



KURULUŞ: OCAK-1975, YIL: 31 SIRA SAYI: 116



CİLT: 31

TEMMUZ 2005

SAYI: 3

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Osman ARSLAN**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H. Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : *Hakkı DİNÇ* (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : *Nazım KAYNAK* (6. Hukuk Dairesi Üyesi)
Sedat BAKICI (11. Ceza Dairesi Üyesi)
Mustafa KICALIOĞLU (4. Hukuk Dairesi Üyesi)
Sevgi SAKA (7. 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 ödemez).
 - 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) 416 11 38 - 416 11 39
 - **Faks:** (0-312) 419 41 11
 - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2005 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 26.00 YTL.dir.**
 - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 39009014-5001** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 30 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
-

ISSN 1300 - 0209

İÇİNDEKİLER

Sayfa

1- GENEL KONULAR

- a) Mehmet Handan SURLU Hukuksal Açıdan 3 Mart 1924 Tarihli
Kanunların Getirdikleri213-232
- b) Dr. Bilal KARTAL Dernek Kurma ve
Toplantı Özgürlüğü233-250

2- MEDENİ HUKUK

- a) Mustafa KICALIOĞLU Ev Başkanının Sorumluluğu
(MY. 369)251-292
- b) Zafer ERGÜN Sit Alanı Kapsamında Kalan
Tapusuz Taşınmazların
Hukuki Durumu293-302
- c) Bahattin ARAS Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla
Çözümüne Teşviki303-310

3- BORÇLAR HUKUKU

- Mahmut BİLGEN Taşınmaz, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin
Kusursuz Sorumlulukları311-332

4- İŞ HUKUKU

- Dr. Mustafa KILIÇOĞLU 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun
18. Maddesinin Analitik Yorumu333-366

5- USUL HUKUKU

- a) Talih UYAR Olumsuz Tesbit Davalarında
Yargılama Usulü367-392

b) Dr. Hüseyin TURAN

Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak
Mahkeme Kararlarında Gerekçe393-414

Düzeltilme 415

—oOo—

HUKUKSAL AÇIDAN 3 MART 1924 TARİHLİ KANUNLARIN GETİRDİKLERİ

Mehmet Handan SURLU (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Birinci Bölüm 3 Mart Öncesi Cumhuriyetimiz, I- Cumhuriyet Öncesi Son Dönemde ki Hukuksal Yapımıza Kısa Bir Bakış, II- Kurtuluş Savaşı ve Cumhuriyetin Kuruluş Hazırlıkları Döneminde Hukuka Bağlılık İnancı, III- Cumhuriyetin Çağdaşlaşma ve Hukuka Bakışı ve Bağlılığı, İkinci Bölüm 3 Mart 1924 Kanunlarının Kabulü, I- 429 Sayılı Şer'iyeye ve Evkaf ve Erkanı Harbiyeye Umumiye Vekaletlerinin ilgasına Dair kanun, II- 430 Sayılı tevhidi Tedrisat Kanunu, III- 431 Sayılı Hilafetin ilgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun, IV- 3 Mart Kanunlarının Değerlendirilmesi, Üçüncü Bölüm 3 Mart 1924 Sonrasında Cumhuriyetimiz, I- 3 Mart Sonrasında Yasalaşma Hareketleri ve Çıkarılan Yasalar, II- Cumhuriyetin Yargıyı Örgütlemesi, III- Cumhuriyetin Hukuk Uygulayıcısı Yetiştirilmesine İlişkin Adımları, IV- Laiklik ve Diğer Çağdaşlaşma Yolundaki Anayasa Değişiklikleri, Dördüncü Bölüm Değerlendirme ve Sonuç..

GİRİŞ

Türkiye'yi laikleştiren 3 Mart tarihli Kanunların önemini hukuksal açıdan tam anlamı ile anlatabilmek için Cumhuriyetimizin 3 Mart 1924 öncesine eğilmek, ardından bu yasaları açıklamaya çalışmak, daha sonra da ilerki tarihlerde Cumhuriyetimize getirdiklerine, kazandırdıklarına bakmak gerekir.

Biz tebliğimizi bu ana başlıklar çerçevesinde sunmaya çalışacağız.

(*) Yargıtay Birinci Başkanvekili

BİRİNCİ BÖLÜM**3 MART 1924 ÖNCESİNDE CUMHURİYETİMİZ****I-Cumhuriyet Öncesi Son Dönemde ki Hukuksal****Yapımıza Kısa Bir Bakış**

Osmanlı İmparatorluğunun son döneminde, batı hukukundaki yeniliklerden sınırlı da olsa esinlenmemesi, etkilenmemesi mümkün değildi. Tabii Hukuk, Tarihçi Hukuk ve Pozitivist Hukuk teorilerinin ortaya çıkışı ve bunların kara Avrupa'sındaki yasalama hareketlerine etkisi Osmanlı İmparatorluğunda da kendisini göstermişti. Ancak bunlar oldukça sınırlı kalmıştı.

Ceza, idare, toprak, ticaret hukuku alanlarında bazı kanunlar kabul edilmiş, 1876'de ilk Anayasamız olan Kanun-i Esası kabul ve ilan edilmişti.

Kanunlardaki bu parçalı durum yargılama örgütünde de kendisini aynen göstermiş; bir tarafta şer'îye mahkemeleri, bir tarafta azınlık mahkemeleri diğer tarafta konsolosluk mahkemeleri yer almıştı.

Cumhuriyet öncesi son dönemin ana çizgileri ile portresi bu şekildeydi. Yamalı bohçaya benzer bir mevzuat ve bölüm bölüm ve farklı kişilere göre uygulanmak üzere kurulmuş bir yargı sistemi.

**II- Kurtuluş Savaşı ve Cumhuriyetin Kuruluş Hazırlıkları
Döneminde Hukuka Bağlılık İnancı**

Emperyalizme karşı Büyük Atatürk'ün önderliğinde Ulusça yapılan İstiklal Savaşı'nda, hukukun temel alındığının en büyük göstergesi 23 Nisan 1920'de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açılması ve hemen ardından da 1921 Anayasasının kabulüdür.

Bu Anayasa ile "Egemenliğin kayıtsız şartsız Ulusa ait olduğu" kabul edilmiş ve böylece iktidarın dayanağı ve kullanım şekli hukuksal olarak açıklanıp sınırlandırılmış ve hukukun, adım adım yaklaşılan Ulus Devletinin temel taşı olduğu açık seçik ortaya konulmuş ve gelecekteki demokratik laik hukuk devleti ve onun temeli olacak olan hukuk devriminin ilk işaretleri de verilmiştir.

İstiklal Savaşımızın zaferle sonuçlanmasından sonra toplanan, Lozan Konferansında, Türkiye'nin önüne azınlıklar açısından çok hukukluluk dayatması getirilmiş ve böylece kapitülasyonların devamının sağlanması ve bağımsızlığımızın yara alması amaçlanmıştır.

Ancak, "Türk Heyeti, Osmanlı Devletinin tüm çabalarına rağmen, teokratik sistemi nedeniyle aşamadığı (azınlık imtiyazları) ve (kapitülasyon) engelini Lozan ile kaldırmıştır. Böylece, ülkede kişi ve aile hukuku alanında yüzlerce yıl süren (farklı dini hukuk sistemlerinin geçerliliği) kuralı, Lozan'da yapılan inanılmaz bir mücadele ile sona erdirilmiştir. Bu anlaşma ile kapitülasyonlar ve Konsolosluk Mahkemelerinin yargı hakları kesin olarak sona erdirilirken, büyük devletlerin egemenlik ve bağımsızlığımıza müdahale kapıları olan konsolosluk ve cemaat mahkemeleri tarihe karışmıştır."¹

III- Cumhuriyetin Çağdaşlaşma ve Hukuka Bakışı ve Bağlılığı

Büyük Atatürk ve Cumhuriyetimizi kuran arkadaşları 29 Ekim 1923'ten sonra teokratik düzenden laik yaşama geçiş sürecini tam anlamıyla sağlamak için devrimlere gereksinim duymuşlar ve bu gereksinimin temel taşının ise "hukuk devrimi" olduğunu görmüşlerdir.

Çünkü; "muasır medeniyet seviyesi"ne ulaşmanın en önemli ve etkili yolu, toplumun her ferdinin eşit yurttaş olduğu bilincine erişmesi, bir başka anlatımla çağdaşlaşmanın başarılması ve aydınlanma düşüncesinin yakalanması ile mümkün olabilecektir.

Çünkü, Cumhuriyet çağdaş uygarlık düzeyinin olanaklarına, ancak köklü bir hukuk devrimi ile ulaşabilecektir.

İşte bunun içindir ki, Cumhuriyeti kuranlar işe hukuk devrimi ile başlamışlar; düşledikleri topluma laik hukuk düzeniyle ulaşabileceklerini gördüklerinden bunu amaçlamışlardır.

(1) Prof.Dr.Gülnehal Bozkurt, Cumhuriyetle Neden Bugünkü Hukuk Sistemine Geçildi? Bildiri, Sh.5 vd.

İşte bunun içindir ki, Cumhuriyetin temeli Hukuk İnkılabımızdır, demek hiçte yanlış bir yargı olmaz.

İşte bu hukuk devriminin temeli de laik hukuktur ve aynı zamanda diğer devrimlerin temeli ve güvencesidir.

İKİNCİ BÖLÜM

3 MART 1924 KANUNLARININ KABULÜ

Ulu Önder Atatürk ve arkadaşları bu duygu ve düşüncelerle Türkiye'yi özlemleri olan çağdaş düzeye ulaştırmak için hedefledikleri noktaya getirmek için, yeni bazı adımlar atmak zamanı geldiğini görerek, gündeme 3 Mart Kanunlarını getirmişlerdir ki şimdi sırasıyla bu kanunları açıklamaya çalışacağız:

I- 429 Sayılı Şer'îye ve Evkaf ve Erkânı Harbiyei Umumiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun

A-Kanununun Metni

Madde 1-Türkiye Cumhuriyetinde muamelâtı nâsa dair olan ahkâmın teşri ve infazı Türkiye Büyük Millet Meclisi ile onun teşkil ettiği Hükümete ait olup dini mübini İslâmın bundan maada itikadat ve ibadata dair bütün ahkâm ve mesalihinin tedviri ve müessesatı diniyenin idaresi için Cumhuriyetin makarrında bir (Diyanet İşleri Reisliği) makamı tesis edilmiştir.

Madde 2 - Şer'îye ve Evkaf Vekaleti mülğadır.

Madde 3 - Diyanet İşleri Reisi Başvekilin inhası üzerine Reiscumhur tarafından nasbolunur.

Madde 4 - Diyanet İşleri Reisliği Başvekâlete merbuttur. Diyanet İşleri Reisliğinin bütçesi Başvekâlet bütçesine mülhaktır. Diyanet İşleri Reisliği teşkilatı hakkında bir nizamname tanzim edilecektir.

Madde 5 - Türkiye Cumhuriyeti memaliki dahilinde bilcümle cevami ve mesacidi şerifenin ve tekâya ve zevayanın idaresine, imam, hatip, vâiz, şeyh,

müezzin ve kayımların vesair müstahdeminin tâyin ve azillerine Diyanet İşleri Reisi memurdur.

Madde 6 - Müftülerin mercii Diyanet İşleri Reisliğidir.

Madde 7 - Evkaf umuru milletin hakikî menafine muvafık bir şekilde halledilmek üzere bir müdiriyeti umumiye halinde şimdilik Başvekâlete tevdi edilmiştir.

Madde 8 - Erkânı Harbiyei Umumiye Vekâleti mülğadır.

Madde 9 - [] Reisicumhura niyabeten ordunun hazardsa emri kumandasına memur en yüksek makamı askeri olmak üzere Erkânı Harbiyei Umumiye Riyaseti tesis olunmuştur. Erkânı Harbiyei Umumiye Reisi vezaifinde müstakildir.*

Madde 10 - [] Erkânı Harbiyei Umumiye Reisi Başvekilin inhası ve Reisicumhurun tasdiki ile tayin olunur.*

Madde 11 - [] Erkânı Harbiyei Umumiye Reisi vezaifine mûtaallik hususatta her Vekâletle muhabere eder.*

Madde 12 - [] Türkiye Büyük Millet Meclisi muvacehesinde umum askeri bütçenin mesuliyeti Müdafai Milliye Vekiline aittir.*

Madde 13 - İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren meriyülicradır.

Madde 14 - İşbu kanunun İcraı ahkâmına İcra Vekilleri Heyeti memurdur.²

(2) Yasanın Prof.Dr.Reşat Genç tarafından sadeleştirilmiş metni aşağıdadır.

Madde 1- Türkiye Cumhuriyeti'nde, kişiler arası ilişkileri düzenleyen hukuki işlemlere ait hükümlerin yasama ve yürütme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi ile onun oluşturduğu hükümete aittir. Apaçık İslâm Dininin bundan başka, inançlar ve ibadetlerle ilgili bütün hükümlerinin ve işlerinin yürütülmesi ve dini kurumların yönetimi için, Cumhuriyetin başkentinde bir Diyanîye İşleri Başkanlığı makamı kurulmuştur.

Madde 2- Şer'iyye ve Evkaf Bakanlığı kaldırılmıştır.

Madde 3- Diyanîye İşleri Başkanı, Başkanının teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır.

Madde 4-Diyanîye İşleri Başkanlığı Başbakanlığa bağlıdır. Diyanîye İşleri Başkanlığının bütçesi Başbakanlık bütçesine katılmıştır. Diyanîye İşleri Başkanlığı Teşkilâtı hakkında bir tüzük düzenlenecektir.

B-Kanunun Görüşülmesi ve Getirdikleri

Siirt Milletvekili Halil Hulki Efendi ve elli arkadaşının teklifi olan bu yasa ile Bakanlık olan Şer'îye ve Evkaf (Vakıflar) Vekaleti ile Erkânı Harbiye-i Umumiye Vekaleti, bakanlık olmaktan çıkarılmış; Şeriye Vekaleti yerine "...dini mübini İslamın bundan maada itikadat ve ibadeta dair bütün ahkam ve mesalihinin tedviri ve müessesatı diniyenin idaresi için Cumhuriyetin makarrında (Başkentinde) bakanlığa bağlı olarak bir (Diyanet İşleri Reisliği), yani bugünkü adıyla Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuş; Erkânı Harbiye-i Umumiye Reisliği (Genelkurmay Başkanlığı) da Cumhuriyeti koruma görevinin niteliğine uygun olarak, yürütme erkinin içerisinde alınıp gerçek kimliğine kavuşturulmuştur.

Sayın Prof.Dr.Reşat Genç'in sadeleştirmiş olduğu biçimde bu yasanın teklif gerekçesi şöyledir:

"Yüksek Başkanlığa

Din ve ordunun politika akımları ile ilgilenmesi birçok sakıncalar doğurur. Bu gerçek bütün uygar milletler ve hükümetler tarafından bir temel ilke olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan, yeni bir hayat varlığı sağlamakla görevli bulunan Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasasında zaten ifadesini bulmuş olan Şer'îyye ve Evkaf Bakanlığı ve Erkân-ı Harbiye-i Umumiye Bakanlığının

Madde 5- Türkiye Cumhuriyeti memâlikî dahilinde bilcümle cevâmî' ve mesâcid-i şerîfenin ve tekâyâ ve zevâyânın idaresine; imam, hatib, vâ'ız, şeyh, mü'ezzin ve kayyımların ve sa'ir müstahdemînin t'ayin ve 'azıllarına Umûr-u Diyanîye Re'isi m'emurdur.

Madde 6- Müftülerin merci'i Umûr-u Diyanîye Riyasetidir.

Madde 7-Evkaf umûru, milletin hakikî menâfi'ine muvâfık bir şekilde halledilmek üzere bir müdürîyyet-i 'umûmiye halinde şimdilik Başvekâlet'e tevdi' edilmiştir.

Madde 8-Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Vekâleti mülğadır.

Madde 9-Re'is-i Cumhur'a niyabeten, ordunun hazarda emir ve kumandasına m'emur en yüksek makâm-ı askerî olmak üzere Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Riyaseti tesis olunmuştur. Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Re'isi vezâ'ifinde müstakildir.

Madde 10-Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Re'isi, Başvekil'in inhası ve Re'is-i Cumhur'un tasdiki ile t'ayin olunur.

Madde 11-Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Re'isi, vezâ'ifine müte'allik hususatda her vekâletle muhabere eder.

Madde 12- Türkiye Büyük Millet Meclisi muvacehesinde 'umum askerî bütçenin mes'uliyeti Müdafâ'a-i Milliye Vekîli'ne aittir.

Madde 13-İş bu kanun tarif neşrinden 'itibaren mer'iyü'l-icrâdır.

Madde 14-İş bu kanunun icra-yı ahkâmına İcra Vekilleri Hey'eti m'emurdur.

(ayrıca) bulunması uygun olmaz. Şer'iyeye ve Evkaf Bakanlığı kaldırılınca da, bütün vakıfların millete intikal etmesi ve ona göre idare edilmesi doğal bir sonuçtur. Dolayısıyla, aşağıdaki maddelerin bugün ve ivedilikle görüşülerek kanunlaşmasını teklif ederiz.”³

Bu yasa ile Şer'iyeye Vekaletinin kaldırılmasını, Ulu Önder ve Cumhuriyeti kuran kadroların özlemini duydukları laiklik ilkesine doğru ilk önemli adımın atılması olarak nitelermek yanlış olmaz.

Ordunun, olağanüstü koşulların bitmesi ve milli mücadelenin zaferle sonuçlanmış olması nedeniyle temel anayasa ilkeleri bağlamında yürütme erkinin içerisinden çıkartılması ise, Atatürk ve arkadaşlarının demokrasiye olan inançlarının somut bir örneğidir.

Vakıf işleri de Başbakanlığa bağlı bir genel müdürlük haline dönüştürülmüştür.

Bu yasa, Diyanet İşleri için ilk elden teklif edilen Umur-u Diyaneye deyi mi konusundaki tartışma dışında maddeler üzerinde söz alınmaksızın kabul edilmiştir.

Yasa 8.11.1988 gün ve 19983 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış bulunan “3488 sayılı Uygulanma İmkani Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkındaki Kanun”un 1.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Tarihsel değer ve niteliği gereği, anılan Kanunla kaldırılmamış olmasını ister ve dilerdik.

II- 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu

A-Kanunun Metni

Madde 1-Türkiye dâhilindeki bütün müessesatı ilmiye ve tedrisiye Maarif Vekâletine merbuttur.

(3) Prof.Dr.Reşat Genç, Türkiye'yi Lâikleştiren Yasalar, Ankara-2005, sh 3.

Madde 2-Şer'iyeye ve Evkaf Vekâleti veyahut hususi vakıflar tarafından idare olunan bilcümle medrese ve mektepler Maarif Vekâletine devir ve raptedilmiştir.

Madde 3- Şer'iyeye ve Evkaf Vekâleti bütçesinde mekâtip ve medarise tahsis olunan mebalîğ Maarif bütçesine nakledilecektir.

Madde 4- Maarif Vekâleti yüksek diniyat mütehasısları yetiştirilmek üzere Darülfünunda bir İlahiyat Fakültesi tesis ve imamet ve hitabet gibi hidematı diniyenin ifası vazifesiyle mükellef memurların yetişmesi için de ayrı mektepler küşat edecektir.

Madde5- Bu kanunun neşri tarihinden itibaren terbiye ve tedrisatı umumiye ile müştegil olup şimdiye kadar Müdafaai Milliyyeye merbut olan askeri rüsti ve idadilerle Sihhiye Vekâletine merbut olan darüleytamlar, bütçeleri ve heyeti talimiyeleri ile beraber Maarif Vekâletine raptolunmuştur. Mezkûr rüsti ve idadilerde bulunan heyeti talimiyelerin ciheti irtibatları âtiyen ait olduğu Vekâletler arasında tahvil ve tanzim edilecek ve o zamana kadar orduya mensup olan muallimler orduya nispetlerini muhafaza edecektir.

(Ek:22.4.1341-637/1 md.)Mektebi Harbiyeden menşe teşkil eden askeri liseler bütçe ve kadrolariyle Müdafaai Milliye Vekâletine devrolunmuştur.

Madde 6- İşbu kanun tarihi neşrinden muteberdir.

Madde 7- İşbu kanunun icrayı ahkâmına İcra Vekilleri Heyeti memurdur.⁴

-
- (4) Yasanın Prof.Dr.Reşat Genç tarafından sadeleştirilmiş metni aşağıdadır.
Madde 1-Türkiye'deki bütün bilim ve öğretim kurumları Millî Eğitim Bakanlığına bağlıdır.
Madde 2-Şer'iyeye ve Evkaf Bakanlığı veya özel vakıflar tarafından idare edilen bütün medreseler ve okullar Millî Eğitim Bakanlığına devredilmiş ve bağlanmıştır.
Madde 3-Şer'iyeye ve Evkaf Bakanlığı bütçesine okullar ve medreseler için konulan ödenekler Millî Eğitim bütçesine aktarılacaktır.
Madde 4-Millî Eğitim Bakanlığı, dinî bilgiler konusunda yüksek uzmanlar yetiştirmek üzere üniversitede bir İlahiyat Fakültesi kuracak ve (ayrıca) imamlık ve hatiplik gibi dinî hizmetlerin yerine getirilmesiyle görevli memurların yetişmesi için de ayrı okullar açacaktır.
Madde 5-Bu kanunun yayımı tarihinden itibaren, genel eğitim ve öğretim hizmetleri vermekte olup, şimdiye kadar Millî Savunma Bakanlığına bağlı olan askeri rüşdiyeler ve idadîlerle, Sağlık

B-Kanunun Görüşülmesi ve Getirdikleri

Türkiye'ye çağdaşlaşma yolunda çok önemli bir adım daha attıran bu kanun Cumhuriyet Meclisinde bir önceki yasa gibi, birkaç ufak ayrıntıya ilişkin görüşmeler dışında ittifak ile kabul edilmiştir.

Manisa Milletvekili Vasıf Bey ve arkadaşlarının teklif ettikleri bu kanunun teklif gerekçesi Sayın Prof.Dr.Reşat Genç'in sadeleştirmiş olduğu biçimde aynen şöyledir:

“Yüksek Başkanlığa

Bir devletin genel eğitim ve kültür politikasında, milletin duygu ve düşünce bakımından birliğini sağlamak için öğretim birliği en doğru, en bilimsel, en çağdaş ve her yerde yararları ve güzellikleri görülmüş bir ilkedir. 1255 (1839) Gülhane Fermanından sonra açılan Tanzimat Döneminde, yıkılmış Osmanlı Saltanatı(da) öğretim birliğine başlamak istemişse de bunu başaramamış ve aksine bu konuda bir ikilik bile meydana gelmiştir. Bu ikilik eğitim ve öğretim birliği açısından birçok zararlı sonuçlar doğurdu. Bir millet bireyleri ancak bir eğitim görebilir. İki türlü eğitim bir ülkede iki türlü insan yetiştirir. Bu işe, duygu ve düşünce birliği ile dayanışma amaçlarını tamamen yok eder.

Kanun teklifimizin kabulü durumunda Türkiye Cumhuriyeti'nde bütün bilim(ırfan) kurumlarının bağlı olacakları tek makam Milli Eğitim Bakanlığı olacaktır. Böylece, bütün okullarda bundan böyle Cumhuriyetin ırfan politikasından sorumlu ve öğretimimizi duygu ve düşünce birliği çerçevesinde ilerletmekle görevli olan Milli Eğitim Bakanlığı, olumlu ve birleşik bir eğitim politikası uygulayacaktır. Teklifimizin bugün hemen ve ivedilikle görüşülerek kanunlaşmasını yüksek heyetten rica ederiz.”⁵

Bakanlığına bağlı olan Yetim Evleri, bütçeleri ve öğretim kadroları ile birlikte Millî Eğitim Bakanlığına bağlanmıştır. Anılan rüşdiye ve İdadîlerde bulunan öğretim kadrolarının nereye bağlı olacakları, gelecekte ait olacakları Bakanlıklar arasında belirlenip düzenlenecek ve o zamana kadar orduya mensup olan öğretmenler bu statülerini koruyacaklardır.

Madde 6-İşbu kanun tarih-i neşrinden itibaren müteberdir.

Madde 7-İşbu kanunun icrâ-yı ahkâmına İcra Vekilleri Hey'eti me'murdur.

(5) Prof.Dr.Reşat Genç, Türkiye'yi Lâikleştiren Yasalar, Ankara-2005, sh 19

Görüldüğü üzere Cumhuriyeti kuranlar bu kanun ile Türkiye'nin çağdaşlaşması yolunda çok önemli bir engeli de kaldırmışlardır. Bir başka deyişle bu kanun ile Türkiye bir anlamda bu günlere sıçramıştır.

III- 431 sayılı Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki

Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun

A-Kanunun Metni

Madde 1 - Halife halledilmiştir. Hilâfet Hükümet ve Cumhuriyet mâna ve mefhumunda esasen mündemiç olduğundan Hilâfet makamı mülğadır.

*Madde 2 - Mahlû Halife ve Osmanlı Saltanatı münderisesi hanedanının erkek, kadın bilcümle âzası ve damatlar Türkiye Cumhuriyeti memaliki dâhilinde ikamet etmek hakkından ebediyen memnurdurlar. Bu hanedana mensup kadınlardan mütevellit kimseler de bu madde hükmüne tabidirlir.**

*Madde 3 - İkinci madde mezkûr kimseler işbu kanunun ilânı tarihinden itibaren âzami on gün zarfında Türkiye Cumhuriyeti arazisini terke mecburdurlar.**

*Madde 4 - İkinci maddede mezkûr kimselerin Türk vatandaşlık sıfatı ve hukuku merfudur.**

Madde 5- Bundan böyle ikinci maddede mezkûr kimseler Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde emvali gayrimenkuleye tasarruf edemezler. İlişiklerinin kat'ı için bir sene müddetle bilvekâle mahakimi Devlete müracaat edebilirler

*Bu müddetin mürrurundan sonra hiçbir mahkemeye hakkı mürcaatları yoktur.*⁶*

Madde 6 - İkinci maddede mezkûr kimselere masarifi seferiyelerine mukabil bir defaya mahsus ve derecesi servetlerine göre mütefavit olmak üzere Hükümetçe tensip edilecek mebalîğ ita olunacaktır.

(6) 2-5 maddeler 15/5/1974 tarih 1803/8 md. İle yürürlükten kaldırılmıştır

Madde 7 - İkinci maddede mezkûr kimseler Türkiye Cumhuriyeti arazisi dahilindeki bilcümle emvali gayrimenkulelerini bir sene zarfında Hükümetin malûmat ve muvafakıyla tasfiyeye mecburdurlar. Mezkûr emvali gayrimenkuleyi tasfiye etmedikleri halde bunlar Hükümet marifetiyle tasfiye olunarak bedelleri kendilerine verilecektir.

Madde 8 - Osmanlı İmparatorluğunda Padişahlık etmiş kimselerin Türkiye Cumhuriyeti arazisi dahilindeki tapuya merbut emvali gayrimenkuleleri millete intikal etmiştir.

Madde 9 - Mülga Padişahlık sarayları, kasırları ve emakini sairesi dahilindeki mefruşat, takımlar, tablolar, âsarnefise ve sair bilûmum emvali menkule millete intikal etmiştir.

Madde 10 - Emlâki Hakaniye namı altında olup evvelce Millete devredilen emlâk ile beraber mülga Padişahlığa ait bilcümle emlâk ve sabık Hazine-i Humayun muhteviyatlarıyla birlikte saray ve kasırlar ve mebani ve arazi Millete intikal etmiştir. .

Madde 11 - Millete intikal eden emvali menkule ve gayrimenkulenin tesbit ve muhafazası için bir nizamname tanzim edilecektir.

Ek Madde 1 - (Ek: 16/6/1952. 5958/1 md.)

İkinci madde gereğince Türkiye'ye gelebileceklerin müracaatları halinde. Türkiye'ye gelmek ve Türkiye'de ikamet etmek şartları aranmaksızın vatandaşlığa alınmalarına Bakanlar Kurulu karar verebilir.

Ek Madde 2 - (Ek: 16/6/1952 . 5958/1 md.)

İkinci madde hükmünden istifade edenler bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren umumi hükümler dairesinde mal edinebilirler. Bu suretle Türkiye'de mal edinenlerden ölenlerin ikinci maddeden istifade edemiyen vârislerine ait hisseler sulh mahkemesince bir sene içinde tasfiye olunarak tutarı kendilerine ödenir.

Ek Madde 3 - (Ek: 16/6/1952. 5958/1 md.)

Bu Kanuna müsteniden yurda gelmek hakkını haiz olanlar 27 Ağustos 1324 ve 20 Nisan 1325 tarihli iradeler ve 431 sayılı Kanun ve Türkiye Büyük Millet Meclisininin 245 sayılı tefsir kararı gereğince millete intikal etmiş olan bilûmum menkul ve gayrimenkul mallar üzerinde miras sebebiyle veya diğer her hangi bir sebeple hak iddia edemezler.

Ek Madde 4 - (Ek: 16/6/1952. 5958/1 md.)

Türkiye'ye gelenler veya Türk vatandaşlığını iktisap edenler (sultan, hanımultan, kadınefendi, prens ve prenses) gibi hanedana nispet ifade eden el-kab ve unvanları kullanmaktan memnudurlar.

İkinci madde hükmünden istifade edenlerden memnuiyet hilâfına harekette bulunanlar altı aydan iki yıla ve bu unvanları bu kimseler hakkında iltizamenmen kullananlar üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Madde 12 - İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren meriyülicradır.

Madde 13 - İşbu kanunun icrayı ahkâmına İcra Vekilleri Heyeti memurdur.⁷

-
- (7) Yasanın Prof.Dr.Reşat Genç tarafından sadeleştirilmiş metni aşağıdadır.
Madde 1-Halife görevden alınmıştır. Halifelik, Hükümet ve Cumhuriyet anlam ve kavram(lar)ının içinde zaten var olduğundan, halifelik makamı kaldırılmıştır.
Madde 2-Görevden alınmış halife ve yıkılmış Osmanlı saltanatı hanedanının erkek ve kadın bütün üyeleri ve damatlar, Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde ikamet etmek hakkından sonsuza kadar yasaklanmışlardır. Bu hanedana mensup kadınlardan doğmuş kimseler de Osmanlı ailesinden sayılırlar.
Madde 3-ikinci maddede anılan kimseler işbu kanunun ilânı tarihinden itibaren en çok on gün içinde Türkiye Cumhuriyeti topraklarını terketmek zorundadırlar.
Madde 4-İkinci maddede anılan kimselerin T.C. vatandaşlığı sıfatı ve hakları kaldırılmıştır.
Madde 5-Bundan böyle, ikinci maddede sözü edilen kimseler Türkiye'de taşınmaz mal sahibi olamazlar. İlişiklerinin kesilmesi için bir yıl süre ile vekâlet yoluyla devletin mahkemelerine başvuru-rabilirler.Bu sürenin geçmesinden sonra hiçbir mahkemeye başvurma hakları yoktur.
Madde 6-İkinci maddede sözü edilen kimselere, yol masraflarına karşılık, bir defaya mahsus ve servet derecelerine göre farklı olmak üzere, hükümetçe uygun görülecek miktarlar ödenecektir.
Madde 7-İkinci maddede anılan kimseler Türkiye Cumhuriyeti topraklarındaki tüm taşınmazlarını bir yıl içinde, hükümetin bilgisi dahilinde ve uygun görüşüyle tasfiye etmek zorundadırlar. Sözü edilen taşınmazları tasfiye etmedikleri takdirde bunlar hükümet eliyle tasfiye olunarak bedelleri kendilerine verilecektir.
Madde 8-'Osmanlı imparatorluğunda padişahlık etmiş kimselerin Türkiye Cumhuriyeti arazisi dahilindeki tapuya merbut emvâl-i gayri menkûleleri millete intikal etmiştir.

B- Kanunun Görüşülmesi ve Getirdikleri

Urfa Milletvekili Şeyh Saffet Efendi ve arkadaşlarının kanun teklif gerekçelerinde Sayın Prof.Dr.Reşat Genç'in sadeleştirmiş olduğu biçimde aynen:

“Yüksek Başkanlığa

Türkiye Cumhuriyeti içerisinde halifelik makamının bulunması Türkiye'yi dış ve iç politikasında iki başlı olmaktan kurtaramadı. Bağımsızlığında ve milli hayatında ortaklık kabul etmeyen Türkiye'nin, görünüşte bile olsa, dolaylı bile olsa ikiliğe tahammülü yoktur. Yüzyıllardan beri Türk milletinin felâket sebebi (olan) ve sonsuza kadar da fiilen ve hukuken bir Türk İmparatorluğunun çöküş aracı olan, hanedanın, halifelik kisvesi altında Türkiye'nin varlığını da etkileyecek bir tehlike olacağı, büyük sıkıntılarla edinilmiş deneyimlerle kesinkes belli olmuştur. Bu hanedanın, Türk milleti ile bağlantılı olan her durumu ve kuvveti, milli varlığımız için tehlikenin ta kendisidir. Esasen halifelik, ilk İslam devletlerinde "hükümet" anlamında ve vazifesinde ortaya çıkmış olduğundan; gerek dünya ile gerekse dinle ilgili olsun, kendisine verilmiş olan bütün görevleri yerine getirmekle yükümlü olan bugünkü İslam hükümetleri yanında ayrıca bir halifeliğin bulunmasının sebebi yoktur. Hakkat bundan ibarettir. Türk milleti, korku ve endişeden uzak olmak için, gerçeğe uymaktan başka bir biçimde hareket edemez. Birikegelen karışıklıkların açık ve kesin bir biçimde çözümlenmesi için aşağıdaki maddelerin bugün hemen ve ivedilikle görüşülerek kanunlaşmasını teklif ederiz.”⁸

Demişlerdir.

Madde 9-Mülga padişahlık sarayları ve kasırları ve emâkin-i sâiresi dahilindeki mefruşat, takımlar, tablolar, âsâr-ı nefise ve sâ'ir bil'umum emval-i menkûle millete intikal etmiştir.

Madde 10-Emlâk-i Hâkâniye nâmı altında olub evvelce millete devr edilen emlâk ile beraber mülga padişahlığa 'ait bilcümle emlâk ve sâbık Hazîne-i Hümaâyun, muhteviyatlarıyla birlikte saray ve kasırlar ve mebanî' ve arazi millete intikal etmiştir.

Madde 11-Millete intikal eden emval-i menkûle ve gayrimenkûlenin tesbit ve muhafazası için bir nizamnâme tanzim edilecektir.

Madde 12-İşbu kanun tarih-i neşrinden i'tibaren mer'iyü'l-icrâdır.

Madde 13-İşbu kanunun icrâ-yı ahkâmına İcra Vekilleri Hey'eti me'murdur.

(8) Prof.Dr.Reşat Genç, Türkiye'yi Lâikleştiren Yasalar, Ankara-2005, sh 31

Tümü ve özellikle 1. ve 2. maddeleri üzerinde uzun görüşmeler yapılan Başbakan İsmet Bey (İnönü) ve Adalet Bakanı Seyit Beyin söz aldıkları kanun sonuçta alkışlar arasında kabul edilmiş, Türkiye Cumhuriyetinin laikleşme sürecinde çok önemli bir adım daha atılmış, böylece teokratik devletin simgesi olan Halifelik tarihe karışmıştır.

IV-3 Mart Kanunlarının Değerlendirmesi

Görüldüğü üzere 3 Mart Kanunlarını Türkiye'yi "laikleştiren yasalar" olarak değerlendirmek hiçte yanlış bir yargı olmayacaktır.⁹

3 Mart Kanunları; Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaşlaşma hamlelerinin önemli dönemeçlerinden biri ve Atatürk ve arkadaşlarının öngördükleri düşümlerin gerçekleşeceğini müjdesidir.

3 Mart Kanunları; Türkiye Cumhuriyeti'nin geleceğinin en güzel bir göstergesidir.

3 Mart Kanunları; Atatürk ve arkadaşlarının Cumhuriyeti çağdaşlaştırma yolunda düşündükleri devrimlerin habercisidir.

Bu saptamalardan sonra artık 3 Mart Kanunlarının Cumhuriyete neler getirdiklerine ve gelecekte de neler kazandırdıklarına bakabiliriz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3 MART 1924 SONRASINDA CUMHURİYETİMİZ

Cumhuriyeti kuran Atatürk ve arkadaşları yukarıda da değindiğimiz üzere laik yaşama tam geçişi sağlamak için devrim yapmak gerektiğini biliyorlardı ve buna kesin kararlıydılar.

Yapılmasını öngördükleri devrimlerin en önemli dönemecini 3 Mart Kanunları ile aştıktan sonra yapacaklarının temel taşının ise hukuk devrimi olduğu bilincindeydiler.

(9) Prof.Dr.Reşat Genç, Türkiye'yi Lâikleştiren Yasalar, Ankara-2005,

Çünkü laik düzenin gerekleri ancak laik yasalarla sağlanabilirdi.

Nitekim Atatürk 1 Mart 1922'de Büyük Taarruzdan önce TBMM'nin üçüncü toplantısını açarken yaptığı konuşmada:

"...Toplumumuzun bütün dünya ile teması sıcak ve zaruridir. Bunun için adalet seviyemizi medeni milletlerin adalet seviyesi derecesinde bulundurmak mecburiyetindeyiz. Bu hususu temin için mevcut kanun ve usullerimizi bu açıdan düzeltmekte ve yenilemekteyiz. Asrın ilerlemesi, milletlerin medeni ihtiyaçlarını ve bunlarla uyumlu medeni hakların varlığını gerektirir. Her devletin mensup olduğu toplumun ilerleme derecesiyle mütenasip bir hukuk mevzuatı vardır. Dünyada mevcut tüm medeni devletlerin medeni kanunları birbirinden pek yakındır. Bizim milletimiz ve hükümetimiz adalet fikir ve zihniyeti bakımından hiçbir uygar kavimden aşağı değildir. Belki tarih, bu noktada yüksek olduğumuza şahadet eder. O halde, bizim dahi hukuk mevzuatımızın tüm medeni devletlerin kanunlarından eksik olması uygun değildir.....Bizim Medeni Kanunumuz Mecelle'dir..." Mecelle'nin ezmanın tegayürü ile ahkâmın tegayürü inkar olunamaz" fıkıh kaidesi adliye siyasetimizin esasıdır. Bu esas dahilinde hareket eden Adliye Vekaletimiz, Mecelle'nin ihtiva veya tatmin etmediği asrın ihtiyaçlarını düzenleme lüzumunu takdir etmiştir. Bu hususla uğraşmak üzere, uzmanlardan kurulu bir heyet teşkili için bir kanun lahiyası tanzim edilmek üzere...Ceza Muhakemeleri usulünün ıslahı, ...hapishanelerinin ıslahı gibi diğer önemli hususlar Adliye Vekaletinin yeni sene zarfında üzerinde çalışacağı konuları teşkil etmektedir. Adliye Vekaletimiz, gerekli niteliklere sahip hakimlerle mahkememizi teşhiz ve takviye edebilmek için Hukuk Fakültesi tesisine karar vererek Meclis-i Âli'nin onayını almıştır..."¹⁰

Diyerek bunun işaretini çok önceleri vermişti.

İşte bu duygu ve düşüncelerle harekete geçerek Hukuk devrimini başlattılar.

(10) Prof.Dr.Gülnehâl Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara-1996, sh.183-184

Bunun içinde büyük hukukçu Mahmut Esat Bey hukuk devriminin büyük uygulayıcısı olarak görevlendirildi.

I- 3 Mart Sonrasında Yasalaşma Hareketleri ve Çıkarılan Yasalar

Adalet Bakanlığına getirilen büyük hukukçu Mahmut Esat Bozkurt döneminde O'nun üstün gayretleri ile batılı yasalar birer birer mevzuatımıza kazandırılmaya başlanmıştır. Şöyle ki:

A-Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun Kabulü

Laik hukukun ilk gereksinimi bir Medeni Kanunun kabulüydü.

Bu konuda bilinen komisyon çalışmalarının özlenen yenilikleri yapamayacağını gözleyen Devrimci Kadro 17 Şubat 1926'da "Avrupa'da kabul edilen en yeni, liberal, kadın-erkek eşitliğine dayanan bir aile düzenini içeren ve demokratik bir devletin ihtiyaçlarını karşılayabilir nitelikte"¹¹ ki İsviçre Medeni Kanunu kaynak alan Türk Kanunu Medenisini kabul etmiş ve Medeni Kanun 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir.¹²

Aynı şekilde 22 Nisan 1926'da Borçlar Kanunu da kabul edilmiş ve Medeni Kanunla birlikte 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir.¹³

B- Ceza Kanunu

Ceza için İtalyan Ceza Kanunu kaynak alınmış ve tercüme edilerek 1 Mart 1926'da 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu" olarak kabul edilmiş ve 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe girmiştir.¹⁴

C-Ticaret Kanunu

4 Ekim 1926'da Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile birlikte 865 sayılı yürürlüğe giren Ticaret Kanunu 1065 maddeden ibarettir.

(11) Prof.Dr.Gülnihâl Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara-1996, sh.190

(12) Medeni Kanunumuz çağın gerekçeleri göz önünde tutularak 1.1.2000'de ruhu aynı kalmak üzere özellikle şahıs ve aile hukuku ağırlıklı olmak üzere yenilenmiştir.

(13) Yenileme çalışmaları biten yeni Borçlar Kanunu taslağı görüşe açılmış bulunmaktadır.

(14) 5237 sayılı Kanun 26.9.2004'te kabul edilen ve 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan kanunla yürürlükten kalkacaktır.

Bu kanunla ticaret hukuku alanında birçok kurum Türk mevzuatına girmiştir.¹⁵

D- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

18 Haziran 1927'de kabul edilen ve 4 Ekim 1927'de yürürlüğe giren yasa, İsviçre Neuchatel Kantonu usul kanunu esas alınarak hazırlanmıştır.¹⁶

E- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Alman Ceza Hukuku Usul kanunu örnek alınmıştır.

1412 sayılı bu Kanun 20 Ağustos 1925'te yürürlüğe girmiştir.¹⁷

F- İcra ve İflas Kanunu

İsviçre Federal İcra İflas Kanunundan alınmıştır 1424 sayılı bu Kanun 4 Eylül 1929'da yürürlüğe girmiştir.

G- Değerlendirme

Bütün bu yasalar ile Türkiye Cumhuriyeti çağdaş hukuk alanında önemli adımları atmış ve şer'i hukuktan laik hukuka geçişi temel yasalar yönünden tamamlamıştır.

II- Cumhuriyetin Yargıyı Örgütlemesi

Genç Cumhuriyetin eski örgütle bir atılımı yapması mümkün olmadığına göre, muhakkak yeni bir adalet örgütlenmesine gerek vardı. Adliyedeki ikiliğe, yani şer'iyeye ve nizamiye mahkemeleri uygulamasına son vermek ve "Yargı Birliği"ni kurmak şarttı.

İşte bunun içindir ki, 8.4.1924 tarihinde kabul edilip 26.4.1924 günlü Resmi Gazete'de yayınlanan "Mahakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mahakimin

(15) 29.6.1956 ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlükten kaldırıldığı bu yasa 1 Ocak 1957'ye kadar uygulanmıştır.

(16) Bu kanunda birçok değişiklik geçirmiştir.

(17) 4.12.2004'te yürürlüğe girecek olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yürürlükten kalkacaktır.

Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun'la Seriyeye Mahkemeleri ve İstinaf Mahkemeleri kaldırılmış ve genç Cumhuriyetin adalet örgütü yeni biçimiyle kurulmuştur. Böylece şer'i hukuktan laik hukuka geçişin en önemli dönemeci aşılmıştır. Bu yasaya göre adli yargıda kurulan mahkemeler, sulh, asliye mahkemeleri ile ağır ceza mahkemelerinden ibarettir.

Böylece genç Türkiye Cumhuriyeti kadılık dönemine son vermiş ve yargıyı "Cumhuriyet Hakim ve Savcıları"na tevdi etmiştir. EMANET ETMİŞTİR.

III- Cumhuriyetin Hukuk Uygulayıcısı Yetiştirilmesine İlişkin Adımları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere başta Büyük Atatürk olmak üzere Cumhuriyetin kurucu kadroları, çağdaş uygarlığı yakalayabilmenin ilk ve önemli koşullarından birisinin de "Hukuk Devrimi" yapmak olduğunun bilincinde olduklarından bu devrimin başarılı olması için de yapacakları bir diğer iş, bu devrime inanmış "Cumhuriyet Hukukçuları" yetiştirmek olmalıydı. Nitekim Büyük Atatürk 1 Mart 1338 (1922) de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üçüncü toplantı yılını açarken yaptığı konuşmada, yapılmasını düşündüğü hukuk devriminin ana ilkelerini şu şekilde ortaya koymuştur. "Adalet hizmeti vatandaşları yormamalı, hızlı ve hukuka en uygun şekilde gerçekleşmelidir. Ancak, mevcut mevzuat ile bunu gerçekleştirmek mümkün değildir. Özellikle Meccelle bu konuda eksik ve yetersizdir. Medeni hukuk reformu şarttır. Ve bütün bunları gerçekleştirmek, yeni çıkarılacak yasaları uygulamak için yeni hukukçular yetiştirilmelidir."

Bu düşüncenin ilk somut uygulaması Ankara Adliye Hukuk Mektebinin kurulmasıdır. Kurulan bu okul 5 Kasım 1925'te Büyük Atatürk'ün hepimizin bildiği tarihi nutku ile açılmıştır.

Nutkun:

"Büsbütün yeni kanunlar düzenleyerek, eski hukuk ilkelerini temelinden kazımaya girişiyoruz. Yeni hukuk ilkeleri ile alfabesinden okumaya başlayarak, yeni hukuk kuşağı yetiştirmek için bu okulu açıyoruz. Cumhuriyetin mü-

eyyidesi olacak bu büyük müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım ve bunu izhar ve ifade etmekle memnunum."

Şeklindeki son cümlesi bu yıl 82. yıldönümünü kutlayacağımız Cumhuriyetimizin hukukçularının meşalesi olmuştur. Ve de olmaya devam edecektir.

IV- Laiklik ve Diğer Çağdaşlaşma Yolundaki Anayasa Değişiklikleri

3 Mart sonrasında zaman içerisinde anayasal değişikliklerde kendini göstermiştir.

Bunlardan ilki 10 Nisan 1928'de Anayasa'dan 1222 sayılı Kanunla "Devlet dininin İslam olduğu" ve meclisin görevleri arasında sayılan "Ahkamı şer'iyenin tenfizi" şeklindeki dinsel hükümlerin çıkartılmasıdır.

5 Şubat 1937'de ise 3115 sayılı Kanunla Anayasa'nın 1.maddesine "Türk Devletinin Laik" olduğu hükmü konulmuş, böylece süreç bir anlamda tamamlanmış, Türkiye Cumhuriyetinin özlenen ve düşünülen tüm nitelikleri Anayasamızda yer almıştır.

Çünkü Laiklik, Sayın Cumhurbaşkanımız Ahmet Necdet SEZER'in belirttikleri gibi "...yalnızca din ve devlet işlerinin ayrılması değil, yurttaş olmaktan ulus olmaya kadar, duygu ve düşüncede, yönetim ve yaşamda çağdaş tutum, bilimsel yöntem ve akılcı yaklaşımı öngören bir dünya görüşü ve yaşam biçimini benimsemektir."¹⁸

1930'da Türk kadınına Belediye seçimleriyle katılma, 1934'te ki Anayasa değişikliği ile de milletvekili seçilme hakları verilmesiyle çağdaşlaşmanın bir ilkesi daha kabul edilmiştir.

(18) Laiklik İlkesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına girişinin 68.yılı nedeniyle yayınladıkları mesaj

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**DEĞERLENDİRME VE SONUÇ**

Bu açıklamalar ışığında bakacak olursak 3 Mart Kanunları Türkiye Cumhuriyetinin önemli bir sıçrama noktasını oluşturmaktadır.

29 Ekim 1923'te Cumhuriyeti kuran Atatürk ve arkadaşları 3 Mart 1924 kanunları ile düşledikleri devrimlerin yolunu açmışlar, devam ettirmişler ve hemen ardından özellikle Laikleşmenin en önemli adımı olan hukuk devrimini aşama aşama geliştirmişler ve 1937'de Laikliği Anayasaya koyarak çağdaş Türkiye çizgisinin en önemli ilkesini yasalaştırmışlardır.

Türkiye Cumhuriyeti bu çizgi çerçevesinde halkının refahı ve gelişimi için her türlü çabayı Atatürk ilkelerini gözönünde tutarak sürdürmeye devam edecektir.

Cumhuriyeti kuran Büyük Önder Atatürk ve arkadaşlarını, 3 Mart öncesi ve sonrasında devrim yasalarını çıkaranları minnetle anıyor, önlere saygıyla eğiliyorum.

DERNEK KURMA VE TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ

Dr. Bilal KARTAL ()*

ANLATIM DÜZENİ: BİRİNCİ BÖLÜM: Dernek kurma Özgürlüğü, Birinci Karar: Türkiye Birleşik Komünist Partisi, İkinci Karar: Sosyalist Parti-Türkiye Davası, Üçüncü Karar: Özdep Türkiye Davası, Dördüncü Karar: Refah Partisi-Türkiye Davası

Maddenin başlığı Dernek kurmak ve Toplantı Özgürlüğü olarak belirlenmiş ise de, aslında bir örgütlenmeyi amaçlamaktadır. Zaten bu hususa Dernekler Yasasının 92. maddesinde de işaret edilmiştir. **Örgütlenme ise, bir amaç uğruna güç ve düşünce birliği yapmaktır.** Bu amaç yasal olabileceği gibi, yasal olmayabilir de. İşte bu noktada, örgütlenmenin yasal olup-olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bazı durumlarda örgütün gerek amacı ve gerekse eylemleri itibarıyla yasal, hatta hukuka uygun olmadığı açıkça görülebilir. **Örneğin Terör Örgütleri böyledir.** Aslında terör örgütünün de bir amacı vardır. Ancak bu amaç, hukuka uygun olmadığı için konumuzun dışındadır. Bu tür örgütler hukuki değildir, insani değildir.

Konumuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme hakkıdır. Dernek kurmak, siyasi parti kurmak, sendika kurmak, hatta tüm sivil toplum örgütlerini bu kapsam içinde değerlendirmek, yanlış olmaz.**

İşte asıl sorun, kuruluş amaçlarının ve faaliyetlerinin bu bağlamda düşünce ve eylemlerinin yasa ve hukuka uygun olduğunu iddia eden bu örgütlerin konumudur. Bu uygunluk veya uygunsuzluk, **öncelikle kuruluş aşamasında başlamaktadır.** Bu noktada, yasal düzenlemelerdeki koşulların varlığı ve uygunluğu aranmaktadır. Bunun içinde tam bir uygunluk sağlanamamakta, örgüt, kamu gücü tarafından istenen belge ve öngörülen amacın, bazı durumlarda yeterli ve uygun olmadığı, bazı durumlarda da, istemin hukuka aykırı bulunduğu sorunu doğmaktadır.

(*) **Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanı**

Ülkemizde derneklerle ilgili ilk yasal düzenleme, **1926** yılında yürürlüğe giren Medeni Kanunun **53. maddesi ile "Cemiyetler" faslında yer almıştır.** Bundan önce kabul edilen **1876, 1923 ve 1924 Anayasalarında bu yönde bir düzenleme yer almamıştır.** Ne var ki, geçen zaman içinde, MK.nun "Cemiyetler" başlığı ile getirilen 53 ve devamı maddelerindeki düzenleme de yetersiz kalmış ve **1938 yılında "Cemiyetler Kanunu" adı ile** daha ayrıntılı bir yasa çıkarılmıştır. Daha sonraki 1961 Anayasası yürürlüğe girmiş ve 29. maddesinde dernek Kurma başlığı altında yer almıştır. Anayasadaki düzenlemeye göre de **1972 yılında 1630 sayılı Dernekler Yasası** yürürlüğe konulmuştur. 1982 Anayasasının da getirdiği yeni düzenleme ile Anayasanın 33. maddesinde, herkesin önceden izin almadan dernek kurma ve üye olma, ya da üyelikten çıkma özgürlüğüne sahip olduğu, bu özgürlüğün kullanılmasındaki şekil ve koşulların yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür. Aynı madde de, derneğin kurulmasına ilişkin sınırlamalarda gösterilmiştir.

Anayasanın bu hükmüne **paralel olarak 1983 yılında 2908 sayılı Dernekler Yasası** çıkarılmıştır. Bu yasada da geçen zaman dilimi içinde değişiklikler yapılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere dernek, belli bir amaca yönelik olarak kişilerin iradelerini birleştirmeleri ve bu amaç için çaba ve uğraşı vermeleridir. İşte bu çaba ve uğraşlar, her derneğin kuruluş amacı içinde kendi çalışma alanlarını belirlemeyi ve bu yönde çalışmayı amaçlamaktadır. Hal böyle olunca, Dernekler Yasası, salt dernekler için değil, tüm toplumsal örgütler için uygulanması gereken bir yasadır. Bu husus, gerek Dernekler Yasasındaki hükümlerde ve gerekse, yine birer toplumsal örgüt olan, Siyası Partiler, Sendikalar, Ticaret Odaları, Spor Klüpleri ve tüm sivil toplum örgütlerinin, özel yasalarındaki düzenlemeye aykırı olmamak koşulu ile, dernekler yasası çerçevesinde hareket etme zorunluluğunu getirmektedir. **Bunun içindir ki, yazıda geçen "Dernek" tabirinin tüm sivil toplum örgütlerini de içerebileceğinin gözden uzak tutulmaması gerektiğidir. İşte bu bakımdan, dernek ve Dernekler Yasası önemli bir hukuki kuruluş ve metindir.** Bu önemi, özellikle **düşünme ve düşünmeyi açıklama özgürlüğünü, toplanma özgürlüğünü, hak arama özgürlüğünü de içermesi bakımından önem taşımaktadır.** Bu öneminin bir sonucu olacak ki, AİHS.nin 11. maddesinde, Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü başlığı altında bir düzenleme getirilmiştir.

Bu yazımızda, Türkiye'deki yasal düzenleme ve giderek bunun uygulamaya yansıyan sonuçları ile AİHS.nin öngördüğü düzenlemenin uygulama

sonuçları üzerinde duracağım. Bunu yaparken de, gerek Türk Yargısı ve gerekse, ALHM.nin konuya ilişkin kararlarının dayandıkları ilkeleride belirtmeye çalışacağım. Bu konuyla ilgili olarak ülkemizde yargıya, uyuşmazlık olarak gelen birkaç olaydan söz etmek istiyorum.

İlk olay, Kamu Çalışanları Sendikası adı altında oluşan kuruluşlarla ilgilidir. Bilindiği üzere, 1990 yıllarda, kamuda memur statüsü ile çalışanların, çalıştıkları kuruma göre sendika adı altında kuruluşlar oluştu. Oluşturuyorum, çünkü hukuk sistemimize göre, bu nitelikteki kuruluşlar, tüzel kişi olma iradesini açıklamakla ve buna ilişkin bulunan belgeleri ilgili makama vermekle tüzel kişilik kazanılmış olur. İşte bunun içindir ki, **çeşitli illerde, memur sendikaları adı ile kuruluşlar oluştu.** Bunlara karşı kamu adına Cumhuriyet Savcıları veya Valilik veyahutta İçişleri Bakanlığı kapatılmasına ilişkin davalar açtı. Bu tür davalar, memurların sendika kuramayacakları nedenine dayanmakta idi. Bu konu, uzun süre memurların ve Türk Yargısının uğraşısına neden olmuştur. Bazı yerel mahkemelerce, bu isim ve kapsamda sendika kurulamayacağı bazı mahkemelerde, kurulabileceği yönünde kararlar veriliyor ve bu davalar, temyiz yoluyla Yargıtay'da inceleniyordu.

Temyiz aşamasındaki kararlarda da tam bir kararlılık olmamakla birlikte Hukuk Genel Kurulunca verilen kararlar, konu ile ilgili şu ilkelere işaret edilmiştir (24.5.1995 gün ve 1995/4-367-550 sayılı karar).

Dava konusu sendikanın kurulduğunu iddia ettiği tarihte henüz kamu sendikalarının kurulmasını öngören **yasa bulunmadığından, sendikanın tüzel kişilir kazandığından sözedilemez. Mesleki bir dayanışma örgütü olarak da kabul edilemez.**

Sendikalar, **grev ve toplu sözleşme** yapmaya yetkili kuruluşlardır. Halbuki bu nitelikteki sendikaların **bu hakka sahip olduğu kabul edilemez.**

ILO sözleşmeleri kabul edilerek yürürlüğe girmiş ise de, bu sözleşmelerde öngörülen hususlar, **iç hukukta da düzenlenmediğinden,** uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle de bu tür sendikaların kapatılmasına ilişkin, yerel mahkeme kararının doğru olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu karara karşı yazdığım karşı oy yazasında, kararın vardığı gerekçelerin şu nedenlerle yerinde olmadığını belirttim ve halende bu düşüncemi korumaktayım.

Birinci gerekçe: Sendikanın tüzel kişilik kazandığıdır. Çünkü yasal bir düzenleme olmadan da gerçek kişiler, ortak bir amaca hizmet etmek için bir araya gelmek, bir amaç uğruna çalışmak veya o amaca hizmet etmek için emek ve sermayelerini birleştirdikleri durumlarda tüzel kişilik kazanacağı kabul edilmelidir. Burada önemli olan yön amacın sürekli olması ve bu amacın hukuka ve ahlaka aykırı bulunmamasıdır. Yeterki mevcut hukuk düzeni bu sonuca engel olacak düzenleme getirmemiş bulunsun. MK.nun eski 45 (yeni 47) ve eski 53 (yeni 59) maddelerinde bu yön açık biçimde ifade edilmiştir. **Anayasanın 33. maddesinde** de, önceden izin alınmasını **veya kabulü öngörmemiştir.** Yine Siyasi Partiler Yasasının 5, Sendikalar Yasasının 6, Dernekler Yasasında 4. maddesi bu düşüncemizi doğrulamaktadır. Örgütlenmeyi, Cemiyet olarak nitelendiren MK.nun, her örgütlenmenin bir tüzel kişilik kazanması için, ayrı bir yasa çıkarılmasını öngörmemiştir. Hukuk düzeni, belli ve süreklilik arzeden hukuka ve ahlaka aykırı olmayan bir amaç için iradelerin birleşmesi ile, tüzel kişiliği bulunan dernek, sendika, parti kurulabileceği öngörülmüştür.

Bir an için, **tüzel kişilik kazanılması mutlaka bir Yasanın var olmasına bağlıyorsa, bize göre bu yasal düzenlemede mevcuttur. Şöyle ki, 4.11.1950 tarihinde imzalanan ve 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Yasa ile onaylanarak Türkiye'nin iç hukukuna aktarılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde,** herkesin barışçı amaçlarla çıkarlarını korumak için sendika kuracağı öngörülmüştür. Aynı hak, **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Paris Şartının 1. Bölümünün 5. maddesinde** de ifade edilmiştir. Bunlardan ayrı olarak kısaca (ILO) olarak adlandırılan **Uluslararası Çalışma Örgütü'ne ait 87 ve 151 sayılı sözleşmelerde,** 25.11.1992 tarihinde Yasa ile kabul edilmiştir. **87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmenin** özellikle 2, 3, 10 ve 11. maddeleri ile, 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşmenin de 1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerinde, çalışanlar, önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve üye olmak hakkına sahip oldukları ifade edildikten başka, kamu makamlarının bu hakkı sınırlayacak veya kullanılmasına engel olacak her türlü müdahaleden sakınmaları gerektiğinde hükme bağlanmıştır. 151 sayılı Sözleşmesinin 3. maddesinde, "Kamu Görevlileri Örgütü" deyiimi, oluşumu ne olursa olsun, amacı kamu görevlilerinin çıkarlarını savunmak ve geliştirmeye yönelik örgüt anlamına geldiğinde belirtilmiştir.

Bu tür Uluslararası Sözleşmelere katılım, Yasa ile olmaktadır. Diğer bir anlatımla, sözleşmenin TBMM'nde kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kabul sonucu, o sözleşme iç hukukumuzdaki bir Yasa gibi hukuki sonuç doğurmaktadır. Hal böyle olmasına karşın, **Anayasa'nın 90/5.** maddesinde bu ilke ayrıca hükme bağlanmış ve bu nitelikte olup yasalaşan sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne dahi götürülemeyeceği belirtilmiştir.

Ayrıca kapatılması istenilen kuruluşun adında "**Sendika**" kelimesinin olması, o kuruluşun mutlaka 2821 sayılı İşçi Sendikalarının sahip olduğu hak ve yetkileri kullanacağı anlamına gelmez. Nitekim, 1961 Anayasası'nda, 1971 yılında yapılan değişiklikle, **119. maddenin 3. fıkrasında, işçi niteliği taşımayan çalışanlarca kurulacak örgütlere, "Sendika" sözcüğü yerine "Kuruluş"** sözcüğünü koymuştur.

Bunun gerekçesinde "...kamu hizmetlilere kuruluşlarının gerçek manada sendikal bir faaliyette bulunmaları mümkün değildir. Şu halde bu kuruluşların "Sendika" olarak isimlendirilmesi her şeyden önce kavram karışıklığına sebebiyet vermekte, ayrıca "Sendika" teriminin etkisiyle bu kavrama olduğundan başka bir anlam verilmesi eğilimini ortaya çıkarmaktadır... Bu itibarla... kamu hizmeti görevlilerinin mesleki menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kuracakları tüzel kişiliklerin "Sendika" olarak değil, "Kuruluş" olarak isimlendirilmesi ...uygun görülür" biçiminde açıklama getirilmiştir. Bu da düşüncemizi güçlendirmektedir. Zaten bu kuruluş bir sendika ise de, işçi sendikaları da dahil olmak üzere tüm sendikaların sahip olduğu hakları kullanacağı anlamına gelmez. **İddiamız, bunun bir kuruluş olarak tüzel kişilik kazandığı yönündedir.** Nitekim, **Tüm Belediye memurları Sendikası adlı bir kuruluşun üyelerinden bazıları bir ilin Büyükşehir Belediyesi ile bir toplu iş sözleşmesi yaptıklarını belirterek** bu sözleşmeye dayanarak alacak isteminde bulunmuşlardı. Yerel mahkemece bu istem kabul edilmişti. Ancak, 4. Hukuk Dairesinin 13.12.1994 gün ve 1994/5865-11183 sayılı kararı ile, kamu hizmetini yürüten bir memurun atanması, görevi yürüttüğü işin nitelik ve kapsamı, sahip olduğu güvenceler itibarıyla, bir kamu kurumu ile arasındaki hukuki ilişki ve düzenleme, İş Yasasına tabi olan işçi-işveren arasındaki ilişki gibi kabul edilemeyeceği ve henüz bir yasal düzenleme de olmadığı için kamu kurumu ve kuruluşları ile toplu iş sözleşmesi yapamayacağı bu nitelikteki bir sözleşme için yasal düzenlemenin zorunlu olduğu belirtilerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Denebilir ki, bu tür bir kuruluş, toplu sözleşme ve grev yapamayacaksa, kurulmanın kabul edilmesinin bir anlamı da yoktur. Halbuki durum hiçte öyle değildir. Bu gün dahi, kapatılan ve benzeri sendikalar **Türk kamuoyunda ve siyasi alanda mesleki bir baskı grubu olarak varlığını kanıtlamış bulunmaktadır.** Aidatlar almakta, sayısız toplantılar yapmakta hatta Türkiye’de siyasi ve ekonomik gündemi dahi etkilemektedir. Bu yapılanların hiçbiride hukuk dışı ve ahlaka aykırı değildir. Hatta 1965 yılında yürürlüğe giren 624 sayılı Devlet Personel Sendikaları Kanununda da, grev dolayısıyla toplu iş sözleşmesi yapması yasaklanmıştır. O Yasada da bu kuruluşun adı “Devlet Personeli Sendikası” idi. Yasanın 1. maddesinde de, adının “Sendika” veya “Meslek Birliği” olarak adlandırılacağı belirtilmişti.

Bu gerekçelerle, Hukuk Genel Kurulunca verilen kenara katılmadığımı ifade etmişim.

Bilindiği üzere daha sonra ve 25.6.2001 tarihinde 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası yürürlüğe konuldu. Yasanın 6. maddesinde de, bu tür sendikaların önceden izin almadan kurulabileceği öngörülmüştür. Yasanın 28 den 35. maddesine kadar yapılan düzenlemede sendika ile hükümet temsilcileri arasında yapılacak toplu görüşmeye katılacak olanlar, toplu görüşmenin yöntemi ve sonuçları belirtilmiştir. Toplu görüşmeden bir anlaşma sağlanamaması durumunda, konunun uzlaşma kuruluna götürülebileceği, kurulun verdiği kararın taraflarca kabul veya kabul edilmemesine ilişkin sonucun bir tutanakla belirlenip Bakanlar Kuruluna sunulacağı yer almıştır. Görüldüğü üzere, Devlet Memurları Sendikası adı ile bir yasa çıkarılmış ise de, yine Sendika kelimesi ile ifade edilen kapsam ve içerikte olmadığı açıktır. Yine bu tür sendikaların bir baskı grubu olmanın ötesinde bir işlevi ve etkisi olmadığı görülmektedir. Örneğin toplu sözleşme yapamamaktadırlar. Bunun sonucu olarak grev haklarıda bulunmamaktadır. **Başka bir anlatımla, yasanın varlığı ile yokluğu arasında etkin ve belirgin bir sonuç görülmemektedir.**

Başka bir olayda, 4688 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden, diğer bir anlatımla, memur sendikaları yasasının kabulünden önce, basın yoluyla yapılan bir yayında, **Haber-Sen adlı bir sendikanın kişilik değerlerine saldırdığı gerekçesi ile açılan manevi tazminat davasıdır. Bu davada yerel mahkeme, davacı sendikanın olay tarihinde tüzel kişiliği bulunmadığı, böylece dava açma ehliyeti olmadığı gerekçesi ile istemi reddetmiştir.** Kararın temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, davacının sözü edilen yasadan öncede tüzel kişilik kazandığı, ayrıca Türkiye tarafından kabul edilen

ve onaylanan Sendika özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin 87 sayılı sözleşme ile, Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve Çalıştırma Koşullarının Belirlenmesi Yöntemine ilişkin **151 sayılı sözleşmede gözönünde tutularak, tüzelkişiliğin kazanıldığı ve dava açma ehliyetinin var olduğu belirtilerek karar bozulmuştur.** (Yargıtay 4 HD. 27.3.2003 gün ve 2002/12352-2003/3743 sayılı kararı)

Konu ile bağlantılı olarak önemli gördüğüm bir diğer olaydanda söz etmek istiyorum. **Karayolları personeli olup İstanbul Boğaz Köprüsünün gişelerinde çalışanlardır.** Bu memurlar, görev yaptıkları yerdeki olumsuz sağlık sorunlarını ve yürütülen işe uygun olmayan ücretlerinin azlığını ileri sürerek iş yerini bir süre terketmişlerdir. Bu süre içinde araçlardan ücret alınmamasından dolayı, Karayolları uğradığı zararı istemiştir. Mahkemece verilen kabul kararı, dairece onanmıştır. Bu karara katılmadığımızı ilişkin olan karşı oy yazasında, işyerinden bir süre ayrılan memurların, memur sendikasının üyeleri oldukları, gerçekten işyerindeki **hava kirliliği sonucu oluşan sağlık sorunlarını ve buna bağlı olan ücretlerinin yetersizliğini ileri sürmüşlerdir.** Bu memurların gerek **yaşam hakkına** ve gerekse emeklerinin karşılığını alamamalarından dolayı bir süre ve uyarı amacı ile işi bırakma hakları bulunduğu ve bu hakkı kullanabileceklerini ifade ettim. Bu hakkın kullanımının Türkiye tarafından da kabul edilen Uluslararası Sözleşmelere uygun olduğunu ve böylece memurların, hukuk kurallarının kendilerine tanıdığı hakları kullandıklarını belirttim.

Yine, **ilçenin birinde, Türkiye Üretici Köylü Sendikası adı ile bir örgüt oluşturulmuştur. Bu örgütün birde tüzüğü çıkarılmış ve yayınlanmıştır.**

Sendikanın faaliyet alanı ve amacı, **bağımsız bir kitle örgütü olduğu, köylünün ürettiği tüm mal ve hizmetlerin** (bunlar tek tek sayılmıştır) değerlendirilmesi ve üretici olan bu çalışanların buna yönelik haklarının korunması ve geliştirilmesidir. İşte bu amaçla kurdukları mesleki örgütün adını sendika olarak nitelendirmişlerdir. Bu örgütün 37 sayfalık birde tüzüğü bulunmaktadır. Son derece kapsamlı ve herşey düşünülerek yazılmıştır. Bu tüzük ve kuruluş belgeleri üst makam olan İl valiliğine de sunulmuştur. **Bunun üzerine Valilik, bu ad ve amaçla bir sendika kurulamayacağı, sendikanın ancak 2821 sayılı Sendikalar Yasasındaki kişiler tarafından kurulacağı gerekçesi ile kapatılması ve faaliyetlerinin durdurulmasını istenmiştir.** İstek, mahkemece aynen kabul edilmiştir. Bu istek ve kabul Yargıtay tarafından da uygun görülmüş ve karar onanmıştır.

Bu kararın yukarıda çeşitli vesilelerle belirttiğimiz Uluslararası Sözleşmelere aykırı olduğu açıktır. Yine, Anayasa'nın, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığını taşıyan üçüncü bölümünün 48. maddesinde, genel maddede ve kapsamındaki örgütlenme hakkı **düzenlenmiş, 51. maddede de sendika kurma hakkı yer almıştır. Gerek Anayasa'nın anılan maddesinde ve gerekse, 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 1. maddesinde, kimlerin ve ne amaçla sendika kuracakları belirtilmiştir.** Halbuki, kapatılması istenen davalının kuruluş belgesinde, gerek Anayasa'nın 51. ve gerekse Sendikalar Yasası'nın 1. maddesindeki amacın ve kurucuların aynı sıfat ve işlevi taşımadıkları görülmektedir. **Davalı kuruluş, doğrudan doğruya tarlada ürün yetiştiren, hayvancılık yapan veya buna benzer işlerde çalışan, kısaca bu alanda üretici olan kişilerin oluşturduğu bir kuruluştur.** Üyelerinin kimlerden oluşacağını belirten 6. maddesinde bu hususu daha açık biçimde görmek olasıdır. **Kendilerini sendika olarak isimlendirmiş iselerde, tüzüklerinde sendika olmadıkları açıktır.** Çünkü bir işverene bağlı olarak çalışan konumunda değildirler.

Bu düzenleme ve belirlemeden çıkan sonuç şudur. Demek ki, davalı kuruluş ismini "Sendika" olarak nitelendirse, bu yasa koyucunun ve tüm uluslararası sözleşmelerde ifade edilen anlam ve içerikte bir sendika, daha açık bir anlatımla, bir işçi veya işveren sendikası değildir. Şu halde, böyle bir kuruluşun salt adı içinde "Sendika" kelimesinin bulunması, bu kuruluşun kapatılmasını gerekli kılabilir mi? Adını sendika olarak nitelendirse dahi, kuruluş belgesi tümü ile incelendiğinde bir sendika olmadığı açıktır. **Olsa olsa, karışıklığa meydan verilmemesi ve bazı durumlarda duraksama yaratılmaması için davalıya, "Sendika" adının çıkarılması veya düzeltilmesi istenebilir. Yoksa tamamen kapatılmasını gerektirmez.**

Davalı, yukarıda da açıklandığı üzere belli ve kendi işinde çalışanların, hak ve çıkarlarını korumak için kurulmuş bir örgüttür. Bu husus kuruluş belgesinden açıkça anlaşılmaktadır. Belgedeki amaçları arasında hukuka ve adaba aykırı bir amaç ve kayıta bulunmamaktadır. Zaten böyle bir iddia da ileri sürülmemiştir. **Şu haliyle böyle bir kuruluşun salt isminde sendika kelimesi yer alıyor diye kapatılması, Anayasa'nın ve kabul edilen Uluslararası Sözleşmelere açık bir aykırılığı oluşturur.** Kişinin bu şekilde ve bu amaç doğrultusunda örgütlenmesi Anayasal bir haktır ve buna engel olunamaz. Aksi halde çalışma ve çalışma sonunda kavuşmak ve elde etmek istediği değerlere sınır getirilmesi sonucu doğar ki, bu çalışma ve örgütlenme özgürlüğüne aykırılık oluşturur.

O halde bu örgüt sendika olmadığına (ki değildir) göre, üyelerine ne gibi yararlar sağlayacaktır. **Nasıl yarar sağlayacağı kendi kuruluş belgesinde bu açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında, bir baskı grubudur. Bir sivil toplum örgütüdür.** Örgütlenme, durumunda, baskı ve etkinlik artacaktır. Bir kişinin sağlayamayacağı sonuçlar, birden fazla kişinin aynı amaç ve istek etrafında birleşmesi durumunda, daha kolay elde edilebilecektir. Davalı örgüt üyeleri birleşerek, ürünlerinden daha fazla verim elde edebileceği gibi, değerlendirmesi de sağlanacaktır. Böylece emeğinin en üst düzeyde karşılığını alma sonucu elde edilmiş olacaktır gerekçesi ile, karşı düşüncemi beirttim.

Bu konularda genel bir düzenlemeyi içeren Dernekler Yasası, son derece kapsamlı ve bir ölçüde dernek kurulmasını da güçleştirmiştir. Özellikle kurulması yasak olan dernekler yasasının 5. maddesinde açıklanmıştır. Bu madde de, soyut içerik taşıyan kavramların bulunması, beraberinde keyfiliği getirmektedir. Örneğin, kamu düzenine milli güvenliğe ve başkalarının hürriyetini kısıtlamak amacıyla dernek kurulmayacağı biçimindeki kavramlar son derece soyut kavramlardır. Gerçekten kamu düzeni kavramı, başlangıcı ve bitim nokası, içeriği, yansımaları çizilemeyen bir kavramdır. Bu da dernek kurulma özgürlüğüne sınır oluşturmaktadır. Aynı düşünce milli güvenlik kavramı içinde geçerlidir. Zaten bu yüzden derneklerin kurulmasına izin verilmediği ve kapatıldığı da izlenen bir sonuçtur.

Dernek Kurma Özgürlüğü ve Hakkı, kişinin tek başına elde edemeyeceği, hakları daha etkin ve karşı gücü etkisizleştirilmesi bakımından önemlidir. Bu da gerektiğinde toplantı özgürlüğünü ve düşüncesini açıklama özgürlüğünü beraberinde getirir. Bir kişinin çok önemlide olsa bir konudaki düşünce ve davranışı ile birden fazla kişinin aynı konudaki düşüncede birleşmesi ve bunu açıklamasının daha etkin olduğu açıktır. Bir dernek, bir sendika veya herhangi bir sivil toplum örgütü, kendi kuruluş amacı veya mevcut hukuk kuralları içinde kalmak koşulu ile genel birkonuda da toplantı ve gösteri yapabilir. Kural, toplantı yer ve zamanının yetkili makama bildirilmesidir. Bunun için izin alınması da gerekli kılınabilir. Çünkü izin alınması durumunda ancak yetkililer, bu hakkın daha etkin ve karşıları tarafından etkisizleştirilmesini, o yerdeki toplulukların ve trafiğinde düzenini sağlama önlemleri alabilir. Bu da yetkililerin, toplantıya izin vermekle birlikte o toplantının amacına ulaşmasını sağlayacak önlemlerin alınmasını da öngörmektedir.

ALHM'nin "Arzte farfür das leben" kararında, kürtaja karşı bir gösteri yürüyüşü düzenleyen derneğin istediği yerdeki iznini kabul etmiştir. Ancak karşı gösteriyi yapacak kişilerinde ortaya çıkması üzerine, önceden izin alan dernek, başka bir yerde gösteri yapma önerisinde bulunmuştur. Yetkililer, tüm önlemleri ilk önerilen yerde aldıklarını, ikinci yerdeki yürüyüşte karşılaşılabilecek saldırılara karşı gerekli olan ve beklenen önlemleri alamayacaklarını bildirmişlerdir. Buna karşın dernek ikinci yerde yürüyüşünü yapma yoluna gitmiş, ancak, karşı güçlerin engeli ile karşılanmıştır. Dernek, toplanma ve yürüyüş haklarının saldırıya uğradığı gerekçesi ile ALHM ne başvurmuştur. Mahkeme, devletin bu hakkın kullanılmasını için, gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu belirtmiş, ancak bu konuda uygun araçları seçmede geniş bir takdir yetkisine sahip bulunduğunu, alınan önlemlere karşın, sonucu sağlamak olmadığını belirterek hak ihlali bulunmadığına karar vermiştir. (21.6.1988 tarihli kararı)

Dernek Kurma Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dernek kurma ile ilgili kararlarında, 11. madde kapsamında sayılacak ve sayılmayacak örgütlenmelerde ayrımlar yapmıştır. **Dernek, sendika, siyasi parti gibi örgütlenmeleri, bu madde kapsamında görmekte birlikte, Kamu Hukuku Tüzel Kişilerini 11. madde kapsamında görmemiştir.** Bu sınır çok açık olmamakla birlikte, Kamu Hukuku tüzel kişilerinin 11. madde kapsamında olup-olmadığı konusunda üç ölçüt getirmiştir. **1- Örgütün dayanağı, 2- Amacı 3- Yararlandığı araçlar.** Eğer örgüt bir yasa ile kurulmuş ve bir takım kurallar koyan ve kamu otoritesinde kullanıyorsa, 11. madde de öngörülen dernek olmayıp, kamu hukuku tüzel kişisi olarak kabul edilmesi öngörülmüştür. (Örneğin **Tabip Odaları, Ticaret Odaları, Noter Odaları gibi**) Çünkü bu tür odalara veya birliklere (Barolar) üye olma zorunluluğu vardır. İşte bu zorunluluğu da 11. maddeye aykırı görmemiştir. (Belçika'ya karşı açılan Compte davası). Buna karşılık, mesleğin icrası için değil, onun çıkarlarının korunması amacı ile kurulan örgüte üye olma zorunluluğu bulunmadığı sonucuna varmıştır. (Örneğin Bakkalların çıkarları için kurulan bir dernek, Emekliler için kurulan bir Dernek gibi)

Fransaya karşı açılan Chassagnon davasında, (Büyük Daire kararı 29.4.1999) belirli yüzölçümün üzerinde arazi sahibi olanların **Avıcılık Derneğine üye olma zorunluluğunu 11. maddeye aykırı görmüştür.** Mahkeme, sözleşmenin 11/2. maddesindeki sınırlamaların dar yorumlanması yönünde uygulamaya gitmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 11. madde kapsamında ele alınması gereken sendikalarla ilgili olarak da birkaç kararı üzerinde durmak istiyorum. Bilindiği gibi sendikalarda, işçilerin kendi çıkarlarını korumak için oluşturdukları bir örgüttür. Bu yapısı itibarıyla de bir dernektir. Tabii ki, işveren sendikası da kurulabilir ve bu sendika türü de 11. maddenin koruması altındadır. **Mahkeme kararlarında, derneklere uygulanan ilkelerin, bağdaştıkları ölçüde, sendikalarada uygulandığını görmekteyiz. Bir kararında, kamu makamlarının, en çok üyeyi temsil eden sendika ile görüşmesini, 11. maddeye aykırı görmemiştir. Yine mahkeme, sözleşmenin 11. maddesinin açıkça grev hakkını garanti etmediğini, devletinde, sendika ile toplu iş sözleşmesi yapmak zorunda bulunmadığı belirtilmiştir.** (6.2.1976 Schmidt/Dalström kararı)

Mahkemenin, doğrudan derneklerle ilgili verdiği karar yok ise de, aynı zamanda dernek niteliğinde olan siyasi partilerle ilgili kararları bulunmaktadır. Siyasi partiler bir toplumdaki gelişmeyi, özgürlüğü, yaşamın daha yukarılara çekilmesini, özellikle demokrasinin yerleşmesini, gelişmesini sağlayan örgütlerdir. Bu bakımdan siyasi partilerle ilgili olarak ALHM.nin birden çok kararları bulunmaktadır.

Burada dört karar üzerinde durmak istiyorum.

BİRİNCİ KARAR: TÜRKİYE BİRLEŞİK KOMÜNİST PARTİSİ

Bu siyasi parti Anayasa Mahkemesince, özetle partinin;

isminde **komünist kelimesinin** bulunduğu, halbuki bu kelimenin 2820 sayılı yasanın 96/3. maddesi ile yaaklandığını, bunun dahi kapatma nedeni olduğunu.

Partinin tüzük ve programının devletin ülkesi ve milliyetiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık oluşturduğunu (Programda Türk ve Kürt Ulusu nitelendirmesi yer almıştı)

Yine programda, **Türk dili ve kültürü dışındaki dil ve kültürlerle destek veren bölümlerin yer almasını**

Ayrımcılığı ve **Türk Ulusunun bölünmesini teşvik eden düzenlemelerin bulunması gibi nedenlerle kapatma kararı vermiştir.**

Bu karara karşı parti yetkililerince ALHM.sine yapılan itiraz üzerine mahkeme ilk defa siyasi partilerinde **11. madde kapsamı** içinde düşünülmesi gerektiğine karar verdikten sonra özetle;

Bir partinin Anayasal düzeni tehdit ettiği savının doğru olup-olmadığı konusunda bir karar vermeyi uygun görmediğini,

Yine böyle bir **sava karşın, partinin sözleşmenin** koruması dışında tutulamayacağını,

Üye devletlerin egemenliklerini bütünü ile sözleşmedeki kurallara uygun ve ona saygılı olma yükümlülüğü bulunduğunu

Ülkenin **Anayasasında veya yasalarında yapılan düzenlemelerin fazla bir önem taşımadığı, tara ülkenin yaptığı düzenlemelere uygun hareket etse dahi, bu hükümlerin sözleşme hükümlerine göre denetime tabi olacağı,**

Örgütlenmenin önlenmesi, sonuç olarak demokrasiyi olumsuz etkilemekte olduğu,

Hükümetin, örgütlenme özgürlüğünü sağladığını ancak, partinin kapatılmasına engel olamadığı savına karşıda, **kurulmanın yeterli olmayıp, faaliyetlerini özgürce sağlamayı da güvence altına alması gerektiğini,**

Sözleşmede öngörülen hakların, yazılı düzenlemelerle veya teorik olarak varsayılmasını değil, uygulamada da **etkili olarak korunması gerektiğini belirterek, 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.**

İKİNCİ KARAR: SOSYALİST PARTİ-TÜRKİYE DAVASI

Anayasanın kapatma kararında özetle,

Partinin programını ve parti adına yapılan konuşmaları esas almak suretiyle, **partinin Kürt-Türk diye iki toplumu ve giderek federe bir devleti amaçladığını** ancak, vatandaşları Türk olan Türkiye Cumhuriyeti içinde iki milletin varlığı kabul edilemez olduğunu,

Kürt kökenli vatandaşlar, kimliklerini özgürce ifade edebilirler, ancak Anayasa ve hukuk, onların **ayrı bir millet ve devlet** oluşturmalarını yasaklamış bulunduğunu

Partinin amacı teröristlerin amacı ile benzerlik gösterdiği için bu amaçta, sözleşmenin 11 ve 17. maddelerine aykırılığı oluşturmakta olduğu, gerekçesi ile kapatma kararı vermiştir.

Divan, bu konunun çözümünde, **sözleşmenin 11. maddesinin, 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini**, dernek, sendika gibi örgütlenmenin aynı zamanda ifade özgürlüğünü de beraberinde getirdiğini belirtmektedir. Özellikle bu hususun siyasi partiler içinde geçerli olduğu ifade edilmiştir. **İfade özgürlüğünde, sadece sistemin yararına olanları değil, saldırgan, sarsıcı, rahatsızlık verici ifadeler açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir.**

Bu davada, parti tüzüğünün hukuka uygun olup-olmadığı değil faaliyetlerinin, yazılı hukuktaki düzenlemelerle çatışıp-çatışmadığı değerlendirilmiştir. Ülke sorunlarının çözümünde, karşıt fikirlerinde şiddete dönüşmeden bir diyalog ortamının sağlanması gerekir. Demokrasi, ifade özgürlüğünü de beraberinde getirir. Bunun içinde, devletin içindeki belli bir nüfus grubunun durumunun tartışılmasında ve bu konuda düşünce açıklaması nedeniyle partinin kapatılmasının haklı bir dayanağı olamaz. **Parti tüzüğündeki düzenleme ve parti başkanının sözlerinde hiçbir şiddet eylemi görülmemiştir.** Aksine, çözümün demokrasi içinde ve referandumla çözüleceği önerilmiştir.

Tüzük ve konuşma, Türk Devletinin mevcut ilkeleri ve yapısı ile bağdaşmamış ve uyumlu olmaması doğru olabilir. Ancak bunun demokrasi ile de bağdaşmadığı ve uyuşmadığı söylenemez. Mevcut bir devletin yapısının sorgulanması, farklı politik programların önerilmesi ve tartışmaya açılması demokrasiye zarar vermemek koşulu ile, demokrasinin vazgeçilmez öğeleridir.

Doğru olan, bazı kişi ve kurumların bu ifade açıklamasına verdiği anlam değil, bu ifadelerden çıkarılacak objektif sonuçtur. Bunun içinde ki, demokrasinin sağlıklı bir şekilde işleminde siyasi partilerin önemi büyüktür. **Bu bakımdan, 11. madde de öngörülen örgütlerden siyasi partiler söz konusu olduğunda, sınırlamalar daha dar yorumlanmalıdır.** Dernekler söz konusu olduğunda, tatmin edici nedenler varsa, sınırlama getirilebilir. **Ancak bu siyasi partiler için aynı ölçüde yorumlanmalıdır.**

Sonuç olarak, parti tüzüğündeki düzenleme ve konuşmalardaki sözler nedeniyle partinin kapatılmasının **güdülen amaç ile orantısız, radikal ve demokratik bir ortam için gereksiz olduğu belirtilmiş ve ayrıca da tüzükteki hükümlerin ve sözlerin sözleşmenin 17. maddesinin devreye sokulması gerekmediği sonucuna varmıştır.**

ÜÇÜNCÜ KARAR: ÖZDEP-TÜRKİYE DAVASI.

Bu partinin tüzüğündeki düzenleme, bir önceki kararda belirtilen sosyal parti tüzüğü ile yaklaşık aynı öneri ve olguları içermektedir. Bundan dolayı da partinin kapatılmasına ilişkin istem nedenleri birbirine yakınlık oluşturmaktadır.

Bu kararında da Anayasa Mahkemesi, **etnik kökeni ne olursa olsun Türk topraklarında yaşayan herkesin ortak kültür ile birleştirilmiş bir bütün olduğunu vurgulamış** ve Türkiye Cumhuriyetini oluşturan insanların "Türk milleti" olarak adlandırmıştır. Herkesin eşit olduğunu, etnik ve inanç ayrımı yapılmadığı belirtilmiştir. **Kürt kimliklerini ifade edebilmesinin yasaklanması, bunun Anayasanın Kürt kimliğinin varlığını inkar ettiği anlamına gelmediğini, herkesin hemfikir olmasa dahi, Anayasa hükümlerine uymak zorunda bulunduğunu belirtmiştir.** Halbuki parti programında, Türkiye'de kendi kültürü ve dili ile ayrı bir Kürt halkının bulunduğu varsayımına dayandığını, kürtlerin tamamen gözardı edilip ezildiği, kendi kaderlerini kendilerinin tayin etmesi, bağımsızlık savaşını başlattıklarını, bu ifadenin terör örgütü ile aynı amacı içerdiğini belirtmiştir.

Yine **Özdep tüzüğündeki, din işlerinin, din kurumlarının kendi kontrolü altında olması gerektiği, bu nedenle de Diyanet İşleri Başkanlığının kaldırılması önerisinin, özellikle Diyanet İşleri Başkanlığının kaldırılmasının laiklik ilkesinin yıkılmasına hizmet etmek olarak belirtilerek partinin kapatılması sonucuna varmıştır.**

Kapatma kararına karşı, ALHM.si kararında yine bir önceki kararda ifade edildiği üzere, 11. maddenin, 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiği, bu bağlamda, **çok seslilik olmadan demokrasinin olamayacağı, lehe olan düşüncelere değil, aynı zamanda kırıcı, şok ve rahatsız edici "bilgi ve fikirler" içinde düşüncenin açıklanabileceği belirtilmiştir.**

Yine Anayasa mahkemesinin, programda bölücülük yapıldı, kürtlerin ezildiği bağımsızlık istedikleri gibi görüşleri ve tesbitleri yaparken, kendi görüşlerini, ilgili ulusal yetkililerinin yerine koymak değil, anılan yetkililerin insiyatifleri doğrultusunda verdikleri kararların 11. madde kapsamında incelenmesi gerektiğini yinelemektedir.

Programda, şiddet kullanımı, bir isyan veya diğer bir şekilde demokratik ilkelerin reddedilmesine yönelik herhangi bir çağrının olmadığı

ğı ifade edilmiştir. Aksine program demokrasiye uyulmasını beklemektedir. Uluslararası Sözleşmelere uygun davranılması istenmektedir.

Özdep programının gerçekliğine ilişkin şüphe duyulması için herhangi bir nedenin bulunmadığı, **partinin sadece ifade özgürlüğüne ilişkin haklarını kullanması nedeniyle cezalandırıldığı ifade edilmiştir.**

Özdep'in istekleri, Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, radikal değildir. Bu bakımdan, kararın hemen yürürlüğe sokularak, partinin tüm mallarına el konulması, siyasi faaliyetinin kaldırılması hukuka ve sözleşmeye aykırıdır. Bu bakımdan da, Anayasa Mahkemesi kararının öngörülen amaç bakımından orantısız olduğu, demokratik toplum için gereksiz bulunduğu, böylece sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

DÖRDÜNCÜ KARAR: REFAH PARTİSİ/TÜRKİYE DAVASI

Bilindiği üzere Refah Partisinin, **devlet düzenini, din düzeni ile yönetmeyi öngördüğü iddia edilmiştir.** Kısaca şeriat düzeni temeline dayanmakta idi. **İşte bunun içinde, parti programından ziyade, parti yetkililerinin eylem ve sözleri değerlendirmeye alınmıştır.** Bu eylem ve sözlerin, devlet düzenini, din kuralları ile yönetmeye ve giderek zora dayalı, demokrasi dışı bir yöntemin amaçlandığı gibi gerekçelerle, parti Anayasa Mahkemesince kapatılmıştır.

Bu karara karşı, AHM.de açılan davada **mahkeme, öncelikle demokrasi ve din arasındaki ilişkiyi değerlendirmeye almıştır.** Düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olduğunu, **tekrarlamıştır.** Mahkeme, bu özgürlüğün dini boyutu inananların kimliğini ve yaşam algılamasını şekillendiren en temel unsurlardan biridir. Fakat aynı zamanda ateistler, apnostikler, septikler ve ilgisizler içinde **çok değerli bir unsurdur.** Demokratik bir toplumun ayrılmaz bir parçası olan çoğulculuk da bu özgürlüğe bağlıdır. **Bu özgürlük dini inanç taşıma ya da taşıyama ve dini yükümlülükleri yerine getirme ya da getirmeme özgürlüğünü içerir biçimde bir sonuca varmıştır.** Yine, dini inançların ve uygulamaların devlet adına başka biri tarafından kullanılmasının, **devletin tarafsızlık görevi ile çelişeceğini belirtmektedir.** Bunun içinde devlet, bu yetki ve görevini yerine getirirken, kendi ajandalarına, dini kuralların yerleştirilmesi olan islami köktendinci hareketlerde yer alma yükümlülüğü getirebilir. **Bu bağlamda, üniversitede, o dinin gerekleri-**

ni yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını getirecek bazı önlemlerin alınmasını, sözleşmenin 9/2. maddesine aykırı görmemiştir. Bu tedbirler, demokratik bir toplumda alınmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Demokratik bir ülkedeki bir siyasi partinin bir yasada ya da Anayasada, değişiklik yapmasının iki koşulla uygun görülebileceği açıklanmıştır. **Bunlardan birincisi, kullanılan araçların yasal ve demokratik olması, ikincisi de, önerilen değişikliğin kendisinin temel demokratik ilkelerle uyuşmasıdır.** Buna aykırı davranan bir partinin, sözleşmenin korumasını ileri süremeyeceğide vurgulanmıştır. **Sözleşme ve demokrasi arasındaki açık ilişki karşısında, hiçkimsenin, demokratik toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak ya da yok ederek sözleşmeye sığınamayacağı, ifade edilmiştir. Modern Avrupa tarihinde görüldüğü üzere, siyasi partiler şeklinde örgütlenen totaliter hareketlerin, demokratik rejim iinde güçlendikten sonra demokrasiden kurtulmak isteyebileceklerinin olasılık dahilinde olduğu belirtilmiştir.**

Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin partiyi kapatma nedenlerini üç grupta toplamanın uygun olduğunu bunlardan,

Birincisinin, dini temele dayalı ve böylece bir ayrımı öngören **çok hukuklu** bir sistem kurma eğilimi,

İkincisi, bu sisteme bağlı olarak **şeriat kurallarını getirme ve uygulama eğilimi,**

Üçüncüsünde böyle bir sistemin yerleştirilmesinde **güce başvurma eğiliminin** varlığını gösteren olgulardır.

Divan konuyu bu çerçevede incelemiş ve **Refah Partisinin çok hukuklu bir sistemi önermesi** yönündeki davranışı, bireyler arasındaki tüm hukuki ilişkilerde **dini temel alan bir ayrıma yol açacağını,** herkesi dini inançlarına göre **kategorize edeceğini ve kişiye birey olmasından** dolayı değilde bir dini akıma bağlılığından dolayı hak ve özgürlükler tanıyacağını düşünmektedir.

Bu tür toplumsal bir modelin sözleşme ile iki nedenden dolayı bağdaşmayacağını ifade eder.

Birincisi, Devletin, temel hak ve özgürlüklerin kişinin kişi olmasından dolayı kendisine tanınması gereğinden değilde, **ilgili dinin öngördüğü statik kurallara göre hareket edeceği içindir**. Halbuki sözleşmeye göre devlet, kendi yönetimi altındaki herkesin tüm haklardan yararlanması yükümlülüğü altındadır.

İkincisi, **bu tür bir sistem**, demokrasinin temel ilkelerden biri olan **kamu özgürlüklerinin kullanılmasında bireyler arasında ayırım gözetmeyi, ister istemez bozacaktır**. Halbuki, **gerek kamu hukukunda, gerekse özel hukukta, bireyler arasında, özellikle ayrımcılığı yasaklayan sözleşmenin 14. maddesi bakımından uygun görülemez**. Böylece, toplumun ayrı inançtaki kişiler arasında adil bir denge kurulmasına engel teşkil eder.

Yine mahkeme, şeriatın, sözleşmede öngörülen demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır. **Şeriat kurallarının durağan ve değişmez olduğu, demokrasinin sürekli evrim geçiren kuralları ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir**. Hem şeriat kurallarına dayanmak ve hem de insan haklarına saygılı olmak olanaksızdır. İki düşünce ve uygulama bir noktada birleşemez.

Türkiye'nin daha önce teokratik bir yapı ile yönetildiği, sonrasında ise laiklik rejimini benimsediği, böylece parti yöneticilerinin söz ve davranışlarının laiklik rejimi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir.

Sonuç olarak mahkeme, adı geçen **partinin kapatılmasının ve başvuran bazı siyasilerin haklarına getirilen kısıtlamaların "Zorlayıcı bir sosyal gereksinimi"** karşıladığı ve **"gülden amaçla orantılı"** olduğu bu haliyle sözleşmenin 11. maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Divanın özetlenen bu kararlardan **şu sonuçların çıkarılması olasıdır**.

Dernekleşme ve bu bağlamda Örgütleşme özgürlüğüne getirecek sınırlamaları haklı kılacak inandırıcı ve zorunlu hallerin varlığı halinde 11. maddeye aykırılığı öngörmekte, **ancak siyasi partiler için** bu sınırlamaların daha da dar tutulması gerektiğini, buna karşın bir siyasi partinin dini kurallara dayalı bir örgütlenmeyi, sözleşme kuralları ile bağdaşır bulmadığını,

Divan, bir örgütün, bu bağlamda **bir siyasi partinin program ve tüzüğünün tek başına ölçü alınmayacağı, uygulamanın ve gerçek amacın**

önemli olduğu özellikle partilerin gerçek amaçlarını bir süre ve dönem için gizleme yoluna gittilerini, bu olgunun devletlerin siyasi deneyleri ile sabit olduğunu belirtmektedir.

Özellikle Refah Partisi dışındaki siyasi partilerle Türkiye arasındaki davalarda, **bir düşüncenin eyleme dönüşmemesi süresince, düşünce özgürlüğü sınırları içinde değerlendirmesi gerektiği biçiminde** vardığı sonucu Refah Partisi için düşünme ve uygulama yoluna gitmemiştir.

Divanın **özellikle parti kapatma davalarında, bir partinin iç hukuktaki düzenlemeye aykırı davranmasının kapatılmasını gerektirse dahi, bu nedene dayanan parti eyleminin, ancak, 11. maddeye aykırı davranması durumunda uygun görülebileceği, ifade edilmektedir. Bu sonuçları, Türkiye/ÖZDEP, Birleşik Komünist Partisi ve Sosyalist Parti davaları ile ilgili verdiği kararlarda daha açık biçimde görmekteyiz.**

Divan, partinin kapatılmasına karar veren otoritenin bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin, ulusal yasal düzenlemeleri değil, AİHS'nin 11. maddesinin gözönünde tutulması gerektiğini görmekteyiz. Bunun içindir ki, Anayasa ve Siyasi Partiler Yasası'nda, buna göre düzenleme yapılması gerekmektedir.

EV BAŞKANININ SORUMLULUĞU (MY. 369)**Mustafa KICALIOĞLU (*)**

ANLATIM DÜZENİ: I-Giriş, A- Genel Olarak, B- Sorumluluğun Kendine Özgü Nitelikleri, II- Ev Başkanlığı İlişkisi, III- Sorumluluğun Devamlılığı ve Kesilmesi, IV- Sorumluluğun Koşulları, V- Sorumluluğun Sonuçları, Sonuç.

I- GİRİŞ**A- GENEL OLARAK**

Ev başkanı kısaca, aynı evde yaşayanların oluşturduğu topluluğun başkanı anlamına gelir. Bu küçük topluluğa ise aile denir. Bu yüzden "ev başkanı" yanında, "aile başkanı", "ev reisi" ve "aile reisi" deyimlerinin kullanıldığı da olmaktadır. Ev düzeni ve ev başkanı Medeni Yasa'nın 367 vd. maddelerinde açıklanmıştır. "Aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örf'e göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur." Birlikte yaşayanlar evin düzenine tabidirler. Evi yönetme yetkisi ev başkanına aittir. Bu yetki kan yada kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık yada benzeri ilişkilerden doğabileceği gibi, koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar. Ev başkanı, yaşamlarını aynı evde sürdürenlerin (anne, baba, çocuklar ve varsa ebeveynlerin) dışı karşı başkanı görünümündedir. Eski Medeni Yasa'da aile reisi baba idi. Yeni Medeni Yasa'da aile reisliği kavramı kaldırılmış, aileyi anne ve babanın birlikte temsil etmesi ilkesi getirilmiştir.

Yaşının küçüklüğü yüzünden, kısıtlı olduğundan, akıl hastalığı yada akıl zayıflığı bulunduğundan, akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olanların (davranışının doğuracağı sonuçları öngöremeyen ve bilemeyenlerin) fiil ehliyeti olmadığı için haksız eylemlerinden söz edilemez. Ne var

(*) Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi

ki, bunların eylemleri sonucu başkalarının zarar görmesi durumunda ise, ev başkanının sorumluluğu ortaya çıkar. Buradaki zarar; özen, gözetim ve denetime muhtaç olanların, haksız davranışlarıyla (eylemleriyle) üçüncü kişilere sözleşme dışı olarak vermiş oldukları zararlardır.

Ev başkanının sorumluluğu, MY'nın 369. maddesinde düzenlemiştir. (Yürürlükten kalkmış olan 743 sayılı Türk Medeni Yasası'nın 320. maddesinde düzenlenmişti.) Ev başkanı, başkanlığı altında bulunanların (küçüklerin, kısıtlıların, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı bulunanların) sebep oldukları zararlardan kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu olur. Bu sorumluluk genel sorumluluk ilkelerine (borçlar hukuku normuna) giren bir sorumluluktur. Yasa koyucu ev başkanın sorumluluğunu, yasada belirlenen özen, gözetim ve denetim görevlerini yerine getirmediği varsayımına dayandırmıştır.

Ev başkanının sorumluluğu, aynen çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi, başka bir şahsın davranışından sorumluluktur. Aile başkanına, başkanlığı altında bulunan kişiler üzerinde bir denetim ve gözetim ödevi yüklemiştir.¹ Ev başkanının kusursuz sorumluluğu, dikkat ve özen ilkesine dayanan olağan bir sebep sorumluluğudur. Yasa koyucu, ev başkanına tabi kişilerin genellikle ya küçük olmaları ya da sezgin olmamaları nedeniyle fiillerinin sonuçlarını tartamayan ve bilemeyen kişiler olduğunu, bu nedenle başkalarına zarar verme tehlikelerinin bulunduğunu gözönünde tutarak böyle bir kusursuz sorumluluğu öngörmüştür.² Aile başkanı, kendi hakimiyeti altında bulunan küçüklerin yaptıkları zararlardan dolayı bir sorumluluk altına girmiştir.³ Ev başkanı ile onun hakimiyeti altında bulunan kişiler arasındaki ilişki, bir tabi olma ilişkisidir. Ev başkanının sorumluluğunda, karine olarak ev başkanının özen borcuna aykırı hareket ettiği kabul edilmiştir.⁴ Aile başkanının sorumluluğu tehlike esasına dayanan bir kusursuz sorumluluktur.⁵ Aile başkanının sorumluluğu, objektif özen yükümlülüğüne dayanan olağan sebep sorumluluğudur. Haksız eylemden değil, hukuka aykırı olmayan bir eylemden

(1) EREN, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 4. bası, Ankara, s. 193

(2) KILIÇOĞLU, Ahmet M. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 4. bası, Ankara 2004, s. 242

(3) Von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. Cevat EDEGE), C 1-2, Ankara 1983, s. 397

(4) TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6. Bası, C. 1, İstanbul 1976, s.529

(5) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s.144

sorumluluk söz konusu olmaktadır.⁶ Ev başkanının sorumluluğu, iş sahibinin sorumluluğuna benzer bir sorumluluktur.⁷ Zarar doğurmaya çok elverişli eylem ya da zarar verici hareketteki normal olmayan davranışın sayı ve niteliğinin ağır sonuçlar doğurması nedeniyle de tehlike sorumluluğu sayılır.⁸

Kusursuz sorumluluğun ayırıcı özelliği, zarar görenin kusuru kanıtlama yükümlülüğü bulunmadığı ve kusurun aranmasının da gerekli olmadığıdır. Ev başkanı, objektif özen ve gözetim ödevini yerine getirmede, kusurlu olmasa da doğan zarardan sorumludur. Çünkü ev başkanının sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru değildir. Sorumluluğun kaynağının açıklanmasında değişik görüşler ileri sürülerek, sebep olma, sebebiyet verme sorumluluğu, kazadan sorumluluk, sonuçtan sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.

B- SORUMLULUĞUN KENDİNE ÖZGÜ NİTELİKLERİ

Hukukta temel kural, kusurlu eylemden failin sorumlu olması ve doğan zararı da onun gidermesidir. Ne var ki, toplum halinde yaşamının zorlaması sonucu bu kuraldan ayrılma ve özel düzenlemelere gitme gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ev başkanının sorumluluğu, sadece malvarlığı ilişkilerine değil, toplumsal ve kültürel ilişkilere dayanır. Sorumluluğun kaynağını, aile ve yurttaşlık görevleri oluşturduğu için, Borçlar Yasası'nda değil, özel olarak Medeni Yasa içinde düzenlenmiştir.

Ev başkanının sorumluluğu, ailesi içinde bulunan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı nedeniyle sezgin olmayanların eylemlerinden doğar. Sezgin olmayanlar (yaşlarının küçüklüğü yada akıl hastalığı-zayıflığı nedeniyle doğru ve yanlış birbirinden ayıramadıklarından), davranışlarının doğuracağı zararlı sonuçları öngöremedikleri ve bilemedikleri için kusurlu sayılamazlar. Bu nedenle bunların eylemlerinin, bir haksız eylem oluşturduğu kabul edilemez. Ev başkanının buradaki sorumluluğu, haksız eylemden değil, "hukuka aykırı olmayan bir eylemden sorumluluktur". Ev başkanlığı kuru-

(6) OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 3. bası, İstanbul, 2000, s. 473

(7) V. Tuhr, A. age. s. 397

(8) TUNÇOMAĞ, K. age. s. 529

muyla güdülen asıl amaç, özen, gözetim ve denetime muhtaç durumdaki aile bireylerine karşı zarara uğramış olan üçüncü kişileri korumaktır.⁹ Küçüklerin mal varlıklarının olmayışı ve haksız fiil ehliyetlerinin bulunmayışının yaratacağı haksızlığı gidermek düşüncesiyle hukuk düzeni, başka bir şahsın sorumlu tutulmasını gerekli görmüştür.

Aile; anne, baba ve çocuklardan meydana gelen en küçük toplum birimidir. (Büyükanne, büyükbaba ve diğer yakın akrabaları da kapsayan ataerkil aile ise, geçmişte kalmıştır.) Aile içinde anne ve babanın, çocukları iyi bir toplum bireyi olarak eğitime ve yetiştirme ödevi vardır. Ev başkanının aile içinde, aile üyeleri arasında bir düzen kurulması, aile birliğinin korunması ve idare edilmesi başta olmak üzere değişik yetki ve görevleri bulunmaktadır. Ev başkanının, egemenliği altında olanlar üzerindeki üstün iradesi, ekonomik, kültürel ve toplumsal yükümlülüklerinden dolayıdır. Ev başkanının hem aile üyelerini dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma, hem de onları başkalarına zarar vermekten kaçınmaları için eğitime, bilgilendirme, uyarma ve gözetme görevleri vardır.

Her çocuk değişik bir aile ortamında doğar, gelişir, büyür ve normal bir insan haline gelir. Çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi ailenin en önemli görevidir. Sosyal bir varlık olan insanı, diğer canlılardan ayıran özelliği düşünebilmesidir. İnsanın eğitime ve öğrenme yetileri olduğundan, doğduğu andan itibaren bu yetilerini kullanarak çevresine uyum sağlama ve yeni davranışlar kazanma uğraşısı içine girer. Çocuk; eğitim, öğretim ve akıl kullanma yoluyla, çevresine daha çabuk uyum gösterme ve kurallara uyma alışkanlıklarını kazanır. (Buna çocuğun sosyalleşmesi denir.) Çocuk kendi eylemleri ile hak edinme ve borç altına girme yaşına gelinceye kadar bebeklik, çocukluk, ergenlik öncesi ve ergenlik dönemi denilen gelişim evrelerinden geçer. Çocuğun gelişme sürecindeki her dönem, kendine özgü değişiklikler ve özellikler gösterir. Çocuk, bu gelişme dönemlerinden sağlıklı ve gereksinimleri karşılanmış olarak geçmelidir. Çocuğun, bu dönemlerden birinde karşılaşacağı olumsuzluk, onun sonraki dönemlerdeki gelişmelerine de olumsuz olarak yansır. Çocuğun sosyalleşme ve kişiliğini kazanmasında, içinde bulunduğu gelişim dönemine uygun bir eğitim ve öğretim verilmesinin payı büyüktür.

(9) ÜNAL, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979, s. 25

Gelişim dönemine uygun düşen eğitim ve öğretimi alamayan çocukların çevreye uyum göstermede ve kurallara uymada daha çok zorluk çektikleri bilimsel araştırmalarla belirlenmiştir.¹⁰

Toplumun önemli bir bölümünü küçükler oluşturur. Küçükler yaşları ve ruhsal yapıları nedeniyle oyun, oyun aleti, araç ve gereçler ile çevrelerine karşı büyük ilgi duyarlar. Zamanlarının büyük kısmını evde, sokakta, parkta ve okulda arkadaşlarıyla oyun oynamak için ayırırlar. Bu sırada oyunculara, araçlara, gereçlere ve arkadaşlarına zarar verebilirler. Çocuğun eğitim ve yetiştirilmesi bir süreç içerisinde olur. Çocuklara verilmesi gereken eğitim ile öğretimin biçim ve yöntemleri, içinde buldukları yaşlarına göre değişmektedir.

Çocuk gelişimi ve eğitimi uzmanları bu süreci, çocuğun yaşını esas alarak açıklamaktadırlar. Çocuklar, 0-2 yaş (bebeklik çağı), 3-5yaş (ilk çocukluk çağı), 6-12 yaş (çocukluk çağı) ve 13-17 yaş (ergenlik=adolesans çağı) dönemlerinde farklı özellikler gösterirler. 13-18 yaşları arasında çocuğun kim olduğunu anlamaya çalıştığı, toplum ile kendi arasındaki ilişkileri çözmek istediği, alışkanlık ve düşüncelerinin kendisi için yetersiz olduğunu fark ettiği bir dönemdir. Yeni duygu, düşünce, tutum ve değerleri edinmeye başlar. Bu dönemde aile, çocuğu anlama ve eğitmede güçlükler çeker. Çevreye uyum sağlama her yaşta zor olmakla birlikte bu dönemde daha da zordur. (Çocukluktan kurtulmaya başladığı "buluş dönemi") Bedensel değişimlerle birlikte, duygusal ve ruhsal yapısında da değişiklikler oluşur. Bu ani ve hızlı değişikliklere uyum sağlamaya çalışırken, çocukta bocalamalar olur. Uyum sağlama, önemli bir sorun olarak öne çıkar. Heyecanlılık, aşırılık, taşkınlık, ölçsüzlük, geçici heves ve kısa süreli uğraşlar, sabırsızlık, kararsızlık, isyan etme, alınganlık, dengesizlik, bocalama, güvensizlik, kendini kanıtama isteği, hem kendi cinsinden arkadaşlarla beraber olma ve hem de karşı cinsle ilgi duyma isteği ile başkalarının ilgisini çekmeye çalışma özellikleri görülür.¹¹ Bu dönemde ailenin çocukla iyi bir diyalog kurması, ona sevgi ve ilgiyle yaklaşması, güven duyması, sorunlarına ortak olması, gereksinim duy-

(10) KICALIOĞLU, Mustafa, Suçlu Çocukların Toplum Kazandırılması, Ankara 1988, (TODAYE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.6

(11) RAZAN, Norma, Genci Tanıma ve Yönlendirme, Akbank Aile ve Çocuk Dergisi, İstanbul 1985, s. 27

duğunda ona yardım etmesi gerekir. Yıkıcı eleştirilerden kaçınılmalı, ilgi duyduğu konularda bilgilendirilmeli, yetenek ve ilgileri doğrultusunda yönlendirilmelidir.¹² Anne ve babanın çocuğa bu dönemde gösterecekleri ilgi ve özenle, verecekleri eğitim ve bilginin çocuğun sorumluluk bilinci kazanmasındaki etkisi büyüktür. Çocuk kendisi ile ailesi ve çevresi arasındaki ilişkilerin temelini sorumluluk duygusunun oluşturduğunu fark etmeye başlar. Yeni durumlara uyabilmek için, bilgi ve davranışlarında değişikliklere gitmesi gerektiğini anlar. Çocuğun kişiliği bu dönemde biçimlenmeye başlar.

Çocuğun sosyalleşmesinde psiko-sosyal özellikleri, yaşam biçimi, barınma ve beslenme durumu, ailenin eğitim, gelenek, görenek ve değer yargıları ile ekonomik, toplumsal ve kültürel koşulların da büyük payı bulunmaktadır.

II. EV BAŞKANLIĞI İLİŞKİSİ :

Ev başkanlığı, aile halinde bir arada yaşama ilişkisi üzerine kurulmuştur. Ev başkanının sorumluluğu, ev başkanlığı yetkisi ve egemenliğine (otoritesi-ne, hakimiyetine) tabi olanlar yönünden öngörülmüş olan objektif özen, gözetim ve dikkat gösterme ödevinin yerine getirilmediği varsayımına (yasal karinesine) dayanmaktadır. Bu sorumluluk kapsamına giren bir zarar meydana geldiğinde, gerekli özen gözetim ve denetimin gösterilmediği ve zararın bu yüzden meydana geldiği kabul edilmektedir.

MY'nın 335 maddesine göre küçükler, ergin (reşit) oluncaya kadar, anne ve babasının velayeti altındadır (velayeti anne ve baba birlikte kullanırlar). Üçüncü kişilere karşı, anne baba müteselsilen sorumlu olurlar (MY. m. 189). Yasal bir neden olmadıkça velayet hakkı anne ve babadan alınmaz. Anne ve babadan birinin ölmesi yada yasa ile velayetin kaldırılması halinde, diğeri veli olabilir. Velayet hakkı babadan alınmadıkça (MY. 169, 182, 348. maddelerine göre), ve baba ile küçük arasında aile halinde birlikte yaşama ve bağımlılık ilişkisi sürdükçe, babanın ev başkanı olarak sorumluluğu devam eder. Ev başkanlığı ilişkisinden kaynaklanan ev başkanının sorumluluğu, toplu yaşamının bir gereği olarak, hukuksal ve fiili gereksinimlerden doğmuştur.

(12) BALTAŞ, Zühal/Acar, Genci Tanıma ve Yönlendirme, Akbank Aile ve Çocuk Dergisi, İstanbul 1985, s. 32

Ev başkanlığı ilişkisi, sosyal unsur ve bağımlılık unsurlarının birlikte varlığını gerektirir. Sosyal unsur, ortak bir ev yönetimi içinde aile olarak birlikte yaşama ilişkisidir. Bağımlılık unsuru ise, ev başkanının birlikte yaşadığı diğer kimseler üzerinde belli bir yetki ve otorite (hakimiyet) sahibi olması demektir.¹³

Ev başkanı aile içinde, otorite ve yetki kullanma yönlerinden iradesine üstünlük tanınan kimsedir. Bu üstün irade, görev ve yükümlülükleri de kapsar. Ev başkanı ile gözetimine tabi olan kişiler genellikle aynı evde kalırlar. Birlikte yaşayanlar içlerinden birisinin otoritesine (hakimiyetine) bağlanırsa, o kişinin ev başkanlığı söz konusu olur. Ev başkanlığı ilişkisi, akrabalık ve velayet ilişkisinden daha geniştir. Ev başkanlığı ilişkisi, sürekli biçimde ev başkanının özen, gözetim, talimat ve denetimine bağlı olarak yaşamayı gerektirir. MY'nın 369. maddesine göre ev başkanının gözetimine bağlı olanlar, aynı evde birlikte yaşayan küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıflığı olanlar olup ev başkanı ile aralarında bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır.

Genel olarak velayete tabi küçük, velisi ile birlikte yaşar. Çoğu kez, küçük ile ev başkanı aynı çatı altında (aile halinde) birlikte yaşamalarına karşın yönetim, gözetim ve denetim görevlerini yerine getirmek koşuluyla, ayrı binalarda yaşamaları ev başkanlığı ilişkisine engel oluşturmaz. Ev başkanı ile küçük arasında anlatılan biçimde bir ilişki yoksa, ev başkanı sorumlu tutulmaz. Ev başkanlığı ilişkisi için birlikte yaşama, ev başkanının yönetim, gözetim, denetim ve otoritesine (hakimiyetine) bağlı olma ilişkisi bulunmalıdır. Ev başkanının özen, gözetim ve denetiminde olan çocukla ev başkanı arasındaki bağımlılık ilişkisi, çocuk ortak evde yaşadığı sürece devam eder. Ev başkanının; hakimiyetinde bulunan çocuğun, en başta bakım ve barındırılması üzere eğitim, öğretim ve yetiştirilmesi gibi bir dizi görev ve yükümlülükleri vardır. Bunlar ise, bir süreç içerisinde yerine getirilir. Toplumsal yaşamın gösterdiği özellikler ile ev başkanının diğer uğraş ve çalışmaları, çocukla ev başkanı arasındaki bağımlılık ilişkisinin fiilen kesilmesine neden olsa bile yasal, ailevi ve eğitsel yönleriyle bağımlılık ilişkisi sürmektedir. Bağımlılık ilişkisinde önemli olan husus, bağımlılığın fiilen kesildiği sırada meydana gelen olayın gösterdiği özellikler ile ev başkanlığı sıfatıdır.

(13) EREN, F. age. s. 196

Bazı durumlarda küçük, aynı anda iki ayrı ev başkanının başkanlığına bağlı olabilir. Bir meslek öğrenmek üzere gündüz çıraklık okuluna giden, akşam evine dönen küçüklerin (18 yaşından küçük olanların) çıraklık okulunda buldukları zaman içerisinde ustabaşı küçüğün ev başkanı durumunda olmakla birlikte, küçük üzerindeki asıl ev başkanının sorumluluğu da sürmektedir. Çocuğun öğrenci olarak uzun süreli yatılı okula gönderilmesi durumunda ise, çocuk ile ev başkanı arasındaki bağımlılık ilişkisi kesilmiş olur. Buna karşın, günün belli saatlerinde okula giden çocuk ile ev başkanı arasındaki bağımlılık ilişkisi kesilmiş sayılamaz. Öğreti ve Yargıtay'ın yerleşik uygulamaları da bu yoldadır.

Ev başkanı ile küçüğün bir arada bulunma sürelerinin, kısa olması durumunda eğitime ve yetiştirme görevi yeterince yerine getirilemeyeceği için, aralarında ev başkanlığı ilişkisi kurulmuş sayılamaz.. Ev başkanlığı ilişkisi; ev başkanı ile başkanlığına tabi olanlar arasında geçici değil, sürekli olan bir yaşantı ve iletişim birlikteliğini zorunlu kılar. Yargıtay bir kararında, **"reşit olmayan çocuğun, üçüncü kişinin zararına neden olduğu olay, babanın uzun süreden beri Almanya'da olduğu sırada meydana gelmiş olduğuna göre, bu sırada anne ev başkanı konumunda bulunduğu"**, gerekçeyle anneyi tazminatla sorumlu tutmuştur.¹⁴

Ev başkanı, geçici bir nedenle (hastalık, başka bir yere gitme vb.) özen, gözetim ve denetim ödevini yerine getirememiş olsa bile sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin, anne babanın bir iş nedeniyle başka bir yere giderken, küçük çocuklarını kısa bir süre için bir yakın akraba yada komşuya bırakmaları halinde, küçükle anılan kişiler arasında ev başkanlığı ilişkisi kurulmuş olmaz. Kaldı ki, yakın akraba yada komşu ile küçük arasında bağımlılık ilişkisinin varlığından da söz edilemez. Ev başkanının özen, gözetim ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmesi ve gerekli önlemleri alması, kendisine bu amaçla yeterli sürenini verilmesi ile mümkün olabilir.

Ev başkanı yasa ile kendisine verilmiş olan bu yükümlülüğü, bir başkasına (yardımcı kişiye) devredemez. Küçüğün eğitim, terbiye ve yetiştirilmesi bir başkasına bırakılsa bile, ev başkanlığı ilişkisi sürdükçe sorumluluk ev başkanının üzerinde kalır.

(14) Y.4.HD. 26.6.1978 T. 1978/7332 E, 8607 K. (YKD. Yıl 1979, s.36)

Ev başkanlığı MY'nın 367/1. maddesi uyarınca yasa, sözleşme yada örf göre doğar. Büyük (ataerkil) ailelerde ev başkanlığı, örf ve adete göre anne baba dışındaki bir kimseye de verilebilir. Sürekli olarak eğitim veren kurumlar, yatılı okullar, hastaneler ve otellerde ev başkanı, buradaki kişiler üzerinde gözetim ve denetim yetkisine sahip olma durumu gözetilerek örf ve adete göre belirlenir. Ev başkanının, gerçek bir kişi olması zorunlu olmayıp özel hukuk tüzel kişileri de aile başkanı olabilirler. (Öğrenci yurdu, pansiyon ve hastane işletmesini yapan şirket, vakıf ve dernek tüzel kişiliği gibi)

III-SORUMLULUĞUN DEVAMLILIĞI VE KESİLMESİ

Açıklandığı gibi, ev başkanının sorumluluğu, bir sebep sorumluluğudur. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzer, bir kusursuz sorumluluk olmasına karşın, "hukuka aykırı olmayan bir eylemden sorumluluk" söz konusu olmaktadır. Ev başkanı, hakimiyeti altında olan küçüğün eğitim, gözetim ve yetiştirilmesiyle yükümlü olduğundan, aralarında sürekli bir bağımlılık ilişkisi kurulur. Çocuğun eğitim ve yetiştirilmesi bir süreç içerisinde olur. Küçük yaşadığı aile, çevre ve toplum içerisinde iyiyi kötüden ayırabilme özelliklerini eğitim, yetiştirilme ve yaşam deneyimleri sonucu kazanır. Ev başkanının çocuk üzerindeki özen ve gözetim yükümlülüğü, salt görünürdeki bir yükümlülük olmayıp çocuğun eğitim ve yetiştirilmesindeki diğer tüm görevleri de içine alır. Çocuğun eğitim ve yetiştirilmesi, bu günden yarına sonuç alınacak bir uğraş olmayıp, çok yönlü çaba ve ödevleri içeren bir süreçtir. Eğitim, bilgilendirme, davranış ve alışkanlıklar kazandırma gibi çocuğun yetiştirilmesine yönelik uğraşların sonucu vermesi, belli bir süre ve zamanı gerektirir.

Çocuğun iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırması, sorumluluk duygusu kazanması ve toplumda iyi bir yurttaş olarak yer alması için gerekli olan eğitim, öğretim ve yetiştirme işlevi; aile, okul ve çevresi tarafından yerine getirilir. Ancak, asıl görev aileye, aile içerisinde de ev başkanına düşer. Ev başkanı küçüğü, deneyimsizliği ve yetersizliği nedeniyle kendisine ve başkasına vereceği zararlardan korumak amacıyla içinde bulunduğu durum ile çevrenin koşullarını da gözetmelidir. Çocuğun eğitim ve yetiştirilmesi süreci, ev başkanı ile çocuğun belli bir süre birlikte olmalarını gerektirir. Küçük ile ev başkanı arasındaki etkileşim, bağımlılık, hakimiyet ilişkileri, bu süreç içerisinde kurulur. Küçüklerin eğitilmesi, bilgilendirilmesi, zarar verici davranış ve tehlikelere karşı uyarılması, talimat verilmesi, yasak konması yanında izlen-

mesi, denetimi ve gözetimi de çocuğun yetiştirilmesi ödevleri içinde yer alır. Bu nedenledir ki, ev başkanının sorumluluğu, insanın öğrenmeye açık, eğitilebilir bir varlık olması, toplum halinde yaşamak zorunda bulunması ve aile kurumunun gösterdiği özellikler nedeniyle özel olarak düzenlenmiştir.

Ev başkanının özen ve gözetim görevi, çocuğun eğitim, yetiştirilmesi ve denetimi anlamında kullanılmaktadır. Yoksa, ev başkanının her an ve her yerde küçüğü gözetip kontrol edeceği anlamına gelmez. Küçüğün eğitim ve yetiştirilmesi görevi, birlikte yaşama ve bağımlılık ilişkisi içinde yerine getirilmiş olur. Örneğin, çocuğun evden ayrılarak geçici olarak günün belli saatlerinde okulda olması, çocukla ev başkanı arasındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği gibi görünmesine karşın, bu kesilme süreklilik göstermediği, günün belli bir saatini içine aldığı için ev başkanının çocuk üzerindeki özen, gözetim, eğitim, öğretim ve denetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Çünkü küçüğün eğitim, öğretim ve yetiştirilmesiyle ilgili süreç devam etmektedir.

Öğretide ev başkanına tabi olanların, birlikte yaşanan evden eylemli olarak ayrılmaları, başka bir anlatımla ev başkanı ile aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesilmesi halinde, ev başkanının sorumluluğunun ortadan kalkması gerektiği görüşünde olanlar vardır.¹⁵ Yargıtay'ın geçmişte bu doğrultuda verdiği kararlar bulunmakta ise de, ev başkanının hakimiyetine tabi olan çocuğun, gündüz çırak olarak çalıştığı işyerindeki usta başının ev başkanlığı altında olduğu, günün belli saatlerinde öğrenci olarak devam ettiği okulun yöneticisinin başkanlığına tabi bulunduğu konularında bir duraksama yoktur.

“Davacı Keramettin’e velayeten babası Bekir tarafından, davalı Hasan ve ME.Bakanlığı aleyhine -ayrı ayrı dilekçeler ile- haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istenmiştir. Yargılama sonunda, davanın kısmen husumetten, kısmen de görevsizlikten reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı ile davalılardan MEB. temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı Milli Eğitim Bakanlığı'nın tüm, da-

(15) TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 1960, s. 176, / TEKİNAY, S. Sulhi, Aile Hukuku, İstanbul 1971, s. 471, / ÜNAL, M. age. s. 58

vacının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Yerel mahkemece davalı MEB. hakkındaki dava yargı yolu bakımından (idari yargı görevli olduğundan), diğer davalı Hasan hakkındaki dava ise davalının aile başkanı olduğu, adı geçenin bu sıfatla okul idaresi ile birlikte sorumlu tutulamayacağından husumetten reddedilmiştir

Dava, davalı Hasan'ın kızı Sümeyye tarafından küçük Keramettin'in gözüne kalem batırılması nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Yerel mahkemece olayın okulda meydana geldiği ve küçük Sümeyye'nin okul idaresinin sorumluluğu altında bulunduğundan, davalı baba Bekir hakkındaki dava husumetten reddedilmiştir.

Çocukların yatılı okumaları durumunda gözetim ve denetimin tamamen okul idaresinde olduğu durumlarda, aile başkanlığı görevinin okul idaresine geçtiği düşünülmelidir. Çünkü bu halde aile başkanının bakıp gözetmesi,devamlılık taşıyacak biçimde ortadan kalkmaktadır. Oysa somut olayda, günün belirli saatlerinde okula giden çocuğun yetiştirilmesi, gözetilip denetlenmesi konusunda aile başkanının görevi sürmektedir. Diğer bir anlatımla, bu gibi durumlarda aile başkanlığı görevi kesintiye uğramamaktadır. Çocuğun günlük olarak yetiştirilmesi sürdürülmektedir. Böylece aile başkanlığı görevi yine babaya ait bulunmaktadır. Baba aile başkanı sıfatıyla bu görevlerini sürdürmek durumundadır. O halde davalı baba Hasan'ın tazminat sorumluluğu bulunduğu halde, onun hakkındaki davanın husumetten reddi, usul ve yasa ya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir..." (Y. 4. HD. 18.9.2003 gün, 2003/4678 E, 10280 K.)

Küçüğün uzun süreli olarak yatılı bir okula gitmesi halinde, aile başkanının yasadan doğan bu yükümlülüğü kesilmekte ve yatılı okulda kaldığı sürece sorumluluk tamamen okul yönetimine geçmektedir. Çocuğun günün belli saatlerinde, okulda olduğu sıradaki zararlandırıcı davranışından dolayı, okul yönetiminin, çocuğun ev başkanı ile birlikte sorumlu olmasının nedeni,

ev başkanı sorumluluğunun kendine özgü özellikleri ve içeriğinden kaynaklanmaktadır.

“Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Malkara Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 30.3.2001 gün ve 2000/238-2001/195 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 19.11.2001 gün ve 2001/6975-11386 sayılı ilamı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine, özellikle M.K'nun. 320. maddesine dayanarak ailede sorumlu baba olduğundan, anne aleyhine açılan davanın reddinin bu yönden doğru olmasına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddedilmesidir.

2-Küçük Oktay Bulut, okul bahçesinde oynarken yay ve ok kullanmış; ok davacıların küçük kızı Ebru Çam'ın gözüne isabet etmiştir. Ebru bu olay sonucu sağ gözünü kaybetmiştir. Dava, davalı baba yönünden de red edilmiştir.

Her ne kadar çocukların yatılı okumaları durumunda gözetim ve denetimin tamamen okul idaresine geçtiği düşünülüp kabul edilmekte ise de, somut olayda olduğu gibi, günün belirli saatlerinde okula giden çocuğun yetiştirilmesi gözetilip, denetlenmesi okul idaresine ait olmayıp, aile başkanının görevi içindedir. Diğer bir anlatımla bu gibi durumlarda, aile başkanlığı görevi yine babaya ait bulunmaktadır. Baba aile reisi sıfatıyla bu görevlerini sürdürmek durumundadır.

O halde, davalı baba Ramis Bulut'un tazminat sorumluluğu vardır. Onun hakkında da davanın reddi usul ve yasaya aykırı bulunduğundan karar bu nedenle bozulmalıdır...”) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, haksız fiil nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı Mustafa Çam, Malkara Murat Erbay İlköğretim Okulunda öğrenci olan kızı davacı Ebru Çam'ın, aynı okul öğrencilerinden, davacılar Ramiz ve Reyhan Bulut'un çocuğu Oktay Bulut tarafından teneffüs sırasında yaralandığını ve sonuçta bir gözünü kaybettiğini, ayrıca çehresinde sabit eser oluştuğunu, meydana gelen bu zarardan gerek Oktay Bulut'un anne ve babası olan davalıların ve gerekse, okul müdürü ve olay günü nöbetçi olan öğretmen ile Milli Eğitim Bakanlığı'nın sorumlu bulduklarını ileri sürerek, 9.000.000.000 TL. maddi ve 3.000.000.000 TL. manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar Ramiz Bulut ve Reyhan Bulut vekili, davanın haksız fiil iddiasına dayalı olarak açılmış olması ve mümeyyiz olmayan küçük Oktay'ın kendi haksız fiilinden sorumlu bulunmaması karşısında, onun ebeveyni olan davalıların da kusurlarından ve sorumluluklarından söz edilemeyeceğini, esasen davalıların haklarında açılan ceza davasında da beraat ettiklerini; davanın M.K. nun 320. maddesine dayalı olduğunun düşünülmesi durumunda ise, aile reisi sıfatı bulunmayan Reyhan Bulut hakkındaki davanın sıfat yönünden reddi gerektiğini; yaralanmaya neden olan olayın okul bahçesinde ve okul saatleri içerisinde meydana gelmesi ve küçük Oktay'ın olayda kullandığı oku olaydan önce başka bir çocuktan almış olması, ceza davasındaki bilirkişi raporuna göre de okul bahçesinde aile reisinin otoritesinin bulunmaması karşısında davalıların sorumluluklarının olmadığını; nihayet davacı baba Ramiz'in gözetim görevini gereği gibi yerine getirdiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Diğer davalılar da davanın reddi isteminde bulunmuşlardır.

Yerel Mahkemece; davadaki tazminat isteminin M.K. nun 320. maddesindeki aile başkanının sorumluluğu kavramına dayalı bulunması karşısında, davalı anneye husumet düşmeyeceği; davacı Ebru'nun gözünün kör olmasına neden olan olayın, öğrencilerin teneffüste buldukları bir sırada, okul bahçesinde ve ihata duvarlarının içerisinde meydana geldiği, öğrencilerin, okulda buldukları sırada okul aile başkanlığının denetim ve gözetimi altında buldukları, çocuğun okulda olduğu zamanlarda babanın denetim ve gözetim görevinin devam etmesinin fiilen imkansız ve hayatın olağan akışına da aykırı olduğu; ceza davasında verilip kesinleşen beraat kararıyla, davalı anne ve babanın gözetim görevinin ihmali niteliğinde bir eylemlerinin bulunmadığının saptandığı, dolayısıyla, davalı babanın da tazminattan sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı; diğer davalıların hizmet kusuruna dayalı sorumlulukları söz konusu olabilir de, hizmet kusuruna dayalı tazminat davalarına bakma görevinin, idari yargıya ait bulunduğu gerekçesiyle, davalı anne Reyhan Bulut hakkındaki davanın sıfat yönünden, davalı baba Ramiz Bulut hakkındaki davanın esastan reddine; diğer davalılar hakkındaki tazminat davasına bakma görevinin idari yargıya ait bulunduğu tespitine, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar vermiş, Yüksek Özel Daire yukarıdaki gerekçeyle kararı bozmuştur.

Toplanan delillerden, davalı Ramiz Bulut'un 1.1.1993 doğumlu oğlu Oktay'ın, birinci sınıf öğrencisi olduğu ilköğretim okulunun bahçesinde, 4.10.1999 günü saat 14.30 sıralarında, öğrencilerin teneffüste buldukları bir anda, aynı okulda beşinci sınıf öğrencisi olan 10.2.1989 doğumlu davacı Ebru'ya, ucu sivriltilerek ok şekline getirilmiş bir çubuğu lastikli bir düzencele fırlatmak suretiyle, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi'nin 15.11.1999 günlü raporuna göre, sağ gözünün göremez hale gelmesine ve ayrıca çehresinde sabit iz kalmasına neden olacak şekilde yaraladığı anlaşılmaktadır. Maddi olgunun bu şekilde gerçekleştiğinde, taraflar, yerel mahkeme ve Yüksek Özel Daire arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Yerel mahkemenin bozulan kararı, temyiz ve bozmanın kapsamı ile direnme kararının gerekçesi itibariyle uyuşmazlık, açıklanan bu maddi olgu sonucunda doğan zarar nedeniyle, davalı baba Ramiz Bulut'un, olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 743. Sayılı M.K. nun 320. mad-

desi anlamında, ev reisi (aile başkanı) sıfatıyla davacılara karşı tazminat sorumluluğunun bulunup bulunmadığı; eş söyleyişle, okul saatlerinde ve okul bahçesinde gerçekleşen bu olayla ilgili olarak, aile başkanlığı görev ve sorumluluğunun mevcut olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, zarar verenin eylemli olarak evin mensubu olmaktan çıktığı, başka bir ifadeyle aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği durumlarda, aile reisinin sorumluluğu bu durumun sona erdiği ve zarar verenin tekrar evin mensubu haline geldiği ana kadar ortadan kalkar. Bağımlılık ilişkisinin hangi hallerde kesildiği hususu, uyumsuzluğu doğuran her somut olayın kendi özellikleri çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Örneğin, akıl zayıflığı taşıyan birinin sağlık kurumuna yatırıldığı veya bir öğrencinin yatılı okula alındığı hallerde, aile başkanı ile aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesileceği, öğretide ve Yargıtay kararlarında ittifakla kabul edilmektedir. Buna karşılık, somut olayda olduğu gibi, yatılı olmayan, öğrencilerin sadece günün belirli saatlerinde öğrenim gördükleri eğitim kurumlarında geçen süre bakımından, aile reisi ile zarar veren arasındaki bağımlılık ilişkisinin kesilip kesilmeyeceği konusunda farklı görüş ve kararlar bulunmaktadır.

Ne var ki, zarar doğuran eylemin gerçekleşme biçimi ve özellikle de zarar veren küçük Oktay Bulut'un yaşı gözetildiğinde, somut olayın bu özellikleri karşısında, öğretideki konuya ilişkin görüşlerin ve Yargıtay uygulamasının değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır.

Şöyle ki; yukarıda açıklandığı üzere, davacı Ebru Çam'ın zarar görmesine neden olan eylem, 01.01.1993 doğum tarihli olup, 04.10.1999 olay tarihi itibarıyla henüz altı yaşında bulunan ve ilköğretim okulunda birinci sınıf öğrencisi olan Oktay Bulut tarafından gerçekleştirilmiştir. Çocukların okula gidişleri sırasında onlara nezaret, yaşlarına göre örf tabidir. Pek küçük yaştaki çocukların okula kadar götürülmesi, aile başkanı sıfatıyla babanın görevidir. Öte yandan, aile başkanı, ailesindeki küçüklerin tabiat, davranış biçimi ve alışkanlıklarını da gözeterek, onların zarar verici eylemlerine engel olmakla yükümlüdür. (Mustafa Reşit Belgesay, Türk kanunu Medenisi Şerhi, Şahsın Hukuku, İstanbul

1957, sayfa: 310.) Olayla ilgili olarak açılan ceza davasında dinlenen tanık Yıldırım Dikmen'in beyanına göre, küçük Oktay olayda kullandığı oku, olaydan ve okula gitmeden önce, evine uzak bir yerde, bir top karşılığında bu tanıktan almıştır. Her ne kadar, küçük Oktay'ın arkadaşından aldığı bu oku okuldan önce evine ve daha sonra okul çantası içerisinde veya başka bir şekilde okula götürmüş olduğuna dair herhangi bir delil yok; dolayısıyla, önce bu okun eve intikal ettirildiğine ve böylece davalı babanın okun varlığından haberdar olduğuna ya da olması gerektiğine dair bir delil bulunmamakta ise de, bu durum sonuca etkili değildir: Oktay, söz konusu oku ister önce evine ve daha sonra okul çantası içinde veya başka şekilde okula götürmüş, isterse, evine hiç götürmeden doğrudan arkadaşından alıp okula götürmüş olsun, somut olayda davalı babanın sorumluluğu değişmez. Çünkü, 743. Sayılı M.K. nun 320. maddesinde düzenlenen aile reisinin sorumluluğu, zarar verene nezaret (gözetme) görevinden kaynaklanmaktadır. Aile reisinin sorumluluktan kurtulabilmesi için de, bu nezaret görevini adet üzere ve halin gerektirdiği dikkatle yerine getirmiş olduğunu kanıtlaması gerekir. Somut olayda, altı yaşında, henüz ilköğretim okulu birinci sınıf öğrencisi olan ve dava konusu eyleminden ayrı olarak, oturduğu mahalledeki başka bir oyun arkadaşının kafasını da taşla yaraladığı; dolayısıyla, o yaşlardaki bir çok çocuk gibi, beklenmedik ve zarar verici eylemlerde bulunmaya eğilimli bir yapıya sahip olduğu dosya kapsamından anlaşılan oğlu küçük Oktay'ın, başkalarına zarar verme olasılığı çok yüksek bulunan, ok şekline getirilmiş çubuğu herhangi bir yolla edinmesine ve hele bunu çok sayıda başka çocuğun bulunduğu okul bahçesine kadar götürmesine engel olmak, davalı babanın nezaret görevinin doğal ve zorunlu gereklerinden sayılmalıdır. Davalı babanın nezaret görevini somut olay bakımından yukarıda değinilen içerikte yerine getirmiş olduğu da kanıtlanamamıştır.

O halde, dava konusu olayda, davalı babanın aile reisi sıfatıyla oluşan zarardan sorumlu tutulması gerekir. Mahkemece, bu yöne işaret eden bozmaya uyulması gerekirken, direnme kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

S O N U Ç : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenler-

den dolayı H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 20.12.2002 gününde oybirliği ile karar verildi. (Y. HGK'nun 20.12.2002 T. 2002/4-1025 E, 1080 K.)

IV. SORUMLULUĞUN KOŞULLARI :

Ev başkanının özen, gözetim ve denetiminde olan küçüğün zararlandırıcı davranışından dolayı sorumluluğu için; zararlı davranış, zararın doğmuş olması, zararın ortaya çıkmasında hukuka aykırılık ve zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Ayrıca, ev başkanı kurtuluş kanıtı getirmemiş olmalıdır.

a- Zararlandırıcı davranış

Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, ortada zarara neden olan bir davranış (eylem) bulunmalıdır. Zarar veren ise, ev başkanının özen, gözetim ve denetimine tabi olan ve aralarında ev başkanlığı ilişkisi bulunan kimse olmalıdır. (Küçük, akıl hastalığı yada akıl zayıflığı olan.) Ev başkanının, küçükleri dikkatli davranmaları ve kurallara uymaları konularında eğitme, yetiştirme ve uyarma yükümlülükleri vardır. Küçüklerin en çok görülen zararlı davranışları; oyun sırasında taş, sopa, ağaç dalı ve kağıttan yapılmış ok atma, oyuncak tabanca, bıçak ve ateşli silahla yaralama, yangın çıkarma, hırsızlık yapma ve irza tasaddi vb. olaylardır.

“Ev başkanının sorumlu tutulabilmesi için,özen ve gözetime muhtaç durumdaki küçüğün hukuka aykırı bir davranışıyla üçüncü kişilere zarar vermiş olması yeterlidir.”¹⁶

Kaldı ki, küçüğün doğrudan doğruya bir zarar vermiş olması da gerekmez, çocuğun zararlandırıcı eylemi başlatacak (doğuracak) biçimde iradesini kullanmış olması yeterlidir.¹⁷

Aynı evde yaşayan, diğer aile bireylerinin (ev başkanının özen, gözetim ve denetime tabi olmayanların) başkalarına verdikleri zararlardan dolayı ev başkanı sorumlu tutulamaz.

(16) Y. 4HD. 14.2.1980 T. 1979/11318 E, 1980/1887 K. (YKD. Yıl 1980, s. 1345)

(17) ÜNAL, M. age. s.101

b- Zararın doğmuş olması

Aile başkanına tabi, onun özen, gözetim ve denetiminde olan küçüğün davranışı sonucu başka (üçüncü) bir kişi, maddi yada manevi bir zarar görmüş olmalıdır.

Ev başkanının sorumluluğu için zarar, küçüğün hukuka aykırı davranışı sonucu ortaya çıkmış olmalıdır. Küçüğün zararlı davranışının, bir yapma yada yapmama eylemi olması, kusurlu yada kusursuzluğu, zarardan küçüğün şahsen sorumlu bulunması ev başkanının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.¹⁸

Sorumluluk yönünden, zararın çeşidi önemli değildir. Ev başkanına tabi olanların, üçüncü kişilere verdiği her türlü zarar sorumluluk doğurur. (Şahsın vücut bütünlüğüne, malına ve kişilik değerlerine yönelik olarak; öldürme, yaralama, yakma, yıkma, çalma, ırza geçme gibi.) Küçüğün, meşru müdafaa amacıyla, hukuka uygun olan davranışı nedeniyle ev başkanı sorumlu olmaz..

Ev başkanı yasadan doğan özen, gözetim ve denetim yükümlülüklerini, durum ve koşulların gerektirdiği biçimde yerine getirmemesi yanında, kendi kusurlu davranışlarıyla zararın doğmasına katılmış olursa, kendi eyleminden dolayı ayrıca sorumlu olur.

Ev başkanının, başkanlık yükümlülüklerini yerine getirmesi sırasında, doğrudan doğruya üçüncü kişilere zarar vermesi bir haksız fiil olduğundan, zarar gören üçüncü kişi ev başkanından MY'nın 369. maddesine göre değil, BK'nun 41. maddesine dayanarak tazminat isteyebilir.

Ev başkanının, MY'nın 369/2. fıkrasındaki sorumluluğu ise, başkanlığına tabi olanın, kendi kendisine zarar vermesi halinde söz konusu olur. Gerekli özen ve dikkati göstermediği için kusurlu sayılır. Bu durumda ev başkanı, kusursuz sorumluluk ilkesine göre değil, kusura dayalı olarak sorumlu olur.

(18) TUNÇOMAĞ, K. age. s. 571

c- Hukuka aykırılık

Hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruyan emredici bir davranış kuralının ihlal edilmesidir.¹⁹ Ev başkanının sorumluluğu, yasa ile kendisine yükletilmiş olan görevleri yerine getirmemiş olmasından doğmaktadır. Ev başkanının özen, gözetim ve denetimine tabi olanların davranışlarıyla başkasına zarar vermesi durumunda ev başkanı, yasanın kendisine yüklemiş olduğu görevleri yerine getirmemiş sayılır. Bu yüzden, üçüncü kişinin mutlak bir hakkının ihlal edilmiş olması, hukuka aykırılık oluşturur.

Burada hukuka aykırılık, iki biçimde ortaya çıkmaktadır,

1- Aile başkanının gözetim ve denetiminde olan küçüğün, başkasının zararına sebep olan davranışının hukuka aykırılık oluşturması,

2- Aile başkanının eğitime, yetiştirme, gözetim ve denetim görevlerini gereği gibi yerine getirmemiş olmasının hukuka aykırılık sayılması.

Hangi biçimde ortaya çıkmış olursa olsun, üçüncü kişi bakımından emredici bir davranış kuralı ihlal edilmiş olduğundan, hukuka aykırılık koşulunun gerçekleştiği kabul edilir.

Ev başkanının sorumluluğunda hukuka aykırılık için, ev başkanının kusurunun aranmasına gerek yoktur. Bu sorumluluk tipinde, küçüğün tek tek eylemlerine göre önlem alınmamış olması değil, onun eğitim, öğretim ve yetiştirilmesinde, davranış ve eylemlerinin disipline edilmesinde yetersiz kalmış olması ölçü olarak alınır.

Ev başkanı kural olarak, başkanlığı altında bulunan başkalarına zarar vermemesi için eğitime, yetiştirme yanında, üzerindeki özen, gözetim ve denetim görevlerini gereken biçimde yapmış olmalıdır. (Bu yükümlülüklerin ihlal edilmiş olması, hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilir.)

Mücbir sebep, bir hakkın kullanılması, zarara izin verilmiş olması, zaruret (izdirar) hali ve meşru müdafaa durumları hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

(19) TANDOĞAN, H. , Mesuliyet, s. 18

d- Uygun illiyet bağı

Ev başkanının özen, gözetim ve denetimi altında bulunan kimsenin hukuka aykırı davranışlarıyla, doğmuş olan zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Sorumluluk için, zarar ile davranış arasında uygun bir bağlantı bulunmalıdır. Ortaya çıkan zarar, eylemin uygun sonucu olmalıdır. Hem ev başkanının hem de küçüğün davranışı ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır.

Yasanın öngördüğü kabule göre, ev başkanı özen, gözetim, uyarma ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmemiş olduğu için zarar ortaya çıkmış olmalıdır. Ev başkanının sorumluluğu kusura dayanmadığı için, hukuka aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağının var olduğu (varsayımı) kabul edilir. Bu yüzden, ev başkanının sorumluluğunda illiyet bağı koşulu, kusur sorumluluğuna göre daha çok önem taşır. Ev başkanının yükümlülüğü olan özen, gözetim ve denetimin ölçüsü; **alışılabilen, gerekli olan, koşulların gerekli kıldığı, olması gereken, uygun olan, alışılmış biçimde** kavramlarıyla açıklanan somut olayın gösterdiği özellik ve koşullara göre belirlenir. Küçüğün çok iyi biçimde eğitilmiş, terbiye edilmiş ve yetiştirilmiş olması yeterli değildir. Ev başkanlığı görevi, küçüğün kişilik özellikleri, ailenin sosyal ve kültürel durumu ile çevre koşulları da gözetilerek yapılmış olmalıdır.

Ev başkanı; özen, gözetim ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmiş olsaydı, küçüğün hukuka aykırı zararlı davranışta bulunmayacağı açık ise, ev başkanının önleyici hareketi yapmamış olması ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilir. Örneğin, yaratacağı tehlike ve zararlar konusunda gerekli bilgileri vermeden ve uyardıktan oyuncak tabanca ve mantarını küçüğe vermiş olan ev başkanının eylemi ile küçüğün oyuncak tabancayı verdiği arkadaşının zararlı eylemi arasında uygun illiyet bağı vardır.

Mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin kusuru, illiyet bağını keser. (Ev başkanının sorumluluğunu ortadan kaldırır.)

d- Kurtuluş kanıtı getirilmemiş olmalı

Ev başkanının sorumluluğu, "objektif özen ve gözetim görevlerinin yerine getirilmediği varsayımına (kanuni karinesine) dayanır." Ev başkanına, bu karineyi çürütme olanağı tanınmıştır. Buna "kurtuluş beyyinesi" denir. Yasa-

nın amacı; özen, gözetim ve denetime tabi olanların verebilecekleri zararlara karşı üçüncü kişileri korumaktır. Bu yüzden ev başkanının sorumluluğunda, objektif (kusursuz) sorumluluk ilkesi benimsenmiştir. Ev başkanı sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu değil, yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu kanıtlamalıdır.²⁰

MY'nın 369. maddesi ev başkanının, "gözetiminde olanın verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur" hükmü ile sorumluluktan nasıl kurtulabileceğini göstermiştir. Ev başkanı, başkanlığına tabi olan küçüğün zararlı davranışında kendisinin bir kusuru bulunmadığını kanıtlama hakkına sahip değildir. Ev başkanının, özen, gözetim ve denetim ödevleri, küçüğün her türlü davranışını kapsar. Ev başkanı, yasanın kendisine yüklediği özen gözetim ve denetim görevlerini somut olayın özelliklerine göre yerine getirdiğini yada özen ve gözetim görevini yerine getirseydi dahi zararın doğmasına engel olamayacağını kanıtlamak koşuluyla ancak sorumluluktan kurtulabilir. Ev başkanının objektif özen görevini yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde; çocuğun kişilik özellikleri göz önünde tutularak, özen, gözetim, denetim ve gereken önlemlerin alınıp alınmadığı ile talimatların verilip verilmediği konuları araştırılır.

Ev başkanının yerine getirmek zorunda olduğu özen, gözetim ve denetim görevi "alışlagelen, gerekli olan, olması gereken, durum ve koşulların gerektirdiği" gibi olmalıdır. Bunun için de ev başkanı, gözetim ve denetiminde olanların yaşı, cinsiyeti, fiziksel ve ruhsal durumu, gelişmesi, alışkanlıkları, eğilimleri, kişilik özellikleri, eğitimi, yaşanan çevrenin sosyal ve kültürel özelliklerini gözeterek bu görevlerini yerine getirmelidir. Örneğin çalışkan, düzenli ve terbiyeli bir çocuk için gösterilecek özen, gözetim ve denetim görevi ile düzensiz ve saldırgan bir çocuk için gösterilecek özen, gözetim ve denetim görevi farklıdır. Ev başkanı çocuğun eğitim ve yetiştirilmesinde, zarar verici eylemi ve yaratacağı tehlikeyi öğretmede, tehlike yaratacak araç ve gereci ortadan kaldırmada, onun kişilik özelliklerine göre önlem almada ye-

(20) TUNÇOMAĞ, K. age. s. 571

tersiz kaldığı, ona doğru olmayan işlemler (muameleler) yaptığı, gözetim ve denetimini yapmadığı sürece yükümlülüklerini yerine getirmiş kabul edilemez.

Bir olayda ev başkanının özen, gözetim ve denetim ödevlerini yapıp yapmadığının tespiti görevi hakime aittir. Hâkim takdir hakkını, gözetime tabi olan çocuğun yaşını, kişilik özelliklerini, tehlikenin varlığını anlama ve önleme yeteneğini, yaşanılan çevre koşullarını gözeterek ve somut olayın tüm özelliklerini belirleyerek kullanmalıdır. Çünkü, takdirin yerinde olup olmadığı konusu Yargıtay denetimine tabidir.

Ev başkanının, küçüğe iyi bir eğitim ve terbiye verdiğini, onu çok iyi yetiştirdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ev başkanı, küçüğe verdiği eğitim ve terbiyenin derecesinden değil, kendisine düşen özen, gözetim ve denetim görevlerini yapıp yapmadığı ve önlemleri alıp almadığı ile sorumludur. Ev başkanı MY'nın 369. maddesinde belirtilen dışında, bir başka kurtuluş kanıtı getiremez.

“Davalı Ahmet olay tarihinde 18 yaşından küçük olup, davacının oğlu Hasan’a fiili livatada bulunmuş ve ceza mahkemesinde eyleminden dolayı hüküm giymiştir. Davada, Ahmet’in babası Süleyman aile başkanı olarak sorumlu gösterilmiştir. Mahkeme, davalı baba Süleyman’ın objektif özen ödevini yerine getirdiği gerekçesiyle Süleyman hakkındaki davayı reddetmiştir.

Reşit olmayan bir kişinin eğitim ve yetiştirilmesi kural olarak aileye düşer. Bu konu Medeni Kanununun 320. maddesinde düzenlenmiş olup, ev reisinin bu konudaki sorumluluğu belirtilmiştir. Bu sorumluluk için ana ilke; ev reisinin gözetimindeki özen ödevini yapmamasıdır.. Oysa baba Süleyman aile başkanı olarak, kendisine düşen özen ve gözetim ödevlerinin gerekli kıldığı tüm tedbirleri almakla sorumludur. Soyut, afaki nasihat ve talimat, özen ve gözetim ödevinin yerine getirildiğini kabule elverişli olamaz. Davalı küçük Ahmet’in gerçekleştirdiği eylem, onun aile başkanı tarafından tehlikeli ve ahlaka aykırı şeyler yapmaktan uzak tutulmadığını ve kendisine bu konularda gerekli bilgi verilip aydınlatılmamış olduğunu göstermektedir. Bu nedenlerle, aile başkanı olarak davalı baba Süleyman’ın da sorumlu tutulması gerekirken, yerli delile dayanmayan soyut gerekçe ile Süleyman hakkındaki davanın

reddedilmiş olması kararın bozulmasını gerektirmiştir. (Y.4HD. 15.10.2001 gün, 2001/5170 E- 9428 K.)

Başkaları için tehlike gösteren bir akıl hastasını, gerekli bakım ve tedavi yapılmak üzere bir sağlık kuruluşuna göndermeyen ev başkanı, kusurlu sayılacağından kurtuluş beyinesinden yararlanamaz.

Aile başkanının, özen, gözetim ve denetimi altında bulunan küçükü zararlı davranışta bulunmaya yönelmesi yada böyle bir davranışta bulunmaya izin vermesi durumunda küçükle birlikte bölüşük kusuru söz konusu olacağından, kurtuluş kanıtı getirme olanağı ortadan kalkar.

V- SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

a- Dava açılması

Kural olarak, başkasına zarar veren kimsenin bu zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir. Ayırt etme gücü bulunmayan küçük, kusur ehliyeti olmadığı için haksız fiil oluşturan davranışından dolayı sorumlu tutulamaz. Kusur ehliyeti olmayanın, haksız eyleminden söz edilemez ise de; ortaya üçüncü kişinin bir zararının çıkması durumunda, bu zararın hakaniyet ilkesine göre, tazmin edilmesi gerekir. Fiil ehliyeti bulunmayanın davranışı sonucu ortaya çıkan zararın, mağdur olan kimse üzerinde bırakılmasına hukuk düzeni izin vermediği için, ortaya özel nitelikli bir sebep olma sorumluluğu çıkmakta ve aralarındaki bağımlılık ilişkisi nedeniyle ev başkanı, çocuğun davranışından yasa ile özel olarak sorumlu tutulmaktadır.

Özen ve gözetime tabi olan çocuğun, hukuka aykırı davranışı sonucu zarar gören üçüncü kişi, zararının giderilmesini dava açarak isteyebilir. Ev başkanının sorumluluğu için, üçüncü kişinin zararının doğmuş olması yeterlidir. Üçüncü kişinin zararı, maddi yada manevi zarar olabilir. (Üçüncü kişinin malına, vücut bütünlüğüne yada kişilik değerlerine zarar verilmesi gibi.) Ev başkanı, başkanlığı altında bulunan ve ergin (reşit) olmayan çocuğun üçüncü kişiye verdiği zarardan, onun üzerindeki özen, gözetim ve uyarı görevlerini yerine getirmediği için, MY'nın 369. maddesi uyarınca sorumlu bulunmaktadır. Zarardan sorumluluk ise, onu tazmin etme yükümlülüğünü doğurur.

Ayirt etme gücü olmayanın davranışıyla, üçüncü kişinin bir zararı ortaya çıkarsa, bu davranış hukuka aykırılık oluşturur. Ancak, zarar verenin ayırtım gücü olmadığı için kusurundan söz edilemez. Ayırt etme gücü, çocuğun akla uygun biçimde davranma ve iyiyi kötüden ayırabilme yeteğine sahip olmasıdır. Ayırtım gücü olanların kusur ehliyetleri bulunduğu için, haksız eylemlerinden dolayı sorumlulukları vardır (MY. m. 16/2). Üçüncü kişilere verdiği zarar nedeniyle çocuğa karşı; ayırtım gücü varsa BK'nun 41. maddesine, ayırtım gücü yoksa BK'nun 54. maddesine göre dava açılabilir. (Davada küçüğü aile başkanı temsil eder.) Yasalarda, ayırt etme gücü için bir yaş sınırı gösterilmemiştir. (Ayırtım gücünün -farik ve mümeyyiz- olup olmadığı, MY'nin 13. ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usülleri Hakkındaki Kanun'un 41. maddelerine göre belirlenir.)

Konumuzla olan ilgisi nedeniyle, dava ehliyeti ve taraf ehliyetini kısaca açıklamakta yarar bulunmaktadır.

Taraf ehliyeti: Kişinin bir davada taraf olabilme yeteneğidir. Medeni haklardan yararlanma hakkı bulunan her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf olabilme ehliyeti vardır. (MY. m. 8) Haklara ve borçlara ehil olanlar, dava açabilirler ve kendilerine karşı da dava açılabilir. (Herkes, bir davada davacı yada davalı olarak taraf olabilir. Ancak herkesin bir davayı, davacı yada davalı olarak takip etme ehliyeti yoktur.)

Dava ehliyeti: Kişinin bir davayı, davacı yada davalı olarak takip edebilme ehliyetidir. Ayırtım gücüne sahip ve ergin olan ve de kısıtlı olmayan kişilerin dava ehliyeti vardır. (Medeni hakları kullanabilme ehliyetidir. MY. m. 9) Ayırtım gücü olmayan kişilerin, medeni hakları kullanma ehliyeti olmadığı için, dava ehliyeti yoktur. Dava ehliyeti bulunmayan kişileri, taraf oldukları davalarda yasal temsilcileri temsil eder.

Davacı genellikle, zarar veren çocuğun mal varlığının olmaması, dava ehliyetinin bulunmaması ve ahlaki nedenlerle davasını, MY'nin 369. maddesine dayanarak, çocuğun ev başkanına karşı açar. Bu durumda dava sonunda hak edilecek tazminat, ev başkanının malvarlığından alınır.

Zarar gören davacı, zarar veren çocuk ile ev başkanı aleyhine birlikte dava açarak; çocuktan haksız fiil faili olarak, ev başkanından özen, gözetim ve denetim görevini yerine getirmedeği için tazminat isteminde bulunabilir. Ne var ki, çocuğun dava ehliyeti bulunmadığından, açılan davada çocuğu yasal temsilcisi (velisi) olarak ev başkanı temsil eder. (Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidir. MY. m. 342/1)

“...Dava tazminat istemine ilişkindir. Dava dilekçesinde husumet yöneltirken, davalı olarak, kendisine asaleten ve Serhat’a velayeten Mehmet Pala sözcükleri yazılmıştır. Mahkemece, sadece çocuğa karşı dava açılması gerektiği, babanın davada taraf olamayacağı, çocuğun temsilcisi hakkında da hüküm kurulamayacağı belirtilerek sıfat yokluğu nedeniyle dava reddedilmiştir.

Fil ehliyetine sahip bulunmayan küçükler tarafından haksız eylem işlenmesi durumunda sorumluluk iki çeşittir. Haksız eylem nedeniyle tazminat istenmesi durumunda husumet, BK’nun 41. maddesi gereğince haksız eylemin faili olan küçüğe yöneltilir. Böyle bir davada küçüğün yaşı nedeniyle taraf ehliyeti bulunmadığından onu temsilcisi olan velisi temsil eder. Burada veli, davalı durumunda bulunmayıp, temsilci durumundadır. Davalı olan sadece çocuktur ve tazminat hükmü de çocuğun malvarlığından tahsil edilecektir. Aynı olaydan kaynaklanan diğer sorumluluk ise, ev başkanının sorumluluğudur. MY’nın 369. maddesinde düzenlenen bu sorumlulukta, ev başkanı küçüğün haksız eylemi nedeniyle zarar görene karşı sorumlu olmaktadır. Böyle bir davada ise, davalı durumunda olan ev başkanı (veli) olup, tazminat hükmü ev başkanının mal varlığından tahsil edilecektir. Açıklanan her iki sorumluluk, birbirinden farklı hukuki nedenlere dayanmaktadır. Haksız eylemden zarar gören kişi, her iki sorumluluk nedenine dayanarak bu davaları birlikte açabilir. Nitekim davacı da, dava dilekçesinde küçüğün haksız eylem faili olarak, babanın da ev başkanı olarak dava edildiğini açıklamış ve iki ayrı davalıya husumet yöneltmiştir.

Şu durum karşısında husumetin doğru yöneltildiğinin kabulü ile işin esasının incelenmesi gerekirken, yerel mahkemece ev başkanı hakkında ayrı dava açıldığı gözetilmeyerek sıfat yokluğu nedeniyle davanın reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir. (Y. 4. HD. 18.10.2004 gün, 2004/3738 E, 11724 K.)

Davacı davasını, doğrudan zararlandırıcı davranışta (eylemde) bulunan çocuğa da yöneltebilir. Davanın doğrudan çocuğa karşı açılması durumunda, küçüğün dava ehliyeti bulunmadığından davada onu velisi temsil eder. Burada dava, küçüğe yöneltildiğinden davalı olan sadece çocuktur. Dava sonunda hükmedilecek tazminat, çocuğun mal varlığından alınır. Çünkü davada, çocuğun yasal temsilcisi olan baba (ev başkanı) davalı durumunda olmayıp velisi olarak çocuğu temsil etmiştir.

Örneğin, Süleyman motorlu aracını tamir için, Bekir'e ait araç bakım servisine bırakmıştır. Aracın bakımı yapıldıktan sonra, bakım servisinde çalışan çırak 16 yaşındaki Mehmet oğlu Kerim, aracın kontrolünü yapmak üzere aracı servisten çıkararak ana yolda seyrederken, Ali isimli kişiye çarparak onun ölümüne sebep olmuştur. Ali mirasçılarının açacağı davada, kimler sorumlu tutulacaktır? Süleyman aracını bakım için servise teslim etmekle, araç üzerindeki hakimiyeti bakım süresince fiilen servis sahibi Bekir'e geçtiğinden, Süleyman'ın olay nedeniyle sorumluluğu yoktur. Motorlu araç bakım hizmeti için, servis sahibi Bekir'in hakimiyetine verildiğinden işleten gibi sorumludur. Bekir ayrıca, Kerim' in eyleminden istihdam eden (BK. m. 55) olarak da sorumlu olur. Bakım servisinde çırak olarak çalışan Kerim, işyerinde bulunduğu sürece servisteki usta başının özen, gözetim ve denetimine tabi olduğundan, ustabaşı Zeki'nin ev başkanı olarak sorumluluğu vardır. Çırak Kerim, haksız eylemi ile Ali'nin ölümüne sebep olduğundan (olay sırasında ayırtım gücü bulunduğu için), BK'nun 41. maddesi uyarınca sorumludur. (Reşit olmadığı için davada kendisini, yasal temsilcisi olarak babası Mehmet temsil edecektir.) Kerim bakım servisinde gündüzleri çırak olarak çalışmakta, akşamları ise ailesi ile birlikte kalmakta olduğu için babası Mehmet'in, oğlu Kerim üzerindeki ev başkanlığı sorumluluğu sürdüğünden, doğan zarardan MY'nın 369. maddesi uyarınca ev başkanı olarak Mehmet de sorumlu bulunmaktadır. Ali mirasçılarının zararından, sayılan kişiler müş-

terek ve müteselsilen sorumludurlar. (Dava dilekçesinde olayın anlatımından sonra, Kerim haksız fiil faili, Bekir istihdam eden ve işleten, ustabaşı Zeki ve Kerim'in babası Mehmet ev başkanı olarak, müşterek ve müteselsilen sorumlu oldukları, Mehmet'in kendisine asaleten çocuğu küçük Kerim'e velayeten davalı olduğu belirtilir.)

Ev başkanının sorumluluğu, çocuğun ergin (reşit) olmasına kadar sürer. Çocuk ergin olmakla (medeni hakları kullanma hakkını elde ederek), davayı takip ehliyetini kazandığından, babanın sorumluluğu sona erer. Bu nedenle ev başkanının sorumluluğu, çocuğun zararlandırıcı eylemde bulunduğu andaki erginlik durumuna göre belirlenir. Davanın açılmasından sonra yada dava sürerken çocuğun reşit olması, doğmuş olan zarardan dolayı ev başkanının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Açılan davada, davacı dayandığı olay ile zarar arasındaki illiyet bağıını ve zararlandırıcı eylemin ev başkanının hakimiyeti altında bulunan küçüğün davranışından kaynaklandığını kanıtlamakla yükümlüdür. Davacının, zararlandırıcı eylem nedeniyle diğer tarafın bir kusuru bulunduğunu kanıtlanmasına gerek yoktur. Ev başkanı ise, kusursuzluğunu değil somut olayın gösterdiği özelliklerin gerektirdiği, özen, gözetim ve denetim görevlerini yerine getirdiğini kanıtlamalıdır. Zararlandırıcı eylemde, küçüğün kusurlu olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Kaldı ki, küçüğün kusurlu olması da aile başkanının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanunda Değişiklik yapılmasına ilişkin 14.4.2004 tarih ve 5133 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesine göre; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabında (üçüncü kısım hariç olmak üzere) yeralan konulardaki dava ve işlere bakma görevi Aile Mahkemelerine aittir.

b- Tazminatın belirlenmesi

Tazminat borcunun kapsamının belirlenmesinde, sorumluluğun nereden kaynaklandığı önem taşımaz. Ev başkanının sorumluluğunun belirlenmesinde, hakimin geniş takdir yetkisi vardır. BK'nun 42, 43, 44, 47 ve 49. maddelerinden yararlanır. İstenilen tazminat miktarı, gerçek zarardan çok

olamaz. Durum ve koşulların özellikleri, alışlagelen ve olması gereken biçime uygunluk, tarafların sosyal, kültürel ve ekonomik durumları ile varsa zarar görenin bölüşük kusuru göz önünde tutulur.

Tazminat borcunun kapsamının belirlenmesinde, kusur durumu önemli bir etken olmakla birlikte ev başkanının sorumluluğunda, kusurun önemi yoktur. Çünkü, ev başkanı zarardan, kusuru bulunmadığı halde (sebepten dolayı) sorumlu bulunmaktadır. Ev başkanına tabi olan küçüğün, davranışında kusuru aranmaz. Bu nedenlerle, sorumluluğun doğması ve tazminat miktarının belirlenmesinde, kusur durumu gözetilmez. (Zaten ev başkanı, başkanlık görevlerini yapmadığı varsayımına dayanılarak kusurlu sayılmaktadır.) Zararın meydana gelmesinde, ev başkanının kişisel bir kusurunun varlığı halinde ise, ev başkanının kurtuluş kanıtı ileri sürmesi olanağı ortadan kalkar.

Zarar gören kişinin, olayın meydana gelmesinde kusuru bulunmakta ise, tazminat miktarından BK'nun 44/1 maddesine göre, kusur oranında (zararın doğmasında yada artmasındaki etkisi gözetilerek) indirim yapılır. Zarar görenin kusuru, zararlı davranış ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağına keşecek düzeyde olursa, tazminata karar verilmez.

c- Zamaşaşımı

Zamaşaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ve ortadan kaldıran bir olgu olmayıp salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır.

Ev başkanı aleyhine açılacak olan tazminat davası, BK'nun 60. maddesi uyarınca, bir yıllık ve on yıllık zamaşaşımı süreleri içerisinde açılmış olmalıdır. Bir yıllık zamaşaşımı süresi, zarar gören kimsenin; a-zararı, b-zarar vereni, c-zarar verenin sorumlu ev başkanını öğrendiği andan itibaren başlar. Ev başkanının sorumluluğuna dayanılarak açılacak davalarda, zamaşaşımı süresinin başlaması için zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrenmesi yeterli olmayıp ayrıca zarar veren çocuğun sorumlu aile başkanının kim olduğunu da öğrenmiş olması gerekir. Zamaşaşımı süresi, davanın açılabilmesi için gerekli olan ve sayılan unsurların hepsinin öğrenilmesiyle işlemeye başlar.

“...Davacılar, ortak çocukları ve destekleri olan Abdullah’ın, davalı Hüsnü ve Aysel’in çocuğu, Hakan’ın kardeşi olan küçük Suat’ın kullandığı, davalı Hakan’a ait motorsikletin arkasında iken meydana gelen kazada ölmesi nedeniyle uğradıkları zararın tazminini istemişlerdir. Mahkemece, Hüsnü, Aysel, Hakan ve Suat’ın sorumlulukları yönünden hüküm kurularak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararı, taraflar temyiz etmişlerdir.

...Olayın meydana geldiği 26.11.1997 tarihi itibariyle, yürürlükte bulunan Medeni Kanun gereğince davalı anne Aysel hakkında velayeten dava açılması ve velayeten sorumluluğu yönünde karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

Davalı Hüsnü’nün temyiz itirazına gelince; 12.5.1999 tarihinde açılan 99/294 esas sayılı ek davada, Hüsnü hakkında MY’nın 320. (yeni MY’nın 369.) maddesine göre aile başkanının sorumluluğu hükümlerine göre dava açılmıştır. Aile başkanına karşı açılan davalarda zamanaşımı süresi bir yıldır. Dosyadaki belgelerden aile başkanı sıfatıyla adı geçen davacıya karşı bir yıl içinde dava açılmadığı anlaşıldığına göre, ek davadaki miktardan da bu davalının sorumlu tutulması usül ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir...” (Y. 4. HD. 18.9.2003 gün, 2003/4643 E, 10273 K.)

Zarar gören kişi, açıklanan davayı açabilme koşullarından birisini belirleyemez ise, uzun süreli olan on yıllık zamanaşımı söz konusu olur. On yıllık sürenin başlangıcı ise, zararın meydana gelmiş olduğu andır. Zararın olduğu tarihten itibaren, on yıllık sürenin dolmasıyla tazminat istemi zamanaşımına uğramış olur. Örneğin, 1.1.1994 tarihinde meydana gelen olaydan dolayı tazminat davasının, on yıllık sürenin dolacağı 1.1.2004 tarihine kadar açılmış olması gerekir. (Zarar gören kişinin, zararı veren çocuğun sorumlu ev başkanını 1.7.2003 tarihinde öğrenmesi nedeniyle, dava açma koşullarını bu tarihte öğrendiğini ileri sürerek 1.7.2003 tarihinden başlayan bir yıllık zamanaşımı süresinden yararlanması olanağı yoktur.)

Ev başkanlığı ilişkisinden doğan sorumlulukta, ev başkanına tabi olan çocuğun davranışı esas alındığı için, ev başkanının suç oluşturan eyleminden söz edilemez. Ev başkanının sorumluluğu; özen, gözetim ve uyarma görevlerinin yerine getirilmemiş olmasına dayanmakta olup ev başkanının bu yükümlülüğü suç oluşturan bir eylem değildir. (Ev başkanı, yasayla başka bir şahsın davranışından sorumlu tutulmuştur.) Ev başkanının, cezai sorumluluğu yoktur. Bu yüzden, ev başkanına karşı açılacak davalarda ceza (uzamış) zamanaşımı süresi uygulanamaz.

d- Rücu

Birden fazla kişinin ortak kusurlarıyla bir kimseye zarar vermeleri halinde, zararı tazmin eden kişinin, payına düşen borçtan fazla yaptığı ödeme için, diğer sorumlulara başvurmasıdır. (Rücu'yu kısaca, ortak borcu ödeyen kişinin, diğer borçlu yada borçlulara karşı paylarına düşen miktar üzerinden başvuruda bulunmasıdır biçiminde açıklayabiliriz.) Rücuda, borçlular arasında teselsül yoktur. Payına düşen borç miktarı kadar istemde bulunulur. Ev başkanı tazminatı ödedikten sonra, koşulların bulunması durumunda zararın doğmasına sebep olan kimseye (yada kimselere) rücuda bulunabilir. Bunun için de, rücu edilecek kişinin, zarara neden olduğunu yada katkıda bulunduğunu kanıtlaması gerekir.

Bir zararın doğmasına, birden fazla kimse sebep olmuş ise, ortaya teselsül hali çıkar. Teselsül, aynı zarardan birden çok kimsenin sorumlu olmasıdır. Ev başkanının özen ve gözetimine tabi olan çocuğun başkasına verdiği zarardan; ev başkanı ile birlikte zarar veren çocuğun bakıcısı, zararın doğmasına katkıda bulunmuş olan diğer bir çocuğun ev başkanı yada çocuğu zararlandırıcı davranışta bulunmaya sevk ve teşvik eden, zararlı aracı sağlayan başka bir kişi BK'nun 51. maddesine göre değişik hukuksal nedenlerle müteselsilen sorumlu olurlar.

Aynı zarardan, birden çok kimse aynı nedenle sorumlu olursa, zarar verenlerin her birisi, BK'nun 50/1. maddesi uyarınca zararın tamamını tazmin etmekle yükümlüdür. (Zarar verenler arasında tam teselsül söz konusudur.) Aynı zarardan birlikte sorumlu olanların sorumluluklarının, ayrı ayrı nedenler-

den kaynaklanması durumunda ise, sorumlular arasında eksik teselsülden söz edilir. (BK. 51/2) Burada da, sorumlulardan her birisi zararın tamamını tazmin etmekle yükümlüdür.

Zarar gören, zararının tamamını zarar verenlerin birisinden isteyebilir. Zarar gören açısından, teselsülün tam yada eksik olmasının bir önemi yoktur. Teselsülün tam yada eksik olması, borcun tazmin edilmesinden sonra, ifade bulunan borçlunun diğer borçlulara rücuda bulunması bakımından farklı sonuçlar doğurur. Eksik teselsüldeki rücuda hâkim, BK'nun 51/2. maddesine göre sorumluları sıralamakla yükümlüdür. Haksız eylemden, sözleşmeden ve kanundan (kusursuz sorumluluk ilkesine göre) dolayı, sorumlu olma sırası belirlenir.

"Taraflar arasındaki "rucuan tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sarıkamış Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 24.10.2002 gün ve 2002/130-118 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 9.12.2003 gün ve 2003/4661-14392 sayılı ilamı ile;

(...Dava, rucuen tazminat istemine ilişkindir. Davacı idare, davalı Adil İpin'in ilkokul 4.sınıfta okuyan kızı Lale İpin tarafından dava dışı Şeyma Camlı'nın gözüne cam parçası atılması nedeniyle oluşan yaralanmadan dolayı olay tarihinde ilkokul beşinci sınıf öğrencisi olan Şeyma Camlı'nın velisi tarafından açılan dava nedeniyle ödediği tazminatın aile başkanı sıfatıyla davalı Adil İpin'den tahsilini istemiş, yerel mahkemece okul saatleri içinde ve okulda meydana gelen olay nedeniyle davalının aile başkanı olarak sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Medeni Kanun'un 369/1 maddesine göre, Ev başkanı ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Maddenin açık ifadesinden de anlaşıldığı gibi, üçüncü kişilere verdikleri zararlar ev başkanını sorumluluk altına

sokanlar; küçük, kısıtlı ve akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olan kimselerdir.

Hukuk düzeni, ev başkanını koruyucu ve güvenilir kişi olması; küçükleri, kısıtlıları, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanları korunmaya ve gözetime muhtaç kimseler olarak kabul eder. Bu kişiler, küçüklükleri, tecrübesizlikleri, akli yetersizlik ve dengesizlikleri sebebiyle başkaları için tehlike teşkil ettikleri gibi, aynı şekilde başkaları da kendileri için tehlike oluşturabilir. Velayet ve vesayet kurumları küçük ve kısıtlıların, ailenin ve üçüncü kişilerin korunması amacıyla konulmuştur.

Ev başkanlığı, aile halinde birlikte yaşayanların idare edilmesine, öncelikle aile üyeleri arasında bir düzenin kurulmasına, bunların yararına olarak birliğin korunmasına, hizmet eder. Bununla beraber ev başkanlığı kurumuyla güdülen asıl amaç, gözetime muhtaç aile üyelerine karşı zarara uğramış olan üçüncü kişileri korumaktır. Yani ev başkanlığı, yalnız yetkiler veren bir kurum olmayıp, aynı zamanda görev ve sorumluluklar da yükleyen bir kurumdur. Ev başkanı özen ve gözetim görevini yerine getirmemesinden dolayı üçüncü kişiler bir zarara uğramışlarsa, bu zararı tazminle sorumludur. Ev başkanının MK.369/1'den doğan sorumluluğu, herşeyden önce şahıs itibariyle sınırlıdır. Başka bir deyişle ev başkanı, sadece küçük ve kısıtlıların haksız davranışları ile başkalarına verdikleri zararlardan sorumludur.

Kural olan, kusurlu davranıştan sadece failin sorumlu kılınması ve bundan doğacak sonuçlara da bizzat onun katlanmasıdır. Cezai sorumlulukta bu ilke "kusurun şahsileştirilmesi" prensibi ile kabul edilmiştir. Aynı ilke, kural olarak hukuki sorumlulukta da geçerlidir. BK. m. 41' de ifadesini bulan bu ilke gereğince, herkes "Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp veya tedbirsizlikle haksız bir surette" başkalarına verdiği zararını tazminle yükümlüdür.

Bununla beraber pozitif hukuk düzenleri bu tabii hukuk kurallarına bazı istisnalar getirmişlerdir. Söz konusu istisnalara, daha çok sorumlu kişilerin zarar verenle belirli veya kişisel bir ilişki içinde bulunduğu halde yer verilmiştir. İşte, hukuk sistemimiz de başkasının eyleminden sorumluluğu düzenleyen ayırık hükümlerden biri de MK. m. 369/1 'dir.

...Türk Hukuk sisteminde Ev başkanının sorumluluğu kusura dayanmaz. Diğer bir anlatımla bu sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Medeni Kanunun sözü edilen maddesinde öngörülen ana ilke ev başkanının gözetimindeki özen ödevini yapmamasıdır.

Ev başkanının sorumluluğunun ilk şartı, gözetime muhtaç bir aile üyesinin zararlı bir davranışta bulunmasıdır. Zararlı davranış olumlu hareketlerle olabileceği gibi olumsuz hareketlerle de yaratılır. Olumsuz davranış, başkasını zarardan korumak için bir harekette bulunmak yükümlülüğünün mevcut olmasına rağmen böyle bir davranışta bulunmadığı zaman söz konusu olur. Bununla birlikte, zararlı davranışlar içinde en çok görüleni olumsuz davranışlardır.

... Ev başkanının kendine düşen özen ve gözetim görevini yerine getirip getirmediği, zarar verici olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Her olayın gerektirdiği tedbirler, herşeyden önce, kendi şartları içinde düşünülmelidir. Bu bakımdan, ev başkanının alması gereken tedbirler olaydan olaya göre değişebilir. Örneğin, zarar verici olayın gerekli kıldığı tedbirler duruma göre sadece eğitmek, öğüt ve talimat vermek, uyarı, ihtar ve yasaklamak şeklinde olabileceği gibi, bunların izlenmesi ve kontrol edilmesi şeklinde de olabilir. Bununla beraber, zarar verici olay ve tehlikeye dikkat çekmek, bilgi vermek ve aydınlatmak, duruma göre tehlikeli şeyleri ortadan kaldırmak, atmak veya muhafaza altına almak da somut olayın gerektirdiği tedbirler çerçevesinde düşünülebilir. Tüm zarar verici eylemlerde ev başkanına düşen tedbirler, genel ilkeler içinde düşünülmelidir. Zira, en zararsız oyuncak veya nesnelere bile, bazen küçüklerin dikkatsizlikleri ve beceriksizlikleri nedeniyle veya umulmayan bir sebebin eklenmesiyle zarara sebep olabilir.

Yukarıdaki bilimsel açıklamalar ışığında dava konusu olayın değerlendirilmesine gelince; davacı idarenin okul saatleri içinde gereken dikkat ve özeni göstermediği, öğrenciler teneffüste gözetimden uzak kaldığından dolayı davalının küçük çocuğunun dava dışı küçüğün gözüne cam parçası atması ile beden gücü kaybı oluşacak şekilde yaralanmanın meydana geldiği idarenin hizmet kusurunun bulunduğu idari yargı kararı ile de belirlenmiştir. Ne var ki davalı ev başkanı olarak MK.m.

369/1 gereğince küçük çocuğunu tehlikeli davranışlar konusunda yeterince eğitmediğinden sorumluluğu bulunmaktadır. Tarafların sorumluluklarının ölçüsü somut olayın özellikleri; fiziksel ve çevresel faktörler ve sosyo-ekonomik durumu da gözetilerek belirlendikten sonra tazminata hükmedilmesi gerekir. Yerel Mahkemece açıklanan yönler gözetilmeksizin davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Asıl ve birleştirilen dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir.

A-DAVACI İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacı Milli Eğitim Bakanlığı vekili, Sarıkamış 29 Ekim ilköğretim Okulu 4.Sınıf öğrencisi olan davalının kızı Lale İpin'in attığı cam parçasının gözüne isabet etmesi sonucunda, aynı okul öğrencilerinden Şeyma Çamlı'nın sol gözünü kaybettiğini, babası Necmettin Çamlı'nın bu olay sebebiyle Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine hizmet kusuruna dayanarak Erzurum İdare Mahkemesinde açtığı maddi ve manevi tazminat davası sonucunda verilip kesinleşen karar gereğince, kendisine tazminat ve faiz olarak 03.07.2002 tarihinde toplam 54.306.660.000 TL. ödendiğini; tazminata sebep olayın küçük Leyla İpin'den kaynaklanmasından dolayı, babası olan davalının 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 320 maddesi gereğince aile başkanı sıfatıyla ve kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zarardan sorumlu bulunduğunu, davalının veli olarak objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürerek, ödenen tazmi-

nat tutarı 54.306.660.000 TL. nin, ödeme gününden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan rücuen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davacı vekilince 15.1.2004 tarihli dilekçeyle açılıp 14.4.2004 tarihli kararlar birleştirilen davada ise, asıl davanın açılmasından sonra İdare Mahkemesi kararı uyarınca davacı tarafından Necmettin Çamlı'ya 12.5.2003 tarihinde ödenen 5.055.350.000 TL. avukatlık ücretinin de ödeme tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsili istenilmiştir.

B-DAVALI CEVABININ ÖZETİ:

Davalı Adil İpin asıl davaya cevap vermemiş, birleştirilen davadaki cevap dilekçesinde, olayın okul saatleri içerisinde meydana geldiğini, okulda geçen sürelerde kendisinin küçük kızından sorumlu olmadığını, sorumluluğun okul idaresine devredilmiş bulunduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C-YEREL MAHKEME KARARININ ÖZETİ:

Yerel Mahkeme, zarar verici olayın okulların açık olduğu bir zamanda ve davacı Milli Eğitim Bakanlığı'nın sorumluluğu altındaki bir yerde meydana geldiği; çocuğunu okula gönderip idareye teslim eden davalının okul saatleri içinde başka bir tedbir almasının mümkün bulunmadığı, Medeni Kanun'un 369/1 maddesi gereğince alışılmış şekilde çocuğunu gözetim altında tuttuğu açıkça anlaşılan ev başkanı davalının bir kusurundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

D-TEMYİZ EVRESİ VE DİRENME:

Davacı vekilince, zarar verici olayın davalının gereken dikkat ve özeni göstermemiş olmasından kaynaklandığı öne sürülerek temyiz edilen karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme gerekçesini tekrarlayarak önceki kararında direnmiştir.

Bu karar taraflarca temyiz edilmiştir.

E-MADDİ OLAY

Sarıkamış 29 Ekim ilköğretim Okulu 4. sınıf öğrencisi olan davalının kızı 28.3.1986 doğumlu Lale İpin ile, aynı okulda 5. sınıf öğrencisi olan dava dışı Necmettin Çamlı'nın kızı Şeyma Çamlı'nın, 21.10.1997 günü teneffüs saatinde okul alanı içerisinde kavga ettikleri, Lale İpin'in bir cam parçasını fırlatması sonucunda, Şeyma Çamlı'nın sol gözünün görme yeteneğini yitirdiği; Sarıkamış Cumhuriyet Savcılığı'nın 19.2.1998 günlü iddianamesiyle, işlenen suçun T.C.K. nun 456/2, maddesi kapsamında bulunduğu, ancak suç tarihinde 11 yaşını bitiren, 15 yaşından küçük olan sanık Lale İpin'in farik ve mümeyyiz olmadığı doktor raporuyla belirlendiği gerekçesiyle, hakkında 2253 S.K. uyarınca tedbir uygulanmasını istediği, Sarıkamış Asliye Ceza Mahkemesi'nin 24.4.1998 günlü kararıyla suçu sabit gördüğü ve sanığın anılan Yasa uyarınca babasına teslimine hükmettiği; Şeyma Çamlı'ya velayeten babası Necmettin Çamlı tarafından Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine 18.1.1999 günlü dilekçeyle açılıp, Erzurum İdare Mahkemesi'nin 2002/32 esas sayılı dosyasıyla görülen tazminat davası sonucunda, olayda davalı Bakanlığın hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmek ve alınan sağlık kurulu raporundaki, %32 oranında işgücü kaybı ve uzuv tatili bulunduğu dair değerlendirme ile bu orana göre bilirkişice yapılan tazminat hesabı esas alınmak suretiyle, 16.892.000.000 TL. maddi tazminatın idareye başvuru tarihi olan 18.9.1998'den itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, davacı yararına 1.213.520.000 TL. avukatlık ücretine karar verildiği, 17.1.2002 günlü bu kararın temyiz edilme-yerek 14.3.2002 günü kesinleştiği; davacı Bakanlığın bu ilama dayalı olarak, dava dışı Necmettin Çamlı'ya, hüküm altına alınan tazminat tutarı ve işlemiş faizleri toplamı 54.306.660.000 TL. yi 03.07.2002 günü; ilamdaki avukatlık ücreti ve yargılama giderleri ile bunların işlemiş faizleri toplamı 5.055.350.000 TL. yi de 12.05.2003 günü ödediği toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu yönler uyuşmazlık konusu da değildir.

F-GEREKÇE

1. Davacı vekilinin temyiz itirazları bakımından:

Bozma ve direnme kararlarının gerekçe ve kapsamları itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, İdare Mahkemesinin ke-

sinleşen kararında, zarara neden olan olayda davacı idarenin hizmet kusuru bulunduğu belirlenmiş olması karşısında, ev başkanı (ev reisi) durumundaki davalının da, olay tarihinde yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 320. maddesi çerçevesinde, küçük çocuğunu tehlikeli davranışlar konusunda yeterince eğitmediği gerekçesiyle zarardan sorumlu tutulmasının mümkün olup, olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, Özel Daire bozma ilamında, Türk Medeni Kanunu'nun 369/1 maddesindeki düzenlemeye ve konuya ilişkin bilimsel görüşlere dayalı olarak, "ev başkanı" kavramına ve onun sorumluluğuna ilişkin ilkeler yönünden yapılan açıklamaların; zarara neden olan eylemin gerçekleştiği tarih itibarıyla somut olayda uygulanması gereken ve anılan hükme tamamen paralel bir düzenlemeyi içeren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 320. maddesindeki "ev reisi" kavramı ile onun sorumluluğuna ilişkin genel ilkeler bakımından da geçerli bulunduğu, Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında ittifakla benimsenmiştir.

Gerek Türk Medeni Kanunu'nun 369/1 ve gerekse 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 320. maddelerinde, ev başkanının (ev reisinin) alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe, ev halkından olan küçüküğün ve sayılan diğer kişilerin verdiği zarardan sorumlu olacağı benimsenmiştir. Bu benimsemenin nedeni, hukuk düzeninin, ev başkanını (ev reisini) koruyucu ve güvenilir kişi; -somut olaydaki gibi- küçüküğü ise, korunmaya ve gözetime muhtaç kimse olarak kabul etmesidir.

Bu noktada, somut olay bakımından şu yönün açıklanmasında yarar görülmüştür: Zarara neden olan olay, öğrenim saatleri içerisinde ve okul alanı içerisinde meydana gelmiştir. Söz konusu okul, yatılı olmayan, öğrencilerin günün belirli saatlerinde gördükleri, öğrenimin bitiminden sonra da evlerine döndükleri bir ilköğretim okuludur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.12.2002 gün ve 2002/4-1025 esas, 2002/1080 sayılı kararında da açıklandığı üzere, zarar verenin ey-

lemli olarak evin mensubu olmaktan çıktığı, başka bir ifadeyle aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği durumlarda, ev başkanının (ev reisinin) sorumluluğu bu durumun sona erdiği ve zarar verenin tekrar evin mensubu haline geldiği ana kadar ortadan kalkar. Bağımlılık ilişkisinin hangi hallerde kesileceği, uyuşmazlığı doğuran her somut olayın kendi özellikleri çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir sorun olmakla birlikte, örneğin, akıl zayıflığı taşıyan birinin sağlık kurumuna yatırıldığı veya bir öğrencinin yatılı okula alındığı hallerde, ev başkanı (ev reisi) ile aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesilmiş sayılması gerektiğinde öğreti ve Yargıtay kararlarında görüş birliği vardır. Buna karşılık, somut olayda olduğu gibi yatılı olmayan, öğrencilerin sadece günün belirli saatlerinde öğrenim gördükleri eğitim kurumlarında geçen süre bakımından, ev başkanı ile zarar veren arasındaki bağımlılık ilişkisinin kesilip kesilmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında, bu nitelikteki bir eğitim kurumunda, ev başkanı ve baba durumundaki davalının, küçüğün öğrenci velisi sıfatını da birlikte taşısa bile, teneffüs dahil, okul saatleri içerisinde fiilen küçüğün yanında olmasına hem eğitim ilkeleri açısından ve hem de eylemli olarak olanak bulunmaması karşısında, bağımlılık ilişkisinin kesildiği ve küçüğün, öğrencilik sıfatıyla tamamen okul idaresinin gözetimi altına girdiği, ona bağımlı halde bulunduğu kabul edilmiştir.

Dolayısıyla, somut olayda, davalı ile küçük kızı arasında, olayın meydana geldiği yer ve zaman itibariyle, bir bağımlılık ilişkisinden söz edilemez; davalının böylesi bir ilişkiden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olamaz.

Ne varki, ev başkanı salt bu sıfatından dolayı, eğer somut olayın özellikleri onu gerektiriyorsa, küçüğün kendisiyle aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği yer ve zamanlardaki davranışlarının sonuçlarından dahi sorumlu tutulabilir.

Vurgulanmalıdır ki, ev başkanının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk ilkesi çevresinde değerlendirilmesinin nedeni, sadece, doğan zararın doğrudan doğruya kendisinin kusurlu bir eyleminden kaynaklanmaması; başkasının (somut olaydaki gibi, küçüğün) zarar verici bir eyleminin sonuçlarından sorumlu tutuluyor olmasıdır. Eğer, küçüğü zarar verici eylemde bulunmaya götüren süreçte ev başkanına yüklenebi-

lecek bir kusur varsa, onun sonuçlarından sorumlu olacağı doğaldır.

Özel Daire bozma kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, küçükler, ruhsal yapıları itibariyle oyuna ve oyun aletlerine düşkün, çevrelerine karşı aşırı ilgilidirler. Hangi davranışlarının zarar verici olabileceği konusunda yeterli muhakeme yeteneğine henüz sahip olmadıkları için de, eylemlerinde kontrolsüz, ölçüsüz ve aşırı olabilir, üçüncü kişilere zarar verici davranışlarda bulunabilirler.

Öte yandan, eğitimin doğumla birlikte aile içerisinde başlayan, belli bir yaştan sonra ilgili eğitim kurumlarının da katkısıyla süren ve ölümle sonlanan bir süreç olduğu; kişiliğin büyük ölçüde bireyin okul öncesi döneminde, aile içerisinde geçen 0-6 yaş arasında oluştuğu; kişinin bu dönemde bulunduğu aile ortamında kendisine model oluşturan yetişkinlerin davranışlarını taklit ettiği, belli durumlarda hangi davranışı benimseyeceği konusundaki telkinlere de tamamen açık bulunduğu, en önemlisi de, günlük yaşam içerisinde tanık olduğu gerçek uygulamaları büyük ölçüde birebir benimsediği, kendisi şiddete maruz kalan çocukların, başkalarına aynı davranışları yansıtma eğiliminde olabildiği bilinmektedir.

O halde, kavga ettiği bir arkadaşının gözüne cam parçası fırlatarak görme yeteneğini yitirmesine neden olan bir küçüğün bu davranışının, salt okul ortamında ve dolayısıyla kendisiyle fiili bağımlılık ilişkisinin kesildiği bir yer ve zamanda gerçekleşmiş olmasına bakılarak, aile başkanının doğan zarardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı düşünülemez.

Yasanın ev başkanına yüklediği “*gözetim altında bulundurma*” görevinin, sadece bağımlılık ilişkisinin söz konusu olduğu zamanlardaki eylemlerle bir gözetimle sınırlı bulunmadığı; küçüğün eğitim sürecinde aile başkanı sıfatıyla kendisine düşen görevleri tam olarak yerine getirmeyi de kapsadığı ve küçüğün, bu görevin yerine getirilmesindeki bir eksiklik nedeniyle, aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği anlarda dahi olsa, başkasına zarar verici davranışta bulunması halinde, sorumluluğunun mevcut olacağı kabul edilmeli; anılan kavram bu içerikte anlaşılmalıdır.

Bu ilkeler ışığında, somut olaya bakıldığında; Mahkemece yapılması gereken iş; davalının ev başkanı sıfatıyla küçüğü gözetim altında bulundurma görevini yerine getirmede herhangi bir kusuru bulunup bulunmadığının saptanması; bunun için de aile ortamının özellikleri, yetiştirme ilkeleri, küçüğe aile içerisinde gereken ilgi ve özenin gösterilmiş olup olmadığı, saldırgan davranışlara özendirici tutumlara maruz bırakılıp bırakılmadığı, başkalarına zarar verme olasılığı bulunan davranışlar konusunda kendisine gerekli, yeterli eğitimin verilip verilmediği ve somut olay bakımından sonuca etkili olabilecek benzeri yönlerden gerekli araştırma ve incelemenin yapılması; bu konuda çocuk gelişimi ve eğitimi konusunda uzmanlığı bulunan bilirkişiden veya bilirkişi kurulundan da görüş alınması; bu yolla, somut olayda küçüğün zarar verici eylemde bulunmasında davalıya yüklenebilecek bir kusur bulunup bulunmadığının belirlenmesi; kusurun varlığının saptanması halinde, bu kusur ile doğmuş olan zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağı olup olmadığı, eğer bu bağ varsa, söz konusu kusurun, zararlı sonucun doğmasında hangi oranda etkili olduğunun belirlenmesi, ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde, tarafların sosyoekonomik durumları da gözetilerek bir karar verilmesidir.

Yerel Mahkemece, aynı sonucu öngören Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, eksik incelemeye dayalı önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

2.Bozma nedenine göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K. nun 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 8.12.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

(Y. HGK., 8.12.2004 T. 2004/4-642 E, 648 K.)

SONUÇ

“Aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfü göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur.” (MY. m. 367)

Yaşının küçüklüğü yüzünden, kısıtlı olduğundan, akıl hastalığı yada akıl zayıflığı bulunduğundan, akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olanların fiil ehliyetleri olmadığı için haksız eylemlerinden söz edilemez ise de, bunların davranışları sonucu başkasının zarar görmesi durumunda, ev başkanının sorumluluğu ortaya çıkar.

Ev başkanının sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanan bir olağan sebep sorumluluğudur. Aile içinde anne ve babanın, çocuklarını iyi bir toplum bireyi olarak eğitime ve yetiştirme ödevleri vardır. Çocuğun eğitim, öğretim ve yetiştirilmesi, bir süreç içerisinde gerçekleştirilebilir.

Çocuk, kendi eylemi ile hak edinme ve borç altına girme yaşına gelinceye kadar bir takım gelişim dönemlerinden geçer. Her dönemin kendine özgü özellikleri vardır. Çocuğun sosyalleşmesi ve kişiliğinin oluşmasında; ailesinin yaşam biçimi, barınma ve beslenme durumu, eğitimi, gelenek ve değer yargıları, ekonomik, sosyal ve kültürel koşulları ile çocuğa verilecek eğitim ve öğretimin etkisi büyüktür.

Ev başkanı ile onun hakimiyeti altında bulunan kişiler arasındaki ilişki, bir tabi olma (bağımlılık) ilişkisidir. Ev başkanının sorumluluğu, hakimiyetine tabi olanlar yönünden öngörülmüş olan objektif özen, gözetim ve denetim ödevlerinin yerine getirilmediği varsayımına dayanır.

Ev başkanlığı ilişkisi için; birlikte yaşama yanında, ev başkanının özen, gözetim ve denetimine bağlı olma ilişkisi bulunmalıdır. Ev başkanı ile çocuk arasındaki birlikte yaşama ve bağımlılık ilişkisi süreklilik göstermelidir. Bu süreklilik çocuğun, eğitim, öğretim ve yetiştirilmesi anlamında olup her an ve her yerde birlikte olmalarını gerektirmez

YARARLANILAN ESERLER

- 1- BALTAŞ, Zühal / Acar, Genci Tanıma ve Yönlendirme, Akbank Aile ve Çocuk D. İst. 1985
- 2- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C. I, II, III, Ankara, 1991
- 3- KICALIOĞLU, Mustafa, Suçlu Çocukların Topluma Kazandırılması, Ankara, 1988, (TODAE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- 4- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 4. baskısı Ankara, 2004
- 5- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, II, III, IV, V, VI, İstanbul, 2001
- 6- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar hukuku-Genel Hükümler, İstanbul, 20000
- 7- RAZAN, Norma, Genci Tanıma ve Yönlendirme, Akbank Aile ve Çocuk Dergisi, İst. 1985
- 8- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 1960
- 9- TEKİNAY, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1971
- 10- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C.I, İstanbul, 1976
- 11- ÜNAL, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara, 1979
- 12- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet / ÖZDEMİR, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987

SİT ALANI KAPSAMINDA KALAN TAPUSUZ TAŞINMAZLARIN HUKUKİ DURUMU

Zafer ERGÜN (*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Bakanlık, B- Koruma Yüksek Kurulu, C- Koruma Bölge Kurulu, D- Kültür Varlıkları, E- Tabiat Varlıkları, F- Korunması Gerekli taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları, G- Sit Alanı, H- Sit Alanı Dışında Kalan 2863 Sayılı Yasa İle İlgisi Bulunan Tapusuz Taşınmazların Durumu, I- Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması.

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun uygulamasında :

A - Bakanlık : Kültür ve Turizm Bakanlığını, (2863 Sayılı Kanunun 3/b-1 md.)

B-Koruma Yüksek Kurulu : Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunu (2863 Sayılı Kanunun 3/b-2 md.)

C- Koruma Bölge Kurulu : Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunu (2863 Sayılı Kanunun 5226 Sayılı Kanunla değişik 3/b-3 md.) ifade eder.

D - Kültür Varlıkları : 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3.8.2004 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 14.7.2004 Tarih ve 5226 Sayılı Kanunla değişik 3. maddesinin a bendinin 1. fıkrasında " tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür,din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır" şeklinde tanımlanmıştır.

(*) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Maddeye 14.7.2004 Tarih Ve 5226 Sayılı Kanunla yapılan ekleme ile "tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş" yerler de taşınmaz kültür ve tabiat varlığı kapsamına dahil edilmiştir.

E - Tabiat Varlıkları : 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin a bendinin 2. fıkrasında " Tabiat varlıkları; jeolojik devirlerde, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerler" olarak tarif edilmiş, 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5226 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesinin d bendinin üçüncü fıkrasında " peribacalarını" da korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları arasında sayılmıştır. Kanaatimize göre " peribacaları" ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından zaten korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları kapsamında bulunuyorlardı. Yasa koyucu bu hususu özellikle belirtme gereği duymuş olmalı ki peribacalarını da korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları kapsamında sayma gereği duymuştur.

F- Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları : 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 6. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları sınırlayıcı olmamak üzere sayılmış bulunmakta ve benzeri taşınmazların da olabileceğine işaret edilmektedir. Bunlar korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19. yüzyıl sonuna kadar yapılmış yapılarla belirtilen tarihten sonra yapılmakla beraber önem ve özellikleri sebebiyle Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmasına gerek görülen taşınmazlar, sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları, Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tespit edilen alanlar ile Atatürk tarafından kullanılan evlerden koruma kurullarınca koruma kararı alınan varlıklar korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarıdır.

Kaya mezarlıkları, yazılı, resimli ve kabartmalı kayalar, resimli mağaralar, höyükler, tümülüsler, ören yerleri, akrapol ve nekrapoller, kale, hisar, burç, sur, tarihi kışla, tabya ve istihkamlar ile bunlarda bulunan sabit silahlar; harabeler, kervansaraylar, han, hamam ve medreseler, kümbet türbe ve kitabeler, köprüler, su kemerleri, su yolları, sarnıç ve kuyular, tarihi yol ve kalıntıları, mesafe taşları, eski sınırları belirten delikli taşlar, dikili taşlar, sunak-

lar, tersaneler, rihtımlar, tarihi saraylar, köşkler, evler, yalılar ve konaklar, camiler, mescitler, musallalar, namazgahlar; çeşme ve sebiller, imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeşhane, tekke ve zaviyeler, mezarlıklar, hazireler, arastalar, bedestenler, kapalı çarşılar, sandukalar, siteler, sinagoglar, bazilikalar, kiliseler, manastırlar, küllüyeler, eski anıt ve duvar kalıntıları, freskler, kabartmalar, mozaikler ve benzeri taşınmazlar ile tarihi mağaralar, kaya sığınakları, özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları ile benzerleri korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarıdır. 5226 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesinin d bendinin üçüncü fıkrasında " peribacaları" da korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları arasında sayılmıştır.

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre " korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları ile bunların koruma alanları" ziyetlik yoluyla kazanılacak yerlerden değildir. 2863 Sayılı Kanuna 11. maddesine 5226 Sayılı Kanunla bir ekleme yapılmış ve " sit alanlarının" da ziyetlik yoluyla iktisap edilemeyeceği kabul edilmiştir.

G - Sit Alanı : 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin a bendinin 3. fıkrasında sit alanı tarif edilmiştir. Buna göre "Sit; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır". Maddeye 14.7.2004 Tarih Ve 5226 Sayılı Kanunla yapılan ekleme ile "kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş" yerler de sit alanı kapsamına alınmıştır.

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5226 Sayılı Kanunla değişik 57 maddesinin (g) bendine göre koruma kurulları " korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak" la görevli kılınmıştır. Kanunun değişik hükmüne göre sit alanı ilan etme yetkisi " koruma bölge kurullarına" ait bulunmaktadır.

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde " devlet malı niteliği" olan taşınmazlar sayılmıştır. Bunlar : devlete, ka-

mu kurum ve kuruluşlarına ve gerçek ve tüzel kişilerin özel mülkiyetinde bulunan varlığı bilinen veya ilerde meydana çıkacak olan taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları”dır. Esas itibarı ile T.M.K. unun 713. ve 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 14 ve 17. maddelerinde belirtilen olumlu ve olumsuz koşullara uygun olarak zilyet edilen bir yerin zilyedi adına tespit ve tescil edilmesi gerekir. Geniş anlamda kamu malları 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 16. maddesinde ve 4721 Sayılı T.M.K.’unun 715. maddesinde sayılmış bulunmaktadır. Bunlar benzerleriyle birlikte hükümet, belediye, karakol, okul, hastahane, cami, mezarlık gibi hizmet malları ve mera yaylak ve kışlak gibi kamunun ortak kullanımına sunulan köprü ,yol ve meydan gibi orta malları ile devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan kayalar ,tepeler, dağlar ve ormanlardır. Sit alanı kapsamında kalan ve yirmi yılı aşkın bir süreden beri T.M.K.’unun 713.ve 3402 sayılı Kanununun 14. maddesinde belirtilen koşullar altında kullanılan taşınmazların T.M.K 715. maddesinde ifade edilen sahipsiz mallardan olduğunun kabulü mümkün değildir. Esasen sahipsiz mallar doğal nitelikleri gereği ayrıca bir tahsise gerek kalmaksızın doğrudan doğruya kamunun hizmetine sunulan mallardır. T.M.K 715. maddesi ve 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 16. ile 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 5. maddesinde sit alanı kapsamında kalan nitelik itibarıyla olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilecek nitelikte olan taşınmazlar sahipsiz mal, kamu malı, devletin hüküm ve tasarrufu altında mallardan yada devlet malı olarak sayılmamış bulunmaktadır. Kanaatimize göre T.M.K. unun 713. ve 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 14 maddelerinde belirtilen olumlu ve olumsuz koşullara uygun olarak kişilerce zilyet edilen bir yerin 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 18. maddesine göre hazine adına tespit ve tescilinin yasal dayanağı da bulunmamaktadır.

3402 Sayılı Kadastro Kanununun 18. maddesinde “ Yukarıdaki maddeler hükümleri dışında kalan ve tescile tabi bulunan taşınmaz mallar ile tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerler Hazine adına tespit olunur” demektedir. Yukarıdaki maddeler dışında kalan taşınmazlar sözünden anlaşılın şey aynı Kanununun 14. ve 17. maddesinde belirtilen koşullarda zilyet edilen mallardır. Sit alanı dışında kalan ve 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 14. ve 17. maddeleri kapsamında bulunan taşınmazların zilyetleri adına tescil edileceği kuşkusuzdur. Aynı koşullara uygun olarak zilyet edildiği halde sadece sit alanında kaldığı için kazanıla-

mayan taşınmazların T.M.K 715. maddesi kapsamında sahipsiz mal olması söz konusu olmaz.bu tür taşınmazlar:

1- T.M.K 715. maddesi kapsamında sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait ve devletin hüküm ve tasarrufu altında mallardan sayılamazlar,

2- 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 16. maddesinde yazılı kamu malları kapsamına girmezler,

3- 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde yazılı devlet mallarından da değildirler.

Sit alanı kapsamında kalan ve diğer kazanma koşulları gerçekleşmiş olan taşınmazların " yararı kamuya ait mallardan" olup olmadığının da tartışılması gerekir. Sit alanları kamunun ortak yararlanmasına sunulan yerlerden değildir. Kamunun ortak yararlanmasına sunulan mal kavramından anlaşılan şey ya doğal nitelikleri gereği kamunun yararlanmasına açık olan mal veya devlet ya da kamu tüzel kişiliği tarafından kamunun yararlanmasına tahsis edilen mallardır. Bu bakımdan sit alanı kapsamında kalan ve diğer kazanma koşulları gerçekleşmiş bulunan taşınmazların " yararı kamuya ait mallardan" sayılmasının haklı bir gerekçesi yoktur. Bu tür taşınmazların 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 18. maddesi gereğince hazine adına tespit ve tescil edilmelerine bu yönden de olanak bulunmamaktadır.

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5226 Sayılı Kanunla değişik 11 maddesine göre tapuda kayıtlı olmayan ve sit alanı kapsamında kalan "kamu malı yada devlet malı niteliğinde " olmayan taşınmaz malların zamanaşımı ile kazanılması yolu kapanmış bulunmaktadır. Sit alanı kapsamında tapuya kayıtlı olmayan "kamu malı yada devlet malı niteliğinde " olmayan taşınmazlar " hem "devlet malı" değil hem de "özel mülkiyet konusu edilemezler".Mülkiyet hukuku yönünden bu tür taşınmazların statülerinin belirlenmesi gereği vardır. Sit alanı kapsamında tapuya kayıtlı olmayan "kamu malı yada devlet malı niteliğinde " olmayan tapusuz bir taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yoluyla gerçek veya özel hukuk tüzel kişiliklerine kazanma yolu kapandığına göre bu tür yerler hükmen veya idari yoldan hazine adına tespit veya tescil edilebilir mi ? Konuyu biraz daha somutlaştıracak olursak kadastro çalışmaları sırasında böyle bir yerin tespit işlemi nasıl yapılacaktır. Ya da böyle bir yer hakkında hazine tescil isteği ile bir da-

va açarsa mahkeme nasıl bir karar verecektir. Kanaatimize göre bu tür tapusuz taşınmazlar hakkında " nevi şahsına münhasır" bir durum ortaya çıkmış bulunmaktadır. Hizmet malı sayılmayan , devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmayan, devlet malı niteliğinde de olmayan ancak 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5226 Sayılı Kanunla değişik 11 maddesine göre sit alanı kapsamında kalmış olması sebebiyle olağanüstü zamanaşımı yoluyla özel mülkiyete de konu olmayan bu taşınmazlar için nasıl bir işlem yapılacaktır. Şayet bu taşınmazlar gerçek veya tüzel kişilikler tarafından zilyetlik hukuku hükümlerine göre kullanılmayan veya olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanma koşulları gerçekleşmemiş olan yerlerden ise fazla bir sorun çıkması söz konusu olmaz. Bu taşınmazların 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18. maddesine göre hazine adına tespit ve tescil edilmeleri gerekir. Ancak gerçek veya tüzel kişilikler tarafından olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanma koşulları gerçekleştiği halde sırf sit alanı kapsamında kalmasından dolayı kazanılamayan taşınmazların tespit ve tescili sorununun açıklığa kavuşturulması gerekir. Hazine tarafından tam da bu nitelikte bir yer hakkında tescil istenmiş veya idari yoldan hazine adına tescil edilmiş bu nitelikte bir taşınmaz için zilyedi tarafından tapu iptal isteği ile bir dava açılmışsa mahkeme nasıl bir karar verecektir. Kanun koyucu isteseydi sit alanı kapsamında kalan ve özel mülkiyete konu olabilecek nitelikte olan tapusuz taşınmazları da aynı Kanunun 5. maddesine yapacağı bir ekleme ile devlet malı olduğunu hüküm altına alırdı. Demek ki kanun koyucunun amacı bu nitelikteki taşınmazların mülkiyetini devlete kazandırmak değildir. Diğer taraftan sit alanı kapsamında bulunan tapusuz taşınmazların zilyetlik yoluyla kazanılamayacağı hüküm altına alındığına göre kanun koyucunun bu taşınmazları aynen muhafaza amacıyla olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun bu nitelikteki taşınmazları aynen korunmayı amaçlamış olması 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun amacına da uygun olmaktadır. İşte tam da bu noktada sit alanı kapsamında kalan tapuda kayıtlı bulunmayan taşınmazı, T.M.K. 713 Ve 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 14. maddesinde açıklanan koşulları altında zilyetliğinde bulunduran kişinin T.M.K.unun 973. maddesinde düzenlenen zilyetliğe ilişkin hükümlerden faydalanabileceğini kabul etmek hiç de yanlış olmayacaktır. Özetlemek gerekirse sit alanı kapsamında kalan tapuda kayıtlı bulunmayan taşınmazlar:

1- Özel mülkiyete konu edilemezler,

2- Kamu malı da sayılamazlar.

Kanaatimize göre sit alanı kapsamında kalan, tapuda kayıtlı bulunmayan taşınmazların zilyetlik hukuku hükümlerine göre zilyetleri tarafından kullanılmasına da karışamaz.

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5226 Sayılı Kanunla değişik 11 maddesi " sit alanları zilyetlik yoluyla iktisap edilemez" dediğine göre sit alanının derecesine, arkeolojik veya doğal sit alanı olup olmadığına bakılmaksızın dava konusu taşınmazın sit alanı kapsamında kalması yeterli kabul edilmiştir.

Sit alanı kapsamında kalan tapusuz taşınmazların zilyetlerinin yararlanma ve tasarruf haklarının kapsamının da belirlenmesi gerekir. Acaba zilyet sınırsız bir tasarruf hakkına sahip olmalı mıdır? Sınırlı bir zilyetlik olacaksa bunun sınırı ne olmalıdır? Sit alanları tarih öncesinden günümüze kadar gelen birçok medeniyetin ürünü olan, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş önemli tarihi olayların cereyan ettiği yerler ve doğal özellikleri sebebiyle korunması gereken kültür ve tabiat varlıklarıdır. Zilyedin yararlanma ve tasarrufunun arkeolojik ve doğal sit özelliğine zarar vermeyecek şekilde sınırlı bir zilyetlik olması gerekir. Bu tür bir zilyetlik taşınmazın daha çok yüzeyi ile ilgili bir zilyetliktir. Ekilip biçilmek suretiyle tasarruf edilmesi amaç olmalıdır. Menkuller gibi alınıp satılabilir ve fakat niteliğinin değiştirilmesi, inşaat yapılabilmesi, mevcut yapıların onarım ve restorasyonu koruma amaçlı imar planına uygun olmalıdır..

Bizce sit alanı kapsamında kalan tapuda kayıtlı bulunmayan ve zilyedi yararına diğer kazanma koşulları gerçekleşmiş bulunan taşınmazlar hem hazine adına hem de zilyedi adına tespit ve tescil edilemez. Bu gibi taşınmazların sit alanı kapsamında olduğu belirtilip , mülkiyet hanesi boş bırakılıp beyanlar hanesinde zilyedinin kimliğinin yazılması suretiyle tespit dışı bırakılması uygun olacaktır.

H - Sit Alanı Dışında Kalan 2863 Sayılı Yasa İle İlgilisi Bulunan Tapusuz Taşınmazların Durumu :

Sit alanı ilan edilmeyen ve fakat 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile ilgisi bulunduğu ileri sürülen tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz malların olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması :

1- Diğer kazanma koşullarının oluşmuş olması

2- Korunması gerekli kültür varlığı veya bunun koruma alanı olmamış olması koşuluna bağlıdır.

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5226 Sayılı Kanunla değişik 11 maddesinin yürürlüğe girdiği 3.8.2004 tarihinden itibaren bir yerin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılıp kazanılmayacağına saptanabilmesi için öncelikle sit alanı kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekir. Sit alanı dışında bulunan taşınmazlar hakkında ilgisi bakımından araştırmayı gerektiren bulgular varsa arkeoloğ bilirkişiden dava konusu taşınmazın korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı veya bunların koruma alanı olup olmadığı hakkında rapor alınması gerekir. Bilirkişi raporunda yer üstünde ve yer altında taşınır ve taşınmaz kültür varlığı olup olmadığının açıklattırılması gerekir. Yer altında bulunan korunması gerekli kültür varlığı araştırmasının nasıl yapılacağı hususu tartışmalı bulunmaktadır. Toprak altında korunması gerekli taşınır veya taşınmaz kültür varlığı olup olmadığı ruhsatlı, ödenekli, bilimsel olarak yapılacak arkeolojik kazılarla anlaşılabilir. Kazı çalışmaları yoğun emek, masraf ve zaman gerektirir. Ülkemiz yüzlerce medeniyetin yaşadığı açık hava müzesi gibidir. Yer altında bulunan tarihi eserlerin çıkartılması için oldukça uzun zamana ihtiyaç vardır. İspat yükü bakımından araştırmanın kamu düzeni gereğince hakim tarafından resen yapılması gerekmektedir. Sit alanı dışında olan yerlerde dava konusu taşınmazın 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 11. maddesi anlamında " korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı ve bunun koruma alanı" olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Sit alanı dışında olan yerlerde yapılacak araştırma nasıl olmalıdır. Dava konusu taşınmazın bulunduğu yer hakkında daha önce yapılan bilimsel bir çalışma varsa o çalışmalardan da yararlanılmalıdır. Arkeoloğ bilirkişi tarafından örnekleme yoluyla yapılacak sondaj çalışması sonunda korunması gerekli kültür ve tabiat var-

lığı veya bunun koruma alanı olduğu saptanırsa sorun yoktur. Bu gibi tapusuz taşınmazlar zilyetlik yoluyla kazanılamazlar. Sondaj çalışması sonunda korunması gerekli kültür ve tabiat varlığına rastlanmasa bu halde nasıl bir karar verilecektir. Bir kısım görüşe göre yer altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı veya bunun koruma alanının olup olmadığının sondaj çalışmaları ile anlaşılabilmesi mümkün değildir. Kazı çalışmalarının mutlaka ruhsatlı, ödenekli, bilimsel olarak yapılması gerekir. Kanaatimize göre bu görüş kabul edilirse davaları sonuçlandırmak mümkün olmayacaktır. 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesine göre korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı ve bunun koruma alanı devlet malı niteliğindedir. Yapılan keşifte bilimsel esaslara uygun olarak yapılan sondaj kazıları sonunda yer altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı veya bunun koruma alanı olmadığına anlaşılması halinde diğer kazanma koşullarının da gerçekleşmesi durumunda sit alanı dışında olan taşınmazlar hakkındaki davaların kabulü uygun olacaktır. İleriki yıllarda taşınmaz içerisinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı bulunursa bu ve bunun koruma alanı devlet malı niteliğinde olduğundan hazinenin tapu maliki aleyhine tapu iptal ve maliye hazinesi adına tescil isteme hakkı her zaman vardır. Kanaatimize göre hazinenin açacağı böyle bir dava 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 12/3 maddesinde ön görülen 10 yıllık hak düşürücü süreye de tabi olmaması gerekir. Zira tespitten önceki sebebe dayalı olarak tapu iptal ve tescil istenmemekte 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesine göre devlet malı olması sebebine dayanılmaktadır.

I - Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması :

2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bazı maddeler eklenmesine ilişkin 14.7.2004 Tarih ve 5226 Sayılı Kanunun halen karara bağlanmamış veya karara bağlandığı halde kesinleşmemiş olan davalara uygulanıp uygulanmayacağı hususu üzerinde de durulmalıdır. Kanunlar geriye yürümez. Ancak kamu düzenini ilgilendiren konularda bu ilkeye bağlı kalınması söz konusu değildir. Şimdi burada 2863 sayılı yasanın kendisinin ve bu yasadaki yapılan değişikliklerin kamu düzeni ile ilgisi üzerinde durulması gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.6.1993 gün ve 1993/ 16-139 E, ve 1993/487 K sayılı ilamında "..... 23.7.1983 günü yürürlüğe giren 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıkla-

rını Koruma Kanunu 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu ile 5805 Sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmış, tamamen yeni esas ve usullere yer vermiştir. **Kanun kamu düzeni ile ilgili olduğu için derdest davalara da uygulanacaktır**” demek suretiyle 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun eski kanun zamanında açılan ve henüz kesinleşmemiş olan davalara da uygulanacağına karar vermiştir. Şu duruma göre 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 14.7.2004 Tarih Ve 5226 Sayılı Kanunla değişik 11. maddesi gereğince “sit alanları” içinde bulunan ve tapuda kayıtlı olmayan davası halen kesinleşmemiş olan taşınmazların zilyetlik yoluyla kazanılması mümkün bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA :

- Çüçen, M. İlyas** : Orman Kanunu - Kadastro Kanunu ve ilgili Gayrimenkul Mevzuatı, 1995
- Düzceer, Ali Rıza** : Kazandırıcı Zamanaşımı ile Taşınmaz İktisabı, 1994
- Ergün, Zafer** : Gerekçeli Türk Medeni Kanunu, 2002
- Esmer, Galip** : Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri, 1967
İsviçre Medeni Kanun Şerhi, 1950
- Oktay, Dr. Saibe** : Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, 1990
- Olgaç, Senai** : Zilyetlik, 1956

AİLE MAHKEMELERİNDE TARAFLARIN SULH YOLUYLA ÇÖZÜME TEŞVİKİ

Bahattin ARAS (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I- Türk Hukukunda Sulha Teşvik Kavramı, A- Genel Olarak, B- Sulh Yoluyla Çözümüne Teşvik Zamanı, C- Sulh Yoluna Gidilmesi Zorunluluğu, D- Hakimin Tarafların Sulha Teşviki ve Bunun Taraflarca Kabulü, E- Sulh Sağlanamadığı Takdirde Yargılamaya Devam Edilmesi, II- Karşılaştırmalı Hukukta Sulh Kavramı, Sonuç.

GİRİŞ

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görevi Ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun, Aile Mahkemelerinin yargılama usulüne ilişkin 7. maddesinin birinci fıkrasına göre, Aile Mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verileceği belirtilmiştir.¹ Bu fıkraya göre, Aile Mahkemesine, ilk olarak eşleri sulhe teşvik etme görevi verilmiş, bu yolda başarı sağlanamazsa, esas hakkında hüküm verilebileceği düzenlenmiştir.

(*) Lüleburgaz Hakimi

(1) Akıntürk, Turgut: Medeni Hukuk 9. Bası, İstanbul 2003, s. 272; Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 132; Baktır, Selma : Aile Mahkemeleri, Ankara 2003s. 77; Petek, Hasan : "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları" ,İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 65 ,Temmuz 2000, s. 35

I.TÜRK HUKUKUNDA SULHE TEŞVİK KAVRAMI

A.Genel Olarak

4787 sayılı kanunun bu maddesinde geçen sulhe teşvik teknik anlamda sulh değildir. Buradaki durum, 1963 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkarılan sulh teşebbüsüne benzemektedir. Çünkü Aile Hukuku uyuşmazlıklarında tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığı için teknik anlamda sulh mümkün değildir. Burada kastedilen tarafların barıştırılmaya ve uzlaştırılmaya çalışılmasıdır. Bu nedenle,aile hakimi ilk olarak tarafların arasındaki sorunu, onların uzlaştırarak çözümlenmeye çalışmak zorundadır. Bu yönde olumlu bir sonuç alınmazsa esasa girişilebilecektir.²

Bu hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 213. maddesindeki, "Davanın her aşamasında tahkikat hakimi...sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulhe de teşvik edilebilir", hükmünden farklı bir anlam taşır. Çünkü 213. maddede geçen "teşvik edebilir" hükmü bir kesinlik taşımamaktadır. Sadece hakime bir yol gösterilmesi ve yetki verilmesi söz konusudur. 4787 sayılı kanunun 7. maddesindeki "... teşvik eder.. sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir." hükmü ise emredici bir kural içermektedir. Bu maddeye göre Aile Mahkemesi ilk olarak eşleri sulha teşvik etmek zorundadır.³

Fıkırada geçen sulhe teşvik, 1963 yılına kadar uygulanan sulh teşebbüsüne içerik itibariyle benzemekle birlikte, bazı farklılıklar göstermektedir. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi sulh teşebbüsü sadece boşanma davaları için kabul edildiği halde; sulhe teşvik, aile hukukundan kaynaklanan her tür uyuşmazlık için mümkündür .Ayrıca "Sulh Teşebbüsü", uygulandığı dönemde,asıl davaya bakacak olan Aile Mahkemesi dışında bir mahkeme olan sulh hukuk mahkemesi tarafından görülmekteydi. Bu durum,sulh teşebbü-

(2) Önen, Ergin, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh Ankara, 1972, s. 104, Ayan, s. 132; Kuru,Baki/Arslan,Ramazan/Yılmaz,Ejder :Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,Ankara 2003, s. 499; Akın-türk, s. 272

(3) Ayan, s. 132; Petek, s. 35

sünü gereksiz bir formalite haline getirmiştir. Bu nedenle eleştirilen hükümler, (HUMK, md.494-499) 1963 tarihinde yasadan çıkarılmıştır. 4787 sayılı kanunda düzenlenen "Sulhe Teşvik" ise asıl davayla birlikte, aynı mahkemede görülecektir. Şüphesiz ki bu durum hem Anayasanın 41. maddesindeki ailenin korunması ilkesine, hem de yargılamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi gereğine uygun bir düzenleme oluşturmaktadır.⁴

4787 sayılı kanunun getirmiş olduğu bu usul kuralı, bu mahkemenin kuruluş amacında uygun olarak aile birliğinin öncelikle devamını sağlamaya yönelik yöntemlerin gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılmak suretiyle kullanılması ve bunların başında sulh yolunun aranması zorunluluğu getirilmiştir. Her ne kadar maddenin birinci fıkrasında ihtiyaç olduğunda uzmanlardan yararlanılacağı belirtilmiş ise de ihtisas mahkemesi niteliğinde olan Aile Mahkemelerinin ağırlıklı olarak sulhun sağlanması konusunda uzmanlara başvurmaları isabetli olacaktır.⁵ Ancak bir görüşe göre bu uzlaştırmacı hukukçu olmalıdır.⁶

B. Sulh Yoluyla Çözüm Teşvik Zamanı

Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görevi Ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 7. maddesinde mahkemelerin önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce uyuşmazlıkların çözümü için tarafları sulhe teşvik edeceği belirtilmiştir. Ancak mahkeme esasa girmeden yanı kanıtları değerlendirmeden eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunlar, tarafların beyanlarıyla tesbit edilecektir. Bu tespit ise yetersiz ve yanıltıcı olabilir. Bu nedenle mahkemenin sulh teşebbüsü esasa girilip sorunlar tespit edildikten sonra ancak karardan önce gerekirse hakim bir defa daha tarafları sulhe teşvik edebileceği şekilde yeniden düzenlenmelidir.⁷ Bu tarafla-

(4) Karagülmez, Ali/Ural, Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s. 207; Bakır, s. 78

(5) Sirmen,Lale / Kaçhisarlıoğlu ,Cengiz/Tanrıver,Suha/Sural,N/Tercan,Erdal : "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye Aile Mahkemeleri Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", Kamu İş Hukuku Ve İktisat Dergisi, Cilt 5; Sayı 3; , Ankara Nisan 2000 s. 29

(6) Bakır, s. 77

(7) Karagülmez/Ural, s. 207

rin uyuşmadıkları noktaların daha iyi tesbit edilmesini ve taraflar sulhe teşvik edilerek geleceğe yönelik kalıcı çözümler önerilebilecektir. Aksi takdirde esasa girmeden önce taraflar tam tanımadan taraflar sulhe teşviki ve bunu tarafların kabulü, kalıcı çözümler getirmeyebilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık noktaları iyice tetkik edilmeden bu şekilde bir çözüm, taraflar arasında ileriye dönük daha büyük sıkıntıların ortaya çıkmasına sebep olabilir.

C. Sulh Yoluna Gidilmesi Zorunluluğu

Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; sulh yoluyla çözüme teşvikle ilgili usul kuralı (AMK, m.7/1) Aile Mahkemelerinin görevine giren tüm dava ve işler de geçerli olduğundan bu usul kuralına uyulmadan karar verilmiş olması yasaya aykırıdır ve bu nedenle yasa yoluna denetiminde bozma nedenidir denilmektedir.⁸

Başka bir görüşe göre ise, kanun burada bir zorunluluk getirmemiş olup, mahkemeye gelen dava işlerin niteliğine göre hakime tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur. Aile Mahkemesi hakimi bu kanundaki takdir yetkisini kullanırken önce araştırma ve incelemede bulmak tarafların sulh olma konusunda kesin istekli değillerse davayı sürüncemede bırakmamak için bu yola başvurmayabilecektir.⁹Taraflar arasında ağır sorunların yaşandığı, sulh teşvikin zaman kaybı ve davayı sürüncemede bırakmaktan başka bir sonuç doğurmayacağı durumlarda, hakimnin duruma uygun olarak takdirine göre sulhe başvurmayarak doğrudan mahkemeye gelen dava veya işin esasına girip hüküm kurması daha isabetli olacaktır.

D. Hakimnin Tarafların Sulhe Teşviki ve Bunun Taraflarca Kabulü

Hakim tarafından, sulh olunan konular belirlenerek, zapta geçecek bu konuların neler olduğu hakkında zabıt tanzim edildikten sonra tarafların, varsa yetkili yasal temsilcilerinin imzalarını alınacak daha sonra da infazda tereddüte yer verecek şekilde hüküm oluşturulacaktır.

(8) Özüğür, Ali İhsan: "Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması İle İlgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi" (İzmir Barosu Dergisi, Yıl 69, Ocak 2004, S. 1, s. 26), s. 34; Baktır, s. 77

(9) Özüğür, s. 34

Sulhun konusunun kamu yararını ilgilendirdiği hallerde hakim, bu konuda gerekli olan düzeltmelerin kanuna ve kamu yararına uygun yapılmasını taraflardan isteyebilecektir. Hakim boşanma davalarında özellikle anlaşmalı boşanma davalarında gereken dikkati gösterecek, boşanma iradesini gerekli gördüğü durumlarda kesin, açık hiçbir baskı, korkutma ve aldatma olmadan serbestçe açıklanıp açıklanmadığını tespit edecektir.¹⁰

E. Sulh Sağlanamadığı Takdirde Yargılamaya Devam Edilmesi

Aile Mahkemesinin önüne gelen dava ve işler hakkında sulh sağlandığı durumlarda davanın esasına girip yargılama bittikten sonra hüküm kurulacaktır. Boşanma ile ilgili davalarda, eğer anlaşmalı boşanma koşulları oluşmamışsa, evlilik birliğinin çökmez hale geldiğine, birliğin devamını mümkün olmadığına kanaat getirmedikçe boşanmaya karar verilmeyecektir.¹¹

4787 sayılı AMK'da sulh yoluyla çözümün şekli ve süresi hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu hususu açık bırakmış olması mahkeme açısından isabetlidir. Zira her somut olayda sulh yoluyla çözümde tarafların niteliği durumu, kanunun içeriği ve diğer bazı hususlar farklılık taşıyabilecektir. Bu yüzden sulh yoluyla çözüm aranmasında, 4787 sayılı kanunda belirtilmesi şekli ve süre hususunun hakim her olayda kendisi belirleyecektir. Örneğin, boşanma davasındaki sulh yoluyla çözüme teşvik ile nişana ilişkin bir davadaki sulh yoluyla çözüme teşvik içeriği ve gerekli zaman farklı olabilir.¹²

II.KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SULH KAVRAMI

Almanya'da Aile Mahkemelerinin görevini düzenleyen kanuna göre evlilik hayatının yeniden teminine veya boşanmaya ilişkin davalarda eğer hakim kendi kanaatine göre evliliğin devam etme ihtimali mevcutsa, davanın anlaşarak iyilikle çözümlenmesi amaca uygun olacaksa davayı erteleyebilir.

(10) Karagülmez /Ural, s. 208; Özüğür, s. 35

(11) Karagülmez/Ural, s. 208

(12) Sirmen/Koçhisarhoğlu/Tanrıver/Sural/Tercan, s.10; Baktır, s. 77

Mahkeme erteleme kararıyla birlikte bir evlilik danışma bürosuna başvurmalarını tavsiye edecektir.¹³

Bir çok ülkede Aile Mahkemelerinin kendine özgü usul kuralları vardır. Örneğin Fransa'da bazı davalarda avukatın görev alması zorunludur. Aynı şekilde Almanya'da da evliliğe ilişkin davalara da avukatlar temsil zorunluluğu vardır ve ayrıca avukatlara bu davalar için özel yetki verilmesi gereklidir. Almanya'da Aile Mahkemelerindeki usul, ceza mahkemelerindeki usule yaklaştırılmıştır. Örneğin, uyuşmazlığın çözümünü geciktirmesi veya geç ile sürülmesi ilgili tarafın ağır kusuruna dayanmadıkça her aşamada delil gösterilmesine karar verebilir ve eşlerin dinlenmesinden sonra onlar tarafından ileri sürülmeyen vakiaları da dikkate alabilir. Kamu yararı nedeniyle evliliğe ilişkin davalara da tarafların tasarruf yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, kabule ilişkin vakialara veya belgelerin gerçekliğine ilişkin davalarda tarafların tasarruf yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Yani, kabule ilişkin vakialara veya belgelerin gerçekliğine ilişkin yapılmayan veya kaçınılan açıklamalara bağlanan sonuçlar davadan feragate, karşı tarafın tanıkları veya bilirkişinin yeminine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmazlar.¹⁴

SONUÇ

Hakimin davanın esasına girmeden tarafları sulhe teşvik etmesi, yetersiz ve yanıltıcı olabilir. Bu nedenle mahkemenin sulh teşebbüsü , esasa girilip sorunlar tespit edildikten sonra, hakim davaya ilişkin kararı vermeden önce, gerekirse bir defa daha tarafları sulhe teşvik edebileceği şeklinde yeniden düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

Hakimin tarafları sulhe teşvik etmesinin zorunlu olup olmadığına ilişkin ise, taraflar arasında ağır sorunların yaşandığı, sulhe teşvikin zaman kaybı ve davayı sürüncemede bırakmaktan başka bir sonuç doğurmayacağı durumlarda, hakimin duruma uygun olarak takdirine göre sulhe başvurmayarak

(13) Baktır, s. 79; Sirmen/Koçhisarlıoğlu/Tanrıver/Sural/Tercan, s. 9-11

(14) Akıntürk, s. 220; Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, s. 440; Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa: Aile Hukuku ,3.Bası, İstanbul 2001, s. 107; Baktır, s. 79; Ayan, s. 135 ; Çakın,Akın :Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma,Ankara 1999, s. 111; Petek, s. 29

doğrudan mahkemeye gelen dava veya işin esasına girip hüküm kurması daha isabetli olacaktır.

Tarafların sulhe teşvik edildikten sonra, bu kurumdan elde edilmek istenen asıl amaca ulaşılmak isteniyorsa , tarafların kurulacak olan evlilik danışma bürolarına yönlendirilmeleri isabetli olacaktır. Zira taraflar arasında daha sonra meydana gelebilecek ufak tefek sorunların mahkemeye intikal etmeden bu bürolarda çözülmesi taraflar adına da güzel pratik sonuçların doğmasına sebep olacaktır. Aynı şekilde henüz boşanma talebinde bulunmayan eşlerinde aynı şekilde öncelikle evlilik danışma bürolarına yönlendirilmeleri, aralarındaki sorunların mahkeme ortamına taşınmadan buralarda öncelikle çözülmeye çalışılması evlilik kurumunun varlığını devam ettirmesi adına isabetli olacaktır. Bu evlilik danışma büroları , tarafların evliliğin geleceğine ilişkin verecekleri kararların daha isabetli olmasına ön ayak olacaktır. Tüm yapılan açıklamalar ışığında Türk Hukukunda Almanya'da olduğu gibi evlilik danışma bürolarının kurulması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut: Medeni Hukuk,9.Bası, İstanbul 2003
- Ayan, Serkan : Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004
- Baktır, Selma : Aile Mahkemeleri,Ankara 2003
- Çakın,Akın :Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma,Ankara 1999
- Kuru,Baki/Arslan,Ramazan/Yılmaz,Ejder : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,Ankara 2003
- Karagülmez, Ali/Ural, Sezai : Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003
- Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa: Aile Hukuku ,3.Bası, İstanbul 2001
- Önen, Ergin : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh Ankara, 1972
- Özüğür, Ali İhsan :”Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması İle İlgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi” (İzmir Barosu Dergisi, Yıl 69, Ocak 2004, S. 1, s. 26)
- Öztan, Bilge : Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004
- Petek,Hasan :”Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları” ,(İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 65 ,Temmuz 2000, s. 35)
- Sirmen,Lale / Kaçhisarlıoğlu ,Cengiz/Tanrıver,Suha/Sural,N/Tercan,Erdal : “Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye Aile Mahkemeleri Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model”, (Kamu İş Hukuku Ve İktisat Dergisi, Cilt 5; Sayı 3; , Ankara Nisan 2000 s. 29)

TAŞINMAZ, BİNA VE YAPI ESERİ MALİKLERİNİN KUSURSUZ SORUMLULUKLARI

Mahmut BİLGEN (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I- Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, A- Çevrenin Kirlenmesi Halinde Sorumluluk, II- Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Sorumluluğu, A- Kapsam, B- Bina veya Yapı Eserinin Niteliği, III- Her İki Kurumun Karşılaştırılması, A- Davacı veya Davalı Olmak Yönünden, 1- Davalı (Sorumlu) Olmak Yönünden, 2- Davacı Olmak Yönünden, B- Zamanaşımı Yönünden Karşılaştırma, C- Her İki Kurumun Farklı Yönleri.

Giriş ; Taşınmaz malikinin; sorumluluğu MK.nun 730(EMK.656). maddesinde, Bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu ise BK.nun 58. maddesinde düzenlenmiş olup, her iki sorumluluk da kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır. Bu sorumluk türlerinin uygulama yerleri ayrı olmakla birlikte bazen birbirleriyle çakışmakta, sorumluluklar yarışmaktadır.¹

I-TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞU :

TMK.nun 730(EMK656;İsvç.MK.679) maddesine dayanan bu sorumluluk; **“taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanmasından”** kaynaklanan bir sorumluluk biçimi olup, bu sorumluluk türü; bir taşınmazdan yararlanan kimsenin onu kullanırken baş-

(*) **Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi**

(1) BK.nun 58. maddesi ile TMK.nun 730. maddesinin uygulama alanlarının birbiri ile kesiştiği de görülmektedir. Bir bina veya inşa eserinin **“inşa hatası”** yahut **“bakım eksikliği”** “nin neden olduğu zararlar, komşu taşınmaza taşıdığı sürece mülkiyetin aşılması söz konusu olacağından hem BK.nun 58. maddesi hem de MK.nun 730. maddesi uygulanabilecektir. Malike kanunla yüklenen ödevlerin ihlali söz konusu olduğundan MK.nun 730. maddesinin uygulama alanı daha geniştir. (Erten s.85)

kasına verdiği zarardan sorumlu olmasının adalete uygun olacağı düşün-
cesinden kaynaklanmaktadır².

Bu sorumluluk türünde; taşınmaz malikinin aktif bir hareketi özellikle hukuk tarafından korunmuş yasal sınırlamalara aykırı davranışı, **HAKKINI AŞMASI(TECAVÜZÜ)**³ söz konusudur, bunun yanında, malikin her zaman aktif bir harekette bulunması şart değildir. Kaçınmama şeklindeki eylemi de bazen mülkiyet hakkını aşma niteliğini taşıyabilir. Örneğin taşınmaz, komşu taşınmazının üzerine çökme tehlikesi olan malik, bunu önlemek için gerekli tedbirleri alması gerekir⁴. Bu sorumlulukta; zarar **“taşınmazın kullanılması veya işletilmesi suretiyle”** meydana gelmelidir, aksi takdirde mülkiyet hakkının aşılmasından söz edilemez. Örneğin; kendi taşınmazından, tesadüfen taş veya silah atılarak başkasının yaralanması olayında, bu sorumluluk söz konusu olmazken; taşınmazını atış poligonu olarak kullanan kişinin eyleminde veya bahçesindeki taşları ayıklayarak komşunun çiçekleri üzerine atan kişinin eyleminde bu sorumluluk söz konusu olabilir.⁵ Malikin mülkünde avlanırken birisini yaralaması olayında (avlanmanın mülkiyet hakkının zaruri sonucu olmadığından, malik olmayan da avlanabileceğinden) malikin TMK.nun 730 (EMK 656) maddesine göre değil, BK.nun BK. 41. maddesine göre sorumlu tutulması gerekir⁶. Sırf doğal olaylar sonucu komşu taşınmazının zarar görmesi halinde (malikin hukuk düzeni tarafından onanmayan davranışı söz konusu olmadığından) bu sorumluluk söz konusu

-
- (2) Bertan C.I. s.675; İsviçre doktrininde, Wieland; bu maddenin (MK.730,EMK.656,İsv.MK.679) yerinin iyi seçilmediğini İsviçre BK.nun 58,59. maddelerinden sonra 60. madde olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur(Bertan s.675)
- (3) İsviçre doktrininde; malikin mülkiyet hakkını aşması , kanunda, mülkiyet hakkı sahibine tanınan yetkilerin dışına çıkılması, o hakka uygun olmayan bir davranış olarak belirtilmiştir (Bertan s.676)
- (4) Tandoğan s.199
- (5) Tandoğan age.s. 200; Eren /Borçlar s.627-628 ; Wieland; taşınmaz üzerinden ava silah atmanın , binadan dışarı atılan şeylerin TMK.nun 730 (İsMK.679) maddesi kapsamında değerlendirilmesinin doğru olmayacağını, buna kaçın, taşınmazın atış poligonu olarak kullanılması halinin MK.nun 730 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş. (Wieland s.240); Tuhr da ;taşınmazın iktisadi yararlanması ile ilgili olmayan yararlanma halinde (örneğin bir taşınmazdan bazı şeyler ve silah atma yoluyla)meydana getirilen zararın taşınmaz malikinin sorumluluğu kapsamında değil, fakat kusur sorumluluğu (BK.41)kapsamında olacağını belirtmektedir(Tuhr.s.406)
- (6) Saymen/Elbir s.383
- (7) Tandoğan age.s.198. dn.36(BGE 93 II 235 JdT 1968.580 -Kayadan parçalar düşmesi;-91 II 484 JdT 1966 551-Şiddetli yağmurdan derenin taşması) Eren/ Borçlar, s.628 ve oradaki yollamalar; Deprem dolayısıyla evin yıkılması, fırtına dolayısıyla ağaçların devrilerek komşuya ve elektrik tellerine zarar vermesi MK.nun 730. maddesi kapsamında tutulamaz(Saymen/Elbir s.383); Bertan s.682/16

değildir⁷ Malikin sözleşmeden(örneğin akdi irtifak hakkından veya geri alım sözleşmesinden) doğan sınırlamalara uyumaması MK.nun 730 maddesi kapsamında kabul edilmemektedir. ⁸ Bir taşınmazdan beslenen hayvanların sebep oldukları koku ve gürültüler komşu taşınmazda aşırı derecede duyulur, rahatsızlık oluşturursa MK.nun 730(656) maddesine dayanarak dava açılabilir. Buna karşı bir taşınmazdaki hayvanlar sınırı aşarak komşu taşınmazda zarar verilerse BK.nun 56. maddesinin uygulanması gerekir⁹

MK.nun 737(EMK.661) maddesinde, mülkiyet hakkı kullanılırken komşuyu rahatsız etmemek için uyulması gereken kurallar belirtilmiştir. Mülkiyetin bu sınırın dışında kullanılması halinde zarar gören, MK.nun 730(EMK.656) maddelerine dayanabilir. MK.nun 737(661).maddesi ile MK.nun 730(656.) maddesi arasındaki ilişki; BK.nun 19, 20. maddeleri arasındaki ilişkiye benzer BK.nun 19. maddesinde, sözleşme serbestisini sınırlayan hususlar gösterilmiş, bunun yaptırımı ise BK.nun 20. maddesinde gösterilmiştir. ¹⁰

MK.nun 737/I,II (EMK.661) maddesine göre:

"Herkes , taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetlerini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.

Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık yapmak yasaktır."

Bu sorumlulukta; komşuların birbirine karşı aktif hareketlerini düzenlediğinden zarar gören kişinin komşu olması gerekir, ancak buradaki komşuluğun, yakın komşuluk olması gerekmez. "Taşkınlık ve zararın etki alanına girebilecek "komşuluğun yeterli olduğu kabul edilmektedir¹¹ , Federal Mah-

(8) Tandoğan age.s.198 ve orada bahsi geçen BGE57 II 258 veya JdT 1932 I 47 Akipek s.339-340

(9) Bertan 690/31,ancak arıların sınırı aşarak komşu taşınmazda zarar vermeleri MKnun.730(656) maddesi kapsamında kabul edilmelidir.(Bertan s.690/31)

(10) Bertan s.689/29,30

(11) Tandoğan age.s.202,Komşu taşınmazın, mutlaka ortak sınırı olan taşınmaz olması gerekmez. Taşınmazın dışından duyulan ve zararlı dokunan aşırı kullanmada, bölgede zarar gören bütün taşınmaz sahipleri, taşınmaz üzerinde aynı veya şahsi bir hakka dayanarak zilyetliği bulunan kimselerde MK.nun 730 (656) maddesinden yararlanırlar (Bertan s.693/34) Y1HD. 12/5/1978, 4774/5433 (YKD.1978/7,1091)

keme bir kararında; nehire atılan çöplerin nehirin alt kısmındaki sudan yararlanan kişilere zarar vermesi halinde, bu kişilerin komşuluk hukukundan yararlanarak istemde bulunabileceklerini kabul etmiştir¹² Keza zarar gören kişinin malik olması şart olmayıp, sınırlı aynı hak veya şahsi hak sahibi olan komşuların da zarar görmeleri halinde dava açma hakları vardır. ¹³

Bu sorumluluk kapsamında zarar görenler; **ESKİ HALE İADE , TAZMİNAT veya TEHLİKENİN GİDERİLMESİ** davası açabilirler.

Yargıtay taşınmaz sahibinin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için; malını komşu taşınmazlar için tehlike oluşturacak biçimde kullanması veya bırakması şartını aramıştır:

***"...TMK.nun 730. maddesinde düzenlenmiş bulunan komşu taşınmaz sahibinin sorumluluğundan söz edilebilmesi için ; zararın , taşınmazın **amacı dışında ve taşkın kullanılması sonucu meydana gelmiş olması gerekir. Taşınmaz sahibi malını komşu taşınmazlar için tehlike oluşturacak biçimde kullanır veya bırakırsa , bu durumun verdiği zarardan dolayı kusursuz olarak sorumludur....**Davalıların sorumluluğunun kusur sorumluluğu kapsamında düşünülmesi gerekir. Davalıların kendilerine ait taşınmazda bulunan anızı yaktıkları yolunda dosyada da kanıt bulunmadığına göre davalılara kusur da yükletilemez..."Y4HD.4/6/2002,2002/1102-6839¹⁴

Yargıtay 4.HD. daha yeni bir kararında da: Davacının, davalıların müşterek malik oldukları taşınmazda meydana gelen yangın sonucu, zarar gören telefon direkleri bedelinin tazminine ilişkin olarak açmış olduğu tazminat davası ile ilgili olarak :

"...Davaya konu edilen olayda , davacının zararına yol açan yangının davalılara ait taşınmazdan başladığına ilişkin herhangi bir kanıt bulunmamak-

(12) ATF 55 II 243; JdT 1930,s.209(Saymen/Elbir s.347'den)

(13) Tandoğan age.s.203;Wieland. S.242

(14) Y4HD.nin önceki içtihatları ; "Bir taşınmaz sahibi malını komşu taşınmazlar için tehlike yaratabilecek biçimde kullanır veya bırakırsa bu halde MK.656madde uygulanabilecektir. Örneğin önlem almadan ot yetişen etrafı açık herkesin girip çıkmasını ,gelip geçmesini serbest bırakan bir taşınmaz malikinin eyleminin kaçınma biçiminde olduğunu zarar gerçekleşmişse taşınmaz sahibi MK.656. maddesine göre sorumlu olacağını(Dr. Suat Bertan Ayni Haklar Medeni Kanun 617-764 şerhli C.1 681-682) .. zararın davacıya ait taşınmazda bulunan anızların yanmasıyla gerçekleştiğinden illiyet bağının bulunduğunu kabul etmek gerekir"biçimindeydi (Y4HD.28/10/1984, 1984/6690-7689)

tadır. Şu durumda davalılar hakkında anılan yasanın 730. maddesinin uygulanmasından söz edilemez Davalıların sorumluluğunun kusur sorumluluğu kapsamında düşünülmesi gerekir. Davalıların kendilerine ait taşınmazda bulunan otları yaktıkları yolunda dosyada kanıt da bulunmadığından davalılara kusur da yükletilemez ..." demek suretiyle yerel mahkemenin tazminat isteminin kabulüne ilişkin verdiği kararı bozmuştur. (Y4HD.9/05/2005,2004/11167,2005/5084)¹⁵

Yargıtay 8.HD de bir kararında :

"Biçerdöver çalışması esnasında çıkan kıvılcımın komşu taşınmazda yangına sebebiyet verip, ekini yakması sonucu ekin sahiplerinin taşınmaz sahipleri aleyhine açtıkları tazminat davasında; **taşınmaz malikleri ile biçerdöver maliki arasındaki istisna akdinin bulunması yangının biçerdöverdeki dizayn hatasından** kaynaklanmış olması nedeniyle taşınmaz malikleri hakkında açılan davanın reddi" gerektiğini kabul etmiştir. Y8HD.10/3/2005, 2004/5196-2425¹⁶

A-Çevrenin Kirletilmesi Halinde Sorumluluk :

Çevrenin kirletilmesinden doğan zararlar için, Çevre Kanunu'nun 3/f maddesinde ağırlaştırılmış bir objektif sorumluluk getirilmiştir. Hukuka uygun kirletmeden doğan kaçınılmaz zararların **fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi** koşulları içinde Çevre Kanunu'nun 3/f maddesi uyarınca tazmini savunulabilir Sorumluluğun katlanamayacak boyutlara ulaşmaması için, hakim, BK.nun 43/1, Çevre Kanunu'nun 3/b,c de yer alan **kalkınma çabalarını olumsuz etkilememe ilkesine göre tazminatta indirim yapabilir.** ¹⁷

Çevrenin kirlenmesi ile ilgili 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesinde "Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar . Kirletenin , meydana gelen zarardan ötürü genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu saklıdır"şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

(15) Esasen ; aynı taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkından başka bir aynı hakkı bulunan kişiler bu maddenin(MK.730) kapsamında kabul edilmemektedirler. (710 N 15 28-Bertan s.680/11'den)

(16) YKD.2005/6,872-872

(17) bkz. Tandoğan/Çevre Y.D.1986/1-2, s.55-56vd.

Mülkiyet hakkının aşkın kullanılması, taşınmazın normal işletilme ve kullanılması ile ilgili olmalıdır. Bundan başka , taşınmaz mülkiyetinin aşılmasına yol açan müdahaleler , başka bir taşınmaz üzerinde meydana gelmeli ve diğer bir taşınmazı etkilemelidir. Buna karşılık **Çevre Kanunundan doğan sorumluluk taşınmazdaki tesisatın veya işletmenin kullanılmasına veya işletilmesine bağlı kılınmamıştır**. Bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirlenmesine sebep olan herhangi faaliyeti ,onu kirlenmeden doğan zarardan sorumlu tutulması için yeterlidir. Çevre kirlenmesinden zarar gören kişi isterse Çevre Kanununa(3/f) göre isterse MK.730(EMK.656) maddesindeki sorumluluğa göre kendisine en uygun göreceği sorumluluğa göre dava açabilir.¹⁸

Y4HD; deprem sonrası bir fabrikanın gaz tanklarının zarar görmesi sonucu sızıntısı yapıp, çevre kirliliği yaratması ve bunun sonucunda, davacının çevreyi terk etmesinden dolayı uğradığı zararın giderilmesine ilişkin olarak açtığı tazminat davası ile ilgili olarak verdiği bir kararda :

“...Çevre Kanunu'nun 28. maddesi çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler, sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan KUSUR ŞARTI ARANMAKSIZIN sorumlu oldukları kuralını getirdikten sonra ,kirletenin meydana gelen zararlardan ötürü **genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğunun saklı** olduğunu düzenleme altına almıştır.Şu düzenleme itibariyle doğayı kirletenin ve bozanın KUSURSUZ SORUMLU olduğu kuralı getirilmiş ve ayrıca verilen zararın da genel hükümlere göre ödenmesi gerektiği açıklanmıştır.Bundan şu ilkeler çıkarılabilir.**KIRLETEN ÖDER İLKESİ VE ÖNLEYİCİLİK İLKESİDİR.**

...Dosya içeriğinden davacının; oturmakta olduğu bölgeden deprem nedeniyle değil,salt gaz sızıntısı sonucu ortaya çıkan tehlike nedeniyle bölgeden uzaklaşmak ve doğa koşullarında ihtiyaçlarını karşıladığı belirgin-dir.....Bu itibarla davacının maddi zararının incelenip belirlenmesi,net olarak belirlenmemesi durumunda BK.nun 42. maddesi gereğince takdir edilerek hüküm altına alınması gerekir.

(18) Y3HD. 6/2/1997,1997/458-1307 sayılı karar gerekçesinden bkz.YKD.1997/5,693-697;ayrıca bkz. Tandoğan / Çevre agm. 30-56

...Davacının meydana gelen deprem felaketinden ayrı olarak,gaz sızıntısından dolayı ,**SIKINTI,TEDİRGINLIK,GÜVENSİZLİK ve SAĞLIK** sorunları yaşadığı ,çevredeki (insan dışında) tüm canlıların gazdan ölmesi sonucu, yapılan uyarıyı gözeterek ,bölgeyi terk etmek zorunda kaldığı ,yakınlarının yardımına koşmamanın sıkıntı ve tedirginliğini yaşadığı ,bu haliyle **FIZIKI ve SOSYAL KİŞİLİK DEĞERLERİNİN** zarar gördüğü, bunun da manevi tazminatı gerekli kıldığı sonucuna varılmalıdır.....

Davalının sorumlu olup olmayacağına gelince ; davalıya ait fabrikada kimyasal madde depolandığı ve sağlık koruma bandı oluşturulduğu gözetildiğinde , bu tesisin çevresine **TEHLİKE** arz ettiği anlaşılmaktadır.Tehlikeli bir tesisin maliki ,onun fena yapılmasından veya muhafazasındaki kusurdan dolayı sorumlu olup,bu objektif bir sorumluluktur.Bu sorumluluk türü **TEHLİKE SORUMLULUĞU** olarak da isimlendirilmektedir. Bundan dolayı doğan zarardan davalı kusuru bulunmadığını kanıtlamalıdır.....

...Hiç kuşkusuz deprem, zararın doğmasına etken olmuş,ancak davalının sahibi olduğu tesis ,**teknğin gerekli kıldığı koşullara ve böyle bir deprem nedeniyle doğabilecek zararların önlenmesi gözetilerek yapılsa idi, davaya konu zarar doğmayacaktı . Bu bağlamda gaz sızıntısı olmayacaktı.**İşte bundan dolayı da, sorumluluk için uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilmek gerekir..."Y4HD.1/6/2004,2003/14559,2004/7027

II-BİNA VE YAPI ESERİ MALİKLERİNİN SORUMLULUĞU:

"Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan dolayı mesul olur." (TBK.58/1)

"Bir binanın veya diğer yapı eserinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararları gidermekle yükümlüdür" (TBK. Ön Tasarısı m.64/1).

A-Kapsam:

Bina veya yapı eseri sahibinin sorumlu olabilmesi için meydana gelen zararın, **bina veya yapı eserinin YAPILMASINDAKİ BOZUKLUKTAN VE-**

YA BAKIMINDAKİ BİR EKSİKLİKTEN kaynaklanması gerekir.¹⁹ Bina ve inşaa eseri sahibi, hem kendi fiilinden hem de, başkasının fiilinden sorumludur. Burada sadece olumlu bir davranış değil, aynı zamanda olumsuz bir davranış yani ihmal de yükümlülük açısından göz önünde tutulur. Bina ve inşaa eseri sahibine ilgili eseri hatasız inşaa etme ve amacına uygun durumda bulundurma (hatasız inşaa /eksiz bakım)ödevi yüklenmiştir. ²⁰

Zarar, şiddetli bir fırtınanın yüksek voltaj taşıyan elektrik tellerini kopartıp başkasına zarar vermesi gibi²¹.umulmayan bir halden dolayı meydana gelmiş olsa bile, yapı maliki gene sorumlu olacaktır. Kusursuz sorumluluk esasına dayalı bina ve yapı malikinin sorumluluğu bazı yazarlar ve bazı mahkeme kararlarında **tehlike sorumluluğuna** dayandırılmakta ise de ²² aralarında oftinger'in de bulunduğu bazı yazarlar, bina ve sair yapı eserlerinin tehlikeye yol açacak şeyler olmadığını elektrik tesisatı, nükleer enerji üretilen ve kullanılan bina gibi yerler için tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel kanunlar çıkartılabileceğini belirtmişlerdir²³ .

Kusurlu binayı bilerek kiralayan kişinin de tazminat hakkında üstü örtülü vazgeçmiş sayılacağını belirtmişlerdir. ²⁴

B-Bina veya Yapı Eserinin Niteliği :

Bina; insan veya hayvanların oturması, barınması veya gereksinmeleri için **yapay olarak insan eliyle** yapılmış yapı eserleridir.²⁵ Kanunun binaya benzettiği **"imal olunan şeyler"** ²⁶ İnsan mesaisi ile oluşturulan bütün şeyleri değil, uzaktan da olsa bir dereceye kadar binaya benzeyen şeyleri içerir.

(19) Kanunda "muhafazasındaki kusurundan " tümcesi yanlış tercüme edilmiş olup bunun mehaa uygun olarak "bakım eksikliği " olarak anlaşılması gerekir(Koç.s.28) Nitekim ön tasarıda da bu tümce" bakımındaki eksiklikten" şeklinde düzenlenmiştir.

(20) Erten .s.19

(21) Tandoğan age.s.162

(22) Tandoğan age.s.163,dn.11 Von Tuhr-Siegwart, Becker, Oser –Schönenberger vb;Schwarz s.104, Federal Mahkeme de bazı kararlarında tehlike ilkesine dayanmıştır(bkz.Erten s.72)

(23) Tandoğan age.s.163

(24) Tuhr.s.405

(25) Tandoğan age.s.170,173

(26) Tuhr.s.405

Binaya en çok yaklaşan şeyler toprağa sağlam bir şekilde bağlı şeylerdir.²⁷ Köprü, telefon-elektrik direkleri, havagazı borusu, tramvay veya demiryolu rayları yahut bina içindeki buhar kazanları sabitlik ve arza bağlılığa örnek olarak verilebilir²⁸. Arza nisbi bağlılık yeterli olup sonradan kaldırılmak üzere kurulan iskele, yapı barakası, asansör , teleferik gibi²⁹ tesisler de yapı eseri sayılırlar. Toprağa tabii olarak bağlı ağaç gibi şeyler, yapı eseri sayılmaz³⁰

Yapı eserinin kendisi ve mütemmim cüzleri bu madde kapsamında olup teferruat esas şeyinden ayrılıp yapı eserinin bir kısmı haline gelmedikçe yapı eseri sayılmaz³¹

Aslında eksikliği olmayan bir yapı eseri esas amacına aykırı şekilde kullanılırsa bunu kullanan kişi BK.nun 41. maddesi uyarınca sorumlu olur³²

Bina ve imal olunan şey yapım ve onarım halinde iken doğan tehlikelerde inşa kusurundan değil kusur sorumluluğundan söz edilebilir. Ancak buna rağmen malik tarafından tahsis amacına uygun kullanılmakta iken zarar meydana gelirse BK.nun 58 uygulanabilir. ³³

Yargıtay imal edilen tüpün patlaması sonucu oluşan zararda yüksek özen yükümlülüğünü gerektiren kusur sorumluluğunun söz konusu olduğunu, imalatçının BK.nun 58. maddesinde yer alan kusursuz sorumluluk kapsamına alınmasının doğru olmayacağına karar vermiştir.(YHGK. 27/11/1996, 1996/4-588-831)

Yargıtay Bir Kararında ;

- Zararın yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğduğunu zarar görenin kanıtlaması gerektiğini

(27) Tuhr. S.403

(28) Tandoğan age.s.170

(29) Tandoğan age.s.171

(30) Tuhr.s.404;Oser/Schönenberger(Borçlar)s.535/6;Ağaçlar yapı eseri sayılmaz (Y4HD.15/10/1975,1974/10329-10657-YKD.1976/7,965) İnsan eliyle dikilmiş bitkiler ve ağaçların doğal nesnelere arasında sayılmaması gerektiği ve bunların sebep olduğu zararlarda BK.58 maddede sorumluluğunun düşünülebileceği gerektiği konusunda da görüşler vardır. (Erten s.15,126,ve orada dn231'deki yollamalar)

(31) Öser/Schönenberger-Borçlar.s.535/6

(32) Oser/Schönenberger-Borçlar.s.536/7

(33) Tuhr.s.405; Koç s.58 ve oradaki yollamalar ; ayrıca bkz. (Oser/Schönenberger-Borçlar.s.536/7)

- İnsanların ve canlıların yaşamı için önemli bir tehdit oluşturan yerleşim yerlerindeki yüksek gerilim hatlarının bakım ve korunmasında ,tesis sahibinin NORMALİN ÜZERİNDE BİR ÖZEN BORCU bulunduğu nu kabul etmiştir :

****" ..Bir bina ve yapı eseri malikinin BK.nun 58. maddesine göre sorumlu tutulabilmesi için , **zararın yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğduğu ispatlanmalıdır. Buradaki ispat yükü zarar görene düşer..**

Somut olaya baktığımızda davacının oğlu olan 8 yaşındaki H, evinin yakınlarında ve mahalle içinde oynarken kaza meydana gelmiştir. ...ölen çocuğun evinin yakınlarından ve yerleşim yeri üzerinde geçen yüksek gerilim teline daha önceden takılı bulunan uçurtmayı , iletken bir tel ile oradan kurtarmak isterken teldeki elektrik akımının ark yapması neticesinde , çocuğun elektrik akımına maruz kaldığı , ağır yaralandığı daha sonra da kaldırıldığı hastanede öldüğü anlaşılmaktadır.

Her ne kadar , bilirkişi raporlarına göre davalının bir yapım bozukluğunun bulunmadığı belirtilmekte ise de , olayların gidişatından insanların ve canlıların yaşamı için önemli bir tehdit oluşturan bu tür tesislerin **bakım ve korunmasında , tesisin yerleşim yeri üzerinde bulunduğu da düşünüldüğünde NORMALİN ÜZERİNDE BİR ÖZEN BORCU BULUNDUĞU sonucuna varılır. ...**"YHGK.12/03/2003, 2003/4-144,161

Bina veya yapı eseri tehlike arz ediyorsa, tehlikeye maruz kalabilecek kişi "Tehlikeyi ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri alınmasını " o yerin malikinden isteyebilir , tehlikenin izalesi için dava açabilir.(BK.nun 59). Bu düzenlemede kusur şartı aranmamış olup, "inşa ve bakım eksikliği"nden söz edilmediğinden BK.nun 58 maddesinden , ve "mülkiyet hakkını aşmadan,komşu olmadan " söz edilmediğinden TMK.nun 730 (EMK.656) maddesinden daha kapsamlıdır.³⁴

(34) Tandoğan s.181

Bu husus TBK Ön Tasarısında :

"Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi , bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir."(m.65/1)

şeklinde düzenlenmiştir.

III-HER İKİ KURUMUN KARŞILAŞTIRILMASI :

A-Davacı veya Davalı Olmak Yönünden :

1-Davalı (Sorumlu) Olmak Yönünden :

Her iki sorumluluktaki yasal düzenlemelere göre; MALİK'İN kural olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmekle beraber, son zamanlardaki Federal Mahkeme kararları, doktrindeki hakim görüşe göre; **SINIRLI AYNI HAKKA VEYA KİŞİSEL HAKKA** dayanarak taşınmazı kullanan kişilerin de malik gibi sorumlu tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir.

a-Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunda :

Sorumluluğun salt malike ait olması gerektiği görüşü doktrinde azınlıkta kalmaktadır.³⁵ Çoğunluk görüşü ve Federal Mahkeme Kararlarına göre;

Sınırlı aynı hak sahiplerine karşı, dava açılabilceği kabul edilmektedir.³⁶ kira gibi **kişisel bir hakka** dayanarak taşınmazı kullanan kişilerin ise malik gibi sorumlu tutulmaları doğru görülmemektedir.³⁷

Federal Mahkeme son kararlarında; kişisel bir hakka dayanarak fer'i zilyet (intifa hakkı sahibi, ürün kiracısı gibi)fili egemenlik icra ettiğinden malik gibi sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmiştir.³⁸

(35) Leemann,bkz.Tandoğan age.s.191

(36) Bkz. Tandoğan age. S.191 dn.13,14 Stark, Bauer,Oğuzman/Seliçi, Akipek vb, BGE.93 II 230 JdT 1968,580vb; Bertan s.695/42,

(37) Tandoğan age.s.192,dn.15,16; Bertan s. 696/44 Şahsi hakka dayanarak taşınmazı kullanan kiracı gibi kimselerin sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır.

(38) Tandoğan s.192-193;ayrıca Saymen/Elbir s.382

Mülkiyet hakkının aşırı kullanılması komşu taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı üzerinde etkisi olursa MK.nun 730(EMK.656)uyarınca zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan komşu, **zarar meydana gelmişse ZARARIN GİDERİLMESİNİ , TAZMİNİNİ, ZARAR TEHLİKESİ varsa TEHLİKENİN ÖNLENMESİ** isteyebilir³⁹

Doktrinde MALİK'İN mülkiyet hakkını aşırı bir şekilde kullanılmasından sorumlu olduğu,taşınmazın haklı veya haksız olarak başkası tarafından kullanılması durumunda (mesela kiracının bahçeye açtığı çukura birisinin düşmesi, intifa hakkı sahibini intifa ettiği taşınmaza yaptığı taşkınlıklardan) malikin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir⁴⁰

YHGK.bir kararında arsanın başkasına tahsis edilmiş olması halinde meydana gelen zararda malikin sorumlu olduğunu kabul etmiştir.

***"....Davacı 06.09.2000 tarihinde M.C.Rumi Camisinin minarelerinden birinin park halindeki aracının üzerine yıkılması sonucu aracının enkaz altında kalarak kullanılmaz hale geldiğini ve 5.000.000.000 TL. zarara uğradığını belirtip, bu olay nedeni ile; Hazinenin arsa maliki olmasına rağmen gerekli kontrolleri yapmadığından,..... Belediyesinin üzerine düşen denetim görevini ihmal ettiğinden, Diyanet İşleri Başkanlığından Sorumlu Devlet Bakanlığının bu camiyi yapan kişileri bilmemesi ve kanunda öngörülen süre içerisinde yeddine almaması nedeniyle, davalılardan A.A.ve K.K.nun Cami Yaptırma Derneği yöneticileri olması hesabı ile, S.A.'ın ise minareleri yapan kişi olması nedeniyle sorumlu olduğunu iddia ederek, zararının tüm davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Kanunun kendisine yüklediği iş ve işlevi yapmadığı sürece daha alt birimler olan belediye, dernek ve bireylere kusur yüklemesinin doğru olmayacağını, Diyanet İşleri Başkanlığının üzerine düşen görevini yapmamakla birlikte, meydana gelen olayda Hazine-

(39) Bertan s.687/24; Seymen/Elbir: Muhtemel zarar için, bunun önlenmesi (içtinap) davası açılabilceğini belirtmektedirler (Saymen/Elbir s.382);Oğuzman/Öz.s.597

(40) Saymen/Elbir s. 383;Wieland. Yangın vs gibi tehlike arzeden bir sanatı icra eden çiftçi veya kiracının, yalnız kendi kusurundan dolayı verdiği zararlardan, malikin sorumlu tutulmasının doğru olmadığını, ancak kiraya verilen binalar ve taşınmaz üzerindeki diğer tesisleri yeterli derecede korumamış ve bunların inşa ve tesislerinin ayıplı olması halinde malikin de sorumlu olacağını belirtmiştir. (Wieland.s.242)

nin sorumluluğunun daha ağırlıklı olduğunu açıklayarak, Hazine bakımından davanın kabulüne, diğer davalılar yönünden davanın reddine karar vermiştir.

... Davalılardan Maliye Hazinesi ve Diyanet İşleri Başkanlığına İzafeten Başbakanlığın temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan biçimde Hazinenin sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle karar bozulmuştur.⁴¹

Yerel mahkeme; Hazinenin kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olduğunu açıklayarak önceki kararında direnmiştir.

.... Dava konusu taşınmaz özel mülk olarak Hazine adına kayıtlı bir taşınmazdır. Devlet tarafından yürütülmesi gereken bir kamu hizmetinin görülmesi için ayrılan ve fakat kişilerin doğrudan doğruya yararlanma yetkileri bulunmayan ve bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılmış olan hastane, okul, cami gibi yerler genelin (kamunun) yararlanmasına açık yerlerdir. Bu gibi yerlerin yapımı, bakımı ve korunmasından doğan zararlara ilişkin özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekir.

Somut olayda taşınmaz maliki olan Hazinenin mülkiyet hakkını kullanırken ve üzerinde tasarrufta bulunurken gerekli kontrol mekanizmalarını

(41) Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 21.06.2004 gün ve 2004/1364-8084 sayılı ilamı ile;

"...1-Davalı Maliye Hazinesinin temyizi yönünden;

Dava, caminin minaresinin yıkılması sonucu araçta meydana gelen hasar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece davalı Maliye Hazinesi hakkındaki davanın kısmen kabulüne, öteki davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm davalılardan Maliye Hazinesi ve Diyanet İşleri Başkanlığı'na izafeten Başbakanlık vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki bilgi, belge ve taraf açıklamalarına göre; yıkılan minarenin tabi olduğu caminin üzerinde bulunduğu taşınmazın mülkiyeti Hazineye aittir. Ancak Hazine bu taşınmazı 11.04.1989 tarihli yazı ile cami yapılmak üzere Diyanet İşleri Başkanlığı'na tahsis etmiştir. Bundan sonra Diyanet İşleri Başkanlığı bu camiyi yaptırma işini davalı derneğe bırakmıştır. Cami yapımından sonra minare yıkılarak davacının aracına zarar vermiştir. Gerek eski MK.656 (Yeni MK 730) maddesi gerekse BK.nun 58.maddesine göre taşınmaz malikinin kusursuz sorumluluğu bulunmakta ise de, yerin belli bir amaç için Diyanet İşleri Başkanlığı'na tahsis edilmesi ve bu şekilde kullanılmasının amaçlanması nedeniyle anılan maddelerin somut olayda uygulanma olanağı yoktur. Dava konusu olayda yapılan yapının niteliği itibarıyla özel mülkiyete konu olamayacağı, kamusal amaca tahsis edildiği, böylece sorumlu tutulan Hazinenin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı gözetildiğinde Hazinenin sorumluluğu yoktur. Hazinenin ayrıca haksız eyleme katıldığı da iddia edilip kanıtlanmış değildir. Yerel mahkemece Hazine hakkındaki davanın reddi gerekirken kabul edilmiş olması bozmayı gerektirmiştir....." yerel mahkeme kararını bozmuştur.

işletmediği, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği anlaşıldığından, dava tarihi itibarıyla uygulanması gereken Türk Kanunu Medenisi'nin 656.maddesine (TMK.m.730) göre sorumluluğu bulunduğu sonucuna varılmıştır.... "YHGK.27.04.2005,2005/4-246 2005/280"⁴²

b-Bina ve Yapı Eseri Sahibinin Sorumluluğunda :

Madde metnindeki düzenlemeye göre sorumluluk kural olarak yapının MALİKİNE aittir.

Malik hiçbir kusuru bulunmazsa, imal olunan şeyin muhafaza ve bakımını üçüncü bir kişiye (örneğin hasılat kiracısına) terk etmiş olsa bile meydana gelen zararı tazmin ile yükümlüdür⁴³ Tapuya kayıtlı taşınmazlarda tapu kayıt sahibi malik olarak, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda ise, taşınmazın zilyedi sorumlu olacaktır.

Bazen yapı eserinin maliki bağlı olduğu taşınmaz malikinden başkası olabilir. Başkasının arsası üzerinde yapılan hafif yapılar MK.655 (TMK.729), yasal veya sözleşmeye dayanan irtifak hakkı sahipleri MK.651 (TMK.725), MK.652 (TMK726), MK.653 (TMK.727), MK.668 (TMK.744), MK.670 (TMK.746), MK.751 (TMK675.) veya idari bir imtiyaz veya ariyet sözleşmesi dolayısıyla başkasının arsası üzerine kurulan binalar , mecralar veya diğer yapı eserlerinde durum böyle olur ve **taşınmazın maliki değil, fakat bozukluk taşıyan yapı eseri maliki BK.nun 58 maddesi uyarınca sorumlu olur**⁴⁴ **Federal Mahkeme son zamanlarındaki içtihatlarında; her zaman yapı eserinin üzerinde bulunduğu taşınmaz maliki değil, bazen de yapı eserini kuran, onu kullanan , ondan fiilen tasarruf eden ve bu nedenle ona bakması gereken kimsenin BK.nun 58. maddesi uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmiştir.**⁴⁵ De Lega Ferenda'ya göre; .BK.nun 58.

(42) Zarar gören kişi komşu olmadığından ve MK.nun.730.maddesi komşuluk ile ilgili ilişkileri düzenlediğinden kanımızca burada uygulanması gereken maddenin TMK.nun 730 maddesi değil, fakat BK.nun.58. maddesi olması gerekirdi (bk.aşağıda dn.40. Tandoğan s.206, Bertan s.690-691/31)

(43) Tuhr.s.405

(44) bkz. Tandoğan age.s.165,dn. 22 de Luze vb;Koç.s.48(burada bahsi geçen aksi görüş Tüzemen Ekrem BK.58 Üzerine Bir İnceleme AD.1945.S.I. s.22)

(45) Tandoğan s.166, dn.30BGE.91,II 284 JdT ,1966,169 vd;
Başka birisinin bir şahsın arazisine inşa ettiği binadan kaynaklanan sorumluluk konusunda tartışma olup; Oğuzman/Öz taşınmaz malikinin sorumlu olması gerektiğini ;Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altıp'un ve Eren'in ise; binayı yapanın sorumlu olacağını belirtmektedir (Oğuzman/Öz.s.595)

maddesindeki sorumluluk süjesinin kapsamına irtifak hakkı sahiplerinin de alınması ve bunların malikle birlikte zincirleme sorumluluğunun kabul edilmesinin uygun olacağı söylenmiştir⁴⁶

Bu husus Türk Borçlar Kanunu Ön Tasarısında :

"İntifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle müteselsilen sorumludurlar"(m.64/II)

şeklinde düzenlenmiştir

c-Toplu Mülkiyette Sorumluluk

aa - Sorumlu Taşınmazda Paylı (Müşterek) Mülkiyet Söz Konusu ise:

Zararın kaynaklandığı taşınmazda söz konusu ise; (Taşınmaz Malikinin, Yapı ve Eser Sahibinin Sorumluluğuna ilişkin) taşınmazda paylı mülkiyet söz konusu ise; tek paydaşa karşı dava açılabilir açılmayacağı konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar ve bazı Yargıtay kararlarında paydaşlardan ancak payları oranında istemde bulunulabileceği kabul edilmesine karşın⁴⁷ Tandoğan ve bir kısım yazarlar zarar görene karşı paydaşların dayanışmalı(müteselsil) sorumluluğunun olması gerektiğini kabul etmektedirler⁴⁸

bb - Sorumlu Taşınmazda Elbirliği (İştirak Halinde) Mülkiyet Söz Konusu ise :

İştirakçiler zarar gören kişiye karşı dayanışmalı (müteselsilen) sorumlu olduklarından (TMK.641) zarar gören dilerse iştirakçilerin birisine, dilerse hepsine karşı dava açabilir.

(46) Tandoğan age.s.168

(47) Von Tuhr.(s.405)Maliklerin payları oranında sorumlu olduğunu belirtmektedir. ;ayrıca bkz.Oğuzman/Öz.s.594; (Oser/Schönenberger-Borçlar.s.538/14)

(48) bkz. Tandoğan s.,169 ve dn.46-47 'deki ;s.190-191 dn.9,10 deki yollamalar; Bertan TMK.nun 730. maddesine göre açılacak davalarda ; tehlikenin önlenmesi veya zararlı halin giderilmesi davasının paydaşların hepsine karşı (Meier-Hayoz 679 N 55, Bertan s. 695/41'den) tazminat davasının ise, müteselsil sorumluluk nedeniyle paydaşların birisine karşı açılabileceğini belirtmektedir (Bertan s. 695/41)

2- Davacı Olmak Yönünden :**a-Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunda :**

Önceleri madde metnine bakarak BK.nun 58. maddesinde olduğu gibi taşınmaz maliki ile diğer aynı hak sahiplerinin ,kiracıların ve sırasıyla üçüncü kişilerin de dava hakları olduğu kabul edilmekteyken, zamanla gerek doktrin ve gerekse Federal Mahkeme anlayışındaki değişiklikler sonucu dava açma hakkının sadece **zarara veya zarar tehlikesine maruz kalan komşu taşınmazın malikiyle komşu taşınmaz üzerinde aynı veya şahsi hakka dayanarak zilyet** bulunan kimselere ait olduğu belirtilmiştir⁴⁹

b-Yapı veya inşa Sahibinin Sorumluluğunda :

Bina veya inşa eserindeki yapım ve bakım hatası nedeniyle zarara uğrayan herkes, malik ile aralarında sözleşme bulunan kişiler BK.nun 58. maddesi uyarınca dava açabilirler, ancak, malik ile aralarında sözleşme bulunan kişilerin, hangi hukuki ilişkiye dayandıklarını belirtmeleri gerekir.⁵⁰ Zarar gören kişiler bina ve inşa eserini kullananlar, ondan yararlananlar olabileceği gibi, oradan geçmekte olan üçüncü kişiler, hatta komşular da olabilir. Komşuların taşınmazın taşkın kullanılması şartının varlığı halinde TMK.nun 730. maddesi uyarınca dava açma hakları vardır. Bu halde davacının yarışan hakları söz konusudur.

c-Toplu Mülkiyette Davacılık :**aa-Zarar Gören Taşınmazda Paylı Mülkiyet Söz Konusu İse :**

Zarar gören komşu taşınmazın paylı maliklerinden her biri diğerinin rızasını almaksızın, TMK.nun 730(EMK.656) maddesi uyarınca ; ESKİ HALE GETİRME VE TEHLİKENİN İZALESİNİ isteyebilmesine karşın tazminat davasını ancak kendi payı yönünden açabilir.⁵¹

(49) FMKD.75 II 116(Bertan s.691-692/33)

(50) Öser/Schönenberger-Borçlar.s.539/17

(51) Tandoğan age.s.203,Bertan s.694/36,YMK.688/III

Bu husus TMK.nun 689 maddesinde de aşığıdaki şekilde düzenlenmiştir. :

“Paydaşlar , kendi aralarında oybirliği ile anlaşarak yararlanma , kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler. Ancak, böyle bir anlaşmayla paydaşların aşığıdaki hak ve yetkileri kaldırılamaz:

1.Paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılabilirliğinin ve değerinin korunması için zorunlu olan yönetim işlerini yapmak ve gerektiğinde mahkemeden buna ilişkin önlemlerin alınmasını istemek.

2. Eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhal alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına almak.....”

bb - Zarar Gören Taşınmazda Elbirliği(İştirak Halinde) Mülkiyet Söz Konusu İse :

Taşınmaz Malikinin ve Yapı eserinin sorumluluğunda Zarar görenler veya zarar tehlikesine maruz kalanlar arasında iştirak (elbirliği) mülkiyet varsa:

TMK.nun 640/4. maddesinde: **“Mirasçılardan her biri , terekedeki hakların korunmasını isteyebilir.Sağlanan korumadan mirasçılardan hepsi yararlanır “** şeklindeki düzenleme karşında tazminat dışındaki davaların bir mirasçı tarafından diğer mirasçıların onamını alınmadan açılacağı söylenebilir.

Tazminat davasının ise; iştirakçıların birlikte veya temsilcileri aracılığı ile açmaları gerekir. İştirakçılardan birisi tarafından dava açılmışsa diğer iştirakçilerin onamları sağlanmalı sağlanamazsa terekeye temsilcisi atanıp davanın bu temsilci aracılığı ile yürütülmesi gerekir.⁵².

**B- Nedensellik (İlliyet) Bağını Kesen Sebepler Yönünden Karşılaş-
tırma:**

Her iki sorumluluk türünde kusursuz sorumluluk söz konusu olmakla beraber Nedensellik (illiyet) bağını kesen bir sebebin varlığı halinde taşınmaz, bina ve yapı eseri sahibinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Bu husus bir Yargıtay Kararında aşağıdaki şekilde açıklanmıştır:

***“...Bu durumda davalılar bina sahibi olarak o şeyin fena yapılmasından veya muhafazasındaki kusurdan dolayı BK. 58. maddesi uyarınca sorumludurlar ...Bina sahibi ancak davalının ağır kusuru , üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebebin varlığı halinde sorumluluktan kurtulabilir..”Y4HD.13/4/2004, 2003/12033,2004/4853

TMK.nun 730(656). maddesi TMK.nun 320 maddesi, BK.nun 55, 56. maddelerinden farklı olarak taşınmaz sahibi **“halin icabına göre alınması gereken bütün tedbirleri aldığı”** kanıtlanırsa bile sorumluluktan kurtulamaz⁵³ İnşa eseri niteliğindeki makinenin sırf yanlış kullanılması sonucu zarar oluşmuşsa nedensellik (illiyet) bağının kesilmiş olduğunun kabulü gerekebilir. Olumlu şartların gerçekleşmesi halinde bina veya inşa eseri malikine kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanınmamıştır.⁵⁴ Komşular kendi aralarında Kanunun hoş görülebilecek dereceyi aşan şekilde kullanmaya ilişkin sınırın, genişletilmesini, daraltılmasını veya kaldırılmasını kararlaştırabilirler (TMK 731)⁵⁵

Bir fırtına sonucu balkona iyice bağlanmış bir çiçek saksının veya çatıya iyice bağlanmış kiremitlerin (veya pencereye ait cam parçalarının)aşağıya düşüp yoldan geçmekte olan bir kişinin yaralanmasına sebep olması veya bir kimsenin evinin merdivenine döktüğü kaygan bir sıvı nedeniyle daha sonra merdivenden çıkan başka bir kimsenin yaralanmasına sebep olması halinde de malik, umulmayan hal veya üçüncü kişinin fiilinden meydana gelen zararları gidermek zorundadır.⁵⁶

(53) Bertan.s.701/51

(54) Erten s.153

(55) Bertan .s.701/52

(56) bkz. Eren age. s.609;davalı bu zararın binanın yapılışındaki bozukluktan veya bakım eksikliğinden kaynaklanmadığını illiyet bağını kesen bir sebebin varlığını (Mesela pencere camı ile yaralanan kişi olayında camın davacının veya üçüncü bir kişinin attığı taş sonucu kırıldığını, kiremiti beklenmeyen bir kasırganın düşürdüğünü) ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Ancak bir fırtına sonucu yerinden oynayan kiremit veya atılan taşla kırılan camların sonradan normal esen rüzgar sonucu düşüp yaralamaya sebep olması durumunda davalı gerekli tedbirleri almadığından sorumlu olacaktır. (Oğuzman/Öz.s.592-593)

B-Zamanaşımı Yönünden Karşılaştırma :

1-Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunda :

TMK.nun 730(EMK.656) maddesine göre açılacak tazminat davalarında, zamanaşımı süresi (eylem haksız fiil niteliğinde olduğundan)BK. 60 maddesindeki zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmektedir. Ancak tehlike ve zararlı durumu önlemeye ve gidermeye yönelik davalar zamanaşımına uğramaz, çünkü; bu hak doğrudan doğruya mülkiyet hakkı sahibine tanınan bir yetkidir ve mülkiyet hakkı ile birlikte devam eder. ⁵⁷

Yargıtay bir kararında MK.nun 656. maddesine dayalı olarak açılan tazminat davasında BK.nun .60. maddesindeki zamanaşımı süresini uygulayan yerel mahkeme kararını olayda bir yıllık sürenin geçmemiş olmasından dolayı bozmuştur(Y.4HD.19/1/1987,8055/247)⁵⁸

2-Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğunda :

BK.nun 58. maddesi BK.nun 41-60. maddelerinin düzenlendiği "Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar" faslında yer aldığından açılacak davalar bu faslında yer alan BK.nun 60. maddesindeki 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bir yıllık süre zarara ve faile ittıl tarihinden başlar. Eylemin cezayı gerektirmesi halinde ise BK.nun 60/II maddesi uyarınca ceza zamanaşımı uygulanır. ⁵⁹

BK.nun 60. öngörülen bu zamanaşımı süresi BK.nun 59. maddesi uyarınca açılacak davarlarda uygulanmaz, çünkü BK..nun 59.maddesinin sağladığı hukuki korumayı talep hakkı tehlikeli durum sürüp gittikçe mevcuttur⁶⁰

(57) Bertan .s.704-705/65(FMK.81 II 439 ,JdT 1956 S 262); Seymen/Elbir -Wieland bu konuda bir ayırım yapmadan BK.60. maddesindeki zamanaşımının uygulanacağını belirtmektedirler(Saymen/Elbir s.384/e;Wieland.s.242/d). Bertan'ın ve Oser/Schönenberger'in(bkz.aşağıda dn.60) zamanaşımı konusundaki ayırımının uygun olduğunu düşünüyoruz..

(58) Uygur.s.990

(59) Oğuzman/Ös.s.596;Erten.s.208 ;Koç.s.130-133

(60) Oser/Schönenberger.(Borçlar), s.545/9;Koç.133

C-Her İki Kurumun Farklı Yönleri :

1-BK.nun 58. maddesinde; bina veya yapı eserinin yapımındaki eksiklik veya bozukluktan veya korunmasındaki özen eksikliğinden (malikin pasif tutumundan) kaynaklanan sorumluluğun söz konusu olmasına karşın; taşınmaz malikin sorumluluğunda (TMK.730); yasal mülkiyet sınırlamalarına (özellikle komşuluk hukukundan kaynaklanan sınırlamalara) uyulmamasından (malikin aktif tutumundan) kaynaklanan bir sorumluluk söz konusu olup, bu sorumluluğun yapının iyi yapılmamış veya iyi bakılmamış bulunmasıyla bir ilgisi yoktur ⁶¹

2- TMK.nun 730 maddesinde; özellikle komşunun gördüğü zararın giderilmesi söz konusu olmasına karşın, BK.nun 58. maddesinde ise, komşu olmayan örneğin; yoldan geçen bir kişinin ⁶² veya bir aracın zararının karşılanması söz konusu olabilir.

Yapısında bozukluk olan damın bir parçasının koparak, komşunun taşınmazına zarar vermesi durumunda her iki sorumluk halinin yaşanması söz konusu olabilir⁶³

C- BK.nun 58. maddesinde, taşınmaza bağlı sabit tesislerden kaynaklanan zararın tazmini söz konusu olmasına karşın, TMK.nun 730. maddesinde ise; taşınmaz üzerindeki taşınır eşyanın, hayvanların verdikleri zararların tazmini söz konusu olabilir.

(61) bkz. Bertan s. 691/32; Tandoğan s.204;Erten s.81,85

(62) Tandoğan age.s.205,206; TMK.nun 730(EMK.630). maddesinin asıl amacı komşu taşınmazlar arasındaki ilişkileri düzen altına almaktır. BK.nun 58. maddesine dayanan davalarda, her zarar gören kişi davacı olabilir buna karşın; TMK.nun 730 (EMK 656.) maddesine dayanan davalarda davacı olabilmek için komşu taşınmazın üzerinde belli bir hak sahibi olmak gerekir. (Bertan s.690-691/31)

(63) Tandoğan s.206 ve dn.68'deki yollamalar

KAYNAKÇA:

- 1- Bertan ,Suat : Aynı Haklar C.I Ankara 1976(Bertan)
- 2- Eren , Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler 8. bası Beta /İstanbul, Ekim /2003, (Eren /Borçlar);
- 3- Erten, M. Ali : BK'na Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara /2000,(Erten)
- 4- Koç, Nevzat : Bina ve Yapı Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu DEHF Yayınları, Ankara /1990(Koç)
- 5- Oğuzman, M.Kemal-Öz, M.Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Filiz Kitapevi İstanbul/1995 (Oğuzman/Öz)
- 6- Oser, Hugo-Schönenberger,William : Borçlar Hukuku , 2.Kısım Madde:41-109 (TBK.41-108), 2.B (Çeviren Recai Seçkin), Ankara ,1950, Adalet Bakanlığı Yayınları, (Oser/Schönenberger/Borçlar)
- 7- Saymen, F.H-Elbir.H.K : Türk Eşya Hukuku Filiz Kitapevi İst./1963 (Saymen/Elbir)

- 8- Schwarz .B.Andreas : Borçlar Hukuku Dersleri
C.I . İÜHFY.75 Kardeşler
Basımevi İst/1948
Çeviren Dr. Bülent Davran
(Schwarz)
- 9- Tandoğan Haluk : Kusura dayanmayan
Sözleşme Dışı Sorumluluk
Hukuku, Turhan Kitapevi
Ankara /1981.(Tandoğan)
- 10- Tandoğan Haluk : 2872 Sayılı Çevre
Kanununa Göre Çevrenin
Kirlenmesinden Doğan
Sorumluluk Y.D.1986/1-2,
s.55-56vd(Tandoğan/Çevre).
- 11- Tuhr, Andreas Von : Borçlar Hukukunu Umumi
Kısmı ,C.I,II, Çeviren Cevat
Edege, Olgaç Matbaası
1983, Yargıtay Yayınları
No.15(Tuhr)
- 12- Uygur,Turgut : Borçlar Kanunu Genel
Hükümler C.1
Ankara/1990(Uygur)
- 13- Wieland .C : Kanunu Medeni'de Aynı
Haklar: Adalet Bakanlığı
Yayınları Ankara /1946
(Wieland)

4857 SAYILI YENİ İŞ KANUNUNUN 18. MADDESİNİN ANALİTİK YORUMU

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU (*)

ANLATIM DÜZENİ: I. Ön Bilgiler, II. Tarihi yorum, 1. İşçiye İlişkin Geçerli Fesih Sebepleri, 2. İşletme/İşyerinin veya İşin Gerekerlerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri, 3. Maddenin Kıdem Süresi Açısından Kapsamı, 4. Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturmayan Sebepler, 5. Maddenin İşçi Sayısı Açısından Kapsamı, 6. Maddenin İşçi Niteliği Açısından Haklı Fesih Sebepleri Ayrımı, 3. Geçerli Fesih Sebeplerine Egemen Olan İlkeler (Alman Hukukunda), 4. Geçerli Fesih Sebepleri, 5. İş Sözleşmesi Feshedilecek İşçinin Seçimi ve Feshin Yapılma Zamanı.

I . ÖN BİLGİLER

1475 sayılı İş Kanununda (e İş K) iş güvencesine ilişkin hükümler yoktu. Ancak 9.8.2002 T, 4773 sayılı Kanunla eklenen 13 / A maddesinde "feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlığıyla bir düzenleme yapılmıştır.

Özü itibariyle y İş K. m 18'e benzer. Bazı sayısal farklılıklar ilaveler bulunmaktadır. dayanağı 158 sayılı sözleşme idi. Ara dönem sorunlarına çözüm olmuştur. Yeni İş Kanununun yürürlüğe girmesiyle normatif çözüme kavuşulmuştur.

II. TARİHİ YORUM

18. maddenin uluslar arası sözleşmelerdeki dayanağı 158 sayılı sözleşme dir. İş İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki 158 sayılı Uluslar arası Çalışma Teşkilatı (İLO) tarafından düzenlenen bu sözleşme Türkiye tarafından 12.10.1994 de kabul edilmiştir.

(*) Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi

Sözü edilen sözleşmenin üçüncü kısmı içerisinde yer alan 4,5 ve 6. maddeleri "işe son vermenin haklı nedene dayandırılması" başlığı altında yer almıştır.

Sözleşmenin 4. maddesinde işçinin yeterliğini ve işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça iş ilişkisine son verilmeyeceği vurgulanmıştır.

Sözleşmenin 5. maddesinde, işverence geçerli bir neden oluşmayacak sebepler sayılmıştır. Şöyle ki : Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ve işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma (a); işyeri temsilciliği yapmak veya bu unvana talip olma (b); işvereni şikayet etmek veya normlara aykırılık iddiasıyla başlatılan teftişe katılım veya da işveren aleyhine idari mercilere başvuruda bulunmak (c); ırk, renk, cinsiyet, medeni durum, aile gerekleri, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik ve sosyal kimlik (d); doğum izni sırasında işe gelmeme.

Bu sayılanlar iş sözleşmesine son verme için geçerli sebep sayılmamıştır.

Devamla 6. maddede, hastalık ve kaza nedeniyle geçici devamsızlıklar (6/1) geçerli fesih sayılmayacağı belirtildikten sonra hangi durumların geçici devamsızlık sayılacağı, tıbbi rapor konusundaki sınırlamaların ulusal normlarla sağlanacağı belirtilmiştir.

18. maddenin analitiğine geçmeden önce şunu vurgulamak gerekir. İşverenin öz olarak iki fesih hakkı vardır. Bunlardan ilki geçerli sebeple fesih hakkı, ikincisi haklı nedenle derhal fesih hakkıdır.

Madde metodolojik olarak ilk fıkrada uygulama alanı kişi ve yer sözleşme türü olarak işletmeye ilişkin fesih nedenlerinin çerçevesini belirtmiştir. Sonraki fıkralarda betimlemeler yapılmıştır.

Birinci fıkra son derece önemli kavramları içinde barındırmaktadır. Fesih geçerli sebebe dayandırılması (Justification of termination with a valid reason) olanağından her işçi yararlanamaz. Bunun için o işyerinde en az otuz işçi çalışacaktır. Kanaatimizce bu sayının hesabında 18/f.5 de belirtildiği gibi işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıla-

rı ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri sayılmaz.

Kapsamı belirleyen ikinci öge, bu maddeden en az kıdemi (seniority) altı ay olan işçilerin yararlanabileceği belirtilmiştir. Bir sonraki fıkrada bu sürenin hesabında 66. madde belirtilen sürelerin dikkate alınacağı vurgulanmıştır. Sözleşme türü olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olacaktır. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bu maddeden yararlanamaz.

Kapsam / ön koşullar bu şekilde belirtildikten sonra fıkrada belirtilen geçerli fesih sebeplerine geçebiliriz.

Hükümet gerekçesi göz önüne alındığında geçerli sebepler; 25. maddede yer alan ve işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan sebeplerden daha hafiftir. Ölçüt olarak da şunu getirmiştir: İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda fesih geçerli nedenlere dayandığının kabulü gerekir.

1. İşçiye İlişkin Geçerli Fesih Sebepleri

İnsan orjinli sebeplerdir. İşyeri / işletmeye ilişkin sebepler yer almaz. Ancak iş ilişkisi içinde işçi değerlendirilir. İşveren sağduyulu kabul edilir. Ancak kırılma noktasını, sağduyulu işverenin iş ilişkisini devam edemeyecek bir nokta olarak belirtebiliriz.

A. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebepler

Hükümet Gerekçesine göre: (I) ortalama benzer iş görenlerden daha az verimli çalışma. (II) İşçinin gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma. Herhalde burada kastedilen, örneğin işçi bir sanat okulu mezunudur. Diplomasının gereği verimi / sonuçları verememektedir. (III) İşe yoğunlaşmasının giderek azalması. (IV) İşe yatkın olmama. Başka anlatımla o işe karşı becerili olmama. (V) Öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği. Herhalde bu işçinin kendini tekrarlayan, her zaman işe başladığı günlerdeki gibi statik bir yetenekte olduğu kastediliyor. (VI) Sık sık hastalanma. (VII) Çalışamaz duruma gelmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı etkileyen hastalık. Bu kriterler uygulamada rahatlık getirecek niteliktedir. (VIII) Uyum yetersizliği sayılabilir.

B. İşçinin Davranışından Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri

Hükümet Gerekçesine göre temel ölçüt işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışdır. (I) Arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak. (II) İşini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek. Başka bir anlatımla beklenen kalite de iş üretmemek. İşçinin yeterliliği bölümüne yakın bir örnek olan böyle hallerde kastedilen düşünce; işçinin burada kişisel kabiliyetinin yetersizliği değil, işçinin bilinen yeterliliğini yine kendi iradesi ile göstermemesidir. Subjektiflik öne çıkar. (III) İşyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir ağırlıkta / şiddette diğer kişilerle ilişkilere girmek. Kanımızca beklenen ve olağan çalışma ortamını değiştirmek. Gündemi değiştirmek diyebiliriz. Böylece işçilerin işe yoğunluğunu azaltacak diğer işçileri de ilgilendirecek bir davranış biçiminden söz edilebilir. (IV) İşin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak. İşin akışını durduracak sözcükleri işçinin işinin başından ayrılarak / işin kesintiye uğraması ilk bakışta anlaşılrsa da telefona bakan bir işçinin dahi işle ilgili olmayan konularda telefonu kullanması aynı kapsamda sayılır.

(V) Sık sık işe geç gelmek. (VI) İşini aksatacak şekilde işyerinde dolaşmak. (VII) Amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girmek. Kanımızca burada genel bir davranış biçimi söz konusudur. Yoksa işçinin davranışına meşruiyet kazandıracak bir eylem söz konusu değildir. Haksız yere amirlerinden hakaret gören bir işçinin insanlık onurunun korunmasını gerektiren bir tepki göstermesi işverene geçerli bir fesih hakkı tanımaz.

C. İşçiye İlişkin Geçerli Fesih Sebebinin Sınırları

Hükümet Gerekçesinde ifade edildiği gibi işçinin yetersizliğinden ve davranışından doğan sebeplerin geçerli sebep sayılmasında kapsam çizilirken şu noktaya dikkat çekilmiştir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu tek başına bir geçerli fesih sebebi sayılamayacaktır. Ancak bu tutum ve davranış işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyor ise geçerli sebep sayılamaz. Bu düşünce y İş K. m 1 de ki işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumlulukları düzenlemesiyle örtüşmektedir.

Örneğin, işyerindeki bir gönül ilişkisi.

2. İşletme/İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri

İşletme / İşyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplerde işçi ögesi öncelikli önem taşımaz. Buradaki sujerler işyeri / işletme veya işin organizasyonu dur. Başka bir anlatımla fesih olgusu bir sonuç olarak ortaya gelir.

A. İşyeri Dışından Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri

Hükümet Gerekçesine göre, bu tür sebepler kazustik olarak şöyle sayılabilir: (I) Sürüm ve satış olanaklarının azalması, (II) Talep ve sipariş azalması, (III) Enerji sıkıntısı, (IV) Ülkede yaşanan ekonomik kriz, (V) Piyasada yaşanan genel durgunluk, (VI) Dış para kaybı, (VII) ham madde sıkıntısı. Bütün bu sebeplerin işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız hale getirmesi gerekir.

Bu tür gerekçeler iki ana bölümde değerlendirilmelidir. Bunlardan ilki genel yada sektörel sebepler diğeri ise yine dıştan gelen talebe bağlı sebeplerdir. Örneğin enerji sıkıntısı, ekonomik kriz, piyasa durgunluğu, ham madde sıkıntısı genel sebeplerdir. Talep ve sipariş azalması, dış Pazar kaybı ise doğrudan dış taleple ilgilidir. İkinde yurt içi ile bağlantı var iken, ikincisinde yapılabilecekler yapılmıştır. Karar organları dışıdır.

B. İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri

Hükümet Gerekçesinde verilen örnekler şunlardır:

(I) Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, (II) İşyerinin daraltılması, (III) Yeni teknolojinin uygulanması, (IV) İşyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, (V) Bazı iş türlerin kaldırılması gibi sebepler.

Sayılan bu sebepler kanunla sınırlandırılmamış olduğu için genişletilebilir. Yargıcı en çok uğraştıracak fesih sebepleri bu türden olanlardır. Özellikle yargıcın olaya daha da girmesi, keşif yapması, ekonomist, endüstri mühendislerinden sadece işletmenin / işyerinin ekonomik yapısı ile durumunu netleştirecek bilgi alması, ancak nihai kararı kendisinin vermesi gerekir.

Burada dikkat edilecek konu yargıç işverenin samimiyetini denetler yoksa ekonomik tercihini keyfilik dışında denetleyemez.

C. İşletme/İşyerinin Veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesih Sebeplerinin Sınırları

Hükümet gerekçesinde, işyeri dışından kaynaklanan sebepleri, işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi ölçütünü getirmiştir ki bu kanımızca, ağır bir ölçüttür. İşyerinde işin sürdürülmesinin rasyonel olmaması ölçütü menfaatler dengesine uygun ve daha adil olacağı düşüncesindeyiz.

İşin gereklerinden kaynaklanan fesih sebepleri hükümet gerekçesinde açıklandığı üzere, işverenin feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.

3.Maddenin Kıdem Süresi Açısından Kapsamı

İkinci fıkrada, geçerli fesih sebebi maddesinin uygulamasında önem taşıyan altı aylık kıdem için belirleme yapmıştır. Buna göre, altı aylık kıdem hesabında bu kanunun 66. maddedeki süreler dikkate alınacaktır.

66. Maddede çalışma süresinden sayılan haller sayılmıştır (e İş K. m 62). Sözü geçen madde göz önünde bulundurulduğunda 66/a,b,c,d,e,f fıkraları çalışma süresinden halleri sayılmış, son fıkrada da çalışma süresinden sayılmayan durumlar belirtilmiştir.

Dördüncü fıkranın ilk cümlesinde işçinin altı aylık kıdemini işveren ve işyeri olarak belirtmiştir. Şöyle ki: Altı aylık kıdem, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.

4. Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturmayan Sebepler

Üçüncü fıkrada sayılan sebepler işçiyi feshe karşı koruyan yoruma dahi izin vermeyen bir açıklıkta kaleme alınmıştır.

18/a,da; sendika üyeliği (union membership) veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendika faaliyetleri (union activities) ne katılma işveren için geçerli fesih sebebi oluşturmaz. Analitik

incelemede şu sonuçlara varabiliriz. Sendika üyeliği fesih için geçerli bir sebep olamayacaktır.

Diğer bir sebep ise sendika faaliyetleridir. Burada ikili bir düzenleme vardır. İlkinde çalışma saatleri dışında işçi her zaman sendika faaliyetinde bulunabilecektir. Çalışma saatleri içinde ise işveren rızası ile sendika faaliyetlerinde bulunabilecektir. Çalışma saatlerinde kasit işyeri / işletme de belirtilen çalışma saatleridir.

18/b. İşyeri sendika temsilciliği (union representative) 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30. maddesinde bu Kanun 21. maddesinin birinci fıkrasına gönderme yaparak, iş sözleşmesinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı yapılmasından dolayı feshi durumunda, İş Kanununun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedileceği vurgulanmıştır.

18 / c Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari (administrative) veya adli (judicial) makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, hallerinde işveren işçinin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli fesih sayılmayacaktır.

Bilindiği üzere 1475 sayılı Kanun zamanında, işçinin S.S.Kurumuna sigortasının yapılmayışını ya da primlerinin eksik yatırılması konusunda yaptığı şikayet sonucu işverence iş sözleşmesinin feshetmesini ya da işyerinde başka bir işçinin açtığı davada tanıklık yapması. Bazen de şikayet üzerine gelen iş müfettişlerine verilen ifadelerden dolayı iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumlarında kötü Yargıtay içtihatlarınca kötüniyet tazminatına hükmedilmekteydi. Bu defa Kanun daha önce davranarak işverenin feshini geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmemiştir.

18 / (d) Irk (race), renk (colour), cinsiyet (sex), medeni hal (medeni status), aile yükümlülükleri (family responsibilities), hamilelik (pregnancy), doğum (birth), din (religion), siyasi görüş (political opinion), ve benzeri (similar reasons) nedenler fesih için geçerli sebep oluşturmayacaktır.

Bu kanunun beşinci maddesi eşit davranma ilkesi başlığı ile benzer bir yaklaşımda bulunmuştur (bkz. M 5). Fıkradaki "benzeri nedenler" sözcükleri kanaatimizce düzenlemenin bir çerçeve düzenlemesi olduğu izlenimi ver-

mektedir. Kaldı ki maddenin dayanağı olan 158 sayılı Sözleşme dar kapsamlı kabul edilemez.

18 / (e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin (famele workers) çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek işverence geçerli fesih sebebi sayılmaz.

74. Madde "Analık halinde çalışma ve süt izni" kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci ve ikinci fıkraları süreleri düzenlemiştir (e İş K m 70). Buna göre; kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilecektir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası süreye eklenir. Hemen ikinci fıkrada da yukarıda sözü edilen sürelerin işçinin sağlık durumuna ve işin özelliklerine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse bu süreler hekim raporu ile belirtilerek arttırılabilir.

18 / f Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen (forseen) bekleme süresinde (waiting period) geçici devamsızlık (temporary abcence) işverence geçerli bir fesih (valid reason) nedeni yapamayacaktır:

Sözü edilen alt bentte işçinin tutulduğu hastalığın tedavisi edilmeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda; yine 25/1 a bendinde gösterilen (işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş günden fazla sürmesi) sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirmsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmamasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar.

İşte sözü edilen bu sürelerde fesih yapılamaz.

5. Maddenin İşçi Sayısı Açısından Kapsamı

18. Maddenin birinci fıkrasında maddenin kapsamı belirlerken otuz işçi den söz edilmiştir. Dördüncü fıkranın ikinci cümlesinde, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu iş yerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceği ifade edilerek madde kapsamını belirlemiştir. Başka bir anlatımla işyerlerinin parçalara ayrılarak Yasanın arkasından dolanma olanağı kaldırılmış oldu.

6. Maddenin İşçi Niteliği Açısından Kapsamı

Maddenin son fıkrasında, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili (employer's representative) ve yardımcıları (assistants) ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma (recruit) ve işten çıkarma (terminate) yetkisi (authorised) bulunan işveren vekilleri hakkında 18,19 ve 21. maddeleri ile 25/son maddesi uygulanmayacağı vurgulanmıştır.

Burada bu Kanunun 2. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan işveren vekili tanımı ile farka değinmek istiyoruz. 2/f.4'e göre işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir.

18/f..5' (son) de ise "işletmenin bütününe sevk ve idare eden" ; "işyerinin bütününe sevk ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri ölçütlerine yer verilmiştir.

Yasa Koyucunun bu ayrımı bilinçli yaptığını var sayarsak 2. maddenin işveren kavramları ile 18. maddenin işveren kavramları farklı olduğu gerçeği ortaya çıkar.

Bilindiği üzere m 25/son, işçinin işverence haklı nedenle fesih iddiasına karşı 18,20 ve 21. maddeleri gereğince dava hakkının varlığını ifade etmekteydi. Şu halde yukarıda 18. maddenin son fıkrası kapsamındaki kişiler için işe iade hakkı bulunmayacaktır.

18/son fıkrası iki ayrı durumu düzenlemiştir. Bunlardan ilki, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarını kapsıyor. Burada işveren vekili kavramının o "iş veren vekili yardımcısı" kavramına ilave edilmiştir.

İkincisi ise işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili kavramıdır. Burada da işverene yaklaşan bir yetkilendirme vardır. Dikkat edilirse işveren vekili yardımcısından söz edilmemektedir.

III. ÖĞRETİ VE UYGULAMADA YORUM

1. Ön Koşullar

A. Kişiler ve Yer Açısından

4857 Sayılı Kanunun kapsamı yine aynı Kanunun birinci maddesinde yer almaktadır. Daha ziyade genel bir normdur. İkinci maddesinde işçi ve işveren kavramları tanımlanmıştır. Dördüncü maddede ayrışık hükümler yer almıştır. Ancak kendi içerisinde de kural koymaktadır. 50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeler İş Kanunu kapsamında sayılmaktadır. Dolayısıyla da "iş güvencesi" kapsamında (m 18) sayılırlar. Çünkü 18. madde 30 veya daha fazla işçiyi (29 yararlanamaz) çalıştıran işyerlerinde uygulanacaktır.

2495 sayılı yasaya göre çalışan özel güvenlik görevlileri güvence hükümlerinden yararlanır. Çünkü iş sözleşmesiyle çalışırlar. Ancak, kamu görevlisi statüsü verilen ve kendi özel yasasında işçi olmadığı vurgulanan sözleşmeli personelin işten çıkartılmasında iş güvencesi hükümleri ve İş Yasası hükümleri uygulanmaz (Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s 134; Güzel, İş Güvencesi, s 23).

Öte yandan Güzel'e göre, otuz işçi sayısının belirlenmesinde, iş yerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler gibi 2495 sayılı Yasaya göre çalışan özel güvenlik görevlileri dikkate alınacaktır (Güzel, İş Güvencesi, s 31). Buna karşılık süresiz işlerde çalışanlar, kamu statüsünde görev yapanlar ve kendi özel yasalarında işçi olmadıkları vurgulanan sözleşmeli personel, işyerinde meslek eğitimi gören öğrenciler, zorunlu staja tabii olan stajyerler, çıraklar, asıl işverene ait işyerlerinin alt işveren (taşeron) işçileri ile geçici (ödünç) iş ilişkisi kapsamında ödünç alan işveren yanında çalışanlar hesaba dahil edilmeyeceklerdir (Güzel, İş Güvencesi, s 31).

Güzel bir inceliğe daha dikkat çekiyor. Geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmesi devam eden işçiler ile alt işveren, işveren işçileri, kendi işverenleri ile olan ilişkileri ve bunlara ait işyerleri yönünden otuz sayının belirlenme-

sinde rol alacaktır (Güzel, İş Güvencesi, s 31). Bu sonuç kanımızca Yasanın yedinci maddesiyle de uyumludur.

Son olarak Güzel, Yasada mevsimlik işlerde (ve kampanya işlerinde) çalışanların 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmayacağı belirtilmediğine göre bu konuda bir yasak bulunmadığından 30 sayısına katılabileceğini ifade etmiş ve Yargıtayın ardı ardına tekrarlanan mevsimlik sözleşmelerin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü kararlarının da bu düşüncesini doğruladığını ileri sürmüştür (Güzel, İş Güvencesi, s 31).

Öğretide 30 sayısının belirleneceği ana ilişkin bir görüşe göre; fesih tarihindeki işçi sayısı değil, işyerinin normal işleyebilmesi için en az 30 işçinin çalışıp çalışmaması ve bu özelliğin iş sözleşmesinin feshi sırasında var olup olmadığına bakılmasıdır (Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, s 4; Güzel, İş Güvencesi, s 32; Günay, İş Hukuku, s 456).

Açıklanan nedenle, 4857 sayılı Kanununun 20/3. maddesi uyarınca hüküm bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir.

Kişi açısından daha önce de ifade edildiği gibi m 18/son fıkrasında bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre: "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21'inci maddeler ile 25'inci maddenin son fıkrası uygulanmaz."

Fıkradaki "bu madde" sözcükleri 18. maddeyi amaçlar.

Ulucan, işvereni temsil edecek donanımda olan ve işyerine işçi alma çıkarma konusunda olan işveren vekillerin, bir bakıma oldukça yakın ve onun güvenine sahip oldukları düşünülür ise, bu güven ilişkisi çerçevesinde güvenin sarsıldığı durumlarda iş sözleşmesinin bir gerekçe gösterme zorunda olmaksızın daha kolay sona erdirilmesi yolunun açık olması gerekeceği düşüncesindedir (Ulucan, İş Güvencesi, s 27).

Ulucan, işveren vekilleri hakkında ki konunun hükümlere değinirken koşulları var ise (m 17); ihbar, kıdem tazminatları ile kötü niyet tazminatına hak kazanacağını ileri sürmüştür (Ulucan, aynı eser, s 27).

Ulucan, Alman Feshe Karşı Konum Yasasında da aynı konuda sınırlama getirilmiş olduğunu işveren vekillerinin feshe karşı koruma kapsamı için özel bir düzenlemeye konu ettiğini (KSchGSl4); ancak tamamıyla koruma dışında bırakılmadığını, diğer işçilerden farklı olarak sosyal açıdan geçerli bir nedenin bulunmadığı durumlarda işverene tazminat ödeme koşulu ile söz konusu kişilerin iş ilişkisini sona erdirmeye olanağının sağlandığını Hanou – Adomeit den yaptığı aktarmayla vurgulamıştır (Ulucan, aynı eser, s 28 ve dn. 3 de adı geçen Hanou-Adomeit, s 260).

Yeri gelmişken kanaatimizi burada belirtmekten kendimizi alıkoyamıyoruz. 4857 s K'nun ikinci maddesinin altıncı fıkrasında, işveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülüklerin ortadan kaldırılmayacağı ifade edilmiştir. Şu halde iş güvencesi de bir işçi hakkı olduğuna göre özünde bir işçi olan işveren vekilinden bu hak neden sakınılsın? Şu durumda Ulucan'a katılamıyoruz.

Taşkent iş güvencesi ile ilgili kapsamı çizerken 2495 sayılı Yasaya göre çalışan özel güvenlik görevlilerinin, iş sözleşmesiyle çalıştıkları için güvence hükümlerinden yararlanacakları; buna karşılık kamu görevlisi statüsü verilen ve kendi özel yasasında işçi olmadığı vurgulanan sözleşmeli personelin işten çıkarılmalarında bu Kanunun 'İş Kanununun) uygulanmayacağı ileri sürmüştür (Taşkent, "İş Sözleşmesinin Kurulması Ve Sona Ermesi", (tebliğ), s 116).

Basın İş Kanunu çalışanları da kıyasen m 18 den yararlanır.

Kapsamı belirleyen 30 sayısının sözleşmenin feshi sırasında olduğunun kanıtlanma yükünün kime ait olduğu konusunda öğretide farklı düşünceler ileri sürülmektedir.

Ekonomi, iş güvencesinden yararlanma savında bulunanın kanıtlamakla yükümlü olduğu düşüncesindedir (Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s 3-4).

Taşkent, Yasada olmayan kanıt yükünün işçiye yüklenmesinin doğru olmadığı düşüncesindedir (Taşkent, aynı eser, s 116).

Ulucan, işçi kayıtlarının işverende olduğundan söz ederek kanıt yükünün işverende olması gerektiğini vurguladıktan sonra; ancak iş sözleşmesi

feshedilen işçinin, işyerinde çalışan işçi sayısının düşük gösterilmesi durumunun aksini her türlü delille kanıtlayacağını ifade etmiştir.

Kanımızca, bir haktan yararlanmak isteyen, onu kanıtlamakla yükümlüdür genel usul ilkesi açısından Ekonomiye katılıyoruz. Ancak, adaletin gerçekleşmesi açısından bu düşünce işçi aleyhine durum yaratabilir. Maddi olay daha kolay çözülebilir. Şöyle ki, işveren kanıt yükü altında (maddi hukuk kavramı) delil sunar (yargısal kavram). Aksini iddia eden işçi karşı delillerini (yargısal kavram) sunar yargıç sonuca varır (Delil Yükü ve İspat Yükü kavramları için bkz., Yılmaz / Umar, s 34-35). Öte yandan Amerika Birleşik Devleti'nde uygulanan kanıt (ispat) gösterme yükünün, bu işi kolay başaraabilecek durumda olan tarafa yüklenmesi şeklindeki uygulama dikkate değerdir (Yılmaz / Umar, s 63). Kanımızca da Türk Hukukuna en uygun çözüm budur.

Yer açısından yasadaki aranan 30 işçi kriteri öğretide büyük eleştiri almıştır.

Çelik, ilk olarak belirli sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinde iş güvencesinin uygulanmayışının asıl sebebinin ekonomik gücü zayıf olan küçük işyerlerinin pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldırmayacağı düşüncesi oluşturduğunu vurgulamıştır (Çelik, İş Hukuku, B 16, s 192; Adomeit; Löwisch; Schaub, gibi yazarlar ve eserleri).

Ulucan, sayısal sınırlama konusunda Anayasa Mahkemesinin 18.11.1998 gün, 59/7 sayılı kararındaki; 3417 sayılı Yasanın on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerden zorunlu tasarruf kesintisini yapılmasını düzenleyen ikinci maddesini Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen onuncu maddesine aykırı bularak iptal ettiğini göz önünde tutulması durumunda iş güvencesi yasasının bu yönüyle Anayasaya aykırılığının ileri sürülebileceğini ileri sürmüştür (Ulucan, İş Güvencesi, s 30).

Ulucan, bu arada Alman Hukukunda 1.1.1999 günü feshe karşı koruma yasasında değişiklik yapılarak beş işçiye indirildiğini. Böylece beş işçiden az işçi çalıştıran küçük işletmelerde hafifletilmiş bir İş Hukukunun geçerli kılındığı. Federal İş Mahkemesinin verdiği bir kararda (BAG 19.4.1990, EzA...KscGNr.8.) sözü edilen ayrıcalığın Anayasanın 3/1 maddesindeki herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine aykırı bulunmadığı. Ekonomik açı-

dan zayıf olan küçük işletmelerin pahalı fesih prosedürünün üstesinden gelemeyeceğini, istenmeyen bir çalışanın işten çıkarılması olanağının bulunması sonucuna varıldığını açıklamıştır (Ulucan, İş Güvencesi, s 31).

Aynı işyerinin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısının bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceği hükmü (m 18/f.4) holdingler karşısında durum sorun olmaktadır.

Alman Hukukunda işyeri kavramı yerine işveren ve işletme kavramı olduğunu ileri süren Ulucan, aynı ülkede, holding kapsamında olup da ortak bir işyerinde çalışmayan işçilerin işçi sayısının hesabında sayılmadığını belirtmiştir (Ulucan, aynı eser, s 31 ve aynı sayfanın (9) nolu dn. Göndermede bulundu Hanau / Adomit, s 259).

B. Süre / Kıdem – Belirsiz Süreli Çalışma

Bilindiği üzere iş güvencesini düzenleyen 18. maddenin ilk fıkrasında en az altı aylık kıdem koşulu aranmaktadır. Devamında “belirsiz süreli iş sözleşmesi” ön koşulu yatar.

Kaldı ki burada 11. maddenin ilk fıkrasındaki nedenler bulunmamaktadır.

Dördüncü fıkrada da işçinin altı aylık kıdemini aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilerek hesap edileceği belirtilmiştir.

Burada şöyle bir soru akla gelir. İşçinin altı aylık dönemlik çalışmasında arada belirli süreli çalışma var ancak sürenin sonunu içeren dönemde belirsiz süreli çalışmış ise altı aylık süre / kıdem bu sürelerin toplamı üzerinden mi sayılacaktır? Taşkent buna olumlu yanıt vermektedir. Taşkent’e göre altı aylık sürenin hesabında çalışma ilişkisine bakılmak gerektiği başka bir anlamıyla ise başladığı tarihten başlayarak altı aylık sürenin geçmesi ile iş güvencesinden yararlanmak gerekir (Taşkent, “İş Sözleşmesinin Kurulması Ve Sonu Ermesi” (tebliğ), s 117 ve Ekonomi, s 5).

Kanımızca bu görüşe katılabilmemiz ancak MK m 2 de düzenlenen dürüstlük kuralı ve bu Kanunun 11. madde ışığında mümkün olabilecektir. 18.

madde de açıkça belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilmektedir. Eğer işçi belirli süreli sözleşmesi ile çalışıp daha sonra belirsiz süreli sözleşme yapmış ise otomatikman belirsiz süreli (m 11) iş sözleşmesine dönecektir. Örneğin üç ay belirli süreli çalışmış dört ay belirsiz süreli çalışmışsa sözü edilen 11. maddeye göre belirsiz süreli hale dönüşür. İş güvencesinden yararlanır. Ancak, yedi aylık belirli süreli sözleşme ile çalışan bu hükümden yararlanamaz. Hastalık halleri çalışılmış gibi sayılacağından bu süre de kıdeme sayılır.

18. maddedeki altı aylık kıdemin işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması olgusunun yeterli olmadığını ileri süren bir kısım zararlar iş kolu ölçütünün kaldırılmasını ve işverenin iş kolu koşulu olmadan tüm işyerleri için 30 işçi sayısının aranmasını ileri sürmüştür. Başka bir anlatımla gerek 30 işçi sayısı gerek altı aylık kıdem koşulu bu engel olmadan belirlenecektir. Bu yolla da yardımcı işler için farklı iş kolu oluşturmaya yönelik kötü niyetli çabalar sonuca ulaşmayacaktır (Güzel, İş Güvencesi, s 30; aynı tebliğin 46 nolu da yer alan Şahlanan, Ekmekçi ve eserleri).

Öte yandan Güzel altı aylık kıdemin belirlenmesinde Yasanın 66. maddesinin dışındaki sürelerin dikkate alınmayacağı gibi bir sonuca varılmaması gereği üzerinde durmuştur (Güzel, İş Güvencesi, s 34).

2. Geçerli Fesih Sebepleri ile Haklı Fesih Sebepleri Ayırımı

Bu ayırım öncelikle normatif açısından da Geçerli fesih sebepleri m 18 de sayılmışken, haklı fesih sebepleri m 25 de belirtilmiştir. Şu durumda m 18'in uygulama alanı m 25'in dışında olacaktır. Bu ayırımda yardımcı olacak diğer bir ölçüt m 18'in a,b,c,d,e,f alt bentleridir. Orada açıkça, özellikle bu bentlerde sayılanların geçerli fesih sebebi olmadığını buyurucu şekilde sayılmıştır.

Öğretide Ulucan, m 18 de ki geçerli sebeplerin 25. madde de belirtilen sebepler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin işini veya işyerinin olağan yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller olarak giriş yaptıktan sonra; işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği gibi yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olarak belirtmiştir (Ulucan, İş Güvencesi, s 37). Ulucan bu defa işveren açısından olayı ele almış; iş ilişkisinin sürdürül-

mesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, yapılan fesih işleminin geçerli sebeplere dayandığını kabul etmek gerekeceğini ileri sürmüştür (Ulucan, aynı eser, s 37).

Mollamahmutoğlu, m 18/f.1 de ki “geçerli neden” kavramını, Fransız Hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli fesih için aranan “gerçek ve ciddi neden”(cause réelle et sérieuse) ile örtüştüğünü belirttiikten sonra söz konusu kavramın; bir mesleki yetersizlik veya işyerinin yeniden örgütlenmesini gibi her türlü ön yargı ve kişisel tutumdan bağımsız objektif nitelikte; iş ilişkisinde belirli ölçüde sıkıntı yaratan neden; kısaca fesih meşru kılmaya yetecek ağırlıkta ve önemde bir olay olarak belirtmiştir (Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s 559; aynı sayfanın 493 nolu dipnota göndermede bulunduğu, Taguet, s 23).

Güzel’e göre; iş ilişkisinin devamını dürüstlük kuralı gereğince çekilmez hale getiren her neden iş sözleşmesini ihbar süresi verilmeden feshi için önemli neden veya gerekçe oluşturacaktır (Güzel, İş Güvencesi, s 37). İlaveten bunun anlamının, iş ilişkisinin ihbar sürelerinin sonuna kadar devamının, somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurulurken ve her iki tarafın çıkarları tartıldıktan sonra beklenemeyecek bir hal olması olarak özetlemiştir (Güzel, İş Güvencesi, s 37).

Güzel’e göre; 158 sayılı sözleşmenin geçerli ve haklı fesih sebeplerini içerdiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda “ işten çıkarılacak bir işçi, işverenin kendisini bildirim süresi içerisinde çalıştırmaya devam etmesini istemenin makul sayılamayacağı türden ciddi (grave) bir iş kusuru (faute) işlemedikçe, uygun bir tazminata hak kazanacaktır”(158 sayılı İLO Sözleşmesi m 11; Güzel, İş Güvencesi, s 39). Güzel 158 sayılı Sözleşmenin geçerli neden dışında, iş sözleşmesinin işverence feshini, işçinin ağır kusuru yanında, ciddi hizmet kusuruna dayandığını ileri sürmüştür (Güzel, İş Güvencesi, s 39).

3. Geçerli Fesih Sebeplerine Egemen Olan İlkeler (Alman Hukukunda)

A. Fesih Anında Varolan Sebeplerin İleriye Yönelik Sonuç Doğurması

Ulucan’ın Alman Hukuku ve Alman Federal Mahkeme Kararlarını analiz ederek sunduğu bu ilke son derece önemlidir. Federal Mahkemeye göre; bir

fesih açıklaması yapılmadığı anda, objektif olarak ortada olan olguların değerlendirilmesi, fesih işleminin hukuka uygunluğunun saptanması yönünden ölçü alınmalıdır (BAG 15.8.1984, APNr 16 zu KScG 1969 Krankheit; Ulucan, İş Güvencesi, s 40).

Ulucan, bir fesih işleminin geçerli bir sebebe dayandığının ve hukuka uygunluğunun saptanmasının daima bir varsayımı gerektirdiğinden söz ettikten sonra; fesih sebebinin her zaman geleceğe yönelik olarak iş ilişkisinin sürdürülmesine engel olup olmayacağı olgusuna göre yorumlamak gerekeceğini vurgulamıştır (Ulucan, aynı eser, s 41).

Ulucan, Türk İş Hukuku yönünden ne ölçüde geçerli olduğunu sorguladığı; Federal Mahkemenin verdiği bir karardan çıkardığı sonuca göre; fesih işleminin yapıldığı sırada var olan ve geçerli sayılan fesih sebebi sonradan değişikliğe uğrasa dahi, fesih işleminin hukuka uygunluğunun yitirilmeyeceği (Ulucan, aynı eser, s 41; ve orada verilen Federal Mahkemenin BAG 14.6.1994 AP Nr 53 zu 1 Ksch G 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Kanaatimizce, bu ilke MK m 2 ışığında ele alınmalıdır. İşverenin fesih hakkının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanıldığı durumlarda işçinin dava hakkı doğmalıdır.

B. "Ultima – Ratio İlkesi" – Feshin Son Çare Olması

Alman Hukukunda fesih son çare (ultima ratio) – çözüm, araç olarak düşünülmemektedir (Gamillscheg, s 611).

Ultima – ratio ilkesinin hukuki esası, sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kurallarına göre ifa edilmesi ilkesidir. Buna göre taraflardan her biri sözleşmenin devamlılığını ve özellikle diğer tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamak için gereken tüm çabayı göstermek gerekmektedir (Güzel, İş Güvencesi, s 76). Güzel, söz konusu ilkenin iş sözleşmesine uyarlandığında; taraflardan işverenin bu sözleşmenin devamlılığı ve işçinin iş görme borcunu, yerine getirmesini sağlamak için her türlü çabayı göstermesi gerekeceği sonucuna varmaktadır (Güzel, İş Güvencesi, s 76).

Federal İş Mah Gen. Kur. Alm. Med. Kan. 626. maddesine ilişkin 1 nolu ve 615. maddesine ilişkin 77 nolu kararlarına göre; eğer işçi hastalıktan dolayı sadece part-time çalışabilecek durumdaysa işverenin part-time çalış-

tırması gerekecektir. İş sözleşmesi hastalık sebebiyle feshedilemez (Gammillscheg, s 610).

Federal Mahkemenin 1978 de verdiği bir kararda; fesih ister işyeri gerekleri ister işçi davranışından kaynaklansın; veya geçerli bir nedene veya haklı bir nedene dayansın daima en son araç olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır (BAG 30.5.1978 A QP Nr. 70 zu 6626 BGB; Ulucan, İş Güvencesi, s 43).

Fransız Hukukunda Yargıtay Sosyal Dairesi, işverence yapılan fesih işlemi ile işçinin işinin ortadan kalkması veya değişime uğraması arasında nedensellik (illiyet) bağının gerçekten kurulup kurulmadığını denetlerken; işverenin işletme içinde işçiye başka bir iş verme olanağına sahip olup olmadığını araştırmaktadır (Güzel, İş Güvencesi, s 76). İşveren fesih işleminden önce işçiye aynı kategoride başka bir iş önermek zorundadır. Söz konusu işin daha düşük kategoride bulunması durumunda işveren iş sözleşmesinden esaslı değişikliği işçiye önerecektir. Bu yapılmaz ise fesih geçerli olmayacaktır (Güzel, İş Güvencesi, s 76).

Bu kararda dikkat edilecek bir konu haklı nedenle fesihlerde dahi fesih en son çare olarak düşünülmesidir. Dolayısıyla fesih hangi sebeple olursa olsun fesih son çare olarak görülmektedir.

4. Geçerli Fesih Sebepleri

A. İşçiye İlişkin Sebepler

a) İşçinin yeterliliğinden doğan sebepler

18. maddenin birinci fıkrasında "işçinin yeterliliğinden" açıkça söz edilmiştir.

Burada gerekli ölçüt, işçinin yeteneklerinin ve özelliklerinin iş sözleşmesi ile üstlendiği iş görme borcunu yerine getirmesini olanaksız kılmaktadır. İş gerektiği gibi yapılmamasıdır (Ulucan, İş Güvencesi, s 45 ve aynı sayfanın 17 nolu dn gönderme yapılan BAG 20.5.1988 AP Nr G zu 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung Preis, s 664; Hanau / Adomeit, s 268).

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni; işçinin iradesinden bağımsız bir biçimde ortaya çıkmalı, (işçinin yeteneksizliği veya çalışma kapasitesindeki azalma) ve işçinin iş yapma borcu üzerinde olumsuzluklara yol açmalıdır (Güzel, İş Güvencesi, s 45 ve aynı sayfanın 84 ve 85 nolu d.n. adı geçen Dymke, Gea / Kaufmann / Kessler gibi yazarlar ve eserleri).

Halbuki işçinin davranışından kaynaklanan fesih nedeninde işçinin iradesi etkili ve belirleyici olur (Güzel, İş Güvencesi, s 45).

Fransız Hukukunda fesih nedeni "gerçek neden" kavramı ile açıklanmaktadır. Gerçek neden: "Objektif" "mevcut" ve "doğru" olma öğelerini içermektedir (Güzel, İş Güvencesi, s 45). Objektiflik; önyargıları ve kişisel tercihleri dışlama işlevidir. Gerçeklik; işverenin dayandığı nedenlerin gerçekten mevcut olmasıdır. Doğru ve kesinlik ise işverence ileri sürülen nedenler mevcuttur ancak fesih bir başka sebep örtülerek yapılmaktadır (Güzel, İş Güvencesi, s 47). Başka bir anlatımla fesih gizli sebeple yapılmaktadır.

Ulucan, işçinin yeterliliği ile davranışı arasındaki farka değinirken, işçinin yeterliliğinden doğan sebeplerde işçinin bir sorumluluğu aranmadığını objektif konumu dikkate alındığını; işçinin davranışından doğan sebeplerin işçinin haklı nedenle derhal feshe olanak verecek ölçüde olmayan kusurlu davranışı değerlendirmede önemli rol oynadığını vurgulamıştır (Ulucan, aynı eser, s 45).

Ulucan, bu görüşü ile işçinin davranışı nedeniyle haklı feshin altında bir kusur olarak düşünmüştür.

Kanımızca bu orta kusur / orta ihmal ağırlıkta eylem olarak düşünülebilir (Kılıçoğlu, Sorumluluk, s 381). Ağır ihmal ile hafif ihmal arası bir konumdur.

Alman Hukukunda, işçinin kişiliğine bağlı sebepler (yeterlilik veya davranış) kavramı belirsiz olarak görülmektedir. Bu kavramın yorumunda tarafların (işçi-işveren) değerlendirilmesi gerekeceği; iş yükü, işletmenin büyüklüğü, kişisel sebebin temelindeki öğeler (örneğin: Hastalık, tehlikeli spor yaparken yaralanma, iş kazası) gibi durumların farklı değerlendirilmesi gereği, burada bu öğelerin iş ve işletmeye etkileri önemli sayılmıştır (Gamillscheg, s 615).

Alman Federal İş Mahkemesi 65 yaşa ulaşan işçinin yeterliliğine ilişkin bir fesih sebebi olup olmadığı (tabii kusur yok iken) konusunda yanıtı "HAYIR" olmuştur (Gamillscheg, s 605, Fed. İş Mah. AP Nr 1; İş Gv. Kon. M 1 e ilişkin).

Ancak, yaş haddi eğer işin özelliğinden dolayı önemli ise (örneğin pilot gibi) yaş sınırı fesih sebebi olarak geçerlidir (Gamillscheg, s 606; Fed. İş Mah. AP Nr 5 Alm Med Kan. m 620 ye ilişkin karar).

Ulucan, hastalık hallerinde oluşacak geçerli fesih olgusunun gelecekte işvereni beklediği yüklerden kurtarmak olacağını vurguladıktan sonra işçinin işini tam ve kısmen yerine getiremeyeceğinin ve bu nedenle fesih bakımından önemli sayılan işyeri ve sözleşme ile ilgili işveren yararlarının zedeleneceği kanıtlanması gerekeceğini ileri sürmüştür (Ulucan, aynı eser, s 46 ve orda gönderme yapılan Preis, s 665).

Alman Federal Mahkemelerinde hastalık olgusuna ilişkin bir içtihat birliğinden söz edilemez ise de ayrıntılı bir değerlendirmenin yapıldığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu bağlamda Alman Hukukunda yasal altı haftalık süreden fazla süren hastalık hallerinde: İşçinin yakalandığı hastalığın kalıcı olması veya tekrar etmesi kuvvetle olanaklı ve bu durum işletmeye esaslı bir mali / akçalı külfet yükleyecek ise bu külfet akla yakın (makul) bir yolla engellenemiyor ise, bunu takiben olayın tüm özellikleri işçinin tüm sosyal durumunu göz önünde bulundurma ve işletme menfaatleriyle ilgili her şeyin değerlendirilmesi sonucu işverenden bir fedakarlık daha beklenip beklenemeyeceği ortaya konur (Gamillscheg, s 608).

Feshin en çare olarak düşünülmesi (ultima ratio) gereęini burada yineliyoruz.

Demircioğlu'na göre işçinin verimliliğinin ölçümlenmesi zaman ve üretim miktarı açısından iki şekilde yapılabileceğini ifade ettikten sonra işin en iyi ve doğru – en az kaynak tüketimi – en düşük maliyet – en az israf gibi kriterlere bağlamıştır (Demircioğlu, Murat, Sorularla Yeni İş Yasası, s 92).

b) İşçinin davranışından doğan sebepler

Madde 18'in ilk fıkrasında işçinin "davranışından" doğan sebepler feshi geçerli kılacağı ifade edilmektedir.

Alman Hukukunda, işçinin davranışına dayanan fesih ve sebepleri çalışma ve dürüstlük yükümlülüğünün ve işyeri düzeni (kurallarının) ihlalini kapsar. Objektif bir ölçü geçerlidir. İşverenin bakış açısı değil (Gamillscheg, s 621).

Ulucan, işçinin davranışı nedeniyle feshi; uyarı ile geçiştirilemeyen fakat haklı nedenle derhal fesih yoluna gidilmesini gerektirmeyecek bir sözleşmeye aykırılık olarak görmüştür (Ulucan, İş Güvencesi, s 50). İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranışı ile iş ilişkisinin olumsuz bir biçimde etkilenmesi burada ölçüttür (Ulucan, aynı eser, s 51 ve aynı sayfanın 51 no.lu dn gönderme yapılan BAG 21.1.1999, NZA 1999, 863, Hanou – Adomeit, s 269).

18. Maddenin Hükümet Gerekçesinde işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışın, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılmayacağı belirtilmiştir.

Kısaca işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine olumsuz etki / engel olma ölçütü kullanılacak.

Alman Hukukunda, işçinin iş ya da işyeri dışındaki bir davranışı iş ilişkisini somut olarak ihlal ettiği durumlarda (Örneğin, işyeri dışında işlenmiş suçlar, işyerinde işin aksamasına yol açıyor ise) geçerli bir fesih nedeni vardır (Güzel, İş Güvencesi, s 58).

Kaza işçinin borçları özel yaşam alanındadır. Tek başına fesih nedeni sayılamaz. Ancak ücret üzerinde haciz süreklilik gösteriyor ise ve işyerinde muhasebe servisinin işleyişini önemli ölçüde engelliyor ise fesih sosyal açıdan geçerli kabul edilebilir (Güzel, İş Güvencesi, s58).

Güzel, İş sözleşmesinin feshi açısından "işyerindeki davranışlar" ile "işyeri dışındaki özel yaşam alanına giren davranışlar" arasındaki ayrıma dikkat

çektikten sonra işyerindeki davranışları üzerinde yoğunlaşmak, diğerini ayrışık kabul edilmesi düşüncesindedir (Güzel, İş Güvencesi, s 58).

Alman Hukukunda da aynı konuya değinilmiştir. Hizmet (iş) ile ilgisi olmayan bir davranış, eğer bu yüzden somut olarak zarar görüyor ise fesih sebebi olabilir (Gamillscheg, s 621). İlaveten, davranışa dayalı fesih sebeplerinin bulunduğu (fesih süresinin bitimine kadar hizmet ilişkisi devam ettiği müddetçe fakat bu süre bittikten sonra değil) durumlarda bunlar katlanılmaz ise fesih sebebi olur (Gamillscheg, s 621).

Görüleceği üzere Alman Hukukunda feshin en son çare olduğu düşüncesini tamamlayan düşünceler ağırlıktadır.

Alman Federal Mahkemesi ile oluşturulan yerleşik içtihatlar (öğretideki itirazlara karşın) olayın tüm koşullarının değerlendirilmesine işaret edilmektedir. Yanlış davranışın derecesi ve bununla ihlal edilen, zarar verilen işletme öğeleri, diğer işçilere etkisi veya işletme sahibi için önemli olan işletme dışı, kişilere etkisi, yaş, bu ana kadarki koşullar, davranışlar, işletmede çalışma süresi vs (Gamillscheg, s 621).

Kısaca sorun olayın öğelerinin ve menfaat dengesinin belirlenmesidir (Gamillscheg, s 621).

Ulucan'ın aktardığı bir Federal Mahkeme Kararına göre; olayın işverene subjektif olarak değerlendirilmesi değil, sadece objektif olarak olayın üçüncü kişiler tarafından fesih nedeni olarak kabul edilebilecek özellikte / konumda / nitelikte olmalıdır. Salt kuşku yetmez (Ulucan, aynı eser, s 52,53; 53 sayfada 30 nolu dn. BAG 21.5.1992 AP Nr. 29 zu .. 1 KSchG Verhaltensbedigte Kündigung).

Mollamahmutoğlu, ILO'nun 166 sayılı İşverenin Girişimiyle İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiyesinin yedinci maddesine göre, kusurlu davranışı nedeniyle işçi, yazılı olarak uyarılmasına rağmen bir veya bir çok kereler kusurlu davranışı tekrarlaması nedeniyle işten çıkarılabilir (Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s 562). Sekizinci maddesine göre de mesleki yetersizliği nedeniyle işten çıkarılması için işverenin uygun talimatına ve yazılı olarak usulünce uyarılmasına rağmen işçinin kendisini düzeltebileceği akla yakın (makul) bir süre tanınması gerekir (Mollamahmutoğlu, s 562).

Alman Hukukunda fesih son çaredir (ultima ratio). Bu yüzden işverenin ihtar yükümlülüğü bulunmaktadır. Aynı şekilde "yer değiştirme fesihden önce gelir" (Versetzung gehtvar Kündigung) ilkesi geçerlidir (Gamillscheg, s 621 ve orada adı geçen Fed. İş Mah. AP Nr 5 İş Güv. Kan m 1'e ilişkin kararı). Öte yandan işveren ihtardan sonra ve fesihden önce ceza vs vermek yükümlülüğü bulunmamaktadır (Gamillscheg, s 621).

Ulucan'ın aktardığı bir Federal Mahkeme kararına göre geçerli fesih nedeni, akla ve karşılıklı tarafların çıkarlarına aykırı olmayan onları dengeleyen hakkaniyete uygun ve ölçülü olarak kabul edilebilecek sebeplerdir (Ulucan, aynı eser, s 57 ve aynı sayfanın 43 nolu dn. Verilen BAG 7.12.1988 AP Nr 26 zu 1 KSchG 1969 N).

Bütün bu Alman Hukukunda sayılan ilkelerden Türk Hukukunda yardımcı kaynak olarak yararlanılabilir.

İşçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerine ilişkin Alman Mahkeme kararlarından bazı örnekler:

München Böl. İş Mah. 05.12.1988 DB 1989, 283 sayılı kararına göre; Ara yol (fesihten önceki çare) olarak çalışma saatlerinin düzenlenmesine işçinin uymaması katlanılamaz, bunun 1 yılda 60 kez ihlali davranıştan kaynaklanan fesih nedenidir.

Fed. İş Mah. AP Nr. 17 İş Güv. Kan. m1'e müteallik 1989 iş esnasında sürekli dikkatsiz davranma, davranıştan kaynaklanan fesih nedenidir (Gamillscheg, s 623).

Çalışırken (iş yerinde) içki içmek: (hastalık düzeyinde alkolik olmayan)Köln Böl. İş Mah. 29.06.1987 ve 11.09.1987 LAGE 14 ve 16 İş Güv. Kan. m1'e yönelik kararlarına göre işyerinde içki içmek davranıştan kaynaklanan fesih nedenidir (Gamillscheg, s 623).

İşyerindeki davranışlar: İşyerinde çalışma saatleri içinde)

- Özel çalışma veya özel konuşmalar, Fed. İş Mah. AP Nr 22 Bert VG (işyeri düzeni hakkında kanun) m102'ye yönelik kararı

- Birçok kez telefonla konuşma, Niedersachsen 13.01.1998 tarihli BB 1998, 1112 sayılı kararı

- Bir arkadaşı için giriş katlarını mühürlemek Berlin Böl. İş Mah. BB 1988, 1531 sayı ve 06.06.1988 tarihli kararı (Gamillscheg, s 623).

- İşten kısa süreli ayrılmaları alışkanlık etme Fed. İş Mah. AP Nr. 51 Alm. Med. Kan. m123'e ilişkin kararı

- Alkol yasağına aykırı davranmak Fed. İş Mah. AP Nr. 34 İş Güv. Kan. m1'e ilişkin kararı

- İşyerinde sigara içmeme yasağına uymamak, Disseldorf Böl. İş Mah. 17.06.1997 tarih DB 1998, 376 sayılı kararı (Gamillscheg, s 623).

- Kilise cemaati içinde kilisenin (cemaatin) otoritesine (itibarına) zarar verecek şekilde ağır tartışma, Alm. Anayasa Mah.'nin 09.02.1990 NSW 1990, 2053 kararı (Kilisenin bağımsızlığı sebebiyle)

- İşverene karşı onun şerefine dokunacak açıklamalar (hakaret sövme) Köln. Böl. İş Mah. 29.04.1987 tarih DB 1987, 2209 sayılı kararı (aptal adam" ve "aptal herif" gibi ifadeler bariz fesih sebebi değildir)

- Şef (veya usta başına) karşı haysiyet kırıcı ifadeler Fed. İş Mah. AP Nr. BpersVG m 72'ye yönelik E 37, 387/397 sayılı kararı (Gamillscheg, s 623)

- İşyerini sürekli eleştirmek, diğer işçilere karşı cebir kullanmak Dusseldorf Böl. İş Mah. 26.08.1980 DB 1980, 2345 sayılı kararı

- Bilgisyardaki gizli bir listeyi yetkisi olmadığı halde kontrol etmek, Köln Böl. İş Mah. 29.09.1982 tarih DB 1983, 124 sayılı kararı, Schleswig-Holstein Böl. İş Mah. 15.11.1989 tarih DB 1990, 635 sayılı kararı

- Bir Türk'e karşı yabancı düşmanlığı içeren konuşma yapmak Rheinland-Pfalz Böl. İş Mah. 10.06.1997 BB 1998, 163 sayılı kararı (Gamillscheg, s 623)

- Diğer bir işçiye karşı ağır şekilde kaba davranma Fed. İş Mah. AP Nr. 5 İş Güv. Kan. m1'e müteallik kararı

Bu karara konu olan olayda:

İşçilerden biri iş arkadaşının kendisine iş ilişkisinde iyi niyet çerçevesinde yaptığı kritik açıklamaları şefine söylemiştir. Kararda, bu şekilde muhbir-

lik sebebiyle işçiler arasında öç alma arzusunun oluşmasının, işyerinde çalışma barışını bozacağına değinilmiş ve bu gerekçe ile fesih haklı bulunmuştur. Olayda ihbar eden işçinin iş akdi feshedilmişti (Gamillscheg, s 623).

- Hırsızlık eğer çalışma saatleri dışında ve işletmenin diğer işyerlerinden birinde olsa dahi fesih nedenidir. Fed. İş Mah. AP Nr. 13 İş Güv. Kan. m1'e ilişkin

- Özel işinde kullanmak için iş aletini birlikte götürme Neumünster İş Mah. 02.04.1981 BB 1981, 974 sayılı kararı

- Kleptomani (sürekli hırsızlık yapma hastalığına yakalanmış olmak) Fed. İş Mah. AP Nr. 43 İş Güv. Kan. m1'e müteallik (Gamillscheg, s 623)

- İşyerindeki kadın-erkek ilişkileri (iş yerinde fiili cinsel ilişki değil, sevgi ilişkileri) eğer işyerinde ciddi rahatsızlıklara sebep olmuşsa bu durumda fesih nedeni sayılabilir. (Örneğin: Bir işçiyi diğer bir işçiden kıskanma vs.) Burada tercihte cinsiyetler arası eşit muamele ilkesi rol oynamaz. İşyeri dışındaki bu tip ilişkiler fesih nedeni olamaz. İşveren işçilerin ahlak beklentileri değildir. Dusseldorf Böl. İş Mah. 04.02.1969 tarih DB 1969, 667 sayılı, Hamm. Böl. İş Mah. 01.03.1990 tarih AUR 1991, 61 sayılı kararları (Gamillscheg, s 623).

Öte yandan işçinin davranışı ile İş K m 25 / II. h de belirtilen durum arasındaki sınırların belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır.

25 / II. h de, işçinin yapmakta ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini haklı fesih sayılmıştır.

İşçinin davranışı nedeniyle geçerli sebeple fesihte (m 18/f.1) de bir uyarıma olgusu bulunmaktadır. Birbirinden bu derece farklı sonuçlar doğurucu iki hukuki kurumun sınırlarını belirgin bir şekilde çözmek sorun olacaktır.

Ulucan, "yapmamakta ısrar etmesi" tümcesi üzerinde yoğunlaşarak farkı belirlemek istemiştir (Ulucan, aynı eser, s 51).

Çelik, 25/II yi geniş anlamda ele alarak olaya göre durumun incelenmesini önermiştir (Çelik, İş Hukuku Dersleri, B 16, s 198).

Kanımızca, 25/II. h kastı aramaktadır. 18/f. I de ki işçinin davranışı içinde her ne kadar kusuru barındırıyorsa da kasta varacak bir yoğunlukta değildir. O halde ısrar = kasit kabul edilecek ayrıma gidilebilir.

B. İşletmenin, İşyerinin Veya İşin Gerekerinden Doğan Geçerli Fesih Sebepleri (m 18/f.1)

Ulucan, Alman Hukuku'ndan söz ederek işyerinden doğan fesihlerde esas koşul, işyerinde oluşan bir durumun, işçinin işyerinde çalışmasını zorunlu olarak engellemesidir (KSchG..1 II 1; Ulucan, İş Güvencesi, s 58). İki yönde araştırma yapılmaktadır. İliki söz konusu durumun işyerine işçinin görmekte olduğu işi ortadan kaldırıp kaldırmayacağına bakılacaktır. İkincisi işçinin şekilde çalıştırma olanağı araştırılmasıdır (Ulucan, aynı eser, s 58; Hanaur – Adomeit, s 62).

Engin'in Fransız öğretisini özetlediği çalışmasında, işletme gerekleri ile feshin amacının, işyerindeki işçi sayısının iş gücü ihtiyacına göre uyarlanmasıdır (Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İli Feshi, s 36).

Yine Ulucan'ın aktardığı bir ölçüt / model son derece önemlidir. Buna göre, bu düzenleme bir yandan işverenin işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme ve bunların kapsamını saptama hak ve özgürlüğü ile, diğer yandan işçilerin işyerini koruma hakkı arasında dengenin sağlanmasına yaramaktadır (Ulucan, aynı eser, s 58 ve göndermede bulunulan, Preis, s 643).

4857 sayılı Kanunda her zaman göz önünde tutulacak denge olayı her maddenin yorumunda karşımıza çıktığını unutmamak gerekir.

İşyeri dışından ve işyeri içinden doğan sebepler ayrımı 18. maddenin Hükümet Gerekçesinde ayrı paragraflar halinde alınmıştır.

Alman Hukukunda da bu ayırım yapılmıştır (Gamillscheg, s 624). Bizde bu tür bir ayırımın metodolojik açıdan uygun olduğu görüşündeyiz.

Engin, Türk Hukuku bakımından işverenin iradesinin esas alınması görüşü ileri sürülmüştür. Bu bağlamda işletme gereklerinin, işverenin iradesi dışında gerçekleşen işletme risklerinin yol açtığı ifayı kabul engelleri ile işverenin ekonomik takdirlerine dayanan yeniden yapılanma tedbirlerinin iki ayrı

grupta toplanmasının uygun olacağı düşüncesindedir (Ayrıntılı bilgiler için bkz., Engin, İşletme Gereklere, s 38).

Alman Hukukunda da işletme dışı ve içi nedenlerin ayırımındaki zorluktan açıkça söz edilmiştir. Bunların genel olarak işletme sahibinin takdirinde olan şeyler olduğu ifade edilmiştir (Gamillscheg, s 634).

Güzel, ekonomik nedenle yapılan fesihte, işin ortadan kalkması, değişime uğraması veya iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapılmasını varsayıldıktan sonra haklı olarak bu olguların işletme düzeyi esas alınarak belirlenmesi düşüncesindedir (Güzel, İş Güvencesi, s 69). Örneğin bir işçi çıkarılır yerine daha düşük ücretle bir işçi istihdam edilir ise işin ortadan kalktığı ileri sürülmeyecektir. Ancak aynı iş işletmedeki halen çalışmakta olan başka bir işçiye yaptırılıyor ise koşul gerçekleşmiş sayılır (Güzel, İş Güvencesi, s 69).

Öte yandan ekonomik güçlükler yalnız işçinin çalıştığı işyeri değil örneğin işverenin aynı şehirde başka mağazası var ise oradaki ciro da dikkate alınacaktır (Güzel, İş Güvencesi, s 69).

a) İşyeri dışından doğan sebepler

Hükümet gerekçesinde işyeri dışından doğan sebepler; sürüm ve satış olanakların azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış Pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız olması olarak ele alınmıştır.

İşyeri içinden doğan sebeplere göre ayırtımı daha kolaydır.

Ulucan, Federal Mahkemenin de, Feshe Karşı Koruma Yasası (KSchG 1) hükümleri çerçevesinde ve daha önce verilen bir kararla oluşan ilkeler uyarınca, yerel mahkeme kararına ilişkin verdiği bir kararında, işletme dışında oluşan nedenlerden (Örneğin, siparişlerin azalması veya iş hacminin daralmasından) doğan sebepler nedeniyle yapılan feshlerde; feshin işyerinin içinde bulunduğu durum açısından kaçınılmaz olması gereğinin vurgulandığına dikkat çekmiştir (Ulucan, İş Güvencesi, s 64 ve 62 sayfanın 59 nolu dn. Sözü edilen BAG 2. sanat, Urteil vom 27. Juni 2002, Az : 2 AZR 489/01).

b) İşyeri içinden doğan sebepler

Hükümet gerekçesinde, işyeri içinden doğan sebepler, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olarak belirtilmiştir.

Son derece geniş olan "esneklik" kavramının genel olarak "bireylerin, organizasyonların ve kurumların değişen fırsatlara ve koşullara hedeflerini ve kaynaklarını etkin biçimde uyarlayabilmesi olarak tanımlanmaktadır" (Şen, s 98). Bu genel anlamının içerisinde teknolojik süreçlerdeki, üretim yöntemi ve organizasyondaki değişikliklerle, üretim sisteminin piyasadaki değişikliklere hızlı ve etkili şekilde uyum sağlayabilmesi amacı da bulunmaktadır (Şen, s 99).

Alman Hukukunda, rasyonilazisyon veya otomasyon sebebiyle işçi çıkarma ihtiyacının (daha az işçi çalıştırma gereği) açıkça kanıtlanmak zorunda olmadığı; şirketlerin rekabet gücü ve vergi ödeme gücünün bağlı olduğu teknik ilerleme (makro ekonomide olduğu gibi) iş güvencesi sebebiyle engellenemeyeceği ileri sürülmektedir (Gamillscheg, s 624)

Yargıtayca, çıkarılacak işçilerin bulunduğu bölümde norm kadro durumu ile personel sayısı karşılaştırılarak gerçekte ihtiyaç fazlasının olup olmadığı araştırılması istenmiştir (Y.9.HD, 18.12.2003 T, 2003/2007 E, 2003/22156 K).

Alman Hukukunda öncelikle işletme kararına; dayanan fesihlerin mahkemece amaca uygunluğu, yerindeliliğinin denetlenemeyeceği; Federal Mahkemenin sayısız içtihatlarına dayanarak mahkemenin yapacağı incelemenin, fesih kararının açıkça uygunsuz (amaca uymayan, münasebetsiz) mantıksız veya keyfi olup olmadığını belirlemek yönünde olacağı; kural olarak alınan önlemin somut sebepten doğacağı vurgulanmıştır (Gamillscheg, s 624).

Yargıtay, çıkarılan işçi yerine işçi alması durumunda feshi geçerli kabul etmemiştir. (Y.9.HD, 10.11.2003 T, 2003/18926 E, 2003/18920 K).

İşverenin sadece bu önemin veya durumun (örneğin, makine alınması ve montajı üretiminin yerinin değiştirilmesi, siparişlerin azalması) gerçekten var ve bu sebeple daha az işçiye ihtiyaç olduğunu kanıtlamak zorundadır

(Gamillscheg, s 624). Burada ekonomik durumun zayıflığı veya kötü ekonomik koşullar gibi slogan tabirler yeterli kabul edilemez (Gamillscheg, s 624).

Yargıtay, işin ve işyerinin gereklerine ilişkin fesih kararının gerekçelerinin (maddi olguların) tek tek irdelenerek sonuçlandırılması gereğine değinmiş kardan azalmayı geçerli fesih nedeni kabul etmiştir. (Y.9.HD, 10.11.2003 T, 2003/18911 E, 2003/18905 K).

Feshin keyfi veya uygunsuz olduğunu işçi kanıtlamak (ispat) zorundadır. Sadece genel bir itiraz yeterli değildir (Fed. İş Mah APNr 22 İş Güv. Kan. m1'e ilişkin; Gamillscheg, s 624).

Engin'in eserinde yer aldığı Fransız Yargıtay'ının her kararında kullandığı formüle göre; "ekonomik güçlüklerle ve teknolojik değişime bağlı değilse, işletmenin yapılandırılması (reorganizasyon) ancak rekabet yeteneğinin korunması amacını taşıması koşuluyla feshin ekonomik nedeni olabilir" (Engin, İşletme Gereği, s 54 ve aynı sayfanın 158 nolu dn. Yer verilen Cass. Soc. 23 Novembre 1999, Bull. Civ. 1999, NO 9, 336;/a guet, DS 2000, 175).

Engin'in Fransız Yargı kararlarından yaptığı alıntılarda, şirket grubu içindeki bir işyerinin kapatılarak buradaki üretimin grup içindeki bir başka bağlı şirkete kaydırılmasının sonuçlarına sadece işçilerin katlanmayacağını kabul etmemiştir (Yargıtay'ın bozma kararı üzerine istinaf mahkemenin bozma-ya uyararak verdiği karar, Cour d'appel de Poru, 29 Avril 1997, Le Gott, 877; Engin, aynı eser, s 54).

Yine Fransız yargı uygulamasında; feshin sadece işçinin ücretinde tasarruf amacını taşıdığı hallerde feshin geçersizliğine kusur verilmektedir (Engin, aynı eser, s 55; aynı sayfanın 164 nolu d.n yer alan Capp. Bourges, 10 Janvier 1997, Charlier, 11).

Görüldüğü üzere Fransız yargı kararları iş güvencesi yönünden Alman uygulamasına göre daha işçi yararına bir nevi hukuk romantizmi içermektedir. Özellikle bizim gibi işyeri kayıtların doğru tutulmadığı ekonomik çalkantıların çok sık olduğu ülkelerde iş güvencesi yönünden işçi yararına esnek tutum alınması kanımızca daha uygun olur.

Yine Fransız Yargıtayının Engin'in aktarımı ile sunulan bir kararına göre, işverenin yeniden yapılanmaya giderken işletme yararı amacı anlaşılmakta

ise de fesihle kanuna karşı hile, ayrımcılık, korunabilecek bir hafiflik bulunmayıp daha verimli işletme kaygısı tespit edilmiş; ancak yeniden yapılanmasının rekabet yeteneğinin korunması amacını taşıdığını gösteren olgular ortaya konmadığı için fesih geçersiz sayılmıştır (Engin, aynı eser, s 56 ve aynı sayfanın 169 nolu d.n yer alan Cour. Cass. 23 Novembre 1999, Bull. Civ. 1999, 336).

İşletme içinde iş değişikliği ile ilgili Alman Hukukunda; işletmenin bir bölümünün faaliyetine son verilmesi feshi haklı kıldığını, ancak fesih son çare (ultima ratio) olduğunu işverenin feshi engellemek için tüm olanaklar kullanmak zorunda olduğu Yargı Kararlarına gönderme yapılarak ilke oluşturulmuştur (Gamillscheg, s 634 ve orada sözü edilen Fed. İş Mah. AP Nr. 6,10,14,18,20,66 İş Güv. Kan. m1'e ilişkin Kararı).

Bu ilkenin gözetilmesinde kullanılacak en önemli araç işyeri içinde iş değişikliğidir. Başka bir anlatımla iş sözleşmesi feshedilecek olan işçiyi başka bölümde çalıştırmaktır (Gamillscheg, s 634).

Bir işletmede (büyük işletme olsa dahi) işçinin çalıştığı işe benzer bir yer boş veya yakında boşalacak ise. İşveren işçiye talimat verme yetkisini kullanarak söz konusu işi teklif eder. İşverenin işçisi için iş yerinde yeni bir iş icat etme yükümlülüğü yoktur. İşveren iş işveren iş teklifinden bulunmaz ise fesih haksız olur (Gamillscheg, s 634).

Diğer önemli bir durum Fed. İş Mah. 20.1.1994 gün ve DB 1994/1627 sayılı Kararına göre işletme içi iş değişikliği işçinin bu iş için kısa kurs görmesiyle mümkün olabilecek ise bu durumda bu hususun işveren için katlanabilir olup olmadığı dikkate alınmalıdır (Gamillscheg, s 634).

Son olarak Alman İş Güv. Kan. m 1/II/1 "bir işyerinde" diye belirttiği gibi, İş Güvencesi Kanunu'nun genel yorumuna göre işveren, işçiyi kendi işletmesine bağlı başka bir iş yerinde (iş değişikliği yaparak) istihdam etme zorunluluğu yoktur (Gamillscheg, s 634).

5. İş Sözleşmesi Feshedilecek İşçinin Seçimi ve Feshin Yapılma Zamanı

Alman Hukukunda sosyal tercih başlığıyla bu konu incelenmektedir. İş sözleşmesi işyeri gereklerinden feshedilecek işçinin seçiminde işçinin sos-

yal durumları hiç veya yeterince dikkate alınmamış ise fesih sosyal açıdan haksızdır. İş Güv. Kan. m1/3./ 1 (Gamillscheg, s 650).

Sosyal tercihin ilk ögesi, o işyerinde çalışılan süre/kıdem, işçinin yaşı, iş bulma şansı, o iş çevresine bağımlılık, bakmakla yükümlü olduğu kişilerdir (Gamillscheg, s 650). Sayılan bu öğelerin biri diğerine üstün sayılmaz (Gamillscheg, s 650).

Sosyal tercih yaparken diğer koşullara dikkat etmek gerekir. Bu koşullardan feshe karşı işçi yararına olanlar, işçinin kazancının eksilmesi (Örneğin, iş kazasında mağdur olma, bedensel engel; işçinin aleyhine olanlar için de işçinin yeni iş bulma şansının fazla olması, ailesinin başka gelirinin olması sayılabilir (Gamillscheg, s 650).

İşçinin yakın zamanda emekli aylık alacak olması fesih nedeni olamaz bu sebeple sosyal tercih dikkate alınmaz (Gamillscheg, s 650).

Yargıtay, salt emekliliği geçerli fesih nedeni kabul etmemiştir. (Y.9.HD, 19.1.2004 T, 2003/22196 E, 2004/261 K).

Alman Hukukunda iş verimine dayanan düşünceler sosyal tercih konusu olamayacağı ifade edilmiştir (Kon. Fed. İş Mah. AP. Nr 12.13 sayılı HAMM. Bölge İş Mah. 5.2.1987 tarih LAGE 2 sayılı Kararı; Gamillscheg, s 650).

Eğer işçinin işe devam etmesi işçinin çok yönlülüğü ve olağanüstü gayretinden dolayı işyeri açısından vazgeçilmez ise bu durumda sosyal durumların karşılaştırılmasına gerek bulunmamaktadır (Gamillscheg, s 650).

Özetle Alman Hukuku'nda en verimli işçilerden vazgeçilmeyeceği ve işyerindeki yaşlarına göre sağlıklı işçi profilinin korunabileceği düşüncesi ege-men olmuştur (Gamillscheg, s 650).

Feshin yapılma zamanının 158 sayılı ILO Tavsiyesi, Sözleşmeyi onaylayan üye devletlerin uygulamalarına da yol gösterecek bazı konulara yer verildiğini ileri süren Güzel, sözü edilen tavsiyede, işçinin davranışının fesih için geçerli bir neden oluşturabilmesi için bunun en az bir kez tekrarlanması, ancak bundan sonra makul bir süre içinde fesih hakkının kullanılması öngörülmektedir (Güzel, İş Güvencesi, s 80).

Güzel, Tavsiyede yer verilen, işçinin işten çıkarılması geçerli neden kabul edilen davranışının tekrarlanması koşulu ile işçinin yetersizliği halinde (değişebilir nitelikteki yetersizlikler) yazılı ihtar verilmesine rağmen tutumunda yeterli bir değişikliğin olmaması koşulunun Türk Hukukunda uygulanması düşüncesindedir (Güzel, İş Güvencesi, s 80).

Güzel'in de ifade ettiği gibi işçinin doğal kabiliyetine dayanan yetersizliklerde ihtar gerekmez (Güzel, İş Güvencesi, s 80).

Çelik, geçerli fesih sebeplerinin doğması halinde işverenin fesih hakkını hangi süre içerisinde kullanacağı konusunda normda boşluk olduğu ve makul süre içinde kullanılmasını Yasanın 26. maddesindeki sürenin kullanılmaması düşüncesindedir (Çelik, İş Hukuku, B. 17, s 207).

KAYNAKLAR

- Çelik*, Nuri ; İş Hukuku Dersleri, B.16 İstanbul 2003
- Çelik*, Nuri ; İş Hukuku Dersleri, B.17 İstanbul 2003
- Demircioğlu*, Murat ; Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul 2003
- Ekonomi*, Münir ; Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003
- Engin*, Murat ; İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan* ; Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004
- Gamillscheg*, Franz ; Jus Schriftenreihe, Arbeitsrecht, I, Arbeitsvertrags-und Arbeitsschutzrecht, 8. Auflage München 2000
- Günay*, C.İlhan ; İş Hukuku, Ankara 2003
- Güzel*, Ali ; İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2004
- Kılıçoğlu*, Mustafa ; Sorumluluk Hukuku, C.I, Ankara 2001
- Mollamahmutoğlu*, Hamdi ; İş Hukuku, Ankara 2004
- Şen*, Sabahattin ; Esnek Üretim- Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkileri, Ankara 2004
- Taşkent*, Savaş ; İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası Çeşme Haziran 2003

Ulucan, Devrim ; İş Güvencesi, İstanbul 2003

Umar/Yılmaz ; İspat Yükü, B.2, İstanbul 1980

—oOo—

OLUMSUZ TESBİT DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

Talih UYAR ()*

Olumsuz tesbit davalarının “yargılama usulü” hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda özel bir hüküm bulunmadığından, bu davalara, genel hükümlere göre bakılır...

Burada, uygulamada çok önem taşıyan ve hiç uygulanmadığı ya da yanlış uygulandığı için verilen hükümlerin yüksek mahkemece bozulmasına neden olan bazı usul hükümlerine ve yüksek mahkemenin bunları yorumlayış (uygulayış) biçimini gösteren içtihatlarla değinilecektir.

I- Olumsuz tesbit davaları “**kademeli (terditli) dava**” şeklinde açılabilir. Yani bu davalarda davacı, kademeli (terditli) olarak iki ayrı talepte bulunabilir ve mahkemeden önce 'asıl talebi' -örneğin; 'senedin, sahte olduğu için iptali istemi'- hakkında bir karar verilmesini ve bu talebinin kabul edilmemesi -senedin sahte olmadığına anlaşılması- halinde 'ikinci talebi' -örneğin; 'senedin, bedelsiz (karşılıksız) olduğu için iptali istemi'- hakkında bir karar verilmesini isteyebilir.

Uygulamada, özellikle “sahtelik” ve “bedelsizlik” iddialarının aynı davada -kademeleri (terditli) olarak- ileri sürülmesi kuşkuyla karşılanmakta ve örneğin, borçlunun, bir taraftan “imzanın kendisine ait olmadığını” -yani, sahtelik iddiasını- ileri sürerken diğer taraftan, aynı zamanda, aynı senedin “bedelsiz (karşılıksız) olduğunu” ileri sürmesinde bir çelişki bulunduğu ifade edilmekte ve davacının açtığı davada ileri sürdüğü bu isteklerden sadece birisine dayanması (yani iddiasını bu isteklerden birisine hasretmesi) istenmektedir...

(*) Avukat

Halbuki, çeşitli nedenlerle, "imzanın sahte olduğunu" ileri süren ve fakat bunu isbat edememiş olan davacı - borçluya, aynı zamanda "senedin bedelsiz (karşılıksız) olduğunu" iddia ettiği takdirde, bu iddiasını isbat imkânı tanımak yerinde olur. Örneğin borçlunun imzası "ustalıkla taklit edilmiş olduğu için" bilirkişi incelemesinde imzanın sahte olduğu ortaya çıkmamış olabilir ya da, davacı - borçlu,, «senetteki imzanın miras bırakanına ait olmadığını» ileri sürerek dava açmışsa, imzanın ona ait olduğunun anlaşılması halinde, bu kez, «senedin bedelsizliğine» ilişkin ikinci iddiasını isbat etmesi kendisinden istenmelidir.¹ Yoksa, "sahtelik" ve "bedelsizlik" iddialarının aynı davada ileri sürülemeyeceği' kabul edilmemelidir.

Yüksek mahkeme, önceleri: "... açık ve kesin biçimde dava dayanağı yapılmış bulunan '**sahtelik iddiasıyla**, daha sonra dayanak yapılmak istenen '**bedelsizlik iddiasının** birarada öne sürülmesi olanağı yoktur..."², "... imza inkârına dayalı '**sahtelik**' savunması ile ödemeye dayalı '**bedelsizliğin**' birlikte ileri sürülmeleri olanağı yoktur. Bir yandan lehtara ödeme ve ondan alınan borçtan kurtarma belgesine dayanarak 'senedini bedelsizliği' ileri sürülürken, diğer yandan 'bu senetteki imzanın keşideciye ait olmadığı' söz konusu edilemez."³ şeklinde içtihadta bulunmuşken, daha sonra; "... *dava 'imza inkâr' ile birlikte 'borçlu da olunmadığı vakiasına dayandırıldığına, çelişkili değil kademeli istekte bulunulduğuna göre karşılıksızlık iddiasının da incelenmesi gerekir...*"⁴, "... *davacılar 'vekil edenlerinin mirasbırakanının davalıya borçlu olmadığı gibi takip konusu yapılan emre yazılı senetteki imzanın da mirasbırakanına ait olmadığını' ileri sürerek iki ayrı maddi vakıya dayanmıştır. Usul Yasası, iddiaların teksifi ilkesini kabul ettiğinden, davacının iddialarına ilişkin tüm vakıalar dava dilekçesinde açıklaması olanaklı ve zorunludur. Davacı kademeli bir istekte bulunduğuna göre, kademeli istemlerin birincisi incelenerek istem kabul edilmediği takdirde ikincisinin incelenmesi gerekir... Bu iki istem ayrı ve birbiriyle çelişkili olmadığından, davacının -sahtelik iddiası incelendikten sonra- karşılıksızlık iddiasının da incelenmesi gerekir...*"⁵, "... *Davacı, dava dilekçesinde, 'dava konusu senetten dolayı borçlu*

(1) KARAYALÇIN, Y. Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler II, 1983, s:132

(2) Bknz: 11. HD. 23.9.1982 T. 3349/3606 (UYAR, T. Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları, C:2, s:1897)

(3) Bknz: 11. HD. 15.10.1981 T. 3758/4229 (UYAR, T. a.g.e C:2, s:1898)

(4) Bknz: 11. HD. 16.10.1987 T. 5084/5396 (UYAR, T. age. C:2, s:1892 vd.)

(5) Bknz: 11. HD. 21.4.1987 T. 1465/3221 (UYAR, T. age. C:2, s:1893 vd.)

olmadığının tesbitini' istemiş ve kademeli olarak birden fazla 'senetteki imza-
nın kendisine ait olmadığı' ve 'davalı şirkete borçlu bulunmadığı'¹ vakiya da-
yanmıştır. HUMK.'nun 74, 75 ve 76. maddeleri hükümlerine göre, hakim da-
vacının biirdirdiği maddi olay ve talep sonucu ile bağlı ise de, taraflar arasın-
da geçen maddi olayda hangi hukukî sebebe göre hüküm verileceğini resen
tayin ve takdir eder. Bu itibarla, kademeli olarak ileri sürülen hukuki sebep-
lerden birinin, diğer hukuki sebebin incelenmesine imkan verir niteliği bulun-
duğu müddetçe, terditli veya fazla hukuki sebep sırasıyla bir davada incele-
me ve tahkik konusu yapılabilir..."⁶ diyerek, kademeli (terditli) biçimde açı-
lan olumsuz tesbit davalarının dinlenmesi gerektiğini kabul etmeye başla-
mıştır.

Yüksek mahkeme, aynı gerekçe ile,

√ "Sahtelik ve muvazaa" iddialarının,⁷

√ "Sahtelik (imza inkârı) ve hile", "esaslı hata" iddialarının,⁸

√ "Hile" ve "bedelsizlik" iddialarının,⁹

√ "Hile", "bedelsizlik" ve "kumar borcu" iddialarının,¹⁰

√ "Sahtelik", "hile" ve "anlaşmaya aykırı doldurma" iddialarının,¹¹

'aynı dava içinde kademeli (terditli) olarak ileri sürülebileceğini' ka-
bul etmişken, "'hile" ve 'ikrah' iddialarının¹², 'imza inkârına dayalı sahtelik id-
diası' ile 'ödemeye dayalı bedelsizlik iddiası'nın¹³, 'hile', 'hata' ve 'gabin' id-
dialarının¹⁴ -birbirleri ile çeliştiği için- aynı dava içinde kademeli olarak
yer alamayacağını" belirtmiştir.

(6) Bknz: 11. HD. 3.2.1984 T. 103/505 (UYAR, T. age. C:2, s:1894 vd.)

(7) Bknz: 11.HD. 10.4.1987 T. 2222/2115 (UYAR, T. age. C:2, s:1899)

(8) Bknz: 11. HD. 27.1.1987 T. 6877/271; 8.10.1985 T. 3926/5125 (UYAR, T. age. C:2, s:1899 vd.)

(9) Bknz: 11. HD. 24.4.1984 T. 1610/2306 (UYAR, T. age. C:2, s:1902 vd.)

(10) Bknz: 11. HD. 29.6.1982 T. 3154/3163 (UYAR, T. age. C:2, s:1903 vd.)

(11) Bknz: 11. HD. 11.12.1975 T. 5113/7285 (UYAR, T. age. C:2, s:1904 vd.)

(12) Bknz: 13. HD. 20.4.1984 T. 1479/3067 (UYAR, T. age. C:2, s:1907 vd.)

(13) Bknz: 11. HD. 15.10.1981 T. 3758/4229 (UYAR, T. age. C:2, s:1908 vd.)

(14) Bknz: 11. HD. 15.11.1982 T. 13003/13131 (UYAR, T. age. C:2, s:1907 vd.)

II- Usul hukukumuzda “dahili dava” diye bir kurum olmadığından, dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen üçüncü kişiler -özellikle; dava konusu senedin davalı-lehdar tarafından başkasına ciro edilmiş olduğunun anlaşılması halinde, senedi ciro yoluyla elinde bulunduran kişiler (hâmilller)-daha sonra «dahili dava» yoluyla yazılacak dahili dava dilekçesinin kendilerine gönderilmesi suretiyle- davaya dahil edilemezler¹⁵. Mahkemece, bu kişiler hakkında hüküm verilemez. Bu durumda yapılacak işlem, bu kişiler hakkında ayrıca dava açmak ve daha sonra iki davanın birleştirilmesini sağlamaktır.

Aynı şekilde, davaya taraf olmayan üçüncü kişiler “dahili davacı” sıfatıyla, davaya katılamazlar, mahkeme tarafından bunlar hakkında karar verilemez.^{16 17}

III- Olumsuz tesbit davalarının niteliği, davada dayanılan maddi olguların özelliği gereği, iddia ve savunmaya açıklık kazandırmak ve dava konusu belgenin (senedin) ne amaçla düzenlendiğini saptayabilmek için çok kez “**tarafkların isticvabı**”¹⁸ (mahkeme tarafından dinlenmesi; sorguya çekilmesi) yoluna gidilmesi gerekir. Bu nedenle, HUMK.'nun isticvab'a ilişkin hükümleri (mad. 230-235) olumsuz tesbit davalarında çok sık uygulama alanı bulur.

Uygulamada, mahkemelerin bu hususu ihmal ettikleri ve kendiliklerinden -hatta kimi kez, taraflardan birinin isteğine rağmen- (HUMK.'nun 230 vd. maddelerini uygulamaktan kaçındıkları görülmektedir. Yüksek mahkeme, bu tür hatalı yargılama sonucunda verilen hükümleri “noksan soruşturma” gerekçesi ile -haklı olarak- bozmaktadır. Yüksek mahkemenin bu konudaki bozma kararlarının çokluğu, bu gerçeği yansıtmaktadır.

Bu nedenle, davacının iddia ettiği maddi olayların yer ve zaman bakımından ayrıntılı biçimde tesbiti ve bu iddia ve tesbite karşı da davalının sa-

(15) Bknz: 19. HD. 17.2.1992 T. 127/179; HGK. 25.1.1989 T. 11-802/7 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1916 vd.)

(16) Bknz: 11. HD. 30.5.1991 T. 2285/3573 (UYAR, T. age. C:2, s:1926 vd.)

(17) Bu konuda ayrıca bknz: UYAR, T. Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları, 1993, C:1, s:968

(18) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: KONURALP, H. Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, 1988, s:103 vd. - ŞENER, O. H. Medeni Yargılamam Hukukunda Tarafların İsticvabı (Yarg. D. 1990/1-2, s:59 vd.)

vunmasının alınması ve böylece tarafların arasındaki ilişki ve fiili durumun açıklığa kavuşturulabilmesi için, mahkemece tarafların isticvabı yoluna (HUMK. mad. 230) gidilmesi gerekir.¹⁹

Taraflardan birisi, dava konusu olay hakkında, karşı tarafın isticvap edilmesini isteyebileceği gibi, mahkeme kendiliğinden de, bir tarafın isticvabına karar verebilir (HUMK. mad. 230/1).

İsticvabına karar verilen taraf isticvap davetiyesi ile mahkemeye çağrılır. *Birinci isticvap davetiyesine*, tarafın hangi olaylar hakkında isticvap olunacağını açık olarak yazılması gerekir.²⁰ Çağırılan taraf, bu davetiye üzerine gelirse, isticvap olunur (sorguya çekilir). Birinci isticvap davetiyesini alan taraf, özürü olmaksızın çağırıldığı duruşmaya gelmezse, kendisine *ikinci isticvap davetiyesi* gönderilir (HUMK. mad. 234). Bu davetiyede, «kendisinin, bundan sonraki duruşmaya da gelmediği veya gelip de sorulan sorulara cevap vermediği takdirde, sorulan olayı ikrar etmiş sayılacağı» bildirilir (HUMK. mad. 234). Çağırılan taraf, ikinci isticvap davetiyesine rağmen yine duruşmaya gelmez ya da gelip de sorulara cevap vermezse, mahkeme kendisine sorulan olayları ikrar etmiş sayar...

IV- "Tarafların yaptıkları usul işlemlerinde düşebilecekleri yanlışlıkları düzeltmeye, bırakabilecekleri eksiklikleri tamamlamaya ve böylece adaletli bir karar verilebilmesini sağlamaya yönelik bir yol"²¹ olan "ıslah"a ilişkin HUMK.'nun hükümlerinin (mad. 83-90), olumsuz tesbit davalarında uygulama alanı bulduğunu görüyoruz.

Nitekim, **yüksek mahkeme;**

√ "Davacı yan olumsuz tesbit ve geri alma davasını açarken, teminat niteliğini yitiren çekleri ile ilgili talep ve dava haklarını saklı tutmuş, yargılama sırasında da çeklerin iptalini ıslah yolu ile talep etmiş olmakla, Anayasa mahkemesinin 'ıslah yolu ile müddeabihin artırılmasına olanak tanıyan içtihadı doğrultusunda' mahkemece davacının talebinin araştırılarak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekeceğini"²²

(19) Bknz: 19. HD. 31.10.2003 T. 1750/10766; 8.6.1999 T. 3327/4016; 9.3.1999 T. 660/1445

(20) Bknz: 11. HD. 25.10.1990 T. 7134/6875; 28.1.1982 T. 1980/5666 (UYAR, T. C:2, s:1820 vd.)

(21) Bknz: YILMAZ, E. Islah, 1982, s:20 vd.

(22) Bknz: 19. HD. 26.4.1004 T. 6887/4721

√ *“Tahkikata bağlı davalarda, tahkikat bitinceye kadar ıslah yapılabileceğinden, hakim tarafından ‘tahkikatın bittiği’ bildirilinceye kadar ıslah isteminin kabulü gerekeceğini”*²³

√ *“Dava konusu senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığı» iddiasıyla açtığı olumsuz tesbit davasında, Adli Tıp'tan alınan bilirkişi raporunda imzanın kendisine ait olduğunun bildirilmesi üzerine, mahkemece henüz rapor hakkında karar verilmeden ‘imzanın kendisine ait olduğunu ancak senedin hileli yollarla imzalatıldığını ve karşılıksız olduğunu’ ”*²⁴

√ *“Yapılan takibe yanlılıkla itiraz edilmediğini bildirerek borçlu bulunmadığını ileri süren borçlunun daha sonra ıslah dilekçesi vererek ‘borcu ödediği için borçlu bulunmadığını’ ”*²⁵

davacının ıslah yolu ile ileri sürebileceğini kabul etmiştir...

V- Olumsuz tesbit davalarında -diğer davalarda olduğu gibi- *“hakimin hukukî bilgisi ile çözümlenemeyecek olan uyuşmazlıklarda”* ²⁶, bilirkişiye başvurulur.

Yaptırılacak **“bilirkişi incelemesi”** hakkında **yüksek mahkeme;**

√ *“GSM telefon sistemi içinde verilen hizmetlerin özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle, bu konuda uzman bilirkişilerden Yargıtay denetimine elverişli rapor alınması gerekeceğini, hakimın meslek bilgisıyla bunu tesbit edemeyeceğini”*²⁷

√ *“Genel kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankalara ‘tek taraflı olarak faiz oranlarını artırabilme ve geçmişte kullanılmış olan kredilere bu faiz oranlarını uygulayabilme’, ‘kullanılan krediyi dilediği zaman tek taraflı ola-*

(23) Bknz: 19. HD. 25.2.1994 T. 2004/1722; 11. HD. 7.4.1987 T. 965/2005

(24) Bknz: 13. HD. 11.6.1987 T. 3276/3462 (UYAR, T. age. C:2, s:1910 vd.)

(25) Bknz: 11. HD. 1.10.1985 T. 5067/4946 (UYAR, T. age. C:2, s:1914 vd.)

(26) Bu nedenle *“hakimin hukukî bilgisi ile çözümlenebilecek olan”* uyuşmazlıklarda -örneğin; “taraf arasında kararlaştırılan faizin mürekkep fazi olup olmadığı” konusunda- bilirkişiye başvurulamaz.(bknz: 11. HD. 22.3.1988 T. 8301/1740); “genel kredi sözleşmesinde müteselsil kefil olarak imzası bulunan kişinin sorumlu olup olmadığı” (bknz: 19. HD. 21.2.2002 T. 8622/319); “hile iddiasının varlığının tesbiti için” (bknz: 11. HD. 21.5.2004 T. 9583/6036) konularında bilirkişiye başvurulamaz.

(27) Bknz: 13. HD. 27.11.2000 T. 9273/10548

rak kesebilme' yetkisini veren hükümlerin MK.'nun 23/II ve BK.'nun 19/II ve 20. maddelerine aykırı ve dolayısıyla geçersiz (batıl) olmadığını, ancak; bankanın kredi sözleşmesindeki faiz oranını tek taraflı olarak artırırken, 'dürüstlük ve doğruluk kuralları'na (MK.2) aykırı davranmış olup olmadığını bilirkişilere inceleme yaptırılarak araştırılması gerekeceğini"²⁸

√ *"Eser sözleşmesinde kararlaştırılan teslim tarihi ile eserin teslim edildiği tarih arasında gecikme olup olmadığını ve binada eksik ve kusurlu işler bulunup bulunmadığının bilirkişiye inceleme yaptırılarak bunların parasal değerlerinin saptanması gerekeceğini"²⁹*

√ *"Taşınmazın kira süresinin bitiminden önce tahliye edilerek anahtarının teslimi halinde, bu taşınmazın aynı şartlarla ne kadar süre içinde kiraya verilebileceğinin, gerektiğinde uzman bilirkişi görüşüne başvurulmak suretiyle belirlenmesi ve taşınmazın kira süresince boş kalmasında davalının müterafik kusurunun bulunup bulunmadığının saptanması gerekeceğini"³⁰*

√ *"Hukukumuzda 'sözleşmeye bağlılık ilkesi'nin yanında 'sözleşme serbestisi ilkesi'nin de kabul edilmiş olduğunu, bu ilkelere göre kişilerin özel hukuk alanında özel ve tüzel kişilerle olan ilişkilerini varolan hukuk düzeni içinde kalmak koşuluyla diledikleri gibi düzenlemek, diledikleri konuda, diledikleri ile diledikleri tipte sözleşme yapmak hak ve özgürlüğüne sahip olduklarını, 'sözleşmeye bağlılık ilkesi'nin hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kurallarının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biri olduğunu, kredi sözleşmesinden kaynaklanan uyarlama davalarında mahkemece krediler konusunda uzman ve üniversitenin ekonomi, bankacılık ve ticaret hukuku anabilim dallarında görevli öğretim üyelerinden oluşacak bilirkişi kurulundan mütalaa alınması gerekeceğini"³¹*

√ *"Borçlunun, bononun tanzim tarihi itibarıyla tasarruf tarihi itibarıyla, tasarruf ehliyetine sahip olup olmadığını - borçlunun tedavisine ilişkin tüm belgeler ile tanık beyanları da gözetilerek - belirlenmesi için Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini"³²*

(28) Bknz: 19. HD. 15.5.1998 T. 1073/3465; 22.12.1997 T. 5150/10916; 23.10.1997 T. 5982/9028

(29) Bknz: HGK 8.10.1997 T. 15-511/786

(30) Bknz: 19. HD. 19.3.1997 T. 8618/2835

(31) Bknz: HGK. 19.2.1997 T. 11-762/77

(32) Bknz: 19. HD. 6.7.1995 T. 9870/6230

√ "Mahkemece sadece asıl alacağa faizi yürütülmesine olanak verecek şekilde ve davacının yaptığı harici ödemelerin BK. 84 hükmü çerçevesinde değerlendirilerek hüküm kurulması gerekeceğini" 33

√ "TEK. aleyhine 'elektrik borcunun istendiği kadar olmadığı'nın tesbiti için açılan olumsuz tesbit davalarında, dava konusu tüketim döneminde sayaçların doğru çalışıp çalışmadığı, davacı şirketin ticari defterleri, davacının işyerinde çalışan makinaların kapasiteleri, üretilen iş miktarı vs. üzerinde ayrıntılı bilirkişi incelemesi yaptırılarak uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekeceğini" 34

√ "Taşeronluk sözleşmesi uyarınca verilen çeklerin -taahhüt edilen işin yapılmadığı gerekçesiyle- iptali için açılan davada, davalı taşeronun yaptığı işlerin, yerinde bilirkişi aracılığı ile saptanarak, davacının, davalı taşerona borcu olup olmadığının belirlenmesi gerekeceğini" 35

√ "Olumsuz tesbit davasının reddi halinde, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle, alacaklının alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararının %40' dan daha fazla olduğunun ileri sürülmesi halinde, mahkemece alacaklının zararının bilirkişi vasıtasıyla tesbiti gerekeceğini"36

√ "Eksik bırakılan işler tutarınca daha sonra doldurulmak üzere teminat olarak bırakılan senet hakkında açılan olumsuz tesbit davasında 'eksik bırakılan işlerin tutarını tesbit için' bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini" 37

√ "Dava konusu senetlerin kooperatifi temsilen verilmiş olup olmadığını belirlemek için, kooperatif kayıtları üzerinde inceleme yaptırılması gerekeceğini" 38

(33) Bknz: 19. HD. 26.6.1995 T. 9733/5871

(34) Bknz: 11. HD. 4.11.1991 T. 3807/5791; 26.4.1988 T. 7701/2760 (UYAR, T. age. C:2, s:1822 vd.)

(35) Bknz: 15. HD. 1.7.1991 T. 2924/3402 (UYAR, T. age. C:2, s:1828 vd.)

(36) Bknz: 11. HD. 30.4.1991 T. 950/2779 (UYAR, T. age. C:2, s:1829 vd.)

(37) Bknz: 15. HD. 1.10.1990 T. 2589/3712 (UYAR, T. age. C:2, s:1830 vd.)

(38) Bknz: 11. HD. 26.5.1990 T. 4859/5068 (UYAR, T. age. C:2, s:1832 vd.)

√ “ ‘Kanit’ olarak mahkemeye sunulan ses bandının çözülmek üzere, ses bandı üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini”³⁹ 40

√ “ Taşınmaz satışı nedeniyle boş olarak alacaklıya verildiği’ konusunda tarafların uyuşma halinde bulunduğu bononun ‘hem bedel hem de taşınmazın tapusunun verilmemesinden doğan zarar karşılığında doldurulduğunu’ ileri süren alacaklının bu bildirim çerçevesinde, mahkemece ‘taşınmazın tapusunun verilmemesinden dolayı alacaklının uğradığı zararın’ araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini” 41

√ “Adi ortaklığın zarar etmesi olasılığı nedeniyle, teminat olarak verilen senet hakkında açılan olumsuz tesbit davasında, ortaklığın tasfiye hesabı üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğini” 42

√ “Kiralayana teminat olarak verilmiş olan bononun iptali için açılan davada, kiracının süresinden önce kiralananı boşaltmış olmasından dolayı kiralananın uğradığı zararın tesbiti için, kiralananın boşaltılmasından itibaren ne kadar süre sonra kiraya verilebileceğinin araştırılması gerekeceğini” 43

√ “Ayıp iddiasına dayalı olumsuz tesbit davalarında, ‘ayıbın âdi muayene ile meydana çıkartılıp çıkarılamayacağı’ konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini” 44

√ “İstisna sözleşmesi gereğince bitirilmesi taahhüt edilen inşaat için verilen teminat bonosunun iptali için açılan davada, ‘inşaatın bitirilip bitirilmediği’nin tesbiti sırasında alınan ve itiraz edilmeyen bilirkişi raporuna göre de-

(39) Bknz: 14. HD. 27.10.1987 T. 5376/7668; 11. HD. 18.12.1987 T. 7125/7371; HGK. 18.4.1984 T. 11-447/427 (UYAR, T. age. C:2, s:1836 vd.)

(40) “Ses bantları”nın delil olarak niteliği ve değeri tartışmalıdır. Doktrinimizde (ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, s:761) ses bantlarının ‘keşif’ konusu olabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay da bu doğrultuda ses bandı üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasını istemekte ve böylece ses bantlarından delil olarak yararlanmak istemektedir... (Bu görüşlerin değerlendirilmesi için ayrıca bknz: KONURALP, H. a.g.e, s:92 vd. – GÜRKANLAR, M. Ses Alma Bantlarının Medeni Yargılama Hukukunda İspat Aracı Olarak Kullanılması “AİTİD. 1974, S:1-2, s:317 vd.” – YILDIRIM, M.K. Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, 1990, s:216)

(41) Bknz: 11. HD. 18.11.1987 T. 3024/6381 (UYAR, T. a.g.e C:2, s:1839 vd.)

(42) Bknz: 13. HD. 23.1.1987 T. 6266/231 (UYAR, T. a.g.e C:2, s:1842)

(43) Bknz: HGK. 15.2.1985 T. 13-249/98 (UYAR, T. age. C:2, s:1842 vd.)

(44) Bknz: 11. HD. 30.4.1984 T. 2460/2548 (UYAR, T. age. C:2, s:1843 vd.)

(45) Bknz: 11. HD. 19.9.1982 T. 3769/3989 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1846 vd.)

ğil, 'yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak alınacak rapora göre' karar verilmesi gerekeceğini" 45

√ "Satın alınan daire karşılığında müteahhide verilen ve onun tarafından ortağı olduğu ileri sürülen üçüncü kişiye ciro edilen senetlerin - inşaatın tamamlanmaması nedeniyle - iptali için açılan davada, yerinde keşif yapıldıktan sonra, 'dava konusu senedin karşılıksız kalıp kalmadığı' konusunda karar verilmesi gerekeceğini" 46

√ "Alicinin, satın aldığı traktör karşılığı satıcıya verdiği bonoların, traktörün -alıcının cayması sonucu- satıcıya iadesine rağmen alıcıya geri verilmemesi nedeniyle açılan iptal davasında, mahkemenin, satıcının -BK. 223/2 uyarınca- isteyebileceği "münasip kira" karşılığı ile, satılanın bozulmuş olması halinde isteyebileceği "tazminat" miktarı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırarak, bunların tutarını senet bedelinden indirdikten sonra kalan için iptal kararı vermesi gerekeceğini" 47

√ "Müteahhit lehine kurulan ipotekle ilgili akit tablosunda, ipoteğin müteahhide verilen bonoların teminatı olduğuna dair bir kayıt bulunmasa da, hayatın olağan akışına göre, müteahhitlerin alıcılara imzalattıkları bonolar dışındaki ayrıca lehlerine ipotek de kurdukları bir gerçek olduğundan, satılan dairenin kıymeti, kurulan ipotek tarihi ve imzalatılan senetlerin tanzim ve vâde tarihleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini"48

belitmiştir...

√ "**Sahtelik iddiaları**" ile ilgili olarak;

√√ "Kambiyo senetlerindeki 'imzaların istiklali' ilkesi gereğince dava konusu çeki ciro eden dava dışı şirketin cirosunu oluşturan imzanın sahte olmasının, diğer cirantaların imzalarını etkilemeyeceğini" 49

(46) Bknz: 11. HD. 2.3.1981 T. 968/860 (UYAR,T. a.g.e. C:2, s:1848 vd.)

(47) Bknz: 11. HD. 23.2.1981 T. 845/746 (UYAR,T. a.g.e. C:2, s:1850 vd.)

(48) Bknz: 11. HD. 5.6.1980 T. 2409/2941(UYAR,T. a.g.e. C:2, s:1851 vd.)

(49) Bknz: 19. HD. 3.5.2004 T. 8107/4994

√√ "Senet bedelinin yazı ve rakamla' gösterilen miktarları arasında fark bulunması halinde 'yazı' ile gösterilene itibar edilebilmesi için (TK. mad. 588) miktara ilişkin 'yazı' ya da 'rakam'da bir tahrifat bulunmaması gerektiğini" ("eğer rakam kısmında tahrifat varsa, yazı ile yazılan kısmın borçlu tarafından yazıldığı kanıtı anmadıkça, yazıya itibar edilemeyeceğini, tahrifatsız olarak rakamla yazılan bedele itibar edileceğini")⁵⁰

√√ "Senet metninden kaynaklanan sahtelik iddiasının 'mutlak def'i' olarak herkese (her hamile) karşı ileri sürülebileceğini"⁵¹

√√ "Senetteki tahrifat iddiası ile ilgili uyumsuzluğun çözümü, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, senet aslı üzerinde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması gerekeceğini"⁵²

√√ "Bilirkişi incelemesinin senet aslı üzerinde yaptırılması gerekeceğini (fotokopi üzerinde inceleme yaptırılmayacağını)"⁵³

√√ "Senedin Adli Tıp Kurumuna gönderilerek, arka yüzündeki pulların sökülmesi suretiyle, pulların altındaki kısımda herhangi bir yazının olup olmadığına, varsa yazının içeriğinin saptanması gerekeceğini"⁵⁴

√√ "Dava konusu bononun tanzim tarihine yakın olan tarihlerde, resmi mercilerce düzenlenmiş veya resmi mercilere verilmiş evrak üzerindeki imza ve yazılardan yeterli miktarda getirilerek bunlar üzerinde grafologlara inceleme yaptırılması gerekeceği"⁵⁵

√√ "Sahtelik iddiasına dayalı olumsuz tesbit davalarında, imzasını inkâr eden davacı - borçlunun senedin düzenlenme tarihinden önceki ve düzen-

(50) Bknz: 19. HD. 16.1.2003 T. 9176/220; 18.11.1993 T. 8940/7776

(51) Bknz: 19. HD. 24.3.1999 T. 1462/2035; HGK. 18.6.1997 T. 19-236/548; 19. HD. 19.12.1996 T. 2877/11461

(52) Bknz: 19 HD. 12.6.1997 T. 9985/6097

(53) Bknz: 19. HD. 1.5.1997 T. 6860/4332

(54) Bknz: 19. HD. 19.3.1997 T. 5820/2828

(55) Bknz: 19. HD. 24.2.1997 T. 4630/1719

lenme tarihine yakın tarihli 'medarı tatbik' (mukayeseye esas alınabilecek) imzaları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini" 56

√√ "Dava konusu senetlerdeki imzaların sahte olduğunu veya dava konusu senette tahrifat yapılmış olduğunun ileri sürülmesi halinde, mahkemece grafolog olan uzman bilirkişilere inceleme yaptırılması gerekeceğini" 57

√√ "Senetteki çıkıntı, ilave ve silintilerin ayrıca borçlu tarafından tasdik edilmiş olmadıkça geçerli olmayacağını" 58

√√ "İcra mahkemesi (tetkik mercii) kararları kesin hüküm teşkil etmediğinden 'imza inkân'na ilişkin uyumsuzluğun çözümlenmesi sırasında, icra mahkemesince (tetkik merciiince) alınan bilirkişi raporu ile yetinilerek karar verilmeyeceğini, yeniden bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini" 59 60

√√ "Teknik bir incelemeyi gerektiren hususlarda -örneğin; yazı ile 'bir milyon dört yüz bin' TL olarak yazılı olduğu halde sonradan baş tarafına 'on' kelimesinin eklenerek senedin 'on bir milyon dört yüz bin' haline dönüştürüldüğü iddiasının- mutlaka bilirkişi incelemesi yaptırılarak araştırılması gerekeceğini, mahkemenin kendi kanaati ile yetinip hüküm veremeyeceğini" 61

√√ "Senedin alacak miktarını belirten kısmında -yazı ve rakamlar eklenerek- 'aynı el tarafından' tahrifat yapıldığının anlaşılması halinde, bu değişikliğin 'borçlu tarafından' yapıp yapılmadığının -borçlunun, senedin tanzim tarihinden önceki ve sonraki döneme ait yazı ve rakam örnekleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak- araştırılması gerekeceğini" 62

√√ "Nizalı bonodaki imzanın üzerinde bulunduğu damga puluyla birlikte başka bir senetten nakledilmiş olup olmadığı hususunda bilirkişi raporları

(56) Bknz: 19. HD. 4.5.1995 T. 8619/4115; 11. HD. 14.10.1991 T. 3299/5364

(57) Bknz: 19. HD. 10.3.1995 T. 3661/2146; 24.12.1992 T. 7445/6872

(58) Bknz: 19. HD. 23.2.1995 T. 4647/1563

(59) Bknz: 19. HD. 31.1.1995 T. 3671/464; 20.12.1994 T. 1999/12842

(60) Bu uygulamanın eleştirisi için bknz: KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, 1988, C:1, s:516 vd. - UYAR, T. İcra Hukukunda İtiraz, 1990, 2. Bası, s:904

(61) Bknz: 19 HD. 22.12.1993 T. 10860/8857

(62) Bknz: 11. HD. 17.6.1991 T. 2862/4120 (UYAR, T. age. C:2, s:1782 vd.)

arasında çelişki bulunması halinde, davacının imzasını içeren damga pulunun başka bir senetten bonoya nakledildiği görüşünü savunan uzman bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak, o bono ve pul üzerindeki fiziksel ve kimyasal bulgular üzerinde de özellikle durulmak suretiyle imzayı içeren pulun başka bir senetten nizalı bonoya nakledilip nakledilmediği hususunda rapor alınmak ve mevcut raporlar arasındaki çelişki giderilmek suretiyle, hasıl olacak sonuç dairesinde bir hüküm kurulması gerekeceğini"⁶³

√ "Dava konusu senetle müvekkilinin borçlu bulunmadığı' iddiasının, senet altındaki imzanın da inkârı niteliğini taşıdığını"⁶⁴

√√ "Adli Tıp Kurumu Fizik/Grafoloji İhtisas Dairesince düzenlenen raporda, 'imzanın borçlunun elinin mahsûlü olduğu' belirtilmiş dahi olsa, bu raporun daha önce başka mahkemelerce alınan raporlarla çelişir durumda olması halinde, mahkemece biri Adli Tıp Kurumundan biri Polis Laboratuvarından biri de Güzel Sanatlar Akademisi Grafoloji uzmanı olan öğretim üyelerinden oluşacak bir kuruldan yeniden rapor alınması gerekeceğini"⁶⁵

√√ "Hazırlık soruşturması sırasında, C. Savcılığınca alınan bilirkişi raporunun, açılan olumsuz tesbit davasında mahkemeyi bağlamayacağını"⁶⁶

√√ "Sahtelik iddiasına dayalı olumsuz tesbit davalarında alınan bilirkişi raporları arasında çelişki bulunması' halinde, raporlar arasındaki çelişkiyi giderecek yeni bir rapor alınması gerekeceğini"⁶⁷

√√ "'Senette tahrifat yapıldığını' iddia eden davacının, duruşmalara gelmemesi, davayı takip eden davalının da gerekli giderleri yatırmaması halinde, mahkemece giderlerin Hazine'den sağlanarak 'senette tahrifat yapıp yapılmadığı' konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini"⁶⁸

(63) Bknz: HGK. 10.10.1991 T. 11-398/487 (UYAR, T. age. C:2, s:1824 vd.)

(64) Bknz: 11. HD. 6.5.1991 T. 1702/2944 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1783 vd.)

(65) Bknz: 11. HD. 11.3.1991 T. 343/1717 (UYAR, T. age. C:2, s:1784 vd.)

(66) Bknz: 11. HD. 22.11.1990 T. 6994/7460; 12.4.1990 T. 1782/3262 (UYAR, T. age. C:2, s:1789 vd.)

(67) Bknz: 11. HD. 29.3.1990 T. 439/2668; 2.2.1988 T. 7586/481 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1789 vd.)

(68) Bknz: 11. HD. 19.3.1990 T. 1761/2317 (UYAR, T. age. C:2, s:1833 vd.)

√√ "Adli Tıp Kurumu Grafoloji İhtisas Kurulunca verilen raporun yeterli görülmemesi halinde, Adli Tıp Genel Kuruluna gidilmeyip, grafoloji uzmanlarından kurulu yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınması gerekeceğini, çünkü Adli Tıp Genel Kurulunda grafoloji uzmanı bulunmadığını"⁶⁹

√√ " 'Dava konusu açığa atılan imzalı çeklerin çalındığı' iddiası ile açılan olumsuz tesbit davasında, davalı-alacaklının 'çeklerin lehdar kısmının davacı tarafından yazıldığı'nın ileri sürülmesi halinde, bu husussun araştırılarak -davacının yazısını inkar etmesi halinde yazı üzerinde bilirkişi incelenmesi yaptırılarak- sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini"⁷⁰

√√ "'Senetteki rakamla yazılan bedel kısmının sonradan eklendiğinin' iddia edilmesi halinde 'bu kısmın, senet metnindeki diğer yazılarla aynı el mahsûlü olup olmadığı ve eklemenin sonradan yapılıp yapılmadığının' bilirkişiler aracılığı ile araştırılması gerektiğini"⁷¹

√√ "Senette -üzerinde imza bulunan- pulun başka yerden sökülerek yapılandırılmış olup olmadığı bilirkişi incelemesi yaptırılmadan mahkemece kendi gözlemleri ile yetinilerek karar verilemeyeceğini"⁷²

√√ "İtiraz konusu imzanın 'borçluya ait olup olmadığı' konusunda kesin görüş bildirmeyen bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm verilemeyeceğini"⁷³

√√ "Tahrifat (sahtelik) iddiasıyla açılan senet iptali davasında, senette tahrifat yapılıp yapılmadığı konusunda -HUMK. 308 vd. göre- bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini"⁷⁴

√√ "Sahtelik iddiası hakkında önce bilirkişi incelemesi yaptırılmadan doğrudan doğruya tanık ifadelerine dayanılarak karar verilemeyeceğini"⁷⁵

belirtmiştir...

(69) Bknz: 11. HD. 8.3.1990 T. 8606/1887 (UYAR, T. age. C:2, s:1800 vd.)

(70) Bknz: 11. HD. 18.6.1988 T. 2623/4354 (UYAR, T. age. C:2, s:1834 vd.)

(71) Bknz: 11. HD. 4.4.1988 T. 2633/2008 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1801 vd.)

(72) Bknz: 11. HD. 20.10.1987 T. 3008/5473 (UYAR, T. age. C:2, s:1840 vd.)

(73) Bknz: 11. HD. 13.12.1983 T. 5618/5672 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1803)

(74) Bknz: 11. HD. 23.2.1982 T. 401/726 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1803 vd.)

(75) Bknz: TD. 24.3.1971 T. 613/2344 (UYAR, T. a.g.e. C:2, s:1804 vd.)

VI- «Olumsuz tesbit davasına konu olan olayın aynı zamanda suç teşkil ettiği» iddiasıyla ceza mahkemesinde açılan dava sonucunda verilen mahkûmiyet ya da beraat kararları, hukuk mahkemesindeki yargılamayı da etkilediğinden (BK. mad. 53),^{76 77} olumsuz tesbit davasına bakan mahkemenin, dava konusu olayla ilgili olarak alacaklı hakkında ceza mahkemesinde açıldığı bildirilen davanın sonucunu «bekletici mesele» yapması ve yargılamayı bu nedenle ertelemesi gerekir.⁷⁸ **Yüksek mahkeme** «dava konusu senetler hakkında ceza mahkemesinde açıldığı bildirilen» *sahtecilik suçu*,⁷⁹ *çalınma olayı*,⁸⁰ *güveni kötüye kullanma suçu*,⁸¹ *ikrah ve tehdit suçu*,⁸² *zorla alınma olayı*⁸³ ile ilgili ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

BK. mad. 53 hükmü uyarınca hukuk hakimi, ceza mahkemesinin kesinleşen mahkûmiyete⁸⁴ veya beraata⁸⁵ ilişkin ilamında tesbit ettiği maddi olgular ile bağlı olduğundan, ceza mahkemesinde açılmış bulunan olumsuz tesbit davasına konu olan olayla ilgili ceza davasının sonucunun beklenmesi zorunludur. **Yüksek mahkeme** bu konu (BK. mad. 53) ile ilgili olarak;

√ *“Kesinleşen b e r a a t a ilişkin ceza mahkemesi ilamında belirtilen maddi olayların, hukuk hakimini de bağlayacağını”*⁸⁶

√ *“BK. mad. 53 uyarınca ceza mahkemesince saptanan maddi olgular hukuk hakimini de bağlayacağından, ceza mahkemesindeki davanın olumsuz*

(76) Bu konuda ayrıca bkznz: UYAR, T. “HUMK.’a Göre İsbat İçin ‘Yazılı Belge Gereken Durumlarda’ Tanık İfadesine Dayanılarak Ceza Mahkemesince Mahkûmiyet Kararı Verilebilir mi?” (Bursa Bar. D. 1985/Haziran, s:9 vd.)

(77) Bknz: 19. HD. 25.6.2004 T. 8344/7684; 31.5.2004 T. 9739/6474 vb. – 6.2.1998 T. 7211/536; 12.5.1997 T. 5666/4837 vb.

(78) Bknz: 19. HD. 28.5.2004 T. 9891/6360; 7.6.1996 T. 3483/5780; 14.5.1996 T. 8769/4656 vb.

(79) Bknz: 19. HD. 13.9.1996 T. 10034/7762; 12.6.1990 T. 2024/4691

(80) Bknz: 11. HD. 27.6.1988 T. 2195/4302 (UYAR, T. age. C:2, s:1875 vd.)

(81) Bknz: 11. HD. 9.6.1987 T. 2616/3422; 3.3.1987 T. 131/1238 (UYAR, T. age. C:2, s:1876 vd.)

(82) Bknz: 19. HD. 30.6.1993 T. 5865/4771; 26.5.1987 T. 2834/3499

(83) Bknz: 11. HD. 10.2.1987 T. 7366/675 (UYAR, T. age. C:2, s:1882 vd.)

(84) Bknz: 19. HD. 6.2.1998 T. 7211/536; 12.5.1997 T. 5666/4837

(85) Bknz: 19. HD. 25.6.2004 T. 8344/7684; 31.5.2004 T. 9739/6474 vb.

(86) Bknz: 19. HD. 25.6.2004 T. 8344/7684; 31.5.2004 T. 9739/6474; 24.2.2003 T. 4419/1367 vb.

tesbit davasını etkileyeceği durumlarda, ceza mahkemesindeki davanın sonucunun (verilecek kararın kesinleşmesinin) beklenmesi gerekeceğini"⁸⁷

√ "Kesinleşen mahkûmiyete ilişkin ceza mahkemesi ilâmında belirtilen maddi olayların hukuk hakimini de bağlayacağını, bu nedenle gerçekleşen maddi olaya göre olumsuz tesbit davasının kabulüne karar verilmesi gerekeceğini"⁸⁸

√ "Ceza mahkemesince 'delil yetersizliği' nedeniyle verilen 'beraat kararı'nın hukuk hakimini bağlamayacağını"⁸⁹

√ "Ceza mahkemesinin senette yapılan değişikliklerin çıplak gözle de fark edilmesi nedeniyle, aldatıcılık ögesinin gerçekleşmemiş olmasından dolayı verilen beraat kararının, hukuk mahkemesini bağlamayacağını"⁹⁰

√ " 'Karşılıksız kalan bonoyu kullanmak' suçu (TCK. mad. 508) ile ilgili olarak ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı, hukuk hakimini bağlarsa da, mahkûmiyet kararında 'dava konusu bononun karşılıksız kaldığını' açıklar bir hüküm ve gerekçe yer almaması halinde, sadece mahkûmiyet kararının olumsuz tesbit davasında 'kesin delil' niteliğini taşımayacağını"⁹¹

√ "Ceza mahkemesinin 'beraat kararı' hukuk hakimini bağlamadığından (BK. mad 53), mahkemece toplanan delillere göre, ceza mahkemesinde beraat eden alacaklıların aleyhine olarak 'olumsuz tesbit davasının kabulüne ve dava konusu senedin iptaline' karar verilebileceğini"⁹²

√ "Ağır ceza mahkemesinin Yargıtay'ca onanarak kesinleşen ilâmında 'dava konusu çekin davacı borçlu tarafından verildiğinin ve inceleme sonucunda, imzanın davacı - borçluya ait olduğunun tesbit edilerek sanıkların

(87) Bknz: 19. HD. 28.5.2004 T. 9891/6360; 7.6.1996 T. 3483/5780; 14.5.1996 T. 8769/4656

(88) Bknz: 19. HD. 6.2.1998 T. 7211/536; 12.5.1997 T. 5666/4837; 30.4.1997 T. 6937/4283

(89) Bknz: 19. HD. 3.12.1996 T. 9474/10787; 13.2.1994 T. 166/381

(90) Bknz: 19. HD. 24.12.1992 T. 7445/6872

(91) Bknz: 11. HD. 30.4.1991 T. 1157/2749 (UYAR, T. age. C:2, s:1859 vd.)

(92) Bknz: 11. HD. 18.12.1990 T. 4938/8210 (UYAR, T. age. C:2, s:1860 vd.)

(alacaklıların) beraatlerine' karar verilmiş olması halinde, bu tesbitlerin hukuk hakimini de bağlayacağını ve mahkemece olumsuz tesbit davasının kabulüne (senedin iptaline) karar verilmesi gerekeceğini"⁹³

√ "Ceza mahkemesince 'zamanaşımı nedeniyle ceza davasının ortadan kaldırılmasına' karar verilmiş dahi olsa, ceza hakiminin 'sanığın (alacaklının) sahtekarlık yaptığım' tesbit eden kararının, olay yönünden hukuk hakimini de bağlayacağını ve mahkemece 'olumsuz tesbit davasının kabulüne' (senedin iptaline) karar verilmesi gerekeceğini"⁹⁴

√ "Ceza mahkemesinin şikâyet konusu olayı 'hukukî nitelikte' bularak verdiği 'beraat kararı'nın hukuk hakimini bağlamayacağını"⁹⁵

√ "Ceza mahkemesinin beraat kararı gerekçesinde 'dava konusu senedin bir kısmının alacaklıya tanıklar önünde ödendiği'nin kabul edilmiş olması halinde, olgunun hukuk hakimini de bağlayacağını"⁹⁶

√ "BK. mad. 53 gereğince, hukuk hakiminin -beraat kararı ile sonuçlanmış olsa bile- ceza hakiminin tesbit ettiği maddi olgularla bağlı olacağını, 'dava konusu senedin zorla imzalatıldığı'nın ağır ceza mahkemesinin ilâmında kabul edilmiş olması halinde, bu iddîa ile açılan olumsuz tesbit davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini"⁹⁷

√ "Ceza mahkemesinin kesinleşen mahkûmiyet hükmü, hukuk hakimini de bağlayacağından, davalı-alacaklı hakkında 'güveni kötüye kullanma' suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün, dava konusu senedin beyaza (açığa) imza suretiyle' düzenlendiğinden hükümsüz olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında, 'kesin hüküm' olacağını"⁹⁸

(93) Bknz: 11. HD. 25.1.1990 T. 8696/132 (UYAR, T. age. C:2, s:1861 vd.)

(94) Bknz: 11. HD. 15.5.1987 T. 3065/2967 (UYAR, T. age. C:2, s:1863)

(95) Bknz: 11. HD. 21.3.1983 T. 1295/2343 (UYAR, T. age. C:2, s:1865 vd.)

(96) Bknz: 11. HD. 17.3.1983 T. 1122/1275 (UYAR, T. age. C:2, s:1866)

(97) Bknz: 11. HD. 7.2.1983 T. 5782/473 (UYAR, T. age. C:2, s:1867)

(98) Bknz: 11. HD. 25.1.1983 T. 5656/245 (UYAR, T. age. C:2, s:1868)

√ “Senedin 'karşılıksız kaldığı'nın kesinleşen ceza davası dosyası ile anlaşılması halinde, senedin iptaline karar verilmesi gerekeceğini”⁹⁹

belirtmiştir...

VII- Bir davada hüküm verilmesi, başka bir davada incelenmekte ve kesin olarak karara bağlanacak olan hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme o davanın sonuçlanmasını beklemek üzere yargılamayı erteleyebilir, başka bir deyişle, o davanın sonuçlanmasını kendi bakmakta olduğu dava için **bekletici sorun** yapabilir.¹⁰⁰ Usul Yasasında, «bekletici sorun»u düzenleyen genel hüküm bulunmadığından, -yasalarda (örneğin; Anayasa mad. 151; Uy. Mah. K. mad. 19/1; İLK. mad. 6a/IV vb.) açıkça öngörülmüş olan bekletici sorun halleri dışında bir sorunu bekletici sorun yapmak mahkeme için zorunlu olmayıp ihtiyardır. Mahkeme takdir hakkını kullanarak bir sorunu «bekletici sorun» yapıp o sorunun diğer mahkemede çözümlenmesini bekleyeceği gibi, o sorunu «ön sorun» olarak kendisi de inceleyebilir. **Yüksek mahkeme**, konumuzla ilgili uyuşmazlıklarda, şu sorunların «bekletici sorun» yapılmasını istemiştir:

√ “Dava konusu senetler hakkında ceza mahkemesinde açıldığı bildirilen 'sahtecilik suçu' ile ilgili ceza davası sonucunun, olumsuz tesbit davasında 'bekletici sorun' yapılması gerektiğini”¹⁰¹

√ “ 'Dava konusu senedin ikrah ve tehditle alındığı' iddiasıyla davalı - alacaklılar hakkında açılmış olan ceza davası mm sonucunun, olumsuz tesbit davasına bakan mahkemece bekletici mesele yapılması gerekeceğini”¹⁰²

√ “Hâmil hakkında açılan olumsuz tesbit davasında, ayrıca lehtar hakkında da dava açılmış olduğunun anlaşılması halinde mümkünse her iki davanın birleştirilmesi, mümkün olmazsa, lehtar hakkındaki davanın sonucunun beklenmesi gerekeceğini”¹⁰³

(99) Bknz: 11. HD. 14.10.1975 T. 4010/5420 (UYAR, T. age. C:2, s:1869)

(100) KURU, B. Usul, C:III, s:3207 vd.

(101) Bknz: 19. HD. 13.9.1996 T. 10034/7762; 11. HD. 12.6.1990 T. 2024/4693

(102) Bknz: 19. HD. 30.6.1993 T. 5865/4771; 11. HD. 26.5.1987 T. 2834/3499

(103) Bknz: 11. HD. 25.2.1991 T. 9536/1264 (UYAR, T. age. C:2, s:1869 vd.)

√ "Dava konusu senedin 'davalılar tarafından çalınarak doldurulup tahsile verildiği' iddiasıyla açılan olumsuz tesbit davasında, davalılar hakkında ceza mahkemesinde açıldığı bildirilen çalınma olayı ile ilgili ceza davasının sonucunun beklenmesi gerekeceğini"¹⁰⁴

√ "Davalı alacaklı hakkında, davacı - borçlunun şikâyeti üzerine ceza mahkemesinde 'güveni kötüye kullanma' suçu ile ilgili ceza davasının olumsuz tesbit davasında bekletici mesele yapılması gerektiğini"^{105 106}

√ "Tahliye taahhüdünün teminatı olarak verilen bononun iptali için açılan davanın, açıldığı bildirilen tahliye davasının sonucunu beklemesi gerekeceğini"¹⁰⁷

√ "Davada delil olarak dayanılan yazılı belgenin 'zorla alındığı' iddiasıyla yapılan şikâyet üzerine ceza mahkemesinde açılan davanın sonucunun, olumsuz tesbit davasına bakan mahkemece bekletici mesele sayılması gerekeceğini"¹⁰⁸

√ "Taşınmaz satış vaadi senedi ile satın alınan hisse karşılığında, satıcıya verilen para için, satıcıdan alınan senedin iptali için açılan davanın devam eden tescil davası kesinleşmeden sonuçlandırılmayacağını"¹⁰⁹

√ "Tapulu ve tapusuz mal karşılığı düzenlenen bonolardan bir bölümünün iptali için açılan davada, mahkemenin; davacı-borçlunun, davalı-alacaklı hakkında açtığı satılan taşınmazlarla ilgili men'i müdahale davasının sonucunu bekleyerek karar vermesi gerekeceğini"¹¹⁰

belirtmiştir...

(104) Bknz. 11. HD. 27.6.1988 T. 2195/4302 (UYAR, T. age. C:2, s:1875 vd.)

(105) Bknz. 11. HD. 9.6.1987 T. 2616/3422; 3.3.1987 T. 131/1238 (UYAR, T. age. C:2, s:1876 vd.)

(106) Bu konuda ayrıca bknz: İqt. Bir. K. 24.3.1989 T. E:1988/1, K:1989/2 (YKD. 1990/4, s:480 vd.)

(107) Bknz: 11. HD. 10.3.1987 T. 7626/1363 (UYAR, T. age. C:2, s:1881 vd.)

(108) Bknz: 11. HD. 10.2.1987 T. 7366/675 (UYAR, T. age. C:2, s:1882 vd.)

(109) Bknz: 11. HD. 10.5.1984 T. 2397/2737 (UYAR, T. age. C:2, s:1884 vd.)

(110) Bknz: 11. HD. 24.3.1983 T. 1333/1433 (UYAR, T. age. C:2, s:1885)

VIII- Olumsuz tesbit davası sonunda, mahkeme;

A- Açılan davayı haksız bulursa -yani, açılan dava, davalı-alacaklı lehine sonuçlanırsa (İLK. mad. 72/IV)¹¹¹ -«**açılan davanın reddine**» karar verir.

B-Açılan davayı haklı bulursa -yani, açılan dava, davacı-borçlu lehine sonuçlanırsa- (İLK. mad. 72/V)¹¹² «**davacı - borçlunun, davalı - alacaklıya borçlu olmadığınin tesbitine**» şeklinde karar vermesi gerekir. Uygulamada genellikle davacı -borçlular «*dava konusu senedin iptaline karar verilmesini*» de istemekte ve sonuçta açılan davayı kabul eden mahkemelerde, bu istek çerçevesinde «*davanın kabulüne, dava konusu senedin iptaline*» karar vermektedirler. Mahkemelerin bu tür kararları «lehdar hakkında ve lehdarın elinde bulunan (yani; onun tarafından başkalarına ciro edilmemiş) senetler» ile «hem lehdar ve hem de hâmil aleyhinde (veya sadece hâmil aleyhinde) »açılan ve hâmilin kötünîyetinin isbat edilmesi yahut hâmile yapılan cironun vâdeden sonra olması nedeniyle, lehdara karşı ileri sürülebilecek olan def'ilerin hâmile karşı da ileri sürülebildiği durumlarda; davacının iddiasını hâmile karşı da isbat etmesi hallerinde isabetli sayılabilirse de, sadece lehdar hakkında açılan ve dava konusu senedin iyiniyetli üçüncü kişilere ciro edilmiş olduğu durumlarda, davalı - lehdara karşı dava (iddia) isbat edilse de mahkemece «*senedin iptaline*» karar verilemez. Sadece «*davacı - borçlunun, davalı alacaklıya dava konusu senetten dolayı borçlu olmadığınin tesbitine*» karar verilmekle yetinilmesi gerekir.

Senedin alacak miktarını gösteren kısmında sahtekarlık yapıldığının anlaşılması halinde, «*senedin artırılan miktarından davacının borçlu olmadığınin tesbitine*» karar verilmesi gerekir. Yoksa, «*senedin tümünün iptaline*» (ya da «*senedin tümünden davacının borçlu olmadığınin tesbitine*») karar verilemez.¹¹³

(111) Davanın, *davalı-alacaklı lehine sonuçlanmasının doğurduğu sonuçlar hakkında* ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** age. C:1, s:74 vd.

(112) Davanın, *davacı - borçlu lehine sonuçlanmasının doğurduğu sonuçlar hakkında*, ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** age. C:1, s.82 vd.

(113) Bknz: 19. HD. 20.2.1992 T. 296/239; 11. HD. 10.11.1987 T. 5556/6089 (**UYAR, T.** a.g.e. C:1, s:176 vd.)

«Senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu» iddiasıyla açılan olumsuz tesbit davası sonucunda, iddianın kanıtlanması üzerine, «*anlaşmaya aykırı olarak doldurulan senet kısmından davacının borçlu olmadığına tesbitine*» şeklinde karar verilmesi gerekir.¹¹⁴

Ayıp nedeniyle açılan olumsuz tesbit davası sonucunda, davanın kabulü halinde, «*davacının dava konusu senetlerden dolayı davalıya borçlu olmadığına*» karar verilirken, ayrıca «*davacının aldığı ayıplı malı, davalıya geri vermesine*»de karar verilmesi gerekir.¹¹⁵

C- Bazı durumlarda, «**konusu kalmayan davanın reddine**» -örneğin; davalının, dava konusu senedi mahkemeye teslim etmesi ve davalının dava-ya sebep olmadığına anlaşılması halinde-¹¹⁶ ya da «**dava konusu hakkında karar verilmesine yer olmadığına**» -örneğin; «dava konusu senedin davalıya verilmiş olduğunun kanıtlanamaması ve davalının da 'böyle bir senetle alacaklı olmadığına' bildirmesi halinde-¹¹⁷ de karar verilebilir...

IX- Kesinleşmiş olan olumsuz tesbit ilâmı, sadece *ilâmın taraflarını* bağlar. Örneğin; lehdar hakkında açılan dava sonunda verilen «davanın kabulüne ve dava konusu senetten dolayı davacının davalıya borçlu olmadığına» ilişkin ilâm senedi elinde bulunduran -ve davada taraf olarak yer almamış olan- hâmilî bağlamaz (yani; hâmil için kesin hüküm sayılmaz).¹¹⁸ Hatta, senet hâmilî müdahil olarak davaya katılmış dahi olsa, yine verilen iptal kararı senet hâmilî hakkında «kesin hüküm»¹¹⁹ sayılmaz.

Ancak, aynı ilâm lehdarın vekili durumunda bulunduğu için, dava konusu senedi «tahsil cirosu» ile elinde bulunduran banka için de kesin hüküm sayılır, (bankayı bağlar).¹²⁰

(114) Bknz: 11. HD. 2.2.1988 T. 5780/473 (UYAR, T. a.g.e. C:1, s:174)

(115) Bknz: 11. HD. 15.6.1988 T. 1848/4000 (UYAR, T. a.g.e. C:1, s:172)

(116) Bknz: 11. HD. 22.11.1990 T. 3923/7465 (UYAR, T. age. C:2, s:1934 vd.)

(117) Bknz: 11. HD. 5.2.1985 T. 6184/418 (UYAR, T. age. C:2, s:1958)

(118) Bknz: 12. HD. 18.9.1990 T. 1589/8647 (UYAR, T. age. C:2, s:1886)

(119) Bknz: 11. HD. 1.11.1982 T. 4395/4300 (UYAR, T. age. C:2, s:1891 vd.)

(120) Bknz: 12. HD. 20.3.1986 T. 3294/3097 (UYAR, T. age. C:2, s:1887)

X- Olumsuz tesbit davalarında, «borçlunun borçlu olmadığını ileri sürdüğü miktar üzerinden» -istenen %40 tazminat dikkate alınmadan- n i s b i harç alınır¹²¹ ve dava sonunda lehine karar verilen (vekili bulunan) taraf yararına n i s b i avukatlık ücretine hükmedilir.¹²²

Diğer hukuk davalarında olduğu gibi, olumsuz tesbit davalarında da, uyuşmazlığın «delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce» '**davanın konusuz kalması**',¹²³ '**feragat**',¹²⁴ '**kabul**'¹²⁵ ve '**sulh**' nedeniyle giderilmesi halinde -Avukatlık Ücret Tarifesine göre hükmedilecek- n i s b i avukatlık ücretinin yarısına; «delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden sonra» giderilmesi halinde ise n i s b i avukatlık ücretinin tamamına hükmedilmesi gerekir (Av. Üc. Tarifesi, mad. 6).

«Delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce» '**görevsizlik**', '**yetkisizlik**'¹²⁶ nedeniyle dava dilekçesinin reddine veya '**davanın nakline**', '**davanın açılmamış sayılmasına**'¹²⁷ karar verirse, Avukatlık Ücret Tarifesinde öngörülen maktu ücreti aşmayacak şekilde, nisbi ücretin yarısına hükmedilmesi gerekir. Eğer, bu durumlar «delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden sonra» gerçekleşirse, maktu ücreti aşmayacak biçimde, nisbi ücretin tamamına hükmedilir (Av. Ücret Tarifesi, mad. 8). **Yüksek mahkeme** "olumsuz tesbit davalarında hükmedilecek avukatlık ücreti" hakkında ayrıca;

√ "*Davanın açılmasına davalının neden olmadığını ve ilk oturumda da davayı kabul ettiği durumlarda, davalının avukatlık ücretinden sorumlu tutulamayacağını*"¹²⁸

(121) Bknz: HGK. 10.12.2003 T. 19-764/744

(122) Bknz: 19. HD. 17.2.1998 T. 8518/996; 7.6.1996 T. 7757/5781 - 7.2.1992 T. 157/86

(123) Bknz: 11. HD. 12.3.1984 T. 1296/1390 (UYAR, T. age. C:2, s:1760 vd.)

(124) Bknz: 13. HD. 24.6.1986 T. 3318/3677 (UYAR, T. age. C:2, s:1759 vd.) - 11. HD. 11.11.1987 T. 3568/6152 (UYAR, T. age. C:2, s:1757 vd.)

(125) Bknz: 11. HD. 25.2.1991 T. 42/1263 (UYAR, T. age. C:2, s:1753 vd.)

(126) Bknz: 15. HD. 12.9.1988 T. 218/2770; 11. HD. 14.10.1991 T. 3596/5341 (UYAR, T. age. C:2, s:1752 vd.)

(127) Bknz: 11. HD. 21.2.1983 T. 675/754 (UYAR, T. age. C:2, s:1761)

(128) Bknz: 4. HD. 29.1.2004 T. 11546/1011

√ "Davacı tarafından birinci haciz ihbarnamesine süresi içinde verilen cevabın, icra memurunun hatası sonucu takip dosyası içine konmamış olması ve davanın ilk oturumda kabul edilmiş olması halinde, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceğini"¹²⁹

√ "Davacı bankanın, İİK. 89/1 gereğince çıkarılan birinci haciz ihbarnamesine süresinde cevap vermeyerek olumsuz tesbit davasının açılmasına neden olması halinde, davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"¹³⁰

√ "Davalı tarafın, davanın açılmasına yasaya aykırı olarak gönderdiği rakamla ikinci (şimdi üçüncü) haciz ihbarnamesiyle neden olması halinde, davalının avukatlık ücretinden sorumlu tutulması gerekeceğini"¹³¹

√ "Olumsuz tesbit davasının kısmen reddedilmesi halinde, reddedilen kısım üzerinden davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"¹³²

√ "Dava dilekçesinde %40 tazminata hükmedilmesinin talep edildiği durumlarda, talep edilen meblağın harcı yatırılmak suretiyle müddeabihe dahil edilmemesi halinde, bu talebin reddedilmiş olması nedeniyle davalı yararına vekalet ücretine hükmedilemeyeceğini"¹³³

√ " 'Delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının yerine getirilmesinden sonra' mahkemece 'konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına' şeklinde karar verilen durumlarda, ayrıca davacı yararına tam nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"¹³⁴

√ "Olumsuz tesbit davası sonucunda, davacının borçlu bulunduğu kısım üzerinden 'davalı yararına', istirdat edilen kısım üzerinden 'davacı yararına' vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"¹³⁵

(129) Bknz: 19. HD. 8.12.2003 T. 3133/12341; 13.6.2000 T. 2200/4636

(130) Bknz: 19. HD. 1.12.2003 T. 10507/11991; 30.5.2003 T. 1901/5801

(131) Bknz: 19. HD. 31.10.2003 T. 8295/10755; 3.7.1996 T. 9343/6985

(132) Bknz: 19. HD. 17.1.2003 T. 9001/301

(133) Bknz: 19. HD. 19.9.2000 T. 3863/5836

(134) Bknz: 13. HD. 29.6.1999 T. 4850/5337; 19. HD. 25.11.1993 T. 9690/7989

(135) Bknz: 11. HD. 1.2.1999 T. 8841/295

√ “Olumsuz tesbit davasının, takibe konu alacağıın tümü hakkında değil de bir bölümüne ilişkin olarak açılmış olması halinde, vekalet ücretinin tayin ve takdirinde dava konusu miktarın esas alınması gerekeceğini”¹³⁶

√ “Dava açılmasına neden olmayan davalı aleyhine vekalet ücretine hükmedilemeyeceğini”¹³⁷

√ “Reddedilen tazminat talebinin miktarı üzerinden, karşı taraf yararına - vekili için- avukatlık ücreti takdir edilmesi gerekeceğini”¹³⁸

√ “Borcun ödenmeyen kısmı hakkında olumsuz tesbit, ödenen kısmı hakkında ise geri alma istemiyle açılan dava sonunda, iki ayrı dava varmış gibi davacı yararına iki vekalet ücretine değil, sadece senet miktarı üzerinden tek vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini”¹³⁹

√ “Dava konusu senet bedelini dava tarihinden sonra ödeyen davacının bu tutumunun davadan feragat anlamına geleceğini ve bu durumda davalı lehine masraf ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini”¹⁴⁰

√ “Delillerin toplanmasından sonra, olumsuz tesbit davasının kabul edilmesi halinde, davalı yararına tam (nisbi) vekalet ücretine hükmedileceğini”¹⁴¹

√ “ ‘Olumsuz tesbit davasının reddine’ ve bu davaya karşı davalı-alacaklı tarafından aynı belgeye dayanılarak açılan ‘itirazın iptali davasının kabulüne’ karar verilmesi halinde, davalı-alacaklı vekili için tek bir avukatlık ücretine (ve davalı-alacaklı lehine bir kez %40 inkar tazminatına) hükmedilebileceğini, her iki dava için ayrı ayrı ‘avukatlık ücreti’ (ile ‘inkar tazminatı’na) hükmedilemeyeceğini”¹⁴²

belitmiştir...

(136) BKnz: 19. HD. 29.5.1997 T. 9196/5529

(137) Bknz: 19. HD. 19.2.1992 T. 109/229 (UYAR, T. age. C:2, s:1743 vd.)

(138) Bknz: 19. HD. 7.2.1992 T. 157/86 (UYAR, T. age. C:2, s:1748 vd.)

(139) Bknz: 11. HD. 3.5.1988 T. 8296/2942 (UYAR, T. age. C:2, s:1757)

(140) Bknz: 11. HD. 11.11.1987 T. 3568/6152 (UYAR, T. age. C:2, s:1757 vd.)

(141) Bknz: 11. HD. 10.2.1987 T. 7240/667 (UYAR, T. age. C:2, s:1758 vd.)

(142) Bknz: 11. HD. 6.7.1982 T. 3335/3279 (UYAR, T. age. C:2, s:1761 vd.)

XI- Mahkeme, olumsuz tesbit davasında haksız çıkan tarafı, **yargılama giderlerini** ödemeye mahkûm eder.

'**Feragat**'¹⁴³ (HUMK. mad. 91) ve '**kabul**' (HUMK. mad. 92) halinde de, davasından feragat eden davacı ve davayı kabul eden davalı, yargılama giderlerini ödemeye mecbur kalır (HUMK. mad. 94). Ancak; «davalı, ilk oturumda davayı kabul etmiş ve hal ve durumu ile kendisine karşı dava açılmasına -örneğin; borçluya karşı takip yaparak, borçlunun senedini bankaya tahsil için vererek- neden olmamışsa» yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilemez (HUMK. mad. 94/II).

Yüksek mahkeme "yargılama giderleri" ile ilgili olarak;

√ "*Birinci/ikinci haciz ihbarnamesine süresinde cevap vermeyerek, ikinci/üçüncü haciz ihbarnamesinin çıkarılmasına ve dolayısıyla olumsuz tesbit davasının açılmasına neden olan davacının yargılama gideri (ve vekalet ücretinden) sorumlu tutulması gerekeceğini*"¹⁴⁴

√ "*Birinci/ikinci haciz ihbarnamesine, süresinde cevap vermeyerek, ikinci/üçüncü haciz ihbarnamesinin çıkarılmasına ve dolayısıyla olumsuz tesbit davasının açılmasına davacının neden olduğu durumlarda, ilk oturumda davanın davalı alacaklı tarafından kabul edilmesi halinde, davalının yargılama gideri (ve vekalet ücreti)nden sorumlu tutulamayacağını*"¹⁴⁵

√ "*Davacı tarafından birinci/ikinci haciz ihbarnamesine yapılan itirazın takip dosyasına geç konulması nedeniyle, ikinci/üçüncü haciz ihbarnamesinin çıkarıldığı ve davanın davalı tarafından bu nedenle kabul edildiği durumlarda, davanın açılmasına davacı taraf sebebiyet vermemiş olduğundan, yargılama giderinin davalı yana yükletilmesi gerekeceğini*"¹⁴⁶

(143) Bknz: 11. HD. 19.3.1984 T. 1442/1554 (UYAR, T. age. C:2, s:1747 vd.)

(144) Bknz: 19. HD. 29.1.2004 T. 25/737

(145) Bknz: 19. HD. 7.5.2002 T. 6117/3448; 5.12.2000 T. 5645/8395; 13.11.2000 T. 5397/7689

(146) Bknz: 19. HD. 15.11.2000 T. 5494/7804

√ "Harcın yatırılmaması ya da tamamlanmaması halinde 'dava dilekçesinin iptaline' değil, dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmesi gerektiğini"¹⁴⁷

belirtmiştir...

XII- Olumsuz tesbit davası sonucunda verilen kararın **temyizi ve karar düzeltilmesi** genel hükümlere göre (HUMK. mad. 427 vd.) olur.

Üçüncü kişilere ciro edilmiş kambiyo senedi hakkında kişisel def'ilere dayanılarak sadece «lehdar»a karşı açılan olumsuz tesbit davası sonucunda, mahkemece -hatalı olarak- «dava konusu senedin iptaline» karar verilmişse, bu hatalı kararı, davaya taraf olmadığı halde, dava konusu senedi elinde bulunduran (yani; *senedin hâmilli olan*) kişi de temyiz edebilir.¹⁴⁸

—oOo—

(147) Bknz: 11. HD. 9.11.1988 T. 5992/7564

(148) Bknz: 11. HD. 6.11.1990 T. 6521/7075 (UYAR, T. age. C:2, s:1938 vd.)

ADİL YARGILANMA HAKKININ BİR UNSURU OLARAK MAHKEME KARARLARINDA GEREKÇE

Dr. Hüseyin TURAN ()*

ANLATIM DÜZENİ: 1- Adil Yargılanma Hakkı: Kavram, 2- Sözleşme ve Mahkeme İçtihatlarında Gerekçe, 3- Gerekçe Kavramı ve İçeriği, 4- Gerekçenin Önemi ve Fonksiyonları.

1-Adil Yargılanma Hakkı:Kavram

Temel, evrensel ve aynı zamanda ulusal anayasal bir insan hakkı olan "adil yargılanma hakkı", Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan İnsan Hak ve Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi tarafından kişilere tanınmış ve bu Sözleşmenin 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 6'ncı maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

Her şahıs, gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar, gerek cezai sahada kendisine karşı yöneltilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak verilir. Şu kadar ki, demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde aleniyet, davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdit edilebilir.¹

(*) Silvan Hakimi

(1) BOZKURT, Enver, *Türkiye'nin Uluslar arası Hukuk Mevzuatı*, 2.Baskı, Nobel, Ankara 1999.

Sözleşmenin 6'ncı maddesinde güvence altına alınmış bulunan "adil yargılanma hakkı" olarak adlandırdığımız bu hak, bugüne kadar değişik tabirlerle ifade edile gelmiştir.

Başlangıçta 6'ncı madde hükmü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından "sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı"², "adaletin tam olarak dağıtılması hakkı"³ olarak ifade edilmiş daha sonraları ise "adil yargılama" bir diğer ifadeyle "hakkaniyete uygun yargılama" biçimini almıştır.⁴

Bu kavram Türk öğretisinde ise, "doğru yargılama"⁵, "adil yargılama hakkı"⁶, "dürüst muhakeme"⁷, "doğru (adil) ve güvenli yargılanma hakkı"⁸,

(2) Delcourt Kararı. 17.1.1970.

(3) Golder Kararı, 21.2.1975

(4) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama"*, AÜSBF Dergisi, 1994, Cilt:49, No: 1-4, s.200.

(5) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları İçtihadına Göre Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi*, Çev. Tekin Akıllıoğlu, İHMD., Cilt:11, Sayı:2, Ekim-1994, s.2, AKILLIOĞLU, Tekin, *Temel Belgelerde İnsan Hakları İnsan Hakları -1, Kavram, Kaynaklar ve Kuruma Sistemleri* AÜSBF İHM Yayınları, No:17, 1996, s.206

(6) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 2002, s.265.

(7) Sözleşmenin İngilizce metninde geçen "fair trial" ilkesinin Türkçe karşılığının "adil yargılama" olmasına karşılık bu ibarenin yerine "dürüst muhakeme"nin kullanılması gerekmektedir. Zira; "dürüst" sözcüğü ile sadece adli yolla ve hileye başvurulmadan ulaşılan adaleti, "muhakeme" ibaresi ile de sadece yargılamayı yapan makamın değil, bunun yanı sıra iddia makamının da dürüst olması gerektiğini anlatmak için bu ibarenin tercih edilmesi daha uygundur. Bkz. FEYZİOĞLU, Metin, *Tanıklık ve Dürüst Muhakeme*, Ankara 1998, US-A Yayıncılık, s.1. Sözleşmenin bu maddesinde hedeflenen, arzulanan yargılamanın sonucunun adil olması değildir. Şüphesiz, yargılamadan beklenen adaletin tecellisidir. Maddi gerçeğin tespitidir. Sözleşmenin ifade ettiği şey, adil sonuca varırken dürüst yollardan gidilmesidir. Bu nedenle "adil yargılama" yahut "doğru yargılama" yerine "dürüst yargılama" terimi kabul edilmelidir. DÖNMEZER, Sulhi, <http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi-reformu-2000/7-oturum-tartismalar.htm>.

(8) AŞÇIOĞLU, Çetin, *Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var!*, Ankara Eylül-1995. "Adil yargılanma hakkı" yerine "doğru ve güvenli yargılanma hakkı"nın kullanılmasının daha yerinde olacağını belirtilen yazar, buna gerekçe olarak şunları belirtmiştir: "Adil-adalet sözcüklerinin doğru, dürüst, düz dengeli anlamına geldiği, Adaletin evrenin ruhu olduğu, adil sözcüğü yerine "doğru" sözcüğünün kullanılarak hem kendisinin hem de verdiği sonuçlar açısından iyi olanı açık ve net olarak anlatacağı, doğru sözcüğünün yanında "güven" sözcüğünün de yer alması, kavrama hem güç hem de açıklık getireceği, hukukun yalnız doğru değil aynı zamanda güvenli de olmak zorunda olduğundan; yargılamada "güven" in göz ardı edilemeyecek bir olgu olmasını göstermektedir". Bu hakla, kişinin yararı ve çıkarı olduğu ve buna saygı duyulması gerektiği anlatılmak istenmektedir. s.33 v.d.

“adil (veya dürüst) yargılanma hakkı”⁹ gibi terimlerle ifade edilmektedir. Fakat en çok kullanılan ibare ise “adil yargılanma hakkı”dır.¹⁰ Nitekim 6’ncı maddeyle ilgili İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından ülkemiz hakkında verilen kararların Türkçe’ye tercümesinde de bu ibare kullanılmaktadır.¹¹ Bir başka yazara göre, 6’ncı maddenin bütünü anlatılmak istenirse bu durumda “adil yargılama”, eğer 6’ncı maddedeki ilke ve hakların bütününe kapsayan bir hak olarak kullanılmak istenirse “adil yargılanma hakkı” terimi kullanılmalıdır.¹²

Konuya yargılananlar açısından bakıldığında Sözleşmenin 6’ncı maddesinde ifade edilen hakka “adil yargılanma hakkı” demek daha doğru olur. Çünkü, adil kelimesi ile; kişiler yargılamayı yapan konumunda değil, kendileri üzerinde yargılama yapılan, bir başka anlatımla edilgen bir durumda bulunmaktadırlar ve “adil yargılanma hakkı” diğer kavramlarla karşılaştırıldığında daha kapsamlı ve daha amaca uygun bir ibare olarak gözükmektedir.¹³

-
- (9) TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M.Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin, Ankara 2002, s.223.
- (10) YILDIZ, Mustafa, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, Alfa, İstanbul 1998, s.123., KARDAŞ, Ümit, “AB’ye Uyum Sürecinde Hukukun Temel Sorunları” Zaman Gazetesi Yorum Sayfası, GÖZLER, Kemal, “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 21-22, 2000, s77-93., DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa İçtihatları**, Beta B., İstanbul 1996, s.41. “Adil yargılama” teriminin öznesi yönünden belirsizlik taşıması nedeniyle Sözleşmenin 6’ncı maddesinde ifade edilen hakkın doğru karşılığının “adil yargılanma hakkı” olması gerekir. Diğer yandan adil bir yargılamanın her zaman “doğru” yargılamayı da içereceği hatırlanmalıdır. Bkz. ZABUNOĞLU, Yahya.K, “Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı”, <http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi-reformu-2000/7-oturum.htm>. Yazara göre, Mahkemenin yaptığı şey, yargılamayı yapan ulusal mahkemenin kendi hukuki mevzuatı içinde usul ve esasla ilgili saptamasının değerlendirilmesi ve eleştirisi olmayıp, yargılamanın adil surette yapılıp yapılmadığıdır. Bu nedenle 6’ncı maddeyle düzenlenen hakka “adil yargılanma hakkı”, “dürüst yargılanma hakkı” ya da “doğru yargılanma hakkı” denilmesinin terminolojik bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Fakat adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünün pratiği görünümündedir.
- (11) Örneğin Öcalan/Türkiye Kararı, 12 Mart 2003, Y.M.B.; 21 Mayıs 2003, S.210, s.31 v.d.
- (12) İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta, 2002, İstanbul, s.3.
- (13) ŞENTOP, Mustafa, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukuna Etkisi**, Argumentum, Temmuz-Aralık 1997, Yıl:7-8, Sayı: 53 MÜHUF, s.315

1982 Anayasasının 36'ncı maddesinin değiştirilen yeni şeklinde¹⁴ de "adil yargılanma hakkı" ibaresi tercih edilmiştir.

Bu durum, yani hakkın ifade ediliş şeklindeki değişik ifade tarzları, Sözleşmenin İngilizce metninde geçen "fair trial" teriminin Türkçe karşılığını tam olarak bulmanın güçlüğünden kaynaklanmakta olduğu göze çarpar.

Yukarıda belirtilen ifadelerden hangisi tercih edilirse edilsin tüm bu ifadelerle sözleşmenin 6'ncı maddesinde ifade edilmiş bulunan haklar kategorisi belirtilmek istenmektedir. Ancak, çok pratik bir önemi olmamakla birlikte 6'ncı maddedeki hakkı "adil yargılanma hakkı" olarak isimlendirmek daha yerinde olur..

Şüphesiz her hakkın bir öznesi, yararlananı olduğu gibi bir de muhatabı veya ödevlisi vardır. Bir başka ifadeyle insan hakları başkalarına yükümlülükler yükleyen haklardır. Bir başkasına yükümlülük yüklemeyen hiçbir hak yoktur. Adil yargılanma hakkı en temel insan haklarından birisi olarak kabul edilince ki böyledir, bu hakkın yararlananı, öznesi en tabiatıyla bireylerdir, birey gruplarıdır. Bu hakların ilk muhatabı, ödevlisi ise doğrudan doğruya Devlettir. İnsan hakları söz konusu olduğunda kişilerin her halükarda muhatabı Devlettir¹⁵. Her ne kadar Sözleşmede ve eki olan Protokollerde "adil yargılama yapma görevi" konusunda bir hüküm yer almamakta ise de adil yargılanma hakkı bireyler için temel bir hak kabul edilince devlet için, yargılama makamı yönünden ise bir ödevdir. Devlet, bireyleri adil bir şekilde yargılama yapmak ödeviyle yükümlüdür. Bu halde yargılama makamından bakıldığında hakkın ifade ediliş şekli "adil veya (doğru, dürüst) yargılama" kişiler, yargılananlar, açısından bakıldığında ise hakkın söylenişi "adil yargılanma hakkı"dır¹⁶.

(14) 1982 Anayasasının değiştirilmiş 36 maddesi şu şekildedir. "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanma suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile **adil yargılanma hakkına** sahiptir". 4709 Sayılı Yasa. Kabul Tarihi.3.10.2001.R.G.17.10.2001-24556 Mükerrer.

(15) ERDOĞAN, Mustafa, "İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım", Liberal Düşünce Dergisi, S:12, s.

(16) ZABUNOĞLU, "Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi", İHÖS II, Yeni Türkiye S:22, s.939

Adil yargılanma hakkındaki adil kelimesi adalet, hakkaniyet anlamlarına gelmektedir. Bu nedenle yargılamanın adalete uygun başlayıp, devam ettirilmesi ve bitirilmesi gereklidir.¹⁷ Adil bir yargılama hakkaniyete uygun olarak yapılan yargılamadır. Adil yargılanma, yukarıda da ifade edildiği gibi dürüst yargılama anlamında da kullanılır. Bununla "yalnız adli yolla ve hileye başvurulmaksızın ulaşılan adalet ile yalnız yargılamayı yapan yargılama makamının değil, aynı zamanda iddia makamının da dürüst olması" kastedilir.¹⁸

Adil yargılanma hakkı kavramı, Sözleşmenin 6'ncı maddesinde tanımlanmış değildir. Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu maddeyle ilgili vermiş olduğu içtihatlarda kavramın asgari koşullarını belirlemeye çalışmıştır. Yine de Mahkeme; kararlarında bu kavramın çevresi kesin hatlarıyla belirli bir tanımının olmadığını, hatta olamayacağını, her somut olaya göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹

Adil yargılanma hakkı, birden fazla ve çeşitli unsurları içeren bir bütündür. Bu unsurlardan bir kısmı maddede açıkça belirtilmiş, diğer bazıları ise bu kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Maddede adil yargılanma hakkının asgari koşulları gösterilmiştir.²⁰ Ancak bu hakların aynı temel düşünceden çıkması ve birlikte ele alındığında kelimenin dar anlamında açıkça tanımlanmayan tek bir hakkı oluşturmakta olduğu, Sözleşmenin kendi içinde hukuk yaratan bir sözleşme olması, Sözleşmenin amacı ve maksadı göz önünde tutulduğunda maddenin birinci fıkrası ve hukukun genel ilkelerinden hareketle 6'ncı maddenin dar yorumlanamayacağı belirtilmiştir. 6'ncı maddenin birinci fıkrasında mahkemenin organizasyonu ve kompozisyonu ile davanın yürütülmesi bakımından getirilen güvenceler kısaca hepsi birlikte adil yargılanma hakkını oluşturmaktadırlar.²¹

(17) ÖZHAN H, Ali, "Adil Yargılanma Hakkı", Çağdaş Hukuk, Yıl:7, Sayı:64, 1991/1, s.30.

(18) FEYZİOĞLU, a.g.e., s.1.

(19) GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.267.

(20) ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı", Anayasa Yargısı, Ankara 1993 Sayı:10, s.359.

(21) Golder Kararı, 21.02.1971

6/1 fıkrada geçen “kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri” ifadesinden sadece adli mekanizmanın işleyişi değil, bununla birlikte adli mekanizmanın örgütlenişi, bir başka ifadeyle usulden, yargısal sürecin işlerliğinden başka onun yanında kurumları da kapsadığı belirtildiğinden²² adil yargılanma kavramına adli mekanizmanın örgütlenişi de dahil edilmiştir.

Mahkeme, adil yargılanma hakkı kavramının belli bir tanımının olmadığını, bunun somut olaylara göre değişiklik göstereceğini belirtmiş ise de asgari şartları belirlenen bu kavramın bir tanımı yapılması gerekirse şu şekilde bir tanımı yapılabilir. Kişilerin bir uyumsuzluk halinde mahkemeye ulaşabildiği, uyumsuzluğun tarafları olan iddia ve savunma arasında bir ayırım yapılmaksızın eşit ve karşılıklı olarak, makul bir süre içinde, aleni duruşmada, gerçeğin ortaya çıkmasına imkan verecek bir şekilde kanuni ve bağımsız bir mahkeme tarafından yapılan yargılamadır.²³

2- Sözleşme²⁴ ve Mahkeme²⁵ İçtihatlarında Gerekçe

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/1'inci maddesinde adil yargılanma hakkının sağladığı teminatların bir kısmı açıkça belirtilmiştir. Bunlar; davanın “kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme” tarafından “makul süre içinde”, “aleni bir şekilde” görülmesidir. Maddede, ayrıca davanın “hakkaniyete uygun şekilde” görülmesi de düzenlenmiştir.²⁶

Görüleceği üzere, mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi, bir başka anlatımla mahkeme kararlarının gerekçe içermesi zorunluluğu, Sözleşme-

(22) Golder Kararı, 21.02.1975.

(23) ŞENTOP, s.315. ZABUNOĞLU, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, YRÖS., s.362. Yazar Adil Yargılanma Hakkını şu biçimde tanımlamaktadır: “Herkesin meşru tüm araç ve yollardan faydalanmak suretiyle bağımsız ve tarafsız her türlü yargı yerinde haklarını ararken, yargılamanın usul ve esas ilkelerine uygun bir şekilde başlatılıp, yürütülüp, sonuçlanmasını istemek, bu yargılama sürecinin, istisnalar saklı kalmak üzere açık olmasını istemek ve her türlü yargı kararının gerekçeli olarak verilmesini istemek hakkıdır.”

(24) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.

(25) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.

(26) Sözleşmede düzenlenen haklar için bkz. BOZKURT, Enver, KANAT, Selim, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru El Kitabı**, Asil Yayın, 1.Bası, Ocak-2004.

nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesinde açıkça ifade edilmemiştir. Ancak bu durum, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının, mahkeme kararının gerekçelerini öğrenme hakkının adil yargılanma hakkının bir unsuru olmadığı anlamına da gelmemelidir.²⁷

6'ncı madde, herkesin adil yargılanma hakkının olduğunu açıkladığına göre, bu ifadeden, maddenin, hukukun doğru ve düzgün bir biçimde işleyişi için gereken pek çok boyutu bünyesinde taşıdığı sonucu çıkar.²⁸ Çünkü, maddede "hakkaniyete uygun yargılanma hakkı" da zikredilmektedir ki, bu ibare 6'ncı maddenin özünü oluşturmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu hakka istinaden maddede açıkça belirtilmeyen ancak, adil yargılanma hakkının zımni gerekleri olduğu kabul edilen unsurları da tespit etmiştir. Bunlardan birisi de mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralıdır.²⁹

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği de Sözleşmenin 6/3 fıkrada sayılanlardan ayrı olarak 6'ncı maddenin demokratik toplumdaki yeri ve önemi nedeniyle maddenin dar yorumlanamayacağı, bu cümleden olarak 6'ncı maddede sayılanlarla hakkın sınırlı olmadığı belirtilmiştir.³⁰ Böylece mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralı da hakkaniyete uygun yargılanma hakkının zımni unsurlarından biri olarak adil yargılanma hakkına zımnen dahil edilmiştir. Strazbourg organları olan Komisyon ve Mahkeme, gerekçenin, mahkeme kararının saydamlığını ve anlaşılabilirliğini sağlaması nedeniyle adil yargılanma hakkının içinde saymıştır.³¹ Keza, adil yargılanma hakkının önemli bir unsurunu teşkil eden "aleni yargılanma hakkı", aleni karar hakkını da kapsadığından, aleni karar hakkının da, mahkemelerin kararlarına gerekçe göstermesini sağlama amacını taşıdığı şeklinde yorumlan-

(27) AŞÇIOĞLU, *Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var*. Eylül 1995, Ankara. s.221.

(28) MOLE Nuala, HARBY Catharina, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Birinci baskı, Ekim 2001. s.49.

(29) GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s.293. Adil yargılanma hakkının diğer zımni gerekleri olarak şunlar gösterilebilir. Mahkemeye başvurma/erişim hakkı, silahların eşitliği ilkesi, yargılamanın vicahilliği (yüz yüzeliği).

(30) Delcourt/Belçika Kararı 17 Ocak 1975 p.25.

(31) AKILLIOĞLU, *Temel Belgelerde İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s.316.

miştir³². Bu çerçevede mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi, Hadjianastassiou³³ kararında da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşme ve Mahkeme içtihadı doğrultusunda, mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu, 6'ncı maddenin uygulama alanı olan hem medeni hak ve ödevlerle ilgili ihtilaflarda, hem de ceza davaları bakımından geçerli bulunmaktadır.³⁴

Genelde ve özellikle temyiz denetimi olan yargılama usullerinde, kanun yollarına başvuruların kabul edildiği yargılamalar da dahil olmak üzere, ilk dereceli mahkemelerin karar ve hükümlerinde gerekçenin eksiksiz ve tam olarak bulunması gerekir. Çünkü, sanığın kendisi hakkında verilen karara itiraz edebilmesi için mahkeme kararının gerekçeli olması ve usulüne uygun olarak sanığa tebliğ edilmesi şarttır. Ancak, bu durumda temyiz hakkı amacına uygun bir şekilde etkili olabilir³⁵. Zira, kendisine gerekçeli karar tebliğ edilmediğinde suçlama hakkında kişi yeterince bilgi sahibi olmayacağından sanığın eksiksiz ve tam olarak temyiz hakkını kullanmış olması kabul edilemez. Eğer bu durum yani, mahkeme kararının gerekçeli olarak tebliğ edilmemesi, sanığın temyiz yoluna başvurmasını engellemiş ise, bir başka deyişle gerekçe göstermeden yapılan bir temyiz başvurusunun sırf bu nedenle reddedilmesinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.³⁶

(32) Uluslar arası Af Örgütü: **Adil Yargılanma Hakkı**. (Çev.Fadil Ahmet Tamer-Erol Kaplan) İletişim 2000, İstanbul. s.242.

(33) Hadjianastassiou/Yunanistan Kararı, (Başvuru No:99/1991/321/393) 16 Aralık 1992.

(34) 6'ncı maddenin uygulama alanı hakkında bkz. ALTIPARMAK, Kerem, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.Maddesinin Uygulama Alanı" AÜSBFD. C:53. No:1-4. Ocak-Aralık 1998. s.15 v.d.

(35) Uluslar arası Af Örgütü: **Adil Yargılanma Hakkı**, s.254.

(36) Hadjianastassiou v. Yunanistan Kararı bkz. Uluslar arası Af Örgütü: **Adil Yargılanma Hakkı**, s.255 Askeri sırları açıkladığı gerekçesiyle askeri bir mahkeme tarafından mahkum edilen bir asker kişinin önce askeri bir üst mahkemeye daha sonra da sivil temyiz mahkemesine başvuruda bulunması ve Askeri üst mahkeme kararını, sanığın yüzüne karşı sözlü ancak özet olarak açıklaması ve bu kısa kararın mahkeme tarafından ele alınan bir takım konuları içermemesi nedeniyle, kararın tam metni alındığında ve sivil temyiz mahkemesine başvuruda bulunulduğunda ise sivil temyiz mahkemesince sanığın temyiz başvurusunun gerekçelerini genişletmesine izin verilmemesini Mahkeme adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceğini mahkemelerin kararlarına temel olan gerekçeleri yeterli açıklıkla göstermeleri gerektiğini belirterek başvuruunun adil yargılanma hakkına karar vermiştir.

Mahkemeler, taraflarca kendilerine yöneltilen bütün delilleri, karar bakımından önemli olsun olmasın önyargısız bir şekilde değerlendirmek durumundadırlar. Van de Hurk Kararı³⁷ nda mahkemelerin, kendilerine sunulan her iddiaya ayrıntılı bir cevap verilmesini gerektirmese dahi 6/1'inci maddenin yargı organlarına davayla yakından ilişkisi bulunan ve davanın temeli ile ilgili olan konularda sorulan sorulara cevap vermeleri yükümlülüğü yüklediği sonucuna varılmıştır. Hiro Balani davasında³⁸ ise, başvuru, mahkemeye belirli ve süratli cevap gerektiren bir mütalaa sunmuştu. Mahkemenin bu talebi cevaplandırmamış olması, meseleyi ele almayı ihmal mi ettiği yoksa talebi reddetmeyi mi düşündüğü, eğer böyleyse reddetme nedenlerinin ne olduğunu anlamayı imkansız hale getirmiştir. Böyle bir durumun 6'ncı maddenin ihlali anlamına geleceği Mahkeme tarafından belirtilmiştir. Hadjianastassiou³⁹ kararında da Sözleşmeciler devletlerin yargı örgütlerini 6'ncı maddenin gereklerine uydurmak hususunda geniş bir takdir yetkisine sahip bulunduğu belirtildikten sonra mahkemelerin, kararlarını mutlaka yeterli açıklıkta gerekçelendirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. 6/1'inci maddenin mahkemelere, kararlarında gerekçe gösterme zorunluluğu getirdiği Higgins ve Diğerleri⁴⁰ kararında da Mahkemece tekrar edilmiştir.

Yalnız, mahkemelerin taraflarca kendisine yöneltilen bütün delilleri hüküm açısından önemli olup olmadığına bakılmaksızın önyargısız olarak değerlendirmek zorunda olmakla birlikte, bundan, mahkemenin taraflarca ileri sürülen bütün iddialara ayrıntılı bir şekilde cevap verilmesi gerektiği sonucu da çıkarılmamalıdır.⁴¹ Önemli olan, davayla yakın ilişki içinde bulunan ve davanın temeli ile ilgili bulunan konulara kararda değinilmiş olması ve cevap verilmiş bulunması yeterlidir.

(37) Van de Hurk Kararı, 18 Nisan –2 Mayıs 1994.

(38) Hiro ;Balani/İspanya Kararı, 9.11.1994.

(39) Hadjianastassiou Kararı 16 Aralık 1992.

(40) **Yargı Mevzuatı Bülteni**, (Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı) S.60, 15 Eylül 1998, s.9-11.

(41) ÜNAL Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Basımevi Ankara 2001. s.188.

Sözleşme organları tarafından sık sık mahkeme kararlarında gerekçe gösterilmesinin zorunlu olduğu, mahkeme kararlarına temel olan gerekçelerin yeterli açıklıkta gösterilmeleri gerektiği ve temel noktadaki gerekçe eksikliğinin hükmün adil olmadığı yönünde ciddi kuşku ve şüphelerin bulunması halinde, gerekçe yoksunluğunun adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği vurgulanmıştır.⁴² Ancak bu, Mahkemenin, kararın kendisine müdahale edecek demek değildir. Kararda keyfiliğe ilişkin veya hükmün adil olmadığına ilişkin çok ciddi bir hükme rastlanırsa ancak o zaman kararının esasına ilişkin bir inceleme yapılmaktadır.⁴³

Zira, Mahkemeye yapılan başvurular, ulusal yargı kararının doğru ya da yanlış olup olmadığı için yapılmamaktadır. Bir başka anlatımla, Komisyon ve Mahkeme kendisine yapılan başvurularda ulusal mahkemelerce verilen kararların haklılık ve isabet durumlarını değerlendirmemekte, karara bu açıdan müdahale etmemekte, kararları esastan incelememekte, bu açıdan bir temyiz mahkemesi veya karar düzeltilmesi gibi görev yapmamakta, sadece yargılama ilkelerine; yargı organının niteliği, tarafsızlığı gibi, sanık haklarına riayet edilip edilmediğini kapsayan ve her şeyin önüne geçen yargılamanın adil surette yapılıp yapılmadığı konusunda karar vermekte, kısaca, "adil olma" ilkesi ışığında sınırlı bir üst yargı denetimi yapmaktadırlar.⁴⁴

6'ncı maddeyi yönlendiren, ona anlam kazandıran "adil olma"dır. Adalet kavramı Sözleşme ve Sözleşme organları tarafından tanımlanmış da değildir. Çünkü, Mahkeme, yerel mahkemenin bir üst mahkemesi değildir ve verilen kararları esastan incelememektedir. 6'ncı madde, her şeyden önce usule ilişkin koruma ile ilgilendir. Sözleşme açısından bakıldığında Mahkemece sorgulanan işlem, sonuçtan ziyade "duruşma süreci"dir. Dava dosyasında bulunan delilleri değerlendirme, neyin uygun ya da kabul edilebilir olduğuna karar verme, tutuklama işleminin doğru ya da yanlış olup olmadığını inceleme gibi konularda en uygun konum yerel mahkemelerin konumu olma-

(42) Hadjianastassionu Kararı, Bkz., UAÖ, **Adil Yargılanma Hakkı**, s.255.

(43) REİD, Karen, **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi Üçüncü Kitap**. (Çev.Bahar Öcal Düzgören). Scala Yayın. İstanbul 2000. s138.

(44) REİD, s.27.

sı nedeniyle bu konularda Mahkeme inceleme yapmamaktadır. Mahkemenin karara esastan müdahale edebilmesi için, kararda adil olunmadığına yahut keyfiliğe ilişkin çok açık, ciddi bir ihlal olgusu bulunmalı ve bu durum başvuruçunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği düzeye ulaşmalıdır.⁴⁵

Mahkeme içtihatlarından da anlaşılacağı üzere mahkeme kararlarının gerekçeli olması, bir başka ifadeyle gerekçeli karar hakkı, adil yargılanma hakkının önemli bir unsurunu teşkil etmektedir. Mahkeme, gerekçenin varlığı yanında ayrıca bunun yeterli açıklıkta olmasını da aramaktadır.⁴⁶ Gerekçe, bu haliyle adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir güvencesidir.⁴⁷

Bu nedenlerle; mahkemelerin kararları gerekçeli olmalıdır. Ancak bu kural, bir başka anlatımla gerekçeli karar şartı, genel bir kural değildir. Jürili mahkeme veya ikinci derece mahkemesi gibi yargılamalarda ve davanın özelliğine göre kararın gerekçeli olması zorunlu görülmemektedir. İstisnai olarak bu gibi yargı organları gerekçesiz de karar verebilirler. Bu durum, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmemektedir.⁴⁸ Komisyon ceza davasında jürili bir yargılamada gerekçe sunulmayışın tek başına ihlal olmadığına karar vermiştir. Komisyon, bu davada jüriye cevaplamaları için ayrıntılı sorular yöneltildiğine, dava vekilinin değişiklik için başvurabileceğine ve bu denli açıklığın gerekçelendirme eksikliğini kapatabileceğine dikkat çekmiştir.⁴⁹ Kanun yolu mevcut bulunmadığında da zaten gerekçeli karar kuralına pek önem verilmemektedir.⁵⁰

Mahkeme, verdiği kararlarda ve içtihatlarda sık sık görevinin herhangi bir şekilde yetkili ulusal makamların yerini almak ve iç hukuk mahkemesinin kararını denetlemek olmadığını, yerel mahkemelerin bir üst mahkemesi gibi hareket etmediğini ve görevinin bu olmadığını, doğrudan doğruya ve sade-

(45) REİD, s.28.

(46) Hadjianastassiou Kararı.

(47) AŞÇIOĞLU, s.217.

(48) GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.293.

(49) Avusturya'ya Karşı Başvuru No:25852/94. MOLE, HARBY, s.43.

(50) ALP, Mustafa; "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe" Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir, 2001, s.425-441.

ce ve sadece sözleşmenin ışığı altında mahkeme kararını incelemek olduğunu⁵¹, bunun yanısıra verdiği kararlarla sözleşmeyle getirilen kuralları açıklamaya, korumaya ve geliştirmeye ve bu suretle sözleşmeciler tarafından üstlenilen taahhütlerin yerine getirilmesine katkıda bulunmaya da hizmet ettiğini⁵² belirtmesi karşısında Mahkemece yerel mahkeme kararının gerekçeden yoksun olup olmadığının incelenmesi, bir anlamda kararın esasına müdahale anlamına geleceği açıktır. Özellikle ve öncelikle 6'ncı madde sonuçtan ziyade duruşma süreci ve usule ilişkin koruma ile ilgilendiği için Mahkemeye yapılan kararın gerekçeden yoksun bulunduğu yönündeki başvuruların başarıya ulaşma şansının çok düşük olacağı görülmektedir.⁵³ Fakat, kararın gerekçesiz olması kişinin temyiz hakkını engellemiş ise ve gerekçenin gösterilmemesi nedeniyle sözleşmede düzenlenen bir hakka (özellikle 8. 9. ve 10'uncu maddelere) müdahale söz konusu olmuş ise, yahut mahkeme kararının çok açık ve çarpıcı bir şekilde gerekçeden yoksun bulunduğu anlaşılıyorsa, bu gibi durumlarda gerekçe yoksunluğunun adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği anlaşılmaktadır. Bu gibi durumlarda Mahkemece gerekçenin niteliği tartışması yapılmaktadır.

Sözleşmede düzenlenen bir hakkı ihlal ettiği iddiasıyla davalı Devlet aleyhine yapılan başvurularda diğer hak ve özgürlüklerle ilgili yapılan şikayetlerin yanısıra ihlalin gerçekleşmesinde uygulanan usulün de -genelde Sözleşmede düzenlenen hakların her biri belli bir yargısal süreçten geçtikten sonra ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapıldığından- 6'ncı maddenin de ihlal edildiği ileri sürülmekte, bundan ayrı olarak 6'ncı maddenin kendi içindeki hususlardan adil yargılanma hakkının diğer unsurlarından da ayrı ayrı şikayet başvurusu yapılmaktadır.

Mahkemeye yapılan böyle bir başvuruda, yapılan yargılama ve inceleme neticesinde yargılamayı yapan kurumun örneğin "mahkeme" olmadığı yahut mahkemenin "bağımsız ve tarafsız" veya "kanuni" olmadığı, yahut

(51) Handiyside Kararı, Bkz., DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa İçtihatları**, Beta Bası, 1997 İstanbul. s.66.

(52) İrlanda/Birleşik Krallık Kararı, Bkz, DOĞRU, s.114.

(53) REİD, s.136.

yargılamanın "makul süre"de bitirilmediği veya davanın "aleni surette" görülmediği sonucuna varılırsa, bu yönde bir ihlal tespit edilirse, bu durum karşısında Mahkeme, başvurusunun yaptığı diğer şikayetleri örneğin kararın gerekçeden yoksun bulunduğu⁵⁴ şeklindeki itirazları incelemeye gerek görmemektedir.⁵⁵

Komisyon ve Mahkeme içtihatlarında nelerin gerekçe olabileceği, hangi hallerde gerekçenin varlığının kabul edileceği, gerekçenin hangi genişlikte uygulanacağı, hangi durumlarda kararın gerekçeden yoksun bulunduğu ve gerekçenin anlamı konusunda açık bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak, mahkemelerin kararlarında gerekçe gösterme yükümlülüğünün hangi genişlikte uygulanacağı yukarıda ifade ettiğimiz Higgins kararında Mahkeme, bu durumun kararın niteliğine göre değişebileceğini ve davanın özel şartları ışığında belirlenmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir.⁵⁶

Yine de mahkeme, kararında taraflarca ileri sürülen bir hususa değinmediğinde buna niçin değinmediğini, ileri sürülen talebin kabulü halinde kabul nedenlerini, reddi halinde ise red nedenlerini açıklamalıdır. Karardan talebin red yahut kabul nedenleri açıkça anlaşılıyorsa, bu durumun öğrenilmesi imkansız gözükmemekte ise, karar gerekçesiz olup, 6/1 madde ihlal edilmiş sayılmaktadır.⁵⁷

3-Gerekçe Kavramı ve İçeriği

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiğini, bu durumun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir sonucu olarak "adil yargılanma hakkı"nın bir unsuru olduğunu yukarıda ifade ettik. O halde, mahkeme kararındaki gerekçeden ne anlaşılmalıdır?

-
- (54) Başvurucuyu yargılayan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız olmadığı gerekçesiyle, Bay Gerger'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bkz.Gerger Kararı, 8 Temmuz 1999, (24919/94) **Yargı Mevzuat Bülteni** S.125, p.65 s.51-76.
- (55) Böyle bir durumda kararı veren mahkemenin bir kez bağımsız ve tarafsız olduğu tespit edildikten sonra başka itirazların Mahkemece incelenmesi anlamsız kalacağı açıktır.
- (56) Higgins ve Diğerleri Kararı. Kararın tümü için bkz., "Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bülteni" DPE Yayınları, C.2, S.1-2/1998, s.158.
- (57) Higgins ve Diğerleri Kararı, s.160.

Gerekçe, mucip sebep, sebep ve mantıki delil gibi kelimeler ile eş anlamlıdır. Sözlük anlamı ile gerekçe ise; . Yargıcın hükmünü dayandırdığı nedenlerdir.⁵⁸ Gerekçe, neticenin dayanağıdır. Dayanağı olmayan bir sonuç ise, temelsiz bir binaya benzer. Şöyle bir kurcaladınız mı birdenbire yıkılır.⁵⁹ Gerekçe aynı zamanda etik ve bilimsel içeriğiyle yargılama çalışmasının bir sanat olduğunu ortaya koyan bir araçtır. Gerekçe çok geniş kapsamlı ve niteliklidir; soyut değil, somut açıklamaları içerir.⁶⁰

Gerekçe, hakim in davada belirlediği maddi olaylarla hüküm fıkrası arasında bir köprü görevini yerine getirir. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hakim tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini kendiliğinden araştırarak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar. İşte karardaki bu bölüme "gerekçe" denir. Gerekçede, karara temel oluşturan, ona dayanak teşkil eden hukuki esaslar belirtilir. Bir mahkeme kararında hangi kısmın "gerekçe" olduğu ancak buradan anlaşılır.⁶¹ Karar ise, davayı esastan çözümlleyen, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren nihai bir karardır. Başka bir ifadeyle, hüküm, davanın esası hakkında verilen, esasa ilişkin nihai karardır. Karar, yargılama faaliyeti sonucunda verilen ve tefhim edilen hükümdür. Çoğu zaman karar ile hüküm eşdeğer kavramlar olarak kullanılmaktadır.⁶²

Mahkeme kararları birden çok kısımdan oluşur. Bunlar; iddia (sorun) ya da olay, gerekçe ve sonuçtur. Hükmün gerekçesi, karada tarafların iddia ve savunmanın özetlenmesinden sonra yer alır.⁶³ İddia bölümünde maddi olaylar açıklanır, gerekçe kısmında ise .delillerle sonuç arasında bağ ile hukuki vasıflandırma yer alır. Sonuç kısmında ise uygulanan yasa maddeleri, ceza usulünde ceza miktarı, hukuk usulünde taraflara yüklenen borç ve tanı-

(58) YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 3.B., Ankara-1985.

(59) HİRŞ, E.Ernest, (Genişletip değiştirerek işleyen: Av. Volf ÇERNİS), **Pratik Hukukta Metot**, 3.B, BATİDER, Ankara 1997 s.86.

(60) AŞÇIOĞLU, s.217.

(61) KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 6.Bası. Yetkin Yayınları. Ankara 1994. s.432.

(62) Hüküm (karar) ve çeşitleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. KURU,ARSLAN, YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, s.429.

(63) HİRŞ, s.93.

nan haklar ve başvurulabilecek yasa yolları yer alır⁶⁴. Kararın gerekçesi, şüphesiz kararın bir parçasıdır. Bu haliyle gerekçe, mahkemece niçin, nasıl ve hangi şartlarda böyle bir kararın verildiğini, başka bir kararın niçin vermediğini belirtir. Bir başka ifadeyle gerekçe, yargılama sebebiyle ilgili olarak yargılanan kişiye bilgi vermektir. Gerekçe, yargılanan kişinin doğru karar verildiği yönünde ikna olmasını sağlayan ve onun motive edilmesine yardımcı olan kararda yer alan bilgileri ifade eder⁶⁵. Gerekçe, bir hükmün benzer görünen olaylardaki sonuçlardan neden dolayı farklı olduğunu, benzerlerine ise neden dolayı paralel olduğunu gösteren kararın en önemli kısmıdır.

Gerekçe, ister mütalaa, ister karar mahiyetinde olsun her kararın/hükmün zorunlu bir unsurudur. Hükmün gerekçesini, nihai karara varılmasına yol açan mantıki ve hukuki esaslar oluşturur. Bu açıdan hüküm ile bu hükme yol açan hukuki ve mantıki sebepler arasında nedensellik bağı bulunduğu ancak hükmün gerekçeli olduğu söylenebilir. Gerekçe, hükümlerin mantıki dayanağı, maddi ve hukuki olan olayın-meselenin çözümlenmesinde kullanılan araçtır. Olayla kullanılan araçlar arasında mantıki zaruret bulunması durumunda gerekçenin varlığı ortaya çıkar, bu halde kararda gerekçenin olduğu anlaşılır⁶⁶.

Gerekçe, bir yargı kararının açılımı, başlangıcı, başlığından başlanarak sonlanmasına kadarki dizimi bakımından çok önemli bir ögesidir. Gerekçe, bir hukukçunun, hele yargı makamında bulunan bir hukukçunun "hakim" kimlikli hukukçunun en önemli faaliyetidir, uğraşısıdır⁶⁷. Mahkeme kararlarının gerekçesi hukuken de güçlü olmalıdır. Bu, toplumun adalete duyacağı güven bakımından önemlidir⁶⁸.

Gerekçenin ne olduğundan ziyade bir mahkeme kararında hangi hallerde gerekçenin var olduğunu tespit etmek daha bir önem arz eder. Bu sorun

(64) KURU, ARSLAN, YILMAZ, s.433.

(65) AKYILMAZ, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara 2000, s.200.

(66) <http://www.belgenet.com/dava/ysavunma3.html>.

(67) ZABUNOĞLU, Yahya K, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000-Sempozyumu, 7.Oturum. <http://www.izmirbarosu.org.tr>

(68) AKYOL, Taha, "Siyaset ve adalet ?" Milliyet Gazetesi 08.08 2002.

yüksek yargı organlarının tartışılmıştır. Bir Ceza Genel Kurulu Kararında gerekçe şu şekilde ifade edilmiştir: "Gerekçe, hükmün dayanaklarının kanuna, akla, hukuka ve dosya içindeki bilgi ve belgelere uygun şekilde açıklamasıdır. Gerekçenin mevcut bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini, tartışıldığını gösterir şekilde geçerli, yeterli ve yasal olması gerekir."⁶⁹ Bir Hukuk Genel Kurulu Kararında ise mahkeme kararında/hükmünde gerekçenin hangi halde var olduğunun kabul edileceği şu şekilde belirtilmiştir: Bir mahkeme kararında gerekçenin varlığının tespiti için dava konusu olayla (maddi vakıalarla) verilen hüküm fıkrası arasında bir bağlantının (neden-sonuç ilişkisinin) kurulmuş olması gerekir. Bunun için dava konusu olay hakkında tüm delillerin toplanması, tartışılması, bu delillerden hangilerine değer verildiğinin dayanakları, hangilerine değer verilmediğinin nedenleri değerlendirilip tartışıldıktan sonra varılacak bir sonuç -karar- gerekçeli olacaktır. Yargılama sürecinde ancak bu şekilde yapılacak bir usulün izlenmesi halinde verilen kararın gerekçeli olduğu kabul edilebilir⁷⁰. Tersî durumda, yani böyle bir usul izlenmeden mahkeme tarafından karar verilmesi halinde o karar gerekçeli kabul edilemez.

Bir mahkeme kararında gerekçenin varlığından bahsedebilmek için, gösterilen hüküm dayanaklarının yargılama sürecine de uygun olması gerekir⁷¹. Muhakeme faaliyeti kronolojik zabıt tutma faaliyeti değildir, mahkeme, savunmaları göz önünde bulundurmak, tartışmak ve savunmaların vicdani kanaat edinilirken etken olmayış nedenlerini de belirtmek zorunluluğundadır.

Gerekçe, soyut değil, somut açıklamaları ihtiva etmelidir. Gerekçenin, aranmasındaki maksada uygun olması gerekir. Bu nedenle, içeriksiz, konunun tartışıldığını ve varılan sonucun hukuki ve maddi sebeplerini göstermeyen ifadeler gerekçe sayılmaz⁷². Yine standart, alışılmış açıklamaların yapılması veya gerekçe olamayacak açıklamaların belirtilmesi de gerçekte "ge-

(69) CGKK, 9.12.1991, 8-320/347 bkz., SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu Yorumu Cilt 2**, Seçkin Yayınevi, Temmuz-1995.s.414.

(70) YHGK Kararı, T:24.10.2001, 2000/4-1016,757, YKD, C:28, S:2, Şubat 2002, s.173.

(71) Y.3H.D, 18.01.2001 T, E.2000/11986, K.2001/144, YKD, Eylül- 2001, s.1330.

(72) **Yargılama Düzeninde Kalite**, TÜSİAD Raporu Aralık-1997. s.37.

rekçe" değildir⁷³. Mahkeme kararlarında kullanılan "dosyadaki delillere", "olayın oluş şekline", "bilirkişi raporundaki açıklamalara", "suçun unsurlarının gerçekleştiği" " tarafların sosyal ve ekonomik durumuna", "sanığın geçmişteki durumu ve kişiliği" gibi soyut, genel ve yuvarlak ibarelerle yapılan açıklamalar gerekçe olarak kabul edilemez, bu gibi durumlarda gerekçe noksanlığı bulunduğu kabul edilmelidir⁷⁴. Buna karşılık bu tip yargı kararlarının şeklen gerekçesiz olduğu söylenemez. Yine de bir gerekçe vardır, şeklen bir gerekçe vardır, fakat bunun hukuk tekniği açısından yetersiz kalması ve formül ifadelerden ibaret olması nedeniyle bu ve benzeri gerekçeleri, gerçekte sözde (görünürde) gerekçeler olarak kabul etmek gerekir.⁷⁵

Kanun yollarına başvurulduğunda hüküm mahkemesi kararına atıf veya o kararın benimsenmesi şeklinde verilen hüküm de gerekçe hükmünde değildir. Bu durum gerekçe şeklinde algılanmaz⁷⁶. Dosyaya ibraz edilen ve hükme esas alınan gizli belgelerin gerekçeli kararda tartışılıp değerlendirilmemesi, ona atıf yapılarak karar verilmesi durumunda da gerekçe ilkesine aykırı davranılmış olur.⁷⁷ Gerekçe, kararın temel hukuki kriterlerindedir. Mahkeme kararlarında olması gereken kararın kısmıdır. Bu sebeple kararın gerekçesiz olması kişilerin adil yargılanma hakkının ihlali, aynı zamanda bir hukuka aykırılık nedenidir.

4- Gerekçenin Önemi ve Fonksiyonları

Karar, yargılama faaliyeti sonucunda verilen ve tefhim edilen hükümdür. Bir hükmün hukuk düzeninde anlam bulması için diğer unsurları taşıması yanında⁷⁸ o kararın gerekçe de içermesi gerekir. Zira, kararı karar yapan onun gerekçe kısmıdır.

(73) ÖZHAN, H.Ali, "Adil Yargılanma Hakkı" Çağdaş Hukuk, Yıl.7, S.64, 1999/1, s.30.

(74) AŞÇIOĞLU, s.220., "Değeri bilinmeyen bir kavram:Gerekçe" Gerekçe noksanı durumlarını yazar; "Dış gerekçe noksanı, Sözde gerekçe, İç gerekçe noksanı ve Çelişkili gerekçe " olarak belirtmektedir. <http://www.members.fortueccity.com/bilgistan/hukuk/yorum-gerekce.html>

(75) ALP, adı geçen makale, s.425-441.

(76) ZABUNOĞLU, Yahya K., Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi, YRÖS, S:10. s.363.

(77) AYİM.2.D. 7.2.2001; E:2000/397, K:2001/104. <http://www.msb.gov.tr/AYIM/131415/15/esas/109.htm>

(78) Karar, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından aleni yargılama sonucunda makul bir sürede verilmiş olması gerekir. (Sözleşmenin 6'ncı Maddesi)

Bir düşünce, bir hüküm, bir karar, ancak gerekçelendirilebildiği ölçüde geçerli, önemli ve değerlidir. Her hükmün, her kararın bir sebebi olmalıdır. Bir yargılamada varılan sonuçların sebeplerinin açıklanması gerekir. Bu aynı zamanda ahlaki açıdan bilgi verme yükümlülüğünün de bir gereğidir⁷⁹.

Gerekçe, mahkeme kararlarında olması gereken bir konu, yargı kararlarının olmazsa olmaz şartlarından biridir. Bu açıdan gerekçe, her hükmün, kararın temel unsurlarındandır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması usul hukukunun temel konularından biridir. Hukuk düzeninde kararın gerekçesiz olması, bir hukuka aykırılık nedenini oluşturur.

Bireyleri, yargı faaliyetinin doğru ve adil bir biçimde yapıldığına inandırmak, ikna etmek yargının, yargıcın ve mahkemelerin görevidir. Bunu gerçekleştiren unsurlardan biri de hiç şüphesiz gerekçedir. Zira gerekçe yazılırsa, karar gerekçeli olursa yargıya olan, ya da olabilecek olan söylentiler ve güvensizlikler büyük ölçüde engellenmiş, ortadan kaldırılmış olur. Bir başka ifadeyle, gerekçe ihtiva etmeyen her çeşit yargı kararının doğruluğu ve adilliği konusunda kişilerde şüphe ve tereddüt oluşur⁸⁰.

Kararda savunma tarafının taleplerinin reddi veya kabulünün nedenleri de gerekçeli olarak belirtilmelidir. Yargı kararları kişilere göre verilemez, kişisel görüş, inanış ve duyguların birer aracı olamaz.⁸¹ Bu belirtilmezse kararın keyfiliği önyargısı oluşacağı gibi, yargı erki ve adalete güven duygusu da azalır ya da yara alır.

Mahkeme kararlarında gerekçe gösterilmesi birçok bakımdan önemlidir. Her şeyden önce ve en önemlisi, gerekçe sayesinde adil bir yargılamanın yapıldığı ve mahkemelerin doğru karar vermesi sonucu sağlanmış olur. Bu haliyle gerekçe bir insanlık hakkı olan adil yargılanma hakkının güvencesini oluşturur.

(79) AŞÇIOĞLU, *Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var!*, s.217.

(80) ZABUNOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi* s.362.

(81) YHGK .Bknz, Yukarıda zikredildi.

Gerekçe keyfi karar vermeyi önler, gerekçe sayesinde hükmün doğruluğunun sağlanması ve denetlenmesi yapılmış ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olur. Gerekçeli hüküm verme, keyfiliğin baş düşmanıdır ve hukuk devletinde keyfiliği önleyici vazgeçilmez bir ilkedir⁸².

Gerekçe, mahkemelerin ve yargıçların tarafsızlığının sağlanmasında ve kamuoyu tarafından yargıya gereken güvenin sağlanması bakımından adil yargılanma hakkının temel ve vazgeçilmez bir unsuru, Hakimlere verilen bağımsızlığının bir bedeli, onun onurunu koruyan ve tarafsızlığını ispatlama imkanı veren bir araçtır⁸³.

Mahkeme kararlarının çoğu, bireylerin ve birey gruplarının haklarını, özgürlüklerini ya da menfaatlerini etkiler, etkilemektedir de. Bu açıdan gerekçe en başta davanın tarafları açısından ayrı bir öneme sahiptir. Şöyle ki; mahkeme, ileri sürülen ve iddia edilen hususları incelemiş olduğunu ve neden bu sonuca vardığını karara yazmalıdır ki, ancak bu şekilde taraflar, mahkemenin talep edilen noktayı da ihmal etmediğine kanaat getirmiş olurlar. Ancak her hususta inandırıcı ve tatmin edici ve gerekçeli bir karar davanın taraflarını tatmin edebilir⁸⁴. Gerekçe sayesinde davada kaybeden yahut mahkum olan taraf her türlü şüpheden uzak olarak, kararın doğru olduğuna inanır, inanabilir. Davayı kaybeden yahut davada mahkum olan niçin davayı kaybettiğini ya da niçin mahkum edildiğini ancak gerekçe sayesinde anlayabilir.

Temyiz hakkının gerçek manada kullanılması için de verilen kararın gerekçeli olması gerekir. Hükümdeki gerekçe davanın taraflarını inandırabiliyorsa davayı kaybeden ya da mahkum olan taraf temyiz başvurusunda bulunmaktan vazgeçer. Zira hükümle birlikte haksız veya suçlu olduğunu anlayan taraf, hukuk davalarında gereksiz yere masraf yapmamak⁸⁵ ve zaman

(82) **Yargılama Düzeninde Kalite**, s.47.

(83) AŞÇIOĞLU, **Adil Yargılanma Hakkımız Var**, s.221.

(84) HİRŞ, s.12.

(85) Türk hukukunda ceza yargılamasında temyiz için taraflardan başlangıçta her hangi bir masraf alınmamaktadır.

harcamamak için temyizden vazgeçer ve bu durumda davaların daha kısa sürede sonuçlanmasına hizmet eder⁸⁶. İlk derece mahkemelerinden verilen kararlara karşı yapılacak temyiz başvurularında temyiz denetiminin duruşmalı yapılması halinde ilgililerine savunma yapma kolaylığı sağlar. Çünkü, mahkeme kararının yanlışlığının ortaya konulabilmesi ve bu konuda savunma yapılabilmesi için verilen kararın nedenlerinin duraksamaya yer bırakmayacak şekilde bilinmesi önem arz etmektedir⁸⁷.

Temyiz denetiminin sağlıklı yapılması, denetimde kolaylık sağlaması bakımından da gerekçe önemlidir. Üst mahkemeler, kararın doğru olup olmadığını karardaki gerekçeye göre değerlendireceklerinden eksiksiz bir gerekçe, üst mahkemelerin denetim yapma imkanını da kolaylaştıracaktır⁸⁸. Bu şekilde gerekçeli karar, temyiz denetiminin gecikmeden ve sağlıklı bir şekilde yapılmasına da önemli katkılarda bulunur.⁸⁹

Anayasanın 2'inci maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" başlığı altında düzenlenen ilkelerden biri de "hukuk devleti" ilkesidir. Gerekçe ise hukuk devleti bakımından çok önemli bir ilkedir. Çünkü hukuk devleti, yönetimin işlem ve eylemleri ile her türlü mahkemelerin yargı denetimini gerekli kılar. Yargı denetimi "yalnızca bir uyumsuzluğu çözümlenmekle kalmaz, bir hakkın tanınması ve saptanması neyi gerektiriyorsa bunları da kapsayan bir çalışmadır"⁹⁰. Hukuk devletinde yargı denetimi, hakkın saptanması ve tanınmasını gerektiren tüm hukuki dayanakları içeren bir gerekçe olmaksızın tahayyül edilemez⁹¹.

Gerekçe, bir kararda eğer kararın hüküm (sonuç) kısmı açık değilse hükmün fıkrasını açıklamaya, kararın anlaşılmasını sağlamaya, kararda aynı zamanda kesin hükmün kapsamını da belirlemeye yarar. Yine bir davanın

(86) HİRŞ, s.85.

(87) AŞÇIOĞLU, s.218.

(88) HİRŞ, s.85.

(89) AŞÇIOĞLU, s.218.

(90) AYMK. 1.10.1991 T. E.1990/4, K.1992/33, R.G.7.2.1992, S.21135

(91) ALP, Yukarıda zikredilen makale, s.425-441.

usulden reddedilip edilmediğini anlamak için gerekçeye başvurmak gerekir⁹².

Bu açıklamalardan sonra özet olarak gerekçenin şu amaçlara hizmet ettiği söylenebilir: Kararın denetiminin yapılmasında kolaylık sağlamak, temyiz hakkının gerçek manada kullanılmasına katkıda bulunmak, keyfiliği ve keyfi karar vermeyi önlemek, tarafları tatmin etmek, yasal emri yerine getirmek, kararı aydınlatmak, yargıya olan güveni artırmak, hakimlerin ve mahkemele- rin tarafsızlığına dolaylı olarak katkı sağlamak, adil bir yargılama yapıldığını ve doğru bir karar verildiğini göstermektir.

Mahkeme kararlarının hiç gerekçe içermemesi veya kararların gerekçe taşıyamaması, yahut kararlarda yetersiz bir şekilde gerekçe bulunması veya tatmin edici bir gerekçe bulunmaması durumlarında özetle, yasal ve yeterli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi durumlarında da bir takım sakıncalar ortaya çıkabilir. En başta bu durum uygulamada keyfiliğe yol açar, hak sahiplerini zarara sokabilir, sonra taraflarda şüphe oluşmasına vesile olur, temyiz denetiminin yapılmasında zorluklar doğurur⁹³. Yargıya duyulan güveninin sarsılmasına yol açabilir, kararlardaki istikrarın bozulmasına da sebep olur. Çünkü, kararların gerekçeli olması, bir kararın benzerlerine neden dolayı paralel olduğunu, keza benzer görülen olaylardaki çözümlerden neden dolayı da farklı olduğunu gösterir⁹⁴.

Eğer bir mahkeme kararı yeterince gerekçelendirilmemiş ise o kararın adil olduğu konusunda davacının ve davalının yahut sanığın ikna olması da mümkün değildir, kamuoyu gözünde de kararın değeri tartışılır hale gelir. Zira, mahkeme kararları gerekçeleri ile inandırıcı olabilirler.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması önemli olup, bunun ihlali ise ciddidir. Çünkü, durum yargının kararlılığını, tarafsızlığını ve saygınlığını kısaca güvenirliliğini doğrudan ilgilendirmektedir⁹⁵. Mahkemeler, istedikleri gibi ka-

(92) KURU,ARSLAN, YILMAZ, s.628.

(93) CGKK, 9.12.1991, 8-320/347.

(94) "Adil Kararlar İçin Yeni Bir Yargılama Düzeni", Yargıda Kalite ve İnsan, Görüş:37, Kasım 1998 TÜSİAD Yayınları, s.66.

(95) Yargılama Düzeninde Kalite ., s.37.

rarlar veremezler. Aksi durumda yargılama bir sanat olmaktan çıkar. Yargılama sanat olmaktan çıkarsa hukukun üstünlüğünün ve demokratikleşmenin son kapısı olan yargı yerleri ve yargıçlar, toplum önündeki saygınlığını ve güvenilirliğini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilirler..⁹⁶

—oOo—

(96) “Bir karar: İyi ki batırdın Baysal” Açık sayfa, S.41, Kasım 2000, s.11-12.

DÜZELTME:

Yargıtay Dergisi 2005 yılı Ocak-Nisan (1-2) sayısının 195. sayfasında yayımlanan özgeçmiş, aşağıdaki gibi olacaktır. **Düzeltiliriz (YD.)**

İsmail Rüştü CİRİT

23.3.1955 tarihinde Burhaniye'de doğmuştur. İzmir Namık Kemal Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılında mezun olmuştur.

Burhaniye hakim adayı olarak mesleğe başlayan Cirit, sırasıyla Hakkari, Araklı, Ahlat Hakimliği, Zile Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, İnegöl ve Kadıköy Hakimliği ile Üsküdar Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

19.7.2004 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen İsmail Rüştü Cirit, halen Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir.

