü tercihindeki farklılıklarda yaş faktörü önemli rol oynayabilmekte; yaşlı hükümlüler "hürriyet" alanına gençlerden daha az ilgi duyarken, "yapısı", oturmuş huzurlu bir ortam, yaşlılar için önemli olmaktadır. Bu unsurun gençler için ağırlığı ise oldukça düşük bulunmaktadır.

Bu bulgular, hükümlülerin müşahede ve sınıflandırma sürecinde, olabildiğince, kendilerine uygun bir infaz rejimine ayrılmaları gereğine işaret etmektedir.

Özetle, müşahede ve sınıflandırma kararı, multi-disipliner nitelikli uzmanlar kurulu kararı olarak, bilinçli ve zamana yayılmış, standartları kapsayan bir çalışma sonucu verilmeli; "iyi hal" kararı kazanılmış bir hak olmaktan çıkarılıp, ka-

zanılabilecek bir hak olması gerektiği anlayışı yerleştirilmelidir (7).

6.1 Cezaevinde Hükümlülerin Eğitimi

Kriminolojik ihtiyaçları karşılayacak nitelikte eğitsel programlar, cezaevlerinde girişilecek çalışma ve diğer programlar için bir ön koşul olup; suçluluğun temel nedenlerine nüfuz etme vasıtası olarak algılanmalıdır. Bu türde eğitsel programlar olmaksızın yetişkin hükümlünün cezaevi kurumundaki diğer programların kapsamını ve sonuçta yaşadığı dünyayı kavraması zor olacaktır.

Cezaevinde yetişkin eğitimi, hükümlülerin yasalara saygılı ve kendi işlerini görebilmesi için gerekli olan okuma yazma, dört işlem ile kişiselle ve çalışabilme yeteneklerini geliştirmeye yönelik programları sağlayarak; onların topluma yeniden entegre olmasına katkıda bulunmalıdır. Araştırmaların saptadığı üzere, eğitsel programlar hükümlülerin topluma yeniden katılımlarında en etkili olabilecek yöntemler arasındadır. Nitekim, Avrupa Cezaevi Kuralları, her cezaevi kurumunda etraflı eğitim programı düzenlenmesini; ve bu programlarını hükümlülerin başarılı bir biçimde toplumda yer alma beklentileri ile kendilerine saygınlıklarını geliştirmeyi, hedef olarak benimsenmesini ön görmektedir (77. Kural).

Gerçekte, ekseri yetişkin hükümlülerin eğitim düzeyi dışardakilerine göre düşük bulunmakla kalmayıp, çoğu işlevsel cehalet kurbanı olarak gözükmektedir.

Hiç kuşkusuz, kurumlardaki yetişkin temel eğitimin etkinliği, suçlunun onuru, sosyal yeteneği ve kendisine güven duygusu üzerinde çok olumlu etki yapmaktadır (8). Bu doğrultuda göz önünde bulundurulması gereken başlıca ilkeler

(7) TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. *Soruşturma Kovuşturma Yargılama, Ceza ve İnfazı Erzincan Raporu (1998 ve 2000)* Yayın no. 9, Ank. 2000, s. 24

(8) Suçluların tretmanındaki başarı için kritik faktörler şunlardır:

- **Risk sınıflandırması-** Fazlaca yoğunlaştırılmış programlar yüksek risk grubundaki suçlulara yöneltilirken, risk derecesi düşük olanlara daha az veya minimal ölçüde eğitilmelidir.
- **Kriminolojik ihtiyaçların hedeflenmesi-** Bu doğrultuda suçlu davranışa doğrudan katkısı olan antisosyal düşünceler, uyuşturucu madde bağımlılığı ve sınırlı ölçüdeki algılama yeteneği gibi kriminolojik ihtiyaçlar ile yeniden suç işleme eğilimine doğrudan ilişkisi olmayan ihtiyaçlar birbirinden ayırt edilmeli; islah programları kriminolojik ihtiyaçlara odaklanmalıdır.
- **Duyarlılık-** Suçluların öğrenim stilleri, islah programlarını üstlenen kişilerin öğretme stilleriyle eşlendirilmelidir. Ekser suçluların öğrenimi için geleneksel öğrenci merkezli danışmanlık yerine aktif ve katılımcı yöntemler öngörülmalıdır.
- **Tretman çeşitlemesi-** Duyarlılıkla ilişkilendirilen bu yaklaşımda temel ilke, suçluların iyileştirilmesine yönelik uygun programlara, özellikle problem çözebilme, sosyal ilişki kurabilme ve diğer sorunların "üstesinden gelebilme" yeteneklerini geliştirmeye yönelik sosyal öğrenim yöntemlerine başvurulmalıdır.
- **Toplumsallık-** Topluma dayalı programlar genellikle daha olumlu sonuçlar vermektedir. Kuşkusuz, suçlunun arz ettiği risk, kriminolojik ihtiyaç ve duyarlılığı göz önüne alan programlar her tretman ortamı için geçerlidir.
- **Program bütünlüğü-** Programlar eğitilmiş personelce belirlenmiş amaç ve hedeflere uygunluk içerisinde yürütülmelidir. *Changing Offenders Attitudes and Behaviour: What Works?* (Home Office Research Study No. 171) London, 1997, p.3; *Reducing offending: an assessment of research evidence on ways of dealing with offending behavior* (Home Office Research Study No. 187) London, 1998, p. 109; M. Güven. age. ss. 59-68.

şunlardır:

- Yoğunlaştırılmış hizmetler, tutum ve davranış değişimine yönelik olmalı;
- Davranışsal programlar yüksek risk grubundaki suçluların kriminojenik ihtiyaçlarına odaklanmalı;
- Öğretmenlerce hem program ve hem de programdaki hükümlülerin niteliklerine uyarlı hizmet verilmeli;
- Öğretmenler suçlulara karşı duyarlı olmalı ve onlara karşı yapıcı bir tutum takınmalı;
- Suçlular, sosyalleşmeye yönelik faaliyetlerin egemen olduğu konumlarda bulundurulmalıdır.

Kurumdaki öğretmenler "benim görevim yetişkinlere eğitim vermek; onların suçlu olması beni ilgilendirmez" anlayışını terk etmeli, kendilerini mesleki olarak suçluların duygu, düşünce ve değerlerine odaklanmalıdırlar. Diğer bir anlatımla, amaç, kurumlardan eğitilmiş profesyonel suçlu mezun etmek değildir. Öte yandan cezaevlerinde, yetişkin temel eğitiminde etkisi kesin olarak saptanmamış girişimlerden de kaçınılmalıdır. Bu türden olanlar arasında Freud'cu psiko dinamik ve Roger'cı müvekkil-merkezli terapiler, tıbbi model yaklaşımları, alt kültür ve etiketleme yaklaşımları, düşük-risk grubundaki suçluları hedefleyen programlar ve suçlu davranış tahmini açısından zayıf nitelikteki faktörleri hedefleyen programlar yer almaktadır.

Hiç kuşkusuz, personel eğitimi, cezaevindeki yetişkinlerin başarılı eğitimi için anahtar niteliğinde olduğundan; öğretmenler bu anlayış doğrultusunda oryante edilmelidir. Öte yandan, kurumdaki eğitsel uğraşlar, öğretmenlerle sınırlı kalmamalı; kurumdaki diğer personelin bu doğrultuda bilinçli katkısı sağlanarak tüm kurumun bir islah toplumuna dönüşmesi hedeflenmelidir. Aksi takdirde ders-haneler dışında kişiliği yıpratıcı etkiler kaçınılmaz olacak ve eğitimden istenilen verim sağlanamayacaktır.

Özetle, bir cezaevi eğitiminin ne verebileceği bir lokanta örneğindeki menünün sınırlı olması haliyle örtüşmektedir. Farklı türden programlarla genişçe bir ihtiyaçlar yelpazesine yanıt veremeyen eğitime gelen öğrenci sayısı çok az olacaktır. Bu bağlamda, cezaevindeki hükümlülerin ihtiyaçları aşağıdaki şekilde kategorize edilebilir:

: Okur yazarlık

1. Niteliksel

: Sanat,

2. Yaşamsal
- : Sekiz yıllık,
 - : Diğer sertifikalar.
 - : Sağlık eğitimi (örneğin hepatit, aids)
 - : İlişkiler
 - : Kendini ifade edebilmek (örneğin sanat yoluyla),
 - : Boş zamanları değerlendirme (örneğin jimnastik ve spor).
3. Konumsal
- : Gerilimin giderilmesi,
 - : Beynin aktif kalması,
 - : Aile ilişkilerinin korunması,
 - : Toplumsal temasın korunması (örneğin dışardan gelen konuşmacılar, sanatkarlar)
 - : İnsanın kendisine saygısını kazanması.

İşte, bu kategoriler, cezaevi kurumlarınca sunulan eğitim mөнüsünün ne derece geniş tutulduğunu teste elverici niteliktedir. Öte yandan; hükümlülerin motivasyonunda aynı derece de önem kazanmaktadır. Motivasyon konusunda, hükümlünün eğitime neden katılmadığını sormak yerine şu soruları eğitimcilerin kendilerine sorması gerekmektedir:

- Onların ihtiyaçlarını daha fazla karşılamak üzere ne yapabiliriz?
- Müfredat programını nasıl genişletebiliriz?
- Müfredatın özel bölümlerini nasıl genişletip derinleştirebiliriz?
- Kaliteyi nasıl geliştirebiliriz?

Ne varki, ekseri cezaevleri, sınırlı bir eğitim mөнüsü sunabilmektedirler. Bunda en etkili faktör cezaevinde kapasite üstü hükümlü/tutuklu bulunması ve güvenlik ögesinin kurum yönetimine egemen olmasıdır.

Sonuç olarak, cezaevinin bizatihi kendisi zaman zaman konuklarına zarar verici nitelik taşıdığından, eğitimle giderilmesi imkansız gibi gözükken bu zararın sınırlandırılması ve minimuma çekilmesi hedeflenmelidir.

6.2 Yetişkin Hükümlülerin Çalıştırılması

Ceza infaz kurumlarında "çalışma" başlangıçta ceza niteliğinde bir uygulama

olarak algılanmış; sonraları eğitim gibi kurumsal yaşamın vazgeçilmez bir ögesi olmuş ve hükümlüler için çalışma mecburiyeti yasallaştırılmıştır. Çağdaş yaklaşımda çalışma, suçluların iyileştirilmesine katkısı olan aktif ve ekonomik bir uğraş haline dönüşmüştür. Kuşkusuz, cezaevinin toplumun mikro bir kopyası olması gereği çalışma, vazgeçilmez bir öge konumuna gelmiştir. Çalışma hükümlü/ tutuklunun zamanının (gün veya belli bir kesitinin) olduğunca yararlı geçirmesini sağlar; en önemlisi de alınan ücret ötesinde insanın kendi öz saygısını yeniden kazanmasına katkıda bulunarak, oldukça önemli psikolojik bir işleve hizmet eder. Nitekim, İnfaz Tüzüğü'nün 197. maddesinde çalışma amacı "... hükümlü ve tutuklulara tahliyelerinden sonra hayatlarını kazanabilecek derecede bir iş ve sanat öğretmek ve serbest hayatta başarı gösterebilmeleri için gerekli bilgilere sahip olmalarını sağlamaktır" şeklinde tanımlanmıştır.

Anılan doğrultuda ise, çalışma, bir sanat eğitimi sağlamak amacıyla sağlıklı ve dinamik yapıda bir ekonomik temele dayalı olarak organize edilmelidir. Bu bağlamda, çalışma elverdiğince modern yönetim teknikleri ile iş pazarındaki arz talep göz önüne alınarak organize edilmeli ve zamana uyma gereğinin devamlı bir süreç olacağı göz ardı edilmemelidir.

Kurumlarda "çalışma"ya çağdaş bir perspektiften eğilerek; çalışma temposu, süresi, üretim ve organizasyon açısından gerçekleştirilecek tablonun dışarıdakilerle kıyaslanır düzeyde olmasına dikkat edilmelidir.

Kurumlarda süregelen "çalışma" da başvurulmuş başlıca alanlar şunlardır:

- Kurum iç hizmetleri;
- Kurum iş yurtları;
- Kurum dışı kamu sektörü;
- Kurum dışı özel sektördür.

Bu alanlarda gerçekleştirilen çalışma olanağını karşılaştırdığımızda; yıllar itibarıyla çalışan hükümlü/tutuklu sayısında beklenen çizgiyi tutturamadığı görülmüştür. Anılan konuda etkili olabilecek en rasyonel girişim ise, özel sektör firmaları ile yapılacak sözleşmelerle kurumlardaki endüstriyel süreçlere çağdaş işletmeciliğin sokulmasıdır. Bu yönetime başlangıçta açık ve yarı açık kurumlarda başvurulmalı; kapalı cezaevi kurumlarından E tipi olanlarında, çevre duvarı boyunca inşa edilecek atölye grupları, özel sektör girişimcileri için planlanmalıdır. Bahsi geçen düzenleme Avrupa Cezaevi Kuralları'nca da (73. Kural) benimsenmiştir. Bu norma göre, "Mahpuslara cezaevi idaresince sağlanacak iş:

- a) Ya kurum alanında, atölyelerde ve çiftliklerde; veya
 b) Sözleşme yapan özel müteşebbislerle işbirliği sonucu
 Kurum içi veya dışında..." olmalıdır.

Özel sektör tesislerinde hükümlü/tutuklu çalıştırılmasında üzerinde titizlikle durulması gereken ise, emeğin istismarına meydan verilmemesidir. Türkiye cezaevleri idaresi bu konuda deneyimli olup; kamu, özel sektör veya kişiler nezdinde hükümlü çalıştırılması için sözleşmeye esas olacak protokol geliştirmiştir.

ABD ve İngiltere örneklerinde olduğu gibi gittikçe artan sayıda cezaevi kurumunun özel sektör tarafından yöneltildiği günümüzde, çalışma açısından özel sektör katkı ve katılım derecesinin boyutları da önem kazanmaktadır (9).

7. Sonuç

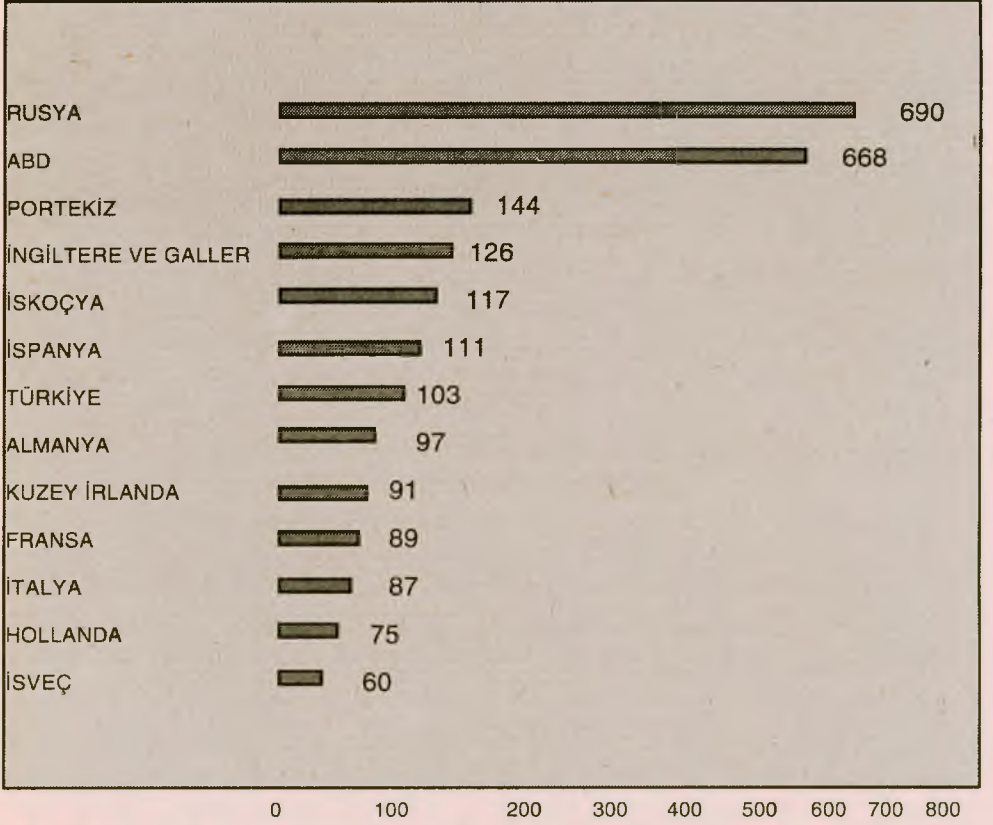
Hukuk güneş gibidir; batar ve sonra tekrar doğar. Hukukçu olarak bizler sosyal görevlerimizi yerine getirmek istiyorsak adaletin **de facto** konumuna bakarak üzülmemeliyiz. Hukuku, muhafaza yerine sulh içinde sosyal gelişmenin bir enstrümanı olarak algılamak kadar yeni felaketleri önleyici ve ülkemizde adaletin yeniden doğuşuna doğru yönlendirici olarak görmek gerekmektedir. İşte bu anlayış çerçevesinde bilimsel verilere dayalı ceza adaletinde etkinlik analizleri yapılırken, sosyolojik bulgulara dayalı norm düzenlemeleri ve gerekli örgütsel yapılaşmaya gidilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ceza adaletinin sondan (10) bir önceki halkasında, hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü olanlarla tutukluların tutulmasında, uluslararası belgeler (örneğin İşkence Sözleşmesi) ve Avrupa Cezaevi Kuralları ile içtihat hukuku göz önünde bulundurulmalıdır. Kuşkusuz, hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması ile tutuklamaya (zorunlu kötülük) en son çare olarak başvurulması ve aşağıdaki tabloda nispeten yüksek olan mahpus sayısının aşağıya çekilmesi için yasal ve anlayış değişimi için gereken yapılmalıdır (Bk. sayfa 440, Tablo).

Özellikle metropol kapalı cezaevlerine giren icra ceza hükümlülerin oranı ve trafiği (Türkiye genelinde % 40'ı) göz önüne alınarak onlar için prefabrik bölümlerin inşa edilmesi planlanmalıdır.

(9) Bk. M. T. Yücel. **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, Ank., 1999 ss. 138-139.

(10) Çoğu hükümlülerin salıverildiğinde yeniden cezalandırılmaya başladığı göz önüne alınarak şartla salıverilen hükümlülerin toplumda sosyal yardım ve gözetime tabi tutulması (parole) gerekli olup, 1950'li yıllarından beri gündemde olan bu konunun tez elden yasalaştırılarak önceliğin şart salıverilen terör suçlusu hükümlülere verilmesi akılcı bir tedbir olacaktır. Bk. M. T. Yücel. **Suç ve Ceza**, Ank., 1986 ss. 349-355.

100.000 Nüfustaki Mahpus Sayısı (Eylül 1998)



Öteyandan, sınıflandırılmış cezaevleri içinde hücre/oda esasına göre yapılandırılmış cezaevlerinden bazıları seçilerek 25-30 hükümlüyü barındıracak kapasitede özel güvenlik bölümlerinin müstakil bir yönetimi olmak üzere organize edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ilk aşamada seçilecek bir güvenlik bölümünde teşkilatta uzun yıllardır görev alan, cezaevi kokusunu almış, hükümlü profili hakkında bilgi ve deneyim sahibi psikolog, sosyal hizmet uzmanı gibi uzmanlardan seçilerek oluşturulacak sorumlu personel kadrosuyla bir pilot proje uygulamasına gidilmelidir.

Bu özel güvenlik bölümleri kurulması/stratejisi bağlamında göz önünde tutulması gereken amaç ilkeler ise şunlardır:

- Her bölümün kendine özgü amacı ve rejimi saptanarak, sonuçta kurulacak farklı bölümler çeşitli amaçlar ve rejimlerin toplamı olmak yerine, birbirlerini ta-

mamlayıcı nitelikte olmalı; her bölüm için ön görülecek rejim özeti, özel güvenlik bölümlerinin geliştirilmesi konusunda saptanacak stratejik planlama uyarınca Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğüne belirlenmelidir.

- Bu bağlamda hiçbir bölüm son çare olarak ele alınmamalıdır. Bölümlerin tamamlayıcı şekilde planlamasına karşın bunlardan hiç biri "son durak" olarak görülmemelidir. Aksi takdirde, bu şekilde sınıflandırılan bölüm kısa sürede, isyankar/şiddet içerikli davranışlarıyla hiçbir şey kaybetmeyecek düşüncesindeki en tehlikeli suçluların deposu olacaktır. İlaveten, bu düşüncenin egemen olacağı bölümde olumlu veya destekleyici bir rejime işlerlik kazandırmak da zor olacaktır.

- Bölümler cezalandırıcı amaç taşımamalıdır (11). Bu bölümlerde sunulacak alternatif ortamların mahpusların hapis cezası ile baş edebilmesine yönelik yeni imkanlara fırsat yaratması ciddi olarak irdelenmelidir. Mahpuslar zamanlarının çoğunu hücre/oda dışında geçirmelidirler.

- Bu bölümler ile kurumlara özgü disiplin hücrelerini işlev itibariyle ayırdıkları; birincileri kurum için devamlı problem olan mahpuslara özgü iken, ikincileri acil/kısa süreli kontrol sorunları için varlığı göz önünde bulundurulmalıdır.

- Mahpusun isteğine dayalı olarak katılabileceği yapıcı faaliyetleri içeren çeşitli programlara (çalışma, eğitim, jimnastik ve spor örneğin masa tenisi) yer verilmeli; katılmak istemeyenler ise hücre/odalarında bırakılmalıdır.

- Personelin rol ve etkinliği oldukça önemli görüldüğünden, personelin mahpuslarla ilgilenmesinin en yüksek derecede olması üzerinde önemle durulmalıdır. Bu doğrultuda ilgi ve sorumlusunun sonuca yönelik olmasını sağlamak üzere her personelle mahpuslar eşlendirilmelidir. Bu suretle mahpuslar sorumlu görevliler arasında paylaştırılmalıdır.

- Mahpusun bu özel güvenlik bölümünde ne kadar kalabileceğini belirtmek imkansızdır. Bazı hükümlüler için birkaç aylık süre normal cezaevi koşullarına dönmesinde yeterli olurken, diğerleri için birkaç yıllık süre gerekebilir.

- Cezaevleri İdaresi bu özel bölümlerin amaç-işlevleri hakkında açık olmalı; ilgi duyanlara ve özellikle hükümlülere bu bölümler hakkında bilgi verilmelidir.

(11) Personelin hükümlülerden kaynaklanan düşmanca tavır ve sözleri göz ardı etmesi, bu yönde koşullandırılması; disiplin cezasının en son çare olarak değerlendirilmesi; personelin içinden çıkılması zor durumların oluşmasını önleyici şekilde beceri ve yeteneklerini kullanması siyaseti benimsemelidir. Bu siyaset için hükümlülerin izlenmesi kadar hükümlülerle "sorumlu personel" arasındaki ilişkinin niteliği önemlidir. İşte hükümlüyle karşı karşıya gelinmekten kaçınılması, özel güvenlik bölümündeki yıkıcı eylemleri büyük ölçüde azaltabilecektir.

Özetle, genelde tehlikeli suçlulara, özeldde teröristlere karşı toplumun korunması gereği gittikçe önem kazanmaktadır. Bu tür suçlular için kapalı ortam (cezaevleri) en gerekli tedbir olarak görülmektedir. Tehlikeli suçluların tretmanı açısından bunları cezaevlerine serpiştirmenin daha yaygın bir uygulama olduğu; (cezaevi içinde cezaevi kavramı bağlamında) uygulanacak infaz rejimi açısından diğerlerine uygulananın aynısı olmakla beraber, gözetim ve kontrolün yoğunluk kazandığı, hükümlülerin tecrit edilmesinin giderilerek personelle ilişkilerinin artırılması, tecrit edilme halinde de aileleri ile ilişkilerinin kesilmemesi; bu suçluların ergeç topluma dönecekleri göz önünde bulundurularak topluma dönüşlerinde uyumlarının kolaylaştıracak nitelikte hazırlıkların yapılması; kurumdan salıverilme sonrası da kolaylaştıracak nitelikte hazırlıkların yapılması; kurumdan salıverilme sonrası da yoğunlaştırılmış nitelikte (gerektiğinde elektronik) gözetim ve rehberliğin (yasal olarak organize edilmesi) sağlanması gerektiği belirmektedir. Bu konuda verilen uğraşın niteliğini vurgulamak üzere aşağıdaki şiirsel anlatıma yer verilmiştir.

"Hayat bugün ve yarın
bizler için bir bilmece
olsa da,
Ben doğru harfleri
teker teker yerleştirmek,
Sabrı kadehime
damla damla boşaltırken,
Yarınlar için
beklentiye girmek isterim" (12).

– oOo –

ÖNÖDEME UYARISINA UYMAMAK NEDENİYLE CEZANIN ARTTIRILMASI

Prof. Dr. Erdener YURTCAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Giriş. Önödeme Kurumu. Ceza Genel Kurulu Kararının İncelenmesi.

GİRİŞ

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 7.12.1999 tarih ve 1999/7-298, K. 1999/301 sayılı kararı bu konuyu ele almaktadır.

Yüksek Yargıtay, olay gününde 15 yaşını bitirmiş, 18 yaşını doldurmamış olup, önödeme uyarısına uymaması nedeniyle hakkında dava açılan sanık için 2918 sayılı Yasanın 36/3. maddesi ile belirtilen ceza, TCK'nın 119/5. maddesi ile 1/2 oranında artırıldıktan sonra, 55/3. madde uygulanarak yaş küçüklüğünden ötürü cezada indirim yapılmasına karar vermiştir.

Kararda suçlu bulunan bir sanık hakkında ceza belirlenirken, artırım ve indirim nedenlerinin sırası irdelenmiş ve yukarıdaki sonuca varılmıştır.

Bu yazımda, özellikle önödeme uyarısına uymamak, bu nedenle yargılanmak, suçlu bulunmak olarak ortaya çıkan süreçte, sanığa verilen cezanın TCK'nın 119. maddesi gereğince 1/2 oranında artırılması üzerinde duracağım.

ÖNÖDEME KURUMU

Bugün için yasal sistemimizde TCK'nın 119. maddesinde düzenlenen önödeme, bir suç şüphesi üzerine başlayan soruşturmada, suç işlendiği sonuçlarını gösteren delillerin elde edilmesi ile ancak başvuru olan bir yoldur. Fakat bugün Türk uygulaması önödemeyi adeta otomatikçe bağlamış bulunmaktadır. Bir fiil önödeme kapsamında olduğunda, sanığa derhal önödeme bildirim yapılmaktadır. Bu tavır

(*) Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Profesörü

hukuka uygun değildir. Suçluluğu gösteren delillere ulaşamadığında, sanık hakkında takipsizlik kararının verilmesi gerekir.

Bu niteliği ile önödemenin ceza hukuku kurumu mu yoksa ceza yargılaması hukuku kurumu mu olduğu teoride tartışılmaktadır. Yazının sınırladığım konusu bakımından bu noktayı ele almıyorum.

Önödemenin amacı dava sayısını azaltmaktır. Bunun için de önödeme kapsamında bir olayda sanığa bildirim yapılması ve cezanın ödenmesi halinde kamu davasının açılmayacağına duyurulması, TCK'nun 119. maddesinin sisteminin temelini oluşturur.

Sanık cezayı ödediğinde, sorun yoktur. Ceza ödenmediğinde, savcılık kamu davası açacaktır. Sanık için yapılan yargılamanın sonunda, sanık suçlu bulunduğu takdirde cezalandırılacaktır. Bu noktaya kadar ilkelere tam bir uygunluk vardır.

Ancak 119. maddede suçlu bulunan sanık için cezanın 1/2 oranında artırılması bir yasal mecburiyettir.

CEZA GENEL KURULU KARARININ İNCELENMESİ

Yazımın giriş bölümünde kararın sonuçlarını belirtmiştim; tekrarından kaçınıyorum.

Kararda önemli yeri, sanığın cezası belirlenirken, önödeme uyarısına uymamak nedeniyle söz konusu olan 1/2 oranında artırımın ne zaman uygulanacağı almaktadır. Karara göre TCK'nın 29. maddesi gereğince ceza önce arttırılacak, sonra indirilecektir. Bu bakış açısı ile çoğunluk, 119. maddedeki arttırımı 29. maddenin içinde mütalaa etmiştir.

Oysa karara muhalefet şerhi koyan iki değerli hukukçu (11. CD Başkanı sayın Sabih Kanadoğlu ve 2. CD Başkanı sayın Erdem Güyer), kanaatimce olayda doğru ve hukuka uygun sonucu belirtmişlerdir. Onlara göre, TCK'nın 29. maddesinde cezaların artırılması ve indirilmesinde fiile ve şahsa bağlı nedenler sıralanması ile sanığın en lehine sonuç verecek cezanın belirlenmesi ilkeleri gösterilmiştir. Buna göre, olayda sanık için önce temel ceza belirlenecek, bu ceza yaş nedeniyle indirilecek, son olarak da 119. madde gereğince 1/2 oranında artırım yapılacaktır. Çoğunluk bu sonucu kabul etmemiştir. Sanığın cezası önce artırılmış, 119. madde de bu kapsamda mütalaa edilmiş, sonra yaş nedeniyle indirim yapılmıştır. İki düşünce arasındaki fark, 119. maddenin 29. madde içinde yer almasının mümkün olduğu ya da olmadığı noktasında düşümlenmektedir. Bu karar

nedeniyle bir ilke tartışıldığı içindir ki, konu son derece önemlidir.

Bu tartışmada, muhalefet şerhinde açıklanan düşüncelere katıldığımı belirtmek isterim.

Bu vesile ile, ötedenberi üzerinde durduğum bir konuyu kısaca ele almak isterim.

Önödeme uyarısına rağmen, sanığın cezasının ödenmemesi değişik nedenlere dayanabilir. Bunların başında, sanığın suçsuzluğuna inanması gelir. Suçsuz olduğu kanaatini taşıyan bir sanığın, önödemeyi yerine getirmemek ve yargılanmak en doğal hakkıdır. Öte yandan, bugün artık ülkemizde para cezalarının büyük meblağlara ulaştığını gözardı edemeyiz. Enflasyon nedeniyle yasal korumaya alınan para cezaları, kolaylıkla gözden çıkarılacak boyutları aşmıştır. Bu nedenle de, yapılacak bir yargılama sonunda, suçluluğun sabit olmasının istenmesi yadırganmamalıdır.

Durum böyle iken, önödeme uyarısına uymamak nedeniyle, yapılan yargılamadan sonra suçlu bulunma halinde, cezanın mutlaka 1/2 oranında artırılmasının yargıç için bir mecburiyet olarak öngörülmesi, yargılama kavramı ve onun ilkelerine uygun değildir. Yargılanmak sanık için bir haktır. Yargılamanın sanığa tüm yasal güvenceler sağlanarak yapılması da çağcıl bir sonuçtur. Bu yaklaşım içinde sanığa önödeme uyarısının yapılması, yalnızca bir olanaktır. Bu olanaktan yararlanmamak, daha ağır cezalandırılmanın gerekçesi olamaz. Bu konuda, önödemede bulunmayan sanıklar için ceza 1/2 oranında artırılmazsa, kimse önödemede bulunmaz, mantığının sistemle uyuşan yanı yoktur. Bir olanaktan yararlanmamak, daha ağır cezanın temeli olamaz.

Anlatmaya çalıştığım ilkelerin-bence- haklılığı ele aldığım CGK kararı ile ortaya çıkmıştır. Kararda ortaya çıkan gerçek şudur: 119. maddede öngörülen 1/2 oranındaki artırma nedeni, cezanın belirlenmesinin temelini gösteren 29. maddeye uymamaktadır. Bu organ bedene uygun değildir. Beden bu organı atmak zorundadır, çünkü kendisine zarar vermektedir.

- Aynı artırım nedeninin CMUK Taslağında da korunması kanımca ceza yargılamasının temel ilkelerine aykırıdır. Bu değişiklik mutlaka yapılmalıdır.

SUÇLA İLGİLİ EŞYANIN (TCK. M. 36/1) MÜSADERESİNDE MAHKUMİYET ŞARTININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doğan GEDİK(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş.1- Suçla İlgili Eşya (TCK m. 36/1) ve Hukuki Nitelik 2- Mahkumiyet Şartı. A-Genel Olarak. B- Bazı Özel Durumlarda Mahkumiyet Şartının Değerlendirilmesi. a- Ölüm. b- Genel ve Özel Af. c- Şikayetten Vazgeçme. d- Zamanaşımı, e- Önödeme. f-Hukuka Uygunluk Sebepleri. Sonuç.

Giriş

Evrensel bir kurum olan, tarihsel geçmişi eskilere dayanan ve mülkiyetin bir çeşit kaybı sonucunu doğuran "müsadere" kanunda yazılı durumlarda belirli bir malın mülkiyetinin, mahkeme kararıyla, sahiplerinden alınarak kamusal bir teşekküle verilmesini sağlayan ve bazen ceza, bazen de tedbir olarak uygulanan bir yaptırım olarak tanımlanmaktadır (1).

Türk ceza mevzuatında, müsadereye ilişkin genel hüküm Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 36.maddesinde düzenlenmiştir. TCK. 36.madde; suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesinden husule gelen eşyanın mahkumiyet halinde ve fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla; kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşyanın ise "mahkumiyet" ve "aidiyet" şartlarına tabi olmaksızın; taşınması yasak olmayan ve fakat ruhsatsız taşınan silahların mülkiyet hakkının sahiplerinden alınarak devlete verilmesini ifade etmektedir.

Genel hüküm TCK m. 36 dışında, gerek TCK'nın diğer maddelerinde (2),

(*) Burhaniye Cumhuriyet Savcısı

(1) Tanımlar ve terim için bkz. Gedik, Doğan, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 1998, s. 4 vd.

(2) Bkz. TCK m. 217, 291, 354, 395, 401, 408, 426, 427, 487, 567, 578.

gerekse bir takım özel yasalarda müsadereye ilişkin özel hükümler (3) yer almaktadır.

1) Suçla İlgili Eşya (TCK m.36/1) ve Hukuki Nitelik

TCK ; 36. maddesiyle müsadere konusunda genel hüküm sevk ederek, müsadereye tabi eşyayı üç grup halinde sayma yoluyla belirtmiştir. Bunlar: Bir suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşyadan ibaret "suçla ilgili eşya" (m.36/1) ; kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşyadan ibaret "suç teşkil eden eşya" (m. 36/2) ; taşınması yasak olmayan ve fakat ruhsatsız taşınan silahlar (m. 36/3) (4).

TCK'nın 36. maddesinin 1. fıkrasına göre cürüm ve kabahatte "kullanılan" veya "kullanılmak üzere hazırlanan veya "fiilin irtikabından husule gelen" eşyadan ibaret suçla ilgili eşya, "mahkumiyet" halinde ve "fiilde methali olmayan kimselere" ait bulunmamak koşuluyla müsadere edilir.

Böylece, TCK m.36/1 bakımından müsadereye konu olacak eşyanın "suçla ilgili eşya", "yani suçta kullanılması, kullanılmak üzere hazırlanması veya suçtan husule gelmesi gerekir. Yalnız bu tür eşyaların müsaderesi için suçlunun mahkumiyetine karar verilmiş olmalı ve eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamalıdır.

Hukuki niteliğe gelince, TCK m. 36'nın hukuki niteliği, gerek doktrinde, ge-

-
- (3) Örneğin bkz. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu m. 18; 551 sayılı Markalar Kanunu m. 53; 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu m. 36; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu m. 78; 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun m. 14, 20, 22, 25, 27, 47, 48, 58, Ek- 2/3; - 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murabelesi hakkında Kanun m. 20, 21, 22; 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı Satımı ve bulundurulmasına Dair Kanun m. 11, 13; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat varlıklarını Koruma Kanunu m. 68, 74; 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m. 34; 4208 sayılı Karaparanın Önlenmesine Dair Kanun m. 7; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun m. 12, 14; 6831 sayılı Orman Kanunu m. 84, 92/1, 93/4, 108/4, 116/son...
- (4) "Taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zapt ve müsaderesine hükümler" düzenlemesini getiren TCK m. 36/3, yasak ve yasak olmayan silahlar ayrımını kaldıran 6136 sayılı Ateşli Silahla. ve Bıçaklar Hakkında Kanunun kabulünden sonra hükümsüz kalmıştır. Bkz. Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, Ankara 1985, s. 391 (Erem, Ceza); Yılmaz, Zekeriya, Teori ve Uygulamada Müsadere (Zoralm), Ankara 1997, s. 34.

rekse uygulama da tartışmalıdır. Hukuki nitelik konusunda iki görüş mevcuttur: Birinci görüşe göre, TCK m 36' da düzenlenen müsadere hukuki niteliği itibariyle ceza değil, bir "emniyet tedbiri" dir (5).

Diğer bir görüşe göre ise, TCK 36. maddesinin 2. fıkrası "emniyet tedbiri"; 1. fıkrası ise "ceza" niteliğindedir (6).

Yargıtay ise, TCK'nın 11. maddesinde sayılan cezalar arasında yer almayan müsadere bir ceza olmayıp, ceza mahkumiyeti sonucu olan bir tedbir olduğu görüşündedir (7).

Demek ki, "suç teşkil eden eşya"nın müsadere öngören TCK m.36/2'nin bir emniyet tedbiri olduğu konusunda doktrinde ve uygulama da görüş birliği mevcuttur. Tartışma, "suçla ilgili eşya"nın müsadere öngören TCK m. 36/1'e ilişkindir.

-
- (5) Erem, s. 384; Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s. 127; Hafızoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1987, s. 269; Aydın, Öykü D., Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere, AHFD 1993, c. 43, sy. 1-4, s. 143; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. III, İstanbul 1989 Ceza, s. 87; Gözübüyük, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. I, 5. Bası, İstanbul 1988, s. 334; Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.I, Ankara 1977, s. 133; Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler, Ankara 1996, s.161; Bu görüşü savunan yazarlara göre, TCK'nın düzenlediği emniyet tedbirlerinden biri de müsadere. Çünkü; cezalam nelerden ibaret olduğunu gösteren TCK'nın 11. maddesinde müsadereye yer verilmemiştir. Kanun, müsadereyi ceza mahkumiyetinin sonuçlarından biri olarak belirtmiştir. Öte yandan, suçun failine ait olmayan eşyanın da bazı hallerde müsadere edilebilmesi (TCK m. 36/2), hükümlünün ölümüne rağmen müsadere infazı (TCK m. 96/2) ve ön ödemenin müsadereyi uygulamaya engel olmaması (TCK m. 119/8) hususları da müsadere cezalarında aranan niteliklere sahip olmadığını kanıtlar. Ancak, müsadere bazı kanunlarda "ceza" sayılması, kanunkoyucunun esaslara bağlı kalmamasının veya emniyet tedbirleri konusunda yeterli bilgiye sahip olmamasının sonucudur.
- (6) Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 712; Öztürk, Bahri, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 2. bası, Ankara 1992, s. 255; Taner, Tahir, Ceza Hukuku, İstanbul 1953, s. 651; Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, s. 89; İçel, Kayhan, Kaçakçılıkta kullanılan Üçüncü Kişilere ait Taşıtların Zoralımı, İHFM 1978, c. 44, sy. 1-4, s. 301 vd; Yaşar, Hakkı, Zoralım, AD 1975, sy. 3-4, s. 272. Bu görüşü savunan Dönmezer-Erman'a göre: "36. maddenin ilk fıkrasında öngörülen şekli ile müsadere, niteliği itibariyle bir cezadır ve kanunkoyucu tarafından mahkumiyetin bir kanuni neticesi olarak benimsenmiştir. 2. fıkrasında öngörülen halde ise tedbirdir. Gerçekten 1. fıkra müsadere belirli hallerde uygulanmasını, suçlunun mahkumiyetine bağlamış ve suçla ilgisi olmayanlar bakımından eşyanın müsadereye imkan vermemiştir. Diğer bazı kanunlar 36. maddede öngörülen haller dışında müsadere bir ceza olarak uygulanmasını kabul etmiş bulunmaktadır. Bizzat ceza kanununun çeşitli maddelerinde müsadere bir ceza olarak hükmedileceği ayrıca açıklanmıştır (bkz. m. 217, 354/5, 427/2, 487/2, 567/2)" (Dönmezer-Erman, c. II, s. 712).
- (7) Bkz. YCGK. 14.6.1982, 129/279 (Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık, Yargısal ve Bilimsel İttihatlarla Türk Ceza Kanununun Yorumu, c. 1, Ankara 1994, s. 433); YCGK. 2.10.1989, 8-200/274 (Savaş-Mollamahmutoglu, TCK, s. 431); YCGK 4.12.1989, 3-330-386 (Yılmaz, s. 21).

2. Mahkûmiyet Şartı

A. Genel Olarak

Eşyanın suçla ilişkisi olması kendiliğinden müsadere edilmesini gerektirmez. Suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan husule gelen eşyanının müsaderesi ancak "mahkûmiyet" halinde mümkündür (8). Böylece, TCK m. 36/1'e göre müsadere edilecek eşyanın, kullanıldığı, kullanılmak üzere hazırlanmış veya husule geldiği suçtan mahkûmiyet kararı verilmesi gerekmektedir. Örneğin, Adam öldürme suçunda kullanılan bıçağın müsadere edilebilmesi için, suç failinin esas suçtan, yani adam öldürme suçundan mahkum olması gerekir.

Demek ki, eşyanın suçla ilişkisini sabit olması yeterli değildir; çünkü kanun müsadereyi mahkûmiyet haline inhisar ettirmiştir (9).

TCK m. 36'nın da içinde bulunduğu TCK birinci kitap üçüncü babın başlığı "ceza mahkûmiyetlerinin neticeleri" adını taşıdığına göre, burada sözü edilen mahkûmiyet, ceza mahkûmiyetidir (10).

Kanunumuz, müsadere bakımından cürüm-kabahat ayrımı yapmamış; mahkûmiyetin cürüm veya kabahat sebebiyle verilmesini eş saymıştır. Öte yandan suçun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması da müsadere bakımından önemsizdir. Ancak sistemimizde yalnızca cürümlere teşebbüs cezalandırıldığından kabahatlere teşebbüs halinde müsadere uygulanmayacaktır (11).

Kanunumuz açıkça "mahkûmiyet" aradığına göre, "beraat" halinde müsadere uygulanmaması doğaldır (12). Öte yandan, "red", "durma", "düşme" (CMUK m. 253) kararlarının verildiği durumlarda da müsadere uygulanmayacaktır (13).

Suçla ilgili eşyanın (TCK m. 36/1) müsaderesi için kanunumuz açıkça "mah-

(8) Aydın, s. 150; Erem, s. 388; Öztürk, s. 282; Önder, 90; Gökçen, s. 99; Taner s. 651; Yılmaz, s. 28. "Bir mahkûmiyet hükmü söz konusu olmadığı halde av tüfeğinin zorunlu karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 4. CD. 12.9.1991-3319/4745, Yılmaz, s. 29). Aynı yönde Yar. 2. CD. 22.11.1976, 9095/9947 (Yılmaz, s. 29).

(9) Erem, s. 388.

(10) Gökçen, s. 99; Taner, s. 651.

(11) Önder, s. 91.

(12) "Sanıkların beraatlerine karar verildiği halde emanete kayıtlı av tüfekleri ile fişeklerin müsadere edilmesine hükümlenmesi, bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 2. CD. 18.6.1991, 6642/7544, Yılmaz, s. 29).

(13) Gökçen, s. 99.

kümüyet" aradığına göre, "akıl hastalığı" (TCK m. 46) ve "yaş küçüklüğü" (TCK.53) nedeniyle ceza verilemeyen hallerde, yani uygulamadaki deyimile, "ceza tertibine yer olmadığına" kararlarının verilmesi halinde müsadere uygulanabilir mi?

Erem'e göre, kanun mahkümüyet şartı aradığına göre, her türlü beraat kararları bu ibarenin kapsamı dışında kalacağından, beraat sebeplerine göre, ayırırda bulunmaya gerek yoktur. Bu nedenle suç sabit olmakla birlikte, failin ceza sorumluluğu olmadığından beraat kararı verilmesi halinde suçla ilgili eşyanın müsaderesine karar verilemez (14).

Aydın ise, müsaderenin emniyet tedbiri olduğundan hareketle, cezanın failin subjektif hali nedeniyle - yaş, akıl hastalığı gibi - uygulanmaması müsadereye engel olmayacağı kanısındadır(15).

Yargıtay ise, önceleri, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi sebeplerle işlediği suçun farik ve mümeyyizi olmayan sanık hakkında ceza tayinine yer olmadığına karar verildiği durumlarda, suçta kullanıldığı sabit olan eşyanın müsadere edilemeyeceği görüşünde idi. (16). Yeni tarihli kararlarında ise, müsaderenin ceza değil tedbir olduğu görüşünden hareketle, emniyet tedbirleri muhakemesi yapılması gereken durumlarda da TCK m. 36/1'in uygulanabileceği sonucuna varmaktadır. Örneğin, CGK. 14. 6. 1982 tarihli bir kararında : "Müsadere bir ceza değildir. TCK'nın 11. maddesinde müsadereden söz edilmemiştir. Bilindiği gibi TCK'nın 54. maddesi suç işlediği sabit olan küçükler hakkında uygulanır. Şayet küçük işlediği suçun farik ve mümeyyizi değilse, küçük hakkında ceza tertip edilmeyecektir. Hal böyle olunca, suçta kullanılan bıçağın müsaderesine karar vermek zorunludur" demiştir (17).

(14) Erem, s. 388.

(15) Aydın, s. 150.

(16) "Yaşları sebebiyle ceza tertibine mahal olmadığına karar verilen sanıklara ait suç aletlerinin müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırıdır" (Yar. 3. CD. 20. 2.1973, 1994/3407, Gözübüyük, s. 366). "İşlediği suçun farik ve mümeyyizi olmayan sanık hakkında ceza tayinine yer olmadığına karar verildiği halde memnu olmayan bıçağın müsaderesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 2. CD. 22.11.1976, 9095/9947 Akdemir, Nağihan-Akdemir, Cumhuriyet, Türk Ceza Kanununun 36. maddesi ışığında müsadere üzerine inceleme, AD 1990, sy. 1, s. 119). Aynı yönde Yar. 2. CD. 15.9.1981, 5124/5886 ve yar. 3. CD. 24.2.1980, 904/1979 (Çağlayan, M. Muhtar, Gerekeçli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. I, 3. Bası, Ankara 1984, s. 325).

(17) YCGK. 14.6.1982, 2-129/279 (Yılmaz, s. 262). Yine CGK. 4.12.1989 tarihli bir kararına göre; "2253 sayılı yasanın 12., TCK nun 54. maddeleri, suç işlediği sabit olan küçükler hakkında uygulanır. Şayet küçük, bedeni, akli ve ruhi durumu yönünden işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabiliyorsa ceza verilecek, aksi halde suçu sabit olduğu halde ceza tertip edilmeyecektir. Hal böyle olunca, yaşı nedeniyle ceza verilemeyen sanığın, suçta kullandığı balta ile nakil aracı merkebin müsaderesine karar verilmelidir" (YCGK. 4.12.1989, . 3-330/386, Yılmaz, s. 85).

İlginçtir ki, Yargıtay 8. Ceza dairesi, yeni tarihli bir kararında, "TCK nun 36. maddesi, mahkûmiyet halinde suçta kullanılan eşyanın zorasını öngörmekte olup, sanık hakkında TCK nun 46. maddesine göre ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi, suçta konu silahın menşeinin belli olması ve meşru bulunması durumunda, zorasına karar verilemez" demıştır (18).

Emniyet tedbiri muhakemesi yapılması gereken durumlarda dahi suçta kullanılan eşyanın müsadere edilebileceğine ilişkin Yargıtay kararları doktrinde eleştirilmiştir.

Öztürk'e göre, suçla ilgili eşyanın müsaderesini hüküm altına alan TCK m. 36/1 bir cezadır. Hal böyle olunca, akıl hastalığı (TCK m.46) ve yaş küçüklüğü (TCK m. 53) gibi nedenlerle isnat yeteneği bulunmayan kişinin fiil, suç genel teorisi esasları çerçevesinde suç olarak nitelenemeyeceğine göre, bunların fiilinden dolayı "ceza" olan müsadereye hükmedilemez" (19). Aksi tutum, emniyet tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceğini hüküm altına alan Anayasanın 38.maddesine aykırı olur. Başka bir deyimle, emniyet tedbirleri konusunda bulunan boşluğun kıyas yoluyla doldurulması anlamına gelir ki, bu uygulama, "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" düzenlemesini getiren AY m. 38'e aykırı olur (20).

Öte yandan, ceza kanunumuzun birinci kitap üçüncü babının başlığını dikkate aldığımızda, bu tedbirin "ceza mahkûmiyetinin neticesinde" verilebileceği sonucuna varırız ki, "ceza tertibine mahal olmadığına" dair verilen kararlar mahkûmiyet hükmü olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Öyleyse, akıl hastalığı (TCK m.46) ve yaş küçüklüğü (TCK m. 53) sebebiyle ceza verilemeyen hallerde, gerekse emniyet tedbirlerine mahkûmiyet halinde müsadere kararı vermek mümkün değildir (21).

1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı (TCKT) 77. maddesinde; suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyanın müsadere edileceğini ve müsadere kararının verilmesi için suç dolayısıyla bir kimsenin mahkûm edilmiş bulunması şartının aranmayacağını düzenlemiştir.

(18) YAR. 8. CD, 27.2.1997, 1997/1509 E. - 199/2503 K., YKD TEMMUZ 1997, S. 1175.

(19) Öztürk, s. 256

(20) Öztürk, s. 256; Gökçen, s. 99.

(21) Gökçen, Elkoyma, s. 99..

B. Bazı Özel Durumlarda Mahkûmiyet Şartının Değerlendirilmesi**a. Ölüm****aa) Sanığın Ölümü**

Ceza davasını düşüren nedenler mevcut olduğu takdirde, mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, müsadere kararı verilemez.

Sanığın ölümünden söz eden TCK m. 96/1'e göre, "maznunun vefatı hukuku amme davasını ortadan kaldırır". Sanığın ölümü halinde kamu davası ortadan kalkacağından, ölen sanığın asli veya fer'i bir cezaya mahkûm edilmesine imkan yoktur (22).

TCK m. 36/1'in uygulanabilmesi failin mahkûm olması şarttır. Mahkûmiyet olmadıkça suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan suçtan husule gelen eşyanın müsaderesi imkansızdır. Bu nitelikleri nedeniyle, müsadere ceza mahkûmiyetinin bir neticesidir (23). Bu nedenle sanığın ölümü halinde, keşinleşmiş bir hüküm söz konusu olmadığından suçla ilgili eşyanın müsaderesini öngören TCK m. 36/1 uygulanamaz; şayet eşya müsadere edilmişse mirasçılara iade edilmesi gerekir (24). Çünkü, sanığın ölümü mahkûmiyete engel olur. Ancak bu durum suçun tek kişi tarafından işlenmesi halinde özgürdür (25). Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, sanıklardan birinin ölümü müsadere uygulamasına engel teşkil etmez (26).

Böylece sanığın ölümünden sonra, suçla ilgili eşyanın (TCK m. 36/1) müsaderesine karar verilmezse de, "suç teşkil eden eşya"nın (TCK m. 36/2) mü-

-
- (22) Dönmezler, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.III, 11. Bası, İstanbul 1994. s. 203
- (23) Önder, s. 235.
- (24) Yılmaz, s. 34. "sanık H. A. nın ölmesi nedeniyle TCK nun 96. maddesi gereğince hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verildiğine nazaran, emanette kayıtlı traktör ile römorkun sanığın kanuni mirasçılarına iadesi gerekirken, yazılı biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 3. CD. 7.2.1990, 7985/935, Yılmaz, s. 34). Aynı yönde Yar. 2. CD. 30.5.1991, 5508/6549 (Yılmaz, s. 34); Yar. 2. CD. 17.4.1978, 3076/2939 (Çağlayan, TCK, s.328).
- (25) "Davanın tek olan sanığının ölümü nedeniyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verildiğine göre, emanette kayıtlı traktör ile römorkunun sanığın kanuni mirasçılarına verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi" (Yar. 3. CD. 7.2.1990, 7985/935, Erol, Haydar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1999, s. 261).
- (26) Önder, s. 92; Erem, Ceza, s. 410; Dönmezer-Erman, C. III, s. 203; Öztürk, Ceza, s. 75. "ölen sanığın suçu müstakilen değil, mahkûmiyetine karar verilen diğer sanık M.B. ile müştereken işlendiğinin anlaşılmasına (...) göre , kaçak orman naklinde bilinerek kullanılan kamyonun zoraltımına karar verilmesi gerekir. İade ancak suçun sanık tarafından müstakilen işlenmesi ve soruşturma sırasında ölmesi nedeniyle hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılması haline münhasırdır" (YCGK. 13.3.1978, 33/80, Çağlayan, TCK, s. 314). Aynı yönde Yar. 3. CD. 23.10.1990, 3943/11225, Yılmaz, s. 96.

saderesine engel bir durum yoktur. Zira, "suç teşkil eden eşya"; ceza mahkûmiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile müsadere edilir (27).

bb) Mahkumun Ölümü

Sanığın ölümünden farklı olarak, hükümlünün ölümü, sadece infaz ilişkisini düşürür (28). Gerçekten de, TCK m. 96/2'ye göre; "Mahkûmun vefatı ceza mahkûmiyetini ve hatta icra edilmemiş olan ağır ve hafif cezayı nakdi hükümlerini bütün neticesiyle beraber ortadan kaldırır. Ancak eşyanın zapt ve müsadere ve mahkeme masrafları için sadır olup mahkumun ölümünden evvel katiyet kes-beden hükümler tenfiz olunur".

Maddeden de anlaşılacağı gibi, hükümlünün ölümü, ceza mahkûmiyetini ve mahkûmiyetin bütün cezai sonuçlarını ortadan kaldırır; fakat cezai olmayan sonuçları etkilemez (29). Ancak müsadere ile ilgili olarak verilip de hükümlünün ölümünden önce keşinleşen kararlar infaz olunur (TCK m. 96/2). Çünkü bu durumda eşya devletin malı olmuştur; hatta müsadere karar verilmiş olan eşya henüz devlet elinde olmasa dahi durumda bir değişiklik olmaz (30).

Kanunumuz, 96/2 maddesinde, müsadereyi genel bir tabir olarak kullanmış olup, söz konusu olan eşyanın "suçla ilgili eşya (TCK m. 36/1), "suç teşkil eden eşya" (TCK m. 36/2) olması arasında bir fark gözetmemiştir (31). Başka bir deyimle, müsadere bakımından kanunumuz, her iki halde de mahkûmün ölümünün müsadere infazına engel olamayacağını belirtmektedir (32). Hatta doktrinde, müsadere tabiri yalnız 36. maddede ile sınırlandırılmamakta, bazı varaka ve eşyanın ortadan kaldırılması, imhası kararları da (örneğin TCK m. 486, 487) TCK m. 96/2'ye dahil edilmektedir (33).

b. Genel ve Özel Af

TCK'nın 97. maddesine göre, mahkûmiyetten önceki genel af kamu davasını ortadan kaldırır. Böylece mahkûmiyetten önce gerçekleşen genel af, failin mahkûmiyetine engel olacağından, mahkûmiyetin doğurabileceği asli ve tali bütün

(27) Gözübüyük, s. 1066; Yılmaz, s. 34.

(28) Dönmezer-Erman, C. III, s. 204.

(29) Yılmaz, s. 35; Önder, s. 235.

(30) Önder, s. 92.

(31) Erem, s. 412. Kanunumuzun m. 96/2 hükmü mehzaz kanununun 85. maddesinden farklıdır. Mehzaz kanuna göre, "ancak eşyanın müsadere kararına dair hükümlerin icrasını menetmez" şeklindedir. Buna rağmen kanunumuz bakımından da, müsadere ister tedbir ister mahkûmiyetin neticesi olsun, mahkumun ölümü halinde müsadere uygulanır. Öner, s. 236.

(32) Dönmezer-Erman, C. III, s. 206; Öztürk, s. 76.

(33) Erem, s. 412; Dönmezer - Erman, C. III, s. 206.

sonuç ve etkilerin gerçekleşmesine engel olur (34). Bu durumda mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, müsadere kararı verilmesi mümkün olmamaktadır (35).

Mahkûmiyetten sonraki genel af ise, hükümlenen asli ve fer'i cezalar ile cezai neticeleri ortadan kaldırır ve infazına engel olur .Bu durumda cezanın infazına başlanmamışsa, ceza çektirilmez; cezanın infazına başlanmış ise infaza hemen son verilir (36).

İşte bu durumu, yani mahkûmiyetten sonra çıkan genel affın mahkûmiyeti ortadan kaldıracığını ve müsaderenin de mahkûmiyet şartına bağlı olmasından dolayı müsadere edilen eşyanın geri verilmesi gerektiğini düşünen kanun koyucu, böyle bir sonucu önlemek amacıyla açık bir hüküm (TCK m. 100) sevk etmiştir (37). TCK m. 100'e göre, genel ve özel af, zarar görenin şikayetinden vazgeçmesi müsadere edilen eşyanın iadesini gerektirmez (38).

İlave edelim ki, mahkûmiyetten önce ve sonra çıkan genel affın tedbir niteliğinde olan ve TCK m. 36/2' de hüküm altına alınan müsadereye bir etkisi olmadığı gibi, müsadere edilen eşyanın iadesini de gerektirmez (39).

Genel afftan farklı olarak özel af, sadece infaz aşamasında söz konusu olmakta ve yalnızca cezayı ortadan kaldırmakta veya azaltmakta veya değiştirmektedir. Yani mahkûmiyet tüm neticeleriyle ortadan kalkmamaktadır (40). Özel af, kanun veya kararnamesinde aksine yazılı olmadıkça fer'i cezalara etki etmez (TCK m. 98).

TCK'nın 100. maddesinde belirtildiği üzere özel af, ister tedbir olsun ister

(34) Dönmezer - Erman, C.III, s. 229.

(35) "Av tüfeğinin, memnu silahlardan bulunmamasına ve suçun af kanunu ile ortadan kaldırılmasına göre; tüfengin müsaderesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 4. CD. 14.7.1961, 3186/3437, Özü Türk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, 2. Bası, C.I, İstanbul 1970, s. 89). Tabanca ruhsatlı olup, sanık hakkında bila mucüp silah atma suçundan dolayı olan kamu davası, genel affın şumulüne girmiş bulunduğu nazaran söz konusu tabancanın iadesi yerine, müsedresine ilişkin karar bozulmuştur. YR.CD. 2.6.1965, 5187/4670, Çağlayan, Müsadere, s. 221.

(36) Dönmezer- Erman, C.III, s. 232; Önder, s. 242.

(37) Erem, Ceza, s. 388.

(38) "Hükümlülükle birlikte zorunluna karar verilen hayvanların bu kez cezaların genel af kapsamına girdiği gerekçesiyle geri verilmesi TCK nun 100. maddesine aykırıdır" (Yar. 7. CD. 15.11.1966, 9390/10064, Yılmaz, s. 36). Aynı yönde Yar. 7.CD. 12.2.1969, 1417/1409 ve yar. 2. CD. 12.1.1976, 1/20 (Yılmaz, s. 36).

(39) Dönmezer-Erman, C.III, s. 229, 233. "Suç konusu tabancanın taşınması ve suçta kullanılması eylemleri 1803 sayılı kanunla genel affın kapsamına girmiş ve sanığın bulundurma ruhsatı bulunmuş olduğuna göre müsadere edilemeyeceği gözetilmeden, müsadere kararına karşı vuku bulan itirazın kabulü gerekir" (Yar. 8. CD. 7.11.1975, 7394, Dönmezer-Erman, C. III, s. 229).

(40) Öztürk, s. 78.

ceza olsun müsadere uygulamasına engel teşkil etmez; müsadere edilen eşyanın iadesini gerektirmez (41).

c. Şikayetten Vazgeçme

TCK'nın 99. maddesinde, "takibat yapılabilmesi dava veya şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar gören kimsenin vazgeçmesi hukuku amme davasını düşürür. Ancak kanunda hilafı yazılı olmadıkça cezanın infazına mani olmaz..." denilmektedir.

Maddeden de anlaşılacağı gibi, şikayetten vazgeçme kamu davasını düşürmekte; hakkında şikayetten vazgeçilen suçtan dolayı mahkûmiyet verilmemektedir. Bu durumda mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, müsadereye karar verilmeyecektir (42). Ancak, suç teşkil eden eşyanın müsaderesine (TCK m. 36/2), şikayetten vazgeçmenin bir etkisi yoktur.

Kanunumuzda bazı ayırık hallerde, infaz devam ettiği sürece de vazgeçme mümkün olmaktadır. Örneğin TCK 444. maddesi gereğince, infaz sona erinceye kadar vazgeçme mümkündür. İşte bu gibi ayırık hallerde şikayetçinin şikayetinden vazgeçmesi ile ceza düştüğü takdirde, infaza henüz başlanmamışsa, buna kalıksılmaz, infaz devam etmekte ise buna hemen son verilir. Ancak bu keyfiyet, TCK m.100 gereğince, müsadere edilen eşyanın geri verilmesini gerektirmez (43).

d. Zamaşaşımı

Dava zamaşaşımı da kamu davasını ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden suçla ilgili eşyanın müsaderesine (TCK.

-
- (41) Erem, s. 389; Dönmezer-Erman, C. III, s. 241." 1803 sayılı Af Kanununun 13. maddesi cezası kısmen affa tabi adam öldürme eyleminde kullanıldığı saptanan faile ait silahın av tüfeği dahi olsa müsaderesine engel bir hüküm getirmemiş ve sanığın TCK 449/1, 59, 449/1, 62, 59 ve 1803 sayılı Af Kanununun uygulanmaları sonucu neticeten 21 sene ağır hapse hükümlendirilmiş bulundurulmasına göre, suçta kullanılan av tüfeninin TCK'nın 36. maddesi gereğince müsaderesine ilişkin mahkemce verilen karar ile müsadereenin yasaya aykırılığına dair olan itirazların reddi yolundaki Özel Daire Kararı usule ve yasaya uygun görülmüştür" (YCGK. 21.4.1975, 82/92, Yılmaz, s. 36).
- (42) "Suçun temas ettiği TCK nun 191/son maddesi nazara alınarak vaki feragat sebebiyle davanın düşürülmesine karar verilmiş olmasına göre, ruhsatlı bulunan tabancanın zorulmasına karar verilmiş olması, bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 4. CD. 8.2.1973, 10920/893, Görgün, Mehmet, Türk Ceza Kanuni Şerhi, C.I, Samsun 1993, s. 193).
- (43) Dönmezer- Erman, C. III, s. 314.

m. 36/1) karar verilmeyecek demektir (44). Fakat, suç teşkil eden eşyanın (TCK m. 36/2) müsaderesine karar verilecektir.

Ceza zamaşımında, hüküm mevcut ve kesinleşmiş olduğundan, müsadere kararı ile birlikte eşya devletin malı olmuştur. Bu nedenle ceza zamaşımın müsadere bakımından etkisizdir (45).

e. Önödeme

Önödeme müessesesi, önödeme nedeniyle kamu davasının açılmaması; dava açılmışsa bile bunun ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda mahkûmiyetten söz edilemeyeceğine göre, suçla ilgili eşyanın (TCK m. 36/1) müsadere edilemeyeceği düşünülebilir. Ancak TCK'nın 119/8. maddesinde açıkça, "bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması...zoralıma ilişkin hükümleri etkilemez" denilmektedir. Buna göre, önödeme nedeniyle kamu davasının açılmaması, yani hazırlık soruşturmasında takipsizlik kararı verilmesi veya açılan kamu davasının önödeme nedeniyle ortadan kaldırılması müsadere uygulamasına engel değildir.

Ceza Genel Kurulunun 8.2.1988 tarihli bir kararına göre; TCK m. 36/1' de öngörülen eşyanın müsaderesi mahkûmiyet halinde mümkündür. Ölüm, genel af, şikayetten vazgeçme, zamaşımı, önödeme ve benzer davayı düşüren hallerin varlığı halinde TCK m. 36/1 uygulanmaz ise de; TCK'nın 119/8. maddesinde (...) denilerek önödeme halinde suçta kullanılan eşyanın müsaderesine ilişkin istisnai hüküm getirilmiş olup bu hususta bir karar verilmesi için CMUK'un 392 ve müteakip maddeleri gereğince C.Savcısı veya davacının esas davayı görmekle yetkili mahkemeye başvurması gerekmektedir (46).

(44) "Zoralımda bağlı olduğu suçun zamaşımına tabi bulunması ve TCK nun 36. maddesine göre mahkûmiyet halinde zoralıma karar verilebileceği cihetle, sanığa atılı suçun gerektirdiği cezanın miktar ve nevi itibarıyla tabi olduğu TCK nun 102/5 ve 104/2 maddelerine göre hesaplanan zamaşımının suç ve karar tarihleri arasında gerçekleştiği ve davanın esası ortadan kaldırıldığından zoralıma ilişkin hükmün bozulmasına, CMUK 322. maddesi gereğince sanık hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına, emanetteki av tüfeğinin ruhsatına bağlı olarak sahibine iadesine (Yar. 2. CD. 21.5.199, 6669/7018, Erol, s. 269); "sanıklar hakkındaki kamu davası zamaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmış olmasına rağmen ancak mahkûmiyet halinde müsaderesine karar verilmek gereken suçtan hasıl olan kumar parasını sahiplerine geri verilmesi gerekirken müsaderesi bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 2. CD. 25.5.1976, 4541/5005, Akdemir-Akdemir, s.118). Aynı yönde Yar. 2. CD. 14.2.1948, 3508/3981 (Akdemir-Akdemir, s.118). Yar. 2. CD. 14.2.1948, 3508/3981 (Gözübüyük, s. 370). Ayrıca Yılmaz, s. 37 deki içtihatlara bakınız.

(45) Önder, s. 92.

(46) YCGK. 8.2.1988, 2-547/16 (Savaş-Mollamahmutoğlu, TCK, s. 434). "Sanığın ruhsatlı tabancası ile meskun mahalde sebepsiz yere ateş ettiği, hazırlık soruşturması sırasında önödeme nedeniyle takipsizlik kararı verildiği anlaşılmış olup, TCK'nın 119. maddesinin 8. fıkrasında "bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması... zoralıma ilişkin hükümleri etkilemez" hükmünün yer almasına rağmen, yanlış değerlendirme ile suçta kullanılan silahın zoralımı yerine sanığa iadesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir (2. CD, 21.1.1992-13265/510, Yılmaz, s. 38).

f. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde, mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, müsadere uygulanamaz. TCK'nın 49. maddesinde belirtilen meşru müdafaa şartları içinde hareket edilerek ve savunmada aşırılığa kaçmadan silah kullanılması halinde bundan dolayı müsadere yoluna gidilemez (47): "Kabule göre 36. madde sarahatine aykırı olarak meşru müdafaa halinde kullanılan çifttenin müsadereesine karar verilmesi yolsuzdur" (48).

Yargıtaya göre, halin icabına göre silah kullanılmasında zaruret bulunan hallerde de silahın müsadere yoluna gidilemez (49).

Sonuç

Yaptığımız çalışmayla şu sonuçlara ulaşılmış bulunuyoruz:

-TCK m. 36/1; cürüm ve kabahatte "kullanılan" veya "kullanılmak üzere hazırlanan" veya "fiilin irtikabından husule gelen" eşyadan ibaret olan "suçla ilgili eşya"nın müsadereesine öngörmektedir. Suçla ilgili eşyanın müsadere edilebilmesi için, "mahkûmiyet" şarttır.

-TCK m. 36'nın da içinde bulunduğu TCK birinci kitap üçüncü babın başlığı "ceza mahkûmiyetlerinin neticeleri" adını taşıdığına göre, burada sözü edilen mahkûmiyet, ceza mahkûmiyetidir.

-Kanunumuz, müsadere bakımından cürüm-kabahat ayrımı yapmadığı gibi, suçun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması da müsadere bakımından önemsizdir. Ancak sistemimizde yalnızca cürümlere teşebbüs cezalandırıldığından kabahatlere teşebbüs halinde müsadere uygulanmayacaktır.

-Kanunumuz açıkça "mahkûmiyet" aradığına göre, "beraat", "red", "durma", "düşme" (CMUK m. 253) kararlarının verildiği durumlarda müsadere uygulanmayacaktır.

(47) Yılmaz, s. 41.

(48) Yar. 5. CD. 5.4.1949, 2541/1497, Gözübüyük, s. 369.

(49) "Sanığın, gece evinin önünde yapılan kavga ve atılan silah sesleri üzerine balkona çıkarak, zabitayı yardıma çağırmak amacı ile ruhsatlı tabancası ile havaya ateş ettiği ve sonra da polis karakoluna telefonla haber verdiği anlaşıldığı cihetle eyleminde (zaruret) halinin mevcut olduğunun bu durumda müsadereenin yasal dayanağının kalmadığının kabulü ile suçta kullanılan silahın iadesi gerekirken zorunlu karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 2. CD, 25.2.1992-1502/2123, Yılmaz, s. 42). "Evinin bahçesinde beslediği tavşanlara zarar veren kediye ruhsatlı bulunan av tüfeği ile ateş eden sanığın hareketinde zaruret hali bulunduğu kabulü ile tüfeğin iadesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir" (Yar. 2. CD. 3.11.1992, 9841/10313, Yılmaz, s. 41).

-Yargıtay, yaş (TCK m. 51), akıl hastalığı (TCK m. 46) gibi nedenlerle verilen "ceza tertibine yer olmadığına" dair kararların müsadereyi engellemeyeceği görülmüştür.

-Ölüm, genel af, şikayetten vazgeçme, zamanaşımı, önödeme ve benzer davayı düşüren hallerin varlığı halinde TCK m. 36/1 uygulanmaz ise de; TCK'nın 119/8. maddesinde (önödemenin zorunluluğunu engellemeyeceği) denilerek önödeme halinde suçta kullanılan eşyanın müsadereye ilişkin istisnai hüküm getirmiştir.

-TCK m. 96/1 gereğince sanığın ölümüyle kamu davası ortadan kalkacağından, eş anlatımıyla sanığın ölümü mahkûmiyete engel olduğundan, suçla ilgili eşyanın müsadereye ilişkin istisnai hüküm uygulanmaz.

-TCK m. 96/2 gereğince, hükümlünün ölümü, ceza mahkûmiyetini, ve mahkûmiyetin bütün cezai sonuçlarını ortadan kaldırır. Ancak müsadere ile ilgili olarak verilip de hükümlünün ölümünden önce kesinleşen kararlar infaz olunur.

-TCK m. 100'e göre, genel ve özel af, zarar görenin şikayetinden vazgeçmesi müsadere edilen eşyanın iadesini gerektirmez.

REKLAMLARDA HAKSIZ REKABET

Berkant ŞENGEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I- Reklam Kavramı ve Hukuki Niteliği. 1- Reklam Kavramı. 2- Reklamın Hukuki Niteliği. II- Reklam Yolu İle Haksız Rekabette Başvurulacak Hükümler. 1- Genel Hükümler. 2- Özel Hükümler. III- Haksız Rekabet Teşkil Edebilecek Reklam Türleri. 1- Abartmalı Reklamlar. 2- Mukayeseli Reklamlar. 3- En İyi Kayıtlı Reklamlar. 4- Bilimsel Verilere ve Tanık Beyanlarına Dayanan Reklamlar. 5- Para Unsurunun Ağırlık Taşıdığı Reklamlar. Sonuç.

GİRİŞ

Rekabet, gerek toplumsal gerekse kişisel gelişmenin itici gücünü oluşturmaktadır. Çünkü, yaşamın her alanında var olan rekabet faaliyeti en iyi olma, en iyiye ulaşma, benzer veya eşit durumda olanları geçme amacını içermektedir. Rekabet, günümüze kadar hukuk düzenlerince hak olarak kabul edilmiş ve koruma altına alınmıştır. Rekabet hakkının da diğer haklar gibi kötüye kullanılmaması, hukuki düzenin belirlediği çerçevede de icrası şarttır. Korumanın amacı, kişilerin, hukuk, ahlak, ticari örf ve adet kuralları çerçevesinde kapasiteleri oranında toplumda istedikleri bir yere gelebilme, bir amaca ulaşabilme hususunda gerekli ortamı tesis etmektedir.

Rekabet hakkının, iyiniyet kaidelerine aykırı olarak kötüye kullanılması haksız rekabeti oluşturur (TTK. 56 Mad.). Haksız rekabet, Ticaret Hukukunun dikkat çeken konuları arasındadır. Günümüzde ekonomik, teknik ve kültürel gelişmeye bağlı olarak yeni haksız rekabet hallerinin ortaya çıkması, klasik haksız rekabet teşkil eden fiillerin yeni teknolojik gelişmelerle işlenmesi, rekabetin kişisel boyuttan kurumsal boyuta kayması, ekonomik blokların doğuşu gibi nedenlerle haksız rekabet kurumu daha da önem arzelmeye başlamıştır. Hatta, genel olarak haksız rekabet sayılabilecek rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı ve daraltıcı davranışlar "Rekabet Hukuku" disiplini adı altında incelenecek boyutlara ulaşmıştır. Bu durum da açıkça göstermektedir ki, haksız rekabetle mücadelenin odak noktası kişisel menfaatlardan ziyade toplumun menfaati, özellikle de ekonomik düzenin korunması olmuştur.

(*) Lise Asliye Hukuk Hakimi

Türk Hukuku'nda haksız rekabet kurumu, temel olarak TTK nun 56 ile 65. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler, İsviçre'nin 30 Eylül 1943 tarihli "Haksız Rekabet Hakkındaki Kanun" dan iktibas edilmiştir. Ancak, mehz kanun 1988 yılında değişmiş, (1) haksız rekabet hallerini yirmi ikiye çıkartmıştır. Bu hükümlerin de ana felsefesi, rekabet hakkının kötüye kullanılmaması gerekliliği ilkesidir. Esas itibarı ile mehz kanunda yapılan bu değişiklik ile önemli yenilikler getirilmemiş, sadece örnek kabilinden sayılan haksız rekabet hallerinin sayısı artmıştır.

Haksız rekabeti ilgilendiren hükümler mevzuatımızda sistematik olarak düzenlenmiş değildir. Gelişi güzel kanunlarımızda serpiştirilmiş vaziyettedir. Genel bir bakış ile haksız rekabetin eski hukukumuzda Mecelle'de, Kanunname-i Ticarete, Mülga 1926 tarihli eski Ticaret Kanununda düzenlendiğini görmekteyiz. Ancak, bu düzenlemelerin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Yürürlükteki mevzuatımız açısından ise, 1982 tarihli Anayasamızın çalışma hayatına ilişkin 48, herkesin maddi ve manevi gelişmesine olanak sağlayan 14 ve 10, piyasanın sağlıklı işlemesine yönelik 167, tüketicinin korunmasına yönelik 172. maddeleri ilk dikkati çeken hükümlerdir. Keza, Borçlar Kanununun 48. maddesi, 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun, 4054 sayılı Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, taraf olduğumuz Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi, 551 sayılı Patent Haklarının, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnemeler ile 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun önde gelen düzenlemelerdir.

Çalışma alanımızın sınırlarını belirlemek amacı ile ifade edelim ki, konumuz reklam yolu ile işlenen haksız rekabet fiilleridir. Türk Hukuk uygulamasında genellikle haksız rekabet halleri, TTK. 57/5 maddesinde anlam ve ifadesini bulan İltibas ve İktibas yolu ile haksız rekabet hallerinde odaklanmakla beraber, gelişmelere uygun olarak haksız rekabetin reklam yolu ile de işlendiği gözlemlenmektedir. Bu duruma şüphesiz toplumsal gelişme, firmaların ve üreticilerin daha geniş kitleye ulaşma mücadelesi gerek görsel, gerekse yazılı basının belirli bir aşama kaydetmesi halleri neden olmuştur.

(1) Bu konuda yenilik için Bkz. Özbek,S., Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Rekabet Halleri, Prof. Dr. Jale, G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, s. 418 vd.

I. Reklam Kavramı ve Hukuki Niteliği

Reklam yolu ile haksız rekabetin anlaşılabilmesi için öncelikle reklam kavramının belirlenmesi, hukuki niteliğinin tayini zorunluluk arz etmektedir.

1. Reklam Kavramı

Reklama yönelik doktrinde tarifler olmasına rağmen bu konuda ittifak mevcut değildir.

Bir tarife göre reklam, satışları arttırmak için yapılan uğraşların kitle haberleşme araçları kullanılarak yapılan bölümüdür (2). Kanaatimizce bu tarif reklamda kitle haberleşme araçlarını esas aldığından eksiktir. Zira kitle haberleşme araçları dışındaki kanallarla da reklam yapmak mümkündür. Örneğin, bir malın ya da ürünün alıcı ya da tüketicilere bizzat özel görevlilerle tanıtılması gibi. Başka bir tarife göre de malı topluma tanıtmak ve talep yaratmak anlamına gelir (3). Daha basit ve kısa tanımla reklam, alıcı vaziyetindeki insanları müşteri haline getirmeye yarayan faaliyettir (4). 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Yasa (5) açısından ise reklam, bir ürün veya hizmet satılmasını, satın alınmasını veya kiralanmasını sağlamaya, bir davayı veya fikri yaymaya veya reklamcının istediği başka bir etkiyi oluşturmaya matuf ücret karşılığı veya benzeri bir mülhaza ile iletim zamanında tahsis edilen kamuya yönelik duyurulardır. 1956 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Yasa (6) ise reklamı, satış arttırmak gibi ticari gayelerle bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi menfaat temini maksadı ile gazete ve dergilerde yazı, resim, çizgilerle yapılan ilanlar olarak ifade etmiştir (10/II. Mad.). Bağlayıcı bir özelliği olmamakla beraber TRT Reklam Esasları açısından ise reklam; kamu organlarını veya özel ve tüzel kişilerin ihtiyari olarak yayınladıkları bir malın veya hizmetin ticari yönden tanıtılması amacını güden duyurulardır (1/3 Mad.).

Kanaatimizce reklamı, bir mal veya hizmetin tercih edilmesi veya ileride ihtiyaç duyulduğunda en azından tercih edilebilecek bir alternatif olarak alıcıda iz

-
- (2) Ateş, Y.H, Türkiye'de Yanıltıcı Reklamlar, Verimlilik, 1981, s. 5
 (3) Adak, A, Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız rekabet, ADİTİAD, 1975, Sayı, 4, s. 361; Göle, C., Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara, 1983, s. 34, Örs, H.F., Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukuki Mahiyetti ve Rekabet Hakkının Himayesi) Ankara, 1958, s. 35, Öçal, A. Reklam ve Haksız Rekabet, EİTİAD, 1970, C:6, s. 2,96
 (4) Çelikel, N., Reklam Sanatı, Ankara, 1958, s. 9
 (5) 14.4.1994 gün 21911 sayılı RG. ile yayınlanmıştır.
 (6) 9.1.1961 gün 10072 sayılı RG ile yayınlanmıştır.

bırakması sonucunu doğuran hizmet veya mal üreticisi veya pazarlayıcısının çeşitli kanallar ile alıcıya etki yapması faaliyeti olarak ifade edebiliriz. Zira, reklamın hedefi diğer mal veya hizmetlere göre sunulan mal ve hizmetin tercih edilmesini sağlamadır.

2. Reklamın Hukuki Niteliği

Rekabet, hukuk düzenlerince bir hak olarak kabul edilmiş, korunmuş ve hukuki çerçevesi çizilmiştir. Bu açıdan bakıldığında rekabet hakkının reklam yolu ile kullanılması mümkün olduğundan reklam yapma bir hak olup rekabetin en önemli araçlarından biridir. Reklamda amaç, talep yaratmaktır. Bu nedenlerle reklamın şekli, boyutu, kalıbı, zamana ve ihtiyaca göre değişir ve çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Sonuçta amaç, mal ve hizmeti satın alma fikri yaratmaktır. Bu açıdan bakıldığında reklamın hukuki niteliğini, icap ya da icaba davet kurumu ile açıklamak mümkün olabilir (7). Ancak, reklamda mal veya hizmetin daha çok olumlu yönlerinin sunulması ve bu yönlerinde abartılı olarak ifadesi reklamın klasik anlamda icaba davet veya icap olup olmadığını düşündürülebilir (8). Reklam, icap veya icaba davet şeklinde olduğu gibi ilan sureti ile vaat veya piyango veya ikramiye gibi kalıplarla da vücut bulabilir.

Netice olarak ifade etmek gerekir ki; bizim de katıldığımız görüşe göre reklamı belli bir hukuki bir kalıba sokmak doğru değildir. Zira reklam çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Çünkü, reklamda yaratıcılık ön plandadır. Bu nedenle hangi hukuki kalıp ile meydana gelmiş ise, reklamı onun içinde değerlendirmek ve belli bir hukuki kalıba sokmamak gerekir (9).

II. Reklam Yolu ile Haksız Rekabette Başvurulacak Hükümler

Türk Hukuk uygulamasında haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıkların genellikle iktibas ve iltibas hallerinde toplandığı hususuna daha önce değinmiştik. Ancak, ekonomik ve teknolojik gelişmeye paralel olarak ve reklamcılığında önemli mesafe katetmesi sonucu reklam yolu ile haksız rekabet fiillerine sık rastlanılmaya başlanılmıştır. Nitekim, kaynak İsviçre Federal Haksız Rekabete Karşı Kanun değişik halinde reklam yolu ile haksız rekabeti önlemeye yönelik düzenlemeler ön görmüştür (10). Reklam yolu ile haksız rekabeti engelleyici yasalarımızda belli bir düzenleme yoktur. Ancak, genel ve özel nitelikteki düzenlemelerde dağınık hükümler mevcuttur.

(7) Adak, s. 361; Göle, s. 43

(8) Doktrinde Göle, reklamı esas olarak icaba davet olarak nitelendirmektedir: Adak ise, reklamın icaba davet veya icapla aynı olmadığını, zaman itibarı ile bu kurumlardan önce geldiğini düşünmektedir.

(9) Adak, s. 362; Göle s. 46

(10) Bkz, Loi Concurrency Federal Deloyole (LCD), 3. Maddesi, b,c,e bentleri, Fransızca metni için bkz, Syboz, G-Gilleron, Pr., Code Civile Suisse Et Code Des Obligations Annotées, Loussanne 1993, s. 579 not 539 vd.

1. Genel Hükümler

Reklam yolu ile haksız rekabetin belirlenmesinde başvurulacak genel hükümler şüphesiz TTK ve BK'nudur. TTK, haksız rekabetin esas düzenlendiği koddur.

a- Türk Ticaret Kanunu

TTK, eski ticaret kanununun aksine (11) reklam yolu ile haksız rekabeti doğrudan doğruya tanzim etmemiştir. TTK, 56. maddesi ile genel bir tanım yaparak rekabet hakkının iyiniyet kaidelerine aykırı olarak kötüye kullanılmasını haksız rekabet olarak ifade etmekle, bu tanım içinde en azından reklam yolu ile haksız rekabetin değerlendirilmesi sonucunu yaratmıştır.

Fakat genel bir tanımlama olduğundan somut olaya göre uyuşmazlık çözümlenmelidir. Zira, yasa koyucu 57. maddesinde de haksız rekabet hallerinin en çok rastlanılan örneklerine yer vermiş, bu konuda bir sınırlama getirmemiştir. 57. maddenin 3. bendi "kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış ya da yanıltıcı malumat vermek, veyahut üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek" ifadesi ile bir nevi reklam yolu ile haksız rekabete örnek vermiştir (12). Bu bendin kapsamına özellikle yanlış ya da yanıltıcı bilgilere dayanan aldatıcı reklam halleri girer (13). Adı geçen bendin ifadesi ile reklam yolu ile haksız rekabet, iki türlü ika edilir. Birinci hal, kişinin kendi kişisel durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti ya da işleri hakkında yanlış ya da yanıltıcı bilgi vermesi halidir. Örneğin, kişinin kendi veya firmasının sermayesi hakkında yanlış bilgi vermesi (14), ürettiği malın belirttiği şekilde gerçeğe uygun olmaması, (15) izin alınmadan Türk Standartları Enstitüsü'nden onaylı ibaresinin kullanılması (16) gibi.

-
- (11) Eski Ticaret Kanununun 58. maddesinde reklam yolu ile haksız rekabet açıkça yasaklanmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Bilgişin, Ş.M., Türk Ticaret Hukuku Prensipleri, C:1, b.2, İstanbul, 1948 s: 279; Hırş, E., Ticaret Hukuku Dersleri, s, 167
- (12) Benzer hüküm için bkz, LCD, Mad. 3/b
- (13) Karayalçın, Y., Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticaret İşletme, Baskı:3, Ankara, 1968, s: 458; Arkan, Ticari İşletme Hukuku Ankara 1993, s: 275, Mimaroglu S.K., Ticaret Hukuku, C:1, İşletme Hukuku, Baskı: 3, Ankara 1978, s: 395
- (14) Yargıtay, hissesinin sadece % 40'ı bir bankaya ait olan yüksekokulun kendisinin mali ve ekonomik açıdan daha güçlü göstermek amacı ile sermayesinin tamamının bankaya ait olduğunun izlenimini vermesini haksız rekabet saymıştır.Y.TD. 24/6/1970 tarih E. 1537-K. 5541 nolu karar. bkz, Doğanay, İ., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara 1992, s, 323
- (15) Yapılan reklamda camların mikali olduğu bildirildiği halde sonradan mikali olmadığını anlaşılması halinde aldatıcılık olduğu sonucuna varılmıştır. Y.TD. 10/05/1968 tarih, E: 1966/4040, K: 1968/2779 sayılı karar, Batider 1969, c: 5, sayı: 2, s, 274,
- (16) Yargıtay 11. HD. 8.3.1990 tarih E: 1989/443, K:1990/1935 sayılı kararı. bkz, Dönmez, İ. Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1992, s: 320- 321; Benzer düzenleme için bkz, LCD, 3/c maddesi.

İkinci hal, bu şekilde davranışların başkası adına işlenmesidir. Böylelikle belirtilen fiillerin başkası adına işlenerek onların eşit veya benzer durumdaki rakiplerinden daha avantajlı duruma gelmesi önlenmiş olmaktadır.

Türk Ticaret Kanununun 57. maddesinin 4. bendi "paye, şehadetname ve mükafat almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna kabiliyete malik bulunduğu zannı uyandırmaya çalışma veya buna müsaif olan yanlış unvan veyahut mesleki adlar kullanmayı "reklam yolu ile haksız rekabet haline örnek olarak vermiştir. Bir kimsenin gerçekte olmadığı halde, Paris'ten diplomalı olarak kendisini tanıtmaya veya kişinin haklı olmadığı halde, doktor, uzman, profesör titrilerinin kullanması örnek verilebilir. Bu şekilde haksız rekabetteki amaç hem mal ve hizmet talep edenleri aldatmak, hem de gerçek ihtisas sahiplerinin zorluklarla elde ettiği haklara, birikimlere zarar vermektir. Hemen ifade edelim ki TTK. nun 57. maddesinin 3 ve 4. bentlerinde düzenlenmiş reklam yolu ile haksız rekabet fiillerinin kasten işlenmesi hali ayrıca suç teşkil etmektedir (TTK. 64 mad) (17).

b- Borçlar Kanunu'nda

Borçlar Kanunu, diğer düzenlemelerde olduğu gibi başlı başına reklam yolu ile haksız rekabeti ele almış ve yasaklamış değildir. Ancak, 48. maddesinde yanlış ilanlar yahut iyiniyet kaidelerine aykırı sair hareketlerle yapılan fiillerin haksız rekabet teşkil edeceğini düzenlemiştir. Görülüyor ki, Borçlar Kanunu haksız rekabette kıstas olarak yanlışlığı esas almıştır. Yeri geldiğinden hemen ifade edelim ki reklam ile ilanın aynı şey olup olmadığı tartışmalıdır (18). Doktrindeki tartışmalar bir yana kanaatimizce reklam ile ilan iç içe geçmiş kavramlar olup, ilan reklam amacını taşıyor ise reklam olarak değerlendirilmesi zorunludur.

2- Özel Hükümler

Türk Hukukunda reklam yoluyla haksız rekabet hususu sadece TTK. ve Borçlar Kanununda düzenlenmiş değildir. Özel nitelik arz eden düzenlemelerde de reklam yoluyla haksız rekabeti ilgilendiren hükümler mevcuttur. önemleri dolayısıyla söz konusu düzenlemelere de değinmek zorunluluğu vardır (19).

- (17) Bu konuda geniş bilgi için bkz, Donay, S-Erman, S., Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, İhtira beraati, Marka, Haksız Rekabet, Sanayi Suçları Ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1973, s: 75,
- (18) Doktrinde Göle, ilanun reklamın unsurlarını ihtiva etmesi halinde bunların eş anlamlı kelimeler olduğunu savunmaktadır, s. 42, Adak ise; ilanun daha geniş anlam taşıdığını, reklamı da ihtiva ettiğini düşünmektedir s, 357, Örs'de; reklam ile ilanun aynı şeyler olmadığını, ilanda tanın fonksiyonu olduğunu, reklamda tanıma amacı bulunduğu kanaatinde dir.
- (19) Bahsi geçenler dışında, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 6. maddesi, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 187. maddesi, 1262 sayılı İspenciyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 13. maddesi reklam yoluyla haksız rekabeti ilgilendiren hükümlerdir.

a- Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun (20) reklam yolu ile yapılacak haksız rekabeti ilgilendiren hükümler içermektedir. Nitekim, radyo ve televizyonların yayın ilkelerini düzenleyen 4. maddenin (k) bendi, "özel amaç ve çıkarlara hizmet eden ve haksız rekabete yol açıcı yayın yapılmaması" gerekliliğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, gerek radyolar gerekse televizyonları, reklam veya diğer yayınlarında haksız rekabete yol açıcı tutum sergilemeyeceklerdir. 19. maddenin ilk fıkrası da, "bütün reklamlar adil ve dürüst olacak, yanıltıcı ve tüketicilerin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmayacak..." demektedir. 22. maddesi ise, alkol ve tütün ürünlerinin reklamlarına izin verilmeyeceğini, reçete ile satılan ilaç ve tedavilerin reklamının yapılamayacağını öngörmüştür.

Ayrıca, diğer ilaç ve tedavi reklamlarının, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşması ve ferdi zarardan korunması şartlarının mevcuditeyinde mümkün olacağını hükme bağlamıştır.

3984 sayılı Kanunda reklamları aldatıcı olmamasına, dürüst ve gerçeği yansıtmaması ilkelerine dayanmaktadır. Bu yönüyle TTK. ve Borçlar Kanununun felsefesiyle uyum arz etmektedir.

b- Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun

4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunun reklamları ilgilendiren hükümlerinin başında 16. madde gelmektedir. Bu maddeye göre, ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürhüklerini istismar edici reklam ve ilanlar yapılamaz. Ayrıca, 17. maddesinde de Reklam Kurulu oluşturarak reklamların hangi ilkeler çerçevesinde yapılacağı, denetiminin sağlanacağı, aksi davranışlarda reklamları durdurmak, düzeltmek ve ilgililere 25/3 maddesinde belirtilen para cezasının verileceği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle, reklamları etraflıca düzenlemekte, satıcıların reklamlarını dürüst yapmalarını amaç edinmektedir.

Görülüyor ki, 4077 sayılı Kanunda tüketicilerin korunması açısından, rek-

(20) 14.4.1994 gün, ve 21911 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmıştır.

lamaların, yanlış ve yanıltıcı olmamasını, yasalara ve genel ahlaka uygun, doğru dürüst bir biçimde yapılmasını hedeflemektedir. Ayrıca reklamların yapılmasında ilkeleri belirlemek, doğru dürüst, ahlaka ve hukuka uygun reklamların yapılmasını sağlamak amacıyla Reklam Kurulu oluşturmaktadır.

c- Diğer Hükümler

Reklamları ilgilendiren diğer düzenlemelerin başında, TRT kurumunun reklam yayınlarında uygulayacağı ilkeleri belirleyen TRT Reklam Esasları gelmektedir. Bu düzenleme, sistemli olarak belirtmemişse de, aldatici reklamların saptanmasında çeşitli hükümler içermekte, ipuçları vermektedir (21). Zira 7. maddesinde reklamların, haksız rekabeti ve diğer ürünleri kötüleyici nitelik içermeyeceği, karşılıklı cevaplaşma veya iddialara yol açmayacağı düzenlenmiştir. 8. maddesinde ise; reklamların anlaşılır, gerçeğe uygun olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. 16. maddesinde de, tanıklıklarına veya bilgisine başvurulmuş uzmanların beyanlarının doğru olması gerekliliği, ilgisiz şahıslar olamayacağı belirtilmiştir.

Bir başka düzenleme ise, 20 Mayıs 1973 tarihinde Milletlerarası Ticaret Odası İcra Komitesi tarafından kabul edilerek yayınlanan "Reklamlarda Uluslararası Ahlak Yasasıdır" (22). Bu yasa iki bölümden oluşmaktadır. Biri bölümde, reklamlara ilişkin temel ilkeler, iki bölümde ise bazı hizmet ve malların reklamlarının ilgilendiren düzenlemeler mevcuttur. Hatta aldatici reklamların tayininde, Avrupa Topluluğu tarafından kabul edilen 28 Şubat 1978 tarihli reklama ilişkin direktifler de kaynak teşkil edebilir (23).

III. Haksız Rekabet Teşkil Edebilecek Reklam Türleri

Reklam yolu ile haksız rekabet çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Reklamda abartma veya para unsurunun ön plana çıkarılması, mukayesenin yapılması, tanık ve bilimsel verilere dayanılması şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak reklamcılık hızlı gelişme gösteren bir alan olduğundan reklam yolu ile haksız rekabet başka şekillerle de vücut bulabilir.

(21) Ateş, s. 7

(22) Tam metni için bkz., TİG, 1984, C: 22, s. 1111, s. 2-7

(23) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Göle, s. 58 vd

1. Abartmalı Reklamlar

Reklam günümüzde alıcıya (müşteriye) ulaşmada en etkili araçtır. Dolayısıyla, her reklam, alıcı için önemli noktaları abartmalı bir biçimde onu cezbedecek şekilde etkilemeyi öngörür (24). Bu nedenle, abartılı ifade veya görünümlere yer vermek, sıkça kullanılan bir usuldür (25). Abartma, reklamın doğasında mevcuttur. Bu nedenle, reklamlarda abartma unsuruna rastlanıldığında, peşinen o reklamın aldatıcı veya haksız rekabet teşkil edici bir durum yarattığı kabul edilmemesi gerekir. Örneğin, ABD'de Federal Mahkemenin de kabul ettiği şekilde kendisi tarafından üretilen benzinleri kullanılan araç sahiplerinin, benzin depolarında kaplan taşıdıkları reklamı, abartılı ancak aldatıcı bulunmamıştır (26). Fakat, abartma aldatıcı seviyeye çıktığında, başka bir deyişle, olağan ve temüldede kabul edilen tolerans sınırını geçtiğinde yanıltıcı sayılacaktır (27). Yani abartma aldatıcı seviyeye çıktığında, o reklamın aldatıcı olduğu, haksız rekabet teşkil ettiği söylenebilir. Dolayısıyla, reklam yaparken hakiki vaziyeti şişirmek, haksız rekabet bakımından taktire bağlı bir keyfiyettir (28). Nitekim İsviçre Kanun koyucusu, reklamı da içine alacak şekilde, malın takdiminde, kalite, nitelik, nicelik, kullanım olanakları ve yararlığı hakkında yanılgıya düşürmeyi arz ettiği tehlikeleri gizlemeyi haksız rekabet olarak nitelemiştir. Dolayısıyla, reklamda abartmaya yanılmak, aldatmak sınırı çekmiştir (29).

2. Mukayeseli Reklamlar

Reklam, bir kimsenin şahsı ya da mal veya hizmetleriyle doğrudan alakalı olabileceği gibi, başkasının şahsı, malı veya hizmetleriyle bağlantı kurmak suretiyle de yapılabilir. Buna mukayeseli reklam denir. Mukayeseli reklamda, üretici ya da satıcı, kendi malı veya hizmetini, aynı nitelikteki mal veya hizmetlerle karşılaştırmaktadır (30). Bu tür reklam, tüketiciyi aydınlatmaya ve mukayese fırsatı verme açısından son yıllarda çok başvurulan bir yol olmuştur. Mukayeseli reklamlar da, sözle, yazıyla, çizgiyle, resimle, fotoğrafla veya karikatürle yapılabileceği gibi, karşılaştırmaya imkan veren diğer bir şekilde olabilir (31). Hatta sarih ya da zımni olarak da mukayeseli reklam gerçekleştirilebilir (32). Hukuk düzenleri, mukayeseli reklam yoluyla haksız rekabetin artmasına karşın önlemler

(24) Adak, s, 363, Bilgişin, s, 270, Örs, s, 36, Dalamanlı - Tiryaki, s, 251

(25) Göle, s, 79, Ayhan, R, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993, s, 203

(26) Göle, s, 64'den naklen

(27) Öçal, s, 96 vd

(28) Bilgişin, s, 272, Örs, s, 40

(29) Bkz, LCD, 3/1 maddesi

(30) Karayalçın, s, 453, Adak, s, 363, Göle, s, 79, Ayhan, s, 203, Arkan, s, 276

(31) Moroğlu, Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XI, Ankara 1994, s, 3-32

(32) Ayhan s, 202

almaya başlamışlardır. Nitekim İsviçre Kanun koyucusu, LCD 3/e bendinde, "kendi şahsını, mallarını, iş mahsullerini, faaliyetlerinin sonuçlarını veya fiyatlarını yanlış, yanıltıcı, lüzumsuz yere incitici veya parazit bir şekilde bir rakibin şahsı, malları, iş mahsulleri, faaliyetlerinin sonuçları veya fiyatlarıyla mukayese eden ya da bu tür mukayeselerle üçüncü şahısları, rakiplerine oranla üstün duruma getiren haksız rekabet fiilini işler" demek suretiyle açıkça mukayeseli reklamların, haksız rekabete yol açmasını yasaklamıştır (33). TTK. nunda ise, bu konuda açık bir düzenleme yoktur. Bir başka anlatımla, TTK. mukayeseli reklamı açıkça yasaklamamıştır. Yeter ki, haklı ve objektif bir biçimde gerçekleşsin (34). Nitekim, Yargıtay da doğru olması koşulu ile mukayeseli reklamın haksız rekabet teşkil etmeyeceği kanaatindedir (35). O halde, mukayeseli reklam, gerçeği aksettirmeli, doğru veriler üzerine oturtulmalıdır. Beyanda doğruluk, kendi şahsi durumu veya malları bakımından olduğu kadar, rakibin şahsi durumu ve malları bakımından da söz konusu olmalıdır (36). Dolayısıyla, mukayeseli reklamın, yanlış yada yalan olduğu, sadece önemsiz noktaları kapsadığı, mukayesesi yapılan mal ve hizmetleri veya bunları piyasaya süren kimseleri kötülediği hallerde, haksız rekabet teşkil edeceği şüphesizdir.

Doğru, dürüst ve objektif olması koşulu ile mukayese yapılan mal veya hizmetin, tanıma işaretlerinin veya piyasaya sürümlerinin belirtilmemesi hallerinde, hukuki bir sorun yoktur (37). Aksi durumda ise, yani mal ve hizmetin menşeinin de belirtilmesi halinde durum tartışmalıdır. Bazılarına göre, (38) esaslı unsurlarda doğru ve dürüst mukayese yapıldıkça, rakibin şahsi niteliklerine yönelmedikçe, bu durum haksız rekabet olacağından bahisle bu tür reklamlara cevaz verilmemesi gerekir. Kanaatimizce, kalite ve fiyatlar açısından fonksiyonları dikkate alınınca bu tür reklamlara cevaz verilmelidir. Yeter ki, dürüst, objektif, yanlış ve yanıltıcı öğeler içermesin.

(33) Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Öztekin, s, 419

(34) Adak, s, 363, Örs, s, 39, Öçal, s, 98

(35) Davalı, kendi dergilerini 1. sırada davacıların dergilerini 3. sırada gösterip, Cumhuriyet Gazetesinde, "İlanda Karacan 1" ilanları vermiş olup, davacı, bu durumun haksız rekabet olduğundan bahisle dava açmış ve tazminat talep etmiştir. Yargıtay, İlanda Karacan'ın 1. sırada olmasının çekişmesiz olması ve davalının "İlanda" notu koyarak okuyucu uyardığından bahisle, haksız rekabet olmadığı kararını vermiştir. Y. 11 HD. 09/10/1989 T., E. 88/7434, K. 89/5174 sayılı kararı, (Moroglu, s, 9), Ayrıca karşı oy yazısı için bkz., Moroglu, s, 17

(36) Öztekin, s, 421

(37) Karayalçın, s, 458, Moroglu, s, 379, Adak, s, 63, Göle, s, 80, Öçal, s, 98

(38) Örs, s, 98, Mimaroglu, s, 398

3. En İyi Kayıtlı Reklamlar

Mal ve hizmet sahipleri daha çok dikkat toplamak amacıyla, reklamlarında, "en iyi, süper, birinci, en çok satış yapan" gibi ibareler kullanmaktadırlar (39). Bu tür reklamlarda mukayeseli reklamların özel bir türüdür (40). Üstünlük bildiren bu çeşit reklamların, haksız rekabet teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bazılarına göre (41) en iyi kayıtlı reklamlar haksız rekabet teşkil etmeyecektir. Çünkü bu reklamlar, tüketicilerin taktirine göre değişen sübjektif hususlardır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu tür reklamlarında haksız rekabet teşkil etmemesi için aldatıcı olmaması, gerçeği yansıtması gerekir (42). Gerçeğe uygun olduğu müddetçe bu tür reklamlar aldatıcı olmaz ve bunun neticesinde haksız rekabet oluşmaz (43). Kanaatimizce, reklamda en iyi kaydı gerçeği yansıtmıyorsa, kabul edilebilir abartma, sınırı aşılmıştır. Nitekim Yargıtay'da bir olayda "Boyada Birinci" ibaresini ne bakımdan bir birinciliği ifade ettiği anlaşılmadığından aldatıcı olarak nitelenmiştir (44).

4. Bilimsel Verilere ve Tanık Beyanlarına Dayanan Reklamlar

Üretici ya da satıcı, iddiasını ispat ya da müşteriyi ikna etmek amacıyla bilimsel sonuçlardan yararlanabilir veya o mal veya hizmeti tüketicilerin bilgisine başvurabilir. Dolayısıyla, bu suretle reklam yapmak yoluyla müşterileri cezp etmek isteyebilir.

Bilimsel araştırma sonuçlarının reklamlarda kullanılmasının esas itibarıyla bir sorun oluşturmaması gerekir (45). Bu durum reklamın mal ve hizmeti tanıtmaya amacına da uygundur. Örneğin, "X üniversitesince test edildi" gibi. Bu gibi sonuçlara reklamlarda yer verildiği takdirde, sonuçlar tüketicilere (müşterilere) tam ve doğru olarak yansıtılmalıdır (46). Yani gereksiz, esaslı noktaları aydınlatmayan, yanlış, yanıltıcı raporlara veya sonuçlara yer verilmemelidir (47). Zira, bilimsel araştırma sonuçlarının bir kısmının sonucu çarpıtacak bir şekilde reklamlarda

(39) Bilgişin, s, 261, Karayalçın, s, 458, Göle, s, 86, Arkan, s, 277.

(40) Karayalçın, s, 459

(41) Bilgişin, s, 261

(42) Adak, s, 365; Öçal, s, 99

(43) Arkan, s, 277, Göle, s, 87,

(44) Y. 11 HD. 22.12.1992 T., E. 91/4992 K. 92/1613 sayılı kararı (Moroğlu, s, 365). Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Moroğlu, s, 365. Adı geçen karar, Batıder, C. 17, S. 1, s, 125 de yayınlanmıştır.

(45) ABD'de yapılan bir araştırmada, "Lorillard" adlı firmanın, sigaralarında daha az nikotin çıkmasını fırsat bilerek sadece bu yönü reklam etmesini, bilgi doğru olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme aldatıcı bulmuştur. (Göle, s, 88'den naklen)

(46) Ayhan, s, 202

(47) Göle, s, 88, Arkan, s, 277, Ayhan, s., 204

kullanıldığı hallerde de, aldatıcı reklam söz konusu olabilir. Rapor ve sonuçlar, açık anlaşılır, karışıklığa yol açıcı ve muğlak ifadelerden oluşmamalı, aydınlatma görevini tam yapmalıdır (48).

Bilimsel veriler gibi tanık beyanları da reklamlarda kullanılabilir. Doğru, dürüst, aldatıcı olmaması gerektiği hususundaki yukarıdaki açıklamalar tanık beyanları içinde geçerlidir. Ayrıca, beyanlarına başvurulmuş tanıkların hayali olmaması, reklamlarda görüşlerine başvurulacağı hususunun bildirilerek izin alınması gereklidir (49).

5. Para Unsurunun Ağırlık Taşındığı Reklamlar

Para, reklamlarda en çok kullanılan unsurdur. Mal veya hizmetlerin fiyatının çeşitli şekillerde sunulması dikkat çekicidir. Fiyat hususunda aklı gelen ilk reklam türü özel indirim iddialarıdır. Bu tür iddialara göre mal veya hizmetin, cari fiyata göre ucuzlatılmış olması gerekir. Yapılan reklama rağmen fiyat, cari fiyatla bir farklılık arz etmiyorsa aldatıcıdır (50). Yani özel indirim iddialarının da aldatıcı olmaması gerekir.

Para unsurunun etkili olduğu bir diğer reklam türü ise, ikramiyeli, piyangolu, hediyeli satışlardır (51). Amaç, yine müşteriyi cezp etmektedir. Hediyeli, ikramiyeli veya piyangolu reklamların haksız rekabet teşkil etmemesi için, hediye olarak vaat edilen şeyin gerçekten karşılıksız ve fiyatının hiçbir şekilde esas mala ya da hizmete eklenmemiş olması gerekir (52). Nitekim, İsviçre Kanun Koyucusu da, promosyonlarla sunumunun gerçek değeri hakkında müşterileri yanıltmayı haksız rekabet olarak düzenlemiştir (LCD, 3/g mad.). TTK'nunda bu konuda açık düzenleme yoktur (53).

Fiyatta cazip fırsat yaratılmaya yönelik reklamlar da mevcuttur. Toptan satış fiyatına satışlar, mevsim sonu satışlar, tahliye dolayısıyla satışlar gibi, İsviçre Kanun Koyucusu, kasıtlı olarak maliyet fiyatlarını altında mal ve hizmet arz edilmesini, bu hususun reklamlarda kullanılmasını haksız rekabet teşkil eden bir durum olarak düzenlenmiştir. (LCD, madde 3/f). Bu nevi reklamların da aldatıcı olmaması gerektiği yansıtması gerekir. Aksi halde reklam yoluyla haksız rekabet fiili işlenmiş olur (54).

(48) TRT Reklam Esasları 8. madde bu konuda yasaklar içermektedir.

(49) Bkz., Reklamlarda Uluslararası Ahlak Yasası, 8. madde

(50) Göle, s, 91

(51) Bu konuda bir inceleme için bkz, Ergiler, R., İkramiyeli Satışlar, İzTOD, 1970, Ocak, s,16

(52) Göle, s, 95

(53) Fakat, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından kabul edilip, 10.7.1996 tarih ve 22692 sayılı RG ile yayınlanan Yazılı Basım Kuruluşları Promosyon Kampanyaları Hakkında Tebliğ dikkat çekicidir. Zira, bu tebliğ yazılı basının promosyonda uyacağı kuralları düzenlemekle beraber, 8. maddesiyle verilen hediyelerden dolayı yayın fiyatının artırılamayacağını hüküm altına almıştır.

(54) Göle, s, 59 vd.

SONUÇ

Reklam, üretici veya mal veya hizmet sunucusunun müşteriye kolay, geniş kapsamlı ve en çabuk ulaşabileceği cazip bir yoldur. Reklam yapmak, rekabet hakkı içerisinde yer almaktadır. Reklam yoluyla rekabet günümüzde firmalar, üreticiler, mal veya hizmet sunucuları tarafından çok başvurulan bir yoldur. Bu anlamda reklam yapmak ekonomik haklara dahil bir haktır. Bu hakkın da diğer haklar gibi doğru, dürüst ve hukukun belirlediği çerçevede kullanılması esas olup, kötüye kullanılmaması zorunluluğu vardır. Ülkemizde de reklam yolu ile rekabet hakkının kullanımı hızlanmıştır. Her ne kadar Türk Hukukunda haksız rekabet fiilleri daha çok iltibas ve iktibas yolu ile haksız rekabet hallerinde odaklanmakta ise de son gelişmeler reklam yolu ile haksız rekabetin işlendiğini de göstermektedir. Özellikle ülkemizde mal veya hizmet sunumunda fiyat unsurunun öne çıkartılması, bu unsurda gerçeğe aykırı reklamlar yapılması dikkat çekicidir. Şüphesiz reklam yapmak bir haktır. Ancak yapılan reklam gerçeğe uygun olması, kabul edilebilir abartı sınırını aşmaması, yanlış, yanıltıcı ve talep eden grupları istismar edici olmaması zorunludur.

KAYNAKÇA

- ADAK, A.;** : Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet müessesesi ve Reklam Yolu İle Haksız Rekabet, ADİTİAD, 1975, Sayı, 4, s. 361;
- ARKAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku Ankara 1993
- ATEŞ, Y.H.;** : Türkiye'de Yanıltıcı Reklamlar, Verimlilik 1981, s, 5.
- AYHAN. R.;** : Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993
- BİLGİŞİN, Ş.M.,** : Türk Ticaret Hukuku Prensipleri, C:1, b.2, İstanbul, 1948,
- ÇELİKEL, N.,** : Reklam Sanatı, Ankara, 1958
- DOĞANAY, İ.,** : Türk Ticaret Kanununu Şerhi, b. 3 Ankara 1990
- DONAY, S-ERMAN, S.,** : Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, İhtira Beraatı, Marka, Haksız Rekabet, Sanayi Suçları ve İlgili mevzuat, İstanbul, 1973
- DÖNMEZ, İ.,** : Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992
- ERGİLER, R.,** : İkramiyeli Satışlar, İzTOD, 1970, Ocak, s, 16
- GÖLE, C.,** : Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara, 1983,
- HİRŞ, E,** : Ticaret Hukuku Dersleri, s, 167
- KARAYALÇIN, Y.,** : Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticaret İşletme, Baskı: 3, Ankara, 1968
- MİMAROĞLU, S.K.,** : Ticaret Hukuku, C:1, İşletme Hukuku, Baskı:3, Ankara 1978
- MOROĞLU,** : Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XI, Ankara 1994, s, 3-32
- ÖÇAL, A.** : Reklam ve Haksız Rekabet, EİTİAD, 1970, C:6, s.2,96 vd.
- ÖRS, H.F.;** : Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukuki Ma-

- hiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi), Ankara 1958
- ÖZTEK, S.,** : Haksız Rekabete ilişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Rekabet Halleri, Prof. Dr. Jale, G. Akipek'e armağan, Konya, 1991, s. 418 vd.
- SYBOZ, G-GILLERON, PR.,** : Civile Suisse Et Code Des Obligations Annottes, Lo-
ussanne 1993,

TİCARET HUKUKUYLA İLGİLİ İNŞAİ DAVALAR

Yrd. Doç. Dr. Erol ULUSOY (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Kanuni Düzenleme. II- Federal Mahkeme İçtihatları. III- Olayla İlgili Sorunlar.

Federal Mahkeme (BGH), NJW 1998, 146**

Prof. Dr. Dr.h.c. Gerhard LÜKE, Saarbrücken

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Erol ULUSOY***

1. sıradaki davacı komandit bir şirkette komandite ortaktır; 2. ve 3. Sıradaki davacılar komanditer ortaklardır. Davacılar komandit şirketteki 96 komanditer ortaktan birisi olan 1. sıradaki davalının şirketten çıkarılmasını talep etmektedirler. 2 ve 7. sıralar arasındaki davalılar da aynı şekilde komanditer ortaklardır. Davaya katılmayan diğer ortaklar yazılı olarak davaya muvafakat ettiklerini açıklamışlar ve 1. sıradaki davalının şirketten çıkarılmasına ilişkin kesin hüküm niteliğindeki mahkeme kararının kendileri için de "hukuken bağlayıcı ve sonuç doğurucu etkisi" bulunacağını beyan etmişlerdir. Eyalet mahkemesi (LG) davayı reddetmiştir. Davacıların istinaf yoluna başvurmaları üzerine Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG) temyiz talebi doğrultusunda 1. sıradaki davalının şirketten çıkarılmasına karar vermiş ve 2 ve 7. sıralardaki diğer davalıların çıkarılmaya muvafakat göstermelerine hükmetmiştir. Bunun üzerine davalılar temyiz yoluna müracaat ederek Eyalet Mahkemesinin kararının onanmasını talep etmişlerdir. Federal Mahkeme Eyalet Yüksek mahkemesinin kararını bozmuş ve uyuşmazlığı Eyalet Yüksek mahkemesine geri göndermiştir.

(*) Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi

(**) Karar 15.9.1997 - II ZR 97/96.- olay aşağıda kısaca anlatılmıştır.

(***) Marmara Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

I. Kanuni Düzenleme

İyi bir medeni usul hukuku ders kitabından alınmış olabilecek olan bu olayda usul hukukuyla ilgili kısımlar- ki burada sadece bu kısımlar ele alınacaktır- medeni usul hukukunun temel yapısıyla ilgili meseleleri ve dava sistemini, özellikle kurucu yenilik doğuran davaları ilgilendirmektedir. Maddi hukukça tanınan bütün talepler için herkese açık olan eda davasının aksine, kurucu yenilik doğran davalar sadece kanunun öngördüğü yerlerde söz konusu olabilirler (1). Özel hukukun değişik alanlarında yer almaktadırlar. Ticaret hukukunda "klasik" uygulama alanları HGB md 133'e göre haklı sebeplerle kolektif şirketin feshi ve HGB md 140'a göre ortağın çıkarılmasıdır; her iki düzenleme komandit şirketler hakkında da geçerlidirler (HGB md 161 II) (2). Buna karşılık adi şirketin haklı sebeplerden dolayı feshi için sadece feshi ihbar beyanında bulunulması yeterlidir (BGB md 723). Kanun koyucu hukuki açıklık ve hukuk güvenliği sebeplerinden dolayı kolektif şirketlerin feshinde hakim in önceden uyuşmazlığa dahil edilmesini gerekli addetmiştir. Kurucu yenilik doğuran sonuç, kolektif şirketin feshi, davanın kabulüne ilişkin kararın, bu karar şirketin feshi yönünde bir ortaklar kararının yerine geçmiş olmaktadır (3), şeklen kesinlik kazanmasıyla meydana gelmektedir. Haklı sebeplerle adi şirketin feshi, eğer yargısal bir kontrolün yapılması isteniyor ise, ancak daha sonra mahkeme önüne gelmekte, örneğin ortaklardan birisinin görüşüne göre adi şirketin feshi için haklı bir sebebin mevcut olmadığından şirket devam etmekte ve bu nedenle şirketin sona ermediğinin tespitini dava etmektedir. Bir adi şirket ortağının şirketin feshine ilişkin açacağı dava görüşülemez, kanun koyucu çünkü burada kurucu yenilik doğuran bir dava açılabilceğine yer vermemiştir (4).

HGB md 133 ve 140'a göre açılacak olan davalar literatürde kısmen de olsa "gerçek olmayan" kurucu yenilik doğuran dava olarak nitelendirilen inşai davalar grubuna dahildirler (5). Böyle bir nitelendirme ile kanun koyucunun, hakim in de önceden uyuşmazlığa dahil edilmesi amacının eda davalarıyla da sağlanabileceği, ki bu eda davaları ile HGB md 140'daki çıkarılan ortağın şirketten çıkarılmasına rıza

-
- (1) Tespit davası genel bir dava normu ile düzenlenen tek temel dava çeşididir (ZPO md 256 I). Unsurları yerine getirilmemiş ise, dava yersizdir ve bu nedenle de yasal değildir.
 - (2) Bir ortağın Şirketi yönetim ve temsil yetkisinin geri alınması davaları (HGB md 117, 127) da inşai davlardır.
 - (3) Karşılaştırınız K. Schmidt, *Mehrseitige Estaltungsprozesse bei Personengesellschaften*, 1992, S. 28 ff., 160
 - (4) Lüke, *JuS* 1969, 301 (304)
 - (5) Lüke, *JuS* 1969, 301 (305); Staab, *Gestaltungsklage und Gestaltungsklagerecht im Zivilprozess*, Diss. 1967, S.9, 124 ff.; becker, *ZZP* 97 (1984), 314 (323); Habermeier, *ZZP* 105 (1992), 182(187); farklı olarak K. Schmidt (yukarıda DipN. 3), S. 24 ff. (ancak meselenin aslına ilişkin görüş farklılığı yoktur) Stein/Jonas/Schumann, *ZPO*, 21. Aufl. (1997), Vorb. § 253 Rdnr. 42

göstermesi durumunda, feshe rıza göstermeyen ortağın feshe rıza göstermesine hükmedilmektedir, anlatılmak istenmektedir. "Gerçek" inşai davalar, evlilik sadece mahkeme kararı doğrultusunda boşanma ile sonuçlanabildiğinden (BGB md 1564) (6), boşanma davalarıdır. Mahkeme davalıların hareketleri ile bağlı olmayarak yenilik doğurucu hüküm verdiği için, kurucu yenilik doğurucu hükmün aynı zamanda bir edayı içerip içermediğine bakılmaksızın, davalılar duruma göre dava talebini "ifa ederler". Dikkate alınması gereken bir "talepler yapılandırılması" (*Anspruchskonstruktion*), her halükarda "gerçek olmayan" inşai davalarla diğer tarafa karşı şahsi yenilik doğurucu bir hakkın dermeyeran edildiği ve sadece mahkemeye karşı yöneltilmiş inşai dava söz konusu olmadığını ortaya çıkarmaktadır (7). HGB md 133 III'de ortağın, feshi diğer ortaklardan isteme hakkının kastedildiği, şirketin feshini isteme hakkından söz etmektedir. Buradaki subjektif hak HGB md 140 I'nin lafzında da formüle edilmiştir (8).

II Federal Mahkeme İçtihatları

Fesih ve çıkarılma davalarının niteliklerinin belirlenmesiyle usul hukukuna ilişkin problemlerin çözümü halledilmiş olmamaktadır. Kendiliğinden anlaşıldığı gibi, şirketin feshi ve ortaklıktan çıkarılma bütün ortaklara karşı aynı hüküm ve sonuçları doğururlar. Fesih ve çıkarılma doğrudan bütün ortakların şahsi statülerini etkilemektedir. Buradan çıkan sonuç, usul hukuku açısından karara etki edebilecek konumda olmaları gerekmektedir, anayasaya hukukunun kendilerine tanıdığı mahkeme yoluyla hak arama hakları ihlal edilmemelidir (GG md 103 I) (9). Bu nedenle birden fazla davalı ortak ZPO md 62 I Var. 2 anlamında mecburi dava arkadaşlarıdır (10). Hakim görüş haklı olarak, eğer dava yoluyla aktif olarak şirketin feshini talep etmemişler ise, fesih davasını diğer bütün ortaklara karşı açmak gerektiği noktasına dayanmaktadır (11). Aksi takdirde dava usul yönünden eksik açılmış sayılır (12).

(6) Bu konuda Lüke, *Festschrift für Pieper*, 1998, S 305 ff

(7) Boşanma talebi hususunda tartışmalı; bakınız Lüke (yukarıda DipN. 6), S. 314

(8) HGB md 117, 127'ye göre açılacak olan inşai davalarda da bir talepler yapılandırılması (*Anspruchskonstruktion*) düşünülebilir.

(9) Bir limited şirket ortağının şirkete karşı açacağı fesih davasına da (GmbHG md) diğer ortakların katılması gerekmektedir, çünkü karar diğer ortakların haklarının doğrudan etkilemektedir, (BVerfGE 60, 7 (13))

(10) Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, % Aufl. (1992), § 133 Rdnr. 46 m. Nachw.; Becker, ZJP 97 (1987), 314 (333).

(11) BGHZ 30, 195 (197)=NJW 1959, 1683; BGH, NJW 1998, 146

(12) Hakim görüş bunu yersiz bulmaktadır; Henckel, *parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961, s. 95 ff.; Lindacher, JuS 1986, 379 (381); Zöllner/Vollkommer, ZPO, 20. Aufl. (1997), § 62 Rdnr. 11; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 21. Aufl. (1993), § 62 Rdnr. 14; aynı yönde Schilken, MünchKomm-ZPO, 1992, § 62 Rdnr. 47

Fesih, eğer kendileri dava açmamışlarsa, bütün ortaklar tarafından yerine getirilmesi gereken ortak bir hukuki işlemler bütünü teşkil eder. Tek bir ortak münferit olarak şirketin feshini sağlayamaz. Bu sebeple böyle bir inşai dava da, eğer bütün ortaklara karşı açılmamışsa, talep doğrultusunda başarıya ulaşamaz (ancak aşağıda III'e bakınız). Bunun tersine her ortak, bireysel ortaklık haklarından dolayı feshi talep edebilir (13). Birden fazla ortak fesih davası açarlarsa, onlar da aynı şekilde zorunlu dava arkadaşlarıdır (14).

HGB md 133 anlamında bir ortağın kişiliğine ait haklı nedenlerle ortaklığın feshinin istenebileceği hallerde, kollektif şirketin feshi yerine o ortağın şirketten çıkarılmasını isteme hakkı da, - HGB md 140'ın lafzına göre-diğer bütün ortaklara müştereken tanınmış bir haktır. Bu müşterek malik olarak bütün ortakların maddi hukuktan kaynaklanan birlikteliklerinin bir sonucudur (Alman hukukuna göre kollektif şirketin tüzel kişiliği yoktur- Çevirmenin notu).

Şirketten çıkarılması gereken ortağa karşı bütün ortaklar dava açmamışlarsa, dava görüşülemez (15). Ortaklar tek tek ferdan dava açabilme yetkisinden mahrumdurlar. Burada birden fazla davacının zorunlu dava arkadaşı olmaları gerekmektedir (ZPO md 623 Var. 2) (16).

Ortaklardan birisi ortaklıktan çıkarılma davasına katılmamış ise, şirket sözleşmesinde özel bir hüküm olmasa bile Federal mahkeme-dar yorumlanması gereken koşulların varlığı halinde-ortakların sadakat borcundan hareket ederek, HGB md 140'a göre bir ortaklıktan çıkarılma sebebinin varlığı halinde, davaya katılmayan ortağın çıkarılmaya muvafakat etme yükümlülüğü bulunduğu görüşündedir. Şekli anlamda kesinleşmiş bir muvafakat etme yükümlülüğü kararı (ZPO md 894) "diğer ortakları mahkeme kararıyla o ortağa karşı dava açabilme konumuna sokmalıdır" (17). Federal mahkeme bu kararından kısa bir süre sonra vermiş olduğu bir kararla da aynı görüşünü teyit etmiş, muvafakat gösterilmeye ilişkin dava ile çıkarılma davasının aynı anda görüşülüp karara bağlanmak üzere birlikte açılabileceğini belirtmiştir (18). Federal Mahkeme, hükmün aynı anda verilmesi halinde, çıkarılmaya muvafakat göstermenin son sözlü duruşmada değil, ancak daha sonra meydana

(13) HGB md 133 I'in lafzı da aynı yöndedir.

(14) Lindacher, JuS 1986, 379 (381)

(15) Lindacher, JuS 1986, 379 (381)

(16) Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl. (1995), § 140 Rdnr. 12; Nickel, JuS 1977, 14(15) m. Nachw.

(17) BGHZ 64, 253 (259) = NJW 1975, 1410; bununla ilgili olarak Nickel, Jus 1977, 14

(18) BGHZ 68, 81=NJW 1977, 1013

gelen hükmün kesinleşmesi ile birlikte hüküm ve sonuç doğurabileceği itirazlarına (ZPO md 894), fazla bir ağırlık vermemektedir. Aynı şekilde, ortaklıktan çıkarılma ve çıkarılmaya muvafakat etmeye ilişkin hükümlerin değişik hukuki sebeplerle temyiz edilmesinden doğabilecek zorluklara da pek bir önem bahşetmemektedir. Bu konuda muvafakat göstermesine hükmedilen ortağın, çıkarılan ortağın kanun yollarına başvurması halinde müdahil olarak davaya katılabilme olanağı ile de (ZPO md 66) görüşünü haklı göstermektedir.

HGB md 140'a göre birden fazla ortağın aynı çıkarılma sebebinden veya farklı sebeplerden dolayı birlikte dava edilmeleri halinde (19), eğer dava ortaklardan sadece birisine karşı yersiz ise, "diğer ortakların" talebi mevcut olmadığından (20) her iki davalıya karşı da reddedilmelidir. Şahsında çıkarılma sebebi meydana gelmemiş ortak, davanın en azından diğer ortağa karşı da reddedilmiş olma sonucunun doğmasını engellemek için, davanın aktif tarafına geçecek bir usul hukuku imkanına sahip değildir.

Lindacher ve *Karsten Schmidt*'in savundukları yeni bir görüş, usul hukukuna ilişkin olarak yukarıda değinilen uyaksızlıklar ve karmaşıklıkları gidermeyi amaçlamaktadır. *Lindacher*, ortakların sadakat borcundan doğan birbirlerine bağlılıklarını-çıkarılan ortak olmadan da şirkete devam etme- içerik olarak katlanma yükümlülüğü olarak değerlendirmektedir. Dava açmak istemeyen ortak çıkarılmaya katlanmak zorundadır, çıkarılmaya katlanmaz ise, o da çıkarılması talep edilen ortakla beraber her ikisine karşı birlikte hüküm verilmek üzere dava edilmelidir (21). - *Karsten Schmidt* iki taraflı dava usulünden ayrılarak önermiş olduğu çok taraflı dava modeli ile daha da öteye gitmektedir (22). Hakim görüşe uygun olarak, O da çıkarılma ve çıkarılmaya muvafakat gösterme davaları kombinasyonunda, çok taraflı inşai davaların mümkün olduğunun tecrübe edilebilmesini görmektedir. Ortada bütün ortakların - aktif veya pasif tarafta- katılmak zorunda oldukları tek bir inşai dava mevcuttur. Bu sebeple, çıkarılması istenen ortağın dışındaki hem çıkarılması istenmeyen hem de davacı sıfatı ile davaya katılmamış diğer ortakların da birlikte dava edilmelerinin zorunlu ama aynı zamanda da yeterli olduğu görüşündedir.

(19) Karşılaştırınız *Baumbach/Hopt* (yukarıda DipN 16), § 140 Rdnr. 14. Lüzumlu olan dava arkaşlığının mevcut olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber, hakim görüş olumlu fi-kirdedir.

(20) Önceden de aynı yönde kararlar için RGZ 146, 169 (174); BGHZ 64, 253 = NJW 1975, 1410

(21) *Lindacher*, *Festschrift für Paulick*, 1973, S. 73 (78 ff.); farklı BGH, NJW 1975 1410 (1411 f.), in BGHZ 64, 253

(22) K. Schmidt (yukarıda DipN. 3), S. 90 ff

Bu öğretinin daha ayrıntılı değerlendirilme yeri burası değildir. Sadece şu kadarına değinilebilir. Çıkarılmaya muvafakat gösterme davasına gerek olmaksızın, ortaklıktan çıkarma davasına karşı olan diğer ortakların davaya dahil edilmesiyle ve böylece dava konusunun sadece çıkarma sebebine indirgenmesiyle arzu edilen usuli basitleştirme görüşü memnuniyetle karşılanmalıdır. Ancak her şeyden önce bunun önerilen yolla sağlanıp sağlanamayacağı tartışmalıdır. Dile getirilen sorunun çözümü için, idari yargı usulünde mevcut olan (VWGO md 65 II) davanın zaruri teşmil edilmesi enstitüsü medeni usul hukukunda yoktur (23).

III. Olayla İlgili Sorunlar

Federal mahkeme olayın, davaya katılmayan ortakların ortaklıktan çıkarılma davasına muvafakat etmeleri gerektiği özelliği ile ilgili olarak hüküm verirken HGB md 133 ile ilgili hakim görüşe uygun hareket etmektedir. Buna göre, şirketin feshi kararıyla hukuken bağlı olduklarını beyan etmiş olan diğer ortakların birlikte dava edilmelerine gerek yoktur. Buna karşılık literatürde, kanunun davaya taraf olmayanların da inşai davanın kurucu yenilik doğuran sonuçlarına tabii olduklarını öngörmediği için, ikircikli görüşler öne sürülmüştür. Bununla birlikte "böyle bir tabii tutulma usul ekonomisine faydası açısından hukuki bir gelişme sonucu olarak kabul edilmeli" diye savunulmaktadır (24). Burada inşai bir davanın kurucu yenilik doğuran sonuçlarına ihtiyari bir tabii olma mevzu bahis değildir. Ortak bundan ziyade meselenin esasına uygun olarak kendisine karşı ileri sürülen şirketin feshine rıza gösterme talebini yerine getirmiş olmaktadır. Hakim görüş haklı olarak, haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshini geciktiren ortağa karşı, bundan dolayı uğranılan zararların tazmini için dava açılabilirliğine taraftar bulunmaktadır (25). Fakat bu fesih talebi, kanun koyucu inşai dava yöntemini tercih ettiği için, bir eda davasına konu olamaz (26). Ortağın fesih davası esnasında feshin kendisi için hukuken bağlayıcı olacağını beyan etmesi halinde de, mesele buna uygun olarak çözüme kavuşturulur. O halde bahsedilen hakim görüşün, usul ekonomisi ve yargısal içtihatlarla hukukun geliştirilmesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Federal Mahkeme "HGB md 140 çerçevesinde usul ekonomisine de öncelik tanımak istemektedir", bu da temelde, çıkarılması talep edilen ortağın dışında

(23) ZPO (Medeni Yargılama Usulü Kanunu) sadece iki durumda, çocuğun velayeti ile ilgili davada (md 640) ve birden fazla rehlin konu olduğu davalarda davanın zaruri teşmilini düzenlemektedir (md 856 III), bu konuda bakınız W. Lücke, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess, 1993, S. 201 ff Zivilprozess, 1993, S. 201 ff

(24) Schlegelberger/K. Schmidt (yukarıda DipN. 10), § 133 Rdnr. 46

(25) A. Hueck, Das Recht der OHG, 4. Aufl. (1971), S. 378 f.

(26) Lücke, JuS 1969, 301 (307)

bütün diğer ortakların da davaya katılmaları yoludur. Bu gerekçe ile, yazılı olarak çıkarılma davasına muvafakat verdikleri için 2 ile 7. sıra arasındaki davalıların dışındaki ortaklara karşı da dava açılmasını lüzumlu addetmemiştir. Bundan RGZ 146, 169'daki olayı ayrı tutmak gerekmektedir (27). Oradaki olayda çıkarılma davası iki tane kollektif şirket ortağına karşı aynı sebeple açılmıştı; bir diğer üçüncü ortak şahsında haklı bir sebebin meydana gelmiş olduğunu kabul etmiş ve şirketten çıkarılmasına rıza göstermişti. Bu olayda doğrudan HGB md 133'teki "ifa argümanı" (*Erfüllungsargument*) söz konusu olmaktadır (28). Böyle olmakla beraber konumuz olan Federal Mahkeme davasında gerekçe ancak şu şekilde olabilir: Muvafakat gösterme beyanı çıkarılma davasının açılmasında *Federal Mahkeme*'ye göre gerekli olan dava taraflarının ihtiyari teşkilini yerine getirmektedir ki, aksi takdirde bu yönde bir mahkeme kararı ile de aynı sonuca gidilecektir. Federal Mahkeme ile birlikte, çıkarılma davasına muhalefet eden ortakların sadakat borçlarından dolayı davaya katılma yükümlülüklerinin bulunduğundan hareket edildiğinde, burada da "ifa argümanı"nı yeri olduğu görülecektir. Usul ekonomisine dayanan gerekçe yeniden hatalı olmaktadır.

Federal Mahkeme kararından geriye usul hukukuyla ilgili olarak kalan son nokta, bir ortağın şirketten çıkarılması için sadece mahkeme kararıyla tespit kararının yeterli olduğunu düzenleyen şirket sözleşmesinin 19. maddesi kalmaktadır. Hakim görüşüne göre HGB md 140 ihtiyaridir (29). Şirket sözleşmesinde çıkarılmaya ilişkin inşai dava yolunun dışında, örneğin normal bir ortaklar kararı alınması gibi başka yöntemlere de yer verilmiş olabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu takdirde, *Federal Mahkeme* inşai davayla birlikte görülmesi gereken tespit davasının hukuken uygunluğuna halel gelmeyeceğini tespit etmiştir (30).

(27) Federal Mahkeme bu kararında 1958 tarihli temel kararına dayanmaktadır (NJW 1958, 418 = JZ 1958, 406 = LM § 133 HGB Nr. 3). K. Schmidt (yukarıda DipN. 3), S. 80 f., haklı olarak İmparatorluk Mahkemesinin (RG) gerekçelerinin hakim görüş için zayıf bir temel teşkil ettiğini belirtmektedir.

(28) İmparatorluk Mahkemesi o zamanlar gerekçesini şu şekilde açıklamıştı: "Bir ortağın kendi çıkarılmasına rıza göstermesi ile çıkarılacak olan diğer ortakların menfaatleri kural olarak zedelenmez....Buna göre HGB md 140'ı çıkarılmak istenen ortaklardan, kendisinin çıkarılmasına rıza göstermiş ve özellikle aynı zamanda diğer dava açılan ortakla şirketten çıkma taahhüdü altına girmiş olan ortağın ne çıkarılması istenen diğer ortaklara karşı dava açmasına ne de kendisine karşı çıkarılma hususunda birlikte dava açılmasına gerek olmadığı şeklinde yorumlamaya bir engel yoktur".

(29) BGHZ 68, 212 (214) = NJW 1977, 1292; 81, 263 (265 f) = NJW 1981, 2565; 107, 351 (356) = NJW 1989, 2681

(30) Bununla birlikte şirket sözleşmesi kanunca öngörülmemiş olan hususlarda inşai davaların mümkün olduğuna dair hükümler içeremez.

Bu şekilde hakim görüşün gerekçelerine uygun olarak Federal Mahkeme- Kararının medeni usul hukukuna ilişkin sonuçlarına katılabilir. Ancak bu görüşün savunulup savunulmayacağı hususunda, *Karsten Schmidt*'in çok taraflı dava modeli sisteminin ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi yapılmadan karar vermek doğru olmaz. Burada öne sürülen görüşlerle HGB md 133 anlamında "haklı sebep"lerin gerçekleşip gerçekleşmediği sorusuna, ki bu konuda Federal mahkemenin görüşüne göre Eyalet Yüksek Mahkemesi hatalı karar vermiştir, cevap aranmamıştır.

ANONİM VE LİMİTED ORTAKLIKLARDA MALİ DURUMUN BOZULMASI SEBEBİYLE İFLAS VE İFLASIN ERTELENMESİNE İLİŞKİN BİR KARAR İNCELEMESİ

Yrd. Doç. Dr. İsmail KAYAR(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Yerel Mahkemenin Kararı. Yargıtay 11. HD'nin Kararı. Değerlendirme.

GİRİŞ

Limited ortaklıkta mali durumun bozulması ve bunun sonuçları, anonim ortaklıkta mali durumun bozulmasını düzenleyen TK. m. 324'e yollama yapılarak düzenlenmiştir. TK. 546. maddeye göre, esas sermayenin yarısı kaybedilmiş veya şirketin borçları mevcudundan fazla tutmuşsa, yahut şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcut ise anonim şirket hakkındaki 324. madde hükmü tatbik olunur. Bu hüküm sebebiyle, mali durumun bozulmasının tespiti, ortaya çıkış şekilleri, mali durumun bozulması halinde ilgililerin görevleri ve alınacak tedbirlerle ilgili anonim ortaklıklarla ilgili hükümler limited şirketler bakımından da geçerlidir.

TK. 546. maddenin mehzazını oluşturan ve " sermaye kaybı ve borç ödemedi aciz halinde ihbar mükellefiyeti" kenar başlıklı İBK m. 817/1 ise "esas sermayenin yarısı karşılıksız kalmış veya şirketin borçları mevcudunu aşmış bulunuyorsa, anonim şirket hükümleri kıyasen tatbik olunur" şeklindedir (1).

Aşağıda Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili bir kararı münasebetiyle TK. m 546'nın bu başarısız düzenlemesi sebebiyle ortaya çıkan bazı sorunlar ile anonim ve limited ortaklıklarda mali durum bozulmasının nasıl tespit edileceği, bu durumun tespit edilmesi halinde yapılacak işlemler ve mali durumun bozulması sebebiyle iflas ve iflasın ertelenmesi ile ilgili sorunlar üzerinde durulacaktır.

(*) Erciyes Üniversitesi, İİBF. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

(1) Haluk TANDOĞAN, İsviçre Borçlar Kanunu Kısım III-IV ve Haksız Rekabete Dair Federal Kanun, Ankara 1958, s. 85.

YEREL MAHKEMENİN KARARI

İlk derece mahkemesinde hasımsız olarak açılan davada, davacı şirketin 10 milyar TL sermayeli olduğu, fabrikasında günlük 100 bin ekmek ürettiği, kuruluş aşamasında döviz üzerinden şirketin sermayesinin üzerinde borçlanıldığı, yapılan üretim ile borcun karşılanabileceği iddia edilerek, TTK'nun 546 ve 324. maddeleri uyarınca şirket alacaklarının korunması için bir yıl süreyle iflasın ertelenmesi, İİK. m. 159 ve HUMK m. 101 gereğince davaya uygun ihtiyati tedbir kararı verilmesi istenmiştir.

Dava, şirketin esas sermayenin çok üzerinde piyasaya borçlandığı, aldığı kredilerin kat edilerek şirket hakkında takip ve ihtiyati haciz uygulanmaya başlandığı ve böylece şirketin esas sermayesinin 2/3 oranında kaybedildiği ve şirketin bu durumuna rağmen bir yıl süreyle hakkındaki takiplerin ertelenmesi halinde borçlarını ödeyebileceği ve yeniden ihyasının mümkün olduğu iddialarıyla açılmış olup sonuç olarak şirket hakkında iflas değil, iflasın ertelenmesi talep edilmiştir.

Karardan şirket alacaklılarının şirket hakkında ihtiyati haciz kararları alırdıkları ve bu kararların infaz edildiği, bankaların şirketin kredi borçlarını kattığı, şirketin borçlarının esas sermayeden çok fazla olduğu, bunun üzerine şirket tarafından aktiflerin satış bedeli dikkate alınarak ara bilanço hazırlandığı ve ara bilançoya göre şirket esas sermayesinin üçte ikisinin karşılıksız kaldığının anlaşıldığı, bunun üzerine toplanan ortaklar kurulunda ne eksilen sermayenin tamamlanmasına ne de mevcut sermaye ile yetinilmesine karar verildiği, yalnızca fabrikanın çalışması halinde şirketin kurtarılmasının mümkün olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurulmasını karar verildiği ve bunun üzerine davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yerel mahkeme, davacı şirket hakkında usulüne uygun olarak verilmiş bir iflas kararı bulunmadığı gerekçesiyle **davanın reddine karar** vermiştir.

YARGITAY 11. HD'NİN KARARI (2)

Yargıtay 11. HD. davacı şirketin durumunun ve isteğinin TTK. 546 ve 324. maddeler göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiğini, şirket aktiflerinin gerçek değerlerinin ve piyasa borçlarının uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla tespit edilmesi gerektiğini ve iflasın ertelenmesi koşullarının bulunup bulunmadığının saptanarak bir karar verilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

(2) Y. 11 HD. E: 1998/7776, K: 1998/9122, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 23, s. 2, (Şubat 1999), s. 198-200

DEĞERLENDİRME

I - TK. m. 546'da anonim ortaklıklarla ilgili 324. maddenin limited ortaklıklar hakkında da uygulanacağı belirtilmesine rağmen, atıf yapılan bu madde bir takım eksikliklerle özetlenmiştir. Diğer yandan, TTK. m. 546'nın, "Sermayenin Kısmen Kaybı" şeklindeki başlığı madde kapsamına giren bütün durumları kapsamamaktadır. Çünkü, bu başlık altında esas sermayenin yarısının kaybedilmesinden başka, şirketin borca batık olması ve aciz halinde bulunması halleri de düzenlenmektedir. Özellikle borca batıklığı sermayenin kısmen kaybı olarak nitelendirmek imkansızdır. Bu sebeple başlığın, yollama yapılan TK m. 324'e uygun olarak ve mali durum bozulmasının bütün tiplerini içerecek şekilde "Mali Durumun Bozulması" şeklinde düzeltilmesi isabetli olacaktır.

TK. m. 546'nın söz konusu düzenlemesi sebebiyle ortaya çıkan sorunlardan biri incelenen kararda olduğu gibi, esas sermayenin üçte ikisinin kaybedilmesi halinde, limited şirketin kalan sermayeyle yetinmeye veya sermayeyi tamamlamaya mecbur olup olmadığı hususudur. İlk bakışta TK m. 324'ün üçte iki sermaye kaybı ile ilgili düzenlemesinin limited ortaklık hakkında uygulanmayacağı intibai doğmaktadır. Çünkü, 546. maddenin metninden esas sermayesinin yarısı kaybedilirse, şirket borca batıksa veya aciz halinde ise 324. maddenin uygulanacağı, bunların dışındaki durumlar için atıf yapılmadığı anlaşılmaktadır. TK. m. 546'nın bu başarısız ifadesine rağmen, kanaatimce TK. m. 324 bütün hüküm ve sonuçlarıyla limited ortaklıklar hakkında da uygulanmalıdır (3). Gerçekten, 546. madde dikkatlice incelendiği zaman mali durumun bozulması olarak kabul edilen bütün ihtimalleri kapsayacak şekilde atıf yapıldığı sonucuna varılabilir. Şöyle ki; 324. madde iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada 1/2 sermaye kaybı ve bunun sonuçları, ikinci fıkrada ise şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesi üzerine hazırlanacak ara bilanço ve ortaya çıkacak sonuca göre alınacak tedbirler düzenlenmiştir. TK. 546. maddede her iki durumu da kapsayacak şekilde 324. maddeye yollama yapılmıştır. Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesi varsa 324. madde uygulanacağına göre, bu kapsamda aktiflerin satış fiyatı dikkate alınarak ara bilanço hazırlanacaktır. Hazırlanan ara bilançodan çıkan sonuca göre alınacak tedbirler de farklı olacaktır. Eğer üçte iki sermaye kaybı tespit edilirse tıpkı anonim ortaklıkta olduğu gibi ya kalan sermaye ile yetinme ya da sermayeyi tamamlama kararı verilmelidir. Aksi takdirde şirket infisah eder. Ara bilançoya göre şirket borca batık ise bu defa durum mahkemeye bildirilecek ve şirketin iflası istenecektir. Tabii ki şirketin ıslahı mümkün ise iflasın ertelenmesi de talep edilebilecektir.

(3) Ahmet TÜRK, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 99; İsmail KAYAR, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 91.

Üçte iki oranındaki sermaye kaybı ve bunun sonuçları ile ilgili anonim ortaklıklar hakkındaki düzenlemenin limited şirketler bakımından geçerli olmamasını gerektiren bir özellik yoktur. Üçte iki sermaye kaybı, kollektif ve komandit şirketler gibi şahıs şirketlerinde bile infisah sebebi sayılmışken (TK. m. 185, b. 2 ve 267), limited ortaklığın bunun dışında bırakılması için bir sebep yoktur (4). Diğer yandan 546. maddede üçte iki sermaye kaybına göre daha önemsiz bir mali durum bozulması olan 1/2 sermaye kaybı ve daha önemli bir mali durum bozulması olan borca batıklık halinin açıkça zikredilerek atıf yapılmasına rağmen üçte iki oranındaki sermaye kaybı ile ilgili hükümlere yollama yapılmaması makul değildir (5).

İncelenen kararda 546. maddenin yollaması sebebiyle 324. maddenin limited ortaklıklar hakkında da uygulanacağı belirtilmekle birlikte, bu maddenin üçte iki sermaye kaybına ilişkin düzenlemesinin limited şirketlere uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doğrudan bir tespit yoktur. Ancak, davacı şirketin sermayesinin üçte ikisini kaybettiğinden ve yapılan ortaklar kurulu toplantısında kalan sermaye ile yetinme yada sermayeyi tamamlama kararı verilmediğinden söz edilmesi dikkate alınarak, Yargıtay 11. HD'nin görüşünün de 324. maddenin bir bütün olarak limited şirketler hakkında uygulanması gerektiği yönünde olduğu söylenebilir (6).

II - Şirketin borca batık olduğu tespit edilirken, yıllık bilanço ya da yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış ara bilanço değil, aktiflerin satış değeri dikkate alınarak hazırlanacak ara bilançolar dikkate alınmalıdır (7). Çünkü, borca batıklığı mahkemeye bildirmenin esas amacı alacaklıların korunmasıdır. Bilanço tarihi itibarıyla şirket malvarlığının gerçek durumu ve borçların ne kadarının karşılanabildiği ise aktiflerin satış fiyatı dikkate alınarak hazırlanan ara bilanço (8) ile

(4) TÜRK, 100.

(5) KAYAR, 90-91; Kırş. TÜRK, s. 100, dn. 192.

(6) Diğer yandan, üçte iki sermaye kaybı üzerine toplanan ortaklar kurulunda kalan sermaye ile yetinme ya da sermayeyi tamamlama kararı verilmediği halde şirketin infisahından söz edilmeyecek, iflasın ertelenmesi talebinin TK. m. 324'e göre değerlendirilmesi gerektiğinin belirtilmesi sebebiyle, Yargıtay'ın görüşünün esas sermayenin üçte ikisinin kaybedilmesine ilişkin TK. m. 324 hükmünün limited şirketler bakımından geçerli olmadığı yönünde olduğu da ileri sürülebilir.

(7) Yaşar KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1997, s. 53; TÜRK, 244 vd.;

(8) Aktiflerin satış fiyatı dikkate alınarak hazırlanan bilanço için doktrinde "Borca Batıklık Bilançosu", "Borca Batak Olma Durumu Bilançosu", "Kayıp bilançosu" ve "Borca batıklığı Tespit Bilançosu" kavramlarında kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz: TÜRK, s. 244 vd.; Ünal TÊKINALP, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1979, s. 298.; Oğuz ATALAY, Anonim Şirketlerin İflası, izmir 1996, s. 53 vd. Aktiflerin satış fiyatlarını dikkate alarak bilanço hazırlamanın amacı şirketin mali durumundaki bozulmayı veya borca batık olup olmadığını saptamak dışında, şirketin devri, satışı ya da hisse satışı gibi durumlarda şirketin gerçek değerini saptamak da olabilir. Bununla birlikte, mali durumun bozulması şüphesi üzerine durumu mahkemeye bildirme yükümlülüğü kapsamında aktiflerin satış fiyatı üzerinden hazırlanan bilançoların bu şekilde ismiendirilmesi isabetidir.

tespit edilebilir (9).

Yıllık bilançoda aktif kalemler kural olarak en fazla maliyet değeriyle bilançoya geçirildiğinden, aktiflerin bir kısmı için yeniden değerlendirme yapılamadığından, bazı kalemlerde ise belirli sınırlar dahilinde yeniden değerlendirme yapılabildiğinden ve gizli yedek akçeler (TTK. m. 458/II) yıllık bilançoda görülmediğinden, amacı ve değerlendirme ilkeleri oldukça farklı olan bu bilançolar şirketin gerçek malvarlığı durumunu tam olarak aksettirmezler. Aynı tarihte düzenlenecek tam-gerçek malvarlığı bilançosunda ise aktif kalemler satış fiyatları ile değerlendirileceği, yeniden değerlendirme bütün kalemlerde ve yasal orantıyla bağlı kalınmaksızın yapılacağı, bunların dışındaki gizli yedek akçeler de aktif kalemlerde yer alacağı için çoğunlukla bu bilançonun aktifi yıl sonu bilançosundan fazla olacaktır (10).

III - Mali durumun bozulması sebebiyle AO veya LO'nun iflası ve iflasının ertelenmesi yalnızca şirketin borca batık olması, yani aktiflerin satış fiyatı üzerinden hazırlanmış bir ara bilançoya göre mevcut ve alacaklarının borçları karşılamaya yetmemesi halinde söz konusu olabilir. Mali durumundaki kötüleşme borca batıklık seviyesine ulaşmamış olan şirketlerde TTK. m. 324 ve İİK m. 179'a göre iflas ve iflasın ertelenmesi istenemez. Şirketin mali durumundaki kötüleşmenin ölçüsüne göre, başka tedbirlere başvurulması gerekir. Çünkü, üçte iki sermaye kaybında halen şirketin mevcut ve alacakları borçlarını karşılayabilmektedir.

Şirketin borca batık olduğu usulüne uygun olarak tespit edilince, üçte iki sermaye kaybında olduğunun aksine, müdürler ortaklar kurulunu toplamadan durumu mahkemeye bildirmek zorundadırlar. Mahkeme iflasın şartlarını resen inceleyerek eğer şartları varsa iflasa karar vermek zorundadır. Bununla birlikte, şirket yöneticilerinin mahkemeye sunacağı ve şirketin kurtarılabilmesine dair ikna edici projeler üzerine iflasın ertelenmesine de karar verebilir. Mahkeme iflasın ertelenmesine şirketin, alacaklıların veya ortakların isteği üzerine karar verebilir. Erteleme şartlarının bulunup bulunmadığının mahkemeye tayin edilecek bir kayyım aracılığıyla tespit edilmesi de mümkündür (11).

-
- (9) TEKİNALP, 70.; Halil ARSLANLI, Anonim Şirketler, C. IV-V, Anonim Şirketlerin Hesapları, Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, İstanbul 1961, s. 172, 173.; Yaşar KARAYALÇIN, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 42.; KAYAR, 127.; TÜRK, 245.; ATALAY, 54.; Hakan PEKCANİTEZ, Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s. 32.
- (10) KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, 51, 52.
- (11) Krş. Halil ARSLANLI/ Hayri DOMANIÇ, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1989, s. 677. Yazarlar, mahkemenin ilgililerin talebi olmasa bile resen iflasın ertelenmesine karar verebileceği görüşündedirler. Mahkemenin borca batıklığı tespit etmesi halinde talep olmasa bile iflasa hükmetmesi mümkün hatta zorunlu olmakla birlikte, talep olmadan iflasın ertelenmesine karar verilemeyeceği kanaatindeyim. Çünkü, borca batıklık halinde iflasa karar vermek, resen uygulanması gereken emredici kanun hükümleri gereğidir. Oysa iflasın ertelenmesine, inandırıcı delillerle şirketin ıslahının mümkün olduğunun kanıtlanması halinde ve ancak talep üzerine karar verilebilir. Diğer yandan, iflasın ertelenmesini şirketin kendisi, pay sahipleri ve alacaklılar isteyebileceğine göre, bunlardan hiçbirinin talebi olmadan iflasın ertelenmesine karar verilmesi halinde kimlerin menfaatleri korunacaktır. Ayrıca, şirketin yöneticileri bile erteleme istemiyorsa, erteleme kararı üzerine şirketin mali durumunun düzelmesi çoğunlukla mümkün olmayacaktır.

İncelenen kararında Yargıtay, limited şirketin ara bilanço'ya göre üçte iki sermayesini kaybettiğinden ve bu nedenle toplanan ortaklar kurulunun yetinme veya tamamlama kararı vermediğinden de bahsederek, uzman bilirkişiler marifetiyle şirketin aktif ve borçlarının tespit edilmesinden ve buna göre iflasın ertelenmesi koşullarının oluşup oluşmadığının saptanması gerektiğinden bahsetmektedir. Esasen üçte iki sermaye kaybı nedeniyle toplanan ortaklar kurulu kalan sermaye ile yetinme veya sermayeyi tamamlama kararı almazlarsa şirket infisah eder. Dava konusu olayda bu durum söz konusudur. Yerel mahkemenin yapacağı iş şirketin durumunu bilirkişilere tespit ettirip, eğer belirtildiği gibi üçte iki sermaye kaybı varsa iflas ve erteleme şartlarının bulunmadığı, hatta şirketin ortaklar kurulu toplantısının yapıldığı tarihte infisah ettiği gerekçesiyle davayı reddetmektedir. Kararda şirketin infisahından söz edilmemekle birlikte, TK. m. 324'e göre işlem yapılması gerektiği belirtilmektedir. Böylece resen dikkate alınacak 324. maddenin uygulanması istenmektedir. Bu durumda yerel mahkeme, bilirkişi aracılığıyla şirket hesapları üzerinde yapacağı tespit sonucunda eğer şirketin borca batık olduğu tespit edilirse iflasa, şirketin borca batık olmadığı tespit edilirse davanın reddine karar verecektir. Yani mahkemenin yapacağı araştırmanın tek amacı şirketin borca batık olup olmadığının saptanmasıdır. Bu sonuç dışındaki bütün ihtimallerde dava reddedilecektir. Çünkü, şirketin mali durumu önemli ölçüde bozulmuş, hatta esas sermayenin önemli bir kısmı karşılıksız kalmış olsa bile mahkemeye düşen bir görev yoktur.

Mahkemenin yapacağı bilirkişi incelemesinin sonucunda da üçte iki sermaye kaybı tespit edilirse, mahkeme iflas ya da iflasın ertelenmesi kararı veremeyecektir. Bu durumda mahkeme kalan sermaye ile yetinmeye veya sermayenin tamamlanmasına karar verebilir mi? Üçte iki sermaye kaybı mutlaka bazı tedbirlerin alınmasını gerektiren önemli bir mali durum bozulması olmakla birlikte, bu tedbirleri alıp uygulama görevi kesinlikle genel kurul veya ortaklar kuruluna aittir. TK. sisteminde bu tip mali durum bozulmaları şirketin üstesinden gelebileceği durumlar olarak kabul edilmiştir. Gerçekten anonim ortaklıklarda genel kurul, limited ortaklıklarda ortaklar kurulu sermayeyi tamamlama, kalan sermaye ile yetinme ya da bu kararlardan birini almamak suretiyle infisah yollarından birini tercih ederek bir çözüm bulacaktır. Bununla birlikte, şirketi ayakta tutmak açısından üçte iki sermaye kaybını tespit eden mahkemenin şirkete gerekli kararları almak için süre vermesi kabul edilebilir. Ayrıca şirketin sona ermesinde menfaati olanların üçte iki sermaye kaybına rağmen alternatif zorunlu kararlardan hiçbirinin alınmamış olması sebebiyle şirketin infisah etmiş olduğunu tespit ettirmek için dava açması da mümkündür.

Borca batıklıkta bile iflası erteleyerek şirkete yaşama şansı verilirken, üçte iki sermaye kaybında ortaklar kurulunun sermayenin tamamlanmasına ya da kalan sermaye ile yetinilmesine karar vermemesine infisah sonucu bağlamak ilk bakışta ağır bir sonuç olarak görülebilir. Ancak, üçte iki sermaye kaybı sermaye şirketleri için önemli bir mali durum bozulması halidir. Bu ölçüye ulaşmış olan mali durum bozulmalarında iflas ve/veya iflasın ertelenmesi kararı vermek gibi mahkeme müdahalesi gerekli değil ise de, ilgilileri ve özellikle de şirket alacaklılarını korumak düşüncesiyle ne gibi tedbirler alınacağı açıkça sayılarak gösterilmiştir. Bu durumdaki şirket ya sermayesinin eksilen kısmını tamamlayarak durumunu esas sözleşmesine uygun hale getirecek ya da sermayeyi, mevcudiyeti anlaşılan miktara indirerek esas sözleşmesini gerçek durumuna uygun hale getirecektir. Bu iki tedbirden birini almak zorunludur. Yani üçte iki sermaye kaybında şirketin faaliyetlerine devam etmesi bu iki karardan birini alıp uygulamasına bağlıdır. Bunlara ilave olarak başka tedbirlere de başvurulması mümkündür.

Netice olarak, üçte iki sermaye kaybında, daha önemsiz mali durum bozulmalarında olduğunun aksine, alınacak tedbirleri belirleme konusunda şirket yönetiminin geniş takdir yetkisi yoktur. Durumu mahkemeye bile bildirmeden sermaye azaltmak ya da sermayeyi tamamlamak gibi daha basit tedbirleri almayan şirketin sona ermesi ağır bir sonuç sayılmaz.

IV - Borca batık şirketin, bu durumunun mahkemeye bildirilmesi yeterli olup, ayrıca ve açıkça iflasın istenmesi şart değildir. Nitekim TTK. m. 324'te borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi gerektiğinden, İİK. m. 179'da ise yine borca batıklığın mahkemeye beyan edilmesi halinde önceden takibe gerek kalmaksızın iflasa karar verileceğinden söz edilmektedir. Bununla birlikte iflasın ertelenmesine karar verebilmek için, bu hükümlere göre iflas şartlarının oluşması da gerektiğinden, yapılacak bilirkişi incelemesi sonucunda şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa önce iflasa sonra da şartları varsa aynı kararlar birlikte iflasın ertelenmesine karar verilmelidir.

Yerel mahkemenin kendi iflasını isteyen şirket hakkında verilmiş bir iflas kararı bulunmadığı gerekçesiyle iflasın ertelenmesi talebini peşinen reddetmesi isabetli değildir. Çünkü, iflasa gerek olup olmadığına da aynı mahkeme karar verecektir. Buna karşılık, mahkeme talep olmadan iflasın ertelenmesine karar veremez. İflasın ertelenmesi için talep gerekli ama yeterli değildir. Ayrıca, mahkeme erteleme halinde şirketin ıslahının mümkün olduğu konusunda ikna olmalıdır.

İflas ve iflasın ertelenmesine birlikte karar verilmesi, iflasın ertelenmesinin gerekçesini oluşturan iyileştirme tedbirlerinin başarısız olması halinde şirket hakkında daha önce verilmiş ancak ertelenmiş olan iflas kararının uygulanması ve iflas prosedürünün başlatılması açısından de gereklidir. Bu yüzden erteleme kararının belirli bir süre için verilmesi gerekir. Süre dolmadan veya dolduktan sonra uygulanan iyileştirme tedbirleri ve sonuçları dikkate alınarak yeni bir süre verilebileceği gibi iyileştirme tedbirlerinin şirketin kurtarılmasını sağlamayacağı anlaşılırsa süre dolmadan önce de mahkeme kararıyla erteleme kararı kaldırılıp iflas prosedürü başlatılabilir.

Yargıtayın şirketin mali durumunun mahkeme aracılığıyla yeniden saptanmasını istemesi doğru ise de eğer bu araştırma sonucunda şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa iflasın ertelenmesinin şartlarını da ayrıca araştırması gerekir.

V – TK. m. 324'ün bir amacı da pay sahiplerini, alacaklıları, ve o şirkete yatırım yapabilecek olan tasarruf sahiplerini korumaktır (12). Borca batıklık halinde durum mahkemeye bildirilip iflasın ertelenmesi sağlanırsa, şirket hakkındaki takipler de erteleneceğinden alacaklıların şirketi yıpratması engellenecek ve şirketi çalışan bir değer olarak muhafaza etmek mümkün olacaktır. Gerçekten, borca batık durumdaki şirketin önünde iki ihtimal bulunmaktadır. Birincisi mali durumunun kötü olmasına rağmen mahkemeye sunulacak sermaye artırımını, alacaklılarla anlaşarak faiz indirimi, borçların vadelerini uzatma gibi iyileştirme tedbirleriyle borca batıklıktan kurtulmaktır (13). Ertelene süresi sonunda bu amaca ulaşılsa iflas kararı kaldırılacak, ulaşılamazsa şirket hakkında daha önce verilmiş olan iflas kararı uygulanacaktır. İkincisi ise şirketin kurtarılmasının mümkün görülmemesi ya da mahkemeye sunulan iyileştirme tedbirlerinin yeterli bulunmaması sebebiyle iflasın ertelenmesi talebinin reddedilmesidir. Bu ihtimalde dahi vakit geçirmeden şirketin iflasının istenmesi alacaklıların hakları bakımından gereklidir. Çünkü, şirketin bu durumunu bilen ya da önceden öğrenen alacaklılar şirketin mevcutları üzerine haciz koydurarak avantaj sağlayacaklar, şirketin durumundan geç haberdar olanlar ise mağdur olacaklardır.

(12) KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, 50.

(13) İyileştirme tedbirlerinin uygulanacağı iflası erteleme süresi sonunda, şirket hakkındaki iflas kararının kaldırılması için şirketin borca batık olmaktan çıkarılması yeterlidir. Bu sürede şirketin bütün borçlarını ödemiş olması, sermayenin karşılığını tamamen yerine koyması beklenmemelidir. Uygulanan iyileştirme tedbirleriyle şirketin borca batıklıktan kurtulup üçte iki veya 1/2 sermaye kaybı durumuna getirilmesi halinde bile şirket hakkındaki iflas kararı kaldırılmalıdır. Bununla birlikte, derhal genel kurul veya ortaklar kurulu toplantıya çağırılarak sermayeyi azaltıp kalan sermaye ile yetinmeye veya sermayeyi tamamlamaya karar vermesi ya da 1/2 sermaye kaybında başka tedbirler alması mümkündür.

VI - TK 324'ün uygulanması mahkemeler tarafından resen dikkate alınır (14). Bu sebeple Yargıtay'ın yerel mahkemeden uzman bilirkişiler aracılığıyla durumun tespit edilmesini istemesi yerindedir. Gerek hasımsız, gerek hasımlı iflas davalarında mahkeme iflas şartlarının bulunup bulunmadığını (şirketin borca batık olup olmadığını) resen araştırmalıdır. Mesela, şirket aktiflerinin ara bilançoda tespit edilenlerden ibaret olup olmadığı, satış bedellerinin ara bilançodakinden daha fazla olup olmadığı bilirkişi vasıtasıyla incelenebilir ve TK. m. 324'deki şartların bulunmadığı kanaatine varılırsa iflas isteği reddedilebilir (15).

VII - TK. m. 324/II'deki şartların doğduğu gerekçesiyle kendi iflasına karar verilmesini isteyen ve kural olarak hasımsız bir dava açan şirketin bu isteğine ortakların ve alacaklıların davaya müdahale ederek karşı çıkması mümkündür. Genel amacı pay sahipleri ve alacaklıları korumak olan borca batıklık sebebiyle iflas ve iflasın ertelenmesini isteme imkanı uygulamada bunları mağdur etmek için de kullanılabilir. Bu yüzden davaya müdahale eden ortak veya alacaklıların itirazı üzerine şirket defterleri uzman bilirkişiler aracılığıyla incelenerek şirketten alacaklı olarak gösterilenlerin gerçekten alacaklı olup olmadıkları, şirketin iflasını istemenin şirket hakkında yapılan diğer takipleri boşa çıkarmak için yapılıp yapılmadığı, şirketin borçlarının ticari defterlere yansıtılıp yansıtılmadığı da araştırılmalı ve tartışılmalıdır (16).

- oOo -

(14) KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, 50

(15) ARSLANLI/DOMANIÇ, 676, 677.

(16) Bu yönde bir karar için bkz: Y. 19. HD. T. 25.9.1997, E: 1997/5151, K: 1997/7714, İstanbul Barosu Dergisi, C. 72, s. 4-5-6, (1998/2), s. 570, 571.

HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Hilmi ÖZDEMİR (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Açıklama. II- Zamanaşımı. III- Kazandırıcı zamanaşımı IV-Hak Düşürücü Süre A-Tarifi, hukuki Özellikleri ve hakkındaki görüşler B-Hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki farklar C- Kadastro Kanununda Hak Düşürücü Süre a- Tutanakların kesinleştirilmesi b- Tutanağın Kesinleşmesinin Sonuçları c-Hukuki sebepten amaç haktır. d- Kadastro Kanunu'nun 12/3. maddesi Uyarınca Açılacak Davaların Niteliği e-Kadastro Kanunu'nun 12. maddesine ait gerekçe f- Hak Düşürücü Sürenin Hesabında Gözönünde Tutulacak Hususlar. D-Hak Düşürücü Sürenin Uygulanma Alanları E-Hak Düşürücü Süreye Tabi Olmayan ve Bu Sürenin Uygulanmadığı Tespit ve Davalar F-Hak Düşürücü Süreye Tabi Tespit ve Davalar.

I) GENEL AÇIKLAMA

Zaman mefhumu yalnız tabii bir olay ve soyut bir kavram olmayıp hukukta ayrı bir anlam ve değer ifade eder. Zamana bazı hukuki sonuçlar bağlandığında aynı zamanda hukuki olay teşkil eder. Zaman mefhumunun gerek sosyal, gerek tabii hayat üzerinde büyük rolü olduğu gibi hukukta da hakların kazanılması ve kaybında esaslı rol oynar (1).

Belirli bir zamanın geçmesiyle hakkın kaybolması, ortadan kalkmasını ifade eden hak düşürücü süre doğrudan doğruya zaman mefhumunun hukukta hakkın kaybolması ile ilgili uygulamasıdır.

Hak düşürücü süre, hukukun haklarla ilgili bir kurumu olan zamanaşımının dar anlamda kullanılan bir ifadesidir. Bu sebeple öncelikle genel anlamda zamanaşımı hakkında bir açıklama yapmakta yarar vardır.

II) ZAMANAŞIMI

Genel anlamda zamanaşımı, bir hakkın (özellikle alacak hakkının) belli bir süre

(*) Yargıtay 8.H.D. Başkanı

(1) Ord. Prof. Dr. F. H. Saymen-Doç. Dr. H.Kemal Elbir, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümleri C:2, 1958, sh. 906 vd.

kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Kısaca genel anlamda zamanaşımını gerçekleştiren, hak sahibinin susması, hareketsiz kalması ve hakkını aramamasıdır (2).

Zamanaşımının biri dar diğeri geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamda zamanaşımı; belirli bir zamanın geçmesi ve kanunen belirlenen şartların meydana gelmesi halinde bir kazanma veya sükut aracıdır. Dar anlamda zamanaşımı ise; kanunen belirli olan süre zarfında alacaklının hakkını talep veya dava etmemesi (hareketsiz olması) nedeniyle alacağını talep veya dava etmek hakkından mahrum olmasını gerektiren bir sükut (kayıp) sebebidir.

Herhangi bir hakla ilgili veya hakka bağlı olarak hakkın üzerinden belirli bir zaman geçmesi halinde üç ihtimalle karşılaşılır. Bu geçen süre sonunda ya bir hak kazanılır (kazandırıcı zamanaşımı) ya talep (dava) hakkı düşer (iskati-zamanaşımı) veya hakkın kendisi kaybolur (hak düşürücü süre). İskati zamanaşımı Borçlar Kanununda düzenlendiği ve yerini bulduğu halde, kazandırıcı zamanaşımı Medeni Kanunda düzenlenmiş olup mülkiyet ve aynı haklara ilişkindir.

Hareketsizliği sebebi ile alacağını dava veya talep etme hakkından alacaklıyı mahrum eden zamanaşımına "iskatı müruruzaman" (yani düşürücü zamanaşımı) adı verilir. Zira belli süreler geçtikten sonra dava hakkı sükut etmekte (düşmektedir), artık alacağın Devlet eliyle tahsili mümkün olamamaktadır (3).

III) KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI

Kazandırıcı zamanaşımı, kanunen belirli sürelerin geçmesiyle bir kimseye mülkiyet veya sair bir aynı hak kazandıran bir müessesedir. Haklı bir sebep olmaksızın adına bir mülkiyet hakkı tescil edilen kimse o hakka ilişkin taşınmaz mala nizasız, fasılasız iyi niyetle on sene müddetle zilyed bulunursa artık o hakkına itiraz olunamaz (MK.m.638). Şayet taşınmaz mal tapuda kayıtlı değil ise o taşınmaz mala 20 sene süre ile ve malik sıfatıyla nizasız ve fasılasız zilyed bulunan kimse o taşınmaz malın mülkü olmak üzere tescilini ister (MK.m.639). Taşınır bir mal için de müddet beş senedir (MK.m.701) (4).

Genel anlamdaki zamanaşımında hak sahibinin belli bir süre susması, hareketsiz kalması ve hakkını aramaması gerekli iken, kazandırıcı zamanaşımında zilyesinde bir süre hareketsiz kalmasına ihtiyaç var ise de, buna ilaveten üzerinde

(2) Prof. Dr. S.S. Tekinay Akman-Burcuoğlu/Altop-Tekinay Eşya Hukuku 5. Baskı İstanbul 1989 sh. 723

(3) Saymen/Elbir, age. sh. 906 vd.

(4) Saymen/Elbir, age. sh. 908 .

hak iddiasında bulunduğu aynı hakta belli şartlar altında bir süre zilyed olması da gerekir. Genel anlamdaki zamanaşımı, kural olarak alacak hakları için söz konusu olur. Kazandırıcı zamanaşımı ise yalnız aynı haklara ilişkindir (5).

IV) HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

A) TARİFİ, HUKUKİ ÖZELLİKLERİ VE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Hak düşürücü süre; kanunen belirli sürelerin geçmesiyle, hakkın özünün ve bizzat kendisinin sükut ettiği (kaybolduğu) müessesedir.

"Zamanaşımı borçlu için bir def'i iken, hak düşürücü süre bir itirazdır. Zamanaşımını ilgilisi ileri sürmedikçe hakim kendiliğinden gözönünde tutamaz (BK.m.140. Fakat,hak düşürücü süreyi kendiliğinden gözönünde tutarak davayı reddedebilir. Zamanaşımını kesen veya tatil eden sebepler hak düşürücü süreyi etkilemez. Zamanaşımına ait kurallar hak düşürücü süreye tatbik olunmaz" (6).

Hak düşürücü sürenin geçmesi ile hak ve sonuç itibariyle dava açma yetkisi ortadan kalkar (7).

"Zamanaşımı hak niteliğinde olup davanın dinlenmesine engel olduğu halde, hak düşürücü süre hakkın meydana gelmesine, doğumuna engel olur. Zamanaşımına tabi işlerde mevcut olan hak doğumundan itibaren aradan zaman geçmiş olması nedeniyle hukuken korunamaz. Hak düşürücü süreye tabi olan işlerde ise hakkın sübutu ve varlığı ancak Yasanın öngördüğü sürede dava açılması haline bağlıdır. Öngörülen sürede dava açılmamış ise hak meydana gelmemiş, doğmamış demektir" (8).

Kadastro Kanununun 12/3. (Mülga Tapulama Kanununun 31/2) maddelerinde yeralan ve mülkiyet hakkına konulan hak düşürücü sürenin hukukun temel ilkelerine aykırı olduğu ve uygulanmasının pek çok haksızlıklara neden olduğu şeklinde görüşler vardır.

Sayın Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e göre, "hak düşürücü süreler hukukun temel ilkelerine olduğu kadar, yurt gerçeklerine de aykırıdır. İsviçre'de taşınmazların kadastro sunun eskiden beri büyük ölçüde tamamlanmış olup tapu kütüğüne yazılmamış, nesnel (ayni) hakların pek az olması, halkın büyük çoğunluğunun ilköğretimden geçirilmiş olup hakkını arama alışkanlık ve olanaklarına sahip bulunmasına karşılık; Türkiye'de taşınmazların yarısından çoğunun tapuda kayıtlı

(5) Tekinay sh. 733

(6) Saymen/Elbir: age. sh. 909

(7) Prof. Dr. Şakir Berke; Borçlar Hukuku-Umumi ve Hukuki Hükümler 1956 sh. 332

(8) 28.2.1945 T., 1944/23 E. 1945/5 sayılı İç. Bir.K'dan (İç. Bir. K. C: 3; sh: 73)

olmadığı, büyük bir bölümü okuma yazma bilmeyen yoksul köylümüzün başlıca yaşam ve geçim kaynağı olan tarlalarının yanlış tapulama yüzünden yolsuz olarak başkası adına tescil edilip edilmediğini tapu dairelerinde herkesce bilinen bürokratik engelleri aşarak kovalayıp araştırmasının uygulamada-insafla düşünülükte kendilerinden beklenemeyecek kadar güç olduğu da yadsınamayan toplumsal gerçeklerdir. Bütün bu hukuksal ve toplumsal gerçekler gözönünde tutulursa, tapu kütüğüne tescil edilmiş nesnel haklara ilişkin çözümün, tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel haklarda da kabulünün bir zorunluluk olduğu apaçık anlaşılır. Böylece tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel hak sahiplerinden de, ancak itirazda bulunarak Tapulama Kanunu 31/2 (3402 SK. 12/3) deki arıtım süresine katılmış olup ta itirazı Tapulama Komisyonunca esastan reddedilmiş bulunanların hakları, itirazcının 30 gün içinde tapulama mahkemesinde dava açmadığı gibi tescilden başlayarak on yıl içinde, asliye mahkemesinde de dava açmaması durumunda hak düşümüne uğrayabilir. Buna karşılık tapulama tutanağına itiraz etmeyerek arıtım süresine katılmamış olanların hakları ise hak düşümüne uğramaz.

Yukarıda belirtildiği üzere, Tapulama Kanununa göre yapılan duyuruya, aynı kanun, md. 85. fıkra 1. (yeni Kadastro Yasası md. 11. fıkra 4)'deki ve MK.nun 928. maddesinin son cümlesindeki varsayımlara karşın itirazda bulunmak yoluyla Tapulama Kanunu md. 31. fıkra II'deki arıtım süresine katılmamış olan, böylece gerçekte tapulama ile yapılan yolsuz tescilden haberi bile olmayan, tarlasını işlemeyi sürdüren gerçek malikin yolsuz tescili öğrenip uyanarak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açmasına fırsat vermemek için yolsuz tescil edilen kimsenin tarlanın işlenmesine hiç ses çıkarmayıp, dava açmadan on yılın geçmesini bekledikten sonra, bir örümceğin pusuya yattığı yerden birden bire fırlayıp avının üstüne atılması gibi, MK'nun 618. maddesine göre dava açarak taşınmazı almaya kalkışmasının, ayrıca MK'nun 2. maddesindeki dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bir davranış olduğu, bundan dolayı böyle bir durumda ayrıca bu nedenle de (davacının mülkiyet hakkının MK. 2. maddesi uyarınca hak düşümüne = ver-wairkung'a uğramış olması nedeniyle de) davanın mahkemece görevden ötürü reddedilmesi gerektiği meydandadır.

Yukarıda açıklanan toplumsal ve hukuksal gerçekler karşısında, 3402 sayılı yeni Kadastro Yasasının geçici 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 2613 sayılı Yasadaki on yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması durumunda da hak sahiplerinin bir yıl içinde dava açabileceklerini kabul etmenin, böylece o yasalardaki hak düşürücü sürelerin doğurduğu haksız sonuçları bir ölçüde olsun sınırlayıp daltmanın, modern hukukta egemen olan amaçsal yorum yönteminin ve hak-

kaniyetin bir gereği olduğu açıktır (9).

Sayın Nusret Ozanalp'ta bir inceleme yazısında, "...Kadastro Kanununun 12. maddesi hükmünün paraleli olan hüküm, kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanununun 31/2. fıkrasında yer almaktaydı. Uzun yıllar boyunca bu hükmün uygulanmasıyla pekçok haksızlıklara neden olunmuştur. Mahkemelere intikal eden uyuşmazlık ve Yargıtaya gelen işler göstermektedir ki, özellikle kırsal kesimde yaşayan vatandaşlarımızın çoğu, tapu idaresine başvurup taşınmazların sicil durumunu öğrenmeye tevessül etmezler. Kültür seviyesinden kaynaklanan bilgisizlik ya da ihmal, günün birinde, yıllardan beri sahibi olduğu taşınmazının elinden gitmesine sebep olur. Örneğin, vatandaş bir tapu işlemi için tapu idaresine başvurduğu zaman, on yıl önce kesinleşen kadastro tesbiti nedeniyle taşınmazının Hazine adına tescil edilmiş olduğunu öğrenir, yapacak bir şey yoktur. Hak düşürücü süre işlemiştir.

Hak düşürücü sürenin tutarsız bir gerekçe ile tapulama ve kadastro kanunlarında yer alması ülke gerçeklerine ters düşmüştür" şeklinde görüşünü açıklamıştır (10).

Doktrindeki başka bir görüşe göre de, "genel hukuk kuralları açısından mülkiyet hakkı hak düşürücü bir süreye ya da zamanaşımına tabi değildir. Oysa KK. m.12/III hükmü ile kadastro sonucu oluşturulmuş tapu sicillerinin belirttiği haklara karşı açılacak davalar, kadastro tutanağının kesinleştiği tarihten itibaren başlamak üzere 10 yıllık bir hak düşümü süresine bağlı kılınmıştır. Bu süre geçtikten sonra böyle bir dava açılmayacağı için mülkiyet hakkının hak düşümü süresine bağlı tutulamayacağı temel kuralında önemli bir gedik açılmış bulunmaktadır.

Kadastrodan evvel tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlara oranla, özellikle tapuya kayıtlı olan taşınmazlar yönünden, taşınmazın başkası adına tesbit ve tescil edilmesi gerçek malikin, 10 yıllık süreyi örneğin başka bir yerde olması nedeniyle kadastrodan fiilen haberdar bulunmaması yüzünden korunması halinde mülkiyet hakkının kaybedilmesi, ilk bakışta rahatsızlık veren bir sonuçtur" (11).

Hak düşümü süresi ile ilgili yukarıda açıklanan bilimsel görüşlere rağmen yasa koyucu Kadastro Kanununun 12/3. maddesinin gerekçesinde "kadastro çalışmaları tamamlanarak kesinleşen tesbitlerin, kısa sürede tapu kütüklerine kaydedilme işlemlerinin kesinleşme tarihinden itibaren en geç üç ay içinde bitirilmesi, ayrıca büyük emek ve masrafla meydana getirilen düzenli kütük ve kadastro işlemlerinin ko-

(9) Cumhuriyet Gazetesi, 16 Mayıs 1989

(10) N. Ozanalp, 3402 s. Kadastro Kanununda yer alan hak düşürücü süre ile ilgili düşünceler - Yargıtay Dergisi 1988, sayı:3, sh. 273

(11) Tekinay-Akman-Buruglu-Altıp:Tekinay Eşya Hukuku 5. Bas. 1989, sh. 289

runmasını sağlamak için kamu ve özel mal ayrımı yapılmadan kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak dava açılmayacağı esası getirilmiştir. Burada kadastro işlemlerinin eski olaylara dayanılarak, süresiz olarak askıda bırakılmasının kamu düzenini ters yönde etkileyeceği ve kamu zararı doğuracağı gerçeğinden hareketle mülkiyet hakkı değil, sadece hak arama hürriyeti kısıtlanmıştır" (12) düşüncesi ile büyük masraflarla yapılan kadastro sonrası oluşan kütüklerin süresiz olarak askıda kalmaması ve kadastro işlemlerinin korunmasını kamu düzeni ile ilgili görmüş ve açıklanan gerekçe ile on yıllık sınırlama getirmiş ve bu sınırlamanın mülkiyet hakkının değil hak arama hürriyetinin kısıtlanması olduğunu kabul etmiştir.

3402 sayılı KK. nun 12/3. maddesinin Anayasaya aykırılık iddiası ile açılan dava sonunda hak düşürücü sürenin Anayasaya aykırı olmadığına karar veren Anayasa Mahkemesi 8.10.1991 T., 1991/9 E., 1991/36 sayılı kararında özet olarak;

"Mülkiyet hakkının sağlıklı temellere oturtulmasını isteyen yasa koyucu, ayrıca kadastro planlarının düzenlenmesine büyük önem vererek bunların gerçekleşmesi yolu ile kamu düzenini kurmaya ve korumaya yönelmiştir. Uygulama sonunda saptanan durumun, belli süre geçtikten sonra eski olaylara dayanılarak uyumsuzluk konusu yapılması istenilmemiş ve bunda kamu düzeni yönünden yarar görülmüştür. Bu kuralla getirilen sınırlama, mülkiyet hakkına değil hak arama özgürlüğüne ilişkindir. Mülkiyet kavramını değiştirmeyen, yapısını daraltmayan, bağıni ortadan kaldırmayan, kullanılıp yararlanılmasını engellemeyen, ancak ona bağlı hakların kullanılma süresini düzenleyen kurallar doğrudan hakka yönelik değildir. İncelenen düzenleme ile kısıtlanan, mülkiyet hakkı değil, dava açma hakkı, başvuru hakkıdır.

Ülkemizde hukuksal değerini yitirmiş tapu kayıtlarının tasfiyesi için girilen yasama çalışmaları gözönüne alındığında kamu yararı amacı ile itiraz konusu kuraldaki on yıllık hak düşümü süresinin gereği ortaya çıkmaktadır.

Kamu düzenini koruma amacı ile hak arama özgürlüğüne sınırlama getiren bir yasa kuralında aranan hakkın tapuya kayıtlı olup olmaması yönünde farklı sonuçlara ulaşmak, diğer bir anlatımla tapuya kayıtlı haklar için hiç bir süre tanınmayarak hak düşürücü sürenin yalnız tapuya tescil edilmemiş haklara ilişkin olduğunu düşünmek kamu düzeni ile bağdaşmayacağı gibi Yasanın genellik ilkesine uygun düşmez.

Yasada öngörülen durumlar ve süreler ile ilgililerin haklarını kullanmalarında kolaylık sağlayan öbür kurallar birlikte gözönüne alındığında, dava hakkının on

yıllık hak düşürücü bir süre ile sınırlandırılmış olmasının, bu hükmün kamu düzeni ilkesine uygun olduğu kadar, tanınan sürenin hakkın kullanılmasına da elverişli bulunduğu kabul edilmelidir. Bu kurallarla güdülen amacın Devletin hak sahibi olmasına yönelik olduğu da düşünülemez.

İtiraz konusu kuralın "Anayasa'nın 35. maddesine aykırı bir yönü yoktur" denilmiş ve açıklanan nedenlerle, itiraz yoluna başvuran mahkemenin 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek iptaline karar verilmesi istemi reddedilmiştir.

B) HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE İLE ZAMANAŞIMI ARASINDAKİ FARKLAR

Hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki farkları aşağıda açıklanan şekilde belirtmek mümkündür.

1- Hak düşürücü sürenin geçmesi ile hak ve sonuç itibarıyla dava açma yetkisi ortadan kalkar.

2- Hakim hak düşürücü süreyi kendiliğinden gözönünde tutar. Zamanaşımında ise ilgilisi zamanaşımı def'ini ileri sürmedikçe hakim kendiliğinden gözönünde tutamaz.

3- Hak düşürücü süreler zamanaşımı sürelerine nazaran kısa olup ekseriya kanunda açıklanırlar. Usuldeki ve İcra İflas Kanunundaki müddetler çoğunlukla hak düşürücü sürelerdir. Temyiz müddeti, Danıştay'a müracaat müddeti hep hak düşürücü sürelerdendir.

Bir müddetin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğunu anlamak için herşeyden önce kanunun yazılış şekline bakmak gerekir. Kanunun metninde (sözünde) açıklık yoksa, sürenin usul ve İcra İşlemleri ile ilgili olup olmadığına önem vermek gerekir (13).

C) KADASTRO KANUNUNDA HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

a) Tutanakların Kesinleştirilmesi

Kadastro Kanununa göre, kadastro teknisyenleri 7. madde uyarınca hazır buldukları takdirde mal sahipleri ile ilgililer huzurunda, varsa harita, tapu ve vergi kayıtları ile diğer belgeleri, en az üç bilirkişi ile muhtarın bilgilerinden yararlanarak inceleyip mahallinde yaptıkları uygulama sonunda elde ettikleri bilgi ve kanaatlerini düzenledikleri tutanaklara yazarlar. Yasa hükümlerine göre tesbite konu taşınmaz malı sınırlandırır ve hak sahiplerini tayin ve tespit ederler. Yasanın 11. maddesine göre kadastro müdürü tarafından, kadastro tutanaklarında yapılan tesbitlere da-

(13) Prof. Dr. Berki; age., sh. 332-333

yanılarak askı cetvelleri düzenlenerek bu cetveller ve pafta örnekleri müdüriyette ve muhtarın çalışma yerinde 30 gün süre ile ilan edilir. İtirazları olanların 30 günlük ilan süresi içerisinde kadastro mahkemesinde dava açma haklarının bulunduğu da belirtilir.

Kadastronun 12. maddesine göre; 30 günlük ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kadastronun tutanaklarına ait sınırlandırma ve tesbitler kesinleşir.

Kadastronun müdürü tarafından onaylanarak kesinleşen tutanaklar ile kadastronun mahkemesinin kesinleşmiş kararları; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç 3 ay içerisinde tapu kütüğüne kaydedilir.

Kadastronun müdürünün onaylama işlemi ve tarihi tutanağın kesinleşmesini belirleme ve tarihin tesbiti yönünden önemlidir. Ancak, kesinleştirme işlemi yasanın öngördüğü süre itibarıyla yanlışlığın tesbiti halinde hakim tutanağın kesinleşme tarihi ile bağlı değildir.

Kadastronun müdürünün şu veya bu nedenle tasdik tarihinde hataya düşmesi ve tutanağın altına hatalı bir şekilde tarih atarak tutanağı hatalı tarih itibarıyla kesinleştirmesi sonucu etkilemez. Bu durumda, kesinleşme ve tescil tarihi olarak, onay tarihi değil; kanunun öngördüğü biçimde yapılması gereken tarih esas alınır ve kabul edilir. Bu husus Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 24.10.1980 gün 1980/8-3 sayılı kararı gereğidir (14).

Kesinleşip kesinleşmediği tespit edilemeyen kadastronun tutanağı kesinleşmemiş sayılır. Dolayısıyla 3402 sayılı Kanunun 12/3 maddesindeki hak düşürücü sürenin uygulanması da söz konusu olamaz. Askı ilan tutanağının bütün aramalara rağmen bulunamaması nedeniyle kesinleşme tarihi tespit edilemeyen kadastronun tutanağının, aynı anda içerisindeki başka parsellerin kesinleşme tarihi emsal alınarak aynı tarihte kesinleştiğinin kabulü mümkün değildir. Zira her tutanak kesinleşme yönünden bağımsız olarak işleme tabidir. Komşu parsellerin askı ilan tarihleri ile kesinleşme tarihlerinden hareketle askı ilan tutanağı bulunmadığı için kesinleşme tarihi tespit edilemeyen kadastronun tutanağının aynı tarihte askıya çıkarıldığı ve kesinleştiği sonucuna varılamaz (15).

"Otuz günlük ilân süresi içerisinde kadastronun mahkemesinde itiraz davası açılmayan kadastronun tutanaklarına ait sınırlandırma ve tesbitler 3402 sayılı Kanunun 12/1. maddesine göre kesinleşir. Ancak, kadastronun kesinleşmesi, gerçek hak sahiplerinin hakkını kesin olarak sona erdirmez. Kadastronun kesinleşmesi, adına

(14) HGK. 9.10.1991 T., 1991/8-377-482

(15) HGK:20.10.1999 T.1999/8-613-845

tespit yapılan kimse lehine sadece bir hak karinesi oluşturur. Ancak bu karine aksi her zaman dava ile ispat edilebilen bir karinedir. Gerçek hak sahipleri, kesinleşen tespit ve tapu siciline tescil yapıldıktan sonra da on yıllık bir süre içerisinde her zaman genel mahkemelerde kaydın düzeltilmesi davasını açabilirler" (16).

Otuz günlük ilan süresi içerisinde itiraz ve dava hakkını kullanmayan hak sahiplerinin hakları, kadastro sonucu oluşan sicile yapılan tescil sonunda tamamı ortadan kalkmaz. Kadastronun tesbiti sonunda belirlenen hak, tutanağa yazılı hak sahibi lehine bir hak karinesi meydana getirir ise de, bu karinenin aksi gerçek hak sahibi olduğunu ileri süren kişiler tarafından tutanağın kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıl içerisinde her zaman genel mahkemelerde açacakları düzeltim davası (tapu kaydının iptali davası) ile ileri sürülebilir.

Tutanağın kesinleşmesinden sonra tapuya yapılan tescil aksi mahkeme kararı ile hükmen sabit oluncaya kadar geçerlidir.

b) Tutanağın Kesinleşmesinin Sonuçları

"Kadaastro Yasalarındaki hak düşürücü sürelerin kabulünden amaç, kamu düzenini korumaktır. Belli bir süre geçtikten sonra kadastradan önceki haklara dayanarak, dava açılmasının önlenmesi suretiyle, uyumsuzlukların sona erdirilmesi istenmiştir. Hak arama özgürlüğünün sınırsız olarak kabulü kamu düzenini aksi yönde etkiler. Hak düşürücü süre ile mülkiyet hakkı değil hak arama özgürlüğü belli bir süre ile sınırlandırılmıştır.

Bu sürelerin doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmeleri nedeniyle davanın hangi aşamasında olursa olsun mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Bu nitelikleriyle dava engellerinden olup ilk önce incelenmesi gerekir. Davada hak düşürücü süre söz konusu ise dava dinlenemez, işin esası incelenemez. Dava dinlenemeyeceğine göre, kadastradan önce var olan kesin hüküm tartışması yapılamaz" (17).

Kadaastro Yasası 12/3. maddesi ile maddede belirtilen haklara, sınırlandırma ve tesbitlere karşı tutanağın kesinleşme tarihinden itibaren 10 yıl geçtikten sonra itiraz olunamayacağı ve dava açılmayacağına dair hükmünü koyarken kadastro sonucu oluşan sicillere kararlılık sağlamayı amaçlamıştır. Kadastro Kanunu önceki tapulama kanunları gibi tasfiye hükümleri taşımakta, bütün taşınmazların hukuki ve geometrik durumlarının belirlenmesini amaçlamaktadır. Düzenli bir şekilde tapu kütüklerinin oluşturulması uzun zamana ve büyük emek ile masraflara bağlıdır.

(16) Prof. Dr. Fikret Eren; Toprak Hukuku 1991, sh. 249.

(17) HGK: 20.3.1967. 1995/20 - 1086 E, 1996/274 K.

Yasanın öngördüğü amaç sağlandıktan sonra da bu sicillerin korunması ve öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra da kesinleşerek hukuktaki istikrarın sağlanması gerekir.

Tutanaklar ile kadastroya tabi tutulan taşınmaz malların Kadastro Yasasının birinci maddesi uyarınca hukuki durumları ile haklar ve hak sahipleri tespit edildiğinden tespit tarihi itibarıyla bu tarihte kazandırıcı zamanaşımı süresi kesilir. Kazandırıcı zamanaşımı süresi hakların tespit edildiği tespit tarihine kadar hesap edilir. Kadastrodan amaç; memleketin kadastral, topografik haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tespit etmek ve bu suretle Türk Medeni Kanununun öngördüğü tapu sicilini kurmak (KK.md.1) olduğuna göre, kadastro teknisyenleri ve komisyon tarafından taşınmaz malın hukuksal durumu incelenmemiş ve hukuksal yönden herhangi bir işlem yapılmamış ise hukuksal yönden kadastro yapıldığından ve taşınmazın hukuksal durumunun belirlendiğinden söz etmek mümkün değildir. Bu durumda kazandırıcı zamanaşımı süresinin kesildiği ileri sürülemez, süre işlemeye devam eder ve taşınmaz mal şayet niteliği itibarıyla müsait ise kazandırıcı zamanaşımı ile mülk edinmeye elverişli olma durumunu sürdürür (18).

Tutanağın kesinleşmesinden sonra tapuda yapılan tescilin hukuken değer taşıması ve tescilin dayanağı olan tutanağın kesinleşme olgusunun hak düşürücü süreye esas alınabilmesi için tutanak ve kesinleşme hukuksal değer taşımalıdır. Bu olgu içinde kadastro işlemi sırasında taşınmazın hukuksal durumu ile birlikte geometrik durumunun da tesbiti gerekir. Zira kadastrodan amaç; tespit tarihinde bir taşınmazın geometrik ve hukuksal durumunun tesbiti ile tescile tabi taşınmazların sicil dışı bırakılmamasıdır.

Kadastro işlemi sırasında taşınmazın geometrik durumu belirlenmemiş ise bu işlem 2613 sayılı Kanunun 35 ve Tapu Tahrir Tüzüğü'nün 47. maddesinde ifadesini bulan TAPU TAHRİRİ NİTELİĞİNDEDİR. Tapu tahriri niteliğindeki ve yüzölçümü yazılmamış, haritası yapılmamış olan ve kadastronun amacına uygun şekilde yapılmayan ve Yasanın öngördüğü koşulları taşımayan kadastro beyannamesi hukuki değer taşımadığı gibi kesinleşme tarihi esas alınarak hak düşürücü süre gözönünde tutulamaz ve bu sürenin geçtiği ileri sürülemez (19).

Taşınmazın kadastro işlemi sonrası geometrik ve hukuksal durumunu tespit eden tutanağın hukuki değer taşıması ve hak düşürücü sürenin gözönünde tutulmasına dayanak yapılabilmesi için taşınmazın hukuksal durumunun incelenmesi

(18) HGK:28.11.1975 T., 8/509 E., 1975/1535 K.

(19) HGK:13.10.1999 T. 1999/8-841-828

yanında geometrik durumunun da incelenmiş ve yüzölçümü tespit edilerek haritasının da yapılmış olması gerekir. Geometrik durumu incelenmemiş taşınmaza ait kadastro beyannamesi tapu tahriri niteliğindedir ve kesinleşme tarihi hak düşürücü süreye esas alınamaz.

Tutanağa karşı otuz günlük ilan süresi içerisinde herhangi bir kişi tarafından vaki itiraz üzerine açılan itiraz davası dava açmayan başka kişiler yönünden de tutanağın kesinleşmesini önler. Kadastro tespiti sonunda düzenlenen tutanak tutanağa konu olan taşınmaz malla ilgili haklar yönünden bir bütün olduğundan asıl olan herhangi bir itiraz üzerine tutanağın kesinleşme tarihidir. Tespite itiraz tutanağın kesinleşmesini önler ve kadastro tesbitini askıda bırakır. Böylece herhangi bir kişi tarafından süresinde açılan itiraz davasına karşın ayrı bir dava açmayan ve taşınmaz mal üzerinde gerçek hak sahibi olduğunu ileri süren başka kişiler yönünden hak düşürücü sürenin geçtiği ve tesbitin hukuki sonuç doğurarak haklarının tasfiyeye uğradığı kabul edilemez. Herhangi bir kişi tarafından vaki itiraz üzerine uyuşmazlık tapulama mahkemesince sonuca bağlanmadıkça tutanak ve tespit kesinleşmez. Tespit davası devam ederken ve kesinleşmeden önce gerçek hak sahibi olduğunu ileri sürerek genel mahkemelerde kaydın düzeltilmesi davası açanların davaları görev sorunu ile karşılaşır ve kaydın düzeltilmesi (tapu iptali ve tescil) davasının açıldığı tarihte tutanağın kesinleşmediği ve iptal davasının açılmış olduğunun tesbiti halinde genel mahkeme tarafından düzeltim davası hakkında görevsizlik kararı verilir. Tapulama mahkemesinde açılan itiraz davası sonuca bağlanıp dava ve tespit kesinleşerek sicil oluştuktan sonra gerçek hasım belli olur. İtiraz davası sonucu lehine sicil oluşan kişi kadastro tesbiti ile belirlenen hakka karşı duran ve gerçek hak sahibi olduğunu ileri sürenler yönünden gerçek hasımdır. Gerçek hak sahibi olduğunu ileri sürenler tarafından genel mahkemede açılacak kaydın düzeltilmesi davasının lehine sicil oluşan şahsa karşı açılması gerekir. Herhangi bir kişi tarafından açılan itiraz davası, dava açmayanlar yönünden de tutanağın kesinleşmesini önleyeceğinden genel mahkemelerde açılan kaydın düzeltilmesi (tapu iptal ve tescil) davalarında 10 yıllık hak düşürücü süre, kadastro mahkemesinde açılan itiraz davası kararının kesinleştiği tarihte başlar. Zira tapulama sonucu oluşan tapunun iptal ve tescili istemi ile açılan kaydın düzeltilmesi davalarında davanın tapu malikine yöneltilmesi zorunlu olduğu gibi, herkesin davasını açarken gerçek hasmını tesbitle, davasını ona yöneltmesi de temel bir usul kuralıdır. Tapulama tesbitine üçüncü kişiler tarafından itiraz edilmiş olsa dahi, itiraz davası Kadastro Mahkemesince sonuca bağlanmadıkça tespit kesinleşmez. Tespit kesinleşip sicil oluşmadıkça da tapulama tesbiti ile belirlenen hakka karşı duran ve genel mahkemede kaydın düzeltilmesi davası açmak isteyenler yönünden de ger-

çek hasmın belli olduğundan sözedilemez. Bu durumda (10) yıllık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi de Kadastro Mahkemesinde açılan itiraz davasının kesinleşme tarihidir(20).

Tutanağın ne zaman ve hangi şartlarda kesinleşmiş sayılacağı HGK'nun 3.5.2000 gün ve 2000/8-842-854 sayılı kararında muhtelif durumlara göre açıklanmıştır. Bu karara göre: Kadastro tutanakları askı ilan süresi içerisinde itiraz edilmez ise ilan süresi geçtikten sonra Kadastro Müdürü tarafından onaylanarak kesinleşir. Askı ilan süresi içerisinde Komisyona itiraz halinde tutanak Komisyon kararının itiraz sahiplerine son tebliğ tarihini takip eden 30 günlük itiraz dava açma süresinin geçtiği tarihte kesinleşir. Son olarak askı ilan süresinde komisyona itiraz edilmiş olması koşulu ile Komisyon kararının tebliğini takiben 30 gün içerisinde Kadastro Mahkemesine itiraz davası açılması halinde, itiraz davasının yargılması sonunda hak sahibini tespit ile gerçek hasmı belirleyici kararının kesinleştiği tarihte tutanak kesinleşmiş kabul edilir. Bu halde, hak sahibi olduğunu ileri süren herhangi bir kişi tarafından süresinde itiraz davası açılması yeterlidir. Hak sahibi olduğunu ileri süren her kesim ayrı ayrı itiraz davası açmasına gerek yoktur. Komisyona itirazda bulunmayan veya itiraz davası açmayanlarda hak düşürücü süre yönünden itiraz davasının kesinleştiği tarihten yararlanırlar.

Kadastro tesbitinden doğan uyuşmazlıkların Yasada öngörülen sürede Kadastro Mahkemesi önüne getirilmesi halinde kadastro tesbiti tutanağına itiraz edenler veya etmeyenler ile davada taraf olanlar ya da olmayanlar yönünden askıda kalmış sayılır.Bu durum tespit tutanağının bir bütün olduğu ilkesinin doğal sonucudur. Bu nedenle tesbitin ya da Komisyon kararının tesbite itiraz edenler yönünden kesinleştiği, etmeyenler yönünden kesinleşmediği düşünülemez. Çünkü, çekişmeli taşınmazın hak sahibi ancak Kadastro Mahkemesince verilen kararın kesinleştiği tarihte belli edilmiş olacaktır. Başka bir deyişle, kadastro uğraşları sonucu kişi ya da kişiler yararına oluşan hak tesbite hiç itiraz edilmemesi, edilmişse Komisyon kararına karşı dava açılmaması, açılmış ise Kadastro Mahkemesinin verdiği tescil kararının kesinleşmesi halinde tescile hazır hale gelmiş olacağından ancak bu halde tesbitin ya da kadastro tutanağının hukuki anlamda kesinleşmesinden söz edilebilir. Bu nedenledir ki, davada taraf olmayan kişiler yönünden hak düşürücü sürenin Kadastro Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir (HGK. 22.12.1999 T., 1999/8-1056-1052).

Komisyon kararına karşı süresinde itiraz davası açılmış olması halinde bu da-

(20) HGK:20.10.1993 gün 1993/8-557-594

vanın yargılaması sonunda gerçek hak sahibinin ve hasmın belirlenmesi gerekir. İtiraz davası Tapulama Mahkemesince esastan sonuca bağlanmadıkça ve gerçek hak sahibi araştırılıp belirlenmedikçe gerçek hasmın belli olduğundan söz edilemez. Örneğin; HGK. kararının dayanağı teşkil eden somut olaya göre, davacının açtığı görevsizlik kararı ile sonuçlanan itiraz davası ile gerçek hak sahibi ve gerçek hasım belirlenmiş sayılmaz. Zira, davacının 2 aylık askı ilan süresi içinde (2613 SK.a göre) komisyona itirazda bulunmaması veya itiraz davası açmaması nedeniyle görevsizlik kararı verilmiştir. Bu durumda görevsizlik kararının kesinleştiği tarihin tutanağın kesinleşme tarihi olarak kabulü olanaksızdır. Ancak, dava dışı kişi tarafından askı ilan tarihleri arasında ve süresinde tesbite itiraz edilmiş ve bu itiraz komisyonca reddedilmiş ve red kararı bu kişiye tebliğ edilmiş ve süresinde de itiraz davası açılmamış olması halinde, tutanağa başkaca da itirazda bulunan yok ise tutanağın kesinleşme tarihi komisyon kararının tebliğ tarihinden itibaren 30 gün sonraki tarihtir.

c) Hukuki Sebepden Amaç Haktır

Gerçek hak sahibi olduğunu ileri sürerek kaydın düzeltilmesi (tapu kaydının iptali ve tescil) davasını açan davacı, 3402 SK'nun 12/3. maddesi uyarınca mutlaka kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanmak zorundadır. Hukuki sebepten maksat "hak"tır. Davada dayanılacak hak; mülkiyet, sınırlı bir ayni hak, şerhler ya da beyanlar hanesinde gösterilmesi gereken bir hak olmalıdır. Tapu siciline tescilli mümkün olmayan kişisel bir hakka dayanılarak böyle bir davanın açılması mümkün değildir (21).

d) Kadastro Kanununun 12/3 Maddesi Uyarınca Açılacak Davaların Niteliği

Kadastro Kanununun 12/3. maddesi hükmü uyarınca açılacak davalar, hem hakkın tesbiti; hem de eda isteklerini kapsayan bir nitelik taşır. Davacı tapulamadan önce o taşınmaz mal üzerinde kendi adına sicile geçmesi gereken hakkının var olduğunu, ilk planda tespit ettirmek zorundadır. Kuşkusuz tespit edilecek hakka göre sicilin kendi adına düzeltilmesi isteği de davada yer alır. Bu tür davalarda eda isteği olmadıkça, sadece hakkın tespit edilmesi davacıya bir yarar sağlamaz (22).

Zira eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Ancak KK'nun 12/3. maddesi uyarınca açılan kaydın düzeltilmesi (tapu kaydının iptali ve tescil) davasında gerçek hak sahibi olduğunu ileri süren davacının tapu kaydının iptali talebi ile tutanakta ve sicilde belirtilen hak sahibinin kendisi olduğunun tesbitini ve tescil talebi ile de sicilin tesbit edilen hakka

(21) Nusret Ozanalp: Tapulama Kanunu Şerhi 1976 sh:240

(22) Ozanalp: a.g.e. sh. 247

uygun şekilde düzeltilmesini istemesi gerekir. Davacı sadece kaydın düzeltilmesini (tapu kaydının iptalini) istemiş, ayrıca sicil düzeltilmesini (tescilini) istememiş ise bu durumda iptal davasının reddi yönüne gitmeden iptal isteminin tescili kapsamadığı gözetilerek davacıya, ayrıca tescil davası açması için imkan tanımak ve dava açılması halinde iki dava birleştirilerek karara bağlamak gerekir. Çünkü sadece iptal davasının kabulüne ve dolayısıyla tapunun iptaline karar verilmesi tapulu bir taşınmazın sicil dışı (kayıtsız) kalması sonucunu doğurur ki; böyle bir uygulama, Devletin bütün taşınmazları sicile bağlama yolunda benimsediği genel ilke ile bağdaşmaz (23).

Kadastro işlemi sırasında tespit dışı bırakılan yerler hakkında tutanak düzenlenerek sicil oluşturulmadığı için bu yerler hakkında zilyedliğe dayanarak açılacak davalarda kaydın düzeltilmesi (tapunun iptali) istemine gerek olmadığı, sadece tescil isteminde bulunmanın yeterli olduğu kuşkusuzdur.

e) Kadastro Kanununun 12. Maddesine Ait Gerekçe

Kadastro Kanununun hak düşürücü süreyi düzenleyen 12. maddesine ait gerekçede:

"Bu madde, 766 sayılı Kanunun 27, 30 ve 31. maddeleri esas alınarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, 30 günlük askı ilan süresi sonuna kadar Kadastro Mahkemesinde dava açılmayan taşınmaz malların kadastro tutanaklarına ait sınırlandırma ve tespit işlemleri, kadastro müdürü tarafından tutanakların onaylanması suretiyle kesinleştirilecek ve kesinleşme tarihinden itibaren en geç üç ay içinde tapu kütükerine tescil edilecektir.

Kadastro çalışmaları tamamlanarak kesinleşen tesbitlerin, kısa sürede tapu kütüklerine kaydedilme işlemlerinin kesinleşme tarihinden itibaren en geç üç ay içinde bitirilmesi; ayrıca büyük emek ve masrafla meydana getirilen düzenli kütük ve kadastro işlemlerinin korunmasını sağlamak için, kamu ve özel mal ayrımı yapılmadan kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açılmayacağı esası getirilmiştir. Burada kadastro işlemlerinin eski olaylara dayanılarak süresiz olarak askıda bırakılmasının kamu düzenini ters yönde etkileyeceği ve kamu zararı doğuracağı gerçeğinden hareketle MÜLKİYET HAKKI DEĞİL sadece HAK ARAMA HÜRRİYETİ KISITLANMIŞTIR.

Aynı hüküm 766 sayılı Kanunun 31. maddesinde de mevcut olmakla birlikte, on yıllık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi tapu kütüğüne tescil tarihi olarak kabul

edilmiştir.

Ancak, çeşitli nedenlerle tescil işlemleri geciktiği veya taşınmaz malın tutanağı tanzim edilip te tescile tabi tutulmayan yerlerden olması halinde, hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi farklı yorumlara sebebiyet verdiğiinden hak düşürücü sürenin başlangıcı tutanağın kesinleşme tarihi olarak benimsenmiştir.

Madde ile getirilen diğer bir yenilikte, kadastrusu tamamlanan çalışma alanlarındaki eski tapu kayıtlarının (kadastruca uygulansın ya da uygulanmasın) işleme tabi kayıt niteliğini kaybedeceği hususudur. Bu konuda eski Kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Yüce Yargıtayın yerleşmiş kararları da bu görüştedir" (24) denilmiştir.

f) Hak Düşürücü Sürenin Hesabında Gözönünde Tutulacak Hususlar

Hak düşürücü sürenin hesabında gözönünde tutulacak kesinleşme ve dava tarihleri bazen olayın durumuna göre özellik arz edebilir. Örneğin; ifrazen oluşan parsel tapusu hakkında açılan düzeltim (tapu iptali ve tescil) davalarında hak düşürücü süre, dava konusu ifraz parselinin olduğu tespit parselinin kesinleşme tarihine göre hesap edilir.

Asli müdahillerin dayandıkları hak tapulamadan önceki sebebe dayanmakta ise, müdahiller yönünden hak düşürücü süre usulüne uygun olarak verdikleri ve harçlandırılmış müdahale dilekçesinin tarihine göre hesap edilir ve katılma tarihi ile tutanağın kesinleştiği tarih arasında (10) yıllık hak düşürücü sürenin dolup dolmadığına bakılır (25).

İtirazın tutanağın kesinleşmesinden sonra yapıldığı gerekçesi ile Kadastro Mahkemesince görevsizlik kararı verilmesi halinde tutanağın kesinleşme tarihi askı ilan süresinin bitim tarihidir (26).

Yanlıştır hasma yöneltilerek açılan dava hak düşürücü süreyi kesmez (27).

D) HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN UYGULANMA ALANLARI

a) Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararlarında Munzam Süreden Yararlanma ve Hak Düşürücü Süre:

Açılan davanın maddi hukuk yönünden karşılaştığı ilk sonuç, davaya konu hakla ilgili zamanaşımının kesilmesi ve hak düşürücü sürenin de korunmuş olmasıdır. Zamanaşımının kesilmesi ve hak düşürücü sürenin korunmuş olması için dava dilekçesinin taraflara tebliğine gerek yoktur. Davanın açılması ve esas def-

(24) T.B.M.M. Tutanak Dergisi: 122. Birleşim. 21.6.1987
Kadastro Kanun Tasarısı Madde Gerekçeleri sh:6

(25) HGK: 4.11.1998 T., 1998/8-759-785

(26) 8. HD. 13.1.1999 T., 1998/9989 E., 1999/198 K.

(27) HGK: 28.4.1999 T., 1999/20-255-246

terine kaydı yeterli olup, dava tarihinde zamanaşımı kesilmiş ve hak düşürücü süre korunmuş olur.

Görevsiz ve yetkisiz mahkemelerde açılan davalar sonunda da zamanaşımı kesilir. Görevsiz ve yetkisiz mahkemenin görevsizlik ve yetkisizlik kararı üzerine dosyayı görevli ve yetkili mahkemeye göndermesi sonucu görevli ve yetkili mahkemenin bakacağı dava, görevsiz ve yetkisiz mahkemede açılan davanın devamıdır. Ancak görevli ve yetkili mahkemede bakılacak olan davanın, görevsiz ve yetkisiz mahkemede açılan ve görevsizlik ve yetkisizlik kararı ile sonuçlanan davanın devamı sayılabilmesi için davacının HUMK. nun 193/2-3. maddesi uyarınca görevsizlik ve yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren (10) gün içerisinde görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak davalıya tebligat yaptırması gereklidir. On günlük süre içerisinde yeni davanın açılması halinde görevli ve yetkili mahkemede bakılacak olan bu dava görevsiz ve yetkisiz mahkemede açılmış olan davanın devamı mahiyetinde olduğundan görevsiz ve yetkisiz mahkemede açılan dava ile meydana gelen zamanaşımının kesilmesi veya hak düşürücü sürenin korunması olgusu devam eder.

Görevsizlik ve yetkisizlik kararlarının kesinleşmesinden itibaren (10) gün içerisinde görevli ve yetkili mahkemeye başvurulmaması ve (10) günlük süre geçirdikten sonra başvurulması sonucu HUMK. nun 193/IV maddeye göre davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş olması halinde zamanaşımının kesilmiş ve hak düşürücü sürenin korunmuş olması durumları ortadan kalkar ve zamanaşımı ile hak düşürücü sürenin işlemesi devam eder. Ancak bu sırada yani davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği tarihte zamanaşımı dolmuş ise davacı yeni bir dava açabilmek için BK. nun 137. maddesindeki "munzam süre"den yararlanabilir.

"Borçlar Kanununun 137. maddesindeki munzam süreden yararlanabilmek için:

aa) Zamanaşımı süresi davanın açıldığı tarihle reddi tarihi arasında son bulmuş olmalıdır.

bb) Dava, ancak 137. maddede sayılan sebeplerden biriyle reddedilmiş olmalıdır. Bu sebepler: aaa) HUMK. nun 9. maddesinde açıklanan hakimın davaya bakmakta yetkisiz olması hali, bbb) Tamiri mümkün olan bir şekil noksanı (HUMK. nun 82/son) ccc) Vaktinden evvel dava ikamesidir. Bunlar dışında dava herhangi bir sebeple reddedilmiş olursa olsun 137. madde hükmü tatbik olunmaz" (28).

"Altmış günlük munzam müddet sükutu hak müddeti olmayıp, müruruzaman müddetidir. Zira munzam denilmekle müruruzaman müddetine ekleniyor. Şu halde

hakim munzam müddeti de kendiliğinden gözönünde tutamaz ve bu müddet gerek tatil, gerek kat'i sebepleri ile kanun hükmü gereği uzayabilir" (29).

Borçlar Kanununun 137. maddesindeki (60) günlük ek süreden yararlanabilmek ve zamanaşımı süresini (60) gün daha uzatabilmek için davanın yetkisizlik kararı ile sonuçlanmış olması gerekir. Görevsizlik kararı ile sonuçlanan davalarda ek süreden yararlanma olanağı yoktur. Ayrıca ek süreden ancak zamanaşımına tabi olan davalarda yararlanabilir. Hak düşürücü süreye tabi olan davalarda (60) günlük ek süreden yararlanılamaz. Zira bu süre zamanaşımı süresi olup, hak düşürücü süre değildir. Zamanaşımı def'i olup taraflarca zamanında ileri sürülmedikçe hakim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulamaz. Hak düşürücü süre ise kamu düzeni ile ilgili olup yargılamanın her safhasında hakim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulur. Şu halde hak düşürücü süreye tabi olan bir davanın görevsizlik nedeniyle reddi halinde, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren HUMK. nun 193. maddesinde öngörülen (10) günlük sürenin geçmesinden sonra görevli mahkemeye başvurulursa görevsizlik kararının BK. nun 137. maddesi uyarınca (60) günlük ek süreden yararlanma olanağı yoktur. Zira anılan maddeden yararlanmak için verilen kararın yetkisizlik kararı olması ve davanın zamanaşımına tabi bulunması gerekir.

BK. nun 137. maddesi hükmü esas olarak zamanaşımı süreleri hakkında olmakla beraber, doktrinde Yargıtayın bazı eski kararlarında ve İsviçre Federal Mahkemesi kararında (30) BK. nun 137. maddesi hükmünün hak düşürücü süreler hakkında da kıyasen uygulanması gerektiğine dair görüşler ileri sürülmüştür. Yüksek Yargıtay HGK. nun 8.12.1954 T., 10/103 sayılı kararında "vaktinde açılmaması sebebiyle reddolunupta arada sükutu hak süresinin de geçmesinden sonra açılan davada 60 günlük munzam sürenin gözönünde tutulması gerektiği, ancak bu sürenin de geçmiş olması karşısında davanın reddi gerekeceği sonucuna varılmıştır. (31) Yüksek Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 4.6.1976 tarih, 1976/5152 esas, 1976/8680 sayılı kararında da "Dava, tapulama komisyon kararına karşı Tapulama Kanununun 28. maddesinde belirtilen 30 günlük süre içerisinde yanlış merci olan As-

(29) Prof. S. Berki: a.g.e. sh. 345

(30) Prof. Dr. B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü: c:1 sh. 247-248

(31) İçtihatla ilgili ilama göre:

Dava: Davacı vekili, müvekkilinin 22 seneden beri davalının Un Fabrikasında işçi olarak çalışmakta iken varis hastalığına tutularak iş gücünden kaybetmiş olduğundan bahisle maluliyet durumunun tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Hüküm: Davacının kazanma gücünü %20 nisbetinde kaybettiği Adli Tıp İşleri Meclisinin raporu ile sabit görüldüğünden davacıya bu nispet üzerinden daimi iş görmezlik ödeneği tahsiline karar verilmiştir.

TDK: Evvelce Ticaret mahkemesinde açılan davanın vazife noktasından reddi üzerine alakalı tarafından İş Mahkemesine müddeti zarfında ve usulüne tevfikan müracaat vaki olmadığından

liye Hukuk Mahkemesine açılmıştır. Her ne kadar yanlış mercie açılan dava aslında davaların bağlı olduğu süreyi kesmez ise de; zamanaşımı yönünden BK. nun 137. maddesinde bu bakımdan ek süre tanınmış ve ek süre içinde doğru mercie başvurulması halinde zamanaşımının kesileceği kabul edilmiştir. BU HÜKÜM BENZETME YOLUYLA BU GİBİ HALLERDE DE UYGULANMA YETENEĞİNE SAHİPTİR." denilmiştir (32). Yargıtay HGK. nun, BK. nun 137. maddesinin hak düşürücü süreler hakkında da kıyasen uygulanması gerekeceğine dair görüşü sonradan değişerek 14.4.1976 gün, 1974/9-522 esas ve 1976/1241 sayılı kararında "Hak düşürücü sürelerle tabi davaların Borçlar Kanununun 137. maddesinde öngörülen nedenlerle reddi halinde gene bu maddedeki ek süreye ilişkin hükmün uygulanmayacağı" sonucuna varmıştır (33).

HGK. nun son kararı BK. nun 137. maddesinin metnine ve amacına daha uygundur. Zira madde metninde de açıkça ifade edildiği gibi bu madde ile tanınan ek süre tamamen zamanaşımına aittir. Madde bu hususu metninde sayılan nedenlerle "... dava reddolunmuş olup ta arada müruru zaman müddeti hitam bulmuş ise alacaklı hakkını talep etmek için 60 günlük munzam müddetten istifade eder." şeklinde açıklamıştır. Maddeye göre reddolunan davada zamanaşımı süresi son bulmuş ise alacak hakkına ilişkin olan davada alacaklı olan kişi ek süreden yararlanacaktır. Görüleceği üzere madde tamamen zamanaşımına ilişkin olarak düzenlenmiştir. Açıklamaya konu olan 3402 SK. nun 12. maddesindeki süre aynı haklarla ilgili olup, 137. maddenin düzenlendiği Borçlar Hukuku ile ilgisi yoktur. Madde metninde de belirtildiği gibi ek süre ancak geçirilmiş olan zamanaşımına eklenebilir. Kadastro Kanununun 12. maddesindeki sürenin hak düşürücü süre olması nedeniyle ek sürenin geçirilmiş olan bu süreye eklenmesi mümkün değildir.

davanın ikame edilmemiş addine karar verilmiş ve bu karar Temyiz Mahkemesince 24.9.1951 tarihinde tastik edilmek suretiyle kesinleşmiş olup davacının BK. nun 137. maddesinde yazılı 60 günlük munzam müddetten istifade suretiyle dahi yeni davayı açmadığı ve bu müddetle mürur ettiği anlaşıldığından 4772 sayılı Kanunun 67. maddesinde beyan olunan SÜKUTU HAK müddetinin mürurundan sonra ikame edilen işbu davanın bu sebepten dolayı reddi lazım gelirken bazı düşüncelerle hüküm tesisi yolsuz olduğundan bozulmasına karar verilmiştir. Yerel Mahkemenin ısrarlı kararı üzerine.

HGK: Evvelce Ticaret Mahkemesine açılan davanın vazife noktasından reddi üzerine İş Mahkemesinde yürütülmek istenen dava, müddet bakımından reddedilmiş ve bu hükmün temyizen tastiki üzerine dosyanın mahkeme kalemine tevdi edildiği 1.10.1951 tarihi ile dava tarihi arasında 4772 sayılı Kanunun 67. maddesinde derpiş edilen bir aylık süre ile BK. nun 137. maddesinin tespit eylediği 60 günlük munzam sürenin dahi geçtiği anlaşılmış olmasına göre varit olan özel daire ilamına uyulmak lazım gerekirken evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan son hükmün dahi bozulmasına ittifakla karar verildi. (Senai Olgaç: Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu c:1 1959 sh. 1147)

(32) Yargıtay Kararlar Dergisi (B. kuru c:1 7. HD 4.6.1976, 5152/8680 (YKD 1977/10 s. 1391-1392)

(33) YKD: 1977/2, sh.165

Ayrıca yukarıda açıklandığı gibi zaman aşımı def'i olup taraflarca zamanında ileri sürülmedikçe hakim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulamaz. Ek sürede zaman aşımı olduğundan kendiliğinden gözönünde tutulamaz. Oysa hak düşürücü süre kamu düzeni ile ilgili olduğundan yargılamanın her safhasında hakim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulur. Böylece 137. maddenin usul hukuku hükümlerinin uygulanması yönünden zaman aşımının arzettiği özelliklere sahip olması karşısında, hak düşürücü süreler hakkında da kıyasen uygulanması usul hukuku hükümlerinin ihlali sonucunu doğrucağı için doğru olmaz. Kanaatimizce açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulunun son kararları daha isabetli olup eski karardaki yanlışlığı düzeltilmiştir.

b) Kadastro (Tapulama) Tesbiti Sonucu Oluşan Sicil Bir Hükümle Düzeltildikten Sonra, Düzeltilen Bu Sicile Karşı Kadastrodan Önceki Sebebe Dayalı Olarak Açılacak Davalarda da Hak Düşürücü Süre Uygulanır.

Kadastro işlemi sonucu oluşturulan herhangi bir sicile karşı 3402 SK. nun 12/3. maddesi uyarınca (10) yıllık hak düşürücü süre içerisinde kaydın düzeltilmesi (tapu iptali) davası açılmış ve olumlu sonuçlanarak gerçek hak sahibi olduğunu ileri süren bu davanın davacısı adına sicil düzeltildikten sonra üçüncü bir kişi gerçek hak sahibi olduğunu ileri sürerek birinci davanın davacısı aleyhine kadastrodan önceki sebebe dayalı olarak ikinci sefer kaydın düzeltilmesi davası açması halinde, bu ikinci dava yönünden de hak düşürücü süre uygulanır. Zira gerek yürürlükten kalkmış olan 766 sayılı Tapulama Kanununun 31/2. gerekse halen yürürlükte olan 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. maddelerinin açık hükümlerine göre, bir taşınmaz hakkında hak düşürücü sürenin uygulanabilmesi için:

1) Taşınmazın tespit tutanağı düzenlenecek veya sınırlandırması yapılacak nitelik taşıması (8.5.1987 tarih 1986/3 esas 1987/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararı, 18.10.1989 tarih, 1989/1-419 esas, 1989/528 Hukuk Genel Kurul Kararı)

2) Tespit tutanağının düzenlenmesi veya sınırlandırılmasının yapılması,

3) Tespit ve sınırlandırma işleminin usulüne uygun kesinleşmesi, (24.10.1983 tarih 1983/8-3 sayılı İnançları Birleştirme Kararı) zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde:

Tapulama öncesi nedene dayanılmasına karşın, (10) yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmayan davanın dinlenme olanağı olmadığı gibi davacının 3. kişinin (10) yıllık hak düşürücü sürede açtığı davadan da yararlanma olanağı yoktur (34).

c) Açılmamış Sayılmasına Karar Verilen Davadan Sonra Açılan 2. Davada Hak Düşürücü Süre İkinci Davanın Açıldığı Tarihe Göre Hesap Edilir.

Davanın HUMK. nun 409/V-VI maddesi hükmü uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde davanın açılması ile meydana gelmiş olan ve dosyanın işleminden kaldırılması ile devam eden hak düşürücü sürenin korunmuş olması sonucu da hükümsüz hale gelir (Prof. B. Kuru H.M.Usulü c:3 sh:2933-2661). Çünkü anılan madde hükmü davaların gerekenden fazla sürüncemede bırakılmasını önleme amacına yöneliktir. Zira açılmamış sayılması gereken bir davanın hak düşürücü süreyi saklı tutma özelliği esasen düşünülemez (HGK: 22.2.1984 T. 8/645-131 - HGK:22.9.1993 T. 1993/8-428 E. K. 1993/515).

İlk davanın müracaata bırakılması sonucu davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, açılmamış sayılan birinci dava hiç açılmamış sayılacağından ikinci dava önceki davanın devamı sayılmaz. HUMK. nun 409/5-6. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde "mahkemece davanın açılmamış sayılması hususunda bir karar verilmemiş olması sonucu değiştirmez. Çünkü, anılan madde hükmü davaların gereğinden fazla sürüncemede bırakılmasını önleme amacına yöneliktir." (HGK:22.2.1984 T., 1981/8-645 E., 1984/131 K.) "Mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararı henüz kesinleşmemiş olsa dahi, derdestlik durumu gene son bulur. Çünkü dava (3) aylık yenileme süresinin bittiği veya dosyanın ilk defa takipsiz bırakıldığı tarihte kanundan dolayı açılmamış sayılır (B. Kuru. H.M. usulü, C:III sh:2960; HGK:23.10.1981 T., 14/2171-686). Yukarıdaki açıklamalar nedeniyle hak düşürücü süre ikinci davanın açıldığı tarihe göre hesap edilir. Yani tutanağın kesinleşme tarihinden ikinci davanın açıldığı tarihe kadar (10) yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise dava hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle 3402 SK. nun 12/3. maddesi uyarınca reddedilir.

d) Adına tespit yapılan birinci malik ile bundan taşınmazı devir alan kimseler Kadastro Kanununun 12/3. maddesinde açıklanan hak düşürücü süreden yararlanırlar. Bu süre kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece kendiliğinden gözönünde tutulur (35).

e) Kadastro Kanununun 12/3. maddesi GERİYE DOĞRU YÜRÜR ve 5602 sayılı Kanuna göre oluşan sicilleri de kapsamına alır.

Gerek 10.10.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. maddesi, gerekse yürürlükten kalkan 766 SK. nun 31. maddesi Kadastro ve tapulama ile meydana gelen sicillerin korunmasını amaçlamıştır. Bu hükümler, bu nitelikleri ile kamu düzeni ile ilgili olup, kazanılmış hakları etkilememek kaydı ile geriye doğru yürür ve 5602 sayılı Kanuna göre oluşturulan sicilleri de kapsamına alır (36).

Ancak 5602 SK. na göre oluşturulmuş bulunan tapu sicilinin belirttiği haklara karşı, tapulamadan önceki nedenlere dayanılarak (10) yıl geçtikten sonra ve fakat 509 ve 766 SK. ların yürürlüğünden önce açılmış bulunan davalar hak düşürücü süreye tabi değildir (37).

f) 766 sayılı Kanuna tabi iken SONRADAN BELEDİYE SINIRLARI İÇERİSİNE ALINMA Yasanın 31/2. maddesindeki hak düşürücü sürenin uygulanmasını ortadan kaldırmaz.

Tapulamaca tesbiti yapılırken taşınmazın belediye sınırları dışında olması nedeniyle 766 sayılı Kanun uyarınca tapulama işlemine tabi tutularak tutanak düzenlenmiş ve tutanak kesinleşerek sicil oluşmuş ise, taşınmazın idari değişiklik nedeniyle Belediye sınırları içerisine alınmış olması daha önce mevcut olan hak düşürücü süreyi ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla, taşınmaz idari değişiklik nedeniyle Belediye sınırları içerisinde kaldığından ve 2613 sayılı Kanuna tabi olduğundan hak düşürücü sürenin uygulanması mümkün olamayacağı ileri sürülemez zira her taşınmaz kadastro ve tapulama işleminin yapıldığı tarih ve yere göre o tarihte yürürlükte olan yasaya tabi olur. Kaldığı, 10.10.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 sayılı Kanunla yürürlükten kalkan 766 ve 2613 sayılı Kanunlar arasındaki fark kaldırılarak, tüm taşınmazlar 12. madde uyarınca hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur (38).

g) Sulh Hukuk Mahkemesinin davanın değer yönünden (görevsizlik nedeniyle) reddine dair hükmün kesinleşmesinden itibaren (10) gün içerisinde ve HUMK. nun 193/3. maddesinde öngörülen sürede Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılması halinde, ikinci dava Sulh Hukuk Mahkemesinde açılan davanın devamı niteliğinde olduğundan hak düşürücü süre Sulh Hukuk Mahkemesinde açılan dava tarihine göre hesap edilir (39).

h) Hak düşümü süresinin sona ermesinden önce, lehine yolsuz tescil bulunan kimse taşınmazı üçüncü bir şahsa devrederse gerçek hak sahibinin devralana karşı (K.K. m. 12/111) anılan davayı açabilip açamayacağı, devralanın iyi niyetli veya kötü niyetli oluşuna göre değişir. Devralan iyi niyetli ise MK. m. 931'in korumasından yararlanır ve ona karşı dava açılmaz. Tersine bu şahıs kötü niyetli ise, o zaman gerçek hak sahibi on yıllık süre içinde düzeltme davası açabilecektir (40).

(36) HGK: 3.12.1975 T. 5/819 1975/1569 (Ozanalp a.g.e. sh:264)

(37) Ozanalp: a.g.e sh:257

(38) 8 HD 31.5.1988 T. 1988/8199-7696

(39) HGK: 26.6.1996 T. 1996/8-374-524

(40) Reisoğlu S: Türk Eşya Hukuk I Ankara 1975 sh:234, M.K. Oğuzman/Ö. Seliçi-Eşya Hukuku, İstanbul 1975 sh:157

E) HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜREYE TABİ OLMAYAN VE BU SÜRENİN UYGULANMADIĞI TESPİT VE DAVALAR

a) 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16/B (766 SK. 35) maddesi kapsamına giren taşınmazların gerçek kişiler adına tesbiti halinde, bu tespit aleyhine açılacak davalar hak düşürücü süreye tabi değildir.

"3402 SK. nun 16. (766 SK. nun 35.) maddesi kapsamına giren, taşınmazların kişi adına tesbiti ve tescili halinde bu tescil aleyhine (Hazine ve ilgili kamu kişiliğince) açılacak dava 3402 SK. nun 12/3 (766 SK. nun 31.) maddesindeki süreye tabi değildir. Gerçek kişilerin açacağı davalar ise (10) yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Anayasanın eşitlik ilkesi aynı durum ve koşullar altında bulunanların aynı uygulamaya tabi tutulmalarını ifade eder. Kamu taşınmazları herhangi bir nedenle zuhulen tescil edilseler dahi HUKUKSAL MAHİYET VE NİTELİKLERİNİ KAYBETMEZLER. Yasa koyucu bu nedenle de 766 SK. nun 35. (3402 SK. nun 16.) maddedeki sınırlandırmanın tescil mahiyetinde olmadığını hükme bağlamıştır. Bu yolda açılacak davanın dayanağını Özel hukuk hükümleri oluşturmaz. O halde taşınmazların farklı niteliklerine dayanan farklı içtihatlar nedeniyle eşitlik ilkesinin bozulduğundan söz edilemez" (41). "Hazinenin Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olduğu iddiası ile açtığı davalarda; (10) yıllık hak düşürücü sürenin dava koşulu olarak ele alınıp değerlendirilebilmesi için, işin esasına girilip dava konusu taşınmazın GERÇEK NİTELİĞİNİN daha açık bir anlatımla ÖZEL MÜLKİYETE KONU OLUP OLAMAYACAĞININ TESBİTİNDEN SONRA karar verilmesi gerekir" (42).

HGK. nun aynı mahiyetteki 24.3.1999 gün ve 1991/1-170-167 sayılı kararında da "Hazinece açılan ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerdir iddiasına dayanan davalarda (10) yıllık hak düşürücü süre bir dava koşulu olarak ele alınıp değerlendirilemez. İşin esasına girilip dava konusu taşınmazın gerçek niteliğinin daha açık bir anlatımla özel mülkiyete konu olup olamayacağının tesbitinden sonra bu yönde bir karar verilmesi gereği yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ortaklaşa kabul edilen bir kural haline geldiği" kabul edilmiştir.

b) Mülga 766 sayılı Tapulama Kanununun 2. maddesi uyarınca ORMAN SAYILARAK TESPİT DIŞI BIRAKILAN yerlere 3402 sayılı Kanunun 12/3. maddesi uygulanmaz.

(41) Y. İç. Bir. Büyük Genel K:8.5.1987 1986/3 E. 1987/4 K. gerekçesinden
Y. İç. Bir. K:24.10.1983 T. 1983/8 E. 1983/3 K.

HGK: 23.11.1988 T. E:1988-1-825 K:1988/964- HGK. 20.5.1992 T. 1992/8-251-342.

8. HD. 29.11.1988 T., 1988/14314 - 15938

(42) HGK: 5.5.1999 T. 1999/1-262-257

Orman sayılan yer hakkında 766 sayılı Kanununun 2. maddesine göre, tapulama komisyonu tapulama tesbiti yapamaz. Zira ormanların sınırlandırılması Özel Yasa olan 6831 SK. hükümlerine göre Orman Kadastro Komisyonlarınca yapılır. Orman sayılan yerle ilgili olarak Tapulama Komisyonunca yapılmış bir tespit söz konusu olmadığı için 3402 SK. nun 12/3. maddesinin de uygulanması düşünülemez (43).

c) Kadastro (tapulama) tesbitinde yol olarak tespit dışı bırakılan ve tutanak düzenlenmeyen yer hakkında 3402 SK. nun 12/3. maddesi uygulanmaz (44). Zira bu maddenin uygulanabilmesi için taşınmaz hakkında bir kadastro tutanağının düzenlenmesi ve tutanağın kesinleşmesi gerekir.

d) Kadastro Kanununun hak düşürücü süre ile ilgili 12/3. maddesi hükmü TAPULAMA DIŞI BIRAKILAN YERLER hakkında uygulanmaz (45).

3402 Sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesinde, "tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tesbitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren (10) yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak itiraz olunamaz, dava açılmaz" hükmü getirilmiştir. Tapulama dışı bırakılan yerler hakkında tutanak düzenlenmediğine göre bu yerlerin hukuksal ve geometrik durumlarının belirlendiğinden ve tapulamanın kesinleştiğinden söz edilmesi mümkün değildir. Tutanağı düzenlenmeyen ve tespit dışı bırakılan taşınmazlar hakkında da tapulamanın kesinleştiği ileri sürülemez. Dolayısıyla 3402 sayılı Kanunun 12/3. maddesinde yazılı olan 10 yıllık hak düşürücü sürenin de uygulanması söz konusu olamaz.

Arazi Kadastro Mahkemesinin görevsizlik ve yetkisizlik sebebiyle tespit dışı bırakma kararı tespit niteliğinde olmadığından, bu tür uyuşmazlıklarda hak düşürücü süre uygulanmaz (46).

e) 2613 sayılı Kanunun 22/H maddesine göre tahdit edilen ve zilyedliğe dayanılarak tapu iptali istenen taşınmazlarla ilgili olarak tapuya tescilden itibaren (10) yıllık süre geçtikten sonra açılan davalarda 3402 sayılı Kanunun ek 4/3 maddesindeki BİR YILLIK SÜRE UYGULANMAZ.

3402 sayılı Kadastro Kanununun 4/3 maddesindeki (1) yıllık hak düşürücü süreyi 3402. SK.dan önceki dönemde (10) yıllık hak düşürücü süreye tabi olan davalarda uygulamamak, (10) yıllık hak düşürücü süreye tabi olmayan (süresiz olan) davalarda uygulamak gerekir.

(43) 8 HD 1.11.1988 T. 1997/14729

(44) 8 HD. 30.1.1989 T. 1988/17490 E. 1989/653 K. - HGK:26.6.1987 T.1986/8-669 E. 1987/568 K.

(45) HGK: 26.6.1987 T. 1986/8-669 E. 1987/568 K. - HGK:22.5.1991 T. 1991/8-177-287

(46) 8 HD: 15.10.1990 T. 1990/4214-13465

(47) HGK: 29.3.1989 T. 1988/8-861 E. 1989/211 K.

3402 SK. nun geçici 4/3 maddesindeki hak düşürücü sürenin 2613 sayılı Kanununun 22/H maddesi uyarınca Hazine adına tescil edilen TAPULU taşınmazlar hakkında uygulanması, ZİLYEDLİĞE dayanılarak açılan davalarda ise (10) yıllık hak düşürücü süre esasen söz konusu olduğundan uygulanmaması gerekir (47).

f) MK. nun 639/2. maddesine (3402 SK. nun 13/B-c) ve kadastrodan önceki nedene dayanılarak açılan davalarda, 3402 SK. nun 12/3. maddesine tabidir. Ancak kadastrodan sonraki zilyedlik yönünden tutanağın kesinleştiği tarihten dava tarihine kadar, MK. nun 639/2 (3402 SK. nun 13/B-c) maddesinde öngörülen (20) yıllık sürenin geçip geçmediğine de bakmak ve araştırmak gerekir.

Kadastro Kanununun 12/3. maddesinde öngörülen (10) yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu tartışmasızdır. Hak düşürücü süreler kamu düzenine ilişkin olup, hakim bu süreyi kendiliğinden dikkate alması zorunludur. Hak düşürücü süre içinde kullanılmayan hakkın kendisi ortadan kalkar. Bu nedenle hak düşürücü sürelerin zamanaşımında olduğu gibi durması veya kesilmesi de söz konusu değildir. Burada kanun koyucu büyük emek ve masraf sonucu kadastro ile oluşan sicillerin sürekli olarak tartışılmasını istememiş, bu sicillerin korunmasını amaçlayarak hak arama hürriyetini sınırlandırmıştır. O nedenle tescile tabi olan tüm taşınmazlar yönünden bu kuralın uygulanması zorunludur. Maddede hiçbir istisna hükmüne yer verilmemiştir. Bu nedenle tutanakların kesinleşmesinden on yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak açılan zilyedliğe dayalı tapu iptali ve tescil davalarının da dinlenmesi mümkün değildir (48).

M.K nun 639/2 (3402 SK. nun 13/B-c) maddesine dayanılarak açılan davalardaki iddia şekline göre zilyedlik ölümden önce veya sonra başlamakla birlikte kadastro tesbitinden önce ve tesbitin kesinleşmesinden sonra dava tarihine kadar devam edecektir. Bu durumda zilyedlik süreci iki safhada incelenmelidir.

Kadastro tesbitinden önceki nedene dayanılması halinde tespit öncesi zilyedlik süresi bakımından tutanağın kesinleşme tarihinden dava tarihine kadar 10 yıllık süre geçmiş ise kadastrodan önceki zilyedlik yönünden davanın hak düşürücü süre geçmiş olması karşısında dinlenme olanağının bulunmadığı, ancak zilyedlik, kadastro tesbitinden sonra da devam ettiğine göre, kadastrodan sonraki zilyedlik yönünden ise tutanağın kesinleştiği tarihten dava tarihine kadar MK'nun 639/2. maddesinde öngörülen 20 yıllık zilyedlik süresinin geçip geçmediği araştırılıp sonucuna göre karar vermek gerekir. Zira tutanağın kesinleşip sicilin oluşmasından sonraki evreye ait iddialar artık MK. hükümlerine tabi olup, tesbitten önceki nedenlere da-

(48) HGK: 11.5.1997 T. 1997/8-685-900

(49) 1. HD. 13.12.1991 T., 1991/14363 E., 14585 K.

yanılması halinde uygulanan hak düşürücü süre MK. hükümlerine tabi olunan evrede uygulanmaz.

g) Orijinal ölçüm değerlerine ve krokisine aykırı düşecek şekilde çap ve sicil oluşturulması işlemi, kadastro öncesi bir sebepten kaynaklanmadığı için, buna yönelik kayıt düzeltme istekleri hak düşürücü süreye tabi değildir (49).

h) Miras taksim sözleşmesine dayanan iptal ve tescil davalarında; taksimin tapulama tesbitinden sonra tutanağın kesinleşmesinden önce yapıldığının anlaşılması halinde olaya 3402 sayılı Kanunun 12/3. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre uygulanmaz (50). Zira bu durumda tesbitten önceki sebebe dayanılmış sayılmaz.

i) 3573 sayılı "Zeytinliğin Islahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun"un öngördüğü temlik şartlarının tapulamadan sonra tamamlanması halinde, zilyedin mülkiyet hakkı tapulama tesbitinden sonra doğduğu ve davacı tapulama tesbitinden sonra doğan hakka dayandığı için olaya 3402 sayılı Kanunun 12/3. maddesini uygulama olanağı yoktur (51).

j) Sicil oluştuktan sonra çaplı taşınmazı satın alanın mülkiyet hakkı satış yoluyla edindiği çap kapsamı ile sınırlıdır. Revizyon kaydına dayanamaz. Kadastro tesbiti ile kesinleşen taşınmazları sonradan satın alan kişinin satıcısına (bayiine) ait revizyon kaydına dayanarak, kadastrodan önceki sebepten kaynaklanan iptal ve tescil davasını açabilmesine olanak yoktur. Mülkiyet hakkı satış yoluyla edindiği çap kapsamı ile sınırlıdır (52).

Bu durumlarda olaya 3402 sayılı Kanunun 12/3. maddesinde açıklanan hak düşürücü sürenin uygulanma olanağı yoktur. Zira davacı kadastro sonucu oluşan çapla taşınmazı satın alarak mülkiyet hakkına sahip olduğu için kadastrodan önceki sebebe dayanması söz konusu olmadığı gibi, kesinleşen kadastro işlemi sonrası oluşan tapular hakkında Medeni Kanun hükümleri uygulanacağından ve kadastrodan önceki hukuki nedene dayanma söz konusu olamayacağından olaya hak düşürücü sürenin uygulanması söz konusu değildir.

F) HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜREYE TABİ TESPİT VE DAVALAR

a) Muterizin en geç ilk duruşma oturumuna gelmemesi veya itiraz sebep ve delillerini dilekçesinde bildirimemesi nedeniyle mülga 766 SK'nun 60/3. maddesi

(50) 8 HD. 11.12.1990 T., 1990/19770 E., 17217 K.

(51) 8 HD. 28.1.1991 T., 1990/9214 E., 1991/1226 K.

(52) 1. HD. 19.1.1995 T., 1994/15340 E., 1995/323 K.

uyarınca "itiraz etmemiş sayılmasına" veya 3402 SK'nun 28/2. maddesi uyarınca "davanın açılmamış sayılmasına ve tespit gibi tescile" karar verilmesi halinde; on yıllık hak düşürücü süre uygulanır ve bu süre kadastro (tapulama) mahkemesi kararının kesinleştiği tarihte başlar.

Zira itiraz tapulama (kadastro) mahkemesince sonuca bağlanmadıkça tesbitin kesinleşmeyeceği açıktır. Tespit kesinleşip sicil oluşmadıkça tapulama (kadastro) tesbiti ile belirlenen hakka karşı duran ve genel mahkemede dava açmak isteyen kişi yönünden gerçek hasmın belli olduğundan sözedilemez. Hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi ise çekişmeli taşınmazla ilgili olarak açılan tesbite itiraz davasını sonuca bağlayan tapulama (kadastro) mahkemesinin kararının kesinleştiği tarihtir (53).

b) MK. nun 650. maddesinde yazılı inşai haklar tapulama mahkemesinde dava konusu yapılamaz ise de, tapulamadan önce mevcut olan bu tür bir hakka dayalı olarak açılan tescil davaları mülga 766 ve 3402 sayılı Kanunlarda belirtilen 10 yıllık hak düşürücü süreye tabidir (54).

c) Tesbitten önceki hukuki nedene dayanarak tapu kaydında malik olarak gözüken kimsenin bilinmeyen kimse olduğu ileri sürülerek açılan iptal ve tescil davalarında tutanağın kesinleşmesinden itibaren dava tarihine kadar 3402 SK'nun 12/3. maddesinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçip geçmediği gözönünde tutulur ve bu süre geçmiş ise davanın reddine karar verilir (55).

d) Miras payının devri (kadastro tesbitinden önce) sözleşmesine dayanan iptal ve tescil davaları da hak düşürücü süreye tabidir.

Miras payının devrine ilişkin sözleşmeye dayanarak açılan ve yerel mahkemece 766 sayılı Tapulama Kanununun 31. maddesi hükmü uyarınca davanın reddine dair kararının Yüksek 2. Hukuk Dairesinin "uyuşmazlık miras payının devrine ilişkin sözleşmeye dayanılarak iptal ve tescili ile ilgilidir (MK. 612). Kanunda bu tür sözleşmelerin yerne getirilmesini kısıtlama öngörülmemiştir. 766 sayılı Kanunun 31. maddesi ise bu olayda uygulanamaz. Çünkü miras payının devri terekedeki bütün hakları kapsamakta olup ayrı nitelik taşıdığından hukuki değerini her zaman muhafaza eder.

Miras Hukukunun özel hükme bağladığı miras payının devri sözleşmesi hukuki niteliği yönünden Tapulama Kanununun kapsamı dışında kalmaktadır" gerekçesi ile vaki bozma kararına karşı yerel mahkemenin direnme kararı Yüksek HGK'nun

(53) HGK. 20.10.1993 T., 1993/8-557-594

(54) 14. HD. 5.3.1993 T., 1992/123 E., 1993/1980 K (YKD. Ekim 1993 sh. 1531)

(55) 8. HD. 2.10.1990 T., 1990/12333-12732

21.1.1983 gün 1981/2-1033 E., 1983/22 sayılı kararı ile ".10 yılın geçmesinden sonra tapulamadan önceki sebebe dayanılarak hiçbir surette dava açılmaz. 766 SK'nun 31. maddesinde yazılan bu süre hak düşürücü nitelikte olup mutlakdır. Bu nedenle yerel mahkemenin bu yöne ilişkin direnme kararı usul ve yasaya uygundur" gerekçesi ile karar onanmıştır.

e) İstimlak edilen yerin geri alınmasında hak düşürücü süre uygulanır.

"Kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırmaya ihtiyaç kalmaması nedeniyle Kamulaştırma Kanununun 22. maddesi uyarınca kamulaştırma bedelinin 30 ay içerisinde ödenerek taşınmazın geri alınması noter kanalı ile taşınmaz maliklerine bildirilmesine rağmen 3 aylık sürede para yatırılmamış ve bu süre geçtikten sonra yatırılmış ise bu süre hak düşürücü süre olduğundan taşınmazın davalı idare adına tesciline karar verilmesi gerekir" (56).

f) Tapuya dayanılarak açılan dava sonunda davanın reddine karar verilen yer hakkında sonradan zilyedliğe dayanarak açılan ikinci dava birinci davanın devamı niteliğinde olmadığı gibi birinci dava son dava için kesin hüküm de teşkil etmez. Ancak, olayda hak düşürücü sürenin geçip geçmediği araştırılırken zilyedliğe dayanılarak açılan son dava tarihi gözönünde tutulmalıdır. Zira ikinci dava bağımsız bir dava niteliğindedir.

— oOo —

YARGITAY YAYINLARI

- **İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ**
(İkinci Bölüm - Çeşitli Sözleşme İlişkileri - Madde: 184-551)
Dr. Herman BECKER
Çeviren : Dr. A. Suat DURA 3.240.000.-TL
- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
Andreas von TUHR
Çeviren : Av. Cevat EDEGE 3.240.000.-TL
- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk - Ceza)**
İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ 2.160.000.-TL
- **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ ADALET YILI**
AÇIŞ KONUŞMALARİ (1943 - 1993) 1.620.000.-TL
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**
(Yıl: 1975 - 1981) 2.160.000.-TL
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**
(Yıl: 1982 - 1986) 2.160.000.-TL
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (III)**
(YIL: 1987 - 1991) 2.160.000.-TL
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI**
HUKUK BÖLÜMÜ CİLT: 6 3.240.000.-TL
- **125. YILINDA YARGITAY (1968 - 1993)**
ALBÜM 1.620.000.-TL
- **130. YILINDA YARGITAY (1994 - 1998)**
ALBÜM 6.210.000.-TL
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARAR ÖZETLERİ**
(Hukuk - Ceza) 1926 - 1998
Derleyen : H. Bayram USLU 3.240.000.-TL
- **ATATÜRK VE HUKUK 3.240.000.-TL**

• **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

| | |
|---|-----------------------|
| Cilt : 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12..... | 6.060.000.-TL |
| Cilt : 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12..... | 6.060.000.-TL |
| Cilt : 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-12 ..: | 6.060.000.-TL |
| Cilt : 22, Yıl: 1996, Sayı: 3-12 (1-2 Tükendi)..... | 5.050.000.-TL |
| Cilt : 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-12..... | 6.060.000.-TL |
| Cilt : 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-12..... | 6.060.000.-TL |
| Cilt : 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-12..... | 9.696.000.-TL |
| Cilt : 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-12..... | 15.000.000.-TL |

• **YARGITAY DERGİSİ**

| | |
|--------------------------------------|-----------------------|
| Cilt : 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4..... | 3.030.000.-TL |
| Cilt : 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4..... | 3.030.000.-TL |
| Cilt : 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-4..... | 3.030.000.-TL |
| Cilt : 21, Yıl: 1995, Sayı: 1-4..... | 3.030.000.-TL |
| Cilt : 22, Yıl: 1996, Sayı: 1-4..... | 3.030.000.-TL |
| Cilt : 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-4..... | 3.030.000.-TL |
| Cilt : 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-4..... | 3.030.000.- TL |
| Cilt : 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-4..... | 3.232.000. F I |
| Cilt : 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-4..... | 5.000.000. F I |

- 1- Yayın bedellerine %1 ve %8 oranındaki Katma Değer Vergisi dahildir.
- 2- Süreli yayınlarla, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6 ve Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları (1943 - 1993) ile İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi adlı kitaplarda, Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %20; 1999, 2000 yılı Yargıtay Kararları Dergisi ve Yargıtay Dergisi ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Karar Özetleri (Hukuk - Ceza) 1926 - 1998, Atatürk ve Hukuk adlı yayınlarda %30 indirim uygulanır.
- 3- Süreli yayınlarda indirim uygulaması, yıllık abone olma koşuluna bağlıdır.
- 4- Ödemeli gönderilmez. **Hiçbir yerde temsilcimiz yoktur.**

HESAP NUMARALARIMIZ:

- 1- T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi, 216826 - ANKARA
- 2- Posta Çekleri Merkezi, 92932

YAZIŞMA ADRESİMİZ

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası) Vekaletler Caddesi, No: 3
06658 Bakanlıklar - ANKARA

Haberleşme İçin Telefon : (0.312) 425 16 32 - 425 16 49

Abone Servisi : (0.312) 417 44 60 / 3505, 3506

Faks: (0.312) 419 41 11